

INSTITUT DE DROIT  
INTERNATIONAL.  
ANNUAIRE

Tome 57

1977

I



Réimpression  
SCHMIDT PERIODICALS GMBH  
D-83075 Bad Feilnbach / Germany  
2001

Réimpression publiée avec l' accord de l' éditeur,  
l' Institut de Droit International, Genève, Suisse.

---

Annuaire de l'Institut de Droit International, Vol. 57, Tome I  
Session d'Oslo 1977 · Travaux préparatoires



---

Institut de Droit International

# Annuaire

Vol. 57, Tome I

Session d'Oslo 1977  
Travaux préparatoires

Justitia et Pace

---

Editions S. Karger SA, Bâle, 1977

---

## Adresses de l'Institut de Droit International

Professeur Paul De Visscher  
82, avenue du Castel  
B-1200 Bruxelles (Belgique)  
Tél. (02) 734 57 27

M<sup>me</sup> Hans Wehberg  
3, place des Eaux-Vives  
CH-1207 Genève (Suisse)  
Tél. (022) 36 26 20

---

All rights reserved.

No part of this publication may be translated into other languages, reproduced or utilized in any form or by any means, electronic or mechanical, including photocopying, recording, microcopying, or by any information storage and retrieval system, without permission in writing from the publisher.

© Copyright 1977 by S. Karger AG, 4011 Basel (Switzerland), Arnold-Böcklin-Strasse 25  
Printed in Switzerland by Basler Zeitung, Basel  
ISBN 3-8055-2693-8

---

## Table des matières

### *Les contrats conclus par les organisations internationales avec des personnes privées* (Quatrième Commission)

<i>Rapport provisoire et projet de résolution de M. Nicolas Valticos</i> .....	1
I. Introduction .....	1
II. Le droit applicable .....	6
A. Les principales données du problème .....	6
1. La nature des organisations internationales et ses effets sur le droit applicable aux contrats conclus avec des personnes privées. Distinctions entre les organisations et entre les contrats .....	9
2. Les solutions autres que l'application de lois étatiques .....	20
a) Le droit international .....	22
Le droit international écrit .....	22
Le droit international non écrit et les principes généraux .....	25
Le droit interne des organisations internationales .....	30
b) La loi du contrat .....	30
B. Le cadre constitutionnel, conventionnel et réglementaire .....	32
C. Les termes des contrats .....	34
1. L'insertion de dispositions sur le droit applicable .....	34
2. Le degré de détail des dispositions matérielles des contrats .....	43
3. Le mode de conclusion de certains contrats. Les appels d'offres .....	46
D. Le droit applicable en cas de silence du contrat .....	48
1. Etat de la jurisprudence et de la pratique .....	48
2. L'effet des clauses attributives de juridiction sur le droit applicable .....	51
3. Essai d'appréciation générale .....	55
III. Le mode de règlement des différends .....	64
A. Les principales données du problème .....	64
B. Le cadre constitutionnel, conventionnel et réglementaire .....	67
C. Les termes des contrats .....	69
1. L'insertion de clauses compromissoires .....	70

Table des matières	VI
2. Les procédures et les organes prévus	72
a) Le choix d'une institution permanente ou de méthodes pré-établies d'arbitrage	74
b) La mise en place d'un tribunal arbitral <i>ad hoc</i>	78
c) Le recours à une juridiction internationale	84
d) Le recours à des tribunaux nationaux	87
3. La mise en œuvre des clauses	88
D. Exécution des contrats et immunité de juridiction	91
E. Le mode de règlement en cas de silence du contrat	94
IV. Conclusions	96
A. Le droit applicable	99
1. L'insertion d'une clause sur le droit applicable	99
a) Le choix des principes généraux du droit ou du droit international	100
b) Le choix d'une loi étatique	100
c) La diversité des choix selon les contrats	101
2. La non-insertion d'une clause	102
B. Le mode de règlement des différends résultant des contrats	103
1. L'insertion d'une clause sur le règlement des différends	103
2. La non-insertion d'une clause	105
C. Les échanges de vues entre organisations	105
<i>Projet de résolution</i>	107
<i>Annexe I: Questionnaire annexé à l'exposé préliminaire de M. Nicolas Valticos du 21 mars 1975</i>	110
<i>Annexe II: Observations des membres de la Quatrième Commission en réponse au questionnaire annexé à l'exposé préliminaire</i>	112
1. Observations de Mme Suzanne Bastid	112
2. Observations de M. Pierre Gannagé	114
3. Observations de M. Georges van Hecke	116
4. Observations de M. Yvon Loussouarn	118
5. Observations de M. Frederick A. Mann	119
6. Observations de M. Gaetano Morelli	121
7. Observations de M. Paul Reuter	122
8. Observations de M. François Rigaux	125
9. Observations de M. Jean J. A. Salmon	126
10. Observations de M. Ben Atkinson Wortley	130

*Les contrats conclus par les organisations internationales  
avec des personnes privées  
(Quatrième Commission)*

<i>Rapport définitif et projet de résolution de M. Nicolas Valticos</i>	132
I. Introduction	132
II. Questions d'ordre général	135
1. Spécificité du sujet	135
2. Utilité de l'étude	136

Table des matières	VII
--------------------	-----

3. Equilibre des intérêts en cause et besoins des organisations internationales	137
4. Les grands problèmes du règlement des différends et du droit applicable que posent les contrats considérés	138
5. Opportunité d'une résolution	140
III. Le contenu du projet de résolution	143
1. Contenu général et structure	143
2. Le Préambule	143
3. Mode de règlement des différends	146
4. Le droit applicable	151
5. Les dispositions finales	170
<i>Projet de résolution</i>	171
<i>Annexe: Observations des membres de la Quatrième Commission sur le rapport provisoire et le projet de résolution du 31 mars 1976 de M. Nicolas Valticos..</i>	174
1. Observations de Mme Suzanne Bastid	174
2. Observations de M. Pierre Gannagé	176
3. Observations de M. Frederick A. Mann	177
4. Observations de M. Gaetano Morelli	179
5. Observations de M. Paul Reuter	181
6. Observations de M. François Rigaux	183
7. Observations de M. Jean J. A. Salmon	184
8. Observations de M. Finn Seyersted	188
9. Observations de M. Michel Virally	189
10. Observations de M. Ben Atkinson Wortley	191

*Les accords entre un Etat et une personne privée étrangère*  
(Vingt et unième Commission)

<i>Rapport provisoire de M. Georges van Hecke</i>	192
1. Possibilité et effets de la soumission au droit des gens	192
2. Possibilité et effets de la soumission aux principes généraux du droit	194
3. Soumission du contrat à un droit interne	196
4. Le fondement du caractère obligatoire du contrat	197
5. Les indices de la volonté des parties	199
6. Conclusion	202
<i>Projet provisoire de résolution</i>	204
<i>Annexe I: Questionnaire annexé à l'exposé préliminaire de M. Georges van Hecke du 30 juin 1975</i>	206
<i>Annexe II: Observations des membres de la Vingt et unième Commission en réponse à l'exposé préliminaire et au questionnaire de M. Georges van Hecke du 30 juin 1975</i>	209
1. Observations de M. Henri Batiffol	209
2. Observations de M. Karl Doehring	214
3. Observations de M. Florentino P. Feliciano	218
4. Réponse de M. Philip C. Jessup	223
5. Observations de M. Pierre Lalive	224

Table des matières	VIII
6. Réponses de M. Frederick A. Mann .....	228
7. Observations de M. Riccardo Monaco .....	229
8. Observations de M. Ignaz Seidl-Hohenveldern .....	231
9. Observations de M. Wilhelm Wengler .....	234
10. Observations de M. Ben Atkinson Wortley .....	244

*Les accords entre un Etat et une personne privée étrangère*  
(Vingt et unième Commission)

<i>Rapport définitif de M. Georges van Hecke</i> .....	246
<i>Projet de résolution</i> .....	253
<i>Annexe: Observations des membres de la Vingt et unième Commission sur le rapport provisoire et le projet provisoire de résolution de M. Georges van Hecke du 15 avril 1976</i> .....	255
1. Observations de M. Karl Doehring .....	255
2. Observations de M. Florentino P. Feliciano .....	255
3. Observations de M. Philip C. Jessup .....	257
4. Observations de M. Pierre Lalive .....	258
5. Observations de M. Frederick A. Mann .....	260
6. Observations de M. Riccardo Monaco .....	261
7. Observations de M. Ignaz Seidl-Hohenveldern .....	262
8. Observations de M. Finn Seyersted .....	262
9. Observations de M. Wilhelm Wengler .....	264
10. Observations de M. Ben Atkinson Wortley .....	265

*Les entreprises multinationales*  
(Deuxième Commission)

<i>Exposé préliminaire de M. Berthold Goldman</i> .....	266
I. Définition des entreprises multinationales .....	270
II. Contenu des problèmes à étudier et orientations des solutions qu'ils peuvent appeler .....	278
A. Le rattachement juridique de l'entreprise multinationale .....	279
1. Groupe multinational de sociétés .....	280
2. Entreprise multinationale composée d'une société unique et d'établissements dépendants sans personnalité juridique propre .....	281
3. Rattachement international, ou «transnational» de l'entreprise multinationale .....	282
B. La répartition des compétences dans les domaines de la protection diplomatique et du contrôle des entreprises multinationales .....	284
1. Protection diplomatique .....	284
2. Contrôle des entreprises multinationales: données générales .....	285
3. Applications particulières du contrôle: concurrence et contrats .....	287
a) Concurrence .....	287
b) Contrats .....	289

<i>Annexe I</i> : Questionnaire annexé à l'exposé préliminaire de M. Berthold Goldman du 31 août 1976 .....	291
<i>Annexe II</i> : Observations des membres de la Deuxième Commission en réponse au questionnaire annexé à l'exposé préliminaire.....	296
1. Observations de Mme Suzanne Bastid .....	296
2. Observations de M. Philip C. Jessup.....	300
3. Observations de M. Pierre Lalive .....	302
4. Observations de M. Riccardo Monaco .....	310
5. Observations de M. Willis L. M. Reese .....	312
6. Observations de M. Ignaz Seidl-Hohenveldern .....	314

*Les entreprises multinationales*  
(Deuxième Commission)

<i>Rapport définitif de M. Berthold Goldman</i> .....	318
Introduction .....	318
I. Les traits juridiquement caractéristiques de l'entreprise multinationale. – Recherche d'une définition .....	323
II. Le «rattachement» des entreprises multinationales – Multinationalité ou transnationalité? .....	329
A. Difficultés préalables .....	330
1. Le «traitement de faveur» .....	330
2. La portée du «rattachement juridique» .....	331
B. Détermination des rattachements.....	333
1. Rattachements «nationaux».....	333
2. Rattachement ou enregistrement «international» ou «transnational» ..	339
III. La répartition des compétences .....	349
A. Protection diplomatique .....	349
1. Entreprises à rattachements mono-nationaux multiples .....	350
2. Entreprises à rattachement transnational .....	359
3. Entreprises multinationales formées par une société unique et des établissements à implantation pluri-étatique, sans personnalité morale ..	364
B. Contrôle des entreprises multinationales .....	365
1. Données générales .....	366
a) Entreprises multinationales à rattachements nationaux multiples ..	366
b) Entreprises multinationales à rattachement transnational .....	371
2. Deux exemples: concurrence et contrats.....	375
a) Concurrence .....	375
i) Entreprises multinationales à rattachements nationaux multiples ..	375
ii) Entreprises multinationales à rattachement transnational .....	377
b) Contrats .....	378
<i>Projet de résolution</i> .....	382



---

# Les contrats conclus par les organisations internationales avec des personnes privées

(*Quatrième Commission*)

Rapport provisoire

*Nicolas Valticos*

## *I. Introduction*

1. Au début 1974, le Bureau de l'Institut a institué la Quatrième Commission<sup>1</sup>, chargée d'examiner la question des «contrats conclus par les organisations internationales avec des personnes privées». Votre rapporteur a établi un exposé préliminaire, ainsi qu'un questionnaire, qu'il a adressés aux membres de la Commission le 21 mars 1975 avec la prière de répondre pour le début juillet 1975. Dix des douze membres que compte la Commission (outre le rapporteur) ont communiqué des réponses à ce jour et le rapporteur leur est particulièrement reconnaissant de l'accueil favorable qu'ils ont réservé à l'exposé préliminaire et des avis qu'ils lui ont donnés et qui l'ont grandement aidé pour la suite de son travail. On trouvera en annexe le questionnaire adressé aux membres de la Commission<sup>2</sup> et le texte des réponses reçues<sup>3</sup>. Celles-ci ont été communiquées en leur temps aux divers membres de la Commission.

En août 1975, lors de la session de Wiesbaden, ceux des membres de la Commission qui participaient à cette session ont procédé à un échange de vues sur la base de l'exposé préliminaire et des réponses reçues. La Commission a aussi reçu certaines directives du Bureau de l'Institut. Ces

<sup>1</sup> La Quatrième Commission est ainsi composée: M. Valticos, *rapporteur*; Mme Bastid, MM. Gannagé, van Hecke, Loussouarn, Mann, Morelli, Reuter, Rigaux, Salmon, Seyersted, Virally, Wortley, *membres*.

<sup>2</sup> L'exposé préliminaire ne sera pas reproduit car la substance en est reprise dans le présent rapport.

<sup>3</sup> En outre M. Seyersted a communiqué le texte de l'important cours qu'il a consacré à la question à l'Académie de droit international en 1967 et dont il sera plus d'une fois question par la suite.

différents éléments ont été d'un grand secours au rapporteur et ont notamment permis de déterminer la méthode de travail de la Commission. En effet, deux questions préliminaires s'étaient posées dès le début de ses travaux.

2. La première était de décider s'il convenait de surseoir à l'étude de la question en attendant que l'Institut ait examiné celle des «accords entre un Etat et une personne privée étrangère» qui avait été confiée à la Vingt et unième Commission<sup>4</sup>. On pouvait hésiter sur ce point car les deux sujets présentent des points communs mais aussi des différences. D'une part, l'examen de ces deux questions a été souvent fait parallèlement et même simultanément, et cela parce que les organisations internationales ont, comme les Etats, la personnalité juridique internationale. C'est notamment à propos des unes comme des autres qu'on a examiné les effets que l'autonomie de la volonté peut avoir sur le choix exprès ou présumé de la loi applicable et qu'on s'est demandé dans quelle mesure ces contrats peuvent être régis par le droit international ou les principes généraux du droit. C'est aussi pour les unes comme pour les autres qu'on a recherché dans l'arbitrage le moyen de trancher les différends résultant des contrats.

3. Les différences sont, cependant, nombreuses et d'importance<sup>5</sup>. Nous avons notamment relevé, dans notre exposé préliminaire, le fait que les Etats possèdent un système de droit détaillé dont les dispositions matérielles précises peuvent être rendues applicables aux litiges relatifs à des contrats, de même que leur système en matière de conflits de lois peut, en tant que *lex fori*, déterminer les règles de rattachement à suivre, alors que les organisations internationales n'ont pas de lien particulier avec le droit du pays où elles ont leur siège et, si elles ont dans une certaine mesure un droit interne, ne possèdent pas de règles de droit propres – en matière d'obligations ou de conflits de lois, par exemple – qui soient comparables aux systèmes de droit étatiques<sup>6</sup>. De ce point de vue donc, on ne saurait comparer le cas des organisations internationales avec celui

<sup>4</sup> Le rapporteur de cette Commission (M. van Hecke) est aussi membre de la Quatrième Commission et MM. Mann et Wortley sont également membres des deux Commissions.

<sup>5</sup> Voir à ce sujet l'opinion nuancée de M. Monaco, «Observations sur les contrats conclus par des organisations internationales», Mélanges Modinos, Paris, 1968, p. 87.

<sup>6</sup> A cet égard, le même problème se pose, dans les relations commerciales internationales, pour l'arbitre international qui n'a pas non plus de *lex fori* vers laquelle se tourner.

des Etats concluant avec des personnes privées des accords auxquels on a pu considérer que la loi de l'Etat contractant pourrait avoir vocation à s'appliquer.

4. Un deuxième ordre de différences réside dans le fait que la personnalité juridique de l'Etat, par la souveraineté, les pouvoirs et *l'imperium* qu'elle comporte, est bien plus marquée que celle des organisations internationales, que caractérisent essentiellement des compétences fonctionnelles<sup>7</sup>. En outre, les organisations internationales n'ont ni de territoire propre (elles résident sur celui d'un Etat ayant, lui, les pouvoirs et compétences étatiques normales), ni de système de droit propre (sauf dans certains secteurs limités). Enfin, les opérations des organisations internationales avec des personnes privées n'ont pas – mis à part le cas de certaines «entreprises» dont il sera question plus loin – le caractère commercial de celles que les Etats effectuent de plus en plus fréquemment. De ces différences découlent diverses conséquences du point de vue qui nous occupe: ainsi, étant donné la relative faiblesse des organisations internationales et la nature et la condition de leurs opérations, les immunités dont elles bénéficient ont paru plus nécessaires à leur fonctionnement que pour ce qui est des Etats (et n'ont donc pas été affectées par un certain mouvement de limitation des immunités des Etats). Par ailleurs, le rôle de l'arbitrage est largement reconnu comme mode de règlement des litiges relatifs aux contrats conclus par les organisations internationales avec des personnes privées, alors que dans certains pays la loi exclut ou limite cette voie pour les contrats conclus par l'Etat, ou certains d'entre eux. Enfin, la distinction, habituelle pour ce qui est des Etats, entre «actes de puissance publique» et «actes de gestion» ne saurait se retrouver – du moins dans la même mesure et avec la même signification – dans le cas des organisations internationales<sup>8</sup> (encore que, comme on le verra<sup>9</sup>, une distinction un peu analogue puisse être esquissée à certains égards).

5. Une troisième différence réside souvent dans le contenu de certains types de contrats considérés. Dans le cas des contrats conclus par les Etats avec des personnes privées, les plus importants – pour de nombreux Etats – et ceux qui posent le plus de problèmes juridiques concernent l'investissement, l'exploitation des ressources naturelles et le développement

<sup>7</sup> Voir *Virally*, «La notion de fonction dans la théorie de l'organisation internationale», *Mélanges Rousseau*, Paris, 1974, pp. 277–300.

<sup>8</sup> Voir *Wilfred Jenks*, *International Immunities*, Londres et New York, 1961, pp. 41–45.

<sup>9</sup> Voir *infra*, nos 20–21.

économique du pays. Pour ce qui est des contrats des organisations internationales avec des particuliers, il s'agit, d'une part, de contrats de fournitures et autres contrats de type administratif, et, d'autre part, d'accords en relation avec la coopération technique et plus généralement avec la mission d'intérêt public international de l'institution.

6. Etant donné ces différences, les avis des membres de la Commission ont été partagés quant à l'utilité qu'il pourrait y avoir à surseoir à l'examen de la question des contrats conclus par les organisations internationales.

A la session de Wiesbaden, le Bureau de l'Institut informa la Commission qu'il estimait souhaitable que les travaux des deux Commissions se déroulent parallèlement de manière à ce que l'Institut puisse être saisi de ces deux questions à sa session de 1977, mais aussi que des mesures soient prises pour coordonner les activités des deux Commissions, comme la communication réciproque des exposés préliminaires des rapporteurs et des réponses des membres de chacune des Commissions aux membres de l'autre<sup>10</sup>, et la participation de votre rapporteur aux travaux de la Vingt et unième Commission. Ce premier point a donc été tranché. Il nous a semblé cependant utile de signaler brièvement les différences existant entre ces deux questions afin qu'on les ait à l'esprit lorsqu'il s'agira d'apprécier la mesure dans laquelle les conclusions auxquelles l'Institut aboutira sur l'une pourraient valoir également pour l'autre.

7. Une deuxième question préliminaire avait été posée à la Quatrième Commission par son rapporteur: il s'agissait de l'utilité que pourrait présenter la consultation d'un certain nombre d'organisations internationales. Dans l'exposé préliminaire, nous avons signalé qu'une telle consultation permettrait de faire le point des pratiques et des tendances actuelles. Nous avons indiqué que, lors de la préparation de son important cours de 1967 à l'Académie de droit international<sup>11</sup>, M. *Seyersted*

<sup>10</sup> L'exposé préliminaire de votre rapporteur, ainsi que les réponses dont cet exposé avait fait l'objet de la part de membres de la Quatrième Commission, ont donc été communiqués aussi aux membres de la 21e Commission le 1er septembre 1975 et cet exposé a fait l'objet de commentaires substantiels de la part de M. *Seidl-Hohenveldern* et de M. *Pierre Lalive*. Ces derniers, en date du 26 avril, ont été reçus après que le présent rapport ait été finalisé et il n'a malheureusement pas pu en être tenu compte à ce stade. De même, les observations préliminaires de M. *van Hecke*, rapporteur de la 21e Commission, ont été adressées aux membres de la Quatrième Commission vers la même époque.

<sup>11</sup> «Applicable Law in Relation between Intergovernmental Organisations and Private Parties», *Rec. des Cours de l'Académie de droit international*, vol. 122, 1967-III, pp. 427-616.

avait eu recours avec profit à cette méthode, mais que plusieurs années se sont écoulées depuis et qu'une nouvelle consultation, fondée sur quelques questions précises, aurait des avantages évidents. Les membres de la Commission furent donc saisis d'un projet de questionnaire aux organisations internationales ainsi que d'une liste des organisations auxquelles ce questionnaire pourrait être adressé. Tant dans leurs réponses écrites qu'au cours de la réunion qui s'est tenue à Wiesbaden, les membres de la Commission qui s'exprimèrent à ce sujet se prononcèrent dans leur grande majorité en faveur de la consultation proposée. A la suggestion de divers membres de la Commission, quelques questions supplémentaires furent ajoutées au questionnaire et la liste des organisations à consulter fut complétée. Votre rapporteur procéda donc à l'envoi, le 28 août 1975, du questionnaire modifié aux trente-deux organisations retenues<sup>12</sup>, en les priant de répondre pour le début novembre 1975. A la fin novembre, un rappel fut adressé aux organisations qui n'avaient ni répondu ni indiqué qu'elles comptaient le faire. En outre, au début janvier 1976, des deman-

<sup>12</sup> Il s'agissait des organisations suivantes (les organisations marquées d'une étoile sont celles qui ont répondu): Nations Unies\*, Organisation des Nations Unies pour le développement industriel (ONUDI)\*, Fonds des Nations Unies pour l'enfance (UNICEF), Programme des Nations Unies pour le développement (UNDP)\*, Office de secours et de travaux des Nations Unies pour les réfugiés de Palestine dans le Proche-Orient (UNRWA), Organisation internationale du Travail (OIT)\*, Organisation des Nations Unies pour l'alimentation et l'agriculture (FAO)\*, Programme alimentaire mondial (PAM)\*, Organisation des Nations Unies pour l'éducation, la science et la culture (UNESCO)\*, Organisation mondiale de la santé (OMS)\*, Banque internationale pour la reconstruction et le développement (BIRD)\*, Fonds monétaire international (FMI)\*, Organisation de l'aviation civile internationale (OACI)\*, Union internationale des télécommunications (informations générales fournies oralement), Organisation météorologique mondiale, Organisation intergouvernementale consultative de la navigation maritime, Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (OMPI)\*, Agence internationale de l'énergie atomique (AIEA)\*, Institut international pour l'unification du droit privé, Comité intergouvernemental pour les migrations européennes, Organisation de coopération et de développement économique (OCDE)\*, Agence européenne pour l'énergie nucléaire (s'est référée à la réponse de l'OCDE), Conseil de l'Europe\*, Communautés européennes\*, Organisation européenne pour la recherche nucléaire (CERN)\*, Agence spatiale européenne (ESA)\* (qui reprend les activités de l'Organisation européenne de recherches spatiales (ESRO) et de l'Organisation européenne pour la mise au point et la construction de lanceurs d'engins spatiaux (ELDO)), Conseil d'assistance économique mutuelle (COMECON)\*, Organisation de l'Unité africaine (OUA)\*, Ligue des Etats arabes, Organisation des Etats d'Amérique (OEA)\*, et aussi, bien qu'il ne s'agisse pas d'organisations internationales au sens du présent rapport, Comité international de la Croix-Rouge (CICR)\* et Chambre de commerce internationale\*.

des analogues furent faites à quatre autres organisations<sup>13</sup>, à la suggestion de M. van Hecke.

A la fin mars 1976, des réponses avaient été reçues de 27 organisations, comprenant les plus importantes (une des organisations consultées s'étant référée aux communications de l'organisation principale dont elle est subsidiaire et une autre ayant répondu à la place de deux organisations qui avaient entretemps fusionné). Nous tenons à remercier vivement ces organisations des réponses fournies, parfois très détaillées, ainsi que certains de leurs représentants des indications qu'ils ont bien voulu donner oralement. Ces contributions ont été essentielles pour permettre au présent rapport d'être fondé sur une connaissance suffisante des faits.

8. Les contrats conclus par les organisations internationales avec des personnes privées posent deux séries de questions: celles qui concernent le droit applicable à ces contrats<sup>14</sup> et celles qui ont trait au mode de règlement des différends résultant de ces contrats. On verra du reste qu'en définitive, les considérations propres aux organisations internationales, tout en posant de difficiles problèmes dans le premier de ces domaines, se manifestent de la manière la plus nette dans le second. Le présent rapport comportera donc deux parties, qui seront consacrées à ces questions, puis une conclusion dans laquelle nous tenterons de dégager certains principes et d'indiquer les options qui se présentent. A ce stade, il y aura aussi lieu de se demander si la matière se prête à l'adoption d'une résolution par l'Institut.

## *II. Le droit applicable*

### *A. Les principales données du problème*

9. Le problème des contrats conclus par les organisations internationales avec des personnes privées, et en particulier celui du droit qui les

<sup>13</sup> Il s'agissait de la Banque asiatique de développement\*, de la Banque européenne d'investissement (BEI)\*, de la Banque des règlements internationaux (BRI) et de l'Organisation européenne pour la sécurité de la navigation aérienne (Eurocontrol)\*.

<sup>14</sup> Il ne nous semble pas utile de traiter de la question des organes habilités à conclure, au nom des organisations internationales, des contrats avec des personnes privées, car on doit manifestement appliquer à ce sujet les principes formulés (notamment aux points III à V) par la résolution sur «l'application des règles du droit international général des traités aux accords internationaux conclus par les organisations internationales» adoptée par l'Institut à Rome en 1973.

régit, a été traité, à titre principal ou accessoire, dans d'assez nombreuses études, parfois de manière approfondie<sup>15</sup>.

L'intérêt de cette question est évident. L'augmentation du nombre des organisations internationales et la diversité croissante de leurs fonctions ont entraîné l'accroissement, en nombre comme en complexité, des contrats que ces organisations concluent avec des particuliers. Aux actes d'administration courante (recrutement du personnel, fournitures normales, publications, assurances, opérations bancaires normales) qui peuvent déjà porter sur des montants considérables (par exemple en cas de construction de bâtiments, d'emprunts de sommes importantes) se sont ajoutées des opérations de plus grande envergure qui sont directement rattachées à la mission internationale propre de l'organisation (projets parfois complexes de coopération technique, prestations de services, prêts relevant de la fonction de l'organisation, etc.). Dans cette évolution qui pourrait connaître des développements insoupçonnés il y a encore quelques années<sup>16</sup>, la détermination du droit applicable à ce type de contrat pose des questions difficiles et présente, en même temps que des analogies avec, d'une part, les contrats conclus par les Etats et, d'autre part, les

<sup>15</sup> La question a été traitée tantôt en même temps que celle des contrats internationaux conclus par les Etats avec des particuliers – et comme un prolongement de ce type de contrats – tantôt en elle-même, comme un problème spécifique, situé dans le cadre du droit des organisations internationales, tantôt enfin dans certains de ses aspects particuliers, notamment celui des prêts et emprunts. Parmi ces ouvrages, on peut notamment mentionner celui de *Wilfred Jenks* (*The Proper Law of International Organisations*, Londres et New York, 1962) et le cours précité de *M. Seyersted*. Voir aussi *H. Batiffol*, *Problèmes des contrats privés internationaux*. Université de Paris, Institut des Hautes Etudes internationales, 1961–1962, fascicule II, pp. 91 et s.; *F. A. Mann*, «The Proper Law of Contracts concluded by International Persons», *The British Year Book of International Law*, XXXV (1959), pp. 41–57; *Lord McNair*, «The General Principles of Law recognized by Civilized Nations», *BYBIL*, 1957, pp. 1–19; *Philip Jessup*, *Transnational Law*, New Haven, 1956, pp. 72, 113; *K. Zemanek*, *Das Vertragsrecht der internationalen Organisationen*, Vienne 1957; et, dans le domaine spécial des prêts et emprunts, *Delaume*, «The Proper Law of Loans concluded by International Persons: A Restatement and a Forecast», *American Journal of International Law*, LVI (1962), pp. 63–87, du même, *Transnational Contracts – Applicable Law and Settlement of Disputes*, New York, 1975; *van Hecke*, *Problèmes juridiques des emprunts internationaux*, *Bibl. Visseriana*, 1955; *Salmon*, *Le rôle des organisations internationales en matière de prêts et d'emprunts: problèmes juridiques*, Londres, 1958.

<sup>16</sup> On peut penser à la possibilité d'exploitation des fonds marins par une autorité internationale.

contrats privés internationaux, une spécificité tenant à la nature des organisations internationales.

10. Nous avons déjà pu voir (nos 2 à 5) les analogies comme les différences que les contrats conclus par des organisations internationales avec des personnes privées présentent avec ceux conclus par des Etats. Si on les compare avec les contrats internationaux entre personnes privées, on trouve aussi de nombreuses analogies, et essentiellement le problème de savoir si, dans ce domaine par excellence de l'autonomie de la volonté, les contractants devraient assujettir leurs relations à une loi étatique ou à ce qu'on peut définir comme les principes généraux du droit ou le «droit commun des nations»<sup>17</sup> et surtout ce qui doit en être décidé en cas de silence du contrat sur la loi applicable. Cependant, dans le cas des contrats des organisations internationales, une importante particularité réside dans le fait que «non seulement le contrat contient un élément international mais que l'un des contractants a lui-même le caractère international»<sup>18</sup>. Ainsi, le problème du droit applicable ne saurait être résolu simplement par le recours aux règles du conflit de lois. En l'occurrence, il faut aussi tenir compte de questions de droit international public, c'est-à-dire du droit des organisations internationales dont les contrats sont ici envisagés. Dans quelle mesure, s'est-on demandé, la nature et les fonctions de ces organisations doivent-elles influencer le choix du système applicable aux contrats qu'elles concluent? Un droit propre aux organisations internationales ayant commencé à se développer, le droit applicable aux contrats conclus par ces organisations ne devrait-il pas être recherché, ici plus qu'ailleurs, dans un droit matériel international plutôt que dans un droit étatique déterminé par le jeu des règles de conflit? On en vient ainsi à évoquer cette sorte de droit commun international que *Wilfred Jenks* avait intuité le «common law of mankind»<sup>19</sup> et dont la formation avait été considérée par *M. Batiffol*<sup>20</sup> comme un moyen d'éviter qu'un contrat international soit soumis à une loi étatique déterminée. Notre sujet se situe ainsi à un lieu de rencontre entre le droit international public, le droit international privé et ce qu'on a appelé le droit privé international. On y voit apparaître, comme l'avait signalé il y a vingt ans

<sup>17</sup> Voir *Fouchard*, *L'arbitrage commercial international*, préf. Goldman, Paris, 1965; *Loussouarn et Bredin*, *Droit du commerce international*, préf. Batiffol, Paris, 1969.

<sup>18</sup> *Jenks*, *The Proper Law*, préc., p. 148.

<sup>19</sup> *The Common Law of Mankind*, Londres, 1958.

<sup>20</sup> *Op. cit.*, pp. 106 et s.

M. Reuter<sup>21</sup>, des systèmes juridiques distincts tant du droit international classique que des droits nationaux<sup>22</sup> et où les principes généraux du droit jouent un rôle croissant.

11. A ce stade, il convient d'abord d'examiner de plus près les diverses données, parfois contradictoires, du problème, de prendre la mesure exacte de sa spécificité et d'évaluer le poids réel des diverses considérations qui entrent en jeu. Cela est d'autant moins aisé que les solutions ont varié sensiblement dans le temps, comme d'une organisation à l'autre (d'un conseiller juridique à l'autre a-t-on même dit<sup>23</sup>) et qu'il faut donc en conclure que les données du problème n'ont pas nécessairement une valeur absolue mais présentent une certaine fluidité, se trouvent encore en évolution et comportent même une grande mesure d'appréciation personnelle.

*1. La nature des organisations internationales et ses effets sur le droit applicable aux contrats conclus avec des personnes privées. Distinctions entre les organisations et entre les contrats*

12. La raison essentielle qui a fait estimer que les contrats conclus par des organisations internationales avec des personnes privées devraient être soustraits au jeu normal du conflit de lois et au rattachement à une loi étatique a été le caractère international public de ces organisations<sup>24</sup> et le souci de sauvegarder leur fonctionnement indépendant. Cette thèse a pu d'autant mieux être soutenue que les idées ont évolué depuis que la

<sup>21</sup> «Organisations internationales et évolution du droit», dans *L'évolution du droit public*. Etudes offertes à Achille Mestre, Paris, 1956, pp. 457-458.

<sup>22</sup> Ainsi M. Monaco («Les capacités de droit privé des organisations internationales» dans *Festschrift für Pan. J. Zépos*, vol. II, 1973, p. 483) classe ces contrats dans le *droit international des particuliers*.

<sup>23</sup> *Seyersted*, *op. cit.*, pp. 502-503.

<sup>24</sup> Aussi ce rapport ne traitera-t-il que des contrats conclus par les seules organisations intergouvernementales, comme cela a été le cas de la résolution précitée que l'Institut a adoptée à Rome en 1973 sur l'application des règles du droit international général des traités aux accords internationaux conclus par les organisations internationales. C'est à propos de ces organisations, en effet, que la question se pose véritablement, du fait notamment qu'elles comprennent des Etats comme membres et qu'elles sont des sujets de droit international public. Elles se distinguent, de ce fait, des organisations privées non gouvernementales, dont les activités peuvent être internationales, mais qui restent normalement régies par un droit étatique, les contrats internationaux qu'elles concluent ne posant pas de problèmes exorbitants du droit international privé classique. Précisons cependant que, si la question se pose à propos des diverses organisations intergouvernementales, les solutions peuvent différer, comme on le verra (*infra* n° 19), selon les organisations.

Cour internationale de Justice avait estimé, en 1929, dans les affaires des emprunts serbes et brésiliens, que «tout contrat qui n'est pas un contrat entre Etats dans leur capacité de sujets du droit international est basé sur la loi nationale d'un pays déterminé»<sup>25</sup>. On a donc fort bien pu considérer que, compte tenu de leur nature et de leurs fonctions, les organisations internationales ne devraient pas voir leurs activités assujetties – du moins d'une manière générale – au droit et aux juridictions d'un pays déterminé, et plus spécialement du pays où elles ont leur siège, parfois pour des raisons fortuites et uniquement – écrivait *Niboyet* dans un passage souvent cité<sup>26</sup> – «parce que c'est une exigence de la vie terrestre». «Ce siège, ajoutait-il, ne les nationalise pas et ne les astreint en rien à se soumettre à la loi de ce pays, et cela à quelque point de vue que ce soit, à moins que les Etats qui les créent n'aient cru devoir en disposer autrement», car leur assujettissement à la loi du pays du siège irait «à l'encontre du but même, celui de faire de ces personnes des organismes avant tout internationaux».

13. Formulée à diverses reprises, cette thèse appelle un examen plus poussé. Sa mise en pratique se heurte en effet, comme on le verra, à des obstacles sérieux et on peut donc se demander dans quelle mesure la nature des organisations internationales et l'indépendance qui leur est nécessaire exigent effectivement que les contrats qu'elles concluent avec des personnes privées soient soustraits à l'application d'un droit étatique. Il est vrai qu'à part la nature même de ces organisations, le problème de la loi applicable peut se poser également compte tenu du caractère international des contrats – ou du moins de certains des contrats – qu'elles concluent, mais cet aspect de la question nous ramène au problème plus général des contrats internationaux.

14. Les raisons de principe qui ont fait soutenir que, d'une manière générale, la nature des organisations internationales serait mieux marquée et leur indépendance mieux servie si leurs actes n'étaient pas assujettis à l'un ou l'autre droit étatique semblent aller de soi et ne pas appeler de développements particuliers. Encore faut-il ajouter qu'en plus de l'esprit de logique – ou si l'on préfère de système – qui est à sa base, cette thèse pourrait aussi trouver un certain appui dans diverses raisons d'ordre plus spécial ou plus pratique.

15. On a pu ainsi mentionner le souci des organisations de se garantir contre des changements qui pourraient être apportés à la législation choi-

<sup>25</sup> C. P. J. I., Série A, n° 20–21, p. 41.

<sup>26</sup> *Niboyet*, Traité de droit international privé français, Paris, 1948, tome V, pp. 562–563.

sie et leur porter préjudice. Il faut dire, toutefois, que le risque, l'«aléa de souveraineté» apparaît ici moindre – et se pose en termes différents – que lorsqu'il s'agit de contrats conclus par une personne privée avec un Etat dont elle craindrait qu'il n'utilise ses pouvoirs souverains à l'encontre de ses obligations contractuelles<sup>27</sup>, alors que, dans le cas qui nous concerne, le risque, si risque il y a, pour l'organisation internationale serait que l'Etat dont ressortit le cocontractant privé ou sur le territoire duquel le contrat doit être exécuté ne prenne des mesures pouvant jouer en faveur de cette personne privée ou plus simplement modifiant les conditions dans lesquelles le contrat avait été conclu. Il faut aussi dire qu'un autre moyen d'éviter un tel risque est de stipuler dans le contrat que le droit étatique sur lequel les parties se seraient entendues comme régissant le contrat est «gelé» à la date de la conclusion de celui-ci.

16. Une préoccupation voisine a été exprimée par M. Reuter dans les pénétrantes remarques qu'il a présentées en réponse à notre exposé préliminaire. M. Reuter a signalé en effet, parmi les motifs d'écarter l'application de lois étatiques, le souci, s'agissant de contrats dans lesquels se posent des questions monétaires, de faire échapper les prestations prévues à l'arbitraire des lois nationales. Ce facteur n'est certes pas à négliger mais, comme l'a aussi observé M. Reuter, le problème se pose dans les mêmes termes en matière de contrats internationaux entre Etats et particuliers et même entre particuliers et n'est donc pas propre aux organisations internationales.

17. Il y aurait, par ailleurs, certaines raisons de commodité, plus particulières aux organisations internationales, qui militeraient en faveur de solutions permettant d'écarter l'application de droits étatiques. Ce serait le souci d'éviter que les contrats des organisations internationales soient assujettis à des lois de pays différents du seul fait de leur siège, ce qui serait contraire à la communauté de principes et d'action recherchée entre les diverses organisations du système des Nations Unies. Nous aurons l'occasion (voir *infra* n° 60) de constater que ce souci préoccupe un certain nombre d'organisations, du moins en ce qui concerne la «standardisation» des contrats qu'elles concluent dans certains domaines d'intérêt commun comme l'exécution de projets de coopération technique.

<sup>27</sup> Voir notamment sur cette question, qui a été traitée par de nombreux auteurs, les observations préliminaires de M. van Hecke sur les accords entre un Etat et une personne privée étrangère. Voir aussi Jennings, «State Contracts in International Law», *British Year Book of International Law*, 1961, pp. 156-182 et Prosper Weil, «Problèmes relatifs aux contrats passés entre un Etat et un particulier», *Recueil des Cours de l'Académie de droit international*, 1969-III, pp. 205-234.

Même dans le cadre d'une seule organisation qui aurait, comme le cas est fréquent pour les grandes organisations universelles, des bureaux dans de nombreux pays du monde, il pourrait être parfois gênant que les contrats qu'elle conclut soient soumis à des régimes juridiques différents selon le pays dans lequel chaque bureau est installé.

18. Si valables que puissent être ces diverses raisons, peut-on aller jusqu'à estimer d'une manière générale que l'indépendance des organisations internationales est compromise ou leur bon fonctionnement entravé lorsque les contrats qu'elles concluent avec des personnes privées sont régis par une loi étatique? En quoi, par exemple, dira-t-on, l'indépendance de l'Unesco peut-elle être compromise si un contrat d'édition qu'elle conclut à Paris est régi par la loi française, ou le fonctionnement des Nations Unies perturbé si un contrat de fournitures passé à New York est assujéti au droit de cet Etat? Du reste, il n'est pas douteux que les organisations rencontreraient, en tout cas à un premier stade, des résistances auprès de certains contractants (notamment dans des professions organisées ayant des pratiques et des contrats types bien déterminés, comme les gros fabricants, les banques, etc.) pour qu'ils acceptent de s'écarter des dispositions habituelles relatives à la loi applicable<sup>28</sup>. On doit donc se demander si le souci de l'indépendance des organisations internationales et les considérations tirées de leur statut devraient et pourraient avoir, en matière de loi applicable aux contrats qu'elles concluent, des conséquences d'un caractère aussi général que, comme nous le verrons, elles en ont sur le mode de règlement des différends qui en résultent. On est ainsi amené à examiner si certaines distinctions ne devraient pas être faites, du point de vue de la loi applicable, entre les différents contrats conclus par les organisations internationales avec des personnes privées.

19. On pourrait d'abord envisager des distinctions selon le type, l'objet, le statut, la nature et la composition des organisations internationales. Il serait ainsi possible de distinguer selon que l'organisation a un plus ou moins grand degré d'«internationalité», qu'elle a une mission désintéressée d'intérêt public s'exerçant principalement par des actes de droit international public ou qu'elle fournit surtout des prestations techniques et est appelée à exercer des activités en grande partie financières et commerciales<sup>29</sup>, qu'elle bénéficie ou non de l'immunité de juridiction, que son statut

<sup>28</sup> Voir à ce sujet *Jenks, The Proper Law*, p. 154.

<sup>29</sup> On a ainsi distingué, parmi les «établissements publics internationaux», entre les établissements publics d'autorité et ceux de gestion (*Adam, Les établisse-*

contient ou non des dispositions sur la loi applicable ou le mode de règlement des différends en matière de contrats, que l'organisation est de caractère universel ou régional, que sa structure est plus ou moins homogène et le nombre de ses Etats membres plus ou moins grand<sup>30</sup>, que ses activités s'exercent dans un plus ou moins grand nombre de pays, que son action se situe dans un contexte politique plus ou moins marqué, que ses relations avec le pays hôte sont plus ou moins étroites, etc. Ces différences n'entraînent pas nécessairement toutes des conséquences du point de vue du régime juridique des contrats, mais elles influencent l'optique de l'organisation internationale et les solutions adoptées. Elles expliquent qu'il ne soit pas possible de procéder à des généralisations<sup>31</sup> ou de préconiser des solutions uniformes pour l'ensemble des organisations.

Sans pouvoir établir des catégories bien tranchées, on constatera ainsi que les organisations financières dont la BIRD et le FMI sont les plus importantes et les plus significatives combinent des traits propres aux grandes organisations internationales de la famille des Nations Unies et des pratiques qui découlent des opérations financières auxquelles elles se livrent et qui les rapprochent des entreprises privées (voir *infra* n° 54).

On relèvera aussi, plus généralement, que plusieurs organisations, surtout européennes, qui ont un caractère technique opérationnel et notamment celles qui poursuivent une activité financière et commerciale, passent d'importants marchés pour exécuter leur mission et sont considérées comme des entreprises<sup>32</sup>, des établissements<sup>33</sup> et même des sociétés – elles-mêmes subdivisées en plusieurs familles<sup>34</sup> – plus que comme des organisations proprement dites, ne bénéficient souvent pas de l'immunité de juridiction et acceptent ou doivent accepter l'application du droit étatique d'un Etat membre et la compétence d'une juridiction nationale, pour des raisons tenant à leur composition et à leur objet autant que pour ne

ments publics internationaux, Paris, 1957, p. 109; du même, Les organismes internationaux spécialisés, Paris, 1965, vol. I, p. 192).

<sup>30</sup> Pour les «établissements» européens qui, à la différence des organisations universelles, sont constitués d'un nombre limité d'Etats, on a relevé que la pression qu'ils peuvent exercer est moins grande pour la formation d'un droit non conventionnel (*Adam*, Les organismes internationaux spécialisés, préc., p. 185).

<sup>31</sup> Voir à ce sujet la réponse de M. *Salmon*.

<sup>32</sup> Voir *E. Libbrecht*, Entreprises à caractère juridiquement international, Genève, 1972.

<sup>33</sup> *Adam*, op. cit.

<sup>34</sup> *Goldman*, « Le droit des sociétés multinationales », *Journal du droit international*, 1963, n° 2, pp. 320–389.

pas laisser planer de doute sur l'étendue des droits et obligations des parties<sup>35</sup>. M. *Seidl-Hohenveldern* a soulevé à cet égard le problème du régime et de la nature juridique des entreprises étatiques ou para-étatiques communes établies sous l'égide d'une organisation internationale ou d'une convention entre Etats (Eurofima, etc.). La solution dépendra dans chacun de ces cas des divers facteurs mentionnés plus haut<sup>36</sup>.

20. On peut aussi envisager des distinctions selon la nature ou plutôt l'objet des contrats dont il s'agit. Et à cet égard plusieurs types de distinctions pourraient être faites.

21. Tout d'abord une distinction de bon sens selon l'importance des contrats. Après tout, pour des raisons pratiques aussi bien qu'en raison de leur incidence sur le fonctionnement de l'organisation internationale, il ne semble pas nécessaire – et il serait même excessif – de traiter de la même manière un contrat de fourniture d'articles de papeterie et un important contrat de services ou de prêt. M. *Seidl-Hohenveldern*, en particulier, a estimé nécessaire de pratiquer une telle distinction. Du reste, les règlements financiers des organisations internationales distinguent selon l'importance des contrats pour ce qui est des procédures d'autorisation à suivre. Mais on peut aussi penser à des distinctions d'une plus grande signification.

22. Faut-il ainsi, comme on l'a déjà indiqué (*supra* n° 4), établir ici une distinction entre contrats de *jure imperii* et de *jure gestionis* comme on le fait pour les contrats conclus par les Etats? Nous avons dit que l'analogie serait forcée car on ne saurait parler de souveraineté ou d'*imperium* pour les organisations internationales ni, par conséquent, distinguer entre «actes de puissance publique» et «actes de gestion»<sup>37</sup>.

En fait, si l'on reconnaît parfois à cette distinction quelque utilité, dans le cas des contrats considérés, c'est en l'orientant vers d'autres critè-

<sup>35</sup> *Libbrecht, op. cit.*, p. 553.

<sup>36</sup> Dans le cas d'Eurofima, ses statuts et l'Accord de base prévoient un arbitrage en cas de différend (voir *Fouchard, op. cit.*, p. 553).

<sup>37</sup> Voir *Jenks, International Immunities préc.*, pp. 41, 45. M. *Seidl-Hohenveldern* ajoute, pour sa part, en ce sens, que dans le domaine voisin de l'immunité la pratique et les accords ignorent cette distinction entre contrats *jure imperii* et *jure gestionis* lorsqu'il s'agit des organisations internationales et non des Etats, ce qui s'explique du fait que les organisations ne jouissent que d'une personnalité fonctionnelle et que par conséquent toutes leurs activités *jure gestionis* doivent être intimement liées à leurs fonctions *jure imperii*. M. *Wortley* estime, en revanche, que la question de l'immunité des Etats devrait être envisagée à cet égard et qu'une telle immunité n'a pas de place dans les opérations commerciales.

res, par exemple celui de la *forme publique ou privée* du contrat (M. Salmon) ou celui de la *mission des organisations internationales*, qui commence à se faire jour, bien qu'encore de manière imprécise.

Ainsi, dans sa réponse à notre question sur ce point, M. van Hecke a estimé que la ligne de séparation n'est pas entre *jus imperii* et *jus gestionis*, mais entre le lien plus ou moins étroit que le contrat présente avec la mission spécifique de l'organisation – critère qui a aussi l'appui de M. Loussouarn. M. van Hecke ajoute que ce critère serait assez semblable à la distinction développée par le droit administratif français pour distinguer entre contrats administratifs et contrats de droit privé<sup>38</sup>. M. Loussouarn précise de son côté que ce critère rendrait compte de l'opportunité plus ou moins grande de soumettre le contrat à la loi propre de l'organisation.

Cette dernière distinction est aussi signalée par M. Salmon qui relève que, lorsqu'une organisation internationale établit dans certains domaines son propre droit interne du fait qu'elle utilise fréquemment un contrat déterminé, qui cadre avec l'objet principal de ses activités, et que l'organisation se trouve dans une situation prédominante par rapport aux utilisateurs de ses services, elle aboutit à des contrats-types, voire des contrats administratifs, et aura tendance à faire échapper le contrat à tout droit étatique pour le faire régir par les règlements et les procédures internes de l'organisation.

De même, dans sa réponse à l'exposé préliminaire, M. Mann a distingué entre les contrats conclus par une organisation internationale en exécution directe de sa mission et les contrats qui s'attachent plus simplement à son activité (contrats avec des constructeurs, des fournisseurs, des avocats). Le droit applicable à cette dernière catégorie dépendrait d'une grande variété de circonstances et ne pourrait faire l'objet de règles générales, alors que, pour la première catégorie, le choix du droit interna-

<sup>38</sup> De ce point de vue, si l'effet de la distinction du droit français entre contrats administratifs et contrats de droit privé se manifeste du double point de vue de la compétence contentieuse et des règles de fond applicables aux deux types de contrats (voir A. de Laubadère, *Traité théorique et pratique des contrats administratifs*, tome I, Paris, 1956, p. 9), une distinction analogue pour les contrats conclus par les organisations internationales avec des personnes privées offrirait de l'intérêt surtout du point de vue du droit applicable [par exemple intervention d'éléments de droit international public dans le cas de lien étroit avec la mission de l'organisation, critère qui serait le pendant de celui qui, pour les actes administratifs, a été tiré de la notion d'activité de service public (*op. cit.*, pp. 59 et s.)].

tional serait une bonne solution et pourrait être recommandé comme principe. M. Reuter aussi relève la mission «désintéressée, non commerciale» des prestations que les organisations internationales ont pour objet essentiel de fournir, et «qui peut requérir ou non son insertion dans un système échappant à la souveraineté nationale». Des contrats peuvent ainsi être la suite d'actes juridiques de droit international public et «ne peuvent peut-être pas sans danger en être séparés».

Nous aurons l'occasion de voir que les réponses de certaines organisations justifieraient une distinction de cet ordre, étant entendu qu'il faut aussi tenir compte de la mission même de l'organisation intéressée (voir *supra* n° 19).

Il ne sera cependant pas toujours aisé de décider du lien plus ou moins direct d'une activité donnée avec la mission d'une organisation. M. Salmon relève qu'un contrat peut être pour une organisation une activité fondamentale et récurrente et pour une autre un accident et remarque que l'ONU et l'UNESCO doivent avoir d'intéressants cahiers des charges en matière d'impression de leurs documents, alors que leur mission n'est pas, *a priori*, l'édition d'ouvrages.

23. D'un point de vue différent, étant donné l'analogie – *mutatis mutandis* – avec les contrats privés internationaux, n'y aurait-il pas lieu – et la proposition est faite avec pertinence par MM. van Hecke et Lous-souarn – de distinguer le cas où le contrat est conclu et exécuté dans un seul pays, ce qui peut constituer une indication sérieuse pour l'application de la loi de ce pays?

24. Enfin, indiquons ici qu'on doit naturellement distinguer les matières dans lesquelles il existe un droit matériel propre des organisations internationales auquel celles-ci décident d'assujettir un certain type de contrats. On pense naturellement ainsi aux contrats que les organisations internationales concluent avec le personnel qu'elles emploient, auxquels sont applicables des statuts et règlements administratifs adoptés par les organisations intéressées et dont, en outre, peuvent connaître des tribunaux administratifs spéciaux établis par celles-ci. Dans de tels cas, la question de la loi applicable ne se pose pas. C'est le droit administratif interne de l'organisation qui régit ces contrats, comme le rappellent du reste les Nations Unies dans leur réponse. Aussi ce type de contrats ne sera-t-il pas compris dans le présent rapport (et les membres de la Commission en ont convenu, en réponse à notre exposé préliminaire). Ne doivent cependant être ainsi exclus que les contrats d'emploi couverts par un statut du personnel et non d'autres types d'emploi, comme dans le cas des

collaborateurs extérieurs (études ou travaux effectués à titre de fourniture de services, etc.)<sup>39</sup>.

25. Devrait-on par ailleurs distinguer selon la personnalité publique ou privée du cocontractant? C'est une des questions qui, à titre d'exemple, avait été posée aux membres de la Commission dans notre exposé préliminaire. MM. *van Hecke* et *Loussouarn* ont répondu que la personnalité publique ou privée du cocontractant ne paraît pas, à première vue, jouer de rôle. M. *Salmon* estime que la personnalité publique du cocontractant pourrait suggérer l'application du droit international (vu la présence de deux sujets de droit international) ou l'application du droit public du service public en question. Mais la question n'entre pas vraiment dans le cadre de notre sujet.

26. Compte tenu des diverses distinctions qui pourraient être ainsi faites, la Commission décida d'insérer dans le questionnaire aux organisations internationales une question sur l'objet des principaux contrats que les organisations sont amenées à conclure et de demander à celles-ci d'établir, si possible, une classification des différents types de ces contrats.

A dire vrai, cette consultation n'a guère apporté d'éléments bien particuliers. Les réponses, plus ou moins détaillées, ont énuméré les principaux types de contrats conclus par les organisations internationales intéressées. Si l'on combine ces réponses (tout en écartant, pour les raisons qu'on vient d'indiquer, les contrats d'emploi régis par des statuts), on pourrait établir une liste synthétique de contrats portant sur les matières suivantes:

- achat et vente, notamment:
  - a) acquisition de propriétés immobilières;
  - b) fourniture de matériel de bureau, etc.;
- baux immobiliers, location de locaux (au siège et dans les diffé-

<sup>39</sup> Dans les contrats qui ne sont pas formellement régis par le règlement ou statut du personnel de l'organisation internationale, les tribunaux administratifs ont néanmoins appliqué parfois les dispositions pertinentes du règlement, du fait que les pratiques administratives, mentionnées dans le contrat, sont fondées sur le règlement sans pour cela considérer que le règlement ait été applicable en tant que tel (voir Tribunal administratif des Nations Unies, jugement n° 149 du 6 octobre 1971 – *aff. Mirza* – et jugement n° 176 du 12 octobre 1973 – *aff. Fayad*). De son côté, le Tribunal administratif de l'OIT a estimé (jugement n° 11 du 12 août 1953 – *aff. Desgranges*) que, pour un fonctionnaire d'un bureau extérieur – pour lequel il n'existait pas alors de dispositions statutaires applicables –, il y avait lieu d'appliquer, par analogie, la législation nationale du lieu où se trouve ce bureau.

rents pays où l'organisation exerce ses activités) et de matériel de bureau (machines à photocopier, ordinateurs, etc.);

- affrètement de navires et d'avions (FAO, CICR);
- construction de locaux (avec les architectes, les entrepreneurs, etc.), de navires (FAO), génie civil (CERN), services industriels, travaux divers d'entretien, nettoyage et réparation du bâtiment et de matériel de bureau;
- fourniture et installation d'outillage comportant aussi la garantie du fonctionnement;
- prestations de services (de consultants ou d'experts, ou de traduction), en particulier pour études et recherches spécialisées, avec des particuliers ou firmes de consultants, notamment dans le domaine de la coopération technique, pour l'établissement ou l'exécution de projets de coopération technique (PNUD, OIT, FAO, OMS, AIEA et OCDE) ou plus généralement pour des services professionnels et autres (dans les cas autres que celui des fonctionnaires soumis au statut du personnel, par exemple consultants ou experts, interprètes et traducteurs);
- services tels que photographies aériennes, forages exploratoires, études géophysiques, établissement de cartes géographiques (FAO);
- droits d'auteur;
- édition, travaux d'impression, production et distribution de films cinématographiques, cession de droits de publications, abonnements; contrats avec les dépositaires de publications; fourniture de matériel audio-visuel;
- emprunts, prêts et garanties;
- services de banques, d'agences de voyages et d'agences de publicité;
- transports de marchandises et de personnes;
- assurances;
- gérance de biens immobiliers.

En plus de ces différents types de contrats qui se rencontrent ou seraient susceptibles de se rencontrer dans la plupart des organisations internationales, il faut citer les opérations financières spéciales de grande envergure qui entrent dans le domaine d'activité d'organisations telles que la Banque internationale ou le Fonds monétaire international et qui comportent – ou peuvent comporter – des prêts ou emprunts non seulement avec des Etats, mais aussi, sous certaines conditions, avec des personnes privées, et aussi l'émission d'obligations selon les règles du marché financier.

27. Les organisations n'ont généralement pas présenté, outre l'énu-

mération des contrats, un essai de classification de ceux-ci. L'Agence spatiale européenne a classé les contrats sous deux larges catégories: les contrats de droit public (ceux avec les membres du personnel et avec des institutions ou établissements publics) et les contrats de droit privé, c'est-à-dire ceux avec d'autres personnes et notamment des sociétés industrielles ou commerciales.

Les classifications présentées – ou esquissées – par l'OIT et la BIRD offrent un intérêt particulier. Ainsi l'OIT estime difficile d'établir des critères sur la base desquels une classification pourrait se faire, mais pense qu'on peut considérer comme une catégorie distincte les sous-contrats des projets ou des parties de projets de coopération technique qui ont des caractéristiques qui les différencient de tous les autres. Dans ces contrats, la firme ou l'institution sous-traitante prend à sa charge certaines des responsabilités de l'OIT envers un Etat, en tant qu'agence d'exécution d'un projet de coopération technique. Il en découle pour la firme des obligations et des droits qui sont absents des contrats purement commerciaux. C'est ainsi que, dans l'exécution du sous-contrat, la firme a, entre autres, le devoir de se conformer à la politique de l'Organisation et aux termes des accords entre celle-ci et le pays intéressé et elle bénéficie normalement de certains privilèges et immunités.

Quant à la classification présentée par la BIRD, son intérêt réside dans le fait qu'elle distingue entre les contrats qui ont trait directement à la mission de la Banque internationale (opérations de prêt et d'emprunt) et les contrats commerciaux, locations, contrats avec des consultants, d'un caractère administratif courant.

28. De toute manière, que l'on doive s'orienter vers une solution unique pour tous les contrats conclus par les organisations internationales ou, comme l'envisageait *Jenks*, une solution éclectique<sup>40</sup> opérant des distinctions selon les contrats ou les contractants, un élément important doit être l'opinion et l'expérience des organisations internationales elles-mêmes au sujet des incidences que l'application de lois étatiques pourrait avoir sur leur fonctionnement et l'exécution de leur mission. C'est un des principaux enseignements que l'on attendait de leur consultation et nous aurons bientôt à en exposer les résultats. Pour apprécier cependant ceux-ci, encore faut-il avoir une vue plus précise des diverses solutions qui seraient possibles si l'on voulait écarter l'application de lois étatiques.

<sup>40</sup> *The Proper Law*, pp. 154–155.

## 2. *Les solutions autres que l'application de lois étatiques*

29. En exposant la question des contrats conclus par les organisations internationales avec des personnes privées, on résume parfois le problème en disant qu'il s'agit, en définitive, d'un conflit – ou d'un essai d'équilibre – entre la préoccupation de sauvegarder le caractère international et le bon fonctionnement de ces organisations et celle de respecter le besoin de sécurité des transactions<sup>41</sup>. En effet, alors qu'on estime généralement, comme on l'a vu, que la nature des organisations internationales appellerait en principe l'application à leurs contrats d'un système juridique indépendant des lois étatiques, on se heurte à la difficulté qu'à l'exception des contrats d'emploi avec le personnel (et cette exception fait observer à M. *Salmon* que ces deux exigences ne sont pas nécessairement antinomiques) il n'existe pas, dans les matières sur lesquelles portent généralement ces contrats, de système juridique précis, autre que les droits étatiques, auquel on puisse assujettir les contrats que concluent ces organisations. D'où la crainte que l'absence d'un tel système juridique non étatique ne risque de compromettre dans une certaine mesure la sécurité des transactions. En plus de ce souci, d'autres facteurs qui peuvent jouer en faveur des droits étatiques sont, remarque M. *Salmon*, la susceptibilité des Etats sur le territoire desquels le contrat doit être exécuté et les traditions en matière de droit international privé.

30. Bien plus, l'insistance sur le choix d'un système juridique non étatique paraît risquer, comme on l'a déjà dit, d'empêcher parfois la conclusion de contrats. Certes, les organisations internationales sont généralement des clients recherchés et M. *Seidl-Hohenveldern* a estimé que l'intérêt d'assurer la sécurité des transactions est d'une importance pratique bien moindre que l'indépendance des organisations internationales et que les cocontractants éventuels auront dans la plupart des cas un si grand intérêt à contracter avec une organisation qu'ils se résigneront volontiers à un élément d'insécurité. Ces considérations ne sont pas sans pertinence, de même qu'il ne fait pas de doute que, comme l'a écrit *Jenks*<sup>42</sup>, le commerçant ou entrepreneur coriace peut hésiter à accepter qu'un contrat important soit soumis au droit international ou aux principes généraux du droit, mais qu'il pourrait changer d'avis si d'autres contractants acceptent de telles clauses et qu'il peut même finir par préférer une telle formule internationale, de même qu'en d'autres cas il préfère les usages et l'arbitrage commerciaux au droit et aux procédures étatiques.

<sup>41</sup> Voir *Jenks*, *The Proper Law*, pp. XL–XLI.

<sup>42</sup> *The Proper Law*, *op. cit.*, p. 154.

Tout cela peut jouer à la longue mais entretemps, combien de propriétaires donneraient-ils volontiers des bureaux en location, de banques accorderaient-elles des prêts importants, de sociétés d'assurances concluraient-elles des polices, de fabricants vendraient-ils des voitures s'ils n'avaient la garantie que le contrat est régi par un système de droit national précis auquel ils sont accoutumés ou dont ils peuvent prendre exactement connaissance? L'organisation internationale peut ainsi être parfois amenée, pour obtenir l'accord de l'autre partie, à accepter que le contrat soit régi par une loi étatique. Mais souvent aussi, comme on le verra, l'organisation internationale ne sera pas en mesure – ou n'aura pas la certitude – d'obtenir que l'autre partie accepte de prévoir dans le contrat que celui-ci sera régi par un droit non étatique – disons les principes généraux du droit –, mais obtiendra au moins que le contrat ne traite d'aucune manière de la loi applicable et qu'en cas de litige la question soit tranchée par les arbitres.

31. En définitive la question dépendra de la partie au contrat qui sera la plus puissante ou la plus insistante et pourra, soit faire prévaloir ses conditions sur ce point, soit s'opposer à celles du cocontractant pour aboutir à un accord sur la formule neutre du silence. Ce ne sera pas toujours l'organisation internationale qui l'emportera<sup>43</sup>. Comme le remarque M. *Wortley*, certaines sociétés internationales sont plus riches que certains Etats – à plus forte raison que des organisations internationales. Lorsqu'ainsi une organisation internationale, pour exécuter un projet de coopération technique, s'adresse à une puissante société spécialisée pour obtenir, par exemple, du matériel de télécommunications, elle ne disposera en réalité pas d'une grande marge pour en discuter les conditions habituelles.

La situation paraît être toute différente pour ce qu'on appelle des «entreprises» publiques internationales, qui passent d'importants marchés pour réaliser leur mission et qui rédigent en général elles-mêmes les contrats mais qui, bien que leur cocontractant soit généralement en position de faiblesse, prévoient l'application d'un droit étatique, tant pour des raisons statutaires que pour des motifs de sécurité des transactions<sup>44</sup>.

32. Mais quelles sont, plus précisément, les solutions autres que les lois étatiques qui pourraient régir les contrats des organisations interna-

<sup>43</sup> Les réponses du PAM et de l'OMPI, notamment, ainsi que des indications fournies oralement par d'autres organisations, montrent que celles-ci doivent souvent accepter les conditions de grandes sociétés avec lesquelles elles traitent.

<sup>44</sup> Voir *Libbrecht, op. cit.*, pp. 553 et 584-585.

tionales? On retrouve ici, comme plus généralement dans le cas des contrats internationaux, deux voies éventuelles: des règles de caractère international (définition délibérément vague sur laquelle nous allons aussitôt revenir) et la loi du contrat.

a) Le droit international

33. Même si l'on considère qu'il n'existe pas, en dehors des droit étatiques, de systèmes juridiques vraiment précis, on ne saurait ignorer l'existence – ou du moins la progressive formation – d'un droit international matériel (dans le sens large du terme). Il en est de deux types, écrit et non écrit, une place spéciale devant aussi être faite au droit interne des organisations internationales.

34. i) *Le droit international écrit* qui existe dans le domaine du droit privé – sur lequel portent généralement les contrats considérés – comprend diverses conventions portant loi uniforme ou autres accords internationaux, comme en matière de lettre de change, de chèque, de transport et particulièrement de vente, à savoir les Conventions de La Haye de 1964 portant loi uniforme sur la vente internationale des objets mobiliers corporels et sur la formation des contrats de vente internationale des objets mobiliers corporels, établies par l'Institut international pour l'unification du droit privé<sup>45</sup>. M. *Wortley* a ainsi estimé que cette loi uniforme fournit une base utile pour la conclusion de contrats par les organisations internationales. Cependant, ces conventions n'ont pas paru acceptables à certains Etats et la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international<sup>46</sup> a confié à un groupe de travail l'établissement d'un projet de convention sur la vente internationale de marchandises<sup>47</sup>. En outre, la Commission a entrepris la préparation de conditions «globales» de vente et de contrats-types établis par la Commission économique pour l'Europe, ces textes, non obligatoires, étant destinés à être utilisés avec

<sup>45</sup> Voir, d'une manière plus générale, *M. Simon-Depitre*, «Les règles matérielles dans le conflit de lois», *Revue critique de droit international privé*, 1974, n° 4, pp. 591–606.

<sup>46</sup> Sur l'origine des travaux de cette commission, v. *Yasseen*, «Principes généraux de droit international privé», *Recueil des Cours de l'Académie de droit international*, 1965-III, pp. 389 et s.

<sup>47</sup> Voir les rapports de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international, et en dernier lieu ceux portant sur les travaux de sa 8e session (avril 1975), document des Nations Unies – Assemblée générale, 30e session suppl. n° 17 (A/10017), New York, 1975.

l'agrément des parties<sup>48</sup>. L'on se dirige donc progressivement vers l'élaboration d'un droit commun en matière de relations commerciales internationales et il est certain que, comme l'a signalé M. *Battifol*<sup>49</sup>, le développement d'un droit privé commun international dans le domaine des contrats serait la méthode la plus directe de résoudre la question. Elle serait un élément de ce droit international matériel qui est édifié dans divers domaines pour tenir compte des besoins de la vie et des relations internationales<sup>50</sup>. Il est cependant évident que l'établissement et surtout un large degré d'acceptation d'un corps suffisamment développé d'un tel droit n'interviendront pas prochainement et que cet effort d'établir un droit commun ne portera pas – du moins dans un avenir prévisible – sur les divers types de contrats que concluent les organisations internationales, sans parler du problème des divergences d'interprétation des conventions d'un Etat à l'autre.

35. Les membres de la Commission ont du reste, sur ce point, montré leur scepticisme et même, dans le cas de M. *Mann*, de l'opposition à ce qu'on s'oriente vers l'élaboration de règles matérielles internationales pouvant être utilisées comme un système de droit international applicable aux contrats conclus par les organisations internationales. M. *van Hecke*, après avoir remarqué que l'élaboration de règles matérielles internationales et de lois uniformes ne constitue pas une réponse spécifique aux problèmes des organisations internationales, puisqu'elle présente la même utilité pour les contrats internationaux quelles que soient les parties intéressées, considère que le droit commercial international est encore fort fragmentaire et que, dans l'état actuel, il ne peut jouer un rôle qu'au titre d'une «materiellrechtliche Verweisung», ce qui présuppose l'intervention d'une règle de conflit de lois qui désignera ces règles en tant que loi applicable. Même M. *Seidl-Hohenveldern*, qui considère une telle évolution

<sup>48</sup> La délégation de la France à cet organisme des Nations Unies avait même proposé en 1971 la création d'une union pour le *jus commune* afin de persuader le plus grand nombre possible d'Etats d'accepter l'idée que les opérations commerciales internationales doivent être régies par un corps unique de droit uniforme, les Etats pouvant cependant déclarer à tout moment qu'ils n'appliqueront pas, sur leur territoire, telle ou telle règle déclarée *jus commune*. Toutefois, après consultations, la France a estimé, en 1973, que le moment de créer une telle union n'était pas encore venu et qu'il faudrait peut-être trouver un système moins ambitieux pour accélérer le processus de ratification des conventions en matière de droit commercial international.

<sup>49</sup> Problèmes des contrats internationaux, préc., fascicule II, p. 97.

<sup>50</sup> Voir *Francescakis*, «Droit naturel et droit international privé», Mélanges Jacques Maury, 1960, tome I, p. 149.

comme très souhaitable parce qu'elle assurerait l'indépendance des organisations, exprime des doutes à ce sujet et signale les différences entre les conditions d'un contrat de vente et celles des contrats conclus par les organisations internationales (comme en matière d'aide).

36. Il avait été demandé aussi aux organisations internationales, dans le questionnaire qui leur fut adressé, si elles estimaient utile que l'on s'oriente vers l'élaboration de telles règles matérielles internationales dans le domaine des contrats et qu'on les utilise comme un système de droit applicable aux contrats qu'elles concluent. Les réponses, souvent positives, expriment cependant parfois des réserves ou même du scepticisme, voire dans quelques cas de l'opposition. Plusieurs organisations, et non des moindres, répondent de manière affirmative: Nations Unies, PNUD, PAM, qui se réfère notamment à l'utilité qu'aurait l'adoption prochaine du projet de convention sur le transport combiné de marchandises (convention TCM), AIEA<sup>51</sup>, OMPI, OCDE, CERN, Agence spatiale européenne, Banque européenne d'investissement (qui précise que de telles règles ne devraient pas avoir un caractère impératif, mais supplétif), OUA et Banque asiatique de développement (qui considère que l'élaboration de règles internationales matérielles sur les contrats pourrait jouer un rôle important). D'autres, comme l'ONUDI<sup>52</sup>, tout en étant affirmatives, soulignent les difficultés de la tâche. D'autres organisations encore sont nuancées et réservées, comme la FAO<sup>53</sup> et le CICR (qui indique que les contrats doivent être adaptés aux conditions locales, extrêmement varia-

<sup>51</sup> Cette Agence signale que, si l'on établissait des règles internationales sur le droit des contrats, les définitions uniformes aideraient les organisations internationales à réduire les différends portant sur des interprétations différentes, mais elle ajoute que les autres avantages seraient limités en ce qui concerne le droit applicable et les procédures de règlement des différends, étant donné le statut juridique des organisations internationales et leur préférence pour la procédure d'arbitrage.

<sup>52</sup> L'ONUDI ajoute que de telles règles ne seraient utiles que si elles sont largement suivies par toutes les parties possibles à des contrats.

<sup>53</sup> Se référant aux efforts considérables effectués pour la codification du droit commercial international, sous les auspices de la CNUCED, d'Unidroit, de la Conférence de droit international privé de La Haye et de la Chambre de commerce internationale, la FAO relève que les textes ainsi élaborés ne visent pas spécialement à répondre aux besoins des organisations internationales. Néanmoins, plusieurs de ces règles pourraient être utilisées pour des contrats conclus par ces organisations, par voie d'incorporation ou de référence, de manière sélective et avec les réserves qu'appelle le statut juridique des organisations intergouvernementales. Ainsi la FAO se fonde, entre autres, sur les Incoterms 1953 de la Chambre de commerce internationale pour l'interprétation des termes utilisés dans les contrats commerciaux étran-

bles) ou franchement sceptiques comme l'OIT<sup>54</sup>, l'OMS<sup>55</sup>, la BIRD<sup>56</sup> et le Conseil de l'Europe<sup>57</sup>. Certaines se prononcent même dans un sens négatif (UNESCO, FMI, OEA)<sup>58</sup>.

37. ii) Dans ces conditions, c'est vers un *droit international non écrit* ou les *principes généraux du droit*<sup>59</sup> qu'on s'est souvent tourné (comme, plus généralement, en matière de contrats internationaux) pour y trouver la solution de rechange à l'application de lois étatiques<sup>60</sup>. Un tel droit

gers. Cependant, il pourrait très bien y avoir de plus grandes possibilités d'application des règles internationales existantes aux contrats conclus par les organisations internationales. Avant de se prononcer sur la question de savoir s'il serait désirable d'élaborer d'autres règles internationales – et quels sont les domaines où cela devrait être fait –, une étude analytique des règles existantes serait nécessaire. Cela permettrait d'identifier les domaines couverts et les lacunes éventuelles. La FAO considère que l'Institut de droit international est éminemment qualifié pour entreprendre une telle étude, qui pourrait aussi porter sur la question de savoir si – et dans quelle mesure – les règles internationales existantes sont appropriées ou peuvent être adaptées aux relations privées entre des organisations internationales et personnes privées.

<sup>54</sup> L'OIT estime que les résultats escomptés ne sauraient justifier l'ampleur d'une telle tâche.

<sup>55</sup> L'OMS signale que les problèmes rencontrés ne portent pas tant sur les principes généraux du droit que sur des questions particulières en relation avec la conclusion de contrats publics, tels que le changement de prix, etc.

<sup>56</sup> La Banque est sceptique à la fois quant à la possibilité d'établir des règles matérielles internationales et quant à leur utilité, et elle relève la variété des pratiques des organisations internationales, tant d'une organisation à l'autre que d'un contrat à l'autre et même pour le même genre de contrat.

<sup>57</sup> Le Conseil de l'Europe indique que la conclusion de contrats est un élément très accessoire de ses fonctions et qu'il n'est donc pas nécessaire d'avoir des règles internationales spéciales. Il ajoute aussi que la difficulté qu'il y a à adopter la pratique et les règles du commerce international tient au fait que l'organisation n'a pas de nationalité.

<sup>58</sup> L'OEA estime difficile d'imaginer des règles tellement étendues qu'elles couvrent tous les domaines et aient la souplesse nécessaire.

<sup>59</sup> Si nous incluons dans la même catégorie le droit international et les principes généraux du droit alors qu'ils sont parfois opposés et en tout cas plus nettement distingués – on a ainsi parfois présenté les principes généraux du droit comme une troisième voie permettant de sortir du dilemme ou de la dichotomie droit interne-droit international –, c'est qu'en réalité souvent, malgré d'importantes différences théoriques, les notions du droit international et des principes généraux du droit visent – ou recouvrent, en partie du moins – le même type de règles de droit.

<sup>60</sup> M. Monaco («Observations» préc., pp. 88–93 et «Les capacités, etc.» préc. pp. 485–486) s'oppose tant au droit international qu'aux principes généraux du droit et considère que la solution ne peut être effectivement recherchée que dans des

«anational», «spontané»<sup>61</sup> existe-t-il vraiment, quel est-il, et est-il suffisamment développé et précis pour apporter une réelle solution? Sur ces points les opinions ont beaucoup différé. On connaît ainsi la controverse (qui a en particulier porté sur les contrats conclus par des Etats avec des personnes privées étrangères, mais le raisonnement vaut aussi dans une large mesure pour notre sujet) entre partisans et adversaires des deux notions qu'on a proposées – et opposées – à cet égard: les principes généraux du droit et le droit international lui-même. Dans un article bien connu sur «les principes généraux du droit reconnus par les nations civilisées»<sup>62</sup>, *Lord McNair* s'était prononcé en faveur desdits principes<sup>63</sup> que consacre l'article 38, alinéa 3, du Statut de la Cour internationale de Justice. De leur côté, *M. Mann*<sup>64</sup> et *W. Friedmann*<sup>65</sup> ont critiqué la notion des principes généraux du droit du fait que ceux-ci ne constitueraient pas un véritable système de droit (et ne comporteraient notamment pas de *jus cogens*)<sup>66</sup> et ils ont préféré parler de droit international. Ce second terme a de son côté prêté à l'objection que le droit international comporte essentiellement des règles concernant les relations interétatiques et non les rapports privés. D'autres auteurs, comme *Jenks* et *M. Seyersted*, ont eu une position nuancée, avec une préférence pour les principes généraux du droit.

38. Il avait été demandé, dans le questionnaire aux membres de la Commission, si, dans le cas où le système applicable aux contrats considérés devrait être en principe un système de droit international, il faudrait entendre par là plus précisément le droit international (pris dans le sens large qui comprend toutes les règles matérielles de droit établies sur le plan international) ou les principes généraux du droit.

droits étatiques, sans que l'on puisse cependant transposer le système du droit international privé.

<sup>61</sup> Voir *Batiffol*, «La pluralité des méthodes en droit international privé», Recueil des Cours de l'Académie de droit international. 1973-II, pp. 121 et s.; *Lousouarn*, «Cours général de droit international privé», *eod. lo.*, pp. 303–304.

<sup>62</sup> *Op. cit.*

<sup>63</sup> Pour le recours aux principes généraux dans les contrats du commerce international, voir *Fouchard, op. cit.*, pp. 427–446.

<sup>64</sup> «The Law Governing State Contracts», *British Year Book of International Law*, 1944, pp. 11 et s.; «The Proper Law of Contracts concluded by International Persons», *BYBIL*, 1959, pp. 43 et s.; voir aussi, du même, «Reflections on a Commercial Law of Nations», *BYBIL*, 1957, pp. 21–51.

<sup>65</sup> *The Changing Structure of International Law*, 1964, pp. 175–176.

<sup>66</sup> Voir aussi sur ce point *Wengler*, «Immunité législative des contrats multinationaux», *Revue critique de droit international privé*, 1971, n° 4.

C'est en faveur des principes généraux du droit que se sont prononcés Mme *Bastid*, M. *Salmon* et M. *Wortley*, ainsi que M. *Seidl-Hohenveldern* dans son commentaire. Mme *Bastid* a précisé qu'il devrait s'agir le plus souvent des règles qui se trouvent dans les principaux systèmes de droit – qu'elles aient ou non l'occasion de s'appliquer dans les rapports entre Etats ou autres sujets de droit international. Elle ajoute cependant qu'il est sans doute rare que les règles coutumières ou des règles conventionnelles de portée générale puissent être appliquées dans l'interprétation ou l'exécution du contrat. M. *Salmon* indique que le droit international applicable à un contrat d'une organisation internationale peut être le droit interne de l'organisation ou les principes généraux du droit (prévus par l'article 38, alinéa 2, du Statut de la Cour internationale de Justice) tirés de situations analogues du droit interne. Mais il n'aperçoit guère comment d'autres règles issues du droit international (coutumes ou traités, sauf ceux réglementant une matière de droit privé), pourraient s'appliquer ici. Pour sa part, M. *Mann* a réaffirmé sa préférence pour le droit international. Il admet, certes, qu'à plusieurs égards les deux notions se réfèrent au même objet et ne posent qu'une question de terminologie, mais il souligne la différence, qu'il considère comme fondamentale, à savoir que le droit international est un système indépendant avec ses règles propres, ce qui n'est pas le cas pour les principes généraux (il en cite comme exemple la règle de droit international – qui ne saurait être tirée des principes généraux – d'après laquelle un Etat ne peut invoquer sa propre loi pour justifier la non-observation d'une obligation internationale). Quant à MM. *van Hecke* et *Reuter*, ils considèrent la distinction comme largement terminologique, pour les raisons, précise M. *van Hecke*, indiquées dans l'exposé préliminaire. C'est qu'en effet, dans le présent contexte, il convient de prendre la notion de droit international non dans son étroite acception du droit international public régissant essentiellement les relations entre Etats, mais dans le sens large qui comprend le droit matériel public et privé, qui est en train de se développer sur le plan international, aussi bien que les principes généraux du droit, surtout privé, qui sont dégagés par une méthode comparative et appliqués, sur le plan international, dans le règlement des litiges portant sur des contrats internationaux.

39. Qu'il s'agisse, cependant, du droit international ou des principes généraux du droit, dispose-t-on là de règles suffisamment développées et précises pour qu'elles puissent remplir la fonction qu'on voudrait leur assigner? Sur ce point aussi, dont on a beaucoup discuté à propos des contrats commerciaux internationaux, les avis divergent.

Certains estiment que la jurisprudence arbitrale en matière de contrats internationaux permet de dégager les germes d'une *New Law Merchant* ou nouvelle *lex mercatoria*, les principes d'un droit commun des nations qui seraient déjà assez prononcés pour «décourager ceux qui n'y voient que fumeuse rêverie»<sup>67</sup>. Et on relèvera avec beaucoup d'intérêt des chroniques très substantielles des sentences arbitrales que des auteurs particulièrement autorisés ont fait paraître récemment en déchirant le voile du mystère – sans en transgresser le secret – qui a longtemps entouré ces sentences<sup>68</sup> et que des ouvrages comme celui de M. Fouchard avaient déjà commencé à lever.

En sens inverse M. Rigaux, dans sa réponse à l'exposé préliminaire, a formulé l'opinion que le droit international ou les principes généraux du droit sont impuissants à fournir les solutions nécessaires et a du reste établi une note que le rapporteur lui est reconnaissant d'avoir bien voulu lui communiquer et dont il conclut au caractère décevant de la jurisprudence arbitrale citée en faveur de l'application des principes généraux du droit ou du droit international. M. Rigaux estime du reste que la question du contenu et de la portée des «prétendus principes du droit international ou principes généraux du droit» est fondamentale et il souhaiterait qu'elle fasse l'objet d'un examen systématique et préalable. La question est effectivement essentielle mais trop vaste pour être traitée dans le cadre du présent rapport, et elle intéresse du reste tout autant la question des accords entre les Etats et les personnes privées étrangères et les contrats privés internationaux. Ajoutons aussi que, dans le domaine des contrats conclus par les «entreprises» publiques internationales, ce sont des droits étatiques et non la *lex mercatoria* qui sont appliqués<sup>69</sup>.

On se limitera donc ici à relever qu'une importante partie de la doc-

<sup>67</sup> Goldman, préface à Fouchard préc., p. IX. Voir aussi, sous l'angle différent des contrats entre Etats et particuliers, Prosper Weil, «Problèmes relatifs aux contrats passés entre un Etat et un particulier», Recueil des Cours de l'Académie de droit international, 1969-III, notamment pp. 189 et s. («L'élaboration d'un droit international des contrats»). Par contre Mme Deby-Gérard (Le rôle de la règle de conflit dans le règlement des rapports internationaux, Paris, 1973, pp. 198-213) considère la *lex mercatoria* comme de caractère incomplet et même (p. 419) relevant du sursaut dionysiaque. Voir cependant à ce sujet Goldman, préface à cet ouvrage, pp. IX-X.

<sup>68</sup> Voir Thompson et Derains, «Cour d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale, Chronique des sentences arbitrales», Journal du droit international, (Clunet) 1974, n° 4, pp. 876-921; Derains, même chronique, Journal du droit international, 1975, n° 4, pp. 916-944.

<sup>69</sup> Voir Libbrecht, *op. cit.*, pp. 552 et s., 597.

trine a accordé une large place au droit international et aux principes généraux du droit et que, dans la pratique des contrats commerciaux internationaux, les arbitres sont parfois amenés à fonder leurs sentences sur des normes juridiques internationales, qu'on considère celles-ci comme constituant des principes généraux du droit ou une résurgence de la *lex mercatoria*<sup>70</sup>. Il n'est certes pas douteux que ce droit est encore en voie de formation, insuffisamment élaboré et parcellaire, et qu'à certains égards il est limité par les droits étatiques d'ordre public (comme en matière économique) ou doit être complété ou encadré par des dispositions nationales apportant les précisions qui manquent ou même la protection qui peut être nécessaire s'agissant de contrats d'adhésion de grandes sociétés<sup>71</sup>. Cependant, si incertain et inégal que soit son contenu actuel, ce droit «anational» ou transnational<sup>72</sup> autonome, «ébauche d'un droit commun des nations», généralement élaboré par une méthode comparative, «synchrétique»<sup>73</sup>, et en vertu du pouvoir créateur de l'arbitre dans le cas des contrats dits sans loi, paraît avoir acquis droit de cité et l'appellation qu'on voudra donner à ce type de règles internationales est finalement une question secondaire. Il semble bien du reste que, comme l'a observé M. Fouchard dans son remarquable ouvrage, le droit international (public) est utilisé comme un simple support juridique qui permet aux arbitres une élaboration libre des règles privées dont ils ont besoin;

40. Qu'en est-il plus exactement sur ce point de la pratique des organisations internationales? Dans le questionnaire qui leur fut adressé, il leur était demandé si les contrats qu'elles concluent avec des personnes privées précisent en général la loi ou le système juridique qui leur est applicable et, dans l'affirmative, s'il s'agit en tout ou en partie de règles de droit international, et desquelles. Nous verrons (*infra* n° 49) que, dans

<sup>70</sup> Voir Fouchard, *op. cit.*, pp. 351 et s., 401 et s.; Goldman, «Les conflits de lois dans l'arbitrage international de droit privé», Recueil des Cours de l'Académie de droit international, 1963-II, pp. 474 et s.; Loussouarn et Bredin, *Droit du commerce international*, préface Batiffol, Paris, 1969, pp. 42-46, 602-604; Fragistas, «Arbitrage étranger et arbitrage international en droit privé», *Revue critique de droit international privé*, 1960, pp. 14-15; L. Peyrefitte, «Le problème du contrat dit «sans loi»», *D.* 1965, Chr. 113-120. V. encore sentence citée dans Clunet préc. 1974, n° 4, pp. 888-890 et observations Derains.

<sup>71</sup> Voir Pierre Lalive, *Réflexions sur l'Etat et ses contrats internationaux*. Genève, Institut universitaire des Hautes Etudes internationales, 1976, p. 20.

<sup>72</sup> Voir J.-F. Lalive, «Un récent arbitrage suisse entre un organisme d'Etat et une société privée étrangère», *Annuaire suisse de droit international*, pp. 295-301.

<sup>73</sup> Voir Batiffol et Lagarde, *Droit international privé*, 5e éd., tome II, 1971, n° 577, p. 226.

la plupart des cas, les organisations ne précisent pas dans leurs contrats quelle est la loi applicable et que, lorsqu'elles le font, il s'agit le plus fréquemment de lois étatiques, bien que parfois, mais plus rarement, référence soit faite aux principes généraux du droit ou au droit international. Il est cependant significatif que, selon les Nations Unies, lorsque ces contrats ne spécifient pas la loi applicable, la pratique est de les interpréter sur la base des principes généraux du droit, y compris le droit international, et que, dans le même sens, l'OIT indique que, si de tels contrats venaient à être portés devant le Tribunal administratif de l'Organisation, la loi applicable serait la loi du contrat, complétée par les principes généraux du droit<sup>74</sup>, sans exclure la législation nationale.

41. iii) S'agissant des contrats conclus par les organisations internationales, on doit aussi mentionner le *droit interne* de ces organisations. On sait qu'au fur et à mesure de leur fonctionnement, les organisations internationales ont développé un droit interne, essentiellement de caractère administratif, qui régit notamment les contrats d'emploi de leurs fonctionnaires. Si ce type de contrats n'entre pas dans le cadre du présent rapport, le droit interne des organisations internationales ne peut-il régir aussi d'autres types de contrats? M. Monaco<sup>75</sup> estime que ce seraient les normes propres des organisations, complétées à titre subsidiaire par le droit étatique applicable, qui devraient régir les contrats des organisations internationales avec des tiers. A défaut de droit interne formel des organisations internationales en la matière, M. Salmon signale l'adoption de contrats types qui se rapprochent des contrats administratifs et des situations réglementaires, ce qui tendrait à faire échapper les contrats considérés à tout droit étatique pour les faire régir par ce genre de droit interne de l'organisation. M. Salmon en donne divers exemples comme les prêts ou emprunts des organismes bancaires internationaux, etc. et remarque que cet élément variera selon que l'organisation a été en mesure d'établir son propre droit interne. On verra aussi que ce cas se présente notamment en ce qui concerne les contrats du CERN. Cela nous amène à la théorie qui se fonde plus généralement sur la loi du contrat.

#### b) La loi du contrat

42. On a parfois cru pouvoir éviter l'application tant de lois étatiques

<sup>74</sup> En ce sens aussi Jenks, *The Proper Law* préc., p. 244; Wolf, «Le Tribunal administratif de l'Organisation internationale du Travail», *Etudes et documents du Conseil d'Etat*, fasc. 22 (1969), Paris, 1970, p. 68.

<sup>75</sup> «Les capacités de droit privé des organisations internationales», préc., pp. 486-488.

que du droit international en considérant comme seule applicable aux contrats internationaux – ou du moins à ceux conclus par un Etat avec des personnes privées – la loi du contrat. D'après cette conception, qu'a défendue M. Verdross<sup>76</sup> et combattue M. Mann<sup>77</sup>, il n'est pas nécessaire de rattacher ces contrats à un système juridique donné, mais il suffirait de se fonder sur la *lex contractus* qui se dégage des stipulations du contrat. On trouve, semble-t-il, des échos de cette conception dans les réponses de quelques organisations (PNUD, OACI) qui mettent l'accent surtout sur les dispositions du contrat, mais ce point de vue n'est pas répandu. Les réponses des autres organisations font au contraire apparaître qu'elles considèrent comme normal le recours à un système juridique extérieur au contrat, même en cas de silence de celui-ci sur la loi applicable. Il avait du reste été objecté à cette conception – et l'objection venait de M. Mann – qu'on ne saurait concevoir de contrats ne se rattachant à aucun système juridique, ne serait-ce que pour en faciliter l'interprétation, les compléter, en apprécier la validité, et pour le bénéfice que certaines dispositions d'ordre public assurent contre les abus<sup>78</sup>.

43. Après avoir esquissé les principales données théoriques du problème du droit applicable aux contrats considérés, il convient maintenant d'étudier ce problème de plus près, en examinant notamment la pratique des organisations internationales. Il y aura ainsi lieu de rechercher si le contexte constitutionnel, conventionnel et réglementaire dans lequel fonctionnent ces organisations est de nature à fournir des indications sur le droit auquel sont assujettis les contrats qu'elles concluent. Il faudra ensuite relever dans quelle mesure les contrats eux-mêmes contiennent des dispositions sur le droit applicable, puisque nous nous trouvons dans le domaine par excellence de l'autonomie de la volonté. Nous en arriverons ainsi à la question la plus complexe et du reste la plus fréquente, celle du silence du contrat et de la recherche du droit que l'on doit alors considérer comme applicable.

<sup>76</sup> Voir «Protection of Private Property under Quasi-International Agreements», *Nederlands Tijdschrift voor Internationaal Recht*, Numéro Spécial *Liber Amicorum François*, juillet 1959, pp. 355–362.

<sup>77</sup> Voir Mann, «The Proper Law of Contracts concluded by International Persons», préc., pp. 48–50. Voir aussi Level, «Le contrat dit sans loi», *Travaux du Comité français de droit international privé* (1964–1966), Paris, 1967, pp. 209–243; P. Weil, *op. cit.*, pp. 177–184.

<sup>78</sup> Voir aussi les objections de M. Batiffol dans «Le pluralisme des méthodes en droit international privé», préc., pp. 124 et s. Voir aussi *infra* n° 57 et note 103.

## B. Le cadre constitutionnel, conventionnel et réglementaire

44. Comme les organisations internationales fonctionnent sur la base d'une charte, constitution ou statut adoptés par les Etats membres, qu'elles bénéficient de certains privilèges et immunités établis par voie de traités, qu'elles ont conclu des accords de siège avec les pays où elles sont installées et qu'elles ont adopté divers textes réglementaires sur des matières administratives, il convient d'examiner en premier lieu la portée que ces divers textes pourraient avoir sur notre sujet. Aussi la première question adressée aux organisations internationales était-elle de savoir si l'acte constitutif ou des règlements internes de ces organisations ou encore des conventions internationales (accords de siège avec le pays hôte, etc.) fournissent des indications sur le droit applicable aux contrats conclus avec des personnes privées.

45. Quelques organisations, comme les Nations Unies et l'OIT, se sont référées d'une manière plus générale à la capacité de contracter expressément consacrée par leur charte ou constitution et reconnue dans les conventions sur les privilèges et immunités tant des Nations Unies (de 1946) que des institutions spécialisées (de 1947)<sup>79</sup>. Les Nations Unies ont précisé que cette capacité contractuelle a été exercée tant par l'organisation elle-même que par des organes subsidiaires tels que l'UNICEF et l'UNRWA et qu'elle a aussi été prévue dans des règlements concernant les Forces d'urgence des Nations Unies (UNEF) et dans l'accord de siège avec la Thaïlande où est installée la Commission économique pour l'Asie et l'Extrême-Orient (ECAFE). L'OIT s'est référée à son accord de siège disposant que la Suisse appliquera les privilèges et immunités prévus par la convention y relative et qu'elle reconnaît la capacité juridique de l'Organisation.

Cependant, comme l'ont signalé ces deux grandes organisations, ces divers textes ne précisent pas généralement la loi applicable aux contrats conclus avec les personnes privées, et la plupart des autres organisations consultées<sup>80</sup> ont aussi répondu par la négative à la question posée à ce sujet.

En revanche, les Communautés européennes ont signalé que les arti-

<sup>79</sup> On peut estimer du reste que, vis-à-vis au moins des Etats Membres, les organisations internationales ont la personnalité juridique indépendamment même de dispositions expresses dans leur acte constitutif.

<sup>80</sup> Notamment l'ONUDI, le PNUD, l'OMS, la BIRD, le FMI, l'OACI, l'OMPI, l'OCDE, le CERN, l'OUA, l'Agence spatiale européenne. La même réponse a été donnée pour le PAM. A l'Eurocontrol, le règlement relatif à la passation des marchés dispose que la loi applicable sera une des législations des Etats Membres.

cles 215 al. 1 du Traité CEE et 188 du Traité Euratom prévoient que «la responsabilité contractuelle de la Communauté est régie par la loi applicable au contrat en cause» (alors qu'en matière non contractuelle ce sont les «principes généraux communs aux droits des Etats Membres» qui doivent être suivis). Les règles normales du conflit de lois devront donc conduire à l'application d'une loi étatique.

46. On se réfère parfois à des dispositions existant dans certains accords de siège<sup>81</sup> d'après lesquelles – avec des variantes –, sous réserve des termes des conventions applicables en matière d'immunités et des règlements intérieurs adoptés par l'organisation intéressée, ou bien sous réserve des autres dispositions de l'accord, la loi du pays hôte sera applicable dans le siège de l'organisation.

Quelle est la portée exacte – tant du point de vue juridique que sur le plan concret – de telles dispositions qui ne figurent du reste pas dans les accords de siège conclus par diverses organisations avec la Suisse? On pense naturellement surtout au cas des actes délictueux qui auraient été commis à l'intérieur du siège de l'organisation<sup>82</sup>. Doit-on aussi en conclure que ces dispositions trouvent aussi application dans le cas des contrats? La question avait été soulevée par M. *Jessup* dans son ouvrage bien connu «*Transnational Law*»<sup>83</sup>. Les Nations Unies, en réponse à une demande d'éclaircissement complémentaire sur ce point, nous ont répondu en détail, en signalant qu'une telle clause doit être interprétée en combinaison avec la Charte des Nations Unies (article 104) et la convention générale sur les privilèges et immunités des Nations Unies. La réponse signale que plusieurs des contrats de l'Organisation sont exécutés au siège mais d'autres dans de nombreux pays et dans des conditions variées. Si l'accord de siège devait être interprété de manière à ce que la loi des Etats-Unis soit applicable aux contrats signés au siège, il s'ensuivrait une dichotomie dans la pratique d'interprétation de la loi applicable à ces contrats, les uns étant régis par la loi des Etats-Unis et les autres par les principes généraux du droit ou la loi étatique spécifiée dans le contrat. Il en résulterait une confusion et des difficultés fâcheuses pour le bon fonctionnement de l'Organisation. La position des Nations Unies a été que le lieu de la signature peut au plus être considéré comme un des nombreux facteurs de la détermination de la loi applicable au contrat. Aussi n'ont-elles

<sup>81</sup> Celui des Nations Unies avec les Etats-Unis de 1947, ceux du Conseil de l'Europe avec la France de 1949 et de l'UNESCO avec la France de 1954, celui de la FAO avec l'Italie de 1950 et celui de l'AIEA avec l'Autriche de 1957.

<sup>82</sup> Voir *Jenks*, *The Proper Law*, p. 214, et *International Immunities*, p. 49.

<sup>83</sup> *Transnational Law*, pp. 98 et s.

jamais reconnu que cette disposition de l'Accord de siège impose la loi locale aux contrats conclus au siège. Comme elles l'ont aussi dit ailleurs en répondant au questionnaire, les Nations Unies se fondent sur les principes généraux de droit pour l'interprétation des contrats conclus avec des personnes privées et ni les Etats-Unis ni aucun autre Etat n'ont apporté de limitation expresse à une telle interprétation.

D'autres organisations (la FAO, l'UNESCO, l'AIEA et le Conseil de l'Europe) ont mentionné, mais la plupart sans autre précision, ce type de disposition des accords de siège, ce qui donne à penser qu'elles la considèrent comme pertinente du point de vue du droit applicable. Seule la réponse de la FAO fournit certaines indications. Il y est dit que techniquement cette disposition, qui figure à l'article III, section 6, de l'accord de siège avec l'Italie, rendrait la loi italienne applicable aux contrats conclus au siège de l'organisation, mais qu'elle n'a jamais été invoquée et qu'elle n'a pas été considérée comme *jus cogens* étant donné que l'immunité de juridiction – également prévue par l'accord de siège – excluait en principe l'application intégrale de la loi italienne. Cela ne signifie pas, ajoute la FAO, qu'on ne se référerait pas à la loi italienne pour interpréter les contrats conclus avec des sociétés italiennes au siège de l'organisation pour la fourniture de biens ou de services.

La question mériterait certes une analyse juridique détaillée. Dans le cadre du présent rapport deux points sont surtout à relever: qu'en pratique ce type de dispositions ne paraît pas avoir été appliqué jusqu'ici aux contrats conclus au siège des organisations internationales et qu'en droit, si l'on tient compte de l'autonomie des organisations internationales qui visent à sauvegarder les conventions sur les immunités aussi bien que les accords de siège, il serait excessif d'étendre la portée de ces dispositions au point de leur faire couvrir le droit applicable aux contrats conclus au siège des organisations. Ce que paraissent avoir plutôt visé les accords de siège sont les lois nationales de police et de sécurité qui, pour éviter un vide juridique et ne pas compromettre l'ordre public du pays hôte, devraient être observées au siège de l'organisation dans toute la mesure où cela est possible et compatible avec les activités de l'organisation.

### C. Les termes des contrats

#### 1. *L'insertion de dispositions sur le droit applicable*

47. Dans le silence quasi général des textes de base des organisations internationales, c'est essentiellement dans les contrats qu'on doit recher-

cher des indications sur le droit qui doit les régir, démarche du reste naturelle dans ce domaine de l'autonomie de la volonté. Etant donné les difficultés que peut poser la détermination du droit applicable aux contrats considérés, on pourrait penser au premier abord qu'un moyen relativement simple d'éviter ces difficultés serait de stipuler expressément dans les contrats le droit qui les régirait.

48. Il avait donc été demandé aux membres de la Commission s'ils estimaient que les organisations internationales devraient être encouragées dans cette voie et, dans l'affirmative, dans quel sens une recommandation devrait leur être faite (droit international ou principes généraux du droit, droit national, à titre principal ou subsidiaire).

La première partie de la question fit l'objet d'une réponse affirmative de six membres de la Commission – Mme *Bastid*, MM. *van Hecke*, *Loussouarn*, *Mann*, *Rigaux* et *Wortley* ainsi que de M. *Seidl-Hohenveldern*, mais Mme *Bastid* ajouta que l'enquête auprès des organisations internationales devrait permettre d'apprécier dans quelle mesure des lacunes ou des négligences créent des difficultés ou conduisent des contractants éventuels à rendre plus onéreuses leurs conditions. M. *van Hecke* précisa qu'il ne devrait pas s'agir de plus que d'un encouragement et que celui-ci ne devrait pas être donné dans un sens déterminé, mais qu'on pourrait, tout au plus, suggérer aux organisations qu'elles s'inspirent des distinctions à élaborer. Pour sa part, M. *Reuter* estima impossible de recommander à ce stade quoi que ce soit. Enfin, M. *Salmon* a fait preuve de scepticisme en estimant qu'on peut toujours dire qu'il est souhaitable, pour la sécurité du cocontractant, de prévoir le droit applicable, mais que cela relève du vœu pieux et ne sera écouté que par ceux qui sont convaincus d'avance.

Plus généralement, plusieurs membres de la Commission ont estimé que le système du droit de référence ne peut être déterminé *a priori* et de façon générale, et le rôle éventuel du droit international a été différemment apprécié. Mme *Bastid* a considéré qu'une référence au droit international ne peut être qu'exceptionnelle et que le renvoi au droit national sans autre précision peut poser des problèmes mais peut être utile sous des aspects définis. M. *Rigaux* estime même que le droit international ou les principes généraux du droit sont impuissants à fournir les solutions nécessaires, alors qu'inversement M. *Seidl-Hohenveldern* s'est prononcé en faveur des principes généraux du droit et subsidiairement du droit national de l'Etat du siège de l'organisation, tel qu'il était au moment de la conclusion des contrats. Dans cet ordre d'idées, M. *Loussouarn* a esti-

mé qu'en l'état embryonnaire des règles matérielles du droit du commerce international, la solution la plus sûre consiste à se référer à *titre subsidiaire* à un droit national en vertu du principe d'autonomie de la volonté. Si complet que soit le contrat, ajoute-t-il, il présentera des lacunes et la référence à un droit national semble être le seul moyen d'éviter le «*vacuum juris*». Pour M. *Salmon*, cependant, il faudrait se borner à souhaiter que le droit applicable soit prévu, sans entrer dans plus de détails, le choix dépendant de trop de facteurs propres à chaque situation; toutefois une liste des choix possibles pourrait être utile. L'important, a estimé M. *Worley*, est qu'il y ait choix exprès d'un droit, qui dépendra de la pression économique et de l'état du marché.

49. Qu'en est-il de la pratique des organisations internationales?

Dans son cours à l'Académie de droit international, M. *Seyersted*<sup>84</sup> avait fourni les résultats d'une consultation systématique qu'il avait menée, en 1967, auprès de dix-huit organisations internationales: il en ressortait que ce n'était que dans la minorité des cas que les contrats des organisations internationales contenaient une référence expresse à la loi applicable et que, lorsqu'il en était ainsi, la référence était parfois aux principes généraux du droit, mais plus fréquemment à une loi étatique. En 1967 également, une étude d'ensemble des Nations Unies<sup>85</sup> – et la Commission du droit international des Nations Unies en a été saisie à cette époque – indiquait qu'en règle générale les contrats commerciaux conclus par les institutions spécialisées sont silencieux sur le choix de la loi applicable, tout en se référant parfois à un droit étatique déterminé.

Il était donc intéressant de faire à nouveau le point de la question. Aussi, comme on l'a dit plus haut (n° 40), le questionnaire adressé aux organisations internationales contenait-il une question visant à établir si les contrats de ces organisations avec des personnes privées précisent en général (ou parfois, et alors dans quels cas) la loi ou le système juridique applicable et, dans l'affirmative, s'il s'agit de règles de droit internationales (droit international, droit interne de l'organisation ou principes

<sup>84</sup> *Op. cit.*, pp. 493 et s. La même remarque avait été faite par M. *van Hecke* en ce qui concerne la pratique des affaires (Problèmes juridiques des emprunts internationaux, préc., p. 44).

<sup>85</sup> Doc A/CN.4/L.118 et Add. 1 et 2 des 8 mars, 5 mai et 23 mai 1967 sur la pratique des Nations Unies et des institutions spécialisées concernant leur statut juridique, leurs privilèges et leurs immunités; Annuaire de la Commission du droit international, 1967, vol. II, p. 228, nos 5–6. Cette étude avait été établie à l'intention de M. El-Erian, rapporteur spécial de la Commission du droit international pour la question des relations entre les Etats et les organisations internationales.

généraux du droit) ou d'un système de droit national et, dans ce cas, de droit «gelé» à une certaine date, ou encore d'un droit national à titre subsidiaire, ou d'une combinaison de droit national et des principes généraux du droit, ou enfin si le droit applicable varie selon l'importance des contrats, leur nature, le fait qu'ils sont conclus et exécutés dans un seul ou plusieurs pays, la personnalité publique ou privée du cocontractant, etc.

La plupart des organisations internationales – notamment celles de caractère universel, mais aussi plusieurs organisations régionales – ont répondu par la négative à la question de savoir si les contrats précisent en général la loi ou le système juridique applicable<sup>86</sup>. Quelques organisations<sup>87</sup>, surtout européennes, ont par contre fourni une réponse affirmative<sup>88</sup>.

50. Les raisons pour lesquelles la grande majorité des organisations internationales en question – avec des exceptions qui apparaissent de la note qui précède – préfèrent ne pas spécifier la loi applicable dans leurs contrats ressortent des explications fournies par les Nations Unies en réponse au questionnaire qui leur avait été adressé. Les Nations Unies rappellent qu'il avait été proposé en 1962 par la FAO que les contrats des organisations du système des Nations Unies omettent toute référence à

<sup>86</sup> Nations Unies (pour les raisons données dans le texte), ONUDI, PNUD, OIT (non, dans la plupart des cas), FAO (non en général), OMS (non dans la plupart des cas parce qu'une référence aux principes généraux serait trop vague; les contrats de construction et d'entretien de bâtiments se réfèrent généralement à la *lex rei sitae*), AIEA (qui précise que les contrats se bornent à prévoir l'arbitrage et laissent aux arbitres le choix de la loi applicable), FMI (sauf pour quelques contrats), OACI (non dans la plupart des cas), OMPI (qui ajoute qu'occasionnellement la loi ou le système juridique applicables sont précisés dans les contrats de fourniture de matériel de bureau, de mobilier et d'équipement, dans les contrats relatifs à la construction et à l'équipement du nouveau bâtiment du siège et dans les contrats pour la fourniture de services de publicité), OCDE (rarement), Conseil de l'Europe, Conseil d'assistance économique mutuelle (COMECON) (qui ajoute qu'étant donné que les contrats sont normalement conclus avec des ressortissants du pays sur le territoire duquel se trouve l'administration du Conseil, il est sous-entendu que le droit de ce pays, y compris les normes sur la forme des contrats, leur est applicable), OUA (qui ajoute que la loi locale est applicable), OEA (généralement pas), CICR (le droit local étant applicable). Pour les Banques internationales, voir *infra* n° 54.

<sup>87</sup> Communautés européennes, CERN, Agence spatiale européenne, Banque européenne d'investissement, Eurocontrol. Pour l'Agence spatiale européenne, c'est une clause (12) des clauses et conditions générales relatives aux contrats qui précise que le droit qui régit le contrat sera spécifié dans le contrat lui-même.

<sup>88</sup> C'est aussi le cas pour la plupart des contrats conclus par le PAM.

l'application d'une loi étatique et prévoient expressément que les droits et obligations des parties seraient régis par «le contrat et les principes de droit généralement reconnus, à l'exclusion de toute loi nationale». Le Bureau des affaires juridiques des Nations Unies a répondu qu'à son avis il serait préférable de n'inclure dans les contrats aucune disposition en la matière, et de ne traiter de cette question que lorsqu'elle viendrait à se présenter et compte tenu des circonstances de chaque cas. Cependant, dans certains contrats, les Nations Unies ont inséré une disposition sur l'application d'une loi déterminée, en raison de l'importance qu'une telle disposition présentait pour l'autre partie. Lorsqu'il est proposé de prévoir que la loi de New York soit applicable, il est facile aux Nations Unies de l'accepter, parce que cette loi leur est familière. Les Nations Unies ont ajouté que leur position générale n'a pas été modifiée et que leur tendance est d'éviter autant que possible de se référer à une loi particulière, spécialement à un système juridique national, et de considérer que le droit régissant le contrat réside dans les principes généraux du droit, y compris le droit international.

Cela dit, les Nations Unies précisent qu'en pratique, même si les contrats ne se réfèrent pas à une loi applicable, il est fait spécialement attention, lors de leur élaboration, à ce que ces contrats soient en conformité générale avec la loi du pays où ils sont conclus et seront exécutés et avec la loi nationale des cocontractants privés, mais qu'elles ne considèrent aucune loi nationale comme obligatoire pour eux dans l'exécution des contrats ou le règlement des différends.

51. Dans les cas – exceptionnels pour la plupart des organisations internationales mais habituels pour quelques-unes – où les contrats précisent la loi applicable, c'est le plus fréquemment (toujours même, indique l'UNESCO) à une loi étatique qu'ils se réfèrent<sup>89</sup>.

Comme l'ont dit les Nations Unies, c'est généralement sur l'insistance de l'autre partie que de telles clauses relatives au droit applicable sont insérées, par exemple, précise le BIT, dans le cas de fournitures, où l'organisation internationale souscrit à des clauses standard établies par le fournisseur et se référant à la loi d'un pays donné. La loi choisie est naturellement la *lex rei sitae* dans des questions immobilières et aussi dans le

<sup>89</sup> Dans certains cas, déclare l'OMPI, les contrats ne se réfèrent pas à un système juridique national, mais au règlement des litiges éventuels par un tribunal national (en général celui du domicile du fournisseur) et qui est normalement un canton de Suisse et le Tribunal fédéral suisse et sans doute ainsi, par implication, le droit suisse (voir *infra* n° 68).

cas de construction d'un bâtiment (par exemple, OIT<sup>90</sup>, OMS, OMPI<sup>91</sup>). L'OMS en donne pour raisons particulières des considérations de sécurité et l'importance des montants en cause, qui exige une base solide pour les contrats.

La FAO déclare que lorsque le contrat porte sur des services à fournir à son siège ou à un de ses bureaux régionaux par une société locale et plus spécialement pour la construction ou la location d'immeubles, il est implicitement entendu que la loi locale est applicable. Parfois les dispositions de la loi étatique sont prises en considération dans l'élaboration du contrat ou utilisées dans son interprétation. En outre, de tels contrats spécifient dans certains cas que le cocontractant observera les dispositions de la loi locale, notamment en matière de travail et de sécurité sociale.

Par ailleurs, l'OMPI souligne que, dans des cas où les contrats de fourniture de biens ou services doivent être conclus rapidement, l'organisation doit souvent accepter telles quelles les dispositions habituelles des fournisseurs locaux, y compris celles sur la loi applicable. La loi suisse est en particulier choisie dans le cas de contrats d'assurance (loi du siège de la société d'assurances ou du domicile de l'intéressé)<sup>92</sup>.

Le FMI indique de son côté qu'occasionnellement, à la demande de l'autre partie, le droit applicable est précisé dans le contrat et que la clause qui s'y réfère est négociée cas par cas, mais qu'il s'agit en général de la loi du lieu d'exécution. C'est aussi à la loi du lieu d'exécution que se réfèrent l'OCDE (généralement pour des contrats avec des dépositaires de publications ou des éditeurs) et l'Agence spatiale européenne (qui précise

<sup>90</sup> Le BIT signale aussi que, pour les opérations récentes de construction de son nouveau bâtiment, le Cahier des charges générales a prévu que «sous réserve du droit international public applicable au BIT ou aux entreprises, les rapports entre le BIT et les entreprises sont régis par le droit suisse et genevois (et le BIT précise que pour certaines questions où le droit public d'un pays est étroitement lié au droit privé, ce droit public est aussi applicable en grande partie, même s'il n'y a pas de référence expresse dans le contrat, par exemple dans le cas de contrats de location d'immeubles).

<sup>91</sup> L'OMPI ajoute qu'en plus du droit étatique la clause se réfère aux normes et conditions de la Société suisse des ingénieurs et architectes et d'autres associations professionnelles.

<sup>92</sup> Pour le PAM aussi le choix de la loi stipulée dans le contrat dépend des contrats-types utilisés par les associations commerciales dont font partie les sociétés avec lesquelles les contrats sont conclus. Il s'agit généralement du pays où une telle association a son siège, ou du pays (par exemple l'Angleterre) dans lequel les différends en matière de transport de biens ou d'assurances sont réglés.

qu'en cas d'exécution dans plusieurs pays ou par plusieurs entreprises, c'est la loi du siège du contractant qui est applicable).

Par contre, l'OACI indique qu'en général les contrats sont rédigés de manière à se suffire à eux-mêmes et ne se réfèrent pas à une loi particulière, mais que dans la plupart des cas c'est la loi du lieu de conclusion, c'est-à-dire celle de la Province de Québec qui est applicable aux contrats conclus au siège, en vertu d'une clause prévoyant que le contrat sera interprété conformément à cette loi.

Quant aux contrats conclus par la Chambre de commerce internationale, qui portent sur l'acquisition de matériel ou l'entretien de locaux, ils sont presque exclusivement passés avec des sociétés françaises et soumis alors à la loi française tandis que, dans les autres cas, la loi applicable est celle du domicile du vendeur <sup>93</sup>.

52. Il y a eu peu de réponses à la question de savoir si, en cas de choix d'un droit national, il s'agit du droit «gelé» à une date déterminée, question sur laquelle M. Reuter a particulièrement attiré l'attention<sup>94</sup>. Les Nations Unies ont répondu que, pour les règles matérielles, la loi nationale éventuellement choisie est celle en vigueur au moment de la conclusion du contrat, alors que c'est la loi nationale au moment du règlement d'un différend qui régit la procédure applicable en un tel cas. L'OCDE indique aussi que la loi nationale choisie est celle applicable à la date de conclusion du contrat. Par contre, la FAO et les Communautés européennes ont précisé que le droit étatique spécifié comme applicable n'est pas «gelé» et qu'il doit donc être tenu compte des changements subséquents apportés à la législation <sup>95</sup>.

53. Deux organisations seulement ont indiqué que, dans certains cas ou dans une certaine mesure, le droit expressément désigné comme applicable dans des contrats a été le droit international ou les principes généraux du droit et subsidiairement seulement un droit étatique. L'OIT a ain-

<sup>93</sup> Voir aussi *infra* n° 53 le cas d'organisations dont les contrats se réfèrent aussi, mais à titre subsidiaire, à divers systèmes de droit étatiques.

<sup>94</sup> Sur ce point, M. Wortley est d'avis que toute référence à un système de droit devrait viser le «droit vivant et changeant» de ce système, à moins que des dispositions expresses d'une certaine loi soient effectivement incorporées dans le contrat, auquel cas on devrait accepter qu'il s'agisse du contenu de ces dispositions à la date du contrat. M. Seidl-Hohenveldern, qui est en principe en faveur de l'application des principes généraux du droit, estime que, si la pratique devait être dans le sens opposé, la loi étatique considérée comme applicable devrait être «gelée» en son état au moment de la conclusion du contrat afin de sauvegarder autant que possible l'indépendance de l'organisation internationale.

<sup>95</sup> Il en est de même d'Eurocontrol.

si mentionné le contrat avec la Fondation suisse des immeubles pour les organisations internationales (FIPOI) qui a porté sur la construction du nouveau bâtiment du siège de l'Organisation et contenait une clause d'après laquelle le contrat serait interprété selon les principes généraux du droit, complétés, si nécessaire, par le droit suisse applicable en la matière<sup>96</sup>. Le CERN, de son côté, a indiqué que les contrats qu'il conclut précisent généralement le système juridique qui leur est applicable et qu'il s'agit du droit international, c'est-à-dire le droit interne de l'organisation, le droit international et les principes généraux du droit, et subsidiairement un droit national, en général le droit suisse<sup>97</sup>.

Nous sommes ainsi amenés au système des Communautés européennes dont, comme on l'a dit, les contrats précisent généralement le droit applicable: il s'agit de règles internes élaborées par la Commission sous forme de clauses précises et à titre supplétif d'un système de droit national. Le droit applicable peut d'ailleurs varier selon les contrats. La plupart du temps, c'est la loi du siège ou la loi du pays du lieu de la signature du contrat.

54. A côté de ces divers systèmes, une place spéciale doit être faite à la Banque internationale (BIRD) en raison de la nature particulière de ses opérations. La Banque distingue, comme on l'a déjà vu (*supra* n° 27), selon la nature de ses opérations et aussi l'identité du cocontractant.

Les opérations directement liées à la mission de la Banque sont les prêts et les emprunts. Les prêts sont régis par le droit international lorsqu'ils sont accordés à des gouvernements (mais cela sort du cadre de notre étude). Lorsqu'ils sont consentis à une autre personne, ils sont aussi à l'abri de tout conflit avec les lois internes en vertu d'une disposition expresse (article 7.01) des règlements n°s 3 et 4 sur les prêts et les garanties de la Banque<sup>98</sup>. Les contrats se réfèrent à ces règlements, dont les termes leur sont ainsi applicables par incorporation<sup>99</sup>. Contrairement à

<sup>96</sup> Le cas est cependant spécial du fait que la FIPOI pourrait être aisément qualifiée de fondation de caractère public en raison de la personnalité des fondateurs (Confédération suisse et canton de Genève).

<sup>97</sup> Les «Conditions générales des contrats du CERN» de 1975 prévoient, sous la rubrique «Droit applicable», que ces contrats sont régis par la réglementation mise en vigueur par le CERN du fait de son statut international et subsidiairement par le Code suisse des obligations. Voir aussi à ce sujet *F. Schmid et J.-M. Dufour*, «Le CERN – Exemple de coopération scientifique européenne», *Journal du droit international*, 1976, n° 1, pp. 46–103.

<sup>98</sup> Il en est de même de la Banque asiatique de développement.

<sup>99</sup> *Seyerstedt, op. cit.*, pp. 512–513.

ce qui s'était fait à l'origine, ils ne contiennent pas de référence à un droit national. Les avis ont cependant divergé en ce qui concerne le droit applicable à ces contrats<sup>100</sup>. Pour les accords d'investissement de la Société financière internationale, ils sont normalement soumis à une loi nationale, mais celle-ci n'est pas toujours spécifiée.

Quant aux opérations d'emprunts effectuées par la Banque sur les différents marchés de capitaux du monde, ou d'autres sources, les obligations sont régies par la loi du marché pertinente, mais dans certains pays (Canada, Etats-Unis, Royaume-Uni) les contrats ne contiennent pas de clause expresse à cet effet, alors qu'en Europe (à part le Royaume-Uni) ils en contiennent<sup>101</sup>.

En ce qui concerne l'identité du prêteur, les prêts consentis à la Banque par la Suisse sont régis par le droit international, alors que ceux accordés par des institutions bancaires, bien que régis par une loi étatique, ne contiennent pas de clause expresse sur la loi applicable.

Pour les contrats commerciaux courants, la BIRD n'a pas de pratique établie. Elle présume qu'ils sont régis par des droits nationaux (parfois les contrats s'y réfèrent, par exemple dans le cas de locations). Les contrats avec des firmes de consultants ne contiennent généralement pas de dispositions sur la loi applicable, bien que cela puisse être fait.

Quant à la Banque européenne d'investissement, le droit applicable aux financements à l'intérieur de la Communauté est le droit national de l'emprunteur, alors que, pour les financements à l'extérieur il s'agit généralement du droit suisse, et, pour les prêts spéciaux dans les Etats africains, du droit du siège de la CEE.

55. Dans cette variété de formules, certaines réponses se réfèrent à des contrats types ou du moins à des modèles de contrats dont s'inspirent les organisations internationales pour les contrats d'un type fréquent (voir *infra* n° 59) – ébauche d'un droit interne ou «spontané» en la matière –, d'autres, inversement, aux clauses types des cocontractants, d'autres enfin au fait que le droit applicable doit parfois être négocié de cas en cas. En

<sup>100</sup> Voir *Delaume*, «The Proper Law of Loans», préc.; *Mann*, *op. cit.*, pp. 52-54; *van Hecke*, *op. cit.*, p. 33; *Salmon*, «Les contrats de la BIRD», *Annuaire français de droit international*, 1956, pp. 640-642; *Seyersted*, *op. cit.*, pp. 511-518; *Tryfonas*, *Le Fonds de rétablissement du Conseil de l'Europe*, Paris, 1974, pp. 440 et s.; *S. Bastid*, *Le droit des organisations internationales*, Paris, 1968-1969, p. 147; *J. Käser*, *Darlehen der Europäischen Investitionsbank – Darlehen der Weltbank*, *Europarecht*, 1967, pp. 289 et 307 ss.

<sup>101</sup> La Banque asiatique de développement spécifie la loi étatique applicable dans les contrats d'emprunt auprès de personnes privées.

définitive, si les organisations internationales ont généralement certaines préférences (et notamment le désir, pour plusieurs d'entre elles, d'éviter le choix exprès d'une loi étatique), cette position ne peut être parfois qu'un point de départ dans la négociation du contrat, la formule finale dépendant de la puissance respective des contractants et de l'importance plus ou moins grande que chacun peut attacher à l'une ou à l'autre formule et à la conclusion même du contrat.

56. Compte tenu du caractère mouvant de la matière, une question spéciale avait été posée aux organisations internationales au sujet de la tendance qui serait la plus récente. La plupart des organisations, soit n'y ont pas répondu, soit ont déclaré qu'il n'y a pas de tendance caractérisée. Quelques-unes (PNUD, UNESCO, OMS) ont simplement indiqué que la pratique actuelle représente cette tendance<sup>102</sup> ou bien (BIRD, CERN, Conseil de l'Europe) que la pratique est constante.

Les Nations Unies ont, en revanche, répété sous ce point que la tendance la plus récente de leur pratique est d'éviter autant que possible la référence à une loi déterminée, surtout étatique, comme loi applicable, et de considérer que la loi régissant le contrat doit être recherchée dans les principes généraux du droit, y compris le droit international.

La FAO a signalé comme tendance récente les efforts des organisations du système des Nations Unies d'établir des modèles communs de procédures d'appels d'offres et de contrats relatifs aux activités financées par le PNUD (voir *infra* n° 60).

Un aspect plus particulier a été mentionné par l'AIEA, à savoir la tendance à établir un contrat-type lorsque la fréquence des contrats le justifie.

## 2. Le degré de détail des dispositions matérielles des contrats

57. Du moment que la plupart des contrats ne précisent pas le droit qui leur serait applicable, il peut sembler utile – même si l'on n'est pas partisan de la théorie de la *lex contractus* (*supra* n° 42) –, et tout en sachant que cela ne pourrait aboutir à une sorte d'autarcie contractuelle qui dispenserait complètement de recourir à un système juridique<sup>103</sup>, d'encou-

<sup>102</sup> Pour le PAM, il a été déclaré qu'il n'y a pas de tendance plus récente que celle consistant à incorporer dans les contrats des règles traditionnelles contenues dans des conventions (par exemple celle de Bruxelles de 1924 sur le connaissance) ou établies par les pratiques commerciales.

<sup>103</sup> Ainsi M. Batiffol («Le pluralisme des méthodes en droit international privé», Recueil des Cours de l'Académie de droit international, 1973-II, p.127)

rager les organisations internationales à élaborer des contrats aussi détaillés que possible, sous forme de textes modèles ou autrement. La plupart des membres de la Commission ont été en principe de cet avis (Mme Bastid, MM. van Hecke, Loussouarn<sup>104</sup>, Mann, Reuter, Rigaux, encore que ce dernier, de même que M. Seidl-Hohenveldern, fassent remarquer qu'une élaboration détaillée ne supprime pas tous les problèmes ou ne comble pas toutes les possibilités de lacunes), alors que M. Salmon pense que les organisations pour lesquelles cela est utile l'auront déjà fait et que M. Wortley estime qu'il suffirait de commenter toute clause défectueuse ou inéquitable.

58. Il fut donc demandé aussi aux organisations internationales si elles estiment utile, pour éviter des contestations, d'élaborer des contrats aussi détaillés que possible, par exemple, sous forme de textes modèles.

La réponse a été dans l'ensemble positive. Ont été en particulier affirmatifs l'ONUDI, le PNUD, l'OIT, l'OMS, le FMI, l'OACI, l'OMPI, les Communautés européennes et l'OUA.

Les Nations Unies – et le Conseil de l'Europe est du même avis – ont estimé que l'utilité d'un contrat détaillé dépend de divers facteurs, comme sa nature et son objet, les contrats pouvant donc prendre plusieurs formes; ainsi les Nations Unies utilisent dans leurs contrats des clauses de «conditions générales» dont certaines dispositions peuvent être, selon les besoins des différents contrats, supprimées ou abrogées.

Contrairement à la plupart des organisations, l'UNESCO considère que la nécessité de contrats détaillés ne semble pas résulter de l'expérience, sauf pour les contrats de construction. Par ailleurs, l'AIEA ne pense pas que les litiges puissent être évités simplement par l'élaboration de contrats détaillés, car ils pourraient aussi provenir de différences d'interprétations. L'Agence n'estime pas pratique de prévoir tous les détails, spécialement lorsqu'on «standardise» les contrats. A son avis, cependant, les principaux aspects d'une transaction devraient être prévus et il doit en être traité dans des termes généraux de portée aussi large que possible.

observe que, s'il voulait vraiment se suffire à lui-même, un contrat devrait reproduire un code des obligations.

<sup>104</sup> M. Loussouarn fait du reste justement remarquer, en se référant à la formulation, à la question 6 de notre questionnaire, que l'établissement de contrats détaillés et l'élaboration, par exemple par voie de conventions, de règles matérielles internationales ne sont pas incompatibles, mais complémentaires, et que leur utilisation cumulative, tout au moins dans une première étape, peut efficacement contribuer à l'élaboration d'une *lex mercatoria* issue du «droit spontané» et d'un droit conventionnel qui malheureusement font défaut à l'heure actuelle.

59. Se référant au passage de la question relatif à des textes modèles, les organisations expriment des positions assez variées et nuancées. Dans certains cas, la tendance à l'adoption de contrats modèles est nette. Le PNUD mentionne une convention type de location et des contrats types de fourniture de services. L'OMS indique que la tendance récente est bien à l'établissement de contrats modèles. La FAO précise qu'elle a établi un certain nombre de tels contrats modèles, ainsi qu'un jeu de dispositions générales qui sont annexées à chaque contrat individuel. Ces modèles ont été établis surtout pour assurer l'uniformité des termes et conditions applicables aux diverses sociétés en rapport d'affaires avec la FAO et pour faciliter la préparation des contrats, mais elle estime aussi que leur caractère détaillé et uniforme a eu pour résultat d'éviter des différends. D'autres organisations (Banque asiatique de développement, qui trouve ces modèles très utiles et les revoit périodiquement, CICR qui étudie actuellement un modèle «Red Cross Aircraft Charter Party», Agence spatiale européenne), se réfèrent aussi à des textes uniformes, ou bien au fait que les marchés sont élaborés en fonction d'un règlement général (Euro-control).

Les limites de cette pratique sont cependant aussi parfois soulignées. Ainsi l'OIT indique bien qu'il existe certains contrats types, mais elle ajoute aussi que, pour d'autres, une «standardisation» n'apparaît pas possible en raison de la diversité des situations, mais qu'alors des clauses types sont utilisées avec des adaptations pour les cas particuliers. La BIRD déclare avoir trouvé utile d'établir des textes modèles de documents d'emprunt et de crédit et avoir inséré dans les Conditions générales un certain nombre de dispositions d'usage courant dans ses opérations de prêt. Elle précise cependant que l'objet de cette «standardisation» n'est pas nécessairement d'éviter des litiges, mais de simplifier l'établissement des documents et de montrer que les dispositions fondamentales sont les mêmes pour tous. Cette standardisation, ajoute-t-elle, ne peut pas être poussée trop loin et les circonstances de chaque cas peuvent appeler des modifications par rapport aux textes modèles et des changements aux Conditions générales<sup>105</sup>. L'AIEA estime que des contrats types pourraient se développer si la nature et la fréquence de certaines opérations le justifient. Quant au CERN, il n'a pas recours à des contrats types, mais à des conditions générales détaillées. Au Conseil de l'Europe, des contrats

<sup>105</sup> La BEI estime qu'en raison de la nécessité d'établir des contrats individualistes avec chaque emprunteur, l'emploi de textes modèles serait malaisé, mais indique qu'elle use de certaines clauses à peu près identiques dans chaque contrat.

types n'ont pas été établis pour les experts ou consultants, mais les précédents sont largement utilisés. Le PAM indique que, comme il n'achète que des quantités relativement limitées de produits, il doit s'en remettre dans une large mesure aux contrats types utilisés pour les produits considérés dans les pays concernés ou par les associations commerciales intéressées. Il n'a donc pas ses propres contrats types. Il s'attache cependant à ce que les questions importantes soient dûment prévues dans les contrats. Pour les affrètements, le PAM a établi des modèles, utilisés lorsqu'ils sont acceptés par les armateurs et visant à réduire le plus possible les risques de litiges. L'OEA n'utilise des textes modèles que dans des cas limités, mais même alors on encourage une grande souplesse.

60. En plus des mesures de «standardisation» prises à l'intérieur de certaines organisations, il a été signalé de plusieurs côtés (OIT, FAO et OACI, notamment) que, dans le secteur des sous-contrats financés par le PNUD, on s'efforce d'arriver à une «standardisation» au niveau inter-organisations au moyen de l'adoption d'un contrat type qui serait utilisé par toutes les organisations intéressées.

Les Nations Unies se sont en particulier référées à une réunion de spécialistes des Nations Unies et des institutions spécialisées qui s'est tenue en mars 1975 et a examiné un projet de contrat type préparé par les Nations Unies en vue d'être utilisé par toutes les institutions. Il est apparu qu'à l'exception des «conditions générales» un contrat type unique était difficile à établir du fait que les contrats visent des objets très variés et sont établis dans des conditions très différentes. Il a donc été suggéré qu'au lieu d'un contrat type rigide il serait préférable d'élaborer simplement un plan de contrat type dont les éléments seraient ensuite adaptés aux exigences spéciales du contrat.

### *3. Le mode de conclusion de certains contrats. Les appels d'offres*

61. Pour avoir une idée plus précise de la manière dont sont conclus certains au moins des contrats des organisations internationales, il avait été demandé à celles-ci, à la suggestion de quelques membres de la Commission, si la conclusion des contrats (de fournitures, etc.) est précédée de procédures d'appels d'offres mettant en compétition différents intéressés, et selon quels principes.

La plupart des organisations<sup>106</sup> ont répondu qu'il en est bien ainsi

<sup>106</sup> Nations Unies, ONUDI, PNUD, OIT, FAO, PAM, OMS, FMI, OACI, AIEA, OCDE, Conseil de l'Europe, CERN, Communautés européennes, Agence spatiale européenne, BEI, Eurocontrol, OUA et OEA (où la règle est que l'organisa-

«généralement» ou «normalement» et elles ont énuméré les divers cas où des dérogations à cette règle sont autorisées. Ces dérogations tiennent tant à l'importance limitée du contrat (un montant inférieur à une somme allant de 500 à 2500 dollars ou à 4000 «unités de compte» selon les organisations) qu'à plusieurs autres causes, comme le fait que les prix sont fixés par la législation nationale, que la procédure est impraticable parce qu'il s'agit d'achats relevant d'un plan de normalisation du matériel ou que l'on doit utiliser une monnaie déterminée, qu'il est nécessaire d'apprécier subjectivement la valeur des services à fournir, que le marché pour le bien ou le service recherché n'est pas suffisamment large et fongible, que l'objet a un possesseur unique ou titulaire d'un brevet, qu'il y a urgence spéciale, qu'il a été considéré qu'une procédure de compétition ne donnerait pas de résultats satisfaisants ou ne serait pas dans l'intérêt de l'organisation, etc. Ces dérogations sont accompagnées de certaines sauvegardes administratives et doivent généralement être approuvées, selon le cas et l'importance, par un contrôleur financier ou un comité du budget. Il a été précisé dans quelques réponses que, si le critère essentiel de la décision est le prix, l'organisation n'est pas tenue d'accepter l'offre la plus basse ou même quelque offre que ce soit.

Une seule des grandes organisations (l'UNESCO) ne semble pas avoir de règle générale à ce sujet, mais elle a indiqué que, dans certains cas, notamment pour la fourniture de marchandises et de biens d'équipement, il est procédé à des appels d'offres, et que c'est en ce qui concerne les contrats de construction conclus avec des entrepreneurs que ces procédures sont le mieux mises au point et les plus strictes. L'OMPI se réfère aussi essentiellement aux contrats en relation avec la construction du nouveau bâtiment de l'organisation, les fournitures de bureau se faisant par l'intermédiaire du service commun d'achat de l'Office des Nations Unies à Genève, dont les statuts et règlements prévoient des appels d'offres.

Dans certains cas, l'organisation (Banque asiatique de développement) approche un certain nombre de sociétés pour comparer leurs conditions doit obtenir au moins trois offres, sinon la règle peut être abandonnée). La BIRD a répondu que le groupe de la Banque ne fait pas toujours des appels d'offres sur une base compétitive. On peut signaler aussi que le Cahier général des charges des marchés publics de travaux et de fournitures financés par le Fonds européen de développement arrêté par règlement (CEE) n° 282/72 du Conseil des Communautés européennes dispose que les marchés sont passés avec appel à la concurrence et organise la procédure d'appel d'offres tout en prévoyant dix cas où le marché peut être de gré à gré. Pour les marchés conclus par les «entreprises» internationales, voir *Libbrecht, op. cit.*, pp. 372 et s.

tions avant de conclure le contrat ou bien (CICR) procède à des sondages et obtient des renseignements.

Pour ce qui est de la manière plus précise dont ces appels d'offres ont lieu, les organisations se réfèrent généralement à leurs règlements, financiers ou autres, à des manuels administratifs, à des Conditions générales d'appels d'offres (par exemple Nations Unies, ONUDI, PNUD, OIT, OMS, Conseil de l'Europe, CERN, OEA) ou même à un Règlement spécial pour les contrats (Agence spatiale européenne). Il est intéressant de noter que l'OMS déclare s'être référée à la pratique des institutions gouvernementales d'Etats Membres, notamment le règlement du gouvernement des Etats-Unis d'Amérique et, dans une certaine mesure, la pratique au Royaume-Uni (la réponse cite en particulier certaines publications britanniques).

D'une manière générale on peut estimer qu'au stade préliminaire des appels d'offres, ce sont des considérations essentiellement pratiques et administratives qui sont prises en considération et que ces procédures ne touchent pas à la question du droit applicable aux contrats qui pourront en résulter, d'autant plus qu'en préjugant une telle question on pourrait limiter les possibilités d'offres et en exclure certaines. Une exception concerne les appels d'offres concernant la construction de bâtiments qui précisent quelle sera la loi applicable (*lex rei sitae*). Dans les autres cas c'est au stade ultérieur de la conclusion du contrat que la loi applicable est précisée – si elle l'est.

#### D. Le droit applicable en cas de silence du contrat

62. Puisque, dans la plupart des cas, les contrats ne contiennent pas d'indications sur le droit applicable, il faudra parfois, en cas de différend ou plus simplement de doute sur la portée ou l'interprétation du contrat, rechercher un système de droit susceptible de résoudre les difficultés rencontrées. Pour éviter tout jugement *a priori*, il convient d'examiner tout d'abord la jurisprudence et la pratique qui peuvent s'être formées à ce sujet.

##### 1. Etat de la jurisprudence et de la pratique

63. Il avait été demandé aux organisations internationales s'il existe une jurisprudence ou une pratique au sujet de la loi applicable aux contrats considérés. Dans l'affirmative, elles avaient été priées de donner des

exemples et le texte des principales décisions intervenues. Peu d'organisations ont apporté des indications concrètes à ce sujet.

64. Les Nations Unies ont rappelé que leur pratique est, comme on l'a indiqué, d'éviter toute référence à des lois étatiques et de se fonder, pour l'interprétation des contrats, sur les principes généraux du droit. Elles ont ajouté qu'il y a eu peu de cas d'actions judiciaires et se sont référées à une affaire concernant essentiellement la capacité juridique et l'immunité de juridiction des organisations internationales<sup>107</sup>.

C'est, par ailleurs, sur le statut des organisations internationales que porte essentiellement une affaire mentionnée par le FMI<sup>108</sup>. De son côté, l'OMS a indiqué que le problème a fait l'objet, en 1970, d'une consultation juridique dont il sera question plus en détail à propos des méthodes d'arbitrage pour le règlement des différends (*infra* nos 105–110). Disons simplement ici qu'une des recommandations des consultants était que les contrats précisent une loi déterminée («*Proper Law*») qui les régira et que l'arbitre aura à appliquer, ce qui, selon les consultants, serait souhaitable – bien que non indispensable – pour éviter que l'arbitre n'estime avoir à se prononcer en équité.

De son côté, la FAO a indiqué que, sous réserve des cas exceptionnels où les contrats se réfèrent à une loi étatique (voir *supra* n° 51), les contrats conclus par cette organisation seraient interprétés conformément aux principes généraux du droit, bien que cela ne soit pas spécifié dans un texte. Il n'y a pas eu de jurisprudence à ce sujet.

65. A part ces quelques cas ou précisions, la plupart des organisa-

<sup>107</sup> Dans cette affaire, datant de 1950, la juridiction compétente des Etats-Unis a reconnu la capacité juridique des Nations Unies d'ester en justice dans une action qu'elles avaient intentée en réparation de dommages subis à propos d'une cargaison de lait de l'UNICEF expédiée à bord d'un navire battant pavillon des Etats-Unis. Les Nations Unies ont aussi indiqué qu'il y a eu un certain nombre d'arbitrages. Dans l'un (*Starways Ltd. c. Nations Unies*) qui concernait la destruction par les forces rebelles d'un avion affrété par les Nations Unies au cours des opérations au Congo en 1961, le compromis prévoyait que la loi applicable serait celle en vigueur au Congo (voir aussi *infra* n° 70 deux autres cas d'arbitrage).

<sup>108</sup> Il s'agissait d'une réclamation que le FMI avait présentée, conjointement avec la BIRD, devant la Federal Communications Commission des Etats-Unis au sujet de tarifs que leur avaient réclamés des sociétés télégraphiques américaines. La plainte était fondée sur le statut et les privilèges de ces deux organisations et sur les lois des Etats-Unis qui les ont consacrés. La décision du 19 mars 1953 de la commission a fait application de ces lois. Au sujet de cette affaire, voir *Jenks, International Immunities*, préc., pp. 69–71.

tions<sup>109</sup> ont simplement répondu qu'il n'existe pas de jurisprudence ou de pratique en la matière.

On peut trouver surprenant que de si nombreuses organisations fonctionnant, pour certaines, depuis plusieurs dizaines d'années, établies dans des pays différents, gérant des sommes très importantes et concluant les contrats les plus divers n'aient pratiquement pas eu un litige ou au moins une difficulté qui ait posé la question de la loi applicable à un de ces contrats et qu'il n'y ait donc ni jurisprudence ni pratique à cet égard. Peut-être la question – et en particulier les termes «jurisprudence» et «pratique» – n'ont-ils pas toujours été bien compris. Il y a eu en effet des cas d'arbitrage mentionnés par quelques organisations, de même qu'il existe une pratique administrative, dont les Nations Unies ont du reste résumé les principes directeurs. Mais peut-être aussi les affaires soumises à arbitrage n'ont-elles pas soulevé de problèmes du droit applicable et ont-elles plutôt porté sur l'appréciation de faits<sup>110</sup>. De toute manière, il ne semble pas que les contrats conclus par les organisations internationales aient donné lieu à un contentieux de quelque importance.

A quoi doit-on attribuer un tel bonheur des organisations internationales? On pourrait penser à toutes sortes de raisons: bonne rédaction des contrats, bonne foi dans leur exécution, désir des parties de régler à l'amiable tout différend apparu, par crainte des lenteurs, du coût et des aléas inhérents aux procédures de règlement, esprit de conciliation de l'une ou de l'autre partie et notamment de la part des organisations internationales<sup>111</sup> qui, tout en devant gérer consciencieusement des fonds publics, sont peut-être plus portées au compromis que ne le serait une

<sup>109</sup> ONUDI, PNUD, OIT, UNESCO, BIRD, OMPI, OCDE, AIEA (à part un cas), Conseil de l'Europe, OEA, OUA. Le CERN a indiqué qu'il n'a pas de jurisprudence, mais une pratique constante (indiquée plus haut, n° 53 *in fine*). De même les Communautés européennes (et il en est de même notamment pour la BEI) ont déclaré qu'il n'existe pas de jurisprudence et ont rappelé la pratique suivie quant à l'élaboration des contrats (voir *supra* n° 53 *in fine*).

<sup>110</sup> M. Batiffol remarque aussi plus généralement, à propos des contrats internationaux, que les difficultés sont le plus souvent de pur fait (questions de la qualité de la marchandise livrée, de retard dans la livraison ou les paiements), mais qu'il y a quand même des questions de droit (cours précité à l'Académie de droit international, 1973-II, p. 127).

<sup>111</sup> Plusieurs organisations internationales ont signalé les négociations officieuses qui ont lieu en cas de différend et les tentatives de règlement à l'amiable, qui sont même parfois expressément mentionnées dans les textes comme dans l'article 25 du *Cahier des clauses et conditions générales applicable aux marchés de fournitures* établi par le Bureau de Genève des Nations Unies.

entreprise privée ordinaire recherchant le profit. Ce ne sont là que des suppositions et sans doute l'un ou l'autre de ces facteurs doit-il, selon les cas, expliquer le phénomène. Quoi qu'il en soit, le résultat en est qu'on ne dispose pas d'éléments suffisants pour être éclairés en la matière.

2. *L'effet des clauses attributives de juridiction sur le droit applicable*

66. A défaut de dispositions expresses sur le droit applicable et de précédents dans la jurisprudence et la pratique, il y aura lieu de rechercher les divers «indices» qui pourraient entrer en ligne de compte pour la détermination de ce droit. On s'est ainsi parfois demandé si une présomption peut être tirée de l'insertion, fréquente dans les contrats (comme on le verra dans la deuxième partie de ce rapport), de clauses compromissaires et attributives de juridiction relatives au mode de règlement de litiges éventuels par voie d'arbitrage ou de recours à une juridiction administrative internationale. Faut-il déduire de telles clauses une volonté présumée des parties sur la loi applicable et notamment en conclure, suivant l'adage *quis elegit iudicem elegit jus*, que les parties qui sont ainsi convenues de la compétence d'un organe de caractère international auraient de ce fait marqué leur choix pour l'application, quant au fond, de règles de droit internationales? Sur ce point, qui rejoint une question bien connue du droit international privé<sup>112</sup>, les avis de la doctrine ont été partagés<sup>113</sup>.

67. Ils l'ont été aussi dans les réponses que les membres de la Commission ont données à une question contenue dans le questionnaire qui leur avait été adressé. Cette question était de savoir si, à défaut d'autres éléments, il convenait d'interpréter une clause contractuelle prévoyant le recours à un organe international comme impliquant que la volonté présumée des parties était que le droit international ou les principes généraux du droit devraient régir le contrat considéré.

MM. *van Hecke* et *Mann* ont répondu par l'affirmative, et Mme

<sup>112</sup> Sur la tendance à la prédominance du problème de la compétence judiciaire sur celui de la loi applicable, voir *Batiffol*, cours préc., 1973-II, pp. 85 et s.

<sup>113</sup> En faveur de la présomption, *Mann*, *op. cit.*, BYBIL, 1959, p. 51; *van Hecke*, *op. cit.*, p. 45; *Seyersted*, pp. 595 et s., 610-611; *Bowett*, *The Law of International Institutions*, Londres, 1963, p. 299; en sens inverse, *Groshens*, «Les marchés passés par les organisations internationales», *Revue du droit public et de la science politique*, 1956, pp. 764-765. Comparer aussi l'avis de *Verdross* (que signale M. van Hecke dans ses observations préliminaires sur la question des accords entre un Etat et une personne privée étrangère), d'après lequel des clauses contractuelles organisant un arbitrage de type international vaudraient exclusion du droit interne de l'Etat contractant (*op. cit.*, p. 641).

*Bastid* a également estimé raisonnable de déduire d'une clause de règlement visant un organe international la volonté de voir appliquer les principes généraux du droit à l'exclusion d'un droit national. *M. Seidl-Hohenveldern* a été du même avis, mais a ajouté que si, cependant, la pratique va dans le sens opposé, la loi nationale applicable devrait être celle avec laquelle le contrat a la relation la plus significative. *M. Salmon*, tout en hésitant à en faire une règle automatique, considère qu'une telle clause constitue un indice qui est insuffisant en lui-même, car les organisations internationales stipulent ordinairement l'arbitrage, mais que rien n'interdit qu'au fond le contrat relève d'un droit interne. Cependant cet indice, joint à d'autres (nature des obligations, contexte général, clauses exorbitantes de tout droit national) sera évidemment à retenir.

C'est dans le sens négatif, en revanche, que se sont prononcés *M. Loussouarn* («pas nécessairement» a été plus précisément sa réponse), *M. Reuter* (qui a indiqué qu'il faut recourir à tous les indices de la volonté des parties sans en privilégier aucun) et *M. Rigaux* (qui ne croit pas à l'existence de principes généraux du droit ou d'un droit international apte à régir le contrat considéré).

68. La question fut par la suite posée aux organisations internationales, dans les termes suivants: «Cette attribution de compétence doit-elle être considérée comme impliquant un choix quant à la loi applicable? ou la matière est-elle laissée à l'appréciation des organes en question? Existe-t-il des décisions de ces organes à ce sujet? Prière d'en communiquer le texte.»

La réponse à la première de ces sous-questions a été parfois nettement négative (Nations Unies, FAO<sup>114</sup>, UNESCO, FMI, CERN – qui a répondu par un triple non aux trois sous-questions –, Communautés européennes) et quelques organisations ont même tenu à souligner que le choix du for et celui de la loi sont des choses distinctes (OIT, UNESCO).

D'autres organisations ont été moins catégoriques. Ainsi certaines ont répondu que le recours à l'arbitrage ou à un tribunal étatique ne doit pas être «généralement» (BIRD) ou nécessairement (PAM) considéré comme impliquant un choix de la loi applicable. La BIRD a ajouté que, dans le cas des contrats commerciaux prévoyant l'arbitrage, le tribunal

<sup>114</sup> La FAO a ainsi précisé qu'alors que les contrats prévoient l'arbitrage selon les règles de la Chambre de commerce internationale, la pratique normale est d'appliquer les principes généraux du droit et elle a rappelé la déclaration en ce sens qu'a faite l'arbitre désigné dans le cas *Balakhany* (*infra* n° 70).

arbitral pourrait avoir à décider de la loi applicable, mais le cas ne s'est pas présenté.

L'OMPI a été plus loin en signalant, comme on l'a déjà vu (*supra* n° 51), que certains contrats se réfèrent au règlement des litiges par un tribunal judiciaire, habituellement celui du domicile du fournisseur, situé en Suisse, et ainsi, peut-être par implication, au droit suisse, mais il n'y a pas eu de décision à ce sujet.

Eurocontrol seule a répondu à la question par l'affirmative.

69. Dans le même sens, et en réponse à la deuxième sous-question, plusieurs organisations ont indiqué que, lorsque la loi applicable n'est pas précisée dans le contrat, elle est laissée à l'appréciation des arbitres (Nations Unies, PNUD, OIT, FAO, OMS<sup>115</sup> – qui ajoute toutefois que lorsqu'il y a une référence à l'arbitrage dans le cadre de la Chambre de commerce internationale, avec choix du for, cela peut correspondre à un choix de la loi applicable –, OCDE, Agence spatiale européenne – qui rappelle qu'en principe les contrats conclus par cette Agence précisent le droit qui les régit –) ou de la Chambre de commerce internationale (ONU-DI). Par ailleurs, fidèle à sa conception (voir *supra* n° 42), l'OACI déclare qu'en cas d'arbitrage, les règles à appliquer sont celles spécifiées dans le contrat.

70. Enfin, en réponse à la troisième sous-question, les Nations Unies ont indiqué qu'il y a eu des décisions d'organes arbitraux (ou autres) sur cette question. Elles ont rappelé ainsi la sentence rendue en 1958 par M. Batiffol (voir *infra* n° 120) que ne portait du reste pas directement sur la question du droit applicable au fond de l'affaire. M. Batiffol avait estimé que la stipulation d'une clause compromissoire par une organisation internationale «trouve son fondement juridique dans un acte relevant du droit international public et se trouve valable par application de ce droit sans qu'il soit nécessaire, à ce point de vue, de l'appuyer sur une loi nationale, comme ce serait le cas pour un contrat entre personnes privées . . .»<sup>116</sup>.

Les Nations Unies et la FAO ont aussi cité une affaire de 1972 où la

<sup>115</sup> On verra cependant aussi (*infra* n° 106 et note sous n° 114) que d'après la consultation juridique demandée par l'OMS il se peut qu'à défaut de choix d'un système juridique applicable, les arbitres décident d'agir en amiables compositeurs et de se prononcer en équité plutôt qu'en droit. D'autre part, d'après ce même avis, une autre possibilité serait que le tribunal arbitral applique une loi étatique et, entre autres, celle du pays où se déroule l'arbitrage, ou même celle du surarbitre.

<sup>116</sup> Un extrait de la sentence de M. Batiffol a été publié dans l'Annuaire précité de la Commission du droit international, 1967, vol II, pp. 227–228.

FAO<sup>117</sup> avait soutenu que c'était intentionnellement que le contrat (relatif à des travaux et services en relation avec une étude des ressources en eau du bassin du Tchad) ne comportait pas de clause de compétence législative car l'organisation considérait qu'un contrat de ce type devait être régi non par un système de droit interne particulier, mais par les principes de droit généralement acceptés. L'arbitre (Barend van Marwijk Kooy) désigné selon les règles de la Chambre de commerce internationale n'a pas estimé nécessaire de trancher cette question, car la rédaction même du contrat était claire sur le point litigieux et il a débouté l'entreprise plaignante quant au fond.

Les Nations Unies ont aussi mentionné deux autres affaires: l'une (*Aerovias Panama SA c. Nations Unies*) portait sur une demande de dommages-intérêts pour annulation d'un contrat de transport par avion. Elle fut soumise à arbitrage selon les règles de l'American Arbitration Association. La sentence arbitrale, rendue le 14 janvier 1965 (avec une opinion dissidente d'un des arbitres sur un des points litigieux), qui accordait certaines des sommes réclamées, a été fondée sur les termes du contrat et l'appréciation des faits. Une autre affaire (*Lamarche c. Nations Unies*) portait sur un contrat passé entre l'ONUC (Organisation des Nations Unies au Congo) et une personne privée au sujet de la fourniture de tomates et a été soumise à un arbitre unique selon les règles de la Chambre de commerce internationale. L'arbitre, en examinant le contrat, a relevé que le contrat de vente était soumis à la législation civile congolaise. Dans sa sentence du 6 août 1965 l'arbitre, en appréciant les faits, a conclu que l'ONUC n'avait pas rempli ses obligations, sans motif valable, et a établi le montant des dommages-intérêts dus.

Parmi les autres organisations, certaines déclarent expressément qu'il n'y a pas eu à ce sujet de décisions d'organes arbitraux ou autres<sup>118</sup>, et d'autres ne fournissent aucune indication.

Enfin le PAM a mentionné une sentence, citée plus loin, n° 122, du 6 août 1975 rendue aux termes de la loi anglaise sur l'arbitrage et où les motifs (non officiels) se réfèrent à la jurisprudence anglaise quant à l'interprétation des termes du contrat.

<sup>117</sup> Affaire *Balakhany (Tchad) Ltd. c. Organisation des Nations Unies pour l'alimentation et l'agriculture*, sentence arbitrale du 29 juin 1972, dans *Annuaire juridique des Nations Unies*, 1972, pp. 214-215.

<sup>118</sup> L'ONUDI se réfère cependant à la pratique des Nations Unies, exposée dans la réponse des Nations Unies elles-mêmes à notre questionnaire et résumée dans l'*Annuaire précité de la Commission du droit international*, 1967, pp. 227-229.

71. Les oppositions qu'on rencontre en doctrine sur cette question ne sont sans doute pas aussi grandes qu'il peut paraître de prime abord. En effet, les auteurs qui accordent du poids aux clauses attributives de juridiction ne vont pas jusqu'à leur attribuer une valeur de présomption absolue, ni même une place prépondérante, alors que ceux qui contestent que ces clauses puissent valoir choix de la loi applicable entendent surtout souligner, comme l'a dit M. *Reuter*, qu'elles ne peuvent constituer qu'un indice parmi les autres – et non qu'elles soient dépourvues de toute signification à cet égard.

Quant à la réponse négative des organisations internationales et à la distinction entre les notions de compétence et de loi applicable, il faut surtout en retenir que, pour ces organisations, l'attribution de compétence à un organe international ne doit pas, en tant que telle, être automatiquement interprétée comme l'expression de la volonté implicite des parties de soumettre le contrat à des règles matérielles de caractère international. Non point que les organisations internationales – ou du moins certaines d'entre elles – soient opposées à l'application des principes généraux du droit ou du droit international (on vient de voir qu'au contraire c'est dans ce sens que penchent les Nations Unies, l'OIT (*supra* n° 40) et la FAO, dans l'affaire citée plus haut), mais sans doute parce qu'un lien automatique entre la compétence et la loi applicable pourrait faire hésiter les cocontractants à accepter une clause d'arbitrage international et surtout parce que l'essentiel, pour les organisations, est de préciser l'organe qui sera chargé d'examiner tout litige éventuel. Aussi les organisations internationales préfèrent-elles s'en tenir à la formule plus neutre d'après laquelle la détermination du droit applicable est laissée à l'entière appréciation de l'organe chargé de trancher le différend.

L'absence de toute décision ou sentence expresse sur ce point ne permet pas d'être plus précis, mais il n'est sans doute pas excessif de penser que l'organe arbitral qui serait saisi de la question pourrait, dans certaines conditions, considérer les clauses attributives de compétence comme un indice possible, parmi d'autres, et à défaut de plus décisifs, pour la détermination de la loi applicable.

### *3. Essai d'appréciation générale*

72. Il faut bien constater que l'enquête auprès des organisations internationales ne projette que des lueurs indécises sur la solution à apporter lorsque le contrat est silencieux sur le droit applicable. Or c'est la situation la plus fréquente et celle qui soulève le seul véritable pro-

blème juridique. On a vu que les contrats conclus par les organisations internationales n'ont suscité qu'un nombre limité de litiges, que ceux-ci ont été la plupart du temps réglés à l'amiable et que les quelques cas d'arbitrage n'ont pas porté, semble-t-il, sur la question du droit applicable. Les suppositions de certaines organisations au sujet des solutions vraisemblables, quelques préférences, beaucoup de réserve – du reste explicable –, voilà notre maigre butin. Il n'est pas à dédaigner, mais il ne constitue pas un ensemble suffisamment étendu et concret pour nous permettre d'en conclure avec tant soit peu de certitude sur le sens dans lequel la volonté des parties peut dans de tels cas être présumée ou, si l'on préfère, d'évaluer le poids des éléments «objectifs» qui permettraient la localisation de tels contrats. On doit donc, plus qu'on ne l'aurait souhaité, faire intervenir son appréciation personnelle en se fondant sur les quelques données disponibles.

73. S'il est un point qui se dégage tout d'abord des éléments dont on dispose, c'est l'impossibilité d'établir une sorte de formule ou de directive de portée générale. Certes, si l'on excepte les organisations et «entreprises» européennes pour lesquelles l'application de lois étatiques ne pose pas de problème – et qui du reste insèrent habituellement dans leurs contrats des clauses expresses en ce sens –, la plupart des organisations considèrent qu'en cas de silence du contrat il serait normal d'appliquer, en premier lieu du moins, les principes généraux du droit. Rien ne permet de croire, cependant, que le cocontractant a partagé cette intention (sinon pourquoi ne pas l'avoir consacrée expressément dans le contrat? Mais on pourrait tout aussi bien rétorquer: pourquoi ne pas avoir expressément choisi une loi étatique, comme on le fait parfois?). On peut donc prendre comme point de départ qu'il est des cas dans lesquels le contrat devrait être régi par les principes généraux du droit et d'autres où il serait assujéti – à titre principal ou subsidiaire – par une loi étatique. On ne saurait du reste exclure *a priori* qu'un droit étatique puisse être considéré comme régissant un contrat silencieux sur la loi applicable, alors qu'il n'est pas rare de voir des contrats d'organisations internationales contenir des clauses par lesquelles un tel droit est expressément choisi. Si une place peut donc revenir aux droits étatiques, un certain nombre de questions viennent à se poser.

74. Et tout d'abord, quel est le système de conflits de lois qui permettra de déterminer la loi étatique applicable? Lorsque la question se pose devant une instance nationale, c'est vers la *lex fori* qu'on se tourne. Dans le cas des contrats des organisations internationales, c'est généralement

devant un organe international – arbitral la plupart du temps – que le litige sera porté<sup>119</sup>. Le problème sera alors analogue à celui qui se pose en cas d'arbitrage en droit international privé, sujet que l'Institut a discuté dans le passé (la Résolution d'Amsterdam de 1957 s'étant prononcée pour les règles de rattachement de l'Etat où siège le tribunal arbitral). La question a aussi été plus d'une fois étudiée en doctrine et, en plus du système préconisé par l'Institut, on a proposé<sup>120</sup> d'autres critères tels que celui du pays de la loi matérielle choisie pour régir le contrat et celui d'un système autonome et «anational».

Sur ce problème, le questionnaire aux membres de la Commission sollicitait leur avis sur le point de savoir, dans le cas où, à défaut de choix par les parties, le système de droit applicable à un contrat devrait être un système de droit national, selon quelles règles de droit la loi applicable devrait être déterminée.

Quelques membres de la Commission ont estimé difficile de donner une réponse unique. C'est ainsi que Mme *Bastid* estime que la considération des divers types de contrats pratiqués par les organisations internationales pourrait permettre de distinguer plusieurs systèmes pour déterminer la loi applicable. M. *Reuter*, de son côté, distingue entre, d'une part, un arbitrage où l'organisme arbitral est entièrement engagé dans le système de droit national qu'il applique (ou dans un autre système de droit national) et alors c'est la *lex fori* qui détermine le système applicable et, d'autre part, le cas où l'arbitre est une institution non soumise à un système de droit national (par exemple la Cour de Justice des Communautés européennes) et alors on ne peut recourir qu'aux principes généraux. Pour M. *Loussouarn*, qui est partisan de l'insertion dans le contrat d'une

<sup>119</sup> Voir *infra* nos 104 et s.

<sup>120</sup> Voir notamment *Goldman*, «Les conflits de lois en matière d'arbitrage de droit privé», Recueil des Cours de l'Académie de droit international, 1963-II, pp. 366 et s.; du même, Répertoire de droit international, Dalloz, Paris, 1968, tome I, Vo. Arbitrage (droit international privé), nos 45–49, p. 116; *Fouchard, op. cit.*, pp. 359–400; *Loussouarn et Bredin, op. cit.*, pp. 42–44. Plus récemment, voir *Pierre Lalive*, «Les règles de conflits de lois appliquées au fond du litige par l'arbitre international siégeant en Suisse», dans *L'arbitrage international privé et la Suisse*, Genève, 1977), qui note que les méthodes utilisées dans la pratique par les arbitres relèvent plus souvent de la «liberté arbitrale» que de la référence à un seul système étatique de règles de conflits de lois et que ces méthodes comportent soit le cumul des systèmes de conflit dans les pays intéressés, soit le recours aux principes généraux du droit international.

clause compromissoire, il estime que le recours à l'arbitrage devrait entraîner la faculté pour les arbitres de forger la règle de conflit applicable. C'est par contre en faveur de la *lex fori* que se prononcent MM. *Mann* et *van Hecke*, mais ce dernier ajoute que, dans la mesure où l'immunité de juridiction s'oppose à toute intervention des juridictions étatiques, les règles de rattachement doivent être celles du pays du siège de l'organisation. M. *Seidl-Hohenveldern*, est d'avis que, s'il y a lieu de soumettre un contrat à un droit national, le choix devrait porter sur la loi avec laquelle le contrat a la relation la plus significative. M. *Rigaux* souhaite écarter le problème en préconisant l'insertion dans le contrat d'une clause sur la loi applicable. M. *Salmon* déclare ne pas voir, à première vue, de raison de déroger aux règles habituelles du droit international privé pour déterminer la loi applicable, sauf indication contraire du contrat et sauf application du droit international public (ainsi le «statut personnel» de l'organisation est gouverné par son droit constitutif).

75. Au-delà de cette question préliminaire, si l'on va plus au fond du problème, et tout en admettant qu'on ne saurait dégager une directive générale quant aux cas dans lesquels les contrats seraient régis par des droits étatiques, serait-il au moins possible de distinguer certains types de contrats dans lesquels on devrait s'attendre davantage à l'application de tels droits? En se référant à l'énumération de différents types de contrats (voir *supra* nos 20 et s.), on pourrait tout au plus présenter quelques suggestions en ce sens.

76. En premier lieu, il doit être tenu pour certain que les contrats portant sur des immeubles seront, comme plusieurs organisations l'admettent du reste, soumis à la loi de la situation de l'immeuble et cette règle s'étendra généralement non seulement aux contrats concernant des droits réels proprement dits (principalement vente d'immeubles), mais aussi à certains contrats relatifs à des immeubles, comme les contrats de louage et ceux de construction d'immeubles. Cependant, même à propos des contrats relatifs à des droits réels, il peut y avoir des cas où le statut international des organisations internationales et leurs immunités peuvent entraîner des dérogations au droit local, comme le remarque M. *Salmon*. Un cas spécial est en outre celui des contrats entre organisations internationales, qui sont devenus fréquents en matière de louage d'immeubles, et qui pourraient fort bien être assujettis aux principes généraux du droit plutôt qu'à un droit étatique.

77. On peut aussi penser à la forme des contrats qui devrait sans doute, en règle générale (mais là encore des exceptions seraient conceva-

bles) être assujettie, selon le vieil adage, à la loi du lieu de conclusion ou encore celle qui régit le fond<sup>121</sup>.

78. Pour le fond même des contrats, le problème devient plus difficile; certaines idées directrices pourraient néanmoins inspirer le raisonnement et servir d'indice, dans chaque cas particulier, compte tenu cependant de tous autres éléments susceptibles soit de renforcer soit de renverser le raisonnement en la matière.

79. Ainsi, dans certains domaines qui sont strictement organisés et du reste techniquement complexes, comme les contrats d'assurance, les opérations de banque, de prêts ou d'emprunts internationaux, les contrats de transport, ce sera généralement la loi étatique gouvernant ces opérations qui s'appliquera aux contrats conclus par les organisations internationales<sup>122</sup> (sous réserve de cas spéciaux comme celui de la BIRD).

80. On peut aussi penser que, pour les contrats de faible importance (fournitures normales, etc.), leur assujettissement à une loi étatique éviterait des difficultés d'ordre pratique sans soulever de véritable question de principe.

81. Un autre critère à retenir, en l'absence d'indices en sens contraire, serait le fait qu'un contrat a été conclu et doit être exécuté dans le même pays et où, à part la qualité particulière de l'organisation internationale, aucun élément d'extranéité ne vient altérer le contrat et mettre en échec l'application de la loi étatique du pays en question.

82. Faudrait-il distinguer aussi entre les contrats que l'organisation passe «en tant que telle» et ceux où elle agit en tant que personne privée? Dans notre exposé préliminaire, nous avons avancé l'hypothèse que, compte tenu des différences entre les Etats et les organisations internationales (voir *supra* nos 3 et s.), il ne semblait pas qu'une distinction entre contrats conclus *jure imperii* et *jure gestionis* ait une réelle portée pratique pour les organisations internationales, et nous avons invoqué en ce sens le fait que les conventions relatives aux privilèges et immunités des organisations internationales visent également l'ensemble de leurs activités<sup>123</sup>. Nous avons relevé cependant qu'un critère différent, tiré de la

<sup>121</sup> Sur le caractère facultatif de la règle *locus regit actum*, notamment pour les contrats internationaux, voir encore récemment, en France, Civ. (1re Ch. civ.), 10 décembre 1974, D. 1975 J. 685.

<sup>122</sup> Voir *Batiffol*, Problème des contrats privés internationaux, préc., p. 105; *Delaume*, *op. cit.*

<sup>123</sup> *Jenks*, International Immunities, préc., p. 45 (sous réserve de certains cas où les immunités accordées à une organisation ou «entreprise» internationale sont limitées, comme pour la BIRD); *Seyster*, pp. 440-441.

mission des organisations internationales, est suggéré tant par divers membres de la Commission (*supra* n° 22) que par certaines organisations comme l'OIT et la BIRD (*supra* n° 27). Pour les contrats liés plus directement à la fonction internationale de l'organisation et par conséquent à des considérations de droit international public, il serait normal que le droit international soit applicable, à tout le moins à certains égards, alors qu'il n'y aurait pas les mêmes inconvénients à ce que des droits étatiques régissent les contrats de caractère plus ordinaire.

83. En plus de ces divers cas dans lesquels, à défaut d'autres indices, certaines considérations pourraient faire pencher vers l'application, soit de lois étatiques, soit du droit international ou des principes généraux du droit, serait-on autorisé à établir un principe plus général de présomption quant au droit applicable en l'absence d'indices particuliers? Serait-on notamment justifié de penser qu'à défaut d'autres éléments le contrat devrait être régi par le droit international ou les principes généraux du droit? Là encore nous avons avancé, dans notre exposé préliminaire, qu'on hésiterait à l'affirmer à ce stade, la pratique étant incertaine et paraissant tantôt accepter tacitement une loi étatique (par exemple celle du lieu de conclusion ou d'exécution du contrat) et tantôt s'en remettre pleinement aux instances qui seraient saisies d'un éventuel litige. Qu'en est-il après la consultation des membres de la Commission et des organisations internationales?

84. Il avait été tout d'abord demandé aux membres de la Commission si, à défaut de choix exprès ou présumé par les parties, le système de droit applicable aux contrats devrait, pour ce qui est du fond, être en principe international ou national – ou varier selon les éléments propres à chaque contrat, étant entendu que les droits réels (immobiliers) nés du contrat devraient rester en principe soumis à la loi de la situation de l'immeuble considéré.

La plupart des membres de la Commission ont estimé qu'on ne peut formuler *a priori* une règle générale et que, suivant les contrats, ce serait le droit international ou un droit national qui serait applicable. Cela a été notamment l'avis de Mme Bastid, de MM. Mann et Salmon et, semble-t-il, aussi de MM. Reuter et Wortley, ainsi que de M. Seidl-Hohenveldern. Ce dernier a ajouté que le droit national serait applicable pour les contrats de petite importance, tout en signalant qu'il peut néanmoins en résulter des difficultés, même en ce qui concerne le choix de la *lex rei sitae* pour les immeubles (et il cite le cas du CERN, situé à cheval sur la frontière franco-suisse). Dans le cas de contrats importants, M. Seidl-Hohen-

veldern considère qu'une solution internationale serait justifiée<sup>124</sup>. Il préconise que le contrat soit soumis aux principes généraux du droit et, à titre subsidiaire, au droit national de l'Etat du siège, gelé au moment de la conclusion du contrat. Par contre, c'est en principe pour un système de droit national que se prononcent MM. *van Hecke, Loussouarn* (aussi longtemps que la *lex mercatoria* n'aura pas plus de consistance) et *Rigaux* (pour lequel seul un droit national peut fournir les solutions nécessaires).

85. Quant aux organisations internationales, on a déjà constaté que les éléments fournis à cet égard sont plutôt minces pour en tirer des conclusions précises: jurisprudence et pratique quasi inexistantes, dénégation de tout rapport entre attribution de compétence et loi applicable, absence d'indications sur une tendance actuelle bien déterminée. On ne peut certes ignorer la prise de position catégorique des Nations Unies (*supra* n° 50) qui considèrent qu'à défaut de choix exprès d'une loi applicable ce sont les principes généraux du droit, y compris le droit international, qui doivent régir le contrat. Cependant la diversité et l'incertitude signalées par M. *Seyersted* en 1967<sup>125</sup> subsistent toujours et la plupart des organisations internationales ne semblent pas discerner d'évolution dans un sens bien déterminé et paraissent – sous réserve il est vrai de quelques réponses, comme celles de l'OMS et de l'OMPI – plutôt satisfaites dans l'ensemble de la situation actuelle.

Devrait-on donc en rester là? Ne pêcherait-on pas par excès de système en voulant établir des règles d'application générale dans une matière où les situations diffèrent considérablement selon les contrats, la nature des organisations, leurs relations avec le pays hôte, et les rapports de force entre l'organisation et les cocontractants?

On peut à tout le moins essayer de dégager, pour l'essentiel, la situation telle qu'elle se présente actuellement.

86. Il est, avons-nous dit, impossible, dans le cas où les contrats sont muets sur ce point, d'établir une présomption générale sur le droit applicable. Nous n'irions même pas jusqu'à la prudente et raisonnable suggestion de M. *Seyersted*, en 1967<sup>126</sup>, d'après laquelle il pourrait exister maintenant une présomption pour l'application des principes généraux du

<sup>124</sup> On doit remarquer cependant que les contrats importants sont souvent ceux conclus avec de grandes sociétés qui demandent que l'on suive les contrats types habituels se référant à une loi étatique déterminée ou aux pratiques de la profession.

<sup>125</sup> *Op. cit.*, p. 609.

<sup>126</sup> *Op. cit.*, p. 610.

droit dans les relations qui se rattachent aux fonctions caractéristiques de l'organisation ou qui sont très importantes, et une présomption pour l'application de lois étatiques dans le cas des transactions commerciales quotidiennes. Ou du moins peut-on considérer comme justifiée, pour les raisons déjà indiquées, la première partie de cette proposition (relations qui se rattachent aux fonctions caractéristiques de l'organisation<sup>127</sup>), mais moins la seconde (relations très importantes) si l'on pense, par exemple, à la question de la construction de bâtiments. D'une manière générale, il faudra plutôt, dans chaque cas particulier, tenir compte des divers indices qui permettront d'apprécier la volonté des parties ou de déterminer le droit avec lequel le contrat a la relation la plus étroite.

La nature de l'organisation internationale dont il s'agira (et entre autres les dispositions que l'on trouve dans certains textes statutaires), la nature de l'opération sur laquelle porte le contrat (et son caractère commercial ou plus directement lié à la mission d'intérêt public de l'institution), son caractère international ou local devront notamment être pris en considération. Le rattachement à un système de droit pourra aussi comporter la comparaison du contrat considéré avec d'autres contrats de ce type conclus par l'organisation, d'une part, et par le cocontractant, d'autre part. Ainsi l'omission d'une clause habituelle stipulant que le contrat sera régi soit par une loi étatique, soit par les principes généraux du droit pourrait être interprétée dans le sens opposé. Encore faudrait-il être prudent à cet égard car, compte tenu, par exemple, des indications fournies par les Nations Unies, l'omission de toute clause quant à la loi applicable sera souvent indicative du désir de recourir au droit international et aux principes généraux du droit ou, en tout cas, de laisser toute liberté à l'arbitre de le faire. Elle pourrait cependant aussi, dans certaines circonstances, comme dans des contrats de type courant, ou conclus dans des domaines strictement organisés, ou conclus et exécutés dans le même pays, signifier que le contrat sera régi par une loi étatique déterminée selon la méthode conflictuelle habituelle, par exemple celle du lieu de conclusion ou d'exécution du contrat en tant que loi avec laquelle le contrat a la relation la plus étroite<sup>128</sup>.

<sup>127</sup> Voir *supra* n° 19.

<sup>128</sup> A cet égard, il est soutenu, dans la consultation juridique mentionnée par l'OMS (*infra* nos 105 et s.), que le rattachement à la loi du lieu d'exécution du contrat ne serait pas heureux parce que les projets de coopération technique sur lesquels portent souvent les contrats des organisations internationales sont habituellement exécutés dans des pays en voie de développement, dont les systèmes juridiques peuvent n'être pas suffisamment développés pour régir de manière adéquate des

L'insertion d'une clause attributive de compétence pourrait aussi, dans certaines conditions, avoir une signification quant à la loi applicable (*supra* n° 71). Qui contesterait, par exemple, que le recours à un organe arbitral désigné selon les règles d'une institution nationale, comme c'est parfois le cas, ne soit plus propre à aboutir à l'application d'une loi nationale que le recours à un organe arbitral de caractère international?

Dans une situation caractérisée par une aussi grande variété et incertitude, trois données peuvent être tenues pour certaines:

la première, que l'on ne saurait exclure *a priori* ni le droit international et les principes généraux du droit ni les droits étatiques;

la deuxième que, quelle que soit la spécificité des contrats conclus par les organisations internationales, on ne pourra faire abstraction des tendances générales qui, en matière de droit applicable, se dégagent de la pratique en matière de contrats commerciaux internationaux entre personnes privées (il serait en effet paradoxal que, dans le mouvement qui se dessine pour appliquer à ces contrats, dans certains cas et avec certaines limites, les principes généraux du droit, on en reste en deçà pour les contrats conclus par les organisations internationales, alors que la personnalité et la mission de ces organisations sont un élément supplémentaire pour l'application de règles matérielles internationales);

enfin, compte tenu de la difficulté de la matière, qu'on se tournera tout d'abord vers le contenu du contrat lui-même pour essayer d'en tirer le maximum et n'avoir pas à opérer une difficile localisation du contrat. Peut-être même, par le biais de l'interprétation du contrat, les principes généraux du droit feront-ils parfois une entrée discrète.

87. Dans cette recherche de la loi applicable il faut encore signaler le commentaire que M. *Morelli* a présenté dans sa réponse à notre exposé préliminaire. M. *Morelli* a exprimé l'impression que le problème ne consiste pas tant à déterminer, pour chaque contrat, un système juridique nécessairement unique régissant le contrat. Il s'agit plutôt de prendre en considération les différents systèmes juridiques pour constater quelle est l'attitude de chacun d'eux par rapport à un contrat donné. Un contrat conclu par une organisation internationale pourrait ainsi être envisagé à

relations commerciales compliquées. Les auteurs de cette consultation juridique signalent aussi la possibilité de choix de la loi du pays du sous-traitant avec lequel l'organisation internationale a contracté ou bien de la loi du pays où se déroule l'arbitrage ou même celle du surarbitre. De tels facteurs, si on voulait en tenir compte, seraient plutôt à prendre en considération pour l'introduction d'une clause expresse dans le contrat au moment de son établissement.

la fois par deux ou plusieurs systèmes dans lesquels il trouverait la base ultime de sa valeur juridique. Ce qui n'empêcherait pas que le jeu des règles de droit international privé en vigueur dans les différents ordres juridiques puisse aboutir en définitive, dans le cadre de ces ordres juridiques, à l'application des mêmes règles.

88. Il serait arbitraire, nous semble-t-il, d'essayer d'aller au-delà de ces réflexions d'ordre général sur le droit applicable aux contrats conclus par les organisations internationales<sup>129</sup>. Il reste encore à présenter les diverses options qui, dans ces conditions, s'offrent aux organisations internationales et les conséquences qui en découleraient. C'est ce que nous tenterons de faire dans la conclusion du présent rapport.

### *III. Le mode de règlement des différends*

89. Le deuxième aspect de la question des contrats conclus par les organisations internationales avec des personnes privées est celui du mode de règlement des différends résultant de ces contrats. Après avoir exposé les principales données du problème, nous en examinerons le cadre constitutionnel, conventionnel et réglementaire, puis les termes des contrats qui en traitent, les rapports entre l'exécution des contrats et l'immunité de juridiction, le mode de règlement en cas de silence du contrat, et nous tenterons enfin une appréciation générale de la situation.

#### *A. Les principales données du problème*

90. Afin de remplir leur mission en toute indépendance, les organisations internationales bénéficient, comme on l'a dit, d'une immunité de

<sup>129</sup> Une question posée par M. *Seidl-Hohenveldern* est celle de savoir quelle loi serait applicable – et quelle juridiction compétente – en cas de faillite d'une organisation internationale. Le problème déborde du cadre propre de notre sujet, mais on peut penser à première vue que, les organisations internationales proprement dites n'étant pas des sociétés commerciales, la question de faillite ne saurait se poser dans les termes habituels du droit commercial. Si une organisation internationale, qui est une personne juridique de droit international public, se trouvait en état de cessation de paiements, les arrangements nécessaires pour résoudre cette difficulté devraient être pris par les organes compétents de l'institution et, en cas d'impossibilité, par des initiatives des Etats Membres de celle-ci.

juridiction plus ou moins large<sup>130</sup> en vertu de textes tels que les conventions générales sur les privilèges et immunités des Nations Unies et des institutions spécialisées de 1946 et 1947, les traités constitutifs des organisations, régionales ou autres, extérieures au système des Nations Unies, et les accords de siège avec le pays hôte, qui ont été basés sur les conventions précitées<sup>131</sup>. En raison de ces immunités, une organisation internationale ne peut, à moins d'y consentir, faire l'objet d'actions judiciaires que le cocontractant intenterait contre elle devant une juridiction nationale. Encore faut-il cependant qu'en contrepartie et pour respecter le principe de légalité<sup>132</sup> et éviter un «vide juridictionnel»<sup>133</sup>, les organisations internationales aient établi ou au moins prévu un système de règlement différent qui soit satisfaisant et permette à une instance impartiale de se prononcer sur tout litige éventuel. Cela est manifestement nécessaire pour éviter des abus. Il s'agit, plus généralement, d'une garantie du «devoir . . . de toute organisation internationale de respecter le Droit et

<sup>130</sup> Voir *Wilfred Jenks*, *International Immunities*, préc.; *J.-F. Lalive*, «L'immunité de juridiction des Etats et des organisations internationales», *Recueil des Cours de l'Académie de droit international*, 1953-III, pp. 291-395. Certaines organisations, comme la BIRD, n'ont pas une immunité générale de juridiction. Ainsi, en vertu de l'article VII (section 3) du Statut de la BIRD, des actions ne peuvent être intentées contre la Banque par des Etats Membres ou des personnes dont les droits dérivent de ceux d'un Membre et ses fonds et propriétés ne peuvent être saisis avant qu'il y ait jugement définitif, mais sous cette réserve les tribunaux compétents dans les pays membres où la Banque a un bureau ou un agent ou a émis ou garanti des valeurs peuvent connaître d'une action. L'importance de cette possibilité d'actions judiciaires est en partie réduite par l'usage de clauses d'arbitrage dans des accords de prêts ou de garantie conclus par la Banque (*Jenks, op. cit.*, p. 45).

<sup>131</sup> Dans le cas de certaines organisations ayant le caractère d'«entreprises» internationales, qui n'ont pas d'immunités de juridiction dans les pays membres, tout en ayant l'immunité d'exécution (comme Eurocontrol et la Banque européenne d'investissement), la question examinée dans cette partie de l'étude ne se pose évidemment pas dans les mêmes termes. Pour le CICR, association établie selon le Code civil suisse, elle ne bénéficie pas d'immunité en Suisse; dans les autres pays, la situation dépendra du droit local ou de l'accord de siège.

<sup>132</sup> Ce principe de légalité a aussi été formulé par l'Institut, dans le cas différent du recours judiciaire à instituer contre les décisions d'organes internationaux, par la Résolution adoptée à la session d'Amsterdam en 1957 et dans laquelle il avait été souhaité «que, pour toute décision particulière d'un organe ou d'une organisation internationale qui met en cause des droits ou des intérêts privés, soit prévue une procédure appropriée pour le règlement, par voie judiciaire ou arbitrale, des différends juridiques qui pourraient naître à l'occasion de cette décision».

<sup>133</sup> Voir *Cahier*, *Etude des Accords de siège conclus entre les organisations internationales et les Etats où elles résident*, Milan, 1959, pp. 241 et s.

de le faire respecter par ses agents et fonctionnaires», pour reprendre le considérant de la résolution précitée de l'Institut. Cette exigence correspond d'ailleurs à des dispositions que contiennent les conventions générales sur les privilèges et immunités des Nations Unies et des institutions spécialisées, ainsi que les accords de siège<sup>134</sup>. Selon ces dispositions, les organisations internationales s'engagent à «prévoir des modes de règlement appropriés pour les différends en matière de contrats»<sup>135</sup> dans lesquels elles seraient parties<sup>136</sup>. La formule est parfois un peu différente, mais le sens général reste le même<sup>137</sup>.

En application de ces dispositions, la plupart des organisations internationales insèrent généralement dans les contrats privés d'une certaine importance des clauses relatives au mode de règlement – en général l'arbitrage – des différends qui en résulteraient. C'est dans cette voie, en effet, et non dans la levée de l'immunité de juridiction, que la plupart des organisations internationales recherchent le «mode de règlement approprié» des différends résultant des contrats qu'elles concluent. Les organisations considèrent en effet, généralement, que la levée de l'immunité est plus appropriée dans le cas des litiges concernant leurs fonctionnaires à titre individuel que dans celui des différends les mettant elles-mêmes en cause. S'il y a une assez grande analogie, à cet égard, entre les attitudes du plus grand nombre des organisations internationales, les méthodes suivies diffèrent dans une certaine mesure et parfois même la différence porte sur les principes de base.

Pour ne citer que les principales différences, si la plupart des organisations internationales prévoient le mode de règlement par des clauses compromissoires insérées dans les principaux de leurs contrats, quelques-unes ne suivent pas cette pratique. Pour celles qui prévoient le recours à un organe arbitral, le type d'organe prévu varie; dans d'autres cas encore, c'est au tribunal administratif de l'organisation considérée qu'on prévoit d'avoir recours. Il est enfin quelques organisations pour lesquelles le recours à des tribunaux nationaux et la levée de l'immunité de juridiction sont loin d'être impensables, sans traiter ici de celles qui ne bénéficient

<sup>134</sup> Voir *Jenks*, *International Immunities*, préc., pp. 41–45; *Cahier*, *op. loc. cit.*

<sup>135</sup> Article VIII, section 29, de la convention sur les privilèges et immunités des Nations Unies, du 13 février 1946 et article IX, section 31, de la convention sur les privilèges et immunités des institutions spécialisées, du 21 novembre 1947.

<sup>136</sup> L'OIT avait, dans un mémorandum, souhaité aller plus loin et parler de règlement de tels différends par un tribunal international approprié.

<sup>137</sup> On a vu que la situation est différente pour la BIRD du point de vue des immunités. Elle l'est aussi, comme on le verra, pour les Communautés européennes.

pas de cette immunité. Dans les pages qui suivent, nous exposerons ces divers points de plus près.

#### B. Le cadre constitutionnel, conventionnel et réglementaire

91. La première question posée aux organisations internationales au sujet du problème considéré visait à savoir si l'acte constitutif ou des règlements internes de l'organisation consultée, ou encore des conventions internationales (accords de siège avec le pays hôte, etc.) contiennent des dispositions sur le mode de règlement et l'organe qui doit connaître des différends issus des contrats que l'organisation a conclus avec des particuliers.

Certaines des organisations ont répondu simplement par la négative (ONUDI, PNUD, FMI, OCDE, Conseil d'assistance économique mutuelle), alors que d'autres se sont référées à plusieurs catégories de textes.

92. Une première catégorie est celle des textes constitutifs des organisations, comme l'article VII (voir p. 65), déjà cité du Statut de la BIRD, ou l'article 7 bis du Statut organique de l'Institut international pour l'unification du droit privé, ou encore les dispositions des Traités des Communautés européennes et des statuts d'organisations ou entreprises européennes qui s'y réfèrent. Il faut y ajouter certains règlements des organisations internationales et des textes tels que les Conditions générales des contrats de la CEE et du CERN.

93. Plusieurs organisations se sont aussi référées aux diverses conventions sur les privilèges et immunités. On a déjà cité (*supra* n° 90) la disposition pertinente des conventions générales concernant les Nations Unies et les institutions spécialisées. En termes semblables, l'accord de 1959 sur les privilèges et immunités de l'AIEA prévoit (article 33) que l'Agence devra prendre des dispositions pour établir des moyens appropriés de règlement des différends résultant des contrats. La formule est parfois plus précise et plus limitative. Ainsi l'Accord général sur les privilèges et immunités du Conseil de l'Europe de 1949 (article 21) prévoit, comme mode de règlement des litiges au sujet de fournitures, travaux ou achats immobiliers, un arbitrage dont les modalités sont déterminées par arrêté du Secrétaire général approuvé par le Comité des ministres. Il faut signaler aussi la formule applicable à l'Agence spatiale européenne car le Protocole sur les privilèges et immunités de cette organisation (article 25)

oblige celle-ci à insérer une clause compromissoire<sup>138</sup> dans tous ses contrats, alors que, pour les accords ou protocoles passés avec des institutions ou établissements publics, c'est une procédure d'arbitrage de droit public qui est prévue.

94. Une troisième catégorie de conventions comprend les accords de siège avec le pays hôte, qui contiennent des dispositions allant dans le même sens que les conventions précitées sur les privilèges et immunités. Par exemple, l'article 23 de l'Accord du 17 mai 1946 entre l'OIT et le Conseil fédéral suisse prévoit que «l'OIT prendra les dispositions appropriées en vue du règlement satisfaisant a) de différends résultant des contrats auxquels l'OIT serait partie et d'autres différends portant sur un point de droit privé . . .». L'OMS a aussi mentionné des accords de siège sur le plan régional, compte tenu des bureaux importants que cette organisation a établis dans diverses régions du monde. L'OACI a cité les termes analogues de son accord de siège de 1951 avec le gouvernement du Canada (article 30), et il en est de même des accords du CERN, d'une part avec la Suisse (article 28) et d'autre part avec la France (article XX)<sup>139</sup>.

Malgré leur similitude, ces dispositions ne sont pas toujours comprises de la même manière par les diverses organisations intéressées. Ainsi, alors que, comme on le verra dans le chapitre suivant, la plupart des organisations insèrent, en exécution de ces dispositions, une clause compromissoire dans les contrats conclus avec des personnes privées – ou du moins dans les plus importants –, l'UNESCO a précisé dans sa réponse que son Accord de siège de 1954 avec la France, dont les termes sont analogues à ceux cités plus haut, a été interprété comme n'obligeant pas l'organisation à inclure une clause compromissoire dans tout contrat auquel elle est partie, mais seulement à prévoir un mode de règlement le moment venu, c'est-à-dire après qu'un différend aura surgi.

<sup>138</sup> Le protocole de 1963 concernait l'Organisation européenne de recherches spatiales (CERS/ESRO) qui continue ses activités sous le nom d'Agence spatiale européenne.

<sup>139</sup> L'OUA a aussi répondu par l'affirmative mais sans préciser les textes dont il s'agit. Quant au CICR, il prépare actuellement un accord de siège type pour ses délégations hors de Suisse, qui prévoirait des immunités pour ses délégués et certains de ses employés et le règlement par le ministère des Affaires étrangères (ou un organe à désigner) des différends résultant des contrats conclus sur place avec des personnes privées. L'accord de siège avec Chypre de 1975 contient des dispositions prévoyant que le CICR prendra des dispositions en vue du règlement approprié de différends résultant de contrats.

Un type différent de dispositions dans les accords de siège est celui que contient l'accord de l'AIEA de 1957 avec l'Autriche et qui dispose que les tribunaux et autres organes autrichiens seront compétents pour les actes et transactions qui ont lieu au siège de l'organisation. Cette disposition, qui a été discutée en doctrine<sup>140</sup>, doit être considérée compte tenu du fait que l'accord de siège reconnaît les pouvoirs que l'AIEA tient de l'Accord sur les privilèges et immunités qui lui est applicable et qui prévoit que l'Agence devra prendre des dispositions pour le règlement des différends résultant de contrats. L'Agence peut donc prévoir dans ses contrats le choix d'un organe arbitral qui serait saisi des différends. On verra du reste (*infra* nos 111 et 122) que l'AIEA insère dans ses contrats des clauses d'arbitrage.

95. Enfin, dans le cas de l'OIT, dont le Tribunal administratif peut connaître des différends résultant de contrats conclus par l'Organisation avec des personnes privées, cette possibilité découle de dispositions expresses insérées dans les textes régissant le fonctionnement du tribunal. L'OIT a ainsi indiqué que, sur la base de l'accord de siège avec la Suisse et de la convention précitée sur les privilèges et immunités des institutions spécialisées, la Conférence internationale du Travail a ajouté au texte du Statut du Tribunal administratif un nouveau paragraphe à l'Article II, ainsi libellé: «Article II. 4. Le tribunal est compétent pour connaître des différends issus de contrats auxquels l'OIT est partie et qui lui attribuent compétence en cas de différend au sujet de leur exécution.» Des cas semblables sont ceux de l'Institut international pour l'unification du droit privé et de l'OUA, alors qu'au contraire l'OEA a signalé que son propre tribunal administratif, établi en 1973, n'a à connaître que des différends entre le personnel et le Secrétariat, mais qu'il n'existe pas de mécanisme au sein de l'organisation chargé de régler les différends résultant de contrats avec des personnes privées.

### C. Les termes des contrats

96. Dans notre exposé préliminaire, nous étions partis de l'idée que, compte tenu des considérations rappelées ci-dessus (n° 90) à propos des principales données du problème, il serait très souhaitable que le mode de règlement des différends résultant des contrats considérés fasse généralement l'objet d'une clause compromissoire expresse dans les contrats eux-

<sup>140</sup> Voir *Cahier*, *op. cit.*, pp. 232-233.

mêmes. Cette question sera maintenant examinée de plus près, d'abord en ce qui concerne l'insertion même de clauses expresses dans les contrats, et ensuite du point de vue de la nature des procédures et des organes ainsi prévus.

### *1. L'insertion de clauses compromissaires*

97. Sur l'insertion même de clauses compromissaires dans les contrats, la question suivante a été posée en premier lieu aux membres de la Commission: «Les organisations internationales devraient-elles, dans la mesure où ce n'est pas encore une pratique courante pour certaines d'entre elles ou pour certains de leurs contrats, insérer en règle générale dans ceux-ci une clause au sujet du règlement des différends relatifs à ces contrats?» C'est dans le sens de l'affirmative que se sont prononcés la plupart des membres de la Commission qui ont répondu au questionnaire, c'est-à-dire Mme Bastid, MM. van Hecke, Loussouarn, Reuter, Rigaux, Salmon et Wortley, ainsi que M. Seidl-Hohenveldern. Mme Bastid a notamment rappelé que l'Institut s'est déjà prononcé sur ce point et elle a précisé sa position en écrivant que l'existence d'une clause sur le règlement des différends est nécessaire à moins que l'organisation ne s'engage à renoncer à l'immunité de juridiction. MM. van Hecke et Loussouarn ont nettement signalé que l'insertion d'une clause relative au règlement des différends est indispensable lorsqu'il y a immunité de juridiction et que son absence risquerait de faire échec à toute solution d'un éventuel litige. Quant à M. Mann, s'il a exprimé des hésitations quant au point de savoir si cette question ne dépasse pas le champ de notre enquête, il serait aussi en faveur de dispositions expresses.

98. Afin d'établir plus précisément la pratique actuellement suivie par les organisations internationales, le questionnaire adressé à celles-ci contenait une question à l'effet de savoir si les contrats que ces organisations concluent avec les personnes privées contiennent généralement (ou parfois, et alors dans quels cas) une clause désignant l'organe qui serait appelé à connaître des différends éventuels relatifs à ces contrats.

99. La plupart des organisations ont répondu par une affirmation plus ou moins absolue. «Toujours» ou «oui» a été la réponse du PNUD, de la BIRD (pour ses propres contrats et ceux de l'Association internationale de développement avec les personnes auxquelles elles consentent des crédits), de la Banque asiatique de développement, de l'OACI, de l'OCDE, des Communautés européennes, du CERN, de l'Agence spatiale européenne et de l'OUA.

D'autres organisations ont indiqué que les contrats qu'elles concluent contiennent «généralement» ou «la plupart du temps» une clause relative au mode de règlement d'un différend éventuel: c'est le cas des Nations Unies, de l'ONUDI, de l'OIT, de la FAO (presque toujours), du PAM<sup>141</sup>, de l'OMS, de la BEI, le mode de règlement et l'organe prévu n'étant du reste pas nécessairement les mêmes pour tous les contrats d'une même organisation, comme on le verra à propos des Nations Unies, de l'OIT, de l'OMS, de l'OCDE, etc.

100. Quelquefois, la pratique d'insérer de telles clauses est moins fréquente. Ainsi, dans le cas de l'UNESCO, une clause d'arbitrage n'est insérée que dans certains types de contrats<sup>142</sup>, alors que les autres contrats – d'honoraires, de prestations de services, d'auteur – n'en contiennent généralement pas, à moins que le cocontractant n'insiste pour leur insertion. Les contrats conclus par l'OMPI ne contiennent aussi qu'occasionnellement une clause indiquant l'organe qui serait saisi des litiges. De son côté, l'AIEA ne mentionne que les contrats de recherche comme prévoyant le règlement des litiges par voie d'arbitrage. A l'OEA enfin, il est exceptionnel qu'une clause compromissoire soit insérée dans les contrats conclus avec des personnes privées.

101. Cela nous amène à quelques organisations qui ont répondu par la négative à la question posée. L'une est le FMI qui a ajouté que, dans deux contrats de construction, il a levé son immunité à l'égard d'une action judiciaire qui aurait pu être intentée par l'entrepreneur par-devant la *District Court* pour le district de Columbia où le Fonds est considéré comme ayant son siège<sup>143</sup>. Le FMI a ajouté que quelques contrats de

<sup>141</sup> Les contrats du PAM pour l'achat de vivres et d'autres produits ne désignent pas toujours l'organe auquel les différends doivent être soumis, mais ils le font souvent lorsque le cocontractant est une société appartenant à une association commerciale déterminée.

<sup>142</sup> Il en est ainsi pour les contrats d'engagement du personnel contractuel (régis par un contrat, un règlement d'établissement et subsidiairement par le droit français); il s'agit de gardiens, de personnel du restaurant et des bars et du magasin de vente. Une telle clause est aussi insérée dans les contrats de consultants et de sur-numéraires, soit de personnes au service de l'organisation mais qui ne sont pas des membres du personnel au sens du Statut et Règlement du Personnel. Une clause un peu différente et plus détaillée est aussi insérée dans les contrats conclus avec les entrepreneurs pour la construction du siège.

<sup>143</sup> La loi des Etats-Unis de 1945 sur les Accords de Bretton Woods (59. Stat. 512 à 516) prévoit que, pour ce qui est de toute action intentée par le Fonds ou contre lui, le Fonds sera considéré comme ayant sa résidence dans le district de Columbia, l'action sera considérée comme fondée sur la loi des Etats-Unis et la

construction ont donné lieu à arbitrage conformément au règlement de l'*American Arbitration Association*. Quant au Conseil de l'Europe, les contrats qu'il conclut avec des personnes privées ne contiennent pas de clauses désignant expressément l'organe qui connaîtrait des différends. Les contrats des agents temporaires et assimilés contiennent cependant une référence à la procédure applicable<sup>144</sup>.

Pour sa part, le Conseil d'assistance économique mutuelle (COMECON) a déclaré que les contrats privés qu'il conclut ne prévoient pas de procédure de règlement des litiges qui en découleraient.

## 2. Les procédures et les organes prévus

102. Si les contrats conclus par les organisations internationales contiennent souvent des clauses sur le règlement des différends, il reste encore à examiner la nature des procédures et des organes ainsi prévus.

A la suite de l'exposé préliminaire, il fut demandé aux membres de la Commission si, à leur avis, les clauses insérées dans les contrats au sujet du mode de règlement des différends devraient prévoir que ce règlement serait confié à un organe de caractère juridictionnel ou bien arbitral et si cet organe devrait avoir un caractère international.

A ce stade initial, la question était sans doute prématurée. Aussi les membres de la Commission n'ont-ils pas, pour la plupart, estimé pouvoir émettre alors d'opinion précise et encore moins formuler un principe général. M. *van Hecke* a même estimé que l'on devait faire preuve, quant au contenu de la clause, de la même réserve que celle qu'il a préconisée en réponse à la question relative à la loi applicable (voir *supra* n° 48). Un point de vue voisin a été exprimé par M. *Salmon*, qui a estimé que l'on devait s'abstenir de donner des directives, mais qu'il serait possible de faire une liste d'exemples de solutions possibles. M. *Loussouarn*, quant à lui, a exprimé sa préférence pour une juridiction arbitrale présentant un caractère international.

Pour sa part, Mme *Bastid* a indiqué que l'expérience des organisations internationales mériterait d'être considérée avec soin et qu'on peut prévoir la création d'un mécanisme *ad hoc* ou utiliser un système établi à «District Court» des Etats-Unis sera compétente (le Fonds pouvant faire transférer auprès de la «District Court» toute action intentée contre lui devant un tribunal d'un Etat particulier des Etats-Unis).

<sup>144</sup> Il s'agit de l'article 25 du Statut des Agents concernant les voies de recours, qui prévoit l'intervention d'un Comité consultatif du Contentieux composé d'agents du secrétariat, puis d'une Commission de recours, instituée par le Comité des Ministres en dehors du personnel de l'organisation.

d'autres fins. Il faut examiner, a-t-elle précisé, quel procédé a fonctionné dans de meilleures conditions et elle a ajouté que les procédés utilisés dans le commerce international ont sans doute leur place. M. *Mann* considère comme impossible d'établir des règles générales quant à la nature des organes en question. Quant à M. *Reuter*, tout en donnant une réponse affirmative à cette question, il a jugé impossible de recommander d'une manière générale le recours à un organe international car les difficultés propres à l'exécution de la sentence peuvent parfois conduire à déconseiller cette solution. M. *Rigaux* a estimé tout d'abord que la question du caractère juridictionnel ou arbitral de l'organe dépend de l'existence d'un organe juridictionnel compétent pour résoudre les litiges. La question relative au caractère international de l'organe lui a paru équivoque dans la mesure où le «caractère international» de l'organe pourrait se référer à un arbitrage du droit des gens au sens strict. M. *Wortley* a répondu à l'ensemble de cette question d'une manière affirmative. Enfin M. *Seidl-Hohenveldern* a indiqué qu'en principe une décision arbitrale suffirait, mais que dans les cas assez fréquents où une organisation possède déjà un tribunal pour résoudre d'autres questions, celui-ci pourrait être chargé de connaître des litiges résultant des contrats. Il a été d'avis que l'organe devrait avoir en principe un caractère international, mais qu'il est parfois possible, pour des contrats de moindre importance, de recourir tant à une loi étatique qu'à des tribunaux nationaux.

103. La question a été ensuite posée aux organisations internationales qui avaient répondu par l'affirmative – en tout ou en partie – à la question (ci-dessus nos 98 et s.) relative à l'insertion dans leurs contrats de clauses désignant l'organe qui aurait à connaître des différends éventuels. Il leur avait été plus précisément demandé à quel type d'organe cette compétence de connaître desdits différends était attribuée: organe arbitral international ou national, tribunal administratif international ou tribunal national? Les organisations avaient été priées de donner des exemples de telles clauses. Que ce soit au titre de cette question ou de la précédente, les organisations ont été nombreuses à répondre avec précision.

On peut résumer les informations fournies en disant que, dans l'ensemble, les clauses en question prévoient le recours à des organes internationaux, de caractère arbitral dans la plupart des cas, ou, dans quelques cas, à des juridictions administratives internationales, et que les organes arbitraux prévus sont composés, soit conformément aux règles d'une institution permanente d'arbitrage, généralement la Chambre de commerce

internationale, soit sur une base *ad hoc*, en suivant les règles classiques en la matière. Dans le cas de certaines organisations ou entreprises, notamment européennes, les litiges sont soumis à des juridictions nationales. Des indications plus précises sont données dans les paragraphes qui suivent. Il est du reste fréquent que des organisations (Nations Unies, OIT, Communautés européennes) aient recours, selon les cas, à plus d'une de ces formules, compte tenu de la préférence des parties, des exigences du contrat ou du coût éventuel de la procédure.

a) Le choix d'une institution permanente ou de méthodes pré-établies d'arbitrage

104. Un certain nombre d'organisations internationales insèrent plus ou moins systématiquement dans les contrats conclus avec des personnes privées une clause prévoyant que les différends qui ne peuvent être résolus par voie de négociation seront soumis à un arbitrage conformément aux règles d'une institution permanente d'arbitrage, qui est le plus souvent la Chambre de commerce internationale<sup>145</sup>. C'est une des diverses formules utilisées par les Nations Unies (les autres étant le recours aux règles de l'*American Arbitration Association* lorsque les parties résident aux Etats-Unis, de l'*Interamerican Arbitration Association* pour des contrats avec des fournisseurs d'Amérique latine, ou l'arbitrage *ad hoc*). C'est aussi la pratique habituelle du PNUD, de l'ONUDI, de la FAO<sup>146</sup>, de l'OACI, de la Banque asiatique de développement (pour les contrats conclus avec des consultants) et de l'OMS, dont les contrats prévoient en général que les différends seront soumis à arbitrage ou à conciliation suivie d'arbitrage et qui distingue entre les contrats importants, pour lesquels la tendance est de recourir à l'arbitrage selon le règlement de la Chambre de commerce internationale, et les autres contrats, pour lesquels l'arbitrage doit avoir lieu aux termes d'arrangements *ad hoc*. L'Agence spatiale européenne indique aussi que les organes d'arbitrage généralement désignés dans les contrats privés qu'elle conclut sont, soit la Chambre de commerce inter-

<sup>145</sup> La clause employée est généralement la suivante: «Any dispute arising out of the interpretation or application of the terms of the contract shall, unless settled by direct negotiation, be referred to arbitration in accordance with rules then obtaining of the International Chamber of Commerce. Both parties agree to be bound by any arbitration award rendered under this clause as the final adjudication of the dispute.»

<sup>146</sup> Pour le PAM, c'est aussi une des formules d'arbitrage prévues, sous le titre de «U. N. Disputes and Arbitration Clause», et utilisée pour les contrats d'assurance.

nationale, soit une commission d'arbitrage *ad hoc*. L'OCDE, qui distingue selon les pays qui ont ou n'ont pas ratifié la convention de New York de 1958 sur la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères, prévoit, dans le second cas, le recours soit à un organe arbitral national comme l'*American Arbitration Association*, soit à un organe arbitral constitué selon le Règlement de conciliation et d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale.

Pour ce qui est du FMI, plusieurs de ses contrats ont aussi prévu l'arbitrage selon les règles de l'*American Arbitration Association*.

Enfin l'OEA, dans les cas exceptionnels où les contrats qu'elle a conclus contenaient une clause d'arbitrage, a prévu le recours aux règles de la Commission interaméricaine d'arbitrage commercial.

Il est enfin des cas où les clauses compromissoires se réfèrent à un arbitrage par un organe ou selon des règles établies par des associations commerciales dont relève le cocontractant. Le PAM se réfère ainsi à des contrats prévoyant l'arbitrage par le Bureau d'expertises et d'arbitrages de l'Association des commerçants ou exportateurs en produits du Maroc, ou selon la clause type utilisée par la London Corn Trade Association. Pour les contrats d'affrètement, la clause type utilisée<sup>147</sup> prévoit, en cas de désaccord sur un arbitre unique, la désignation de deux arbitres exerçant à Londres la profession maritime ou le commerce des céréales et membres du «Baltic Exchange» et qui pourraient désigner un surarbitre.

105. Il faut signaler ici la consultation que l'OMS a obtenue de juristes de l'extérieur en 1970 au sujet des contrats qu'elle conclut avec des sociétés privées. Dans cette consultation, dont l'OMS a bien voulu nous communiquer les passages pertinents, les juristes consultés ont considéré que la référence au règlement de la Chambre de commerce internationale comportait divers inconvénients. Il faut préciser à ce sujet que le raisonnement des consultants était fondé sur le règlement en vigueur à cette date et que le texte actuel (applicable à partir du 1er juin 1975) a modifié certaines des règles mentionnées par les consultants. Ceux-ci ont en particulier relevé qu'à moins d'accord entre les parties, le nombre et la personnalité des arbitres sont déterminés par la Cour d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale, et que leur désignation est confiée par celle-ci à un comité national (sans doute le comité national suisse pour une organisation ayant son siège à Genève, estiment les consultants), ce qui créerait une incertitude indésirable. Ils ont aussi estimé difficile

<sup>147</sup> Il s'agit de la clause du type «Centrocon» utilisée par les contrats d'affrètement pour le transport de céréales ou riz en sacs ou en vrac.

d'appliquer dans le cas des organisations internationales la règle d'après laquelle l'arbitre doit être pris dans un pays autre que ceux des parties (cette règle a été assouplie depuis). Les consultants ont également été d'avis que la procédure prévue dans le système de la Chambre de commerce internationale n'est pas approprié pour les différends résultant des contrats conclus par les organisations internationales, qu'elle peut entraîner une perte de temps et d'efforts, alors que, par ailleurs, le délai de trente jours prévu pour la réponse à la demande serait trop court. Les consultants ont en outre considéré comme un élément d'incertitude la disposition sur les règles applicables à la procédure (qui pouvaient être celles de la procédure du pays où se déroule l'arbitrage), mais là encore il s'agit d'une disposition qui a été modifiée et assouplie depuis. D'autres éléments d'incertitude, selon les consultants, sont les dispositions sur l'instruction de la cause (en particulier pour ce qui est de la nomination d'experts). Les réserves des consultants ont aussi porté sur la nécessité de soumettre le projet de sentence à l'examen préalable de la Cour d'arbitrage et sur le fait que le règlement n'exige pas que la sentence soit motivée.

106. D'un point de vue différent, les consultants ont exprimé leur préoccupation quant aux conséquences qu'un tel type d'arbitrage pourrait avoir du point de vue de la loi applicable au règlement du différend. Considérant que l'OMS veut éviter la méthode consistant à «couper la poire en deux», qui est souvent suivie dans les décisions en équité, mais n'est pas le propre des règlements juridiques, ils ont été d'avis qu'en l'absence d'une clause contractuelle sur la loi applicable, il y a un risque que l'arbitre de la Chambre de commerce internationale s'estime autorisé à statuer en équité ou en amiable compositeur. Ils ont considéré notamment que la loi étatique que les arbitres pourraient choisir pour régir la procédure déterminera aussi s'ils auront la faculté de statuer en équité ou en amiables compositeurs, ce qui, précisent-ils, est autorisé par la plupart des systèmes européens et entraînerait une incertitude fâcheuse et de longues et coûteuses contestations. Au sujet de cette objection, on peut observer que le règlement sur l'arbitrage de la Chambre de commerce internationale prévoit (article 11) que les règles applicables à la procédure sont en premier lieu celles qui résultent du règlement lui-même et, dans le silence de celui-ci, celles que les parties ou à défaut l'arbitre déterminent en se référant ou non à une loi interne de procédure applicable à l'arbitrage. Or le règlement prévoit aussi (article 13, paragraphe 3) que les parties sont libres de déterminer le droit que l'arbitre devra appliquer au fond du litige et qu'à défaut d'indication par les parties, l'arbitre appliquera la loi

désignée par la règle de conflit qu'il jugera appropriée en l'espèce. Il est en outre bien précisé (article 13, paragraphe 4) que l'arbitre reçoit les pouvoirs d'amiable compositeur si les parties sont d'accord pour lui donner ces pouvoirs. Il en ressort qu'à moins d'accord exprès des parties les arbitres doivent, aux termes du règlement, statuer en droit et qu'ils ne peuvent se prononcer en amiables compositeurs en cas de silence des parties. C'est du reste la doctrine consacrée<sup>148</sup>.

107. Pour leur part, les consultants ont suggéré que, pour les raisons résumées ci-dessus, l'OMS abandonne la formule de l'arbitrage dans le cadre de la Chambre de commerce internationale et qu'en outre, comme on l'a dit (*supra* n° 64 *in fine*), elle prévoie dans ses contrats la «*proper law*» que devrait appliquer l'arbitre.

Pour ce qui est de l'arbitrage, les consultants ont préconisé la formule classique, c'est-à-dire une clause prévoyant que les différends seront portés devant un tribunal arbitral composé de trois arbitres, chaque partie désignant l'un et le troisième étant nommé par accord entre les parties. En cas de désaccord sur ce dernier ou de défaut, par une partie, de désigner son arbitre, ce serait une personnalité, par exemple le président du Tribunal fédéral suisse, qui désignerait les arbitres non nommés.

108. Quant au lieu de l'arbitrage, il devrait, selon les consultants, être également prévu dans le contrat, et il serait pratique que ce soit Genève où est situé la majeure partie du personnel de l'organisation. Les consultants ont ajouté qu'étant donné l'importance du choix de la «*proper law*», il serait aussi plus pratique que le tribunal arbitral applique la loi matérielle aussi bien que la loi de procédure du lieu où il siège. Un autre avantage du choix de Genève serait d'éviter les difficultés qui, dans certains pays comme l'Angleterre, pourraient provenir de la loi nationale en matière d'arbitrage. Ils se réfèrent en particulier à la possibilité que certaines lois donnent aux arbitres de saisir les tribunaux judiciaires d'un point de droit, ce qui soulèverait des problèmes en raison de l'immunité de juridiction des organisations internationales.

Une variante proposée par les consultants serait que, dans le cas de sous-contrats conclus avec des sociétés privées pour l'exécution de programmes confiés à l'OMS, la personnalité qui désignerait les arbitres manquants soit le président de la cour suprême du pays du sous-contratant et que ce pays soit aussi le lieu de l'arbitrage. L'avantage d'une telle formule serait, à leur avis, que la sentence ne serait pas «étrangère» pour

<sup>148</sup> Voir *infra* n° 114.

le pays où le souscontractant possède probablement des biens et où la sentence pourrait être exécutée.

109. Mentionnons aussi les deux dernières recommandations des consultants: le contrat devrait préciser les conditions éventuelles dans lesquelles l'arbitre pourrait agir en amiable compositeur (par exemple lorsque le différend porte sur la révision du contrat plutôt que sur son interprétation). Enfin le contrat pourrait comporter une clause prévoyant la conciliation, qui s'exercerait sans préjudice de la position juridique des parties et serait facultative et préliminaire à l'arbitrage.

110. Dans un sens différent, la FAO (voir *infra* n° 122) estime que lorsqu'une solution ne peut être atteinte à l'amiable, il vaut mieux renvoyer le différend aussitôt à la Chambre de commerce internationale – ainsi que le prévoient les contrats conclus par cette organisation – plutôt que d'essayer de mettre sur pied un autre mode de règlement qu'accepterait aussi l'autre partie (à moins que le différend ne porte sur un point facile à déterminer). La remarque de la FAO concerne, il est vrai, des cas où les contrats prévoient expressément l'arbitrage selon les règles de la Chambre de commerce internationale, mais non la mise sur pied d'un organe arbitral *ad hoc*, qui sera maintenant examiné. Les difficultés rencontrées tenaient donc à des formules d'arbitrage *ad hoc* organisé sur la base d'un compromis après qu'un différend fût survenu.

b) La mise en place d'un tribunal arbitral *ad hoc*

111. Plusieurs organisations internationales insèrent dans leurs contrats des clauses prévoyant, en cas de différend, la mise en place d'un tribunal arbitral *ad hoc* selon les méthodes habituelles. C'est, comme on l'a vu, une des trois formules des Nations Unies: elle prévoit l'arbitrage par un arbitre unique accepté par les deux parties; en cas de désaccord l'organe arbitral serait composé de trois personnes, chaque partie en désignant une, et ces deux arbitres s'entendant pour nommer un troisième; à défaut d'accord sur celui-ci, il serait désigné par le Tribunal administratif des Nations Unies. Ce type de formule se retrouve dans ceux des contrats de l'UNESCO où, exceptionnellement, une clause d'arbitrage est insérée<sup>149</sup>. L'OCDE, dont il a déjà été question (*supra* n° 104) a aussi

<sup>149</sup> La formule de l'UNESCO a généralement la teneur suivante: «Toute contestation relative à l'exécution ou à l'interprétation du présent contrat sera, à défaut d'entente amiable, soumise à un arbitre choisi d'un commun accord par l'UNESCO et le contractant. A défaut d'accord sur le choix de cet arbitre, la contestation sera soumise à un tribunal arbitral composé de trois arbitres dont deux seront désignés par les parties, à raison d'un par chacune d'elles, et le troisième sera choisi d'un

recours, dans le cas des pays qui ont ratifié la convention de New York de 1958 sur la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères, à des clauses d'arbitrage de ce type<sup>150</sup>, et à une formule spéciale d'arbitre unique pour les contrats conclus avec des personnes publiques<sup>151</sup>.

Il est aussi fréquent que la clause d'arbitrage ne prévoie pas d'arbitre unique, mais la formule du tribunal arbitral de trois membres. C'est le cas des contrats de recherche de l'AIEA, ainsi que des systèmes d'arbitrage envisagés par les Conditions générales applicables aux accords de prêt et de garantie de la BIRD<sup>152</sup>, de même que par les Conditions générales

commun accord par les deux arbitres que les parties auront désignés. A défaut d'accord sur le choix du tiers arbitre, la désignation sera faite par le premier président de la Cour d'appel de Paris sur simple requête à lui présentée par la partie la plus diligente. A défaut de désignation, par une partie, de l'arbitre qu'il lui appartient de choisir, celui-ci sera désigné suivant la même procédure. Le Tribunal arbitral statuera à la majorité. L'arbitre ou le tribunal arbitral statuera sur les frais d'arbitrage. L'arbitre ou le tribunal arbitral devant statuer en dernier ressort, les parties renoncent à tout recours.»

<sup>150</sup> La formule utilisée est la suivante: «En cas de contestation sur l'interprétation des clauses ou l'exécution du présent marché et si aucun accord amiable n'a pu être réalisé, les deux parties sont convenues de se soumettre à la décision souveraine, prise en dernier ressort, d'un arbitre choisi d'un commun accord. Si cette désignation d'un commun accord s'avère impossible, les parties sont convenues de se soumettre à la décision souveraine d'un collège de trois arbitres formé d'un arbitre désigné par chaque partie et présidé par un surarbitre désigné par le premier président de la Cour d'appel de Paris.»

<sup>151</sup> «Tout litige né du présent accord ou s'y rapportant, que les parties ne sont pas parvenues à régler à l'amiable, sera tranché définitivement par voie d'arbitrage devant un arbitre unique choisi d'un commun accord. Si dans un délai de quarante-cinq jours à partir de la proposition d'une des parties à l'autre que le litige soit réglé par voie d'arbitrage, les parties ne peuvent se mettre d'accord sur le choix de l'arbitre unique, celui-ci sera désigné à la demande d'une d'entre elles par le président de la Cour internationale de Justice qui fixera le lieu de l'arbitrage.»

<sup>152</sup> L'article 10.04 de ces conditions générales, qui porte sur l'arbitrage, contient les dispositions suivantes: «(a) Any controversy between the parties to the Loan Agreement or the parties to the Guarantee Agreement, and any claim by any such party against any other such party arising under the Loan Agreement or the Guarantee Agreement which shall not be settled by agreement of the parties shall be submitted to arbitration by an Arbitral Tribunal as hereinafter provided. (b) The parties to such arbitration shall be the Bank on the one side and the Borrower and the Guarantor on the other side. (c) The Arbitral Tribunal shall consist of three arbitrators appointed as follows: one arbitrator shall be appointed by the Bank; a second arbitrator shall be appointed by the Borrower and the Guarantor or, if they shall not agree, by the Guarantor; and the third arbitrator (hereinafter sometimes

applicables aux accords de crédit pour le développement de l'Association internationale de développement et par les contrats correspondants de la Banque asiatique de développement (alors que les contrats commerciaux prévoient tantôt l'arbitrage, tantôt le recours à des tribunaux nationaux et tantôt enfin ne contiennent aucune disposition en la matière). L'OIT insère également une clause prévoyant l'établissement d'un organe arbitral de trois membres dans les contrats pour lesquels le cocontractant n'accepte pas la compétence du Tribunal administratif de l'Organisation (*infra* n° 117). Les conditions générales des contrats du CERN (de 1975) prévoient aussi en détail (article 33) la constitution et le fonctionnement d'un tribunal arbitral de trois membres<sup>153</sup>. Pour l'OMPI, le recours à un organe arbitral de trois membres selon la formule classique constitue un des deux modes de règlement prévus dans les contrats. Il l'a été notamment dans les contrats de publications et dans ceux relatifs à la construction et à l'équipement du nouveau bâtiment de l'organisation. (L'autre mode de règlement prévu est le recours à des tribunaux nationaux.) Enfin les Communautés européennes ont indiqué (voir *infra* n° 118) que dans certains cas, en fonction de l'objet du contrat, la compétence pour connaître des différends résultant de contrats est attribuée à un organe arbitral international sans toutefois exclure une procédure judiciaire ultérieure, et qu'en matière d'assurance un arbitrage privé est parfois prévu<sup>154</sup>.

Il arrive parfois (quelques contrats du PAM) que la clause soit très brève et prévoie simplement l'arbitrage à Londres ou au siège de l'association commerciale.

called the Umpire) shall be appointed by agreement of the parties, or if they shall not agree, by the President of the International Court of Justice or, failing appointment by him, by the Secretary-General of the United Nations. If either side shall fail to appoint an arbitrator, such arbitrator shall be appointed by the Umpire. In case any arbitrator appointed in accordance with this Section shall resign, die or become unable to act, a successor arbitrator shall be appointed in the same manner as herein prescribed for the appointment of the original arbitrator and such successor shall have all the powers and duties of such original arbitrator. . . » Les autres dispositions concernent le fonctionnement de la procédure d'arbitrage.

<sup>153</sup> En cas de désaccord des parties sur la personne du surarbitre, la désignation sera faite par le président du Tribunal administratif de l'OIT.

<sup>154</sup> De même le Cahier général des charges des marchés publics de travaux et de fournitures financés par le Fonds européen de développement, arrêté par règlement (CEE) n° 282/72 du Conseil des Communautés européennes, prévoit que tout différend est résolu par voie d'arbitrage conformément au règlement d'arbitrage arrêté par le Conseil d'association, mais les recours administratifs prévus par la législation nationale doivent être épuisés au préalable.

112. Le recours à des clauses d'arbitrage pose diverses questions, dont certaines ont déjà été évoquées plus haut, et qui rejoignent pour la plupart les problèmes habituels de l'arbitrage international<sup>155</sup>.

Une de ces questions concerne le désaccord éventuel des parties sur le choix de l'arbitre unique ou du surarbitre<sup>156</sup> ou la carence d'une des parties de désigner son arbitre dans un délai donné. La plupart des clauses d'arbitrage prévoient l'intervention, dans de tels cas, d'une tierce personne de niveau élevé: Président de la Cour internationale de Justice, Secrétaire général des Nations Unies, président du Tribunal administratif des Nations Unies, du Tribunal administratif de l'OIT, du Tribunal fédéral suisse, de la Cour de Justice de Genève, premier président de la Cour d'appel de Paris, etc.

Une autre question est celle du nombre des arbitres: comme on l'a vu, il est des cas où la clause d'arbitrage prévoit un, ou, en cas de désaccord, trois arbitres, d'autres où la formule des trois arbitres est la seule prévue, d'autres encore où il est question, sans ordre de priorité, d'un ou plusieurs arbitres dans le cadre du règlement de la Chambre de commerce internationale (OMS, OACI). Il va de soi que la formule la plus souple est celle qui permet, selon les cas et notamment l'importance ou l'urgence de l'affaire et le degré d'accord des parties, de choisir entre l'arbitre unique et le collège arbitral de trois membres.

113. On a aussi constaté plus haut que la question du lieu de l'arbitrage a été parfois posée (par exemple dans la consultation juridique mentionnée par l'OMS, *supra* n° 108). Les Nations Unies ont indiqué à cet égard que la position de leur Bureau des affaires juridiques avait été, en 1964, que la désignation dans les contrats de New York comme lieu de l'arbitrage aurait des avantages pratiques, mais pourrait dissuader des tiers de faire des offres de contracter, ce qui est à éviter. Aussi a-t-il été estimé qu'une clause standard en ce sens ne serait pas entièrement souhaitable. Néanmoins, les Nations Unies considèrent que, lorsqu'un différend sérieux est prévisible, il serait bon de prévoir dans le contrat le lieu de l'arbitrage. La clause qu'elles s'efforcent dans de tels cas de faire accepter se réfère à New York, à moins qu'il n'en soit autrement convenu. Quant aux contrats de l'OMS, ils prévoient Genève ou New York.

114. Une question plus générale est celle de la fonction et des pou-

<sup>155</sup> Voir *Fouchard, op. cit.*, p. 250.

<sup>156</sup> Pour plusieurs de ces problèmes on pourra se référer, *mutatis mutandis*, à la résolution sur l'arbitrage en droit international privé adoptée par l'Institut en 1957.

voirs de l'arbitre, qui a été soulevée dans la réponse de l'OMS et la consultation juridique qui y est mentionnée (*supra* n° 106). On sait bien qu'en règle générale l'arbitrage, qu'il soit de droit international public ou privé, est un mode juridictionnel de règlement d'un différend d'ordre juridique, et que l'arbitre doit statuer en droit<sup>157</sup> tout aussi bien que le juge. Il est vrai que, dans certains cas et pour certains types de différends, il est préférable que l'arbitre soit chargé de se prononcer en équité et d'intervenir comme amiable compositeur<sup>158</sup>. Cela se produit fréquemment mais il faut pour cela que les parties le prévoient en termes exprès dans la convention d'arbitrage, qu'il s'agisse de la clause compromissoire ou du compromis.

115. Il faut enfin mentionner la question que pose – en principe, du moins – tout arbitrage international, celle de l'exécution de la sentence. M. Reuter a même précisé, dans sa réponse à l'exposé préliminaire, qu'il estime «impossible de recommander d'une manière générale le recours à un organe international car les difficultés propres à l'exécution de la sentence peuvent parfois conduire à déconseiller cette solution». Il est exact qu'une des caractéristiques de l'arbitrage international de droit international public est le caractère non exécutoire de la sentence<sup>159</sup>. Mais ici la situation se rapproche plutôt de l'arbitrage en droit commercial international et l'exécution de la sentence pourrait sans doute être recherchée par les organisations internationales même dans le cadre étatique et par-devant des juridictions nationales, compte tenu notamment des conventions de Genève de 1927 et de New York de 1958 sur la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères. En fait la question se présentera rarement. On a en effet constaté, dans le domaine du droit commercial international, que la très grande majorité des sentences arbitrales sont exécutées spontanément par les parties et que l'inexécution est

<sup>157</sup> Ainsi l'article 37 de la convention de La Haye de 1907 définit l'arbitrage international comme le règlement des litiges entre Etats par des juges de leur choix et sur la base du respect du droit.

<sup>158</sup> Voir Fouchard, *op. cit.*, pp. 404–406; Rousseau, *Droit international public*, Paris, 1953, pp. 497–498. Tout en faisant ici cette distinction classique, nous n'ignorons pas qu'en réalité la distinction entre arbitre et amiable compositeur n'est pas toujours aussi nette, qu'il s'agisse de la question soumise à arbitrage ou des conceptions, qui varient selon les pays. Voir par exemple René David, «Arbitrage et droit comparé», *Revue internationale de droit comparé*, 1959, n° 1, pp. 5–18.

<sup>159</sup> Voir Edvard Hambro, *L'exécution des sentences internationales*, thèse, Genève, 1936.

l'exception<sup>160</sup>. La raison semble en être que le commerçant ne tient pas à perdre sa réputation, ce qui nuirait à ses affaires, sans compter certaines sanctions corporatives de la profession. Par ailleurs, il est impensable que les organisations internationales, qui sont des administrations publiques internationales, se déroberaient à l'exécution d'une sentence arbitrale qui les concerne.

116. A travers les questions qui viennent d'être mentionnées, on peut parfois s'interroger sur la nature plus précise de l'arbitrage international entre organisations internationales et personnes privées. La question n'est pas d'un intérêt purement académique. En effet, si les principes généraux de l'arbitrage international sont communs, certains aspects, pratiques aussi bien que théoriques, en diffèrent selon que l'arbitrage est de droit international public ou privé, ne serait-ce que du point de vue de la publicité de la sentence et des possibilités d'exécution forcée. Il n'est pas possible, dans le cas présent, de donner une réponse nette car on a affaire à une combinaison des traits des deux espèces d'arbitrage.

Il n'est pas douteux que l'arbitrage d'un différend entre une organisation internationale et une personne privée présente certains aspects de droit international public, du fait de la nature des organisations internationales qui y sont parties, de leur mission, des traités de droit international public dont elles tirent leur existence et leurs pouvoirs<sup>161</sup>, des immunités dont elles bénéficient généralement et qui peuvent entre autres affecter, du moins en théorie, l'exécution de la sentence par l'organisation internationale. Ces divers éléments introduisent des analogies avec l'arbitrage interétatique. Par ailleurs, comme pour les contrats de ce type qui sont conclus par des Etats, le fait que l'autre partie est une personne privée, l'objet même de plusieurs de ces contrats (à l'exception de ceux qui sont plus directement liés avec la mission d'intérêt public de l'organisation), la possibilité de poursuivre l'exécution de la sentence contre le contractant privé par les procédures judiciaires normales, sont autant de raisons pour lesquelles ce type d'arbitrage s'inspire fréquemment de l'arbitrage commercial international, qu'il s'agisse de son régime juridique ou des règles matérielles de droit privé qui seront applicables au fond des différends<sup>162</sup>. Le fait que diverses organisations ont recours aux règles de la Chambre de commerce internationale est significatif à cet égard. Même

<sup>160</sup> Voir *Fouchard, op. cit.*, pp. 462 et s. Voir aussi pp. 506 et s. pour l'exécution des sentences dans le cadre étatique.

<sup>161</sup> Voir à ce sujet la sentence rendue en 1958 par M. *Batiffol, infra* n° 120.

<sup>162</sup> Voir aussi à ce sujet *Dehaussy et Goldman*, Répertoire Dalloz de droit international, tome I, Paris, 1968, Vo Arbitrage, pp. 111-112.

pour celles qui préfèrent mettre en place un tribunal arbitral *ad hoc*, cette ambivalence se reflète dans un détail de l'organisation de ces arbitrages: c'est que, parmi les clauses compromissoires qui prévoient le cas de désaccord des parties sur la désignation des arbitres, certaines confient cette nomination au président d'une juridiction civile et d'autres à une autorité judiciaire ou exécutive du droit international public. En définitive, on inclinerait à penser que ce type composite d'arbitrage pencherait plutôt du côté du droit privé, mais que, dans chaque cas concret, la coloration dépendra dans une large mesure de la nature et de l'objet du contrat envisagé.

c) Le recours à une juridiction internationale

117. Quelques organisations ont prévu dans les textes en vigueur ainsi que dans les contrats qu'elles concluent que les différends résultant de ces derniers seront soumis à une juridiction internationale existante, et qui est pour certaines le tribunal administratif de l'organisation et pour les Communautés européennes la Cour de Justice des Communautés.

Dans le premier groupe de cas il faut mentionner surtout l'OIT qui, après avoir eu recours aux formules classiques d'arbitrage à l'époque de la SDN, s'est efforcée, après la deuxième guerre mondiale, de faire soumettre les différends résultant de contrats au Tribunal administratif de l'OIT qui connaît normalement des recours des fonctionnaires de l'Organisation<sup>163</sup>. Sur proposition du Directeur général du BIT, le statut du Tribunal administratif fut complété en 1947 par l'adjonction d'une disposition expresse étendant la compétence du tribunal aux divers contrats auxquels l'OIT est partie et qui lui attribuent compétence en cas de différend au sujet de leur exécution (voir *supra* n° 95). Il en résulte que le tribunal administratif serait appelé, dans de tels cas, à statuer sur une base juridictionnelle.

Conformément à la disposition précitée, la juridiction du tribunal s'étend essentiellement, comme l'indique *Francis Wolf*, aux différends relatifs à trois types de contrats, les polices d'assurances, les contrats passés avec des collaborateurs extérieurs et de nombreux contrats de fournitures.

La clause généralement insérée dans les contrats pour prévoir la compétence du tribunal<sup>164</sup> précise aussi que les frais occasionnés par les

<sup>163</sup> Voir *Wolf, op. cit.*, pp. 67-68.

<sup>164</sup> Voir une clause en ce sens figurant dans les sous-contrats pour des projets de coopération technique: «Si un litige survient entre les parties et qu'elles ne puis-

sessions du tribunal sont à la charge du BIT, que les jugements sont définitifs et sans appel et que les parties s'engagent à exécuter les décisions rendues par le tribunal dans les dix jours de leur prononcé.

L'OIT a signalé que les contrats qu'elle conclut avec des personnes privées contiennent généralement une telle clause et ce n'est que lorsque le cocontractant ne l'accepte pas qu'on insère la clause compromissoire de type classique prévoyant la constitution d'un tribunal arbitral de trois membres.

Le fait que de nombreux cocontractants ont accepté la clause reconnaissant la compétence du Tribunal administratif est attribué à la qualité et à la nature de ce tribunal et au fait que les juges sont désignés parmi les plus hauts magistrats d'Etats Membres de l'Organisation sur décision de la Conférence internationale du Travail et donc, notamment, des gouvernements qui y participent.

Il a été parfois recommandé<sup>165</sup> que cette formule soit généralisée. Cependant, en ce qui concerne le Tribunal administratif de l'OIT, cette possibilité n'a pas été utilisée par les seize autres organisations internationales qui en ont reconnu la compétence pour leurs différends avec leur personnel. Du reste, une extension de la compétence du tribunal en matière de contrats conclus par d'autres organisations que l'OIT nécessiterait un amendement de son statut. Il serait cependant possible, sans devoir procéder à un tel amendement, de prévoir en cette matière la compétence arbitrale du tribunal, compétence que le tribunal a déjà accepté d'exercer dans un certain nombre de cas qui n'entraient pas dans sa compétence statutaire<sup>166</sup>.

Par ailleurs l'OUA s'est également référée à l'examen des différends issus des contrats par un tribunal administratif *ad hoc* de cette organisa-

sent le régler par voie de consultation, il sera soumis au Tribunal administratif de l'OIT, conformément aux dispositions du Statut du Tribunal. La décision du Tribunal est définitive et aura force obligatoire pour les parties.»

<sup>165</sup> Voir *Cahier, op. cit.*, pp. 243-244.

<sup>166</sup> Le tribunal a ainsi accepté de se prononcer sur une base arbitrale, à la suite de l'accord des parties, dans des cas concernant soit des organisations qui n'en avaient accepté la compétence qu'à titre arbitral, comme l'Institut de coopération intellectuelle avant la Deuxième Guerre mondiale (jugement nos 4 à 7 de 1947, Bulletin officiel du BIT, 1947, pp. 410-421), soit des personnes qui n'avaient pas la qualité de fonctionnaire de l'organisation concernée (affaire *Rebeck c. OMS*, jugement n° 77, Bulletin officiel du BIT, 1965, pp. 126-130, et affaire *Waghorn c. OIT*, jugement préliminaire du 3 juillet 1957 et jugement n° 28, Bulletin officiel du BIT, 1957, pp. 432-438. Voir aussi *Wolf, op. cit.*, p. 42).

tion. On sait aussi que l'Institut international pour l'unification du droit privé (Unidroit) prévoit dans ses contrats avec des personnes privées que les différends éventuels seront soumis au tribunal administratif de cette institution, dont la compétence est établie par l'article 7 bis de sa constitution<sup>167</sup>. D'après cet article, les différends résultant de relations contractuelles entre l'Institut et des tiers seront soumis à ce tribunal si sa juridiction a été expressément reconnue par les parties au contrat<sup>168</sup>.

Pour l'OEA, par contre, on a vu (*supra* n° 95) que son tribunal administratif n'a pas compétence pour connaître des différends résultant des contrats.

118. Les textes constitutifs de la CEE et de l'Euratom contiennent des dispositions en vertu desquelles «la Cour de justice est compétente pour statuer en vertu d'une clause compromissoire contenue dans un contrat de droit public ou de droit privé passé par la Communauté ou pour son compte» (article 181 Traité CEE, article 153 Traité Euratom)<sup>169</sup>. Dans leur réponse, les Communautés indiquent d'ailleurs que la compétence en la matière est en général attribuée à la Cour de Justice des Communautés européennes, comme cela ressort aussi de clauses expresses contenues à l'article 10 des Conditions générales applicables aux contrats d'études de la Commission des Communautés européennes et à l'article 17 du Cahier des conditions générales applicables aux marchés de fournitures courantes<sup>170</sup>.

Les Communautés européennes indiquent aussi que, dans certains cas, en fonction de l'objet du contrat, la compétence est attribuée à un tribunal national ou à un organe arbitral international sans toutefois exclure en principe – dans ce dernier cas – une procédure judiciaire ultérieure (voir *supra* n° 111 *in fine*).

<sup>167</sup> Voir *Seyersted, op. cit.*, p. 600.

<sup>168</sup> Cette disposition a fait l'objet en 1953 d'une interprétation précisant les différends qu'elle vise et spécifiant que la juridiction du tribunal doit avoir été acceptée par écrit.

<sup>169</sup> L'article 40 du Traité CECA était moins précis et ne se référait pas spécialement aux litiges découlant des contrats. On pouvait en conclure que ces litiges relevaient de la compétence des tribunaux nationaux. Voir aussi à ce sujet *Seyersted, op. cit.*, pp. 479 et s.

<sup>170</sup> Cette dernière disposition est ainsi conçue: «Au cas où la procédure prévue à l'article 16 (il s'agit d'une expertise en cas de différend, suivie d'une proposition de solution avancée par l'expert) n'aboutit pas à un règlement amiable du différend, chaque partie contractante peut porter le litige devant la Cour de Justice des Communautés européennes. La compétence de tout autre tribunal est exclue.»

## d) Le recours à des tribunaux nationaux

119. Enfin, comme on l'a déjà indiqué (*supra* n° 101), le FMI a signalé que, dans quelques cas, c'est le recours à des tribunaux nationaux qui a été prévu dans les contrats<sup>171</sup>. L'OMPI a indiqué que, dans quelques cas (fourniture de services de publicité et location d'équipements), les contrats prévoient la compétence d'une juridiction étatique (celle du canton de Genève). Certains des contrats commerciaux que conclut la BIRD prévoient aussi le recours à des tribunaux étatiques. En outre, les obligations qu'elle émet et les emprunts qu'elle contracte sur les marchés des capitaux stipulent le recours aux tribunaux des pays où ces fonds sont obtenus ou dans la monnaie desquels l'opération est effectuée<sup>172</sup>.

Enfin, dans certains cas, les contrats conclus par les Communautés européennes prévoient la compétence de tribunaux nationaux. La compétence des tribunaux nationaux d'un des pays membres est aussi prévue dans les contrats conclus par Eurocontrol, et plus généralement par les organisations ayant le caractère d'«entreprises» publiques internationales<sup>173</sup>. Pour la BEI, dont les statuts prévoient que les litiges avec ses prêteurs, ses emprunteurs et des tiers sont tranchés par les juridictions nationales compétentes, sous réserve des compétences attribuées à la Cour de Justice européenne par l'article 180 du Traité de Rome, les contrats de prêt conclus avec des emprunteurs résidant dans un pays membre prévoient la compétence des juridictions du ressort de l'emprunteur, les contrats de cautionnement la compétence d'un tribunal du lieu du siège de celui à qui la garantie est octroyée et pour les financements à l'extérieur de la Communauté, la compétence, soit des tribunaux suisses, soit de la Cour de Justice des Communautés européennes.

<sup>171</sup> Ainsi, en 1957, la clause suivante – par laquelle le FMI levait par avance son immunité – a été insérée dans un contrat de construction: «Waiver of Immunity. – With respect to claims by the Contractor based on the provisions of this Contract, the Owner hereby waives immunity from suit by the Contractor brought in accordance with the terms of this Contract and in the District Court of the United States for the District of Columbia. The Owner waives immunity from execution of the final judgment in any suit by the Contractor upon the building site and the building to be built thereon, but not otherwise. The Contractor may not without the consent of the Owner implead the Owner in any action against the Contractor by a third party.»

<sup>172</sup> Les obligations émises aux Etats-Unis ne contiennent pas de clause sur le règlement des différends, mais cela n'a pas de signification particulière puisqu'aux termes du Statut de la BIRD des actions contre la Banque peuvent être intentées par-devant les tribunaux de tout pays membre, comme les Etats-Unis où elle a un bureau ou un agent.

<sup>173</sup> Voir *Libbrecht, op. cit.*, p. 585.

### 3. La mise en œuvre des clauses

120. Dans quelle mesure et quelles conditions a-t-on eu à mettre en œuvre les divers types de clauses sur le mode de règlement des différends? Des informations sur leur application dans la pratique permettraient naturellement de mieux en apprécier la valeur. Il a donc été demandé aux organisations internationales si les organes auxquels les clauses contractuelles ont attribué compétence pour connaître de différends éventuels ont été en fait appelés à se réunir et si leur fonctionnement a soulevé des difficultés.

Les réponses paraîtront sans doute surprenantes, comme pour une question précédente (*supra* n° 65). En effet, la plupart des organisations ont répondu que ces organes n'ont en fait pas eu à se réunir ou n'ont eu à le faire que rarement. Et nous avons déjà eu à nous interroger sur les raisons qui peuvent expliquer la rareté des litiges (*supra loc. cit.*).

121. Les Nations Unies ont ainsi indiqué qu'il n'y a eu recours à arbitrage que dans un nombre limité de cas, et que ces litiges ont porté sur des questions de fait n'offrant pas d'intérêt juridique général. Dans quelques cas de contrats commerciaux, les Nations Unies ont intenté des actions judiciaires devant des tribunaux nationaux. Le problème qui s'est posé le plus souvent a été celui de la personnalité juridique et de la capacité d'ester en justice de l'organisation, ainsi que de la portée des immunités dont elle bénéficie.

Les Nations Unies ont signalé en particulier l'arbitrage déjà cité (*supra* n° 70) rendu en 1958 par M. *Batiffol* qui avait été désigné par le président de la Cour d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale pour connaître d'une affaire relative à un contrat commercial conclu par l'UNRWA. M. *Batiffol* a considéré, comme on l'a dit, que l'UNRWA, organe des Nations Unies, tient des traités en vertu desquels elle a été constituée, et notamment de la convention sur les privilèges et immunités des Nations Unies de 1946, la personnalité juridique et le pouvoir de contracter et que la stipulation d'une clause compromissoire, impliquée par ce pouvoir, trouve donc son fondement juridique dans un acte relevant du droit international public et se trouve valable par application de ce droit sans qu'il soit nécessaire de l'appuyer sur une loi nationale. La sentence en conclut que, dans ces conditions, il y a lieu d'entendre la clause compromissoire comme excluant le recours au juge du droit commun sur les différends qu'elle vise, cette solution étant d'ailleurs seule compatible avec l'immunité de juridiction des organismes internationaux. La partie défenderesse ayant refusé de participer à la procédure d'arbi-

trage et de désigner un arbitre, M. *Batiffol* a estimé qu'étant donné que le droit international, sur lequel était fondée la clause compromissoire en cause, ne portait aucune prescription à ce sujet, il y avait lieu de s'en tenir au principe général de l'effet obligatoire des contrats et de rechercher si l'exécution était possible malgré le refus de la partie défenderesse d'y concourir. Quelques autres arbitrages intéressant les Nations Unies ont aussi été signalés plus haut (n° 70).

122. D'autres organisations ont aussi cité quelques cas isolés les concernant.

Ainsi la FAO s'est référée à un cas (*affaire Balakhany/Tchad*) déjà mentionné (n° 70) où l'arbitrage s'est déroulé selon les règles de la Chambre de commerce internationale. Dans une autre affaire, au lieu de recourir à cette procédure, la FAO et le cocontractant ont convenu de confier l'arbitrage au contrôleur général du Canada, comme l'avait proposé le PNUD, qui avait financé le contrat en cause.

La FAO signale aussi une affaire en cours dans laquelle on a essayé de résoudre le différend en désignant un surarbitre au lieu de demander l'arbitrage par la voie de la Chambre de commerce internationale. La tentative n'a pas été aussi efficace qu'on le pensait et l'affaire a suscité un nouveau différend au sujet de l'interprétation des conclusions de l'arbitre, de sorte qu'elle pourrait être encore renvoyée à la Chambre de commerce internationale (voir aussi à ce sujet *supra* n° 110).

Le PAM a cité un cas d'arbitrage soumis à la Chambre d'expertises des riz, légumes secs et graines de Marseille, dans une affaire d'achat de vivres, et une sentence arbitrale du 6 août 1975 rendue aux termes de la loi anglaise sur l'arbitrage de 1950 au sujet de dégâts que la pluie avait causés à une cargaison de farine pendant son chargement à bord d'un navire<sup>174</sup>.

De son côté, l'OMS a signalé qu'il n'y a eu, en ce qui la concerne, qu'un cas où un différend a été soumis à arbitrage. Si la procédure même n'a pas soulevé de difficulté particulière, l'expérience de cet arbitrage a été, selon l'OMS, qu'en définitive la tendance des arbitres a été de se prononcer en équité alors que, si le différend avait été examiné dans une procédure judiciaire normale, un plus grand poids aurait pu être accordé aux questions de droit. Nous avons déjà eu à examiner cette question du pou-

<sup>174</sup> A noter que la sentence n'était pas motivée, selon la pratique dans certains pays, mais que des motifs, qui n'en faisaient pas partie, ont été donnés aux parties à la condition expresse de n'être utilisés en aucune manière en rapport avec la sentence.

voir des arbitres à propos de la consultation juridique mentionnée par l'OMS à ce sujet (voir *supra* nos 106 et 114). Dans le cas concret, il s'agissait d'un litige au sujet d'un contrat de construction et, à la suite de la sentence rendue sur cette affaire, l'OMS a envisagé qu'à l'avenir, pour des contrats de construction majeurs, la formule habituelle de la clause d'arbitrage soit remplacée par une clause prévoyant un arbitre unique que désignerait le président de la cour suprême du pays concerné.

C'est également un différend survenu à propos d'un contrat de construction qu'a signalé l'AIEA. Bien que ce contrat ait prévu l'arbitrage aux termes du règlement de la Chambre de commerce internationale, l'Agence et le cocontractant se sont mis d'accord pour la nomination d'un seul arbitre *ad hoc*. Les parties ont par la suite accepté la sentence arbitrale.

D'autres organisations, comme l'OMPI et l'Agence spatiale européenne<sup>175</sup>, ont aussi indiqué qu'il n'y a eu, pour chacune, qu'un seul cas de renvoi d'un litige à un organe arbitral et ne signalent pas qu'il y ait eu de difficulté. La Banque asiatique de développement a mentionné le cas d'une action qui avait été engagée par une personne privée sur la base d'un contrat et dans lequel la Banque n'a pas estimé approprié de lever son immunité.

123. L'UNESCO a été la seule organisation à signaler qu'elle a eu plusieurs affaires soumises à arbitrage – il s'agissait de litiges relatifs à des employés du restaurant ou de l'économat –, en général avec le système de l'arbitre unique. Elle a ajouté que ce système d'arbitrage n'a pas soulevé de difficultés.

124. Par contre de nombreuses organisations ont répondu que les organes de règlement des différends n'ont pas eu à se réunir, des litiges n'étant pas survenus ou ayant été réglés par voie de négociation. C'est ce qu'ont notamment indiqué l'ONUDI<sup>176</sup>, le PNUD, l'OIT, la BIRD, le FMI, l'OCDE, le Conseil de l'Europe, les Communautés européennes, la BEI, le CERN et l'OUA. Une explication du phénomène, comme aussi du nombre limité de litiges dans les organisations qui en ont signalé certains, peut être trouvée dans la réponse de l'OIT, qui a précisé qu'elle s'efforce toujours de régler ces questions à l'amiable et que c'est pour cela que toutes les clauses établissant un mode de règlement prévoient, en premier lieu, des consultations entre les parties. La FAO a aussi souligné qu'avant d'avoir recours à l'arbitrage, un effort est fait pour régler le dif-

<sup>175</sup> Dans ce cas, il s'agissait d'évaluer les troubles de jouissance dans l'immeuble où le siège de l'Agence est installé.

<sup>176</sup> L'ONUDI a rappelé les cas déjà signalés concernant les Nations Unies.

férend par accord mutuel ou par d'autres moyens. Les Nations Unies ont aussi précisé qu'elles préfèrent procéder à des négociations non formelles avant d'invoquer les clauses d'arbitrage et que les procédures établies dans le «Cahier des charges et conditions générales applicable aux marchés de fournitures» de leur bureau de Genève prévoient, «préalablement à toute instance judiciaire», une expertise (l'expert étant désigné, en cas de désaccord des parties sur un nom, par le président de la Chambre du commerce internationale). L'OMS, de son côté, a indiqué que dans quelques cas elle a eu recours à la conciliation.

#### D. Exécution des contrats et immunité de juridiction

125. C'est, on l'a vu, en contrepartie de l'immunité de juridiction dont elles bénéficient généralement que les organisations internationales sont tenues de prendre des dispositions en vue du règlement satisfaisant des différends résultant des contrats qu'elles concluent. Mais dans quelle mesure cette immunité est-elle effectivement invoquée par les organisations en matière d'exécution des contrats? Afin d'obtenir une vue précise de la question, il leur a été demandé si, en cas d'action intentée par une personne privée contre elles sur la base d'un contrat, elles invoquent en règle générale l'immunité de juridiction ou si elles en acceptent la levée.

126. A cet égard, les Nations Unies ont rappelé les textes de la Convention générale sur les privilèges et immunités de 1946, qui consacrent l'immunité de juridiction, de même que l'Accord de siège avec la Suisse qui la confirme, alors que cette immunité n'était pas parmi les privilèges accordés à l'organisation par l'Accord de siège avec les Etats-Unis. Jusqu'à l'accession des Etats-Unis, en 1970, à la Convention générale sur les privilèges et immunités, l'immunité de juridiction des Nations Unies aux Etats-Unis était fondée sur des textes législatifs nationaux<sup>177</sup> (*International Organizations Immunities Act*) et elle avait été reconnue à ce titre par des tribunaux nationaux.

La pratique actuelle des Nations Unies en cas d'action intentée contre elles devant un tribunal judiciaire est d'affirmer l'immunité de juridiction dans une communication écrite au ministère des Affaires étrangères

<sup>177</sup> La position des Nations Unies était que leur immunité de juridiction faisait partie du droit international général et en tant que tel du droit des Etats-Unis, même en l'absence de textes législatifs, d'autant plus que l'immunité de juridiction découle des articles 105 et 104 de la Charte à laquelle les Etats-Unis sont partie.

du pays intéressé, afin que, par l'intermédiaire du ministère de la Justice ou du Procureur général, il soit demandé au tribunal de rejeter l'action en raison de l'immunité<sup>178</sup>.

Il y a eu quelques cas où des tribunaux nationaux de première instance ont refusé de reconnaître l'immunité de l'organisation ou d'un de ses organes subsidiaires, notamment l'UNRWA.

En pratique, le Secrétaire général a décidé dans chaque cas si l'immunité de juridiction devait ou non être levée.

127. On peut rapprocher de cette réponse celle du PNUD qui a déclaré que l'immunité de juridiction peut être levée conformément aux règlements de cette institution lorsqu'à son avis l'immunité empêcherait le cours de la justice et qu'elle peut être levée sans porter atteinte à l'exécution satisfaisante du contrat ou du projet ou plus généralement aux intérêts de l'organisation.

Plus nettement encore les Communautés européennes déclarent qu'en règle générale elles n'invoquent pas l'immunité.

On a signalé plus haut (notes sous n° 90) que certaines organisations ou entreprises, notamment européennes, ne bénéficient pas d'immunité de juridiction dans les pays membres, mais ont l'immunité d'exécution, auquel cas toute décision judiciaire doit, pour pouvoir être exécutée, être revêtue de l'autorisation de la Cour de Justice des Communautés européennes selon le Protocole sur les Privilèges et immunités des Communautés européennes (réponse de la BEI).

128. Dans plusieurs cas, les réponses des organisations internationales à la question relative à l'immunité ont été assez brèves et dans l'ensemble en faveur de son maintien.

Certes, quelques organisations (ONUDI, OCDE, OUA) se sont bornées à répondre que le problème ne s'est pas présenté, et l'OCDE a rappelé à ce sujet que tous les contrats conclus par cette organisation contiennent une clause d'arbitrage.

Plusieurs autres organisations ont cependant précisé que l'immunité serait normalement invoquée en cas d'action intentée par une personne privée devant un tribunal national (notamment OIT, FAO<sup>179</sup>, PAM,

<sup>178</sup> Dans des cas concernant le personnel, les Nations Unies signalent habituellement aussi qu'il existe des voies de recours internes pour le personnel de l'organisation.

<sup>179</sup> La FAO et le PAM précisent que l'obligation assumée par l'organisation d'exécuter la sentence arbitrale n'implique pas la levée de l'immunité quant aux mesures d'exécution.

OMS, UNESCO, OACI<sup>180</sup>, FMI, CERN, Agence spatiale européenne, OEA). Cette position est parfois expliquée par des raisons de principe (Agence spatiale européenne) ou du fait que le contrat prévoit un mode de règlement spécifique (FAO, Conseil de l'Europe). Plusieurs organisations indiquent que dans de tels cas, et sans doute en l'absence de clause compromissoire, elles cherchent à régler le différend à l'amiable (FMI, OEA) ou en proposant un arbitrage (UNESCO, CERN). En outre, il a été parfois précisé que l'organisation pourrait de son côté recourir à une juridiction nationale puisqu'elle a la capacité d'ester en justice.

129. Enfin, dans le cas particulier de la BIRD, celle-ci a rappelé qu'elle ne bénéficie pas d'immunité de juridiction (à l'exception des cas des actions émanant d'un Etat membre ou d'une personne privée dont les droits découlent de ceux d'un Etat membre), de sorte que la question ne se pose pas en ce qui la concerne.

130. Le questionnaire contenait aussi une deuxième question, à dire vrai quelque peu embarrassante, à propos de la levée éventuelle de l'immunité. Cette question consistait à demander aux organisations si leur position quant à la levée de l'immunité dépendait de la juridiction saisie et du droit que celle-ci appliquerait.

Sur ce point les Nations Unies ont répondu que les seuls cas où l'organisation lèverait normalement son immunité seraient ceux comportant l'assurance en matière de responsabilité civile à l'égard de tiers, par exemple dans des cas d'assurance-automobiles. Ainsi, par une Résolution 23 (I), paragraphe E, l'Assemblée générale avait demandé au Secrétaire général d'assurer les chauffeurs des Nations Unies en matière de responsabilité civile. Le Bureau des affaires juridiques a alors estimé (en 1949) que, comme on ne peut contracter une assurance sans accorder à l'assureur le droit de défense dans toute action qui serait intentée contre les Nations Unies, le Secrétaire général a certainement le pouvoir de lever l'immunité des Nations Unies afin de permettre à de telles actions de suivre leur cours.

Quant au PNUD, dont on a vu qu'il n'a pas de position rigide en matière d'immunité, il a rappelé les critères (voir ci-dessus n° 127) qui seraient suivis pour décider de la levée de l'immunité.

<sup>180</sup> L'OACI ajoute que tous ses contrats contiennent une clause stipulant qu'aucune disposition du contrat n'implique la levée de l'immunité de l'organisation. Par contre, en ce qui concerne les contrats de la BEI relatifs aux projets hors Communauté conclus avec des Etats ou des personnes jouissant de l'immunité, il est stipulé que les parties contractantes renoncent à se prévaloir de leur immunité de juridiction.

131. La question ne se pose évidemment pas pour les autres organisations qui ont répondu que l'immunité de juridiction ne serait levée en aucun cas<sup>181</sup>.

Aussi certaines organisations n'ont-elles pas fourni de réponse à cette question ou ont-elles déclaré qu'elle ne les concerne pas, alors que d'autres ont expressément déclaré que le fait pour elles d'invoquer l'immunité ne dépendrait pas de la juridiction saisie ni du droit que celle-ci appliquerait (OIT, OMS, FMI, AIEA, OMPI, CERN, Communautés européennes, OEA). Ces réponses négatives, fondées sur le souci de non-discrimination entre les juridictions des Etats Membres, ont parfois fait l'objet d'explications.

#### E. Le mode de règlement en cas de silence du contrat

132. Les contrats conclus par les organisations internationales ne contiennent pas toujours des dispositions sur le mode de règlement des litiges éventuels. Il a donc été demandé aux organisations internationales quelle était leur position lorsque le contrat était muet sur ce point.

Quelques organisations ont simplement indiqué qu'il n'y a pas eu de litiges à propos de contrats qui n'auraient pas prévu de mode de règlement ou que la question était sans objet pour elles du fait que tous les contrats qu'elles concluent contiennent une clause à ce sujet.

D'autres ont répondu de manière plus précise bien qu'en termes généraux.

Ainsi, après avoir rappelé qu'il est rare que les contrats ne prévoient pas une formule d'arbitrage – à moins que le cocontractant ne le préfère, mais il est alors prévu que cela n'implique pas la levée de l'immunité –, les Nations Unies ont indiqué que dans un tel cas, elles ne lèveraient généralement pas l'immunité de juridiction, mais qu'elles rechercheraient le règlement du litige par un organe autre que des tribunaux nationaux.

Sous des formules diverses, plusieurs organisations (par exemple le FMI, l'OMS et l'OEA) ont répondu qu'elles rechercheraient un règlement du litige à l'amiable ou par voie de conciliation. Au-delà, déclare l'OMS, les mesures à prendre dépendraient des circonstances de chaque cas. Plus spécifique, l'Agence spatiale européenne signale qu'en cas de

<sup>181</sup> Cela ne signifie pas nécessairement que l'immunité ferait obstacle à des actions en responsabilité civile contre l'assureur de l'organisation, lorsque le lésé a une action directe contre l'assureur (voir aussi le n° 131).

silence du contrat il y aura lieu d'appliquer les dispositions de la clause 13 des Clauses et conditions générales, qui prévoit que tout différend pour lequel aucun arbitrage n'est prévu dans le contrat sera tranché suivant le règlement de la Chambre de commerce internationale.

L'UNESCO, enfin, ne voit pas de différence entre les contrats qui contiennent une clause d'arbitrage et ceux qui n'en contiennent pas: cela, dit-elle, «importe peu; en pratique la solution sera la même – ou à peu près».

133. Compte tenu de l'expérience qui nous a été signalée, on ne devrait sans doute pas craindre qu'il risque d'y avoir de nombreux cas de différends qui se présenteraient dans ces conditions et ne pourraient pas être réglés.

Il n'en reste pas moins qu'en théorie du moins – et rien ne peut garantir que le cas ne puisse se présenter – on pourrait se trouver dans une impasse si un contrat qui ne contiendrait pas de clause compromissoire faisait l'objet d'un différend et que l'organisation intéressée devait opposer son immunité de juridiction à une action intentée par le cocontractant privé devant un tribunal judiciaire. Evoquant cette éventualité dans notre exposé préliminaire, nous écrivions que plusieurs solutions pourraient alors être envisagées (conclusion d'un compromis d'arbitrage, intervention diplomatique de l'Etat de siège – si l'autre partie au contrat était un national – sur la base de l'accord de siège prévoyant un mode de règlement satisfaisant), mais on pourrait aussi, selon l'expression de M. *Cahier*, se trouver devant un «vide juridictionnel».

Les réponses reçues des diverses organisations ne sont pas de nature à exclure une telle possibilité, bien qu'elle doive être exceptionnelle, puisque les méthodes empiriques utilisées dans de tels cas (négociation à l'amiable, conciliation, arbitrage) semblent avoir généralement permis de résoudre les problèmes rencontrés jusqu'ici. Il n'en reste pas moins que de telles situations se sont parfois présentées et les organisations internationales ont eu à opposer leur immunité de juridiction à des actions civiles engagées contre elles. Un tel état de choses devrait être évité et la généralisation de l'usage, déjà répandu, de clauses expresses prévoyant le mode de règlement des différends serait encore le meilleur moyen d'y parvenir.

134. Entretemps, si un litige survenait, l'organisation internationale qui n'aurait pas prévu dans le contrat de mode de règlement se trouverait dans une situation difficile car elle risquerait de se trouver placée devant le dilemme, soit de céder aux demandes (peut-être abusives) du cocontractant, soit d'accepter la levée de son immunité, ce que la plupart des

organisations internationales répugnent à faire, mais qu'il serait difficile de refuser faute d'une autre formule acceptable par les deux parties. La seule autre voie acceptable serait, pour l'organisation internationale, de faire au cocontractant des propositions raisonnables en vue d'un arbitrage offrant les garanties nécessaires d'impartialité.

#### *IV. Conclusions*

135. Le sujet qui vient d'être étudié ne se prête pas à des conclusions tranchées. Plusieurs points sont, il est vrai, communs aux diverses organisations internationales – ou du moins à la plupart d'entre elles –, mais il subsiste une assez grande variété de pratiques, et cette variété, qui ne se manifeste pas seulement quant aux modalités, s'explique souvent, mais pas toujours, par la diversité qui sépare les différents types d'organisations et de contrats. En d'autres termes, on a le sentiment qu'à divers égards chacune des organisations, selon une expression qu'on retrouve tant chez M. Reuter que chez l'une d'elles, a suivi son chemin et, ajouterait-on, chaque conseiller juridique son inspiration, sur la base certes des besoins de son organisation, qui parfois diffèrent très sensiblement, mais aussi peut-être de ses propres conceptions, sinon de son tempérament. Cette démarche parfois empirique, subjective même, n'a pas créé d'importants problèmes dans la pratique, mais elle a laissé subsister ici ou là des points obscurs et des lacunes.

136. Le questionnaire envoyé aux diverses organisations internationales demandait à celles-ci, dans une dernière question, si elles considéraient la pratique actuelle comme satisfaisante et dans quel sens elles souhaiteraient qu'elle se développe ou s'oriente.

Avec des différences de nuances et en donnant parfois brièvement leurs raisons, la majorité des organisations ont considéré la pratique actuelle comme satisfaisante<sup>182</sup>. Quelques organisations expriment cependant des réserves ou formulent certains souhaits surtout en vue

<sup>182</sup> C'est le cas des organisations suivantes: Nations Unies («en général, la pratique actuelle est considérée satisfaisante»); ONUDI (pratique satisfaisante parce que des solutions à tous les problèmes qui se sont posés entre l'organisation et les personnes privées ont été trouvées par accord des parties); OIT (pratique satisfaisante en termes généraux); UNESCO (pratique tout à fait satisfaisante, du fait que, grâce à l'arbitrage, les différends auxquels l'organisation était partie ont été réglés dans de courts délais et à peu de frais); PAM (généralement); BIRD, OACI (pratique satisfaisante, qui n'a apparemment pas soulevé de difficultés et ne semble pas créer de problèmes pour l'avenir); AIEA, OCDE, Conseil de l'Europe (qui indique que

d'une plus grande uniformisation des procédures et des formules suivies. C'est ce qu'ont indiqué plus spécialement le PNUD, la FAO, le PAM et l'OMS.

La FAO a notamment estimé que la mise au point de certaines pratiques et règles uniformes à l'usage des organisations internationales serait utile aux administrateurs et juristes chargés des problèmes quotidiens de la négociation et de l'exécution des contrats. Après avoir mentionné certaines mesures initiales en ce sens (*supra* n° 60), la FAO ajoute que l'établissement de modèles de contrats, clauses et lignes directrices pourrait être complété par des interprétations communes, ce qui développerait l'uniformité dans les transactions entre organisations internationales et personnes privées. Elle réitère sa suggestion que toute initiative en ce sens soit précédée d'une étude des règles internationales actuelles et de l'identification des lacunes existantes (*supra* n° 36).

Dans le même sens, l'OMS indique qu'on a l'impression que les organisations et les organes subsidiaires du système des Nations Unies ont suivi chacun son chemin dans ce domaine sans grande consultation entre eux. Aussi, comme la FAO, a-t-elle accueilli favorablement l'initiative récente en vue de la mise au point d'un type standard de sous-contrats pour les projets financés par le PNUD (*supra* n° 60). Cependant, si le système des Nations Unies doit devenir un large ensemble qui contracte collectivement avec des entités privées, il serait utile, estime l'OMS, de faire un effort systématique pour résoudre les questions que pose la conclusion de contrats publics internationaux. L'avis de l'OMS est que, si certains de ces problèmes dépassent sans doute la compétence de l'Institut de droit international du fait qu'il s'agit de la politique à suivre du point de vue de l'organisation, il est des questions de caractère principalement juridique qui méritent certainement d'être étudiées.

De son côté aussi, le PAM estime souhaitable d'étendre la base juridique des relations contractuelles en la matière par l'adoption de textes internationaux ainsi que de règles expresses sur les contrats entre organisations internationales et personnes privées.

l'aspect le plus satisfaisant de la pratique et de l'expérience a été qu'il y a eu si peu de procédures litigieuses); Agence spatiale européenne; OEA (pour qui les méthodes *ad hoc* de négociation et de règlement des conflits se sont révélées satisfaisantes); BEI, Eurocontrol, Banque asiatique de développement, alors que, par une double négation qui vaut un peu moins qu'une affirmation, le FMI indique que les pratiques actuelles ne sont pas considérées comme n'étant pas satisfaisantes et que le CICR indique que la pratique est satisfaisante dans certains pays, moins dans d'autres, mais conforme aux normes de ces pays.

Sur des points plus particuliers, l'OMPI considère qu'il est sans doute nécessaire de revoir toute pratique qui comporte le choix d'une loi étatique et la compétence de tribunaux d'Etats déterminés (à l'exception de cas de contrats de fournitures ou services d'une valeur limitée). Des initiatives comme celle prise par l'Institut pourraient, à son avis, apporter une importante contribution au développement d'un système juridique international applicable aux contrats des organisations internationales avec des personnes privées.

Du point de vue du mode de règlement des différends, le CERN, tout en considérant que la pratique est satisfaisante en ce qui le concerne, souhaiterait que l'on s'oriente dans le sens d'une juridiction indépendante, non liée à un Etat particulier.

Enfin, le CICR, tout en considérant qu'il serait utopique de vouloir imposer des règles uniformes, estime que dans certains domaines les organisations internationales pourraient s'entendre et s'organiser mieux et de manière plus coordonnée (il donne ainsi l'exemple de l'emploi d'interprètes pour les conférences internationales).

137. Dans ces conditions, où les organisations internationales semblent être dans l'ensemble plus ou moins satisfaites mais où certaines réserves et suggestions se font jour parmi elles et appellent même une contribution de la part de l'Institut, quel peut être le rôle de celui-ci? Il serait excessif, à notre sens, dans un domaine aussi complexe et où les différences sont parfois aussi grandes, de prétendre orienter les pratiques des organisations dans une direction bien définie. Comme on le rappelait plus haut, M. *Reuter* écrivait, dans sa réponse à notre exposé préliminaire, que «les organisations vivent et suivent leur chemin en toute indépendance les unes des autres sans paraître souffrir de nos embarras». Si cette constatation d'apparence désabusée relève justement l'empirisme et l'indépendance de la démarche de chaque organisation internationale, il n'en est pas moins possible d'aller plus loin que la seule constatation de l'état de choses actuel sans pour cela recommander des solutions déterminées qui conviendraient mal à la variété des situations.

Ainsi que l'a suggéré Mme *Bastid*, il ne s'agit pas d'un domaine dans lequel l'Institut ait à proposer un système juridique susceptible d'une application générale, mais sa mission peut consister à définir les différentes options possibles et à en montrer les conséquences. De son côté, M. *Salmon* souhaitait que la Commission puisse présenter une typologie variée, dégager quelques principes généraux et diverses règles, fussent-elles négatives ou permissives. Il craignait cependant, non sans raison,

qu'étant donné la grande variété des solutions pratiques, la Commission soit forcée de rester dans les généralités.

Dans les pages qui suivent, nous essaierons donc de tirer un certain nombre de conclusions, de préciser certaines grandes options en signalant, au besoin, les avantages et les inconvénients des solutions possibles et de formuler même quelques suggestions ou recommandations de caractère général ou sur des points particuliers.

#### A. Le droit applicable

138. La première grande option des organisations internationales est celle de l'insertion ou non dans les contrats de dispositions spécifiant le système de droit auquel le contrat sera assujéti. A première vue, il peut sembler désirable, pour des raisons évidentes de sécurité juridique, qu'une telle précision soit donnée dans les contrats. Nous ne pensons pas, cependant, qu'il serait approprié de formuler une recommandation générale en ce sens, étant donné que dans le cas où une clause serait insérée à cet effet, le système retenu pourrait être le plus souvent un droit étatique et que plusieurs des organisations internationales de type universel y voient des objections de principe, alors que d'autres, notamment de caractère régional ou du type «entreprises» ou sociétés internationales, l'admettent fort bien. Il conviendrait donc uniquement, à notre avis, de recommander aux organisations internationales d'examiner l'opportunité d'insérer de telles clauses dans les contrats qu'elles concluent avec des personnes privées, compte tenu des avantages et des inconvénients ci-après de l'insertion comme de la non-insertion de telles dispositions.

##### *1. L'insertion d'une clause sur le droit applicable*

139. Dans le cas où le contrat préciserait le système de droit applicable, cette mesure aurait naturellement l'avantage de la clarté et celui d'éviter des incertitudes et des contestations sur ce point en cas de différend.

Elle poserait cependant le problème du choix entre les principes généraux du droit (ou le droit international), d'une part, et un droit étatique, d'autre part (avec la possibilité d'une combinaison des deux solutions).

Quelle que puisse être la préférence initiale de l'organisation internationale, le choix dépendra finalement de l'accord entre celle-ci et le

cocontractant; l'organisation pourrait donc avoir à accepter un système juridique autre que celui qu'elle aurait souhaité. Elle peut aussi être amenée à prévoir des systèmes différents selon les contrats.

a) Le choix des principes généraux du droit ou du droit international

140. Le choix des principes généraux du droit ou du droit international est souvent considéré comme le plus approprié à la nature et aux fonctions des organisations internationales. Il correspond aussi à une certaine pratique en matière de contrats commerciaux internationaux.

Un tel choix peut cependant rencontrer des objections de la part du cocontractant – et de l'organisation elle-même – en raison de l'incertitude qui existe quant aux normes précises qui relèvent des principes généraux du droit ou du droit international. Certains des cocontractants privés, qui appartiennent à des professions organisées, ont l'habitude de clauses standard renvoyant à un droit étatique déterminé.

Dans le cas d'accord sur la formule des principes généraux du droit ou du droit international, une difficulté sérieuse serait que des contestations pourraient surgir quant au point de savoir s'il existe vraiment un principe général ou une règle de droit international sur tel ou tel point de droit particulier. Il faut bien admettre que cette formule aboutit finalement à donner un large pouvoir d'appréciation à l'arbitre.

Si, de ce fait, les parties ne peuvent s'entendre pour insérer dans le contrat une telle formule, il serait possible de prévoir, comme cela a été parfois fait, que les principes généraux du droit seraient complétés, si nécessaire, par une loi étatique donnée.

b) Le choix d'une loi étatique

141. Lorsque les contrats conclus par les organisations internationales stipulent le système de droit applicable, c'est le plus souvent à une loi étatique qu'ils se réfèrent. A quoi attribuer cette vigueur des droits étatiques qu'on pensait naguère<sup>183</sup> être sur le déclin? Selon les points de vue, on pourra l'attribuer tantôt au sens des réalités, au désir de disposer de normes suffisamment précises pour assurer la sécurité des transactions et au sentiment qu'un tel choix ne porte finalement pas atteinte à la mission ou à l'indépendance des organisations internationales, et tantôt à une tendance à la facilité ou encore à la nécessité d'obtenir l'accord du cocontractant privé, auquel la loi étatique est plus familière. Beaucoup dépendra de la nature des organisations et des opérations auxquelles elles se livrent.

<sup>183</sup> Voir *Seyersted, op. cit.*, p. 609.

De toute manière, si une organisation internationale estime qu'il n'est pas incompatible avec sa nature et ses fonctions de prévoir expressément l'application d'un droit étatique<sup>184</sup>, cette formule aurait, comme on l'a dit, l'avantage de la certitude et de la précision quant aux règles de droit applicables, celui de la prévisibilité, facteur important dans les relations juridiques<sup>185</sup>, et celui de pouvoir emporter facilement l'adhésion du cocontractant.

142. La solution comporte cependant, en plus d'éventuelles objections de principe, le risque des modifications qui pourraient être apportées par la suite à la loi de référence, moindre, ici, que dans le cas de contrats conclus entre Etats et particuliers. Pour s'en prévenir, les parties pourraient, dans certains cas, préciser que le droit étatique choisi doit être entendu dans son état à la date de la conclusion du contrat et incorporer dans celui-ci les principales dispositions pertinentes de la loi considérée.

Il faut d'autre part reconnaître que certains contrats, qui sont plus directement liés à la mission de l'organisation internationale, par exemple en matière de coopération technique, ne peuvent être purement et simplement soumis à une loi étatique. Puisque le cocontractant assume des obligations qui correspondent aux responsabilités de l'organisation internationale, notamment envers l'Etat tiers, et qui sont absentes des transactions purement commerciales, les contrats relatifs à des opérations internationales de ce type devraient tenir compte de ces facteurs de droit international qui interviennent dans leur exécution. Il pourrait ainsi être utile de prévoir les cas de force majeure (comme la décision d'une assemblée internationale ou d'un gouvernement) qui pourraient entraîner la suspension ou l'interruption du contrat avec une indemnité raisonnable pour le cocontractant. La possibilité de survenance de tels cas exige aussi que le contrat prévoie la possibilité, en cas de contestations, d'un recours à des organes, arbitraux ou autres, qui puissent se prononcer à leur sujet.

#### c) La diversité des choix selon les contrats

143. Une dernière possibilité est de distinguer selon les contrats et de choisir des formules différentes pour des contrats de type différent. Nous avons indiqué certaines distinctions possibles à cet égard (*supra* n<sup>os</sup> 20 et

<sup>184</sup> On peut rappeler que la résolution sur le recours judiciaire à instituer contre les décisions d'organes internationaux, adoptée par l'Institut en 1957, envisage que des dispositions de droit interne peuvent être applicables à des relations juridiques d'une organisation internationale.

<sup>185</sup> Voir *Batiffol*, «Le pluralisme des méthodes en droit international privé», Cours précité, p. 20.

s.; v. aussi n<sup>os</sup> 75 et s.), mais une difficulté pourrait résulter du fait que l'organisation internationale pourrait ne pas connaître suffisamment certaines lois étatiques.

## 2. *La non-insertion d'une clause*

144. Dans la majorité des cas, les organisations internationales préfèrent ne pas insérer dans le contrat de dispositions sur la loi applicable. Cela est souvent dû au fait que ces organisations auraient souhaité l'application des principes généraux du droit ou du droit international, mais qu'à défaut d'obtenir l'accord de l'autre partie, elles ont préféré laisser la question ouverte plutôt que de prévoir qu'une loi étatique sera applicable.

Dans d'autres cas, il s'agit plus simplement de contrats de fournitures courants ou de contrats spéciaux d'un type déterminé (assurances, transports) pour lesquels les modèles habituels – ne comportant pas de telles clauses – auraient été utilisés.

Dans de tels cas l'avantage, pour l'organisation internationale, sera d'éviter le choix d'une loi étatique à laquelle elle peut avoir des objections, ou plus simplement qu'elle ne connaît pas suffisamment, et de ne pas exclure le recours aux principes généraux du droit ou au droit international en cas de différend.

L'inconvénient sera, naturellement, l'incertitude qui découlera du silence du contrat et le fait qu'en cas de différend la question du droit applicable pourra faire l'objet de contestations. Si les parties n'aboutissent pas à une solution à l'amiable, ce seront la plupart du temps les arbitres – et parfois les tribunaux nationaux dans les cas où ceux-ci ont compétence pour connaître du différend – qui devront décider du système juridique applicable «en considérant toutes les circonstances de la cause», comme l'indiquait la résolution sur l'arbitrage en droit international privé, adoptée par l'Institut en 1957 (voir aussi sur cette question *supra* n<sup>os</sup> 72 à 87).

145. Afin de limiter les inconnues et les surprises d'une telle situation, il serait sans doute utile que les contrats considérés soient suffisamment précis et détaillés afin de réduire les risques de lacunes ou de doutes obligeant à rechercher un système juridique qui permette de compléter ou clarifier les termes des contrats. Cependant, cela ne pourrait éviter complètement les lacunes, ni prévenir les litiges, et un excès de dispositions détaillées pourrait même donner lieu à des différends au sujet de l'une ou l'autre de celles-ci. Il s'agit donc là d'une question de jugement et de mesure.

## B. Le mode de règlement des différends résultant des contrats

### 1. L'insertion d'une clause sur le règlement des différends

146. Compte tenu de l'immunité de juridiction dont bénéficient généralement les organisations internationales, mais aussi de leur obligation, en vertu des conventions sur les privilèges et immunités et des accords de siège, de prendre des dispositions appropriées en vue du règlement satisfaisant des différends résultant des contrats qu'elles concluent avec des personnes privées, il apparaît nécessaire pour ces organisations de prévoir dans les contrats mêmes le mode de règlement des litiges éventuels. Mme *Bastid* a ainsi estimé que «l'existence d'une clause sur le règlement des différends est nécessaire à moins que l'organisation ne s'engage à renoncer à l'immunité de juridiction». La grande majorité des organisations suivent du reste la pratique d'insérer dans leurs contrats une clause compromissoire et il serait utile de formuler une recommandation pour que cette pratique se généralise le plus possible.

147. Quant au mode de règlement prévu dans les contrats, on a pu constater qu'il s'agit la plupart du temps de méthodes d'arbitrage, les formules variant suivant deux ou trois schémas généralement suivis. A cet égard, tout en notant les vues exprimées par certaines organisations pour l'amélioration des systèmes existants, et même pour qu'on s'oriente dans le sens d'une juridiction internationale indépendante, il ne nous semble pas possible de recommander une formule plutôt que l'autre. Il serait cependant utile de présenter quelques brefs commentaires au sujet des diverses méthodes actuellement suivies.

148. Un certain nombre d'organisations prévoient dans leurs contrats ou dans certains de leurs contrats l'arbitrage dans le cadre d'une institution permanente d'arbitrage. Une organisation a fait état d'un avis juridique selon lequel cette formule ne serait pas appropriée pour les organisations internationales, et cela pour diverses raisons dont certaines sont actuellement dépassées (*supra* nos 105 à 110). C'est à chacune des organisations internationales qu'il appartient d'apprécier si cette formule, suivie par certaines, répond effectivement à ses besoins.

149. Plusieurs organisations prévoient dans leurs contrats des formules d'arbitrage *ad hoc*, selon les méthodes classiques, avec un arbitre unique ou un tribunal arbitral de trois membres désignés lorsque le différend surgit.

Le risque habituel est celui du désaccord sur la personne de l'arbitre unique ou du surarbitre, ou même la carence du cocontractant quant à la

désignation de son propre arbitre. Aussi est-il utile de prévoir, comme le font déjà plusieurs des clauses utilisées par les organisations internationales, ce qui se passerait dans un tel cas, à savoir l'intervention d'une tierce personne – comme le président d'une juridiction internationale ou nationale – pour désigner l'arbitre ou surarbitre dont il s'agit.

Il serait également utile que la clause compromissoire prévoie le lieu où devra se dérouler l'arbitrage, tout d'abord pour éviter des contestations sur ce point lorsque le différend surgira et aussi compte tenu d'une série de considérations, comme les arrangements pratiques pour le déroulement de l'arbitrage, les liens éventuels du lieu de l'arbitrage avec la loi applicable à la procédure arbitrale et au fond du litige, et avec l'exécution de la sentence.

150. La question des pouvoirs de l'arbitre pouvant donner lieu à des difficultés, les parties devraient considérer, au moment de la rédaction de la clause compromissoire, si elles souhaitent prévoir que l'arbitre ou le tribunal arbitral pourra statuer en amiable compositeur, et, dans l'affirmative, si elles désirent préciser dans quelles conditions ou pour quel type de différend il pourrait agir en cette qualité. A défaut d'une telle clause, il faudrait s'attendre à ce que l'arbitre statue en droit.

151. Il est des cas où la clause contenue dans les contrats prévoit que les différends éventuels seront soumis au tribunal administratif – ou à la cour de justice – établi par l'organisation concernée.

Les avantages de cette formule sont que ces juridictions sont déjà constituées, qu'elles peuvent donc être saisies rapidement et à moindres frais, que les parties en connaissent par avance la composition et que cela évite les difficultés de la désignation des arbitres. Leur composition leur assure également plus de continuité et de stabilité dans leur fonctionnement et leur jurisprudence que des collèges arbitraux à composition variable<sup>186</sup>. Enfin, en raison de leur nature, il sera clair qu'à moins de stipulation contraire dans le contrat, les juridictions en question seront appelées à statuer en droit.

L'inconvénient de cette formule est que, pour que des organisations autres que l'OIT puissent recourir à son tribunal administratif pour des différends résultant de contrats, il y aurait lieu, même pour les seize autres organisations qui en ont accepté la compétence pour les recours de leurs fonctionnaires, de procéder à un amendement de son statut, à moins qu'elles ne le fassent sur une base arbitrale (voir *supra* n° 117).

152. Dans le cas où certaines organisations considèrent qu'il ne

<sup>186</sup> Voir *Monaco, op. cit.*, p. 97.

serait pas incompatible avec leur statut et leurs fonctions de soumettre ce type de différends à des organes judiciaires étatiques – ou que cette voie est même prévue dans leurs textes statutaires –, les contrats conclus par ces organisations devraient indiquer de manière précise la juridiction qui serait saisie des différends qui en résulteraient.

153. Enfin, indépendamment du mode de règlement prévu, il serait utile de prévoir, autant que possible, une procédure de conciliation avant le recours au règlement arbitral ou judiciaire.

#### *2. La non-insertion d'une clause*

154. On a vu que, dans des cas d'ailleurs exceptionnels, quelques organisations ne prévoient pas en règle générale dans leurs contrats le mode de règlement des différends éventuels. Plus fréquemment, les organisations qui insèrent habituellement des clauses en ce sens dans leurs contrats ne le font pas pour les contrats courants de moindre importance. Dans de tels cas, si un différend vient à se présenter et ne peut être résolu à l'amiable à la suite, soit de négociation entre les parties, soit d'une intervention diplomatique de l'Etat hôte – sur la base de l'accord de siège – ou d'un autre Etat, l'organisation internationale devrait, soit accepter la levée de son immunité, soit rechercher un compromis avec le cocontractant en vue d'un arbitrage offrant les garanties nécessaires d'impartialité.

### C. Les échanges de vues entre organisations

155. Enfin, on a constaté que les organisations internationales ont eu tendance à développer leurs pratiques en matière de contrats de manière indépendante et sans se consulter suffisamment. Une recommandation finale pourrait donc être que les organisations internationales procèdent de temps à autre à des échanges de vues sur leurs expériences et examinent les possibilités d'améliorer les pratiques suivies. C'est d'elles-mêmes, en effet, que devraient venir les initiatives nécessaires, le rôle de l'Institut ayant été de faciliter un tel examen.

156. Compte tenu de la matière sur laquelle porte le présent rapport, la Commission voudra sans doute examiner s'il serait approprié de proposer un projet de résolution à l'approbation de l'Institut, ou bien s'il suffirait que l'Institut procède à un échange de vues sur la base des conclusions qui sont proposées aux paragraphes 137 à 155 ci-dessus. La question de l'opportunité d'une résolution sur cette question avait été posée

aux membres de la Commission dans le questionnaire annexé à notre exposé préliminaire. Les réponses ont été variées. M. *Reuter* a répondu par la négative. D'autres membres de la Commission ont estimé qu'il était encore prématuré de se prononcer à ce stade initial. Ce fut le cas de Mme *Bastid*, qui pensait cependant, comme on l'a dit, que l'étude pourra déboucher sur certaines exigences, et de M. *Rigaux*. Des réponses affirmatives ont été données par MM. *Mann* et *Wortley* – mais tous deux dans une mesure limitée seulement –, ainsi que par MM. *van Hecke* et *Loussouarn* (à condition, pour ce dernier, que la résolution contienne des directives suffisamment souples pour ne pas entraver l'évolution ultérieure). Nous avons aussi vu que M. *Salmon* espère que la Commission pourra dégager certains principes et diverses règles, tout en devant sans doute rester dans les généralités. De son côté, M. *Seidl-Hohenveldern* a estimé qu'une résolution pourrait consister soit en une casuistique, soit en quelques principes généraux. Il a fait cependant remarquer qu'il y a des précédents de résolutions de l'Institut dans le sens de la seconde formule et il n'y verrait pas d'inconvénient.

157. Pour le cas où la Commission estimerait qu'une résolution serait utile afin de dégager les principaux aspects du problème, présenter clairement les options et formuler des recommandations sur des points importants – sans pour cela prétendre imposer un système déterminé –, on en trouvera en annexe un projet préliminaire.

Genève, 31 mars 1976

---

## Projet de Résolution

L'Institut de Droit international,

*Considérant* que le développement des organisations internationales et de leurs activités entraîne la conclusion d'un nombre croissant de contrats de différents types entre ces organisations et des personnes privées;

*Considérant* que la conclusion et l'exécution de ces contrats sont susceptibles de soulever diverses questions touchant, d'une part, les facilités dont doivent bénéficier les organisations internationales afin de remplir leur mission et, d'autre part, la sécurité des transactions et des relations juridiques;

*Considérant* qu'en raison de la variété des situations et des pratiques en la matière il ne serait ni possible ni approprié d'envisager des règles uniformes pour les différents types d'organisations internationales et de contrats conclus par celles-ci;

*Estimant* cependant utile de signaler les principales questions qui se posent et les options qui se présentent et de formuler certaines recommandations de caractère général;

*Considérant* les résultats d'une consultation conduite auprès de nombreuses organisations internationales et les informations fournies par celles-ci;

*Adopte* la présente résolution:

### *I*

1. En concluant des contrats avec des personnes privées, les organisations internationales devraient examiner l'opportunité de prévoir dans le contrat le système du droit applicable à ce contrat, à savoir, compte tenu des circonstances et de l'objet du contrat, le droit international, les

principes généraux du droit, une loi étatique ou une combinaison de ces systèmes (par exemple, les principes généraux du droit qu'une loi étatique pourrait compléter à titre subsidiaire).

2. Dans le cas du choix d'une loi étatique, le contrat pourrait, dans certains cas, préciser que cette loi est entendue dans sa teneur au moment de la conclusion du contrat.

3. Pour autant qu'il est nécessaire de tenir compte des responsabilités de droit international public de l'organisation qui découlent de sa mission, le contrat devrait contenir une clause au sujet des effets que ces responsabilités peuvent avoir sur son exécution.

4. Dans le cas où le contrat ne précise pas le système de droit applicable et qu'un compromis intervenu lorsqu'un différend a surgi n'apporte pas une telle précision, le droit applicable sera, en cas de besoin, déterminé par l'organe prévu pour se prononcer sur le différend, compte tenu des différents facteurs et indices entrant en ligne de compte pour définir le système de droit avec lequel le contrat a la relation la plus étroite.

5. Afin de limiter autant que possible les difficultés tenant à la détermination du système de droit applicable, les dispositions de fond des contrats d'une certaine importance devraient être rédigées de manière suffisamment précise, tout en évitant l'excès de détails qui pourraient être une source de différends.

## II

6. Il serait utile que les contrats considérés, notamment dans le cas d'organisations bénéficiant de l'immunité de juridiction, contiennent une disposition prévoyant un mode de règlement satisfaisant des différends résultant de ces contrats, et comportant notamment l'examen du différend par un organe impartial, accepté par les parties, et chargé de se prononcer sur une base juridique.

7. L'organe en question peut être un organe arbitral établi selon les règles d'une institution permanente d'arbitrage ou en vertu d'arrangements *ad hoc* prévus dans le contrat. Il peut être aussi une juridiction internationale dont la compétence en la matière aurait été reconnue par les parties.

8. Dans la mesure où une organisation internationale considère une telle mesure comme compatible avec son statut et ses fonctions, le contrat pourrait aussi prévoir que les différends seront soumis à un organe judiciaire national et il devrait alors préciser la juridiction qui en serait saisie.

9. Lorsque le contrat prévoit un recours à un organe arbitral, il devrait indiquer – à moins que cela ne résulte du règlement de l'institution permanente d'arbitrage choisie – la composition et le mode de nomination de cet organe, la manière dont se ferait la désignation de l'arbitre ou surarbitre en cas de non-coopération de la partie appelée à y concourir, et de préférence le lieu où se déroulerait l'arbitrage. Il serait aussi utile de spécifier si, et dans quelles conditions ou pour quel type de différend, l'organe arbitral pourra agir en amiable compositeur.

10. Si un différend surgit à propos d'un contrat qui ne contiendrait pas de clause sur le mode de règlement des différends et qu'il ne peut être résolu à l'amiable à la suite, soit de négociation entre les parties, soit de l'intervention diplomatique d'un Etat, les organisations internationales devraient envisager, soit la levée de l'immunité de juridiction dont elles peuvent bénéficier, soit la recherche d'un compromis avec l'autre partie en vue d'un arbitrage offrant les garanties nécessaires d'impartialité.

### *III*

11. Il serait souhaitable que les organisations internationales se consultent de temps à autre pour échanger leurs expériences au sujet des contrats conclus avec des personnes privées et examiner la possibilité d'améliorer leurs pratiques, compte tenu des différences existant entre les diverses situations.

### *IV*

12. L'expression «organisations internationales» s'entend d'une organisation intergouvernementale.

---

## Annexe I

*Questionnaire annexé à l'exposé préliminaire de M. Nicolas Valticos  
du 21 mars 1975*

*Question 1:* (1re question préliminaire). Estimez-vous qu'il convient de surseoir à l'étude de la question en attendant que l'Institut ait examiné la question confiée à la 21e Commission (accord entre un Etat et une personne privée étrangère)?

*Question 2:* (2e question préliminaire). Estimez-vous qu'il conviendrait de consulter un certain nombre d'organisations internationales? Dans l'affirmative, auriez-vous des commentaires sur la liste des questions qui pourraient faire l'objet de cette consultation (annexe I) et sur la liste des organisations à consulter (annexe II)?

*Question 3:* Estimez-vous que le rapport devrait couvrir l'ensemble des contrats conclus par les organisations internationales avec des personnes privées, à l'exception des contrats d'emploi à des conditions déterminées par un statut du personnel?

*Question 4:* Aux fins des questions qui suivent, conviendrait-il de distinguer entre divers types de contrats, par exemple, selon leur importance, leur nature, le fait qu'ils sont conclus et exécutés dans un seul ou plusieurs pays, la personnalité publique ou privée du cocontractant, etc.? Dans l'affirmative, quels seraient les effets de telles distinctions?

*Question 5:* a) Les organisations internationales devraient-elles être encouragées à prévoir expressément dans les contrats conclus avec des particuliers le système de droit applicable? b) Dans l'affirmative, dans quel sens (droit international ou principes généraux du droit, droit national, à titre principal ou subsidiaire)?

*Question 6:* Les organisations internationales devraient-elles être encouragées à:

a) élaborer des contrats aussi détaillés que possible, notamment sous forme de textes modèles?

b) s'orienter vers l'élaboration – éventuellement par voie de conventions – de règles matérielles internationales et de lois uniformes dans le domaine des contrats et utiliser dans toute la mesure du possible les résultats de l'action entreprise dans le domaine du droit commercial international, afin de disposer d'un système de droit international applicable aux contrats en question?

*Question 7:* A défaut de choix exprès ou présumé par les parties, le système de droit applicable aux contrats considérés devrait-il, pour ce qui est du fond, être en

principe international ou national – ou varier selon les éléments propres à chaque contrat (étant entendu que les droits réels [immobiliers] nés du contrat devraient rester en principe soumis à la loi de la situation de l'immeuble considéré)?

*Question 8:* a) Dans le cas – ou les cas – où il devrait s'agir d'un système de droit international, faut-il entendre par là plus précisément le droit international (pris dans le sens large qui comprend toutes règles matérielles de droit établies sur le plan international) ou les principes généraux du droit? b) A votre sens, en quoi consistent exactement ces deux notions et quelle est la portée réelle de cette distinction?

*Question 9:* Dans le cas – ou les cas – où il devrait s'agir d'un système de droit national, selon quelles règles de droit devrait être déterminée la loi applicable (par exemple *lex fori*, principes généraux)?

*Question 10:* a) Les organisations internationales devraient-elles, dans la mesure où ce n'est pas encore une pratique courante pour certaines d'entre elles ou pour certains de leurs contrats, insérer en règle générale dans ceux-ci une clause au sujet du règlement des différends relatifs à ces contrats? b) Cette clause devrait-elle prévoir que le règlement de ces différends sera confié à un organe de caractère juridictionnel ou bien arbitral? Cet organe devrait-il avoir aussi un caractère international?

*Question 11:* L'insertion d'une clause prévoyant le recours à un organe international devrait-elle – à défaut d'autres éléments – être interprétée comme impliquant que la volonté présumée des parties était que le droit international, ou les principes généraux du droit, devraient régir le contrat considéré?

*Question 12:* Quels autres aspects de la question souhaiteriez-vous voir traiter dans le rapport?

*Question 13:* Au stade actuel, estimez-vous que la question des contrats conclus par les organisations internationales avec des personnes privées se prête à l'élaboration d'un projet de résolution?

---

## Annexe II

### *Observations des membres de la Quatrième Commission en réponse au questionnaire<sup>186a</sup> annexé à l'exposé préliminaire*

#### *1. Observations de Mme Suzanne Bastid*

Paris, le 14 mai 1975

Mon Cher Confrère et Ami,

J'ai pris connaissance avec grand intérêt de l'exposé préliminaire relatif à la question des «contrats conclus par les organisations internationales avec des personnes privées». D'une façon générale, il m'apparaît qu'il s'agit d'un domaine dans lequel l'Institut n'a ni à exprimer le droit en vigueur ni à proposer un système juridique susceptible d'une application générale. Eu égard à la diversité des organisations et à la diversité des contrats, il semble que la mission de l'Institut consiste à définir les options possibles et à en montrer les conséquences notamment du point de vue de la sécurité des relations juridiques.

1. Les considérations énoncées aux pages 25 et s. de l'exposé préliminaire me paraissent tout à fait valables pour déterminer l'ordre des travaux de l'Institut, sous réserve de la mise en route de la consultation proposée des organisations internationales qui prendra certainement assez longtemps.

2. Il serait très utile d'avoir des renseignements à jour sur la pratique des organisations internationales. Quelques suggestions seront faites plus bas sur la rédaction des deux annexes relatives à cette question préliminaire.

3. Les contrats d'emploi du personnel font l'objet d'une réglementation détaillée établie par les organisations internationales. A de rares exceptions près des juridictions ont été établies pour connaître des différends qui surgissent à leur sujet – et une jurisprudence s'affirme peu à peu dans ce domaine. Ainsi les problèmes définis dans l'exposé préliminaire ne se posent pas à leur sujet.

Par contre, les contrats passés par une organisation internationale pour mettre les services d'une personne à la disposition d'un Etat devraient être considérés (con-

<sup>186a</sup> Les chiffres des réponses correspondent aux numéros des questions du questionnaire (voir pp. 110–111 ci-dessus).

trats OPEX, Jugements du Tribunal administratif des Nations Unies n° 149 Mirza, n° 150 Irani; «contrat judiciaire», Jugement n° 176 Fayad).

4. L'enquête menée auprès des organisations internationales devrait permettre de procéder à des distinctions fondées sur les divers éléments mentionnés et peut-être sur d'autres. On peut penser que suivant les cas les règles applicables peuvent différer. Les contrats de la BIRD obéissent à des règles et à un système de droit qui leur sont propres. Ces distinctions devraient permettre, par exemple, de préciser les cas dans lesquels il peut y avoir référence au droit national.

5. Sans doute l'Institut pourrait faire une recommandation en ce sens, cependant ici encore l'enquête auprès des organisations internationales devrait permettre d'apprécier dans quelle mesure des lacunes ou des négligences créent des difficultés ou conduisent des contractants éventuels à s'abstenir ou à rendre plus onéreuses leurs conditions.

Le système du droit de référence ne peut sans doute être déterminé *a priori* et de façon générale. Il semble qu'une référence au droit international ne puisse être qu'exceptionnelle. Le renvoi au droit national sans autre précision peut poser des problèmes difficiles notamment s'agissant de l'application de la jurisprudence. Par contre, sous des aspects définis, ce renvoi peut apparaître utile.

6. Sous réserve des distinctions nécessaires suivant l'objet des contrats, il est vraisemblable que les suggestions proposées pourront être faites par l'Institut.

7. Il paraît vraisemblable que, suivant les contrats, devra être appliqué le droit international ou le droit national. Il semble impossible de formuler *a priori* une règle générale.

8. Le plus souvent il devrait s'agir des «principes généraux de droit», c'est-à-dire de règles qui se trouvent dans les principaux systèmes de droit – que celles-ci aient ou non l'occasion de s'appliquer dans les rapports entre Etats ou autres sujets du droit international. Il est sans doute rare que les règles coutumières ou des règles conventionnelles de portée générale puissent être appliquées dans l'interprétation ou l'exécution du contrat.

9. Il paraît difficile de donner une réponse unique et valable dans tous les cas. Il est possible que la considération des divers types de contrats pratiqués par les organisations internationales permette de distinguer plusieurs systèmes pour déterminer la loi applicable.

10. L'Institut s'est déjà prononcé sur ce point: l'existence d'une clause sur le règlement des différends est nécessaire à moins que l'organisation ne s'engage à renoncer à l'immunité de juridiction. Dans ce domaine, l'expérience des organisations internationales mériterait d'être considérée avec soin: on peut prévoir la création d'un mécanisme *ad hoc* ou utiliser un système établi à d'autres fins. Il faut examiner quel procédé a fonctionné dans les meilleures conditions.

A cet égard, les procédés utilisés dans le commerce international ont sans doute leur place.

11. Il paraît raisonnable de déduire d'une clause de règlement visant un organe international la volonté de voir appliquer les principes généraux de droit à l'exclusion d'un droit national.

12. La conclusion à donner aux travaux de la Commission ne peut être déterminée quant à présent: il est vraisemblable que l'intérêt d'une réflexion sur ce thème sera de marquer certaines distinctions et de formuler certaines exigences.

*Annexe I*

Il pourrait être intéressant de demander aux organisations internationales d'indiquer quel est l'objet des principaux contrats qu'elles sont amenées à conclure.

*Annexe II*

Je me demande s'il ne vaudrait pas mieux, s'agissant de l'ONU, demander ces renseignements plus particulièrement à propos de certaines activités opérationnelles (force d'urgence, Fonds spécial, FISE) en indiquant par ailleurs que des indications sur d'autres contrats seraient précieuses.

Les organisations spatiales européennes ont eu certainement une expérience importante qu'il y aurait peut-être intérêt à relever.

Avec encore tous mes compliments.

Trouvez ici, mon cher Confrère, mes sentiments amicaux et fidèles.

*Suzanne Bastid*

*2. Observations de M. Pierre Gannagé<sup>187</sup>*

Beyrouth, le 9 mars 1976

Mon cher Confrère,

Vous me pardonnerez de n'avoir pu répondre plus tôt à votre lettre et à votre remarquable exposé préliminaire si riche de réflexions et de suggestions.

Comme vous le soulignez clairement, notre Commission doit examiner dans quelle mesure le régime des contrats passés par les organisations internationales revêt des originalités qui le distinguent de celui des contrats passés par les particuliers entre eux ou par les particuliers avec les Etats. C'est là sans doute l'intérêt essentiel de son travail. Il nous faut, autrement dit, rechercher si la nature de l'organisation internationale, sa mission spécifique influencent d'une manière déterminante ce régime et lui impriment des caractères propres.

A cet égard, votre rapport paraît encore confirmer que les organisations internationales ne peuvent échapper aux servitudes des législations nationales qu'au profit de règles matérielles internationales encore insuffisantes et incomplètes, ou de principes généraux dont la teneur est souvent difficile à préciser.

Dans ce domaine qui demeure en pleine évolution, chaque organisation cherche sans doute à adopter ou souvent peut-être à forger elle-même les règles qui s'accordent le mieux avec l'exercice de sa mission. Mais pour y parvenir, ne doit-elle pas encore puiser dans l'expérience des systèmes nationaux susceptibles de lui four-

<sup>187</sup> Observations reçues trop tard pour pouvoir être prises en considération dans l'élaboration du rapport provisoire.

nir des règles précises et éprouvées, ou dans la pratique contractuelle du commerce international, lorsque celle-ci correspond à la nature des opérations qu'elle veut nouer?

On serait enclin à le penser, encore que le caractère public et plus désintéressé des organisations internationales pourrait porter à conférer au régime des contrats qui se rattachent à leur mission un aspect plus spécifique.

Un pareil sujet doit ainsi être manié avec beaucoup de nuances et comme vous le dites, il nous faut attendre les informations que nous communiqueront les diverses organisations internationales sur leurs pratiques respectives, avant de dégager des lignes générales de conclusion.

Vous trouverez ci-après les réponses aux diverses questions posées:

1. Non, pour les raisons développées à Wiesbaden.

2. Oui.

3. Oui.

4. La distinction la plus utile me paraît devoir être établie entre les contrats qui se relient étroitement aux fonctions de l'organisation internationale et ceux qui s'en éloignent.

5. Oui, mais il me paraît peu souhaitable de leur proposer des directives précises dans un domaine qui requiert une grande souplesse.

6. On pourrait les y encourager, mais en n'oubliant pas que l'élaboration de pareilles règles et de pareils textes dans le domaine du commerce international n'a pas suffi à résoudre tous les problèmes que soulèvent l'exécution, et l'interprétation des contrats internationaux. Votre rapport le confirme et on ne saurait encore ici faire des recommandations absolues.

7. Là encore, tout choix radical doit être écarté. Il me semble cependant utile de souligner dès à présent, comme cela a été souvent observé, que le recours à un droit national peut viser seulement certaines de ses dispositions qui seraient en quelque sorte détachées et gelées pour régir un contrat déterminé ou certains de ses éléments.

Cette pratique du gel permettra à l'organisation internationale de bénéficier de l'expérience, de la précision des droits nationaux sans être tributaire de leur évolution future.

Nul doute qu'en l'état d'insuffisance actuelle des règles matérielles internationales, un pareil procédé réalisera la conciliation recherchée entre le désir de satisfaire les besoins propres de l'organisation internationale et le souci d'assurer une certaine prévisibilité des solutions au moyen de règles précises et déjà éprouvées.

8. Je demeure assez perplexé quant à l'utilité d'un appel aux principes généraux du droit, à moins d'entendre par là des règles communes aux divers systèmes juridiques. Et force alors est de constater que ces règles ne sont pas toujours comprises de la même manière dans les divers pays, de telle sorte qu'une pareille source ne peut être maniée qu'avec beaucoup de prudence et ne saurait revêtir qu'un caractère encore subsidiaire.

Les règles matérielles du droit international, bien qu'encore insuffisantes, sont nécessairement plus précises et s'avèreront plus utiles.

9. On peut souhaiter que le contrat tranche ce problème. Sinon il apparaît plus sûr de recourir au système de la *lex fori* du pays choisi plutôt qu'aux principes généraux du droit.

10. Ces clauses sont évidemment indispensables, dans la mesure où les organisations internationales veulent profiter de l'immunité juridictionnelle.

Mais elles peuvent revêtir plusieurs variétés et il faudra, à la lumière de la pratique des organisations internationales, apprécier la valeur de chacune d'elles.

11. Pas nécessairement, bien que cela puisse constituer une indication en ce sens. Le problème devrait être examiné dans chaque espèce, et il me paraît meilleur, en raison de l'insuffisance des sources internationales de ne pas lier en toute circonstance les compétences judiciaire et législative dans ce domaine.

Le développement d'un droit propre aux contrats passés par les organisations internationales sera sans doute favorisé par des instances de caractère international ou arbitral. Mais force est de constater que ce droit demeure incomplet et ne pourra toujours permettre à ces instances de s'acquitter de la mission qui leur sera confiée. On ne saurait donc déduire des clauses juridictionnelles ainsi établies une présomption d'exclusion de toute référence à un droit national déterminé.

Pierre Gannagé

### 3. Observations de M. Georges van Hecke

Louvain, le 18 décembre 1975

Mon cher Confrère,

Veillez m'excuser de n'avoir pas répondu plus tôt à votre excellent questionnaire et permettez-moi de relever pour commencer que votre exposé préliminaire a très bien décrit les deux thèses en présence.

J'ai une certaine hésitation en ce qui concerne votre affirmation que la distinction entre contrats conclus *jure imperii* et *jure gestionis* est sans portée pratique pour les organisations internationales. Je me demande si elle ne peut pas tout de même avoir une certaine utilité.

Vous reconnaissez dans votre exposé que certaines grandes distinctions doivent être faites. Peut-être la ligne de séparation n'est-elle pas entre *jus imperii* et *jus gestionis* mais plutôt entre le lien plus ou moins étroit que le contrat présente avec la mission spécifique de l'organisation. Ceci serait assez semblable au critère développé par le droit administratif français pour faire la distinction entre contrats administratifs et contrats de droit privé.

Je passe maintenant aux différents points du questionnaire.

1. Cette question a été résolue par la décision, prise par le Bureau à Wiesbaden, de faire progresser parallèlement les travaux des deux Commissions tout en assurant les contacts nécessaires.

2. Cette consultation me paraît opportune et même nécessaire. Elle devrait surtout porter sur les organisations ayant une activité opérationnelle (ex. Euro-control, Banque Européenne d'Investissement, Banque des Règlements Internationaux, Asiatic Development Bank, Fonds de Soutien Financier de l'OCDE).

3. Oui.

4. C'est seulement dans la mesure où les contrats ne contiennent pas de clause relative à la loi applicable qu'il y a lieu de se demander si une distinction portant sur le type de contrat est de nature à guider la recherche de la loi applicable.

La nature du contrat peut jouer un rôle mais je préférerais parler, comme plus haut, du lien plus ou moins étroit avec la mission spécifique de l'organisation.

Le fait que le contrat est conclu et exécuté dans un seul pays peut constituer une indication très sérieuse que la loi de ce pays est applicable.

La personnalité publique ou privée du cocontractant ne paraît pas, à première vue, jouer de rôle.

5. Oui, mais il ne doit pas s'agir de plus que d'un encouragement.

Cet encouragement ne doit pas être donné dans un sens déterminé.

Il est bon que les organisations internationales s'efforcent de préciser par une clause expresse la loi applicable aux contrats qu'elles concluent mais il ne nous appartient pas de dire quel doit être le contenu d'une telle clause. Tout au plus pourrait-on suggérer qu'elles s'inspirent des distinctions à élaborer.

6. a) Oui.

b) L'élaboration de règles matérielles internationales et de lois uniformes ne constitue pas une réponse spécifique aux problèmes des organisations internationales. Cette élaboration présente la même utilité pour les contrats internationaux entre toutes parties quelles qu'elles soient.

En outre il faut bien remarquer que le droit commercial international est encore fort fragmentaire. Dans l'état actuel il ne peut jouer de rôle qu'au titre d'une «materiellrechtliche Verweisung» qui doit être encadrée par une loi applicable.

7. Les droits réels doivent être considérés comme étant en dehors du sujet qui porte sur la loi applicable aux relations contractuelles.

Quant à la question générale, à mon avis, le système de droit applicable aux contrats devrait, en principe, être national.

8. La distinction entre «droit international» et «principes généraux du droit» me paraît largement terminologique, pour les raisons indiquées dans l'exposé préliminaire.

Je pense comme vous qu'il y a lieu de parler de droit international *lato sensu*.

9. Les règles de rattachement doivent normalement être fournies par la *lex fori*. Dans la mesure où l'immunité de juridiction s'oppose à toute intervention des juridictions étatiques, les règles de rattachement doivent être celles du droit en vigueur dans le pays du siège de l'organisation.

10. L'insertion d'une clause relative au règlement des différends est indispensable lorsqu'il y a immunité de juridiction.

Quant au contenu de la clause, je crois que nous devons faire preuve de la même réserve que celle que j'ai préconisée en réponse à votre question 5.

11. Oui.

12. A mon sens tous les aspects essentiels du sujet ont été traités dans l'exposé préliminaire.

13. Oui.

Veillez croire, mon cher Confrère, à mes sentiments les meilleurs.

*Georges van Hecke*

#### 4. Observations de M. Yvon Loussouarn

Paris, le 13 février 1976

Cher Confrère,

J'ai étudié avec toute l'attention qu'il mérite votre remarquable exposé préliminaire sur «Les contrats conclus par les organisations internationales avec des personnes privées». La longueur des méditations qu'il m'a inspirées ne saurait pour autant justifier un retard que je vous prie d'excuser.

Je vous livre ci-après les quelques suggestions qu'a suscitées l'examen de votre questionnaire.

1. Le synchronisme des travaux et les contacts de notre Commission avec la 21e Commission ayant été décidés par le Bureau à Wiesbaden, ont déjà été mis en pratique puisque nous avons reçu le rapport de M. van Hecke. Dans ces conditions, il n'y a qu'intérêt à ce que les deux Commissions œuvrent de façon parallèle, les progrès de chacune d'entre elles ne pouvant qu'être bénéfique à l'autre.

2. Nous sommes par excellence en présence d'un sujet dans lequel des enquêtes sont indispensables, comme d'ailleurs dans de nombreuses matières du droit du commerce international. Il est impossible de forger *ex nihilo* un système ayant quelque valeur sur le plan pratique. Les consultations constituent donc un point de départ nécessaire et l'éventail des organisations internationales consultées doit être aussi ouvert que possible. La confrontation des réponses reçues permettra de déterminer s'il est possible de concevoir un système unitaire.

3. Oui.

4. Certaines distinctions devraient être faites. Mais il n'y a lieu, à mon sens, de prendre en considération ni l'importance du contrat, ni la personnalité publique ou privée du cocontractant. En revanche, il y a lieu de s'attacher sinon à la nature du contrat, du moins, comme le remarque pertinemment notre confrère van Hecke, à l'intensité plus ou moins grande du lien que le contrat présente avec la mission spécifique de l'organisation et aussi au fait que l'on se trouve en présence de contrats conclus et exécutés dans un seul ou dans plusieurs Etats.

La première distinction rendrait compte de l'opportunité plus ou moins prononcée de soumettre le contrat à la loi propre de l'organisation, la seconde de le faire régir par la loi de l'Etat considéré.

5. a) Oui.

b) En l'état embryonnaire des règles matérielles de droit du commerce international, il semble que la solution la plus sûre consiste à se référer à *titre subsidiaire* à un droit national en vertu du principe de l'autonomie de la volonté. Si complet que soit le contrat, il présentera des lacunes; la référence à un droit national me semble être le seul moyen d'éviter le *vacuum juris*.

6. Oui.

Les a) et b) ne sont pas incompatibles, mais complémentaires et leur utilisation cumulative, tout au moins dans une première étape, peut efficacement contribuer à l'élaboration d'une *lex mercatoria* issue du «droit spontané» et d'un droit conventionnel qui malheureusement font défaut à l'heure actuelle.

7. National aussi longtemps que la *lex mercatoria* n'aura pas plus de consistance.

8. Réponse inutile à raison de celle donnée à l'article précédent.

9. Etant partisan (*cf.* réponse à la question 10) de l'insertion dans le contrat d'une clause compromissoire, je pense que le recours à l'arbitrage devrait entraîner la faculté pour les arbitres de forger la règle de conflit applicable.

10. a) Oui, d'autant plus qu'en l'absence d'une telle clause, l'immunité de juridiction risquerait de faire échec à toute solution d'un éventuel litige.

b) A une juridiction arbitrale présentant un caractère international.

11. Pas nécessairement.

12. A mon avis, votre exposé très complet fait le tour des problèmes posés.

13. Oui, à condition que la résolution contienne des directives suffisamment souples pour ne pas entraver l'évolution ultérieure.

Je vous prie de croire, mon cher Confrère, à mes sentiments très cordiaux.

*Yvon Loussouarn*

##### *5. Observations de M. Frederick A. Mann*

London, April 3, 1975

Mon cher Confrère,

It is with great interest that I studied your illuminating «*exposé préliminaire*». I agree with large parts of it. If and in so far as I entertain doubt the points are in general so small that comment would not be justified. However, I hope you will find it helpful if I introduce my answers to your questionnaire by some observations of a more general character.

1. You say that it would seem «*impossible de dégager une règle générale en ce qui concerne la loi applicable aux contrats conclus par les organisations internationales avec des particuliers*». In a sense I agree. But, as at least by implication you recognise, there does seem to exist a general rule: the principle is that the contracts in question are governed by the law expressly or impliedly chosen by the parties, one of the legal systems capable of being chosen being international law. In other words the principle is the same as that applicable in the case of contracts made by States. This is why I am emphatically in favour of an affirmative answer to your first question. I cannot see any difference of principle between contracts made by States and contracts made by international organisations except that the latter do not have their own system of law and in their case there cannot therefore exist that tendency of applying the State's national law to which many and perhaps most legal systems justifiably give effect.

2. I would suggest that a distinction can and should be drawn between, on the one hand, contracts made by an international organisation in direct implementation of its functions and objects, and, on the other hand, such contracts as are merely incidental to its activity (contracts with builders, lawyers, suppliers, etc.). The law applicable to the latter depends on an infinite variety of circumstances and it would

be impossible to lay down any general rules, particularly because the third party will have intentions and wishes of its own for which it would not be practicable to legislate. A very good example of the former are the loan agreements made by the International Banks, particularly the International Bank for Reconstruction and Development. In these, but only in these, cases a choice of international law would be a sensible solution and might be recommended as a principle.

The existence of the distinction in fact and its significance in law indicate why in my view little if anything is to be gained by consultation. Too much depends on the circumstances to permit any generalisations. At the same time most of the facts are known, but are again liable to vary.

3. In many cases the reference to international law and the reference to the general principles of law means the same thing and no more than a terminological point is involved, as you clearly state. Where a contract actually states that it is subject to the general principles it probably implies a reference to international law. Conversely, where a contract refers to international law, it necessarily includes a reference to the general principles, because these are one of the sources of international law. Yet a fundamental difference would seem to exist. International law is an independent system of law with rules of its own. This is not so in the case of general principles. Thus it is a firm rule of international law that a State cannot invoke its own law to justify its failure to observe an international obligation. But such a rule is not a general principle, for we know from daily experience that changes in national legal systems may be and are being invoked by and enure to the benefit of the enacting State. The general principles, derived from comparative law, would not, therefore, support an important rule of international law. I suggest that this is a crucial difference.

Accordingly, I answer your questions as follows:

1. Yes.
2. No.
3. No (see above).
4. I suggest the distinction should be that made in paragraph 2 above.
5. a) Yes —, like everybody else.  
b) Except to the extent suggested in paragraph 2 no general rule can be laid down or recommended.
6. a) Yes, in so far as the contracts made in discharge of the organisation's functions are concerned.  
b) No.
7. There cannot be a general rule, except possibly to the extent indicated above.  
8. a) International law.  
b) See paragraph 3 above.
9. As always, by the *lex fori*.
10. I am not certain whether this question does not exceed the scope of our inquiry. I would, however, favour express provisions, but do not think that general rules can be laid down as to their nature.
11. Yes.
12. None.
13. Yes, but to a very limited extent only. If some of the points made in your

exposé and emphasised in paragraphs 1, 2 and 3 of my general answers above were incorporated into a resolution this would be a welcome development.

I remain with kind regards,

Yours sincerely,

F. A. Mann

### 6. *Observations de M. Gaetano Morelli*

Rome, le 12 juin 1975

Cher Confrère,

Je vous remercie infiniment pour votre aimable lettre du 21 mars aussi bien que pour l'envoi du très remarquable exposé préliminaire sur les contrats conclus par les organisations internationales, que vous avez préparé en votre qualité de rapporteur de la Quatrième Commission de l'Institut de droit international.

C'est avec le plus vif intérêt que j'ai lu votre exposé, qui touche, d'une façon bien stimulante, à plusieurs problèmes d'une grande importance théorique et pratique. Je vous en félicite sincèrement et je vous exprime les vœux les meilleurs pour la suite de votre travail.

Parmi les différents problèmes auxquels touche votre exposé préliminaire il faut faire, à mon avis, une distinction très nette. Il y a, d'un côté, le problème principal et préalable visant à déterminer les systèmes juridiques qui régissent les contrats conclus par les organisations internationales. Il y a, de l'autre côté, différents problèmes concernant certaines suggestions pratiques auxquelles les organisations internationales devraient se conformer dans la conclusion de leurs contrats. A ces derniers problèmes il faudrait réserver une position subordonnée par rapport au problème préalable que j'ai indiqué.

En effet, pour ce qui concerne, en particulier, les suggestions éventuelles quant au choix, par les parties, des règles applicables, il est tout à fait évident que c'est seulement sur la base du système juridique considéré comme régissant le contrat qu'il est possible d'apprécier la valeur et la portée d'un tel choix.

Pour ce qui est du problème principal et préalable, je me réserve d'y réfléchir d'une façon plus approfondie. J'ose toutefois manifester dès maintenant l'impression que ce problème ne consiste proprement pas à déterminer, pour chaque contrat, un système juridique nécessairement unique régissant le contrat. Il s'agit plutôt de prendre en considération les différents systèmes juridiques pour voir, pour chacun de ces systèmes, quelle est son attitude par rapport à un contrat donné. D'où la conséquence qu'il serait bien possible qu'un contrat conclu par une organisation internationale soit envisagé, à la fois, par deux ou plusieurs systèmes, dans lesquels il trouverait la base ultime de sa valeur juridique. Ce qui n'empêcherait pas du tout que le jeu des règles de droit international privé en vigueur dans les différents ordres juridiques puisse aboutir en définitive, dans le cadre de ces ordres juridiques, à l'application des mêmes règles.

Nul doute qu'un tel problème présente une certaine analogie avec un problème qui se pose à propos des accords entre un Etat et une personne privée étrangère; cela malgré les différences qu'il est possible de constater entre les deux sujets et qui

révèlent peut-être comme le sujet confié à la Quatrième Commission présente, par rapport à l'autre, une plus grande complexité.

C'est pourquoi je trouve tout à fait judicieux ce que vous proposez dans votre exposé préliminaire, c'est-à-dire de remettre le début des travaux de notre Commission jusqu'au moment où ceux de la 21e Commission auront pris fin.

Je suis d'avis qu'une séance éventuelle de notre Commission au cours de la session de Wiesbaden devrait se borner à l'examen de ce point de procédure.

J'aurais grand plaisir de vous revoir à cette occasion. En attendant, je vous prie d'agréer, mon cher Confrère, mes salutations les plus cordiales.

*Gaetano Morelli*

### *7. Observations de M. Paul Reuter*

Paris, le 4 mai 1975

Mon cher Collègue et Ami,

Je viens de lire et de méditer votre beau rapport préliminaire et c'est sans surprise que j'y ai trouvé le même agrément et le même bénéfice qu'à la lecture de vos autres écrits. C'est la même clarté, la même profondeur et la même sûreté d'information et de jugement.

Je suis tout-à-fait d'accord avec la manière ouverte et prudente avec laquelle vous abordez un sujet qui ne manque pas, au premier abord, de réserver diverses surprises et notamment l'opposition qui semble s'y manifester entre l'ampleur des questions théoriques et la pauvreté des précédents contentieux.

Les organisations vivent cependant et vont leur chemin, en toute indépendance les unes des autres et sans paraître souffrir de nos embarras. Il y a là pour moi une leçon: les organisations tiennent beaucoup à leur autonomie et aux équilibres difficiles qu'elles ont réussi à mettre sur pied, chacune isolément. Ce n'est pas à la légère que je me risquerais à leur adresser une quelconque recommandation sur ce sujet, sauf sur des points d'une grande évidence comme le suivant: si une organisation n'est pas prête à renoncer à son immunité de juridiction devant les tribunaux nationaux, il est indiqué qu'elle fasse figurer dans ses contrats une clause compromissaire. Avant d'aller à des prises de position plus compromettantes, je serais désireux d'être mieux informé sur tous les aspects pratiques d'un problème qui ne relève probablement pas d'une solution uniforme.

Cela ne veut pas dire que je souhaite renvoyer les travaux de la Quatrième Commission après la conclusion de ceux d'une autre Commission. Cette solution nous ferait inutilement perdre un temps précieux. Il y a certaines questions qui sont communes à notre sujet et à celui de la 21e Commission, par exemple la distinction du droit international public et des principes généraux de droit – la nature juridique et les problèmes posés par le recours comme loi du contrat à un droit national «gelé» à une date déterminée, etc . . . Je pense que sur ces questions, il faut que chacun de nous exprime brièvement et provisoirement une opinion, quitte à revenir sur

de tels points après avoir lu ou entendu nos collègues d'une autre Commission, mais il serait excessif de nous abstenir complètement.

En revanche, il est bien clair que notre attention doit se concentrer sur les aspects propres aux contrats des organisations internationales, tant en ce qui concerne leurs problèmes spécifiques que les solutions qu'elles mettent sur pied.

Votre rapport préliminaire propose à très juste titre une enquête auprès des organisations en cause; je crois nécessaire d'insister sur les motifs qui pourraient être ceux d'écarter des lois nationales; ces motifs peuvent être les mêmes que ceux qui interviennent dans des contrats entre Etat et particuliers (ou même entre deux particuliers!); parmi ceux-ci je voudrais faire une mention spéciale des *questions monétaires*; n'y aurait-il pas un intérêt évident à établir dans un contrat des dispositions qui fassent échapper les prestations monétaires à l'arbitraire des lois nationales? Mais les motifs qui pourraient inciter une organisation à fuir le droit commun d'une législation nationale pourraient tenir au caractère particulier des prestations qu'elle est appelée à fournir et notamment à l'aide qu'elle peut distribuer en nature ou en espèces; ce serait là un des points les plus intéressants à examiner. Quand une organisation a pour objet essentiel ou à tout le moins principal de fournir des *prestations*, celles-ci restent cependant imprégnées d'une mission désintéressée, non commerciale, qui peut requérir ou non son insertion dans un système échappant à une souveraineté nationale. Il y a ainsi des contrats qui sont la suite d'actes juridiques de droit international public (traités, résolutions d'organisations) et qui ne peuvent peut-être sans danger en être séparés; je serais tenté d'évoquer le circuit d'actes par lequel, dans le cadre du Programme alimentaire mondial et par l'intermédiaire de la Croix-Rouge internationale des secours de la Communauté économique européenne parviennent à leur destinataire final. Il est bien vrai, comme vous le dites, qu'en matière de prêts et d'emprunts, le recours à des formules «transnationales» avait perdu de sa popularité, mais qu'advient-il aujourd'hui dans le désordre monétaire généralisé? Peut-être me trompé-je et le vaste domaine que j'invoque reste-t-il vide de solutions originales? Seules les organisations pourront nous le dire.

Par ailleurs, vous avez à très juste titre lié le problème du droit applicable à celui de l'organe juridictionnel éventuellement compétent, et notamment de l'arbitre. Je me demande si, dans cette direction, il n'y aurait point des questions à examiner. Si l'on admettait que sans y être obligées, les organisations internationales ont le droit d'internationaliser le contrat, quelle serait la situation juridique d'une sentence arbitrale rendue sur la base d'un tel contrat pour le cas où l'organisation voudrait obtenir devant des tribunaux nationaux et par l'intermédiaire des autorités nationales l'exécution d'une telle sentence à l'encontre de son cocontractant défaillant?

Pardonnez la longueur de ces observations qui ont pour seul objet de vous dire tout l'intérêt suscité par votre brillant rapport. Je répondrai par ailleurs plus brièvement ainsi à votre questionnaire.

1. Non.

2-3. Oui.

4. Oui; le cas intéressant serait celui d'une organisation ayant une pratique différenciée. Les effets de telles distinctions ne peuvent pas être absolus (pas plus que les distinctions elles-mêmes), mais d'incliner plus ou moins à l'usage d'une formule ou d'une autre.

5. Pour le moment il m'est impossible de recommander en termes généraux quoi que ce soit.

6. a) Oui, c'est toujours utile.

b) Il ne faut pas oublier que les organisations n'ont pas actuellement, d'une manière générale, la possibilité de participer en tant que parties à l'élaboration de conventions de droit uniforme pas plus qu'aux autres conventions multilatérales; de plus, il faudrait poser également la question du recours au droit national «gelé» à une date déterminée.

7. Oui.

8. a) et b). Je partage entièrement ce que vous semblez indiquer comme votre opinion: la dispute est surtout terminologique; je ne voudrais la trancher que lorsque j'aurai perçu quelles sont les différences pratiques entre l'une ou l'autre réponse; s'il y en a une ce serait peut-être dans la qualification d'un arbitrage rendu sur ces bases au regard de l'exécution d'une sentence dans un système national déterminé (?).

9. Je serais, non sans hésitation, tenté de répondre à cette question sur la base d'une distinction. Pour un arbitrage où l'organisme arbitral lui-même est entièrement engagé dans le système de droit national qu'il applique (ou dans un autre système national) c'est la *lex fori* qui détermine le système applicable; mais quand l'arbitre est une institution non soumise à un système de droit national (par exemple la Cour de Justice des Communautés européennes) elle ne peut en matière de droit applicable que recourir à des principes généraux.

10. a) Oui; b) oui, mais il est impossible de recommander d'une manière générale le recours à un organe international, car les difficultés propres à l'exécution de la sentence peuvent parfois conduire à déconseiller cette solution.

11. Non: il faut recourir à tous les indices de la volonté des parties sans en privilégier aucun.

12. J'ai suggéré, si c'est possible, que l'on traite du droit national «gelé» à une date déterminée et des questions relatives à la loi monétaire, ce qui pourrait (mais je ne sais où l'on va) suggérer une application d'un droit national déterminé sauf dans certains secteurs ou sauf lorsqu'il porterait atteinte à certains principes fondamentaux du droit; la Convention de 1965 de la BIRD ne suggère-t-elle pas quelque chose dans ce genre?

13. Non.

#### *Annexe I.*

1-2 a). Il faut assouplir encore la question en y ajoutant la possibilité du droit «gelé» et d'une combinaison du droit national et des principes généraux.

5. Peut-être ne pas trop insister sur les «conventions» bien que la question soit très prudente («on»).

#### *Annexe II.*

Aucune objection, mais j'insisterais pour que l'on consulte la Croix-Rouge internationale; peut-être aussi faudrait-il consulter nommément certains organes subsidiaires des Nations Unies (PNUD, PAM). Pourquoi ne pas interroger l'UIT, l'OMM ou le CERN?

Veillez croire, mon cher Collègue et Ami, à mes fidèles et tout dévoués sentiments.

*Paul Reuter*

### *8. Observations de M. François Rigaux*

Louvain, le 27 mars 1975

1. Etant en principe d'accord avec les considérations du rapport relatives aux différences considérables qui séparent le contrat entre un Etat et une entreprise étrangère d'une part, et le contrat entre une organisation internationale et un co-contractant privé, de l'autre, il ne me paraît pas essentiel de surseoir à l'examen de la question sous la réserve suivante.

Le point essentiel de convergence entre les travaux respectifs des deux Commissions concerne l'aptitude des principes généraux du droit ou du droit international à régir les contrats des deux espèces. Cette question qui est évidemment essentielle car elle apparaît en de nombreux passages du rapport, pourrait faire l'objet d'un examen conjoint des deux Commissions. J'ignore si les traditions de l'Institut permettent la constitution d'une sous-commission mixte composée de membres des deux Commissions. Dans l'affirmative, cette solution me paraîtrait la meilleure afin, d'une part, d'éviter des divergences entre des travaux qui se poursuivraient concurremment et séparément et, de l'autre, que la Quatrième Commission soit liée par les conclusions de la Vingt et unième sur un point aussi fondamental.

2. La suggestion de consulter un certain nombre d'organisations internationales me paraît excellente. En ce qui concerne la question 2 de ce questionnaire, je suggère qu'il soit demandé aux organisations consultées de proposer elles-mêmes une classification des types de contrat qu'il leur arrive de conclure avec des personnes privées. Je crois en effet, comme le rapporteur, que les différents types de contrat peuvent donner lieu à des problèmes divers mais que la diversité existe aussi d'une organisation à l'autre. Une analyse aussi descriptive que possible serait extrêmement utile aux travaux de la Commission.

3. Oui.

4. Oui et je ne préjugerais pas encore du critère de classification, attendant à cet égard d'avoir pris connaissance des réponses au questionnaire qui serait envoyé aux diverses organisations internationales.

5. a) Oui.

b) Mon opinion est que le droit international ou les principes généraux du droit sont impuissants à fournir les solutions nécessaires.

6. a) Oui, mais comme le relève le rapport, une élaboration détaillée ne supprime pas tous les problèmes.

b) Je réserve ma réponse.

7. En ce qui concerne le caractère international des solutions, voyez ma réponse à la question 5 b. Quant aux éléments propres à chaque contrat, je préférerais attendre d'avoir la réponse des organisations internationales.

8. a) J'ai déjà répondu à ce point dans ma réponse à la question 5 b et je tiens à la disposition du rapporteur une note sur le caractère tout à fait décevant de la jurisprudence arbitrale souvent citée en faveur de l'application de principes généraux du droit ou du droit international au contrat entre un Etat (ou une organisation internationale) et un cocontractant privé.

9. La réponse la plus pertinente à cette question me paraît être l'insertion d'une clause sur la loi applicable dans le contrat et par conséquent ceci rejoint la question 6.

10. a) Oui.

b) La réponse à la première question dépend de l'existence d'un organe de caractère juridictionnel compétent pour résoudre les litiges. La deuxième sous-question me paraît équivoque dans la mesure où le «caractère international» de l'organe juridictionnel ou arbitral se réfère à un arbitrage du droit des gens au sens strict.

11. Ma réponse est évidemment négative puisque je ne crois pas à l'existence de principes généraux du droit ou d'un droit international apte à régir le contrat considéré.

12. Le rapport me paraît excellent. Je souhaite cependant que la question qui me paraît fondamentale et qui est celle du contenu et de la portée des prétendus principes du droit international ou principes généraux du droit, fasse l'objet d'un examen systématique et préalable.

13. Il faudrait attendre que les travaux soient plus avancés pour pouvoir répondre à cette question.

*François Rigaux*

### *9. Observations de M. Jean J. A. Salmon*

Bruxelles, le 20 janvier 1976

Cher Confrère,

Je m'empresse de répondre à votre lettre du 8 janvier et de vous faire part des quelques réflexions que votre rapport et votre questionnaire m'ont suggérées.

En premier lieu, vous me permettrez de vous féliciter de cet exposé préliminaire qui me paraît distinguer avec clarté, sagesse et prudence, les grandes questions qui se posent à notre Commission tant du point de vue du fond que de la méthode à suivre pour la suite de nos travaux.

Avant de répondre point par point à votre questionnaire, je souhaiterais faire quelques remarques générales.

1. Il m'a semblé percevoir dans votre exposé une certaine prudence et une certaine répugnance à la généralisation. Je ne pourrais, pour ma part, que vous encourager dans cette voie. J'estime, en effet, que chaque organisation internationale est une entité individuelle, composée d'Etats membres déterminés, ayant des compétences particulières, ayant établi des méthodes de travail spécifiques sur base de multi-

ples facteurs que l'on ne pourrait énumérer sans lacune. Je mentionnerai cependant: l'équilibre politique, les relations avec l'Etat hôte, l'exercice d'activités dans un seul ou plusieurs pays, la variété de ces activités, etc. Il me paraît donc toujours hasardeux de procéder à des généralisations qui ne sont pas assurées, soit par une pratique commune bien établie, soit par un jugement de valeur sur ce qui est désirable faisant l'objet d'un *consensus* dans l'ensemble des Etats qui composent aujourd'hui ce qu'il est convenu d'appeler la communauté internationale.

Cette difficulté de généralisation entre organisations s'accroît quand on rentre dans l'examen comparatif de certaines de leurs activités, ici les contrats. Le même contrat peut être pour une organisation une activité fondamentale et récurrente, pour une autre un accident (exemples: contrats d'entreprise, marché public, contrats avec les imprimeurs, contrats de prêt ou d'emprunt, contrats de vente, donations, etc.).

2. Vous mentionnez deux pôles, deux préoccupations essentielles en la matière: la sauvegarde du caractère international des organisations et leur fonctionnement sans entrave d'une part, le besoin de sécurité dans la transaction d'autre part. Je ne suis pas persuadé que ces deux exigences soient nécessairement antinomiques. Les contrats d'emploi des organisations cumulent sans antinomie quelconque les deux qualités. Il est vrai cependant qu'elles peuvent être antinomiques lorsque l'organisation n'a développé aucun droit propre en la matière (contrats d'assurance, contrats de bail, contrats de transport, etc. Tout est question d'espèce et peut varier d'une organisation à l'autre.)

On pourrait peut-être aussi mentionner comme préoccupations fréquentes: la susceptibilité des Etats sur le territoire duquel le contrat doit être exécuté et les traditions en matière de droit international privé. Dans de très nombreuses situations concrètes, les juristes avec lesquels les organisations internationales entrent en contact interprètent comme un signe de défiance à l'égard de la loi du lieu du siège et le choix d'une loi étrangère et *a fortiori* celui d'un droit propre à l'organisation.

3. Une distinction qui me paraît, en cette matière, capitale est le point de savoir si l'organisation a été en mesure d'établir son propre droit interne. Il s'agira, le plus souvent, de ce qu'en droit continental, on appelle les contrats administratifs ou les situations réglementaires. Ces situations sont plus fréquentes qu'il n'y paraît. Lorsqu'une organisation est amenée à utiliser fréquemment un contrat déterminé, qui cadre avec l'objet principal de ses activités et surtout lorsque l'organisation se trouve dans une situation prédominante par rapport aux utilisateurs de ses services, la tendance normale sera d'aboutir au contrat-type, voire au contrat administratif. Plus l'expérience sera développée, plus il y aura tendance à faire échapper le contrat à tout droit interne pour le faire régir exclusivement par les règlements et procédures internes à l'organisation. Pour un organisme bancaire: les prêts ou les emprunts, pour une institution de secours: les conditions «d'éligibilité», pour de nombreuses institutions «opérationnelles» des marchés publics, d'achat de nourriture ou autres produits de première nécessité, contrats d'entreprise de bâtiments dans des régions sinistrées, etc.

Si on peut déceler dans ce phénomène la création d'un droit administratif de l'organisation (variable d'organisation à organisation), mais similaire par sa nature au contrat en matière de fonction publique, la distinction entre contrats *jure imperii*

et *jure gestionis* pourrait être d'une utilité limitée dans la mesure où cette obscure distinction recoupe la *forme* publique ou privée du contrat. Mais comme vous, je ne pense pas que, pour le surplus, cette distinction *jure imperii, jure gestionis*, qui concerne l'immunité de juridiction et d'exécution soit de quelque secours ici, puisque les organisations internationales bénéficient, sauf exceptions (les banques internationales, par exemple) d'immunités absolues à cet égard.

4. D'une manière générale, je pense que notre résolution devrait éviter de donner des conseils aux organisations internationales et se borner à recenser les diverses possibilités pratiques ou logiques.

#### Reponses au questionnaire

1. La question a, semble-t-il, été tranchée à Wiesbaden; j'aurais été en faveur de ne pas surseoir à l'étude, mais de garder contact avec la Vingt et unième Commission. Les points de chevauchement se préciseront en avançant.

2. Là aussi, je vois que vous êtes avancé et que vous avez pris contact avec diverses organisations. J'estime cela tout à fait essentiel. Puis-je vous demander, si vous ne l'avez déjà fait et s'il est temps encore, d'étendre votre enquête à divers organes subsidiaires de l'ONU qui ont une très grande pratique contractuelle, notamment: l'UNRWA, le HCNUR et l'UNICEF comme organisations de secours, la FUNU, l'UNTSO et l'UNFICYP comme organismes militaires, PAM, PEAT, PNUD et ONUDI, etc. comme organes d'assistance technique.

Du côté du Conseil de l'Europe, voyez le Fonds européen de Réétablissement (et l'ouvrage de M. *Christos Tryfonas* sur le Fonds, Pedone, 1974).

Pour l'annexe I, il est sans doute trop tard pour faire des commentaires, mais j'aurais demandé aux organisations internationales le type de contrats qu'elles faisaient et leur fréquence et j'aurais suggéré différents types (contrats réels, assurance, vente, achat, transport, etc. pour attirer avec précision leur attention).

3. Vous semblez vouloir laisser définitivement de côté la question des contrats liant les organisations internationales à leurs fonctionnaires. Pourtant on trouve, là aussi, une grande diversité. Il n'est pas rare que certains contrats avec le personnel recruté localement soient régis partiellement par le droit local, ou que le droit local soit incorporé (exemples pour les avantages sociaux ou les pensions), même si cela implique des variations d'Etat à Etat (voir ainsi à l'UNRWA).

4. Tous les critères que vous mentionnez peuvent jouer. Votre typologie devrait s'affiner par les réponses au questionnaire. J'y ajouterais la fréquence du contrat et son caractère administratif ou privé. Je ne reviens pas sur ce que j'ai dit plus haut sur le caractère, à mon avis, important de ces deux distinctions qui sont liées, pour la détermination du droit applicable. La liaison du contrat avec la mission de l'organisation peut aussi retenir votre attention, encore que cette liaison peut être quelquefois indirecte. Je suis persuadé que l'ONU et l'UNESCO doivent avoir d'intéressants cahiers des charges en matière d'impression de leurs documents officiels, alors que leur mission n'est, *a priori*, pas l'édition d'ouvrages! La personnalité publique du cocontractant pourrait être un facteur jouant dans des sens différents: suggérant l'application du droit international (vu la présence de deux sujets de droit international: exemple: un contrat par lequel un Etat ou un service public étatique contribue à un fonds spécial d'un organisme de l'ONU ou à la Banque

asiatique de Développement par exemple) ou l'application du droit public du service public en question (car il imposerait son propre droit administratif à l'occasion du service rendu). Toutefois l'intitulé de notre Commission n'exclut-il pas que nous envisagions cette hypothèse?

5. a) Voyez ci-dessus ma remarque générale 4. On peut toujours dire qu'il est souhaitable, pour la sécurité du cocontractant, de prévoir le droit applicable. Mais ce genre de truisme qui relève du vœu pieux et du paternalisme, ne va pas loin et ne sera d'ailleurs écouté que par ceux qui sont d'avance convaincus.

b) Si on s'y décide, il faudrait se borner à souhaiter que le droit applicable soit prévu sans entrer dans plus de détails, le choix dépendant de beaucoup trop de facteurs propres à chaque situation particulière. Une liste des choix possibles pourrait être utile, encore que l'exercice devrait s'avérer assez simple.

6. a) J'estime que celles pour lesquelles cela est utile, n'auront pas attendu notre conseil pour le faire.

b) Bien que cela ne soit pas exclu pour l'avenir et pour certains contrats déterminés, je suis très sceptique sur un «encouragement» de cet ordre. Encore une fois, la double spécificité des organisations et des situations contractuelles doit nous inviter à la plus grande modération. Eventuellement, mentionner cette hypothèse dans la liste à laquelle je me suis référé au point 5 b.

7. Votre question me paraît se subdiviser en trois propositions ou problèmes.

a) L'affirmation d'un principe général que ce qui régit le contrat entre une organisation internationale et un particulier est le choix exprès ou présumé des parties. Il s'agit, en quelque sorte, de l'application de la loi d'autonomie à cette situation particulière.

Je suis d'accord pour le choix exprès ou implicite. En ce qui concerne les présomptions, je réserve ma position.

b) Le point de savoir s'il faut affirmer une règle générale. Ma réponse est négative et sauf si votre enquête nous permet de préciser mieux, j'estime qu'il faudrait s'en tenir à l'idée que le droit applicable peut varier selon les éléments propres à chaque contrat.

c) La question des droits réels. A supposer que ces derniers tombent dans le cadre de l'étude, et si la tendance que relevait le regretté Wilfred Jenks dans son remarquable ouvrage sur *The Proper Law of International Organizations* est confirmée par les réponses à votre questionnaire, la réponse doit être positive. Il convient cependant de réserver, quelque part dans la résolution, d'une manière générale, la question des privilèges et immunités et des autres règles sur le statut international des organisations internationales qui peut, dans certaines espèces, primer le droit local.

8. Concrètement, le droit international applicable à un contrat d'une organisation internationale peut se trouver être:

– du droit interne de l'organisation: règlements, statuts rendus applicables au contrat (ex.: contrats BIRD, contrats d'emploi);

– les principes généraux du droit (ils sont prévus dans certains contrats) auquel cas il s'agira de ces principes prévus par l'article 38, alinéa 2 du statut de la Cour internationale de Justice, tirés de situations analogues du droit interne.

Je n'aperçois guère comment d'autres règles issues du droit international: coutu-

mes ou traités (sauf cas réglementant une matière de droit privé) pourraient s'appliquer ici.

9. Je ne vois pas, à première vue, de raison de déroger aux règles habituelles du droit international privé pour déterminer la loi applicable, sauf indication contraire au contrat et sauf application du droit international public. Ainsi le «statut personnel» de l'organisation internationale est gouverné par son droit constitutif (voir notre contribution sur *Les Nouvelles – Droit des Communautés européennes*, Larcier 1969, nos 373 et 374).

10. a) Cela me paraît hautement souhaitable. Voyez d'ailleurs la résolution adoptée par l'Institut, en 1957, sur le rapport de notre confrère, le professeur *W. J. Wengler*.

b) Nous devons nous abstenir de donner des directives, mais nous pourrions faire une liste exemplative des solutions possibles.

11. J'hésiterais à en faire une règle automatique. Il s'agit d'un indice qui est insuffisant en lui-même, car les organisations internationales bénéficient habituellement de l'immunité de juridiction, lorsqu'elles sont attentives à prévoir un mode de règlement des litiges – ce qui n'est pas fréquent – elles stipulent ordinairement l'arbitrage. Rien n'interdit qu'au fond, le contrat relève d'un droit interne. Voir un exemple chez *Jenks, op. cit.*, p. 136 et dans notre contribution précitée, n° 398. Cet indice, joint à d'autres (nature des obligations, contexte général, clauses exorbitantes de tout droit national), sera évidemment retenu. (Il peut aussi arriver que le contrat prévoit la compétence des juridictions internes. Voir un exemple dans notre contribution précitée, n° 398.)

12. J'avoue que pour le moment, je n'aperçois pas de grande question que votre rapport préliminaire n'aurait pas abordée.

13. A supposer que par les mots «au stade actuel», vous entendiez après analyse des réponses reçues par les organisations internationales, je suis persuadé que notre Commission pourra présenter une typologie variée et dégager quelques principes généraux, et diverses règles, fussent-elles négatives ou permissives. La grande variété des solutions pratiques me fait augurer cependant que nous serons forcés de rester dans des généralités. Au moins, nous aurons des raisons sérieuses de le faire.

Je vous prie de croire, cher Confrère, à l'assurance de mes sentiments les plus cordiaux et les meilleurs.

*Jean J. A. Salmon*

#### *10. Observations de M. Ben Atkinson Wortley*

Wilmslow, Cheshire April 22, 1975

Dear Colleague,

Congratulations upon your most interesting report.

1. I would leave this to the discretion of Professor van Hecke, with whom you might care to communicate.

2. Yes: I would also add the International Chamber of Commerce, Paris.

3. I would limit the field to something manageable, e.g. Contracts for the Sale of Goods, *or even limit it to the sale of primary products only.*

5. a) Yes.

b) The important thing is to have an express choice of law – which will often depend on economic pressure and the state of the market. Some international Companies are richer than some States. No one system suffices for everything but the Uniform Law in International Sales (UNIDROIT) is a useful basis: there are also many «standard firms» of Export Sales Contracts.

6. a) No: it would suffice to comment on any clauses that are deficient or unfair.

b) Not practicable I think.

7. Yes.

8. a) General principles.

b) As stated in the Statute of the ICJ.

9. Any reference expressed or implied to a system of law should be to the «living and changing law» of the system referred to, unless specific provisions of a law or code are actually embodied in the contract when their meaning at the date of the contract should be accepted.

10. a) and b) Yes.

11. According to the expressed or implied will of the parties.

12. The thorny question of the effect of contracts, of inequality, of economic or political pressure, should be faced. Also the extent of any State immunity should be considered. On the whole I consider such immunity should have no place in commercial arrangements.

Again, the difficult problem of any claimable exemption from liability for *force majeure* or for political reasons should be faced.

13. Yes, if limited as I have suggested.

Yours sincerely,

B. A. Wortley

---

## Les contrats conclus par les organisations internationales avec des personnes privées (*Quatrième Commission*)

Rapport définitif

*Nicolas Valticos*

### *I. Introduction*

1. La question des contrats conclus par les organisations internationales avec des personnes privées présente des particularités qui ont dicté une méthode de travail un peu spéciale. En plus de la consultation habituelle des membres de la Quatrième Commission à laquelle l'examen de cette question avait été confié, des mesures de coordination ont été prises avec les activités de la Vingt et unième Commission chargée d'examiner la question voisine des «accords entre un Etat et une personne privée étrangère». En outre, un certain nombre d'organisations internationales ont été consultées sur une question qui les intéresse directement et les 26 réponses reçues ont été très instructives pour ce qui est des pratiques et des conceptions des organisations en cette matière. Le rapport provisoire – accompagné d'un projet de résolution – qui fut établi sur la base de ces diverses consultations a été adressé en juin 1976 aux membres de la Quatrième et de la Vingt et unième Commissions. Ces textes ont été aussi communiqués aux organisations internationales qui avaient envoyé des réponses à la première consultation.

2. On trouvera en annexe les observations reçues de dix membres de la Quatrième Commission au sujet du rapport provisoire et du projet de résolution. Votre rapporteur a été grandement aidé par ces observations, de même que par celles que dix membres de la Commission avaient auparavant présentées au sujet de son exposé préliminaire. Il a aussi bénéficié des commentaires relatifs à cet exposé provenant de M. *Pierre Lalive* et de commentaires relatifs au rapport provisoire reçus de M. *Seidl-Hohenveldern*, tous deux membres de la Vingt et unième Commission.

3. Du côté des organisations internationales, des communications concernant le rapport provisoire ont été reçues de neuf d'entre elles<sup>1</sup>. Certaines ont simplement indiqué qu'elles n'avaient pas de commentaires à présenter, tout en signalant, pour la plupart, l'intérêt qu'elles ont attaché au rapport et, pour quelques-unes même, la grande utilité qu'il présenterait. D'autres ont en outre mentionné certains éléments plus récents au sujet de sa partie descriptive<sup>2</sup>. Des informations complémentaires détaillées ont aussi été communiquées par le CERN<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> Il s'agit de la FAO, de l'OMS, du Programme alimentaire mondial, du Fonds monétaire international, du Conseil de l'Europe, du CERN, du COMECON, de la Banque européenne d'investissement et du CICR.

<sup>2</sup> Le Fonds monétaire a notamment signalé une nouvelle série de ventes d'or aux enchères et a joint le texte des conditions de vente, qui sont semblables à celles décrites dans sa précédente réponse (voir rapport provisoire nos 59 et 101). Il a ajouté qu'il n'a pas rencontré le genre de difficultés qui font l'objet de notre rapport.

Le Conseil de l'Europe a fourni le texte d'un arrêté du 27 février 1976 de son Secrétaire général, pris en application de l'Accord général sur les privilèges et immunités et relatif à la procédure d'arbitrage en cas de litige. Une première application de cet arrêté était en cours. Ce texte prévoit que tout litige relatif à l'exécution d'un contrat visé par l'Accord général précité sera soumis à une commission arbitrale composée de deux arbitres choisis chacun par l'une des parties et d'un sur-arbitre désigné par les deux arbitres ou, à défaut d'une telle désignation dans les six mois, par le Président du Tribunal de Grande Instance de Strasbourg. Les parties pourront aussi soumettre le litige à la décision d'un arbitre choisi d'un commun accord ou, à défaut, par le président du tribunal précité. La commission ou l'arbitre fixera la procédure à suivre. L'arrêté prévoit qu'à défaut d'accord entre les parties quant au droit applicable, la commission ou l'arbitre statuera *ex aequo et bono*, compte tenu des principes généraux du droit ainsi que des usages du commerce. La décision arbitrale ne sera susceptible d'aucun recours et elle liera les parties.

<sup>3</sup> Le CERN a indiqué que la tendance à considérer certains contrats conclus par cette organisation comme des contrats administratifs s'est développée depuis une dizaine d'années, ce qui simplifie considérablement les questions. Cette pratique n'a suscité aucune objection. Les critères pour décider du caractère administratif d'un contrat sont, en premier lieu, que le contrat soit passé par et pour une organisation intergouvernementale, donc publique; en deuxième lieu, que le contrat soit lié directement au service public pour lequel l'organisation a été créée (c'est-à-dire en vue de réaliser les objectifs statutaires de l'organisation, comme par la création de laboratoires, leur exploitation scientifique et la coopération internationale).

Un troisième élément retenu – mais avec réserves – est l'exclusion de la compétence des tribunaux nationaux en cas de litige.

Les contrats administratifs du CERN présentent des dispositions exorbitantes du droit commun (droit à l'exécution, pouvoir de se substituer immédiatement au cocontractant défaillant, pouvoir permanent de contrôle et de direction, pouvoir de sanction, pouvoir de résiliation à tout moment). La clause d'arbitrage prévoit: «La

4. A cette nouvelle étape de nos travaux, il peut être utile de rappeler très brièvement que, dans notre rapport provisoire, nous avons relevé que les pratiques varient considérablement d'une organisation à l'autre, cette variété s'expliquant souvent, mais non toujours, par la diversité des organisations et des contrats. Une telle variété des pratiques n'a pas créé d'importants problèmes, tout en laissant subsister des obscurités ou des lacunes. D'après certaines organisations, une plus grande uniformisation

décision des arbitres interprète fidèlement les termes du contrat». C'est donc, indique la réponse du CERN, la conception administrative du contrat qui s'imposera au tribunal arbitral qui fonctionnera dès lors comme une juridiction administrative. La passation de tels contrats administratifs assure d'ailleurs, ajoute la réponse, une excellente sauvegarde des intérêts des parties. C'est à partir de la notion de contrat administratif qu'au CERN on a pu mettre au point et appliquer une théorie de l'imprévision qui satisfait tous les cocontractants.

Pour les contrats non administratifs, tous ne sont pas soumis à un tribunal arbitral. Le CERN avait admis que les contrats de fournitures de montant relativement peu élevé soient, en cas de litige, soumis à la compétence des tribunaux genevois. L'extension de l'organisation sur le territoire français a fait renoncer à cette solution. Pour les contrats passés en territoire français avec des cocontractants français en vue d'une exécution en France, l'organisation a aussi renoncé à prévoir que ces contrats soient conclus selon les termes du droit français et relèvent des tribunaux français, car cela aurait, à son avis, porté atteinte à l'unicité du droit applicable statué par l'organisation. Il y aurait d'autre part sans doute eu des objections à ce que des contrats passés et exécutés en France soient soumis à des juges suisses.

Le CERN a donc continué à passer tous les contrats de ce type selon les termes du Code suisse des obligations et soumis l'ensemble des litiges à arbitrage, malgré la lourdeur de la procédure. Les arbitres auront à interpréter le contrat, qui est généralement très succinct, sur la base du code en question.

A part cela, les contrats non administratifs obéissent, avec des nuances, aux termes du Code suisse des obligations. Ils ne comportent que rarement des dispositions exorbitantes du droit commun, et celles-ci sont en général énoncées dès le stade de l'appel d'offres. Le droit à l'exécution, le pouvoir de contrôle et de direction et le pouvoir unilatéral de modification, qui peut aller jusqu'à la résiliation non contentieuse du contrat (sous réserve d'indemnisation pour la partie lésée), varient selon la nature et l'objet du contrat. En revanche le pouvoir de substitution à un cocontractant défaillant et le pouvoir de sanction s'exercent dans tous les cas, sur la base du Code suisse des obligations dans le premier cas, et des termes du contrat dans le second.

En résumé, conclut le CERN, «outre la nécessité moins ressentie de confier les litiges nés des contrats non administratifs à une cour d'arbitrage, c'est essentiellement dans l'exercice des droits de l'organisation à l'exécution directe et personnelle des contrats, de ses pouvoirs de contrôle et de direction, ainsi que de son pouvoir unilatéral de modification que se font sentir pratiquement les différences existant entre les deux catégories de contrats».

serait souhaitable. Aussi, après avoir exposé le résultat de nos recherches et de nos consultations, avons-nous examiné, dans le rapport provisoire, la question de l'opportunité pour l'Institut d'adopter une résolution sur la question, et nous avons présenté un projet préliminaire d'un tel texte.

5. Dans le présent rapport définitif, il conviendra d'examiner en premier lieu certaines questions d'ordre général et ensuite d'étudier de plus près le contenu que pourrait avoir une résolution, compte tenu des observations dont notre projet préliminaire a fait l'objet.

## *II. Questions d'ordre général*

6. Les membres de la Commission ont formulé certaines observations de caractère général dont plusieurs peuvent être rattachées à l'un ou à l'autre des points du projet de résolution que l'on examinera plus loin. Cinq ordres de questions doivent cependant être signalées à ce stade initial: il s'agit de la spécificité de notre sujet, de l'utilité de l'étude entreprise, de l'équilibre des intérêts en cause et des besoins des organisations internationales, des grands problèmes du règlement des différends et du droit applicable que posent les contrats considérés, enfin de l'opportunité d'une résolution en la matière.

### *1. Spécificité du sujet*

7. Quelle est, tout d'abord, la spécificité de notre sujet? Dans notre rapport provisoire, nous avons soulevé la question<sup>4</sup>, ne serait-ce que pour apprécier dans quelle mesure ce sujet se distingue de celui des «accords entre un Etat et une personne privée étrangère», confié à la Vingt et unième Commission. A cet égard, M. *Pierre Lalive* se déclare frappé par l'importance des points communs, non seulement avec la question qui fait l'objet des travaux de la Vingt et unième Commission, mais aussi avec le traitement des contrats internationaux entre particuliers et la problématique du droit international privé général. Sans méconnaître les caractères spécifiques du sujet, M. *Lalive* s'attendait à ce qu'ils soient plus considérables et plus décisifs et il relève notamment la tendance à une plus large acceptation par les parties d'une loi nationale, ce qui marquerait les limites actuelles des possibilités de recours aux principes généraux ou au droit «transnational».

Se plaçant à un point de vue différent, M. *Virally* estime en grande

<sup>4</sup> Nos 2 à 5.

partie erroné le parallèle qui vient tout naturellement à l'esprit avec les contrats conclus par des Etats avec des personnes privées étrangères. En effet, indique-t-il, la plupart des contrats passés par les organisations internationales ressemblent à des contrats passés par les Etats avec des nationaux et sur leur propre territoire, qui n'ont, par conséquent, aucun caractère international et sont soumis tout naturellement au droit national. Inversement, les plus importants des contrats passés par des Etats avec des personnes privées étrangères n'ont pas d'équivalents parmi ceux des organisations internationales. M. Virally en conclut que les problèmes posés par les deux catégories de contrats sont très différents: il en est ainsi, en particulier, de l'application éventuelle d'un droit autre que le droit national. Dans les contrats d'Etats, la raison principale est probablement d'accorder aux cocontractants privés une garantie contre les manipulations de la loi nationale par l'Etat contractant – qui est aussi législateur –, risque évidemment inexistant lorsque c'est une organisation qui contracte. En revanche, cette dernière éprouve des difficultés qui lui sont propres à se soumettre à une loi nationale. D'abord parce qu'il n'existe pas pour elle de loi qui mérite d'être appelée «nationale». Celle de l'Etat de siège ne peut pas être pleinement assimilée à une telle loi. Ensuite, parce que, très souvent, son activité se développe dans plusieurs pays. Enfin, en raison des éléments internationaux très fréquents et très nombreux qui existent dans ses contrats. D'où une très grande difficulté de rattachement. D'autre part, M. Virally souligne la difficulté de rattacher un contrat de ce type à un droit national, y compris ses règles de conflit. Celles-ci, indique-t-il, comprendront vraisemblablement des règles relatives à l'ordre public, dont l'application à une organisation internationale risque de soulever d'autant plus de problèmes que ces règles pourraient jouer dans les hypothèses où se trouve en jeu le caractère public des activités de l'organisation.

## *2. Utilité de l'étude*

8. Mme Bastid signale que l'intérêt de cette étude d'ensemble ne se justifie pas seulement par des motifs de «curiosité» scientifique, mais parce qu'il apparaît bien qu'à diverses reprises certaines organisations ont estimé utile de considérer des aspects du problème dans leur ensemble. La consultation obtenue en 1970 par l'OMS au sujet des clauses de règlement contenues dans ses contrats lui semble tout à fait significative. Ainsi, même si la pratique est généralement considérée comme satisfaisante, l'examen comparé des systèmes en usage et une réflexion systématique sur leur por-

tée peuvent aider à éliminer certaines divergences, voire à épargner certains mécomptes.

Mme Bastid voit aussi une autre considération militer en faveur de cet examen systématique : si la Conférence du droit de la mer aboutit à la création d'une autorité des fonds marins, celle-ci exercera son autorité notamment par la conclusion de contrats que mentionne l'article 22 du texte unique de négociation (Partie I). L'article 15 du texte unique de négociation révisé, quatrième partie, prévoit que la chambre pour le règlement des différends relatifs au fond des mers du tribunal du droit de la mer connaîtra des différends concernant «les contrats» conclus conformément aux dispositions de la première partie. Ces contrats conclus par une autorité internationale rentreront dans le cadre examiné par l'Institut et l'on peut apprécier l'intérêt qu'offriraient pour ceux qui auront à les établir des considérations systématiques présentées dans ce domaine.

### 3. *Equilibre des intérêts en cause et besoins des organisations internationales*

9. Deux types de considérations ont semblé parfois en opposition dans le domaine considéré: d'une part, l'équilibre des intérêts en cause et notamment de ceux de la partie qui contracte avec l'organisation internationale et, d'autre part, les besoins généralement reconnus des organisations internationales pour l'accomplissement de leur tâche.

Ainsi, M. *Lalive* s'est demandé si, à voir l'accent mis sur le droit de l'organisation internationale, on ne risque pas de minimiser le caractère contractuel de la relation, établie *a priori* sur un pied d'égalité entre les contractants (à moins que l'on ne glisse vers la théorie du «contrat administratif»<sup>5</sup>). La qualité d'une des parties, s'interroge-t-il (qu'il s'agisse d'une organisation internationale ou d'un Etat), mérite-t-elle, *a priori*, plus de considération que celle de l'autre partie? Après tout, si l'Etat peut fort bien se soumettre au droit privé, le sien ou celui d'un autre Etat, il doit en être de même de l'organisation internationale<sup>6</sup>. M. *Lalive* conclut cependant que cette observation n'affecte en rien ce qu'il veut bien considérer comme la justesse de nos remarques, mais constitue plutôt une mise en garde contre le risque d'une interprétation trop «unilatérale».

<sup>5</sup> On a constaté plus haut l'usage qui a été fait de cette notion au CERN.

<sup>6</sup> Nous nous sommes déjà référé plus haut (n° 7) et dans notre rapport provisoire (nos 3 à 5), aux différences qui distinguent les contrats conclus, d'une part, par les Etats et, d'autre part, par les organisations internationales avec des personnes privées.

10. Plusieurs membres de la Commission ont en revanche mis l'accent, ce qui était du reste aussi ressorti des réponses des organisations internationales, sur le besoin qu'ont ces organisations – ainsi que l'a particulièrement relevé M. Reuter –, pour exercer leur mission, de liberté et d'une large autonomie dans leur activité. M. Reuter va jusqu'à ajouter que même si la seule conclusion de nos recherches devait être qu'un champ très large de solutions s'ouvre à la pratique des organisations, nous serions grandement payés de nos peines. Mme Bastid a également souligné l'importance d'une référence aux nécessités du service international, ce qui, précise-t-elle, signifie l'idée d'une inégalité entre les parties et la reconnaissance des prérogatives particulières aux organisations dans l'intérêt de leurs objectifs fondamentaux<sup>7</sup>. M. Gannagé signale aussi la nécessité de préserver la mission spécifique de l'organisation internationale. Il distingue à cet effet les contrats qui se relient étroitement à cette mission, pour lesquels un régime distinct se justifie, alors que les autres ne devraient pas échapper au régime ordinaire des contrats internationaux. Pour sa part, M. Seidl-Hohenveldern, soulignant l'importance des organisations internationales, aurait souhaité que celles-ci soient encore mieux à l'abri de la possibilité que des particuliers (qui serviraient peut-être même à masquer des intérêts d'Etats étrangers à l'organisation) puissent exercer des pressions sur elles. Dans son esprit, il importe plus de protéger l'indépendance de la volonté de l'organisation que de sauvegarder l'intérêt de son cocontractant privé. Cela dit, M. Seidl-Hohenveldern estime que notre projet de résolution a réussi à établir un équilibre entre ces deux préoccupations et il pourrait s'y rallier, mais «d'un cœur un peu gros».

#### *4. Les grands problèmes du règlement des différends et du droit applicable que posent les contrats considérés*

11. Les problèmes que posent les contrats conclus par les organisations internationales avec des personnes privées touchent, d'une part, le droit applicable et, d'autre part, le mode de règlement des différends. C'est même le deuxième de ces problèmes qui présente la plus grande importance: d'abord parce que les organisations internationales bénéfici-

<sup>7</sup> Mme Bastid se réfère ainsi à des conclusions d'un collège de juristes consulté par le Conseil de la SDN en 1925 qui, à propos de rapports d'emploi public, avait considéré que ces rapports sont toujours dominés par les exigences des intérêts publics auxquels les intérêts privés ne peuvent être que subordonnés, de sorte que les rapports de cette nature ne peuvent être jugés comme existant entre deux sujets juridiques égaux qui auraient conclu un contrat avec égalité de droits et de devoirs (voir SDN, Journal officiel, 1925, p. 1443).

cient souvent d'une immunité de juridiction, ce qui rend nécessaire l'établissement d'un système satisfaisant de règlement des différends, et aussi parce que le système de règlement choisi pourra influencer sur le droit applicable. Aussi est-il apparu que, bien qu'à première vue la démarche inverse, du reste suivie dans notre rapport provisoire, eût été plus logique, il convient de traiter en premier lieu du mode de règlement des différends<sup>8</sup>.

12. A cet égard, l'opinion générale est que, dans le cas des organisations bénéficiant de l'immunité de juridiction, les contrats devraient contenir des dispositions prévoyant un mode de règlement satisfaisant des différends qui pourraient en résulter. Certains problèmes se posent cependant à propos des organes qui pourraient être désignés à cet effet, notamment pour les divers types d'organes arbitraux, pour certains organes juridictionnels internationaux, sans exclure les cas où le recours à des juridictions nationales n'est pas considéré comme incompatible avec le statut de l'organisation intéressée. Il faut aussi envisager les différends qui pourraient surgir à propos de contrats qui ne contiendraient pas de clause compromissoire.

Pour ce qui est du droit applicable, la situation se présente en termes différents : souvent, en effet, les organisations internationales ne souhaitent pas préciser ce droit dans leurs contrats (surtout pour éviter de se référer à une loi nationale). On ne peut donc aller plus loin que de leur demander d'examiner l'opportunité d'une telle détermination, en indiquant les systèmes de droit qui pourraient être ainsi désignés comme applicables. Mais on se heurte ici aux controverses bien connues sur des problèmes plus généraux des contrats internationaux, tels que la référence au droit international et aux principes généraux du droit. Les membres de la Commission se sont donc partagés sur ces questions, comme nous le verrons plus en détail.

Un problème plus propre aux contrats des organisations internationales est celui des charges et risques que les responsabilités et la mission de ces organisations font parfois encourir au cocontractant.

Il sera fréquent, de toute manière, que les contrats des organisations internationales ne contiennent aucune indication sur le droit applicable. Il ne nous a pas paru possible, dans un tel cas, d'aller plus loin que d'indiquer que ce droit devra être déterminé par l'organe chargé de régler le différend sur la base de l'intention des parties et des indices entrant en ligne de compte.

<sup>8</sup> Voir *infra* nos 22-23.

### 5. *Opportunité d'une résolution*

13. Si, en règle générale, l'adoption d'une résolution conclut les travaux d'une commission sur une question donnée, l'Institut s'est mis d'accord, en 1975, à la session de Wiesbaden, sur la possibilité de formules plus souples dans des cas où une résolution ne paraîtrait pas la conclusion appropriée<sup>9</sup>. Quelles seraient les raisons d'hésiter dans le cas présent?

Tout d'abord, le fait qu'il s'agit d'un domaine complexe où les pratiques varient considérablement selon les cas. Ensuite, l'attitude même des organisations internationales qui ne semblent pas souffrir de cette diversité.

Ces considérations ne nous paraissent cependant pas militer nécessairement contre le principe même d'une résolution. Elles concernent par contre le contenu que pourrait avoir un tel texte. Alors qu'il serait manifestement illusoire de proposer un système juridique d'application générale, il nous semblerait possible et même utile – à en juger par les réactions de certaines organisations, et comme l'a du reste suggéré Mme *Bastid* – d'indiquer les différentes options possibles, de formuler même des recommandations sur certains points importants et d'aider ainsi les différentes organisations internationales (dont le nombre s'accroît et les problèmes se compliquent) à choisir les méthodes les plus appropriées en pleine connaissance de cause. La forme d'une résolution permettrait de mieux mettre les principaux points en évidence, et aussi de souligner que, malgré toute la liberté d'action nécessaire aux organisations internationales, certaines règles juridiques ne devraient pas être perdues de vue. Le prix d'une telle démarche serait évidemment la souplesse – une certaine généralité même – des termes de la résolution, mais son utilité demeurerait quand même.

14. C'est la thèse que nous avons soutenue dans notre rapport provisoire et nous y avons relevé<sup>10</sup> que les opinions des membres de la Quatrième Commission avaient été partagées sur ce point. En réponse à la question sur l'opportunité d'une résolution, un membre de la Commission s'était alors prononcé par la négative, deux avaient estimé qu'il était encore trop tôt pour prendre position, deux s'étaient abstenus de répondre, et cinq autres avaient penché pour l'affirmative, généralement sous certaines conditions.

15. Quels sont les éléments qu'ont pu faire apparaître les nouvelles

<sup>9</sup> *Annuaire*, vol. 56, session de Wiesbaden 1975, pp. 293 et 523-524.

<sup>10</sup> N° 156 du rapport provisoire.

consultations des organisations internationales et des membres de la Commission?

Une seule organisation, la Banque européenne d'investissement, s'est référée au projet de résolution, qui lui a semblé «signaler les principales questions qui se posent et les options qui se présentent». Pour les huit autres organisations qui ont répondu à l'envoi de notre rapport provisoire et ont indiqué n'avoir pas de commentaire, on peut penser, soit qu'elles consentent, soit qu'elles ne voient pas d'objection à la résolution projetée.

16. Parmi les membres de la Quatrième Commission qui ont réagi à notre rapport provisoire, deux (MM. *Mann* et *Wortley*) s'étaient déjà, au stade de l'exposé préliminaire, exprimés par l'affirmative au sujet de l'opportunité d'une résolution. En outre, M. *Reuter*, qui penchait vers la négative à ce stade, semble admettre maintenant que «c'est très justement et suivant une tradition de l'Institut» que votre rapporteur a présenté un projet de résolution. De leur côté, Mme *Bastid*, M. *Salmon* et M. *Seyersted*, qui présentent diverses suggestions quant au contenu de ce projet, ne mettent pas en cause l'opportunité d'une résolution. Mme *Bastid* précise même que l'objet de la résolution est d'indiquer les vues de l'Institut s'agissant de situations juridiques qui constituent une réalité de la vie internationale. M. *Gannagé* considère que les conclusions dégagées sont suffisamment fermes pour donner naissance à une résolution selon le modèle proposé.

17. Deux autres membres de la Commission éprouvent par contre de fortes hésitations à cet égard. Ainsi M. *Morelli* considère que l'Institut devrait s'abstenir d'adresser aux organisations internationales des suggestions et des directives et se borner à faire ressortir les problèmes juridiques que soulèvent les différentes pratiques suivies en indiquant les solutions à leur donner, et il éprouve des doutes sérieux quant à la possibilité que cette analyse soit consacrée dans une résolution.

M. *Rigaux* partage aussi les mêmes doutes. Les conclusions des travaux de l'Institut sur ce point lui paraissent avoir un contenu «trop peu 'résolu' pour être coulé en une forme qui est mieux adaptée au style impératif qu'aux exhortations auxquelles nous sommes contraints de nous limiter». Il craint que de telles résolutions n'expriment guère la richesse des éléments contenus dans le rapport et il souhaiterait plutôt que la Commission soumette à l'Institut un exposé des motifs de non-résolution, qui contienne en quelques pages les conclusions du rapport que j'ai eu l'honneur de présenter et un résumé de la pratique des organisations internationales.

18. Plus spécialement, M. Rigaux, qui a de fortes réserves, pour dire le moins, au sujet des «principes généraux du droit»<sup>11</sup>, propose deux questions pour la discussion de l'Institut :

«1. Quel est le contenu des principes généraux qui sont susceptibles de donner une solution aux problèmes suscités par un contrat entre une organisation internationale et une personne privée?

2. Comment expliquer que ces contrats ont suscité si peu de litiges, ce qui rend les questions posées à leur sujet si académiques?»

Bornons-nous simplement à remarquer que la première de ces questions se rattache à une plus vaste controverse et que, de toute manière, l'intérêt que certaines organisations internationales voient aux principes généraux du droit est d'éviter l'application d'un droit étatique.

Quant à la question du nombre limité des litiges, la réponse pourrait être recherchée dans l'effort que font les organisations internationales pour régler les conflits à l'amiable<sup>12</sup>. M. *Seidl-Hohenveldern* suggère aussi d'autres raisons, comme les appréhensions des cocontractants de l'organisation qui préfèrent un compromis à des contestations relatives aux immunités ou à la perte de cette intéressante clientèle.

19. Pour en revenir au problème de l'opportunité d'une résolution, M. *Virally* exprime également des hésitations. Il considère que la synthèse qui a pu être établie en cette matière constitue déjà une substantielle contribution, et qui se suffit à elle-même, de l'Institut. Si l'on songe, ajoute-t-il, aux grandes organisations internationales, dont la pratique est déjà bien établie et qui disposent d'un service juridique expérimenté, une recommandation de l'Institut serait hors de propos. Elle pourrait être utile, ajoute-t-il par contre, aux nombreuses organisations internationales qui se créent actuellement, n'ont pas d'expérience et ne disposent pas toujours des services de conseillers juridiques.

20. S'il y a, en définitive, une majorité en faveur de la résolution parmi les membres de la Commission qui ont envoyé des observations au sujet du rapport provisoire, les deux membres qui ne l'ont pas fait (MM. van Hecke et Loussouarn) avaient auparavant répondu par l'affirmative à la question correspondante de l'exposé préliminaire. Dans ces conditions, les avis favorables l'emporteraient sensiblement dans l'ensemble. C'est aussi dans ce sens que penche votre rapporteur.

<sup>11</sup> Voir *infra*, n° 37.

<sup>12</sup> Voir rapport provisoire n° 124.

### *III. Le contenu du projet de résolution*

#### *1. Contenu général et structure*

21. L'accord semble acquis sur le contenu général et l'orientation d'une résolution éventuelle: celle-ci, on l'a déjà dit, ne devrait pas proposer un système juridique d'application générale et uniforme. Elle devrait plutôt préciser les différentes options possibles et formuler quelques principes et directives assez souples pour pouvoir s'adapter à des situations variées et ne pas entraver l'évolution ultérieure. C'est de ce point de vue que s'était inspiré votre rapporteur en établissant le projet de résolution annexé au rapport provisoire. Certains membres de la Commission ont suggéré, soit de réduire, soit de développer quelques parties du projet de résolution. Ces suggestions seront examinées dans le chapitre suivant.

22. Il convient cependant de signaler ici une suggestion de M. *Virally* sur la structure même du projet de résolution. Tout en considérant que celui-ci constitue une bonne base, M. *Virally* estime que l'ordre de présentation, qui est le plus satisfaisant du point de vue logique, gagnerait, pour des raisons pratiques, à être inversé, afin d'insister surtout sur le règlement des différends. Cette question devrait, à son avis, venir en tête de la résolution car, s'il existe un système d'arbitrage ou de règlement judiciaire qui fonctionne bien, les questions de droit applicable seront plus aisément réglées. Cette proposition rejoint les remarques de M. *Morelli*, pour qui le problème du droit applicable est subordonné ou secondaire par rapport à celui du règlement des différends; c'est à ce dernier, notamment à celui de l'organe compétent, qu'il faudrait reconnaître un caractère prioritaire ou préalable, parce que sa solution est une condition nécessaire pour la solution des problèmes du droit applicable<sup>13</sup>. M. *Pierre Lalive* a aussi mis l'accent sur l'influence que le choix de la juridiction exerce sur la loi qui sera considérée comme applicable.

23. Ces remarques paraissent convaincantes. Nous avons donc, dans le nouveau projet, annexé au présent rapport, inversé l'ordre initial, en traitant en premier lieu du mode de règlement des différends et ensuite du droit applicable.

#### *2. Le Préambule*

24. Le deuxième et le troisième des considérants ont donné lieu à des commentaires.

<sup>13</sup> Voir *infra* n° 65.

Le deuxième considérant était rédigé comme suit:

«Considérant que la conclusion et l'exécution de ces contrats sont susceptibles de soulever diverses questions touchant, d'une part, les facilités dont doivent bénéficier les organisations internationales afin de remplir leur mission et, d'autre part, la sécurité des transactions et des relations juridiques.»

M. *Mann* considère qu'il serait erroné de ne pas mentionner ici le besoin de protéger le cocontractant privé, qui est parfois une personne faible en relations d'affaires avec une puissante organisation internationale. Il y a là, estime-t-il, un problème social qui ne devrait pas être négligé. On retrouve ici, sous un angle un peu différent, la préoccupation de M. *Pierre Lalive* de ne pas sous-estimer le caractère contractuel de la relation considérée, établie sur pied d'égalité entre les contractants<sup>14</sup>.

Une première remarque à ce sujet est que les contrats des organisations internationales sont passés tant avec des cocontractants plus faibles qu'avec des sociétés beaucoup plus puissantes<sup>15</sup>. Ce qui ne veut pas dire qu'il faille négliger l'autre partie. C'est du reste ce que visait la formule finale de ce considérant qui se référait en termes plus généraux à «la sécurité des transactions et des relations juridiques». Si l'on souhaitait insister davantage sur ce point, on pourrait ajouter encore les mots: «et notamment la protection des intérêts des cocontractants privés».

M. *Salmon* suggère cependant une rédaction nouvelle de l'ensemble du paragraphe et il estime souhaitable que l'Institut rappelle sa résolution sur les recours à instituer contre les décisions d'organes internationaux (Amsterdam, session de 1957)<sup>16</sup>. Cette nouvelle rédaction serait la suivante:

«Considérant qu'il est souhaitable que de telles relations contractuelles répondent aux exigences suivantes: sécurité des transactions et des relations juridiques, exercice sans trouble par les organisations internationales de leur mission et respect du droit.»

Je me rallierais volontiers à cette formule, qui résume heureusement

<sup>14</sup> Voir *supra* n° 11.

<sup>15</sup> Voir rapport provisoire n° 31. On peut ajouter comme exemple le fait que lors de la construction récente du nouveau bâtiment du BIT, le contrat passé avec une entreprise japonaise présentait de nombreuses différences avec les autres contrats parce que ce fournisseur avait en fait un monopole pour le matériel recherché et pouvait imposer ses conditions aux acheteurs. Plus généralement sur le fait que, contrairement aux Etats, les organisations internationales ont généralement, dans les relations avec des tiers, plutôt trop peu que trop de pouvoir, voir *Wilfred Jenks*, *International Immunities*, Londres et New York, 1961, p. 164.

<sup>16</sup> Voir *Annuaire*, vol. 47-II, session d'Amsterdam, 1957, pp. 476-479.

les préoccupations essentielles en la matière, tout en souhaitant inverser l'ordre dans lequel elle est énoncée et en précisant, pour tenir compte d'une remarque de Mme *Bastid*<sup>17</sup>, que la mission des organisations internationales s'exerce dans le cadre déterminé par le droit international.

M. *Salmon* ne croit pas indispensable de formuler d'autres considérations. Comme aucune autre observation n'a été reçue en vue de supprimer les paragraphes restants, dont certains auraient, à notre sens, une utilité, ce point pourrait être réservé pour être discuté lors de la réunion de la Commission.

Le troisième considérant signalait

«qu'en raison de la variété des situations et des pratiques en la matière il ne serait ni possible ni approprié d'envisager des règles uniformes pour les différents types d'organisations internationales et de contrats conclus par celles-ci».

M. *Seyersted* propose de supprimer la référence aux «différents types d'organisations internationales» car, à son avis, ce sont surtout les différences de types de contrats qui présentent des problèmes. Il ne lui paraît pas nécessaire de se référer au fait que certaines organisations concluent certains types de contrats que d'autres organisations ne concluent pas.

En réalité, ce n'est pas tant ce dernier aspect du problème qui nous avait amené à nous référer aux différents types d'organisations. Nous avons plutôt à l'esprit plusieurs genres de différences entre organisations internationales qui peuvent avoir des effets sur les règles ou les dispositions contractuelles concernant la loi applicable ou le règlement des différends. Par exemple, selon qu'une organisation est de composition universelle ou régionale (surtout dans le cas d'organisations assez homogènes comprenant un nombre limité d'Etats), la réticence à l'applicabilité d'une loi étatique et à la compétence de tribunaux nationaux sera plus ou moins grande. Selon que les organisations auront une mission désintéressée s'exerçant par des actes de droit international public ou qu'elles exercent des activités en grande partie financières ou commerciales, elles seront plus ou moins justifiées à vouloir échapper aux juridictions et aux droits nationaux. Et selon qu'elles bénéficient ou non de l'immunité de juridiction le problème se posera naturellement de manière différente.

Dans ces conditions, la référence aux différents types d'organisations internationales n'est sans doute pas sans pertinence.

25. D'une manière plus générale, Mme *Bastid* s'est posé la question de savoir si l'on ne devrait pas mentionner dans le préambule

<sup>17</sup> Voir *infra* n° 38.

«l'immunité de juridiction dont bénéficie l'organisation, c'est-à-dire une règle de droit international public qui commande la nécessité de dispositions sur l'arbitrage».

Cette indication pourrait en effet faire l'objet d'une brève adjonction au quatrième considérant, l'idée se retrouvant de manière plus précise au nouveau paragraphe 1.

### 3. Mode de règlement des différends

#### *Nouveau paragraphe 1 (anciennement 6)*

26. Cette disposition était ainsi rédigée:

«Il serait utile que les contrats considérés, notamment dans le cas d'organisations bénéficiant de l'immunité de juridiction, contiennent une disposition prévoyant un mode de règlement satisfaisant des différends résultant de ces contrats, et comportant notamment l'examen du différend par un organe impartial, accepté par les parties, et chargé de se prononcer sur une base juridique.»

En ce qui concerne la première partie de ce texte, M. *Salmon* considère qu'il faudrait utiliser une formule plus forte que «il serait utile», car la mesure recommandée serait hautement souhaitable dans le cas des organisations bénéficiant de l'immunité de juridiction, et en revanche inutile dans les autres (aussi propose-t-il de supprimer le mot «notamment»). Ces propositions nous semblent pleinement justifiées.

Pour ce qui est de la partie finale de ce paragraphe, M. *Seyersted* trouve que les mots «accepté par les parties» ne sont pas très clairs et il propose de les remplacer par les mots «à la demande d'une des parties». M. *Salmon* estime qu'on pourrait arrêter la phrase après les mots «organe impartial». Il est évident, précise-t-il, qu'il sera accepté par les parties, puisqu'il s'agit d'une clause contractuelle. En revanche, on ne doit pas nécessairement limiter le règlement au cas où l'organe tranche en droit.

Nous serions d'avis de suivre en tout cas M. *Salmon* quant à la première partie de cette suggestion, qui réglerait aussi la difficulté éprouvée par M. *Seyersted*, c'est-à-dire de supprimer les mots «accepté par les parties». Il nous semble toutefois utile de maintenir le membre de phrase «chargé de se prononcer sur une base juridique», pour indiquer qu'en principe il devrait s'agir d'un règlement en droit, destiné à compenser l'immunité de juridiction et à tenir compte des difficultés rencontrées par certaines organisations qui estiment que dans certains cas les arbitres ont tendance à juger plus en équité qu'en droit<sup>18</sup>. Cela ne veut naturellement

<sup>18</sup> Voir rapport provisoire n° 106.

pas exclure la possibilité pour les arbitres de statuer en amiables compositeurs, mais cela est traité par la suite (paragraphe 5, anciennement 9) et devrait faire l'objet d'un accord des parties.

*Nouveaux paragraphes 2 et 3 (anciennement 7 et 9)*

27. L'ancien paragraphe 7, relatif à l'organe qui serait prévu par la clause compromissoire, stipulait que cet organe

«peut être un organe arbitral établi selon les règles d'une institution permanente d'arbitrage ou en vertu d'arrangements *ad hoc* prévus dans le contrat. Il peut être aussi une juridiction internationale dont la compétence en la matière aurait été reconnue par les parties.»

A la suite d'une proposition de Mme *Bastid*, il nous est apparu utile de rassembler les dispositions relatives à l'arbitrage, ce qui a conduit à un réaménagement des anciens paragraphes 7, 8 et 9.

En outre, à la première phrase de l'ancien paragraphe 7 (nouveau paragraphe 3), nous avons, pour suivre une autre suggestion faite par Mme *Bastid* à la suite des indications données par l'OMS<sup>19</sup>, ajouté un membre de phrase sur la nécessité de vérifier, en cas de référence à une institution permanente d'arbitrage, si les règles établies par celle-ci correspondent aux besoins propres de la relation juridique envisagée.

La seconde phrase de l'ancien paragraphe 7 (nouveau paragraphe 3) a donné lieu à une suggestion de M. *Salmon* quant à sa rédaction (supprimer «en la matière») qui est naturellement acceptable, mais aussi à de sérieuses réserves de la part de M. *Mann*. Celui-ci considère qu'un arbitrage entre une organisation internationale et une personne privée ne peut jamais être un arbitrage international dans le sens du droit international public. «La création d'un tribunal arbitral créé et fonctionnant en vertu du droit international public ne peut être effectuée par un contrat avec une personne privée», mais seulement par des arrangements entre sujets de droit international. Lorsque l'arbitrage découle d'un contrat entre une organisation internationale et une personne privée, cela constitue nécessairement un arbitrage assujéti à un droit national. Tout en admettant qu'il y a des avis différents, M. *Mann* estime qu'il s'agit là d'un problème distinct, sur lequel l'Institut ne devrait pas prendre position à ce stade.

28. Il ne m'est malheureusement pas possible de me ranger à ce point de vue, et cela parce qu'il y a déjà de nombreux cas où des organisations internationales ont prévu, tant dans les textes en vigueur que dans les contrats qu'elles concluent, que les différends résultant de ceux-ci seraient

<sup>19</sup> Voir rapport provisoire nos 107 et s.

soumis à une juridiction internationale existante et qui est, pour certaines (OIT surtout, mais aussi Unidroit et, sur une base *ad hoc*, OUA), le Tribunal administratif de l'Organisation et, pour les Communautés européennes, la Cour de Justice des Communautés<sup>20</sup>. On a même parfois recommandé la généralisation de cette formule<sup>21</sup>. L'Institut pourrait-il, dans ces conditions, l'ignorer?

Il peut être du reste utile de préciser que des organes comme le Tribunal administratif de l'OIT, auquel divers contrats conclus par cette organisation donnent compétence pour connaître de différends éventuels, ne sont pas le type de tribunal arbitral international auquel M. Mann se réfère, pas plus qu'ils n'ont été créés par contrat avec une personne privée. Ce sont des tribunaux administratifs internationaux visant principalement à connaître d'un autre type de différends de l'organisation internationale avec des particuliers – c'est-à-dire des recours des fonctionnaires contre l'administration. Ces tribunaux ont été créés par une décision générale de l'organe compétent de l'organisation. Dans le cas de la Cour de Justice des Communautés européennes, elle peut connaître de recours d'un Etat Membre contre un autre Membre (art. 170 du Traité CEE), mais elle a aussi compétence pour statuer sur les litiges entre la CEE et ses agents (art. 179) et également pour statuer en vertu d'une clause compromissoire contenue dans un contrat de droit public ou privé passé par la Communauté ou pour son compte (art. 181) et pour connaître des litiges relatifs à la responsabilité non contractuelle de la Communauté (art. 178 et 215, al. 2).

29. Il serait certes possible d'essayer de dissiper dans une certaine mesure les objections de M. Mann en modifiant légèrement le passage considéré, par exemple comme suit:

«Il peut être aussi, si sa compétence est reconnue par les parties, une juridiction établie par une organisation internationale en vue d'examiner, principalement ou notamment, des recours administratifs ou de droit privé.»

Si, cependant, l'essentiel des objections de M. Mann tient au fait que, d'après lui, l'arbitrage découlant d'un contrat entre une organisation internationale et une personne privée «constitue nécessairement un arbitrage assujéti à un droit national» et si cela implique nécessairement pour lui qu'il faudrait exclure tout organe ayant un caractère de droit interna-

<sup>20</sup> Voir à ce sujet les nos 117–118 du rapport provisoire.

<sup>21</sup> *Cahier*, Etude des Accords de siège conclus entre les organisations internationales et les Etats où elles résident, Milan, 1959, pp. 243–244.

tional public, cette formule risque de ne pas lui paraître suffisante. Pour les raisons indiquées, il ne nous paraît pas possible d'aller plus loin.

30. La disposition considérée a fait l'objet d'une observation différente de la part de Mme *Bastid*, qui estime qu'il faudrait sans doute mettre à part le cas dans lequel la compétence d'une juridiction permanente est prévue par l'acte constitutif, même si une clause spéciale du contrat doit être prévue à cet effet. Nous avons donc mentionné ce cas par une incidente.

31. Enfin, M. *Reuter* s'est demandé s'il ne faudrait pas – comme du reste aussi pour la disposition suivante (paragraphe 4, anciennement 8) – réserver, dans le cas de désignation d'une institution permanente, soit nationale, soit internationale, l'obligation de vérifier que son statut lui permet d'accepter la fonction arbitrale que l'on envisage. C'est un point qui, en effet, peut présenter un intérêt pratique, encore qu'il faille espérer que les conseillers juridiques des organisations internationales ne manqueraient pas de l'avoir à l'esprit. Cela va-t-il sans dire ou cela irait-il mieux en le disant? S'il apparaît plus sûr de le rappeler, cela pourrait être fait en introduisant une nouvelle disposition (paragraphe 5) qui se situerait après les deux paragraphes visés par M. *Reuter* et aurait la teneur suivante :

«En cas de désignation d'une institution permanente, nationale ou internationale, les parties devraient vérifier si son statut lui permet d'accepter la fonction envisagée.»

Comme on le constatera, nous avons supprimé la référence à la fonction arbitrale puisqu'il est des cas dans lesquels le mode de règlement judiciaire par-devant une juridiction nationale ne doit pas être exclu<sup>22</sup>.

*Nouveau paragraphe 4 (anciennement 8)*

32. Ce paragraphe, relatif aux cas où les différends pourraient être soumis à des organes judiciaires nationaux, commençait par les mots:

«Dans la mesure où une organisation internationale considère une telle mesure comme compatible avec son statut et ses fonctions, le contrat ...»

M. *Salmon* suggère la légère modification suivante:

«Dans la mesure où une telle mesure n'est pas incompatible avec le statut et les fonctions de l'organisation internationale cocontractante.»

<sup>22</sup> Voir rapport provisoire n° 119, et nouveau paragraphe 3 du projet de résolution.

Nous serions disposé à accepter cette proposition avec des aménagements de pure forme.

Mme *Bastid*, de son côté, présente une suggestion analogue à celle faite au sujet du paragraphe précédent, et qui peut être également prise en considération. Elle suggère aussi que l'Institut pourrait relever l'importance du lien entre la clause renvoyant à un tribunal national et le droit applicable. Nous éprouvons quelque hésitation à le faire, en raison tant du partage d'opinion des membres de la Commission que des réponses négatives des organisations internationales consultées<sup>23</sup>, les clauses attributives de juridiction ayant éventuellement valeur de simple indice pour la détermination de la loi applicable, sans compter les problèmes de droit international privé qui pourront jouer auprès du tribunal national reconnu compétent. Enfin, Mme *Bastid* propose d'indiquer l'intérêt d'une clause contractuelle sur les conditions d'exécution de la décision judiciaire, ce qu'il nous semble en effet utile de signaler.

33. Cependant, en plus des commentaires relatifs aux dispositions concernant le mode de règlement – arbitral ou judiciaire –, on peut mentionner ici une observation de M. *Wortley* au sujet du recours éventuel à la conciliation. Nous avons indiqué en effet, dans la conclusion de notre rapport provisoire<sup>24</sup>, qu'indépendamment du mode de règlement prévu, il serait utile de prévoir, autant que possible, une procédure de conciliation à laquelle certaines organisations internationales avaient d'ailleurs signalé qu'elles avaient parfois – ou pourraient avoir – recours<sup>25</sup>. M. *Wortley* estime que ce n'est pas une bonne chose, du fait qu'une telle procédure n'est pas obligatoire et qu'elle ne fait qu'entraîner des délais; après tout, ajoute-t-il, la plupart des litiges sont en pratique précédés par un échange de correspondance en vue d'un règlement. De toute manière nous n'avons pas cru utile de reprendre ce point dans le projet de résolution et la question peut donc être laissée à l'appréciation de chaque organisation.

*Nouveau paragraphe 6 (anciennement 10)*

34. Ce texte était ainsi conçu:

«Si un différend surgit à propos d'un contrat qui ne contiendrait pas de clause sur le mode de règlement des différends et qu'il ne peut être résolu à l'amiable à la suite, soit de négociation entre les parties, soit de l'intervention diplomatique d'un

<sup>23</sup> Rapport provisoire nos 66 à 71.

<sup>24</sup> Rapport provisoire n° 153.

<sup>25</sup> *Loc. cit.*, nos 124 et 132.

Etat, les organisations internationales devraient envisager, soit la levée de l'immunité de juridiction dont elles peuvent bénéficier, soit la recherche d'un compromis avec l'autre partie en vue d'un arbitrage offrant les garanties nécessaires d'impartialité.»

MM. *Reuter* et *Salmon* considèrent qu'il faudrait être plus affirmatif. M. *Reuter* estime que, vu leur caractère fonctionnel, les organisations internationales ne disposent d'aucune souveraineté et *doivent*, ou bien lever l'immunité ou bien *négoier* une solution, au besoin par la conclusion d'un compromis d'arbitrage. M. *Salmon* signale qu'il s'agit d'une obligation prévue dans de nombreux textes relatifs aux privilèges et immunités des organisations internationales. C'était bien le sens que nous entendions donner à cette disposition et sans doute devrions-nous donc le dire plus nettement.

Une première manière de le faire serait de modifier comme suit la proposition principale de cette disposition, à partir des mots «les organisations internationales»:

«... les organisations internationales devraient, soit lever l'immunité de juridiction dont elles peuvent bénéficier, soit rechercher un compromis ...»

Une rédaction nouvelle – et plus simple – de la disposition dans son ensemble – qui tient également compte de deux suggestions de M. *Salmon* quant à la forme – pourrait aussi être la suivante:

«Si un différend surgit à propos d'un contrat qui ne contient pas de clause sur le mode de règlement des différends, les organisations internationales devraient, soit lever l'immunité de juridiction dont elles peuvent bénéficier, soit négocier avec le cocontractant en vue d'aboutir à une solution, au besoin par la conclusion d'un compromis d'arbitrage.»

C'est ce dernier texte, qui a l'avantage de la brièveté, que nous soumettons à l'appréciation de la Commission. On pourrait certes discuter de l'ordre dans lequel devrait apparaître l'alternative prévue, mais de toute manière il s'agit d'une option, non d'un ordre de priorité.

#### 4. Le droit applicable

##### *Nouveau paragraphe 7 (anciennement 1)*

35. Au sujet de cette disposition, M. *Mann* a remarqué en premier lieu que ce qui y est dit, à savoir que

«les organisations internationales devraient examiner l'opportunité de prévoir dans le contrat le système de droit applicable, etc.»,

s'applique à tous les contrats de caractère international et n'est pas propre aux organisations internationales.

S'il en est bien ainsi dans une certaine mesure, la portée plus générale d'une telle suggestion ne serait pas une raison pour ne pas la formuler dans le cas particulier des organisations internationales si cela apparaît utile. On pourrait toutefois tenir compte de la remarque de M. Mann en intercalant dans ce passage les mots:

«comme c'est généralement le cas pour les contrats de caractère international».

En réalité cependant, cette disposition est ici plus que la répétition d'un principe de portée générale. Elle présente une particularité dans le cas des organisations internationales puisque, comme nous l'avons vu<sup>26</sup>, plusieurs de celles-ci, à commencer par les Nations Unies, auraient en général des objections à insérer dans leurs contrats une clause sur le droit applicable, qui pourrait être un droit étatique. Aussi n'avons-nous pas cru pouvoir aller plus loin en la matière que de recommander aux organisations internationales «d'examiner l'opportunité» d'insérer de telles clauses dans leurs contrats, compte tenu des avantages et des inconvénients correspondants. Cette différence constitue plus qu'une nuance lorsqu'on compare la situation avec celle des contrats internationaux courants pour lesquels ce facteur n'intervient pas.

36. M. Mann ajoute que «l'opportunité» de prévoir dans le contrat le système du droit applicable n'existe pas pour les organisations internationales en tant que telles, car ce n'est pas l'organisation internationale seule qui décide des termes d'un contrat, mais c'est une action commune des parties. Est-il besoin de dire que nous n'avions pas perdu de vue que tout contrat suppose par définition un concours de volontés? Il nous semblait évident que la formule proposée visait l'objectif que les organisations internationales auraient à rechercher en discutant avec le cocontractant des termes du contrat. Nous avions du reste signalé<sup>27</sup> que l'objectif recherché par les organisations internationales au cours de ces discussions n'est pas toujours atteint puisque c'est parfois sur l'insistance du cocontractant que certaines clauses sont insérées dans divers contrats, en dépit des préférences différentes qu'auraient des organisations même de la taille des Nations Unies. Si cependant notre formule risque de prêter à malentendu, elle pourrait être modifiée, par exemple de la manière suivante:

<sup>26</sup> Rapport provisoire nos 50, 51 et 138.

<sup>27</sup> *Op. cit.*, n° 51.

«En concluant des contrats avec des personnes privées, les organisations internationales devraient examiner l'opportunité de proposer aux cocontractants que le contrat prévoie, comme c'est généralement le cas pour les contrats de caractère international, le système de droit qui lui sera applicable, à savoir ..., etc.»

37. Des commentaires plus importants de plusieurs membres de la Commission ont – et cela était naturel – porté sur la deuxième partie de cette disposition, où sont énumérés les différents types de droits que le contrat pourrait déclarer applicables. Le passage en cause suit celui cité plus haut et est ainsi rédigé:

«... à savoir, compte tenu des circonstances et de l'objet du contrat, le droit international, les principes généraux du droit, une loi étatique ou une combinaison de ces systèmes (par exemple, les principes généraux du droit qu'une loi étatique pourrait compléter à titre subsidiaire).»

Les commentaires à ce sujet ont porté sur l'un ou l'autre de ces différents types de droits.

Ainsi, l'objection présentée par M. *Mann* est que référence soit faite aux principes généraux du droit, placés sur le même pied que le droit international, mais comme constituant un élément distinct. A son avis, l'Institut ne devrait pas, dans le contexte spécial des relations contractuelles des organisations internationales, s'engager sur une certaine position doctrinale de très grande importance car un tel texte pourrait être cité à l'avenir à l'appui de cette vue doctrinale, ce qui irait au-delà de la tâche confiée à la Quatrième Commission. Dans le même ordre d'idées, M. *Morelli* est d'avis d'exclure toute référence aux principes généraux du droit car ceux-ci, «qu'il est possible de dégager d'un examen comparatif des différents ordres juridiques étatiques, ne peuvent être conçus comme un ensemble unitaire constituant proprement un ordre juridique». De son côté, M. *Rigaux*, qui craint que la référence aux principes généraux ne devienne une sorte de carte blanche laissée à l'arbitre ou au juge, demande que ses partisans éclairent la Commission sur leur contenu.

Une position plus nuancée est exprimée par Mme *Bastid*, qui estime que la formule donnant le choix entre les principes généraux du droit et le droit international reste équivoque. La référence aux principes généraux du droit lui semble plus précise que celle au droit international (sur laquelle nous reviendrons), car il s'agit des principes du droit des contrats. Cependant, si on les vise conjointement avec le droit international, on fait planer l'équivoque sur le point de savoir si l'on entend se référer à l'article 38.3 du Statut de la Cour internationale de Justice ou non. Il est très possible que, s'agissant des contrats, soit applicable un principe

général de droit qui n'a pas de raison de s'appliquer dans les rapports entre sujets de droit international.

38. Parfois aussi les objections sont contre la référence au droit international. Ainsi Mme *Bastid* estime, comme on vient de le voir, que le parallélisme entre les principes généraux du droit et le droit international crée une équivoque et que, s'il s'agit du droit international écrit, mentionné aux paragraphes 33 et suivants du rapport provisoire, c'est-à-dire de diverses conventions relatives au commerce international, les contrats des organisations internationales ne semblent pas s'y référer effectivement, et en tout cas il s'agit de règles conventionnelles, et il faudrait par conséquent que celles qui sont reconnues applicables soient mentionnées. Elle hésite donc sur la référence au droit international, mais elle se demande s'il ne faudrait pas mentionner que les contrats se situent dans un contexte déterminé par le droit international (personnalité de l'organisation internationale, immunités, but de l'organisation déterminé dans la charte constitutive). Elle ajoute que peut-être cette idée aurait sa place dans le préambule pour marquer le caractère propre de ces contrats. C'est effectivement dans ce sens que nous proposons de modifier notamment le deuxième considérant du préambule<sup>28</sup>.

De manière plus absolue, M. *Morelli* estime qu'il faudrait exclure toute référence non seulement aux principes généraux du droit, mais aussi au droit international, parce que cet ordre juridique ne règle d'aucune façon les contrats auxquels sont parties des personnes privées. M. *Seyersted* propose aussi de supprimer la référence au droit international parce que si, par ce terme, on veut dire autre chose que les principes généraux du droit, ce serait un mauvais conseil pour les organisations que de leur proposer de s'y référer, le droit international ne contenant pas beaucoup de règles applicables aux matières réglées par contrat. Si, par ailleurs, ajoute-t-il, on veut dresser la liste des possibilités théoriques, il faudrait inclure aussi le droit interne de l'organisation, c'est-à-dire ses règlements complétés par les principes généraux du droit<sup>29</sup>.

Dans le même sens, M. *Salmon* considère que l'application du droit international à un contrat avec une personne privée soulève des difficultés de principe, du fait que les seules règles de droit international pouvant régir le contrat sont, soit les règles établies par l'organisation, soit les

<sup>28</sup> Voir *supra* n° 24.

<sup>29</sup> Voir *Seyersted*, «Applicable Law in Relation between Intergovernmental Organisations and Private Parties», Recueil des Cours de l'Académie de droit international, 1967-III, pp. 529-534.

principes généraux du droit. En revanche, ajoute-t-il, il n'est pas impensable que les règles de droit international puissent affecter l'interprétation ou l'exécution du contrat (et M. Salmon se réfère au cas de décisions d'organes délibérants mentionné dans notre rapport provisoire<sup>30</sup> et dont il est tenu compte au paragraphe 9 [anciennement 3] du projet de résolution, ainsi qu'aux règles relatives à l'immunité de juridiction et d'exécution de l'organisation). En conséquence, M. Salmon, qui pense aussi, comme M. Seyersted, qu'il faudrait ajouter une référence aux règles établies par l'organisation – surtout en considération des situations contractuelles s'inscrivant dans des relations de nature réglementaire –, suggère la possibilité de rédiger le passage en discussion de la manière suivante:

«... à savoir, compte tenu des circonstances et de l'objet du contrat, et sans préjudice du fait que l'interprétation et l'exécution du contrat peuvent être affectées par les règles de droit international qui régissent les activités de l'organisation:

- une loi étatique déterminée, éventuellement figée à une date convenue;
- les règles établies par l'organisation;
- les principes généraux du droit;
- ou une combinaison de ces systèmes.»

39. Une manière radicale de donner satisfaction à certaines du moins de ces observations serait de supprimer toute cette énumération des différents types de droit que le contrat pourrait déclarer applicables. Ce serait toutefois enlever à la disposition une grande partie de son contenu et de son utilité. En effet, on ne fournirait plus alors aux organisations internationales d'indications sur les différentes formules entre lesquelles elles ont le choix, et même sur la possibilité de les combiner. Du même coup on n'indiquerait plus qu'il n'est pas nécessaire de recourir à une formule uniforme dans tous les cas.

40. Pourrait-on maintenir ce passage mais supprimer la référence, soit aux principes généraux du droit, comme le souhaitent les uns, soit au droit international, auquel s'opposent d'autres, soit aux deux, comme le voudraient certains?

Dans le dernier de ces cas, il ne resterait plus, pratiquement, que l'éventualité d'une loi étatique – car même si l'on ajoutait la référence au droit interne de l'organisation, on sait très bien qu'il n'en existe guère en tant que tel en matière contractuelle. Enoncer une telle solution revient en réalité à l'exclure.

Y aurait-il lieu alors d'exclure, soit les principes généraux du droit, soit le droit international? Dans chaque cas on satisferait les tenants de

<sup>30</sup> N° 142.

l'une ou de l'autre vue doctrinale – et il faut admettre que dans chacun des camps on avance des arguments d'un certain poids.

En réalité, l'ambiguïté est qu'en l'occurrence on se réfère à des notions – droit international, principes généraux du droit – qui évoquent naturellement le sens donné à ces termes en droit international public, alors qu'on a en vue des rapports principalement de droit privé. Il devrait donc être clairement entendu que ces deux termes sont pris dans le sens le plus large et que la notion des principes généraux du droit, notamment, n'est pas comprise dans le sens précis du Statut de la Cour internationale de Justice, mais plutôt, comme le remarque Mme *Bastid*, dans celui des principes régissant le droit des contrats tel qu'il se dégage des législations nationales en la matière et qu'il peut recevoir application dans les arbitrages internationaux de droit privé.

Certes, nous sommes ici dans des terrains où, qu'il s'agisse du droit international public ou privé, les controverses sont connues. S'agissant d'un projet de résolution à soumettre à l'Institut, il n'est pas question, à cette occasion, de trancher un point de doctrine, mais d'offrir un éventail de possibilités correspondant aux pratiques effectivement suivies par les unes ou les autres des organisations internationales. Or, nous avons bien constaté que si les clauses expresses des contrats relatives au droit applicable se réfèrent le plus fréquemment à une loi étatique, il y a des cas où référence a été faite aux principes généraux du droit, complétés au besoin par un droit étatique (contrat de l'OIT avec la Fondation suisse des immeubles pour les organisations internationales)<sup>31</sup>. Dans d'autres cas, il s'est agi tant du droit international que des principes généraux du droit et, subsidiairement, d'un droit étatique (CERN)<sup>32</sup>. Peut-on par ailleurs ignorer le large mouvement d'idées – même s'il est contesté et que la notion ait d'évidentes limites – en faveur de ce droit «anational», de cette nouvelle *lex mercatoria*<sup>33</sup>, dont les principes généraux du droit et le droit international semblent parfois être les deux faces, distinctes certes, mais que divise encore davantage une opposition doctrinale? Sur la question même qui nous concerne, nous avons relevé, dans notre rapport provisoire, que des membres de la Commission comme Mme *Bastid* et MM. *Salmon* et *Wortley* s'étaient prononcés en faveur des principes généraux

<sup>31</sup> Voir rapport provisoire n° 53.

<sup>32</sup> *Op. loc. cit.*

<sup>33</sup> *Op. cit.*, nos 38–39. Voir encore récemment la troisième chronique des sentences de la Cour d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale d'Y. Derains, *Clunet*, 1976, n° 4, pp. 968–999.

du droit – M. Salmon ayant plus récemment<sup>34</sup> tenu à préciser sa pensée actuelle, beaucoup plus réservée, et Mme Bastid, comme on vient de le voir, craignant l'équivoque qui viendrait du rapprochement avec le droit international –, alors que MM. *van Hecke* et *Reuter* avaient considéré la distinction comme largement terminologique<sup>35</sup>. Certes, M. *Mann* estime que seul le droit international constitue un véritable système de droit, M. *Rigaux* que ni le droit international ni les principes généraux du droit ne sont en mesure de fournir les solutions nécessaires, et ces diverses opinions sont loin d'être dénuées de fondement.

Dans l'ensemble, cependant, compte tenu de certaines pratiques et de l'avis de plusieurs de nos confrères, il peut paraître approprié de maintenir les références tant au droit international qu'aux principes généraux du droit, étant entendu que de telles références ne devraient d'aucune manière être interprétées comme signifiant l'approbation ou le rejet d'une opinion doctrinale quelconque et surtout que ces termes doivent – faudrait-il même l'indiquer dans la résolution? – être pris dans le sens le plus large qui ne les limite pas – notamment pour les principes généraux du droit – aux notions familières au droit international public.

41. Il pourrait en outre être utile d'inclure aussi une référence au droit interne de l'organisation, comme le proposent MM. *Salmon* et *Seyersted*. Il est vrai que le droit interne de l'organisation est parfois compris comme faisant partie du droit international, mais il serait préférable

<sup>34</sup> Dans ses dernières observations, M. Salmon a indiqué que la reconnaissance, de sa part, de l'application des principes généraux du droit ne procède pas d'un jugement de valeur, mais qu'il constate simplement qu'on s'y réfère. Sur le plan des jugements de valeur, il se rangerait aujourd'hui parmi ceux qui s'en méfient. Il relève notamment que si on les définit comme les principes acceptés *in foro domestico* et communs à tous les Etats, leur identification concrète soulève des difficultés insurmontables, étant donné que cela présuppose l'existence de règles uniformes des Etats, alors que celles-ci dépendent de valeurs et d'infrastructures politico-économiques. Aucune tentative convaincante n'a jamais été réalisée *a priori* de manière à apporter aux parties une sécurité réelle. Les principes généraux sont seulement une méthode pour éviter l'application du droit interne. «Leur fonction est négative et insécuritaire.» La détermination du contenu des principes dépendra de l'organe qualificateur. L'arbitre puisera le plus souvent ces principes dans sa propre culture. Un jugement sur l'opportunité d'une référence aux principes généraux du droit est largement une question d'espèce (exemple: s'il est souhaitable de ne pas appliquer un droit interne particulier, même au prix d'une insécurité foncière). Cela n'est souhaitable que dans les hypothèses où le contrat et la réglementation internationale qui lui sont applicables sont suffisamment développés pour rendre l'application résiduaire et marginale.

<sup>35</sup> *Op. cit.*, n° 38.

de lui reconnaître une identité propre. Il est vrai aussi que ce droit interne est surtout développé dans le domaine administratif régissant le contrat d'emploi des fonctionnaires des organisations, qui n'entre pas dans le cadre de nos travaux. Cependant, comme l'avait déjà signalé M. *Salmon* lors de la première consultation<sup>36</sup>, l'établissement par certaines organisations de contrats types est de nature à faire régir les contrats conclus sur cette base par le droit interne de l'organisation (par exemple dans le cas des organismes bancaires internationaux, du CERN, etc.). On peut aussi penser au cas, qui sera traité plus bas, du «droit gelé» qui a été expliqué comme constituant une incorporation d'un droit étatique dans le droit interne de l'organisation. Enfin, M. *Monaco* a aussi considéré que ce serait le droit interne de l'organisation, complété à titre subsidiaire par le droit étatique applicable, qui devrait régir les contrats des organisations avec des tiers<sup>37</sup>.

42. Si l'on maintenait donc l'énumération proposée – et complétée par le droit interne de l'organisation –, il resterait à examiner une question posée par M. *Virally* au sujet de la possibilité, mentionnée par le paragraphe considéré, d'une combinaison de plusieurs systèmes de droit. A cet égard, la disposition considérée mentionne l'exemple des «principes généraux du droit qu'une loi étatique pourrait compléter à titre subsidiaire». A ce propos, M. *Virally*, qui estime que, dans un certain nombre de cas (petits contrats de fournitures, opérations immobilières), la loi nationale s'imposera probablement, sans qu'on puisse poser de règle absolue, considère d'autre part que le droit international et les principes généraux du droit sont loin de répondre à tous les besoins, spécialement lorsqu'il s'agit de contrats économiques. Il en conclut que la meilleure solution pourrait être une combinaison avec un droit étatique, comme la disposition que nous avons proposée, mais il se demande s'il ne vaudrait pas mieux renverser la formule et adopter plutôt celle qui figure dans l'article 42 de la convention de Washington de 1965 sur le règlement des différends relatifs aux investissements entre Etats et ressortissants d'autres Etats, conclue sous les auspices de la Banque internationale pour la Reconstruction et le Développement<sup>38</sup>. D'après cet article, le droit applicable est, en cas de silence des parties, celui de l'Etat contractant partie au différend, «ainsi que les principes du droit international en la

<sup>36</sup> Voir rapport provisoire n° 41.

<sup>37</sup> *Monaco*, «Les capacités de droit privé des organisations internationales» dans *Festschrift Zepos*, vol. II, 1973, pp. 486–488.

<sup>38</sup> *Nations Unies, Recueil des Traités*, vol. 575, 1966, n° 8359, pp. 161 et s.

matière». M. Virally précise que la loi nationale, qui fournit ainsi le cadre technique approprié, devrait alors être appliquée en prenant en considération les «principes du droit international en la matière», qui devront probablement être compris, dans le cas des organisations internationales, en relation avec la fonction et les prérogatives de ces organisations.

43. Tout en comprenant fort bien les raisons d'efficacité technique qui inspirent cette proposition, nous verrions quelques difficultés à la suivre. En effet, dans les cas où des organisations internationales ont, comme on l'a vu, prévu dans leurs contrats une combinaison de systèmes de droit, les principes généraux du droit – ou le droit international – occupent la première place, et le droit étatique ne figurait qu'à titre subsidiaire. Cela s'explique par la réticence des organisations intéressées à accepter le recours à un droit étatique – au moins à titre principal. Quant à la convention de Washington, elle vise, comme l'admet du reste M. Virally, le cas différent de contrats d'Etats<sup>39</sup> (et la loi nationale de ceux-ci). Dans ces conditions, il serait plus conforme à la pratique et aux conceptions de diverses organisations de maintenir l'ordre de la combinaison suivi dans le projet de résolution – qui est du reste présenté comme un simple exemple –, tout en ajoutant la possibilité mentionnée par M. Virally.

44. M. Mann considère, pour sa part, que cette possibilité de combiner plus d'un système de droit n'est pas une chose à recommander, comme le prouverait une amère expérience. Cela entraîne de grandes difficultés pratiques et une telle suggestion ne devrait pas, estime-t-il, recueillir l'autorité de l'Institut.

La grande expérience de M. Mann doit évidemment nous faire réfléchir. Etant donné, cependant, que cette formule a été utilisée récemment encore par des organisations comme l'OIT et le CERN, qu'à d'autres égards – et dans un ordre différent – elle a été recommandée, comme on vient de le voir, par la convention de 1965 pour le règlement des différends en matière d'investissements et qu'en pratique un système de droit étatique désigné à titre subsidiaire peut permettre de combler les inévitables lacunes du droit international ou des principes généraux du droit, si ceux-ci sont désignés comme applicables à titre principal, nous croyons finalement utile de maintenir la mention de cette éventualité.

*Nouveau paragraphe 8 (anciennement 2)*

45. Cette disposition porte sur le problème du «droit gelé» que M. Reuter avait signalé à notre attention. A la question spéciale posée à ce

<sup>39</sup> Voir aussi *supra* n° 8.

sujet aux organisations internationales, les réponses avaient été peu nombreuses et divisées, mais deux organisations (Nations Unies et OCDE) avaient indiqué que les règles matérielles applicables au contrat étaient celles en vigueur à la date de sa conclusion, alors que deux autres (FAO et Communautés européennes) s'étaient prononcées en sens contraire<sup>40</sup>. Nous avons donc cru utile de proposer une disposition aux termes de laquelle

«dans le cas du choix d'une loi étatique, le contrat pourrait, dans certains cas, préciser que cette loi est entendue dans sa teneur au moment de la conclusion du contrat».

Des observations en sens différents ont été présentées à ce sujet par MM. *Reuter, Mann et Virally*.

46. M. *Reuter* considère que cette disposition est rédigée avec une excessive prudence et présente un caractère ambigu. Tout d'abord, souligne-t-il, l'hypothèse envisagée est possible juridiquement dans tous les cas, mais elle équivaut à soustraire un contrat à la souveraineté de tout système national, car elle revient à dire que le législateur national intéressé se trouve dépouillé de la prérogative d'imposer la loi. Si le système national en cause modifie par exemple les lois monétaires et les parités – et l'exemple est pris en raison de son haut intérêt pratique –, le contrat en cause échappe à son empire. M. *Reuter* considère que le texte de la résolution doit constater cette liberté, rattachée aux privilèges de l'organisation internationale et par conséquent au droit international public, *d'une manière générale*. Une deuxième question est de savoir si l'Institut recommande d'en user et «dans certains cas» seulement, sans même énoncer le principe qui sert à déterminer ces cas. M. *Reuter* croit qu'il faudrait dire à peu près que

«l'organisation internationale ayant la faculté légale d'user d'une référence à un système étatique gelé, l'organisation internationale en usera dans tous les cas où l'exercice de ses fonctions appelle un système juridique précis, complet et stable».

47. C'est dans un sens opposé que se prononce M. *Mann*. Il considère qu'une telle disposition touche un problème vaste et général de droit international privé qui a suscité beaucoup de discussions. Son opinion personnelle est qu'une telle «clause stabilisatrice» n'est ni possible en droit ni pratique en fait mais quoi qu'on en pense, cela, conclut-il, n'est de nouveau pas un problème particulier à notre sujet et l'Institut ne devrait pas adopter, dans le contexte particulier des organisations interna-

<sup>40</sup> Voir rapport provisoire n° 52.

tionales, une résolution portant sur une question qui est d'importance tellement plus générale.

48. De son côté, M. *Virally* estime, d'une manière plus générale, que, s'il existe un système d'arbitrage ou de règlement judiciaire qui fonctionne bien, les questions de droit applicable seront plus aisément réglées et que, pour les raisons déjà indiquées, on ne pourrait pas, dans ce domaine, aller bien loin. Aussi serait-il tenté d'omettre deux ou trois paragraphes, y compris celui en discussion.

49. Sur un point aussi délicat, il ne serait sans doute pas approprié de proposer une solution définitive alors qu'on ne dispose à son sujet d'observations expresses que de trois membres de la Commission, du reste en sens opposé, encore que les autres membres qui ont répondu n'y ont sans doute pas vu d'objection. On peut néanmoins faire le bref commentaire suivant. Tout d'abord, s'il est vrai que la question du «droit gelé» a une portée plus générale et peut prêter à controverse, cela ne devrait pas empêcher la Commission d'en traiter dans les limites de son sujet et pour autant qu'elle présente un intérêt particulier pour celui-ci. Or quelques organisations internationales – importantes bien qu'en nombre limité – paraissent bien y attacher de l'intérêt. Sans donc accorder à la question une importance capitale, nous inclinerions à maintenir une disposition qui indique simplement une possibilité. Quant aux justifications théoriques de la notion de «droit gelé», rappelons qu'il a pu être analysé comme opérant l'incorporation *ad hoc* du droit étatique choisi dans le droit interne de l'organisation.

50. Si l'on retenait la disposition, resterait encore la question de sa formulation exacte. Il est important, comme l'a remarqué M. *Reuter*<sup>41</sup>, d'éviter toute ambiguïté. Il faudrait également, dans l'esprit de liberté des organisations internationales qu'il a aussi souligné, et compte tenu de la différence de leurs pratiques en la matière, qu'il soit bien clair que cette disposition signale simplement une faculté à laquelle il serait loisible d'avoir recours. Enfin, si l'on peut concevoir l'utilité qu'il y aurait à énoncer le principe qui peut justifier une telle pratique, encore devrait-on veiller à éviter une formulation qui apparaisse trop théorique et risque d'accroître les divisions.

On pourrait, dans ces conditions, envisager un texte comme suit:

«Dans les cas où l'exercice des fonctions d'une organisation internationale appelle un système juridique précis, complet et stable, les contrats conclus par cette

<sup>41</sup> Voir *supra* n° 46.

organisation pourraient préciser que le droit applicable sera un système juridique étatique dans sa teneur au moment de la conclusion du contrat.»

51. Cette notion de «droit gelé» ne devrait-elle pas s'étendre au droit interne de l'organisation? a par ailleurs demandé M. *Seyersted*. Nous verrions diverses raisons de ne pas l'envisager à ce stade, notamment que la question n'a pas fait l'objet de consultations comme les autres dispositions du projet, et que la motivation relative au gel de droits étatiques ne jouerait pas dans le cas du droit interne des organisations.

52. Enfin M. *Salmon* a estimé que cette disposition devrait être fondue avec la précédente, car elle est une des hypothèses qui devraient y figurer. Nous avons vu plus haut la forme – incidente – qu'il suggère de lui donner. Nous ne verrions pas d'inconvénient majeur à cette forme plus brève, mais compte tenu de la controverse sur la notion même de droit gelé, la Commission voudra sans doute examiner s'il ne vaut pas mieux consacrer à la question une disposition distincte contenant davantage d'explications.

*Nouveau paragraphe 9 (anciennement 3)*

53. Ce texte avait été ainsi rédigé:

«Pour autant qu'il est nécessaire de tenir compte des responsabilités de droit international public de l'organisation qui découlent de sa mission, le contrat devrait contenir une clause au sujet des effets que ces responsabilités peuvent avoir sur son exécution.»

Pour M. *Salmon*, cette disposition n'est pas recommandable parce qu'il est difficile de prévoir les possibilités de force majeure envisagées, et qu'une telle clause risque d'effrayer inutilement les cocontractants. M. *Virally* est aussi favorable à sa suppression, pour les raisons d'ordre plus général données au sujet de la précédente disposition. Par ailleurs, M. *Mann* n'est pas très au clair sur le sens de ce texte et il ne voit pas ce que ce genre de clause devrait prévoir.

54. En revanche, Mme *Bastid* a signalé l'importance d'une référence aux nécessités du service international et de prérogatives particulières à l'organisation internationale dans l'intérêt des ses objectifs fondamentaux<sup>42</sup>. De même, M. *Reuter* trouve très judicieuse la disposition proposée et en comprend l'objet comme étant d'inviter les parties à préciser les obligations qui peuvent naître pour le particulier du caractère exorbitant du droit commun que présente l'activité de l'organisation internationale.

<sup>42</sup> Voir *supra* n° 12.

On exprime, écrit-il, une idée que l'on veut sauvegarder sans recourir à la notion de contrat administratif à laquelle la *common law*, entre autres, serait rebelle. Et M. Reuter ajoute qu'il s'agit concrètement de la flexibilité plus grande que comporteraient les obligations du particulier afin de pouvoir les adapter aux «missions», aux «objectifs» de l'organisation internationale, et qu'il s'agirait peut-être aussi des sanctions frappant l'inexécution par le particulier de ses obligations. Faudrait-il alors, s'interroge M. Reuter, être plus précis et le dire ou rester vague, mais exprimer l'idée autrement et dire par exemple:

«Le contrat devrait préciser si à raison des missions confiées à l'organisation internationale par des engagements de droit international public, le particulier se trouve associé à certaines obligations de l'organisation internationale et subit de ce fait des charges particulières.»?

55. Effectivement, cette disposition, qui concerne les cas où intervient la notion de service public qui fait jouer le droit international public<sup>43</sup>, vise plus spécialement les contrats dont l'exécution peut poser des questions touchant, soit la nature de l'organisation, soit la mission qui lui est confiée.

Dans le premier cas, par exemple, le cahier des charges générales établi en 1968 lors de la construction du nouveau bâtiment du BIT a prévu que les rapports entre le BIT et les entreprises sont régis par les droits suisse et genevois «sous réserve du droit international public applicable au BIT ou aux entreprises», ce qui peut être compris, tant comme un rappel du statut du BIT en Suisse que comme une justification de certaines dérogations au droit suisse et à la pratique du contrat d'entreprise dans le pays.

Dans le deuxième cas, celui de la mission de l'organisation internationale<sup>44</sup>, on peut penser, par exemple, à l'exécution d'un contrat rattaché à une action de coopération technique que viendraient perturber des facteurs de droit international public ou de politique internationale (comme la décision d'une assemblée internationale ou d'un gouvernement, des changements dans la composition étatique d'une organisation internationale ou dans la structure d'un Etat) dont la gravité serait telle que les opérations envisagées devraient être modifiées, suspendues ou

<sup>43</sup> Voir Encyclopédie juridique Dalloz, Répertoire de droit international publié sous la direction de Ph. Francescakis, tome I, Paris, 1968, Vo Contrats et conventions par H. Batiffol, n° 4, p. 563, et Vo Contrat administratif par A. M. Toubiana, n° 11, p. 576.

<sup>44</sup> Voir aussi à ce sujet rapport provisoire n° 142, 2e alinéa.

interrompues<sup>45</sup>. Pour éviter des contestations et pour tenir compte de la mission de l'organisation internationale sans sacrifier les intérêts du cocontractant privé, le genre de clause envisagé par cette disposition pourrait prévoir le droit pour l'organisation internationale, en cas d'événements de ce type, de décider, soit de la suspension ou de l'interruption du contrat, soit de la modification ou de la renégociation de ses termes, tout cela moyennant, s'il y a lieu, une indemnité raisonnable, dont le bien-fondé et le montant pourraient, en cas de contestation, être déterminés par les organes prévus pour connaître des différends éventuels.

56. L'utilité d'une telle disposition est renforcée par la communication du CERN citée plus haut<sup>46</sup> dans laquelle il est indiqué que les contrats de caractère administratif présentent des dispositions exorbitantes du droit commun, notamment le pouvoir unilatéral de l'organisation de modification, poussé jusqu'à celui de résiliation du contrat, à tout moment, un avenant venant constater l'accord des parties, non pas sur le fondement de la modification elle-même, mais sur l'indemnisation qu'elle entraîne pour la partie qui la subit.

57. On comprendra donc qu'en raison de l'importance que peut présenter cette question, le maintien de cette disposition nous paraisse nécessaire. Cependant, sa rédaction gagnerait à s'inspirer de celle suggérée par M. Reuter, en illustrant aussi les types d'effets que le contrat pourrait subir, et en précisant le droit à indemnisation du cocontractant. Cela pourrait s'exprimer de la manière suivante:

«Le contrat devrait préciser si, en raison des responsabilités et missions de droit international public d'une organisation internationale, le cocontractant privé peut être soumis à des charges ou risques particuliers lors de l'exécution du contrat – tels que modification, suspension ou résiliation à l'initiative de l'organisation – et quel serait dans un tel cas son droit à indemnisation.»

*Nouveau paragraphe 10 (anciennement 4)*

58. Cette disposition était conçue en ces termes:

«Dans le cas où le contrat ne précise pas le système de droit applicable et qu'un compromis intervenu lorsqu'un différend a surgi n'apporte pas une telle précision, le droit applicable sera, en cas de besoin, déterminé par l'organe prévu

<sup>45</sup> Ainsi les contrats types pour les sous-contrats des projets de coopération technique de l'OIT contiennent une clause prévoyant que l'organisation peut en tout temps mettre fin à l'ensemble ou à une partie du contrat si de son côté le gouvernement intéressé ou le Programme des Nations Unies pour le Développement met un terme au projet.

<sup>46</sup> *Supra* n° 3 en note.

pour se prononcer sur le différend, compte tenu des différents facteurs et indices entrant en ligne de compte pour définir le système de droit avec lequel le contrat a la relation la plus étroite.»

59. Certaines remarques au sujet de ce texte concernent sa formulation exacte. Ainsi M. *Mann* propose d'ajouter le mot «expressément» à la première ligne. Cela nous semble logique, pour des raisons évidentes. M. *Salmon* suggère de remplacer les mots «qu'un compromis intervenu lorsqu'un différend a surgi n'apporte pas une telle précision» par les mots «sauf accord postérieur des parties sur ce point». Nous ne voyons pas d'inconvénient à remplacer le terme précis de compromis par une formule plus générale. Nous sommes également d'accord avec M. *Salmon* pour remplacer, *in fine*, les mots «le système» par «le ou les système(s)».

60. D'une manière plus générale, cependant, M. *Mann* considère que la disposition ci-dessus affirme quelque chose d'évident, qui se produit dans chaque cas individuel, c'est-à-dire essentiellement que, lorsqu'il n'y a pas de clause expresse, le tribunal doit trouver la loi applicable conformément aux principes établis et en particulier s'assurer si le choix de la «*proper law*» a fait l'objet d'un accord implicite ou peut être attribué aux parties ou bien encore doit être dégagé des circonstances du cas.

61. S'il est vrai que cette disposition reprend le principe général de la détermination de la loi applicable, son utilité serait justement d'indiquer que, même lorsqu'il s'agit des organisations internationales, le droit applicable devra, dans chaque cas, être établi «en considérant toutes les circonstances de la cause» et non pas selon une formule ou une directive uniforme<sup>47</sup>.

En l'occurrence même, la difficulté, plus grande – on l'a vu – que dans les contrats entre Etats et personnes privées étrangères, sera parfois, comme dans le cas d'arbitrages de droit international privé, qu'il n'existera pas de *lex fori* permettant la détermination de ce droit<sup>48</sup>. M. *Pierre Lalive* notamment signale dans ses commentaires la distinction entre les cas où le différend est soumis à une juridiction étatique, qui est liée par

<sup>47</sup> Voir à ce sujet rapport provisoire nos 72 à 87.

<sup>48</sup> Rappelons que ce point a été traité dans les cours et ouvrages bien connus de MM. *Fouchard, Goldman, Loussouarn et Bredin* et que, récemment, M. *Pierre Lalive*, dans un rapport du plus haut intérêt (Les règles de conflits de lois appliquées au fond du litige par l'arbitre international siégeant en Suisse, dans *L'arbitrage international privé et la Suisse*, Genève, 1977), a signalé le rôle important joué par la «liberté arbitrale» (voir rapport provisoire note sous n° 74 et version abrégée du rapport dans la *Revue de l'arbitrage*, 1976, n° 3, pp. 155–185).

son système de règles de conflit, et celui où il est confié à un arbitre qui devra bien partir de certains principes de droit international privé qui ne seront pas nécessairement ceux du siège. En outre, M. *Morelli* a souligné dans ses observations que, lorsque le règlement d'un différend concernant une organisation internationale est confié à un arbitre, il y aura le problème préliminaire très délicat de déterminer l'ordre juridique dont l'arbitre tire ses pouvoirs.

62. Pour en revenir à la question plus générale du rattachement des contrats considérés, l'opinion que nous avons avancée et qu'ont partagée plusieurs membres de la Commission est que, pour reprendre les termes de M. *Virally*, la très grande variété des contrats passés par les organisations internationales – et l'extrême diversité des organisations elles-mêmes – excluent que l'on puisse penser à des solutions uniformes. Ce problème doit donc être résolu, dans chaque cas particulier, en fonction de toutes les considérations pertinentes en l'espèce.

Cela étant, il ne nous avait pas paru possible d'inclure dans le texte même de la résolution considérée une sorte d'énumération des grands types de contrats et de leur rattachement éventuel, dont nous n'avons fait qu'esquisser certaines grandes lignes dans notre rapport provisoire<sup>49</sup>. En effet – si l'on excepte le rattachement à la *lex rei sitae* pour les droits réels immobiliers<sup>50</sup> et même là des dérogations ne sont pas à exclure –, ce rattachement dépendra souvent des indices entourant chaque cas concret, et qui seront parfois plus complexes que pour les contrats internationaux habituels entre particuliers puisque, comme l'a observé M. *Pierre Lalive*, il se peut qu'on ait à faire intervenir des différences selon les types de contrats et selon les types d'organisations internationales, ainsi que selon le degré plus ou moins grand de développement, dans la loi nationale en cause, des règles de «droit international privé matériel», ou encore selon la souplesse plus ou moins grande de la jurisprudence de cette loi «nationale» et de ses possibilités d'adaptation. Compte tenu de toutes ces circonstances, il peut être utile d'indiquer au moins qu'il y aura lieu de procéder dans chaque cas à la recherche du rattachement le plus approprié.

63. Mais ne pourrait-on vraiment pas aller plus loin? M. *Seyersted* a estimé que la résolution de l'Institut devrait – en plus des conseils et

<sup>49</sup> Nos 76 à 81.

<sup>50</sup> Et, ajoute M. *Pierre Lalive* dans ses commentaires sur notre exposé préliminaire, aussi mobiliers. Toutefois ajoute-t-il, certaines questions pourraient se poser pour ces derniers, par exemple en cas de matériel vendu à l'organisation internationale avec réserve de propriété, etc.

autres dispositions de procédure que contient le projet – contenir des indications de fond sur le droit applicable lorsque ces conseils n'auront pas été suivis. Il ne faudrait traiter, précise-t-il, que des problèmes spéciaux qui découlent du fait que l'une des deux parties est une organisation et notamment des cas où le droit international privé fait référence au droit de l'organisation. M. Seyersted avait déjà soutenu que dans ce cas il faudrait appliquer le droit interne de l'organisation<sup>51</sup> et que c'est seulement dans certains cas spéciaux – comme celui de la loi du domicile pure – qu'on peut choisir d'autres solutions. Il estime donc qu'on peut aussi inclure de telles règles de fond dans la résolution envisagée.

Tout en comprenant le désir de M. Seyersted de voir adopter une résolution aussi substantielle que possible, nous craignons que les raisons données au paragraphe précédent (n° 62) aussi bien que le sentiment général des membres de la Commission ne nous permettent pas d'aller au-delà des termes généraux proposés dans le projet de résolution. Les différences entre organisations, le contenu plus ou moins limité du droit interne de chacune d'elles, sans parler de la diversité des positions théoriques, sont notamment autant de raisons pour que l'Institut s'abstienne d'une tentative de définir les cas dans lesquels le droit interne de l'organisation doit être considéré comme applicable. C'est l'œuvre de la pratique et de la doctrine et il n'est que de rappeler à cet égard l'ouvrage classique de *Wilfred Jenks*<sup>52</sup> et le cours précité de M. *Seyersted*.

64. De toute manière, remarque M. *Reuter*, c'est l'intention des parties qui est la clef de voûte du système et il faudrait le mentionner dans la partie finale de ce paragraphe, et ouvrir la porte à la référence à plusieurs systèmes. Il propose donc le texte suivant:

«... se prononcer sur le différend en recherchant l'intention des parties, compte tenu des différents facteurs et indices entrant en ligne de compte pour définir le ou les systèmes de droit avec lequel ou lesquels le contrat a la relation la plus étroite.»

On ne peut qu'être d'accord pour mettre l'accent sur l'autonomie de la volonté. Il faudrait néanmoins aussi tenir compte du fait que, dans les cas où cette volonté ne résulte pas d'une déclaration expresse et où la limite est difficile à tracer entre des «volontés implicites de plus en plus

<sup>51</sup> «Applicable Law in Relations between Intergovernmental Organisations and Private Parties», Recueil des Cours, 1967-III, pp. 545 et s.

<sup>52</sup> *The Proper Law of International Organisations*, Londres et New York, 1962.

hypothétiques et l'absence de volonté<sup>53</sup>, et plus spécialement dans le système anglo-américain de la «*proper law of the contract*»<sup>54</sup>, la localisation du contrat s'effectue à partir d'indices particuliers dégagés de l'opération, telle que les parties l'ont conçue, sinon, à partir des indices généraux classiques qui sont le lieu d'exécution et le lieu de conclusion<sup>55</sup>. Bref, si, en pratique, l'opposition entre objectivisme et subjectivisme ne doit pas être exagérée<sup>56</sup>, ce n'est pas par l'analyse unique et exclusive des volontés que l'on arrive parfois à déterminer le système juridique avec lequel le contrat a le lien le plus étroit et que les parties sont censées avoir eu l'intention de désigner<sup>57</sup>.

Sans donc cesser de mettre au premier plan la recherche de la volonté des parties, peut-être conviendrait-il de ne pas se référer uniquement à elle, ce qui, à notre sens, pourrait se faire simplement en ajoutant le mot «et» après le mot «des parties» dans le membre de phrase proposé par M. *Reuter*.

65. Sur un plan plus général, la détermination du droit applicable pose certaines questions de méthode fondamentales. C'est sur celles-ci que M. *Morelli* a attiré l'attention en signalant d'abord qu'

«il faut distinguer entre, d'une part, l'ordre juridique constituant, dans son ensemble, la base ultime d'où le contrat tire sa valeur en tant qu'acte juridique et, d'autre part, les règles qu'il faut en définitive appliquer pour apprécier le contrat»

(et qui peuvent avoir leur origine dans un ordre juridique différent). En tout cas, le point de départ de l'analyse juridique doit être, non pas le contrat en tant que tel, mais plutôt l'ordre juridique de base, et il est difficile de concevoir un contrat indépendant de tout ordre juridique. Or, un contrat conclu par une organisation internationale avec une personne privée peut être envisagé à la fois par plusieurs ordres juridiques, entre lesquels il faudra donc choisir. Entrent en ligne de compte, à cet égard, en

<sup>53</sup> Voir *Batiffol*, «Subjectivisme et objectivisme dans le droit international privé des contrats», Mélanges Maury, reproduits dans *Choix d'articles*, Paris, 1976, p. 626.

<sup>54</sup> Voir *O. Kahn-Freund*, «La notion anglaise de la «proper law of the contract» devant les juges et devant les arbitres», *Revue critique de droit international privé*, 1973, n° 4, pp. 607-627.

<sup>55</sup> *Batiffol*, Vo «Contrats et conventions», Répertoire de droit international, préc., nos 45 et s., pp. 567 et s.

<sup>56</sup> *Battifol et Lagarde*, *Droit international privé*, vol. II, 6e éd., 1976, p. 243, note 24.

<sup>57</sup> Voir un arrêt du 27 novembre 1974 de la Cour de cassation de Belgique, *Revue critique de droit international privé*, 1976, n° 4, pp. 660 et s. et note Gothot.

premier lieu les différents ordres juridiques étatiques (Etat de siège et autres) et, parmi les ordres juridiques non étatiques, l'ordre juridique interne de l'organisation (s'il est envisagé par ses propres normes). M. *Morelli* exclut cependant, comme nous l'avons vu<sup>58</sup>, toute référence au droit international de même qu'aux principes généraux du droit.

Le choix de l'ordre juridique approprié sera nécessairement lié, poursuit M. *Morelli*<sup>59</sup>, selon que le règlement du différend sera confié à un juge étatique – qui devra prendre comme point de départ l'ordre juridique de son propre Etat (ce qui ne l'empêche naturellement pas d'appliquer, dans certaines conditions, les règles d'autres ordres juridiques) – ou au tribunal administratif de l'organisation (qui devra prendre comme point de départ l'ordre juridique interne de la même organisation).

Si ces considérations de méthode ne peuvent trouver de place dans le texte même de la résolution, il fallait que notre rapport les mentionne au bénéfice de ceux qui auront à se pencher à l'avenir sur la question.

#### *Ancien paragraphe 5*

66. Dans le projet joint au rapport provisoire la dernière disposition relative au droit applicable était rédigée en ces termes:

«Afin de limiter autant que possible les difficultés tenant à la détermination du système de droit applicable, les dispositions de fond des contrats d'une certaine importance devraient être rédigées de manière suffisamment précise, tout en évitant l'excès de détails qui pourraient être une source de différends.»

Cette disposition a suscité des hésitations. Mme *Bastid* indique que la recommandation sur la nécessité d'une rédaction assez précise devrait être distinguée du problème de la détermination du système de droit applicable. MM. *Salmon* et *Virally* éprouvent des doutes quant au maintien d'un tel souhait dans la résolution. Pour le cas où une telle disposition serait maintenue, M. *Salmon* présente diverses suggestions à ce sujet (par exemple l'étendre aux cas où le système choisi est les principes généraux du droit, ainsi qu'à toutes les dispositions du contrat et non seulement à celles sur le fond, ne pas recommander d'éviter l'excès de détails, etc.). M. *Seyersted* estimerait utile d'ajouter la nécessité d'éviter les répétitions et les termes et phrases inutiles, qui peuvent compliquer l'interprétation, la traduction en d'autres langues et l'application.

A la réflexion, il nous semble que l'opportunité d'un tel genre de

<sup>58</sup> *Supra* n° 37.

<sup>59</sup> *Supra* n° 22.

conseil quant au mode de rédaction des contrats pourrait fort bien être mise en doute, sans compter que, comme on le voit, les avis peuvent diverger quant à la bonne mesure à observer entre l'excès de litote et l'abondance des détails. Nous omettons donc ce texte dans notre nouveau projet.

### 5. *Les dispositions finales*

#### *Ancien paragraphe 11*

67. Des deux dispositions finales, seule celle portant sur les consultations entre organisations a fait l'objet d'observations. Il s'agit de l'ancien paragraphe 11, aux termes duquel

«il serait souhaitable que les organisations internationales se consultent de temps à autre pour échanger leurs expériences au sujet des contrats conclus avec des personnes privées et examiner la possibilité d'améliorer leurs pratiques, compte tenu des différences existant entre les diverses situations».

Mme *Bastid* suggère une rédaction un peu différente qui parte des expériences de confrontation qui ont été signalées pour encourager à les développer dans l'avenir. Dans ce domaine, ajoute-t-elle, où existe peut-être un certain «esprit de clocher», il n'est peut-être pas inutile de montrer que certaines d'entre elles ont pu spontanément chercher à élargir leur horizon. D'autre part, MM. *Salmon* et *Virally* éprouvent des doutes quant à l'opportunité, pour l'Institut, de donner de tels conseils.

En fait, cette disposition avait bien été inspirée par la constatation que les organisations internationales ont eu tendance à développer leurs pratiques en matière de contrats de manière indépendante et peut-être sans se consulter suffisamment, et que les réponses de certaines organisations témoignent d'un désir de plus étroite consultation ou d'une plus grande uniformisation des procédures<sup>60</sup>. Bien qu'une telle suggestion vise à rendre plus efficace l'action des organisations internationales, peut-être n'est-il pas approprié que ce soit l'Institut qui les incite à une telle coordination. Au stade actuel, nous omettons donc un tel paragraphe du nouveau projet de résolution et, au besoin, la question pourrait être discutée lorsque la Commission se réunira.

Sur la base des considérations qui précèdent, on trouvera ci-après une nouvelle version du projet de résolution sur lequel la Quatrième Commission est appelée à se prononcer.

Genève, 1er mars 1977

<sup>60</sup> Voir rapport provisoire n° 136.

---

## Projet de résolution

L'Institut de Droit international,

*Considérant* que le développement des organisations internationales et de leurs activités entraîne la conclusion d'un nombre croissant de contrats de différents types entre ces organisations et des personnes privées;

*Considérant* qu'il est souhaitable que de telles relations contractuelles répondent aux exigences suivantes : exercice sans trouble par les organisations internationales de leur mission dans le cadre déterminé par le droit international, respect du droit et sécurité des transactions et des relations juridiques;

*Considérant* qu'en raison de la variété des situations et des pratiques en la matière il ne serait ni possible ni approprié d'envisager des règles uniformes pour les différents types d'organisations internationales et de contrats conclus par celles-ci;

*Estimant* cependant utile de signaler les principales questions qui se posent, notamment en ce qui concerne les organisations bénéficiant de l'immunité de juridiction, de dégager les options qui se présentent et de formuler certaines recommandations de caractère général;

*Considérant* les résultats d'une consultation conduite auprès de nombreuses organisations internationales et les informations fournies par celles-ci;

*Adopte* la présente résolution:

### *I*

1. Il serait très souhaitable que les contrats considérés, dans le cas d'organisations bénéficiant de l'immunité de juridiction, contiennent une disposition prévoyant un mode de règlement satisfaisant des différends

résultant de ces contrats, et comportant notamment l'examen du différend par un organe impartial, chargé de se prononcer sur une base juridique.

2. L'organe en question pourrait être un organe arbitral établi selon les règles d'une institution permanente d'arbitrage – si les règles établies par cette institution correspondent aux besoins propres à la relation juridique envisagée – ou en vertu d'arrangements ad hoc prévus dans le contrat. Dans ce dernier cas, le contrat devrait indiquer la composition et le mode de nomination de l'organe arbitral, la manière dont se ferait la désignation de l'arbitre ou surarbitre en cas de non-coopération de la partie appelée à y concourir, et de préférence le lieu où se déroulerait l'arbitrage. Il serait aussi utile de spécifier si, et dans quelles conditions ou pour quel type de différend, l'organe arbitral pourra agir en amiable compositeur.

3. L'organe prévu pour le règlement des différends pourrait être aussi, si sa compétence est reconnue par les parties à la suite d'une disposition de l'acte constitutif de l'organisation ou simplement par voie contractuelle, une juridiction établie par une organisation internationale en vue d'examiner – principalement ou notamment – des recours administratifs ou de droit privé.

4. Lorsqu'une telle mesure n'est pas incompatible avec le statut et les fonctions d'une organisation internationale partie au contrat – et que ceci soit ou non prévu expressément par l'acte constitutif de l'organisation –, le contrat pourrait aussi prévoir que les différends seront soumis à un organe judiciaire national et il devrait alors préciser la juridiction qui en serait saisie. Il serait également utile que le contrat précise alors aussi les conditions d'exécution de la décision à intervenir.

5. En cas de désignation d'une institution permanente, nationale ou internationale, les parties devraient vérifier si son statut lui permet d'accepter la fonction envisagée.

6. Si un différend surgit à propos d'un contrat qui ne contient pas de clause sur le mode de règlement des différends, les organisations internationales devraient, soit lever l'immunité de juridiction dont elles peuvent bénéficier, soit négocier avec le cocontractant en vue d'aboutir à une solution, au besoin par la conclusion d'un compromis d'arbitrage.

## *II*

7. En concluant des contrats avec des personnes privées, les organisations internationales devraient examiner l'opportunité de proposer aux cocontractants que le contrat prévoie, comme c'est généralement le cas pour les contrats de caractère international, le système de droit qui lui sera applicable, à savoir, compte tenu des circonstances et de l'objet du contrat, le droit international, les principes généraux du droit, le droit interne de l'organisation internationale, une loi étatique ou une combinaison de ces systèmes (par exemple, les principes généraux du droit qu'une loi étatique pourrait compléter à titre subsidiaire ou inversement).

8. Dans le cas où l'exercice des fonctions d'une organisation internationale appelle un système juridique précis, complet et stable, les contrats conclus par cette organisation pourraient préciser que le droit applicable sera un système juridique étatique dans sa teneur au moment de la conclusion du contrat.

9. Le contrat devrait préciser si, en raison des responsabilités et missions de droit international public d'une organisation, le cocontractant privé peut être soumis à des charges ou risques particuliers lors de l'exécution du contrat – telles que modification, suspension ou résiliation à l'initiative de l'organisation – et quel serait dans un tel cas son droit à indemnisation.

10. Dans le cas où le contrat ne précise pas expressément le système de droit applicable et sauf accord postérieur des parties sur ce point, le droit applicable sera, en cas de besoin, déterminé par l'organe prévu pour se prononcer sur le différend en recherchant l'intention des parties et compte tenu des différents indices entrant en ligne de compte pour définir le système ou les systèmes de droit avec lesquels le contrat a la relation la plus étroite.

## *III*

11. L'expression «organisation internationale» s'entend d'une organisation intergouvernementale.

---

## Annexe

*Observations des membres de la Quatrième Commission sur le rapport provisoire et le projet de résolution du 31 mars 1976 de M. Nicolas Valticos*

### *1. Observations de Mme Suzanne Bastid*

Paris, le 12 février 1977

Mon cher Confrère et Ami,

Je m'excuse du retard avec lequel je vous remercie, en vous faisant compliment, de votre rapport provisoire sur les contrats conclus par les organisations internationales avec des personnes privées.

Les renseignements que vous avez réunis et l'analyse que vous en faites apportent des éléments nouveaux et très intéressants sur un domaine qui jusqu'alors est resté entouré de mystère du fait même de la «souveraineté» des organisations internationales. Je ferai d'abord quelques observations sur vos conclusions puis j'examinerai le texte du projet de résolution.

1. La diversité des pratiques suivant les contrats et suivant les organisations internationales est un fait que l'on doit constater. L'intérêt d'une étude d'ensemble comme celle dont l'Institut a chargé la Quatrième Commission se justifie non seulement pour des motifs de «curiosité» scientifique, mais aussi parce qu'il ressort des informations recueillies qu'à diverses reprises certaines organisations ont estimé utile de considérer des aspects du problème dans leur ensemble (nos 36 et 60). L'existence de la consultation obtenue en 1970 de l'OMS au sujet des clauses de règlement contenues dans les contrats de l'OMS est tout à fait significative à cet égard (no 105). Ainsi même si la pratique est généralement considérée comme satisfaisante, l'examen comparé des systèmes en usage et une réflexion systématique sur leur portée peut aider à éliminer certaines divergences, voire à épargner certains mécomptes.

Une autre considération milite en faveur de cet examen systématique: si la Conférence du droit de la mer aboutit à la création d'une autorité des fonds marins, celle-ci exercera son activité notamment par la conclusion de contrats que mentionne l'article 22 du texte unique de négociation (Partie I). L'article 15 du texte unique de négociation révisée, quatrième partie, prévoit que la chambre pour le

règlement des différends relatifs au fond des mers du tribunal du droit de la mer connaîtra des différends concernant «les contrats» conclus conformément aux dispositions de la première partie. Ces contrats conclus par une autorité internationale rentreront dans le cadre examiné par l'Institut et l'on peut apprécier l'intérêt que présenteraient, pour ceux qui auront à les établir, des considérations systématiques présentées dans ce domaine.

2. Quant au problème du droit applicable, il me semble que la formule employée «le choix des principes généraux du droit *ou* du droit international» reste équivoque. Dans les paragraphes 33 et suivants, il est question du droit international écrit, c'est-à-dire de diverses conventions relatives au commerce international, mais il ne me paraît pas que les contrats des organisations internationales s'y réfèrent effectivement et en tous cas, il s'agit de règles conventionnelles, donc il faudrait que celles qui sont reconnues applicables soient mentionnées. La référence «aux principes généraux du droit» est certainement plus précise car il s'agit des principes du droit des contrats. Si on les vise conjointement avec le droit international, on fait planer l'équivoque sur le point de savoir si l'on entend se référer à l'article 38.3 du Statut de la Cour ou non. Il est très possible que, s'agissant des contrats, soit applicable un principe général de droit qui n'a pas de raison de s'appliquer dans les rapports entre sujets du droit international.

3. Dans le cas où le contrat est soumis à une loi nationale, les précautions proposées méritent particulièrement l'attention, notamment l'importance d'une référence aux nécessités du service international, ce qui signifie l'idée d'une inégalité entre les parties et la reconnaissance de prérogatives particulières à l'organisation dans l'intérêt de ses objectifs fondamentaux. Cette idée, affirmée par les juristes consultés par le Conseil de la SDN dans l'affaire F. M. à propos d'un engagement de fonctionnaire est également valable pour les autres contrats.

4. Il m'apparaît que l'objet de la *résolution* est d'indiquer les vues de l'Institut s'agissant de ces situations juridiques qui constituent une réalité de la vie internationale.

Je me demande si dans le préambule ne devrait pas être mentionnée l'immunité de juridiction dont bénéficie l'organisation, c'est-à-dire une règle de droit international public qui commande la nécessité de dispositions sur l'arbitrage.

5. Sur le point 1 du dispositif et pour les raisons indiquées plus haut, j'hésite sur la mention du «droit international». Cependant, je me demande s'il ne faudrait pas mentionner que ce contrat se situe dans un contexte déterminé par le droit international (personnalité de l'organisation internationale, immunités, but de l'organisation déterminé dans la charte constitutive), mais peut-être cette idée aurait-elle sa place dans le préambule pour marquer le caractère propre de ces contrats.

6. Le paragraphe 5 de la résolution contient une recommandation générale sur la nécessité d'une rédaction assez précise qui, me semble-t-il, devrait être distinguée du problème de la détermination du système de droit applicable.

7. En ce qui touche le règlement des différends, il faudrait sans doute mettre à part le cas dans lequel la compétence d'une juridiction permanente est prévue par l'acte constitutif, même si une clause spéciale du contrat doit être prévue à cet effet. Il en est de même si le contrat prévoit un renvoi à un tribunal national. Dans cette dernière hypothèse, l'Institut pourrait relever l'importance du lien avec le droit

applicable et aussi indiquer l'intérêt d'une clause contractuelle sur les conditions d'exécution de la décision judiciaire.

8. Les dispositions relatives à l'arbitrage pourraient, dans la résolution, être rassemblées, ce qui impliquerait un réaménagement des alinéas 7, 8 et 9 du point de vue de la rédaction.

Les indications données par l'OMS et rapportées dans les paragraphes 107 et suivants m'ont semblé particulièrement intéressantes car elles font soupçonner certaines difficultés qu'il s'agirait d'éviter dans l'avenir. Sans doute avez-vous relevé qu'en ce qui concerne la Chambre de commerce internationale, les inconvénients signalés ont été récemment éliminés, mais on peut imaginer que le règlement d'une autre institution permanente d'arbitrage en contienne d'analogues. Il me semble que la résolution de l'Institut devrait attirer l'attention sur l'intérêt qu'il y aurait à vérifier en cas de référence à une institution permanente d'arbitrage que les dispositions applicables correspondent aux besoins propres à la relation juridique envisagée. Pour le cas où le système d'arbitrage est organisé dans le contrat lui-même, il est certainement opportun de rappeler les exigences mentionnées au paragraphe 9.

9. Je suggérerai pour le paragraphe 11 une rédaction un peu différente qui parte des expériences de confrontation qui ont été signalées pour encourager à les développer dans l'avenir. Dans ce domaine où existe peut-être un certain «esprit de clocher» des organisations internationales, il n'est peut-être pas inutile de montrer que certaines d'entre elles ont pu spontanément chercher à élargir leur horizon.

En vous disant encore le grand intérêt que j'ai eu à lire votre rapport provisoire, je vous demande de trouver ici, mon cher Confrère, mes fidèles amitiés.

*Suzanne Bastid*

## *2. Observations de M. Pierre Gannagé*

Beyrouth, le 28 février

Mon cher Confrère,

Vous me pardonnerez de répondre tardivement à votre excellent rapport provisoire dont je n'ai pu qu'admirer l'extraordinaire richesse, le souci d'équilibre et de mesure.

Ce rapport met bien en lumière la grande diversité des régimes des contrats conclus par les organisations internationales avec les personnes privées. Cette diversité vous pousse à vous interroger à nouveau sur l'opportunité pour l'Institut d'adopter une résolution dans ce domaine où la souplesse est indispensable et où toute recommandation précise peut s'avérer contraignante et artificielle.

Il me semble cependant que les conclusions que vous dégagez de votre exploration sont suffisamment fermes pour donner naissance à une résolution correspondant au modèle que vous proposez. Cette résolution pourrait incarner trois soucis majeurs, qui ressortent nettement de votre rapport, comme aussi des observations des membres de la Commission:

1) Un souci de prévisibilité des solutions, des règles applicables aux contrats conclus par les organisations internationales. Une recommandation, comme celle que vous proposez, peut être adoptée en ce sens visant à inciter les organisations internationales à fixer le régime applicable à leurs contrats. Elle les exhorterait, dans la mesure où elles veulent profiter de l'immunité juridictionnelle, à prévoir, au moment de la conclusion du contrat, les procédures judiciaires qui devraient être suivies pour régler éventuellement leurs différends avec leurs cocontractants (recours à une instance arbitrale, arbitrage *ad hoc*, juridictions internationales). Elle les pousserait aussi à préciser les sources (droits nationaux, règles du droit international, *lex mercatoria*) auxquelles devrait avoir recours l'organe arbitral choisi pour s'acquitter de sa mission.

2) La résolution – s'inspirant de vos conclusions – devrait également faire place à la nécessité, dans les contrats conclus, de préserver la mission spécifique de l'organisation internationale. Elle distinguerait ainsi les contrats qui se relient étroitement à cette mission de ceux qui s'en éloignent. La soumission des premiers à un régime distinct qui tient compte de la nature et des fonctions propres de l'organisation internationale se justifie aisément. Au contraire, on voit plus difficilement les raisons de faire échapper les seconds au régime ordinaire des contrats internationaux. Le fait que l'organisation internationale soit un sujet de ces contrats n'est pas en effet suffisant pour fonder une particularisation de ce régime.

3) Enfin – il me paraît souhaitable de faire une allusion à la contribution que pourraient apporter les organisations internationales aux sources proprement internationales du régime des contrats internationaux. Sans doute bien des nuances doivent alors être préservées. Il ne s'agit pas en effet ici de pousser les organisations internationales à abandonner toujours le sol ferme et éprouvé des législations nationales dans les domaines où les règles du droit international sont encore insuffisantes et où la pratique du commerce international n'a pas encore secrété des prescriptions complètes et précises.

Il ne s'agit pas tellement non plus d'encourager le recours aux principes généraux du droit dont la teneur est difficile à préciser et qui sont susceptibles d'incarnations différentes dans le droit positif.

Il s'agit plutôt de souligner la contribution que l'organisation internationale – en raison de sa nature et de sa structure – peut fournir à l'effort d'établissement et d'extension de solutions internationales précises et uniformes, à l'occasion des contrats qu'elle est appelée à conclure avec les personnes privées.

*Pierre Gannagé*

### *3. Observations de M. Frederick A. Mann*

London, November 25, 1976

Mon cher Confrère,

I am sorry I have been so long in dealing with your preliminary report on Contracts Concluded by International Organisations. I did not reply earlier because

I did not know how I could usefully deal with the wealth of suggestions, statements and material contained in the 154 paragraphs of your preliminary report. I studied them with great interest. There is so much to be said about them that I must avoid the temptation to do so. In the end, therefore, I felt that I could most helpfully contribute to the work of the Fourth Commission by making a few comments upon the draft resolution. They are as follows:

1. As regards the second «Considerant», I suggest that it would be wrong not to mention the need for protecting the private contractor, sometimes a small man, who does business with a powerful international organisation. There is a social problem here which should not be overlooked.

2. What is said in paragraph 1 in my view applies to all contracts of an international character and it is not in any way peculiar to international organisations. Moreover, the «opportunity» to which you refer does not exist for international organisations as such. It is not the international organisation alone which provides for the terms of a contract, but this is a joint act of the parties.

3. In the same paragraph 1 you refer to the general principles of law and treat them on the same level as, but as something distinct from, international law. I would suggest that the Institut de Droit International should not commit itself to a particular doctrinal attitude of very great general importance in the context of the particular contractual relations of international organisations. This paragraph could be quoted in future as supporting a doctrine generally, which as such does not come within the scope of the Fourth Commission's task.

4. In the same paragraph you refer to a combination between more than one «legal system». As bitter experience proves, this is not something to be recommended. It involves great practical difficulties and great expense, and I would not like this suggestion to obtain the stamp of the Institut's authority.

5. As regards paragraph 2, here again you touch upon a large and general problem of private international law which has led to much discussion. My personal view always has been, and still is, that such a «stabilising clause» is not possible in law or useful in fact, but whatever view one may take, this again is not a problem peculiar to our subject, and I would not like the Institut to adopt a resolution in the particular context of international organisations which is of vast general importance.

6. I confess that I am not quite clear about the meaning of your paragraph 3. I really do not know what the clause to which you refer should actually provide for.

7. As regards your paragraph 4, I think you should in the first line add the word «expressly», but for the rest I feel that again this says something which is obvious and happens in every single case, mainly that where there is no express provision the Tribunal must find the applicable law according to established principles. In particular it must ascertain whether the proper law has been agreed by implication or is capable of being imputed to the parties or is to be inferred from the circumstances.

8. As regards paragraph 7, I have the gravest possible doubts about the second sentence. An arbitration between an international organisation and a private person can never be an international arbitration in the sense of an arbitration established by and functioning under public international law. There are certainly cases in

which a private person can appear before a truly international arbitration tribunal. My point is that the creation of an arbitration tribunal created by, and functioning under, public international law cannot be brought about by a contract with a private person. It can only be brought about by arrangements made between international subjects. Therefore, where this does not happen, but the arbitration is derived from a contract between an international organisation and a private person, this is necessarily an arbitration subject to national law. Here again I know that some people take a different view. My point is that this is a separate problem on which the Institut should not commit itself at this stage.

With kind regards,  
yours sincerely,

*Frederick A. Mann*

#### *4. Observations de M. Gaetano Morelli*

Rome, le 7 octobre 1976

Mon cher Confrère,

C'est avec le plus vif intérêt que j'ai lu l'excellent rapport provisoire que vous avez rédigé pour la Quatrième Commission de l'Institut de Droit international. Vous avez pleinement réussi non seulement à éclairer les nombreux et délicats problèmes juridiques qui se posent dans un domaine particulièrement compliqué, mais surtout (ce qui est de la plus grande utilité pour la suite de nos travaux) à présenter un tableau systématique et complet des données fournies par la pratique des organisations internationales. Permettez-moi de vous féliciter sincèrement de votre travail si remarquable et méritoire.

Pour ma part, je ne puis que répondre par des observations d'un caractère tout à fait général, compte tenu aussi du délai qui m'est assigné et que je désire rigoureusement respecter.

Un point, tout d'abord, qui touche la méthode à suivre. Je pense que l'Institut devrait s'abstenir d'adresser aux organisations internationales des suggestions ou des directives. Il serait, à mon avis, plus convenable de se borner à faire ressortir les problèmes juridiques que soulèvent les différentes pratiques suivies par les mêmes organisations dans les contrats conclus avec des personnes privées, en indiquant les solutions qu'il faut en donner. De cette façon, on fournirait également, bien qu'indirectement, aux organisations internationales un guide pour leur conduite future.

Une fois limitée de cette façon la tâche de l'Institut, j'ajoute, toujours pour ce qui concerne la procédure, que j'ai des doutes sérieux quant à la possibilité que l'analyse des problèmes juridiques qui devrait être accomplie soit consacrée dans le texte d'une résolution.

Et voici maintenant quelques remarques concernant la substance.

On pourrait dire, par rapport à un contrat donné conclu par une organisation internationale avec une personne privée, que le problème fondamental consiste à déterminer la loi ou les règles régissant le contrat. Une telle façon de s'exprimer

n'est certes pas incorrecte; mais c'est, quand même, une formule qui ne peut être considérée comme tout à fait précise. En réalité, il faut distinguer entre, d'une part, l'ordre juridique constituant, dans son ensemble, la base ultime d'où le contrat tire sa valeur en tant qu'acte juridique et, d'autre part, les règles qu'il faut en définitive appliquer pour apprécier le contrat. De telles règles pourraient être, le cas échéant, même des règles ayant leur origine dans un ordre juridique autre que l'ordre juridique de base; cela en vertu d'un renvoi opéré par ce dernier ordre juridique (notamment par ses normes de droit international privé) ou bien en vertu d'une désignation effectuée par les parties elles-mêmes dans le contrat.

En tout cas le point de départ de l'analyse juridique doit être, non pas le contrat en tant que tel, mais plutôt, comme toujours, l'ordre juridique sur la base duquel, en définitive, le contrat, comme tout autre acte ou fait juridique, doit être apprécié. La détermination de cet ordre juridique de base est nécessaire et préalable. On voudra peut-être me reprocher d'être attaché à des conceptions qu'on pourrait considérer désormais comme surannées; mais il m'est difficile de concevoir un contrat qui serait indépendant de tout ordre juridique, un contrat, en d'autres termes, trouvant en lui-même le fondement de sa valeur juridique.

Or, comme je le disais dans mes observations du 12 juin 1975 sur votre exposé préliminaire, il est bien possible (voire même normal) qu'un contrat donné, conclu par une organisation internationale avec une personne privée, soit envisagé, à la fois, par plusieurs ordres juridiques et qu'il trouve, par conséquent, la base ultime de sa valeur dans chacun de ces ordres juridiques. D'où la nécessité d'un choix entre des ordres juridiques différents pour déterminer l'ordre juridique qu'il faut présupposer comme une donnée aux fins de l'appréciation du contrat dont il s'agit.

A cet égard entrent sans doute et en premier lieu en ligne de compte, à raison du contenu normatif respectif, les différents ordres juridiques étatiques: non seulement l'ordre juridique de l'Etat dans le territoire duquel se trouve le siège de l'organisation internationale qui a conclu le contrat, mais aussi, éventuellement, les ordres juridiques d'autres Etats. Quant aux ordres juridiques non étatiques, c'est l'ordre juridique interne de la même organisation partie au contrat qui pourrait être pris en considération, au cas où, bien entendu, il s'agirait d'un type de contrat envisagé par les normes propres de cet ordre juridique (comme c'est le cas pour les contrats administratifs, en particulier pour les contrats d'emploi). A mon avis, il faut, au contraire, exclure toute référence au droit international pour la raison que cet ordre juridique ne règle d'aucune façon les contrats auxquels sont parties des personnes privées. Et il faut exclure aussi toute référence aux principes généraux du droit; cela pour la raison très simple que les principes généraux qu'il est possible de dégager d'un examen comparatif des différents ordres juridiques étatiques ne peuvent être conçus comme un ensemble unitaire constituant proprement un ordre juridique. Autre chose est naturellement la référence aux principes généraux qui pourrait être faite par les parties au contrat; référence qui concerne simplement le contenu du même contrat.

Comme je le disais, la détermination de l'ordre juridique sur la base duquel doit être apprécié, en dernier ressort, un contrat donné conclu par une organisation internationale avec une personne privée se traduit dans un choix entre différents ordres juridiques. C'est, par ailleurs, ce qui arrive pour toute recherche de droit positif concernant un rapport concret quelconque. Comme toujours, le choix de

l'ordre juridique pourrait être même un choix tout à fait libre, ce qui arrive, par exemple, lorsqu'il s'agit d'une recherche purement scientifique. Mais lorsque le problème se présente à un juge ou à un arbitre appelé à résoudre un différend, le choix est nécessairement lié, parce que le juge ou l'arbitre est lié par l'obligation d'exercer ses fonctions en conformité avec l'ordre juridique d'où découlent ses pouvoirs.

Par conséquent, si un différend concernant un contrat conclu par une organisation internationale avec une personne privée est soumis à un juge étatique (ce qui est bien possible au cas où l'immunité de juridiction de l'organisation internationale ne joue pas) le juge est obligé de prendre comme point de départ l'ordre juridique de son propre Etat, ce qui ne l'empêche naturellement pas non seulement d'appliquer les règles d'autres ordres juridiques au cas où cela lui serait prescrit par le droit international privé de son Etat ou bien au cas où les parties se seraient référées à un droit étranger pour déterminer le contenu des clauses du contrat, mais aussi de tenir compte des obligations internationales auxquelles l'ordre juridique du même Etat se serait conformé.

Pareillement, si le différend est soumis au tribunal administratif éventuel de l'organisation, un tel tribunal doit prendre comme point de départ l'ordre juridique interne de la même organisation. De même, au cas où compétente à se prononcer est la Cour de Justice des Communautés européennes, c'est sur l'ordre juridique communautaire que la Cour doit se baser.

Il faut en conclure, à mon avis, que le problème dit du droit applicable (entendre cette expression dans les différents sens qu'il est possible d'y attacher) se pose comme un problème subordonné ou secondaire par rapport au problème du règlement des différends. C'est à ce dernier problème, plus particulièrement au problème de l'organe compétent à régler les différends, qu'il faut reconnaître un caractère prioritaire ou préalable, parce que sa solution est une condition nécessaire pour la solution des différents problèmes concernant le droit applicable.

Il va de soi que, lorsque la tâche de régler le différend est confiée, non pas à un juge (soit d'un Etat, soit de l'organisation internationale), mais plutôt à un arbitre, il y a un problème très délicat qui se pose comme un problème ayant un caractère encore plus préliminaire: le problème de la détermination de l'ordre juridique d'où l'arbitre tire ses pouvoirs.

Veillez croire, mon cher Confrère, à l'expression de mes sentiments les meilleurs et les plus cordiaux.

*Gaetano Morelli*

##### *5. Observations de M. Paul Reuter*

Paris, le 26 décembre 1976

Mon cher Collègue et Ami,

Des charges exceptionnelles et des événements inattendus m'ont empêché de vous communiquer mes observations sur votre beau rapport sur les contrats con-

clus par les organisations internationales avec des personnes privées et sur le projet de Résolution qui l'accompagne. Je suis donc parfaitement conscient que cette lettre vous parvient trop tard pour qu'elle puisse être prise officiellement en considération. Je vous l'envoie néanmoins pour vous donner à titre personnel un témoignage de mon sincère regret et de l'intérêt que j'ai pris à vous lire. En la matière que vous avez soumise à votre examen tant les organisations intéressées que les opinions de nos savants collègues font montre d'un grand besoin de liberté, et c'est en effet la grande leçon dont vous vous êtes inspiré: on a besoin dans ce domaine d'une large autonomie de pensée et d'action. Votre rapport exprime avec beaucoup de clarté et une haute probité scientifique tous les aspects d'une matière dont vous avez pénétré tous les problèmes. Même si la seule conclusion de votre travail devait être qu'un champ très large de solutions s'ouvre à la pratique des organisations, je pense que vous seriez largement payé de vos peines.

Mais très justement et suivant une tradition de l'Institut, vous avez soumis à vos collègues un projet de résolution qui contient un certain nombre de recommandations relatives au meilleur usage possible d'une liberté dont le principe semble accepté par l'Institut.

Sur cette seconde partie de votre travail, je prends la liberté de vous présenter quelques réflexions, sans prétendre qu'elles soient définitives ni même utiles, mais en simple hommage à votre effort.

I. 2. Je trouve que cet alinéa est rédigé avec une excessive prudence et présente, peut-être de ce fait, un caractère ambigu. Tout d'abord l'hypothèse envisagée est possible juridiquement dans tous les cas, mais elle équivaut à soustraire un contrat à la souveraineté de *tout* système national, car elle revient à dire que le législateur national intéressé se trouve dépouillé de la prérogative d'imposer la loi. Si le système national en cause modifie par exemple les lois monétaires et les parités, le contrat en cause échappe à son empire: je donne cet exemple à raison de son haut intérêt pratique dans la conjoncture actuelle et parce que je crois que les questions monétaires sont celles qui présentent dans notre matière les développements les plus pertinents. Le texte de la résolution doit constater cette liberté, rattachée aux privilèges de l'organisation internationale et par conséquent au droit international public, d'une manière générale. Une deuxième question est de savoir si l'Institut recommande d'en user et «dans certains cas» seulement, sans même énoncer le principe qui sert à déterminer ces cas. Autrement dit, je crois qu'il faudrait dire: «L'OI ayant la faculté légale d'user d'une référence à un système étatique gelé, l'OI en usera dans tous les cas où l'exercice de ses fonctions appelle un système juridique précis, complet et stable» ou quelque chose de ce genre.

I. 3. Sur la rédaction seulement. Si j'ai bien compris cette disposition que je trouve très judicieuse, elle a pour objet d'inviter les parties à préciser les obligations qui peuvent naître pour le particulier du caractère exorbitant du droit commun de l'activité de l'OI. On exprime une idée que l'on veut sauvegarder sans recourir à la notion de contrat administratif, à laquelle le *Common law* entre autres serait rebelle. En fait il s'agit concrètement de la flexibilité plus grande que comporteraient les obligations du particulier afin de pouvoir les adapter aux «missions», aux «objectifs» de l'OI; il s'agirait peut-être aussi des sanctions frappant l'inexécution par le particulier de ses obligations. Faudrait-il être plus précis et chercher à le dire? Faudrait-il rester vague mais exprimer l'idée autrement et dire par exemple:

«Le contrat devrait préciser si à raison des missions confiées à l'OI par des engagements de DIP, le particulier se trouve associé à certaines obligations de l'OI et subit de ce fait des charges particulières.»? Peut-être ...

I. 4. Je crois qu'il serait bon dans la fin de ce paragraphe d'introduire la référence à l'intention des parties qui est la clé de voûte du système et ouvrir la porte à la référence à plusieurs systèmes:

«se prononcer sur le différend en recherchant l'intention des parties, compte tenu des différents facteurs et indices entrant en ligne de compte pour définir le ou les systèmes de droit avec lequel ou lesquels le contrat a la relation la plus étroite.»

II. 7 et 8. Ne faut-il pas réserver, dans le cas de désignation d'une institution permanente, soit nationale, soit internationale, l'obligation de vérifier que son statut lui permet d'accepter la fonction arbitrale que l'on envisage?

II. 10. Je serais plus affirmatif. Vu leur caractère fonctionnel les OI ne disposent d'aucune souveraineté et *doivent* ou bien lever l'immunité ou bien *négoier* une solution, au besoin par la conclusion d'un compromis d'arbitrage.

Voilà mon cher Collègue et Ami, quelques observations qui donnent non pas la mesure, mais le témoignage de l'estime qu'appelle votre travail et de l'amitié qui m'unit à son auteur.

Bien vôtre,

*Paul Reuter*

## *6. Observations de M. François Rigaux*

Louvain, janvier 1977

Mon cher Collègue,

Permettez-moi de vous adresser mes vives et cordiales félicitations pour le rapport magistral que vous avez établi sur le thème de la 4e Commission.

Avec un retard que je vous prie d'excuser, veuillez trouver sous ce pli mes observations relatives à votre projet de résolutions.

Je ne suis pas convaincu que les conclusions de nos travaux doivent prendre cette forme. Leur contenu me paraît trop peu «résolu» pour être coulé en une forme qui est mieux adaptée au style impératif qu'aux exhortations auxquelles nous sommes contraints de nous limiter.

Ma plus grande objection provient de ce que de telles résolutions n'expriment guère la richesse de votre rapport, sur le plan tant de l'analyse que de l'information. Comme vous l'écrivez vous-même, le butin est maigre – en entendant par là ce qui est susceptible d'être traduit en termes de «résolutions» – en revanche il est très intéressant et très important de le savoir. Dès lors, plutôt qu'un projet de résolutions je souhaiterais que notre Commission présente aux délibérations de l'Institut un exposé des motifs de non-résolution. Un tel document de quelques pages contiendrait les conclusions de votre rapport et un résumé de la pratique des organisations internationales.

Je crois également utile de revenir sur l'irritante question des «principes généraux du droit». Pour que cette référence soit autre chose qu'une carte blanche laissée à l'arbitre ou au juge, il faut que ses partisans nous éclairent sur le contenu de ces prétendus principes qui me paraissent très évanescents.

Dès lors, je proposerais deux thèmes ou deux questions pour la discussion de l'Institut:

1. quel est le contenu des principes généraux qui soit susceptible de donner une solution aux problèmes suscités par un contrat entre une organisation internationale et une personne privée?

2. Comment expliquer que ces contrats ont suscité si peu de litiges, ce qui rend les questions posées à leur sujet si académiques?

Veillez agréer, je vous prie, mon cher Collègue, l'assurance de mes sentiments les meilleurs.

*François Rigaux*

### *7. Observations de M. Jean J. A. Salmon*

Bruxelles, le 17 janvier 1977

Cher Collègue,

Je vous prie d'excuser l'énorme retard que je mets à répondre à la demande qui a été faite aux membres de votre Commission, de vous adresser leurs observations à propos de votre rapport provisoire.

De fait, celui-ci n'appelle guère d'observations de ma part. Il s'agit d'un exposé très remarquable dont je vous félicite vivement. Non seulement, vous avez pu rassembler une précieuse documentation sur la pratique des organisations, mais vous avez su la présenter de manière synthétique et fouillée, sans préjugés d'aucune sorte, avec science et méthode. C'est là un instrument très précieux sur le plan scientifique qui évitera, pour tous ceux qui le liront, de porter sur la question des jugements arbitraires, à l'emporte-pièce ou purement idéalistes.

Sur le fond de votre rapport, je n'ai pas d'observations à formuler. Tout au plus souhaiterais-je m'expliquer un instant à propos des principes généraux du droit. J'y suis incité par le fait que vous mentionnez (p. 27 de votre rapport) que divers membres, dont moi, se sont prononcés en faveur des principes généraux du droit. Il doit être bien clair que, dans mon esprit, ma reconnaissance de l'application des principes généraux du droit à certains contrats des organisations internationales, procède non d'un jugement de valeur, mais d'un jugement de vérité. Je ne prône pas les principes généraux du droit, je constate qu'on s'y réfère ou qu'on les applique.

Sur le plan des jugements de valeur, je me rangerais plutôt aujourd'hui – cela n'a pas été toujours mon point de vue – parmi ceux qui se méfient des principes généraux du droit. En effet, à supposer qu'on soit d'accord pour les définir comme les principes acceptés *in foro domestico* susceptibles d'être appliqués par analogie à certaines relations internationales, principes communs à *tous* les Etats – car il est

difficile d'utiliser encore aujourd'hui la conception raciste d'Etats civilisés –, leur identification concrète soulève des difficultés à vrai dire insurmontables. Quels sont aujourd'hui les principes généraux du droit communs aux Etats occidentaux à régime capitaliste, aux Etats socialistes et aux Etats du tiers-monde dans leurs diverses nuances? De tels principes sont, sur le plan méthodologique, très discutables et, sur le plan pratique, insusceptibles d'une détermination scientifiquement et même raisonnablement sûre.

Les principes généraux du droit sont très discutables sur le plan méthodologique, en ce que cette «source» présuppose l'existence de règles uniformes des Etats, comme si les règles de droit ne dépendaient pas de valeurs et d'infrastructure politico-économiques ou comme si, en dépit des divergences profondes dans ce domaine, entre les Etats, il était possible qu'ils possèdent dans leur droit interne des règles ou des principes identiques. Comme si le droit était susceptible de découpages où des principes pourraient être isolés comme des corps chimiques, alors que tout système juridique est un ensemble, qu'à un principe déterminé correspondent un ou plusieurs autres principes parfois antagonistes dans des relations et équilibres précaires. Ainsi, au principe général d'interdiction de l'abus de droit (*sic utere tui, ut alienum non laedas*) s'oppose le principe que ne lèse personne celui qui ne fait qu'user de son droit (*qui juris sui utitur, neminem laedit*).

Cette vision formelle, idéaliste, éthérée et atomiste du droit ne peut, je le crains, recevoir l'adhésion de tous.

Les principes généraux du droit sont aussi insusceptibles d'une détermination scientifique rigoureuse et aucune tentative convaincante n'a jamais été réalisée *a priori* de manière à apporter aux parties une sécurité réelle.

Il découle de ce qui précède que la seule fonction réelle des principes généraux du droit est d'être une méthode habile pour éviter l'application du droit interne en général ou d'un droit interne en particulier. Leur fonction est *négative* et totalement insécuritaire. La détermination du contenu des principes dépendra de l'organe qualificateur. S'il s'agit d'un arbitre, il puisera le plus souvent les principes en question dans sa propre culture – qu'il érigea en l'occurrence plus ou moins inconsciemment en culture juridique universelle. Il suffit donc, ultérieurement, de choisir un arbitre qui a une «bonne» culture!

On comprendra dès lors qu'un jugement sur l'opportunité d'une référence aux principes généraux du droit est largement une question d'espèce. On ne s'y ralliera que si l'on est convaincu qu'il est souhaitable de ne pas appliquer un droit interne particulier, même si cela doit conduire à une insécurité foncière. A mon sens, ceci n'est en principe souhaitable que dans les hypothèses où le contrat et la réglementation internationale qui lui sont applicables sont suffisamment développés pour rendre l'application résiduaire et marginale.

Si je n'ai pas d'observation à faire s'agissant de votre rapport, votre projet de résolution, au contraire, suscite diverses réflexions que je me permets de soumettre à votre jugement.

#### *Préambule*

D'une manière générale, il me semble que celui-ci devrait se borner à l'essentiel, c'est-à-dire l'exposé de la nature du problème, le rappel des valeurs fondamen-

tales qui fournissent un guide général d'interprétation et le rappel des travaux de l'Institut en relation avec la matière envisagée.

Pour ce qui est du premier point – exposé de la nature du problème –, le premier alinéa de votre projet me paraît adéquat.

Pour ce qui est du second – rappel des valeurs fondamentales qui fournissent un guide général d'interprétation –, je suggérerais la rédaction suivante de l'alinéa 2 de votre projet de Préambule:

«Considérant qu'il est souhaitable que de telles relations contractuelles répondent aux exigences suivantes: sécurité des transactions et des relations juridiques, exercice sans trouble par les organisations internationales de leur mission et respect du droit.»

J'estime souhaitable que l'Institut rappelle sa résolution sur les recours à instituer contre les décisions d'organes internationaux, adoptée à sa session d'Amsterdam en 1957.

Je ne crois pas qu'il soit indispensable de formuler d'autres considérations dans le Préambule.

#### *Partie I*

Les articles 1 et 2 devraient être fondus en un seul. L'article 2 est une des hypothèses qui devrait figurer à l'article 1.

A la liste, il conviendrait d'ajouter – surtout en considération des situations contractuelles s'inscrivant dans des relations de nature réglementaire – les règles établies par l'organisation.

L'application du droit international à un contrat avec une personne privée ne laisse de me causer des difficultés de principe. En effet, les seules règles de droit international pouvant régir le contrat sont soit les règles établies par l'organisation, soit les principes généraux du droit. En revanche, il n'est pas impensable que les règles de droit international régissant l'organisation puissent affecter l'interprétation ou l'exécution du contrat. Vous faites allusion à ce processus (p. 101 de votre rapport) et à l'article 3, en considérant le cas de décisions d'organes délibérants qui pourraient affecter le contrat. On ne doit pas oublier au même titre les règles relatives à l'immunité de juridiction et d'exécution de l'organisation.

Ne pourrait-on pas, dès lors, rédiger l'article 1 de la manière suivante :

«En concluant des contrats avec les personnes privées, les organisations internationales devraient examiner l'opportunité de prévoir dans le contrat le système de droit applicable à ce contrat, à savoir, compte tenu des circonstances et de l'objet du contrat et sans préjudice du fait que l'interprétation et l'exécution du contrat peuvent être affectées par les règles de droit international qui régissent les activités de l'organisation :

- une loi étatique déterminée, éventuellement figée à une date convenue;
- les règles établies par l'organisation;
- les principes généraux du droit,
- ou une combinaison de ces systèmes.»

L'article 3 ne me semble pas recommandable. D'une part, il est difficile de prévoir les possibilités de force majeure auxquelles vous pensez; d'autre part, une telle clause risque d'effrayer inutilement le cocontractant.

A l'article 4, je suggère de remplacer les mots «qu'un compromis intervenu

lorsqu'un différend a surgi n'apporte pas une telle précision» par les mots: «sauf accord postérieur des parties sur ce point».

#### *In fine*

Remplacer les mots «le système» par «le ou les système(s)».

Pour l'article 5, j'ai le sentiment que si nous devons émettre un souhait à ce propos – ma religion n'est pas faite sur ce point – il convient de ne pas le limiter au cas où on ne peut déterminer le système de droit applicable, mais aussi au cas où le système choisi est les principes généraux du droit (v. mes remarques ci-dessus). Au surplus, un juriste ne peut pas se borner à souhaiter que seules les dispositions de fond d'une certaine importance soient rédigées avec précision. Pour un juriste, toutes les dispositions du contrat doivent être précises. On ne peut, enfin, recommander d'éviter l'excès de détails dont il est surprenant de prétendre qu'il peut être une source de différends. A tout prendre, on pourrait se borner à rappeler l'utilité de contrats-types et de contrats suffisamment détaillés, pour éviter les difficultés ultérieures; mais c'est là un truisme qui ne me paraît guère digne de l'Institut.

#### *Partie II*

Article 6. N'utiliserions-nous pas une formule plus forte que «il serait utile»? En fait, elle est hautement souhaitable dans l'hypothèse soulignée après. C'est en revanche inutile si l'organisation ne bénéficie pas d'immunité de juridiction. Donc je suggère de supprimer le mot «notamment».

On pourrait arrêter la phrase après les mots «organe impartial». Il est évident qu'il sera accepté par les parties, puisqu'il s'agit d'une clause contractuelle. En revanche, on ne doit pas nécessairement limiter le règlement au cas où l'organe tranche en droit.

Article 7. Supprimer «en la matière».

Article 8. Je suggère de rédiger ainsi le début de l'article :

«Dans la mesure où une telle mesure n'est pas incompatible avec le statut et les fonctions de l'organisation internationale cocontractante, le contrat ...»

Article 10. Je suggère les légères modifications suivantes de pure forme: «qui ne contient» au lieu de «qui ne contiendrait», «et si ce dernier ne peut être résolu» au lieu de «et qu'il ne peut être résolu».

Sur le fond, je trouve la formule «devraient envisager» trop timide. La proposition contenue dans votre article 10 est une obligation prévue dans de nombreux textes relatifs aux privilèges et immunités des organisations internationales.

#### *Partie III*

J'ai des doutes sur l'opportunité de tels conseils. A supposer qu'on se mette d'accord pour en donner, je proposerais que l'on indique la très intéressante suggestion que vous faites à la p. 85 de votre rapport de constituer le TAOIT en tribunal arbitral.

Je vous prie de croire, cher Collègue, avec mon meilleur souvenir, à l'expression de mes sentiments les plus cordiaux et les meilleurs.

*Jean J. A. Salmon*

*8. Observations de M. Finn Seyersted*

Oslo, le 9 janvier 1977

*Préambule, 3e alinéa.* Je propose de supprimer la référence aux «différents types d'organisations internationales». A mon avis, ce sont surtout les différences de types de contrats qui présentent des problèmes. Il ne paraît pas nécessaire de se référer au fait que certaines organisations concluent certains types de contrats que d'autres organisations ne concluent pas.

1. Je propose de supprimer la référence au «droit international» pour des raisons que j'ai expliquées dans mes commentaires au projet de M. van Hecke (annexés). Si, par ce terme, on veut dire autre chose que les principes généraux du droit, on donnerait, à mon avis, un mauvais conseil aux organisations en leur proposant de s'y référer. Si, d'autre part, on veut dresser une liste des alternatives qui sont possibles théoriquement ou dans des cas spéciaux, il faut, à mon avis, inclure également le droit interne de l'organisation, c'est-à-dire notamment ses règlements complétés par les principes généraux du droit (voir Rec. des Cours, 1967, III, pp. 529-534).

2. Cette précision importante peut aussi s'étendre au droit interne de l'organisation.

5. A la fin, on pourrait même ajouter la nécessité d'éviter des répétitions et d'autres mots et phrases qui n'ajoutent rien au fond et qui également compliquent l'interprétation, la traduction en d'autres langues, et l'application.

6. Les mots «accepté par les parties» ne me paraissent pas très clairs sans référence au moment de l'acceptation. Je propose de les remplacer par les mots: «à la demande d'une des parties».

*Commentaire général:* Je pense que la résolution de l'Institut doit contenir – en plus des bons conseils et des indications de procédure contenus dans le projet actuel – des indications de fond sur le droit applicable au cas où lesdits conseils n'ont pas été suivis. Il faut évidemment traiter uniquement les problèmes spéciaux qui surgissent comme conséquence du fait que l'une des deux parties contractantes est une organisation internationale, et notamment la situation où le droit international privé fait référence au droit de l'organisation. Comme vous le savez de mon étude dans le Recueil des Cours 1967 III, je pense qu'il faut dans ces cas appliquer le droit interne de l'organisation. Seulement dans certains cas spéciaux – comme celui de la *lex domicilii* pure – peut-on ouvrir la possibilité de choisir d'autres solutions. A mon avis, il est possible d'inclure aussi dans notre résolution à Oslo ces règles de fond. Mais même si cela présentait des problèmes, je considère qu'il est plus important de les inclure que de terminer notre travail à Oslo.

*Finn Seyersted*

*9. Observations de M. Michel Virally*

Paris, le 5 octobre 1976

Mon cher Confrère et Ami,

Votre rapport provisoire sur les contrats passés par les organisations internationales avec des personnes privées mérite les plus vifs éloges. Vous avez dégagé avec bonheur toutes les questions que soulève cette matière mal connue et vous les avez analysées avec la clarté, la profondeur et le sens de l'équilibre que nous vous connaissons tous. Vous vous interrogez sur la contribution que l'Institut pourrait apporter dans cette matière. Permettez-moi de vous dire qu'une synthèse aussi parfaite constitue, en elle-même, une contribution de premier ordre. Je ne doute pas qu'elle intéressera autant les organisations que vous avez interrogées – et les autres – que vos confrères de l'Institut.

Il y a maintenant peu de choses à ajouter. Je me félicite de l'enquête à laquelle vous avez procédé et qui nous apprend beaucoup, à la fois par les réponses qu'elle a provoquées et par les silences conservés sur un certain nombre de points. Le fait que les organisations soient, dans l'ensemble, relativement satisfaites de la situation existante montre bien que nous devons avoir des ambitions modestes au point de vue de nos propres conclusions.

Dans ces conditions, je ne puis qu'être d'accord en général avec celles que vous tirez vous-même.

Il me semble, en effet, que la très grande variété des contrats passés par les organisations – et l'extrême diversité des organisations elle-mêmes – excluent que l'on puisse penser à des solutions uniformes, spécialement au point de vue du droit applicable.

A cet égard, il me semble que le parallèle qui vient tout naturellement à l'esprit avec les contrats conclus par des Etats avec des personnes privées étrangères – sujet étudié par la Vingt et unième Commission – est en grande partie erroné. La plupart des contrats passés par les organisations internationales correspondent à des contrats passés par les Etats avec des nationaux et sur leur propre territoire, qui n'ont, par conséquent, aucun caractère international et sont soumis, tout naturellement, au droit national. Inversement, les plus importants des contrats passés par des Etats avec des personnes privées étrangères, comme vous l'avez remarqué, n'ont pas d'équivalents parmi les contrats des organisations internationales.

Les problèmes posés par les deux catégories de contrats sont donc très différents. Il en est ainsi, en particulier, me semble-t-il, de l'application éventuelle d'un droit autre que le droit national. Dans les contrats d'Etat, la raison principale est probablement d'accorder aux cocontractants privés une garantie contre les manipulations de la loi nationale par l'Etat contractant et législateur, risque évidemment inexistant lorsque c'est une organisation qui contracte. En revanche, cette dernière éprouve des difficultés qui lui sont propres à se soumettre à une loi nationale. D'abord parce qu'il n'existe pas pour elle de loi qui mérite d'être appelée « nationale ». Celle de l'Etat du siège ne peut pas être pleinement assimilée à une telle loi. Ensuite parce que son activité, très souvent, se développe dans plusieurs pays et qu'il s'agirait alors d'une multiplicité de lois « nationales » et non d'une loi unique.

Enfin, en raison des éléments internationaux très fréquents et très nombreux qui existent dans ses contrats (même en faisant abstraction du caractère international de l'organisation elle-même): la nationalité du cocontractant, le lieu de passation du contrat, le lieu de son exécution peuvent renvoyer (et renvoient fréquemment) à trois droits différents. D'où une très grande difficulté de rattachement.

D'autre part, il y a lieu, peut-être, de relever la difficulté qu'il y a à rattacher un contrat de ce type à un droit national, y compris ses règles de conflit. Celles-ci comprendront vraisemblablement des règles relatives à l'ordre public, dont l'application à une organisation internationale risque de soulever d'autant plus de problèmes que ces règles pourraient jouer dans les hypothèses où se trouve en jeu le caractère public des activités de l'organisation.

Pour toutes ces raisons, il me semble que le problème du droit applicable doit être résolu dans chaque cas particulier, en fonction de toutes les considérations pertinentes en l'espèce. Dans un certain nombre de cas (petits contrats de fourniture, opérations immobilières), la loi nationale du siège s'imposera probablement, mais il est difficile, même dans ce cas, de poser une règle absolue.

Il est vrai, d'autre part, que le droit international et les principes généraux du droit sont loin de répondre à tous les besoins, spécialement lorsqu'il s'agit de contrats économiques. Dans ces conditions, la meilleure solution pourrait être une combinaison avec un droit étatique, comme vous l'avez envisagé. Je me demande, toutefois, s'il ne vaudrait pas mieux, dans ce cas, renverser la formule à laquelle vous avez pensé et adopter plutôt celle qui figure dans la Convention de Washington sur le règlement des différends en matière d'investissement (malgré ce que je disais plus haut sur la différence entre contrats d'Etats et contrats d'organisations). En cas de silence des parties, d'après cette Convention (art. 42), le droit applicable est celui de l'Etat (contractant en l'espèce), «ainsi que les principes de droit international en la matière». La loi nationale fournit ainsi le cadre technique approprié, mais celui-ci doit être appliqué en prenant en considération les «principes du droit international en la matière». Ici, ces principes devraient probablement être compris en relation avec la fonction et les prérogatives de l'organisation internationale.

En conclusion, je partage vos hésitations sur l'opportunité de conclure nos travaux par une résolution. Comme je l'ai dit en commençant, j'estime que votre rapport constitue une contribution qui se suffit à elle-même. Si nous songeons aux grandes organisations auxquelles vous vous êtes adressé, dont la pratique est déjà bien établie et qui disposent d'un service juridique expérimenté, une recommandation de l'Institut est certainement hors de propos. Si on pense aux nombreuses organisations internationales qui se créent actuellement, qui, par leur nouveauté même, sont inexpérimentées et ne disposent pas toujours des services de conseillers juridiques, une telle résolution pourrait être utile.

Si on décide d'en adopter une, le projet que vous nous avez soumis me paraît constituer une base excellente. Toutefois, je vous suggérerais de renverser l'ordre de présentation. D'un point de vue logique, celui que vous avez adopté est le plus satisfaisant. D'un point de vue pratique, il me semble qu'il faut insister surtout sur le règlement des différends et sur les recommandations destinées à prévenir les difficultés de mise en œuvre des mécanismes prévus. Je pense, pour cette raison, que cette question devrait venir en tête de la résolution.

S'il existe un système d'arbitrage ou de règlement judiciaire qui fonctionne

bien, les questions de droit applicable seront plus aisément réglées. Pour les raisons déjà exposées, je ne pense pas qu'on puisse, dans ce domaine, aller très loin. Je serais tenté, pour ma part, de m'en tenir aux paragraphes 1, 4 et 5 de votre projet (je cite le § 5 avec quelque hésitation). Au § 1, comme je l'ai déjà expliqué, je préférerais que la phrase entre parenthèses s'inspirât du système de la Convention de Washington.

J'ai beaucoup de doutes, enfin, sur l'opportunité, pour l'Institut, de recommander aux organisations internationales de se concerter entre elles. Je comprends bien que vous avez ajouté ce paragraphe par souci d'être complet.

Avec encore tous mes compliments, je vous prie de croire, mon cher Confrère et Ami, à mes sentiments très fidèlement amicaux.

*Michel Virally*

#### *10. Observations de M. Ben Atkinson Wortley*

Wilmslow, July 16, 1976

Thank you for your report which I admire.

Page 79 and § 134: I think you might find it useful to refer to «East European Rules on the Validity of International Commercial Arbitration Agreements» by *L. Kos-Rabcewicz-Zubkowski*, published by Manchester University Press, especially p. 172, p. 131. I think a procedure for conciliation is not a good thing since it is not binding and may only result in delays: after all in practice most disputes are preceded by correspondence with a view to settlement.

*B. A. Wortley*

---

## Les accords entre un Etat et une personne privée étrangère

(Vingt et unième Commission)<sup>1</sup>

Rapport provisoire

*Georges van Hecke*

Le rapporteur est reconnaissant aux membres de la Commission des réponses reçues au questionnaire et des commentaires qui ont accompagné ces réponses.

Le rapport provisoire ne reprendra pas l'exposé du problème tel qu'il a été présenté dans les observations préliminaires. Il tentera de dégager les orientations générales qui se dégagent des réponses au questionnaire et de formuler certains principes susceptibles de recueillir l'adhésion de l'Institut.

Une remarque préliminaire s'impose. M. *Wengler* a, dans sa réponse, attiré l'attention sur le phénomène des accords que les parties entendent soustraire à tout système de contrainte juridique. Le rapporteur ne pense pas que ce phénomène doive faire l'objet des études de la Commission. Malgré le caractère un peu vague du terme «accords» il pense que le sujet dont l'étude a été confiée à la Commission est celui des accords ayant, dans l'intention des parties, un caractère juridique.

### *1. Possibilité et effets de la soumission au droit des gens*

La question 22 demandait s'il fallait faire une distinction entre la loi qui régit le contrat et l'ordre juridique dont dérive le caractère obligatoire du contrat.

Certains membres de la Commission (notamment MM. *Mann, Monaco* et *Seidl-Hohenveldern*) n'attachent aucune importance à cette distinction que M. *Seidl-Hohenveldern*, qualifie de «assez artificielle». M.

<sup>1</sup> La Vingt et unième Commission est ainsi constituée: M. G. van Hecke, rapporteur; MM. Batiffol, Doehring, Dupuy, Feliciano, Jessup, Lalive, Mann, Monaco, Seidl-Hohenveldern, Seyersted, Wengler, Wortley, membres.

*Lalive* réserve sa réponse tout en estimant qu'*a priori* il n'est pas hostile à cette distinction. M. *Batiffol* reconnaît l'importance de la distinction qui évoque le problème philosophique de savoir si un contrat peut tirer de lui-même sa propre force obligatoire. M. *Wortley* préfère formuler la distinction comme portant sur le contenu du contrat, d'une part, et les actions en justice qui en découlent, d'autre part, ce qui, aux yeux du rapporteur, est une contribution réelle à la clarification du problème.

Dans l'important exposé qu'il a envoyé en réponse au questionnaire M. *Wengler* estime que la distinction est d'une importance fondamentale. M. *Feliciano*, lui aussi, reconnaît l'importance de principe de la distinction dont il expose la portée dans les termes suivants: «If ... the reference to public international law as the governing law does not convert the contract involved into a treaty, then the binding character of the contract can scarcely be founded on international law.»

Selon M. *Wengler* un contrat ne peut dériver son caractère obligatoire du droit international que si le droit international lui-même consent à mettre son système de sanctions à la disposition des parties. Or un Etat ne peut s'engager internationalement que par traité (*cf.* la pratique des traités de couverture, le système de la convention BIRD) ou par engagement unilatéral. Un engagement unilatéral, sur le plan du droit des gens, pourrait être déduit, par ex. des déclarations faites, à l'intention de la communauté internationale, lors de l'élaboration d'une loi interne sur le régime des investissements étrangers. En l'absence d'un engagement se situant sur le plan du droit international, le droit international privé du for (cette notion sera précisée *infra* n° 4) peut permettre aux parties de se référer à un ordre juridique extra-étatique.

Si cet ordre juridique est le droit des gens, le contenu matériel de celui-ci serait alors la *lex contractus* sans que le droit international soit l'ordre juridique dont dérive le caractère obligatoire du contrat, cet ordre juridique restant le droit international privé du for. Le préambule du projet de résolution tente de formuler cette distinction.

La réponse de MM. *Wengler* et *Feliciano* à la question 27 est donc que la soumission du contrat au droit international public ne peut avoir pour effet de rendre applicable le système de sanctions du droit international.

M. *Mann* de son côté répond clairement à la question 27 que les règles du droit international (par ex. la Convention de Vienne) sont applicables. Il résulte toutefois de sa réponse à la question 30 («We are concerned with a breach of contract and not the exercise of an international remedy») que sa conception sur l'applicabilité des règles du droit interna-

tional ne va pas jusqu'à rendre applicables les sanctions du droit international.

Pour M. *Lalive* la soumission d'un contrat au droit des gens a pour effet négatif de soustraire le contrat à l'empire du droit interne et pour effet positif de rendre applicables les principes du droit des gens à l'interprétation du contrat sans toutefois modifier les règles du droit des gens sur la responsabilité internationale de l'Etat.

M. *Battifol*, de son côté, fait remarquer qu'en dehors des règles sur les traités, qui ne sont pas applicables, on ne trouve pas en droit international des règles sur la conclusion et l'exécution des contrats.

Le rapporteur conclut de ce premier échange de vues que la Commission, si elle désire terminer ses travaux en temps utile pour la session de 1977, devra renoncer à se préoccuper des effets de la soumission du contrat au droit des gens et se borner à affirmer ou nier la possibilité de cette soumission.

La possibilité de cette soumission, qui fait l'objet de la question 19, est affirmée par une grande majorité de membres de la Commission (MM. *Doehring, Feliciano, Jessup, Lalive, Mann, Monaco, Wortley*). Seul M. *Seidl-Hohenveldern* donne une réponse franchement négative. La réponse de M. *Wengler* a été analysée plus haut. Quant à la réponse de M. *Battifol*, elle paraît compatible avec la réponse de M. *Wengler*.

Le rapporteur estime pouvoir conclure que, si l'on évite de s'engager dans le problème des effets de cette soumission, la possibilité d'une soumission du contrat au droit des gens au sens d'une incorporation par référence devrait être reconnue.

Le rapporteur est confirmé dans cette opinion par le déroulement des travaux de la Quatrième Commission (rapporteur M. *Valticos*) sur les contrats conclus par les organisations internationales avec des personnes privées. La Quatrième Commission ne semble pas avoir de difficultés insurmontables à reconnaître la possibilité pour les organisations internationales de contracter avec des particuliers par référence au droit international. Si cette possibilité existe pour les organisations internationales, elle ne devrait pas être refusée aux Etats.

## 2. Possibilité et effets de la soumission aux principes généraux du droit

Deux questions du questionnaire se rattachaient à cet ordre d'idées. L'une (question 18) visait les principes généraux entendus au sens d'un

tiers ordre juridique (*cf.* l'article de 1958 de M. *Verdross*): l'autre (question 20) visait les principes généraux en tant que source du droit international au sens de l'article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice (*cf.* l'article de 1957 de *McNair*).

Dans l'ensemble les réponses ont été plus favorables à la notion des principes généraux considérés comme une partie du droit international qu'à la notion des principes généraux considérés comme constituant un tiers ordre juridique qui ne serait ni national ni international. M. *Batiffol* se demande si les termes de «tiers ordre juridique» ou «droit transnational» correspondent à une réalité observable.

Si l'on partage cette interrogation, et préfère donc considérer les principes généraux comme faisant partie du droit international, on est amené à considérer, comme l'a fait M. *Valticos* dans l'exposé préliminaire de la Quatrième Commission, que l'opposition entre les partisans du «droit international» comme droit applicable et les partisans des «principes généraux du droit» comme droit applicable recouvre pour une large part une question de terminologie. Dans cette perspective on est aussi amené à penser, comme M. *Mann* dans sa réponse au questionnaire de M. *Valticos*, qu'une soumission du contrat aux principes généraux du droit doit probablement être interprétée comme constituant une soumission au droit international. M. *Doehring* pense de même dans sa réponse à la question 28.

Il paraît cependant désirable de continuer à distinguer les deux soumissions, ne fût-ce que parce que la clause de désignation des principes généraux semble avoir pénétré dans la pratique plus que la clause de désignation directe du droit international.

Quant aux effets de la soumission aux principes généraux du droit, plusieurs membres de la Commission ont, dans leur réponse, souligné l'incertitude et la pauvreté des résultats en dehors de la soustraction du contrat à tout droit interne. M. *Batiffol* fait état de la difficulté de formuler les principes généraux avec quelque précision et estime que cela revient à s'en remettre à l'appréciation des arbitres. Pour M. *Feliciano* la recherche des principes généraux «would seem to be not only very difficult but also unpredictable».

M. *Monaco* estime que cette soumission du contrat aux principes généraux du droit est la seule hypothèse qui mérite un examen approfondi de la part de la Commission. Le rapporteur a tenté, dans la formulation des questions 34 à 37 et dans un autre exposé<sup>2</sup>, d'indiquer dans quelle

<sup>2</sup> A paraître dans la Revue belge de droit international 1975-2.

voie devrait s'engager cette étude des principes généraux. Mais, malgré les réponses en général affirmatives données par les membres de la Commission aux suggestions faites dans les questions 34 à 37, le rapporteur estime ne pas devoir poursuivre cette recherche dans le cadre des travaux de la Vingt et unième Commission. D'une part, les convictions sur ce point divergent tellement, comme l'a indiqué M. *Wengler*, que l'achèvement des travaux de la Commission en temps utile pour la session de 1977 pourrait être mis en péril. D'autre part, la recherche comparative à laquelle il faudrait procéder paraît bien déborder de la mission spécifique de l'Institut.

Aussi le rapporteur propose-t-il à l'Institut de se contenter d'affirmer la possibilité d'une soumission du contrat aux principes généraux sans examiner plus avant le contenu des règles rendues applicables.

### 3. *Soumission du contrat à un droit interne*

La possibilité pour les parties de soumettre leur contrat à un droit interne, que ce soit celui de l'Etat contractant ou celui d'un autre Etat, n'est guère controversée.

Il en est autrement de la question de savoir s'il existe une présomption en faveur de la loi de l'Etat contractant. M. *Seidl-Hohenveldern* admet cette présomption sans restriction. MM. *Doehring* et *Feliciano* l'admettent pour les contrats dont l'exécution doit se faire sur le territoire de l'Etat. En sens contraire, M. *Lalive* nie l'existence d'une présomption qui serait particulière aux contrats avec les Etats. Les autres membres de la Commission sont plutôt hésitants. Pour M. *Monaco* l'existence d'une présomption est difficile à démontrer. Pour M. *Mann* il ne peut s'agir d'une présomption proprement dite mais d'un indice relativement important et tel semble être également l'avis de M. *Wortley*. M. *Batiffol* est du même avis et rappelle opportunément que la Cour de cassation de France a décidé que la prise en location d'un immeuble par un consul français à l'étranger n'était pas soumise à la loi française (Cass. 31.5.1932, D. P. 1933 I 169).

De cet échange de vues le rapporteur est tenté de conclure que l'application fréquente de la loi de l'Etat contractant se justifie suffisamment par la méthode des indices applicable à tous contrats quels que soient les contractants, sans qu'il soit nécessaire de faire intervenir une présomption propre aux contrats des Etats.

Les questions 14 et 15 avaient trait à la possibilité d'un «dépêchage» de la relation contractuelle en excluant certaines questions de l'empire de la loi de l'Etat contractant. Dans l'ensemble, les membres de la Commission admettent cette possibilité. M. *Wortley* y est entièrement favorable. M. *Seidl-Hohenveldern* ajoute qu'à son avis cette possibilité existe également pour les contrats entre particuliers.

M. *Mann* précise utilement que la réponse à cette question doit être demandée au droit international privé du for et il ajoute qu'une réponse affirmative lui paraît très douteuse. La même hésitation se retrouve chez M. *Batiffol* qui attire l'attention sur le fait qu'il y a dans le contrat des problèmes inextricablement liés les uns aux autres. Le rapporteur partage cette hésitation et estime qu'il n'y a pas lieu pour la Commission de recommander à l'Institut une formule de «dépêchage» de la relation contractuelle entre plus d'une loi applicable.

La question 13 avait trait à la possibilité pour les parties de «geler» le droit de l'Etat contractant à son état au moment de la conclusion du contrat, excluant ainsi les modifications ultérieures de ce droit. La Commission s'est trouvée partagée sur cette question. M. *Monaco* refuse ce pouvoir aux parties. M. *Mann* précise que la réponse devra être demandée à la *lex contractus* et il ajoute que, dans la plupart des systèmes juridiques, une clause de ce genre serait sans valeur. La réponse de M. *Feliciano* va dans le même sens. MM. *Doehring*, *Jessup* et *Lalive* admettent cette possibilité, tout comme M. *Seidl-Hohenveldern* qui fait toutefois observer qu'à l'expérience la clause ne constituera probablement pas une garantie efficace. M. *Batiffol*, tout en étant hésitant, ne semble pas exclure cette possibilité, mais il fait très justement remarquer que, dans ce cas, la loi de l'Etat contractant ne régit plus le contrat mais s'y trouve simplement incorporée.

Il faut, à mon avis, conclure, comme le fait M. *Mann*, que cette clause est en réalité un indice de l'intention des parties de soustraire le contrat à l'empire de la loi de l'Etat contractant pour le soumettre au droit international.

#### 4. Le fondement du caractère obligatoire du contrat

En dehors de l'hypothèse où l'Etat s'engage, soit par traité, soit par déclaration unilatérale, au niveau du droit international, le fondement du caractère obligatoire du contrat doit être cherché dans le droit internatio-

nal privé du for. M. *Mann* fait justement remarquer, dans sa réponse à la question 17, que c'est en ce sens qu'il faut comprendre l'affirmation de la Cour Permanente de Justice Internationale dans les affaires des emprunts serbes et brésiliens.

C'est ce droit international privé du for qui déclare applicable le système juridique choisi par les parties. Effectivement il y a une large mesure d'unanimité internationale sur la règle que la *lex contractus* se détermine d'après les intentions des parties. Lorsqu'une des parties est un Etat, le droit international figure parmi les systèmes juridiques que les parties peuvent déclarer applicables.

Cette notion du droit international privé du for doit toutefois faire l'objet d'une précision dans les cas où les parties ont convenu dans leur contrat d'une clause arbitrale.

Si l'arbitrage auquel les parties se sont soumises est un arbitrage institutionnel de caractère national (comme par ex. la London Corn Trade Association, les chambres arbitrales de Hambourg ou d'Anvers, les commissions arbitrales pour le commerce extérieur des pays à monopole étatique du commerce international), cette institution arbitrale aura, elle aussi, sa *lex fori* comme un tribunal étatique. Mais s'il s'agit d'un arbitrage *ad hoc* ou d'un arbitrage institutionnel de caractère international (comme celui de la Chambre de commerce internationale), le problème est quelque peu différent. D'après la résolution adoptée par l'Institut à la session d'Amsterdam en 1957 les arbitres doivent appliquer les règles de droit international privé en vigueur dans l'Etat du siège du tribunal arbitral<sup>3</sup>. Mais cette résolution n'a pas été acceptée unanimement par la doctrine qui tend, de manière dominante, à penser avec M. *Batiffol* que l'arbitre international «n'est pas tenu de suivre les règles de conflit d'un pays plutôt que d'un autre»<sup>4</sup>. Ce serait donc, dans un tel cas, soit un système national de droit international privé librement choisi par les arbitres, soit même les principes généraux du droit international privé, tels que les conçoivent les arbitres, qui constituerait le fondement du caractère obligatoire du contrat et de la liberté des parties dans la désignation du droit applicable<sup>5</sup>.

Dans les contrats ordinaires entre particuliers, c'est l'existence d'un

<sup>3</sup> *Annuaire* 1957-II, p. 484, article II de la résolution.

<sup>4</sup> *Revue de l'arbitrage*, 1957 p. 110.

<sup>5</sup> Cf. sur ce problème le rapport présenté par M. *Lalive* sur «Les règles de conflit de lois appliquées au fond du litige par l'arbitre international siégeant en Suisse» au Colloque de Genève des 2 et 3 avril 1976.

élément étranger qui permet aux parties de choisir la loi applicable. De même, dans le cas qui nous occupe, c'est le fait que l'Etat est sujet de droit international qui permet aux parties de soustraire leur contrat à tout droit interne.

Cette possibilité existe-t-elle également lorsque ce n'est pas l'Etat proprement dit, mais une de ses subdivisions territoriales ou fonctionnelles qui est partie au contrat? Dans leur réponse à la question 1, les membres de la Commission ont en général, à l'exception de MM. *Seidl-Hohenveldern*, *Doehring* et *Wortley*, tendu vers une interprétation restrictive du mot «Etat» dans l'énoncé du sujet confié à la Commission. Le rapporteur partage entièrement sur ce point l'opinion de M. *Mann* qu'il se permet de reproduire:

«The word State should comprise the central government and its instrumentalities. The reason is that the choice lies between the application of public international law or some municipal system of law and only central government and its instrumentalities are capable of acting under and in accordance with public international law.»

Il faut donc exclure, comme le propose M. *Monaco*, les subdivisions ou établissements publics qui ont une personnalité juridique indépendante.

##### 5. Les indices de la volonté des parties

La volonté des parties peut s'être manifestée de manière expresse par une clause relative au droit applicable. Des exemples de telles clauses ont été donnés dans l'exposé préliminaire.

En l'absence d'une telle clause il y aura lieu pour le juge ou l'arbitre de déterminer le droit applicable en s'efforçant de reconstituer l'intention des parties sur ce point. C'est la méthode des indices, classique en droit international privé des contrats, qu'il y aura lieu d'appliquer.

Les questions 2 à 11, en liaison avec la question 21, avaient pour but de rechercher si certaines caractéristiques tenant à la nature du contrat ou à la personnalité des contractants devaient être présentes pour rendre possible la soumission du contrat à des règles autres que celles d'un droit interne.

Dans leur grande majorité les membres de la Commission ont estimé que cette possibilité devait exister pour tous les contrats entre un Etat et une personne privée étrangère. M. *Feliciano* a fait observer qu'en fait

l'intention de soustraire le contrat à l'empire d'un droit interne ne se manifesterait probablement pas dans tous les types de contrats. Mais cela ne suffit pas, aux yeux du rapporteur, pour restreindre cette possibilité à certains types de contrats.

La seule exception notable, parmi les membres de la Commission, est M. *Batiffol* qui estime que «ces possibilités devraient être limitées aux contrats manifestement insusceptibles d'être soumis à la loi d'un Etat déterminé». Le rapporteur se permet sur ce point de s'écarter de l'opinion de M. *Batiffol* et ce pour deux raisons qui se complètent. D'une part, il recule devant la difficulté de définir de manière précise la catégorie des contrats qui sont «manifestement insusceptibles d'être soumis à la loi d'un Etat déterminé». D'autre part, il estime que cette appréciation doit être laissée aux parties elles-mêmes dans chaque cas déterminé et ne doit pas leur être imposée du dehors et *a priori*.

M. *Seidl-Hohenveldern* se demande si les «contrats administratifs» ne devraient pas être exclus. Dans l'ensemble, les autres membres de la Commission n'ont pas été favorables à une distinction entre les contrats administratifs et les contrats de droit civil, estimant, comme l'exprime M. *Wortley*, que cette distinction est particulière à certains systèmes juridiques et n'a donc pas de valeur internationale.

M. *Batiffol* fait à ce sujet la judicieuse remarque «qu'il appartient à chaque Etat de déterminer dans quelles conditions des organes administratifs peuvent passer des contrats du second type, serait-ce avec des personnes privées étrangères qui échapperaient à son droit administratif».

Cette remarque est à rapprocher de celle que M. *Seidl-Hohenveldern* a faite dans sa réponse à la question 16. Il observe que la législation de certains Etats n'admet pas que l'Etat contracte sous l'empire d'un droit étranger.

Ainsi, en droit administratif français, comme l'a fait observer M. *Batiffol*, si le contrat est «administratif» il ne peut être régi que par le droit français tandis que les contrats de droit privé de l'administration peuvent être soumis à un droit étranger.

Le problème soulevé par ces deux remarques est celui des règles nationales qui interdisent à l'Etat de contracter autrement que sous l'empire de son propre droit.

Une première question à ce sujet est si nous ne nous trouvons pas, dans un tel cas, en présence d'une règle de capacité par laquelle l'Etat est lié dans l'ensemble de son comportement contractuel.

La réponse n'est pas certaine. Dans le sens d'une réponse négative

on peut citer la jurisprudence française relative à l'interdiction pour l'Etat de se soumettre à l'arbitrage. Cette interdiction a été considérée comme ne constituant pas une règle de capacité et n'étant donc pas applicable lorsque le contrat comportant la clause arbitrale n'est pas soumis au droit français<sup>6</sup>.

D'autre part, une interdiction pour l'Etat de contracter sous l'empire d'un droit interne étranger ne doit pas être interprétée comme interdisant également à l'Etat de contracter en dehors de l'empire de tout droit interne.

Enfin, il n'est pas inutile d'observer qu'une telle interdiction peut être néfaste pour l'Etat en lui rendant impossible la conclusion de certains contrats, par exemple le recours à un marché financier déterminé pour le placement de ses emprunts.

En définitive, tout Etat peut, par une règle générale, s'interdire de contracter autrement que sous l'empire de son propre droit mais il n'est pas du tout certain que l'existence d'une telle règle ôte à l'Etat la possibilité d'y déroger, pour des raisons de nécessité, dans un cas particulier. La dérogation devrait toutefois, dans ce cas, être clairement exprimée dans le contrat.

Un problème quelque peu semblable est celui des Etats qui ont promulgué une loi sur les investissements étrangers.

Avec des nuances dans l'expression, la plupart des membres de la Commission (M. Monaco semble constituer une exception) considèrent que l'existence d'une telle loi joue un rôle dans notre problème en ce sens que le contrat qui rentre dans la sphère d'application de cette loi y sera soumis à moins qu'une dérogation soit clairement formulée.

Les questions 23 à 26 portaient sur les clauses arbitrales en tant qu'indices de la volonté des parties. Les réponses données laissent apparaître une assez grande divergence de vues. En réponse à la question 23, MM. Doehring, Feliciano et Mann nient la portée, quant à la détermination du droit applicable, de la présence d'une clause arbitrale. M. Batiffol, estime que «il serait abusif d'imputer à la clause arbitrale la conséquence que le contrat échapperait à toute loi étatique mais elle pourrait être un indice de cette volonté si elle est confirmée par d'autres éléments». Tel semble être également l'avis de M. Wortley. MM. Lalive

<sup>6</sup> Cass. 14 avril 1964, *Revue critique de droit international privé*, 1966, p. 69, note Batiffol. Voir aussi l'arrêt ultérieur du 2 mai 1966, *ibid.*, 1967, p. 583, note Goldman, qui fonde la validité de la clause sur les «usages du commerce international».

et *Seidl-Hohenveldern* considèrent que les arbitres estimeront probablement que la clause arbitrale est un indice que les parties ont voulu écarter l'application du droit de l'Etat contractant; pour M. *Monaco* ce pourrait même être un élément décisif.

Le rapporteur avait, par les questions 25 et 26, tenté d'orienter la réflexion dans le sens d'une distinction entre les différents types d'arbitrage mais dans l'ensemble les réponses reçues ne sont pas très favorables à cette orientation. Le rapporteur voudrait seulement retenir d'une part, avec M. *Feliciano*, que la clause arbitrale ne peut avoir de portée sur le droit applicable que s'il ne s'agit pas d'un arbitrage régi par le droit de l'Etat contractant, et d'autre part, avec MM. *Batiffol* et *Seidl-Hohenveldern*, que la portée de la clause arbitrale est beaucoup plus forte s'il s'agit d'un arbitrage de droit international que s'il s'agit d'un arbitrage commercial. Mais il reconnaît, avec M. *Lalive*, que la distinction peut être difficile à faire. L'arbitrage dans l'affaire *Socobelge* est un bon exemple de cette difficulté<sup>7</sup>. En définitive, il ne paraît pas possible d'aller plus loin que d'affirmer avec M. *Batiffol*, que toute clause arbitrale peut avoir valeur d'indice à condition d'être confirmée par d'autres éléments.

## 6. Conclusion

Le projet provisoire de résolution s'efforce d'exprimer brièvement et en langage normatif les conclusions qui, à l'estime du rapporteur, se dégagent des travaux de la Commission.

La résolution renonce à s'exprimer sur les effets qu'entraîne la soumission du contrat au droit international ou aux principes généraux du droit. Elle se borne à énoncer que les problèmes posés par l'exercice par l'Etat contractant de ses pouvoirs souverains doivent être résolus par les règles de droit désignées par les parties.

Pour le reste, la résolution constitue une application, au cas des accords entre un Etat et une personne privée étrangère, des principes du droit international privé concernant la désignation de la *lex contractus*. La seule particularité, par rapport aux contrats entre particuliers, est la possibilité de soustraire la relation contractuelle aux règles d'un droit interne.

<sup>7</sup> Cf. sur cette difficulté l'étude du rapporteur dans les mélanges Wengler *Multitudo Legum Jus unum* sous le titre «Réflexions sur l'arbitrage au point de vue de son intégration dans les divers ordres juridiques».

La désignation du droit applicable peut, conformément aux règles traditionnelles du droit international privé, être faite de manière explicite ou sinon se dégager des indices révélateurs de l'intention des parties. Il n'a pas paru nécessaire ni possible, en ce qui concerne les indices, d'en établir une liste et d'en dresser la hiérarchie. La résolution se borne à attirer l'attention sur certains indices particulièrement révélateurs et dont l'importance a été soulignée par les travaux doctrinaux cités dans les observations préliminaires.

Bruxelles, 15 avril 1976

---

## Projet provisoire de résolution

L'Institut de Droit international

*Prenant connaissance* du fait que la pratique et la doctrine se sont préoccupées de chercher une solution au problème que pose l'exercice éventuel par un Etat de ses pouvoirs souverains à l'encontre des engagements contractuels pris envers un étranger,

*Considérant* d'une part qu'un Etat peut, par traité ou par engagement unilatéral, prendre des engagements sanctionnés par le droit des gens,

*Considérant* d'autre part que dans le cas d'un contrat entre un Etat et un particulier étranger les règles du droit international privé permettent aux parties, si telle est leur volonté, de soustraire le contrat à tout droit interne et d'y incorporer par référence les principes généraux du droit faisant partie du droit international,

*Adopte* la présente résolution:

1. Les contrats entre un Etat et une personne privée étrangère sont soumis aux règles de droit auxquelles les parties ont l'intention de les soumettre.

2. Les parties peuvent, par une clause expresse, soumettre leur contrat soit à un droit interne, soit aux principes généraux du droit, soit au droit international.

3. En l'absence d'une clause expresse, la désignation du droit applicable résulte des indices permettant de déceler l'intention des parties.

4. En particulier l'intention de soumettre un contrat d'investissement au droit de l'Etat contractant peut découler de l'existence dans l'Etat contractant d'une loi réglementant les investissements étrangers si le contrat ne contient pas de clause explicite dérogeant à cette législation.

5. En particulier l'intention de soustraire un contrat au droit de l'Etat contractant peut découler de la présence dans le contrat d'une clause relative à l'exercice par l'Etat de ses pouvoirs souverains et d'une clause arbitrale.

6. Les règles de droit désignées par les parties règlent les problèmes posés par l'exercice par l'Etat de ses pouvoirs souverains à l'encontre d'un engagement pris envers le cocontractant.

---

## Annexe I

*Questionnaire annexé à l'exposé préliminaire  
de M. Georges van Hecke du 30 juin 1975*

### *I. Délimitation et subdivision du sujet*

1. Comment faut-il comprendre, dans l'indication du sujet, le mot «Etat»? S'agit-il uniquement du gouvernement central? Faut-il également considérer les contrats des subdivisions territoriales, des établissements publics spécialisés, des entreprises d'Etat, des sociétés d'économie mixte?

2. Faut-il faire une distinction entre les contrats conclus dans l'exercice de *l'imperium* et les contrats conclus dans une activité de *gestio*?

3. Faut-il distinguer entre les contrats de droit civil et les contrats de droit public («contrats administratifs»)?

4. Faut-il distinguer d'après l'objet du contrat (fourniture de biens ou de services – prêts – concession de service public)?

5. Faut-il faire une distinction d'après la durée du contrat?

6. Faut-il faire une distinction selon que le cocontractant s'installe ou non dans le territoire de l'Etat?

7. Faut-il distinguer d'après le «niveau» auquel le contrat est conclu?

8. Faut-il considérer comme une catégorie séparée les «contrats d'investissement» ou les «contrats de développement économique»? Dans ce cas, comment faut-il les définir?

9. Faut-il faire une distinction selon que l'Etat a ou non promulgué une loi sur les investissements étrangers?

10. Faut-il distinguer selon que l'Etat est un pays développé ou un pays en voie de développement?

11. Faut-il traiter séparément le cas où le droit de l'Etat contractant est peu développé?

### *II. Soumission du contrat à un droit interne*

12. Existe-t-il une présomption selon laquelle, en l'absence d'indication en sens contraire, le contrat est soumis au droit interne de l'Etat contractant?

13. Les parties peuvent-elles convenir que le droit applicable est celui de l'Etat contractant au moment de la conclusion du contrat, à l'exclusion des modifications ultérieures de ce droit?

14. Les parties peuvent-elles convenir que le contrat est soumis au droit de l'Etat contractant, sauf pour certaines questions spécifiées?

15. Les parties peuvent-elles convenir que le contrat est soumis au droit de l'Etat contractant uniquement en ce qui concerne l'exécution qui doit avoir lieu dans le territoire de l'Etat contractant?

16. Les parties peuvent-elles soumettre le contrat à un droit interne autre que celui de l'Etat contractant?

### *III. Soumission du contrat à des règles autres que celles d'un droit interne déterminé*

17. Faut-il continuer à déclarer, comme l'a fait la Cour Permanente de Justice Internationale (Emprunts serbes, série A n° 20/21, p. 41), que: «Tout contrat qui n'est pas un contrat entre des Etats en tant que sujets du droit international a son fondement dans une loi nationale»?

18. Peut-on considérer que la relation entre parties n'est soumise, en dehors des clauses expresses du contrat, qu'à des règles ne faisant partie ni d'un droit interne déterminé ni du droit des gens mais constituant un «tiers ordre juridique», ou «droit transnational»?

19. Les parties peuvent-elles soumettre leur contrat au droit international public (droit des gens)?

20. Les parties peuvent-elles soumettre leur contrat aux «principes généraux du droit»?

21. Les possibilités indiquées aux questions 18 à 20 existent-elles pour tous les contrats ou sont-elles limitées à certains types de contrat présentant une ou plusieurs des caractéristiques indiquées aux questions 2 à 11?

22. Faut-il faire une distinction entre la loi qui régit le contrat et l'ordre juridique dont dérive le caractère obligatoire du contrat?

### *IV. Influence des clauses arbitrales*

23. Quelle est la portée, quant à la détermination du droit applicable, de la présence dans le contrat d'une clause arbitrale?

24. Peut-on dire que la présence d'une clause arbitrale fait présumer l'applicabilité d'un droit autre que le droit interne de l'Etat contractant?

25. Ne faut-il pas distinguer entre les différents types d'arbitrage (arbitrage «commercial international» ou arbitrage «de droit international»)?

26. Les indications données par le contrat quant à la loi régissant la procédure de l'arbitrage et quant au mode de désignation des arbitres sont-elles importantes à cet égard?

*V. Effet de l'internationalisation du contrat*

27. Quel est l'effet de la soumission du contrat au droit international public (droit des gens)?

28. Quel est l'effet de la soumission du contrat aux «principes généraux du droit»?

29. La règle *Pacta sunt servanda* du droit des gens est-elle applicable aux contrats entre Etats et particuliers étrangers soumis au droit des gens?

30. Les règles du droit des gens sur la responsabilité de l'Etat sont-elles applicables directement dans un litige relatif à un contrat soumis au droit des gens sans devoir faire jouer le mécanisme de la protection diplomatique?

31. L'inexécution arbitraire du contrat engage-t-elle la responsabilité internationale de l'Etat comme étant contraire au principe général de l'exécution de bonne foi?

32. Une utilisation discriminatoire des pouvoirs souverains de l'Etat au détriment d'un cocontractant engage-t-elle la responsabilité internationale de l'Etat?

33. Quelle est la valeur et quel est l'effet d'une clause contractuelle par laquelle l'Etat promet qu'aucune mesure législative ou administrative ne viendra annuler ou modifier le contrat sans le consentement de l'autre partie?

34. Faut-il (en l'absence d'une telle clause) reconnaître, au titre d'un principe général de droit, la faculté pour l'Etat de modifier ou résilier le contrat pour faire face à une nécessité d'intérêt général?

35. Faut-il dans ce cas reconnaître, également au titre d'un principe général de droit, l'obligation pour l'Etat d'indemniser le cocontractant des dommages subis par suite de la modification ou de la résiliation du contrat?

36. Y a-t-il lieu de faire une distinction entre l'usage illicite des pouvoirs souverains, obligeant à réparation intégrale, et l'usage licite des pouvoirs souverains donnant lieu à compensation des dommages (*damnum emergens*) causés au cocontractant?

37. La réparation intégrale due en cas d'usage illicite des pouvoirs souverains peut-elle comporter la *restitutio in integrum* permettant de considérer les mesures illicites comme nulles et non avenues en dehors du territoire de l'Etat?

*VI. Question finale*

38. Quelles sont les questions additionnelles qui devraient être examinées? Certaines questions devraient-elles être supprimées?

Bruxelles, 30 juin 1975

---

## Annexe II

*Observations des membres de la Vingt et unième Commission  
en réponse à l'exposé préliminaire et au questionnaire<sup>1</sup>  
de M. Georges van Hecke du 30 juin 1975*

### *1. Observations de M. Henri Batiffol*

Paris, le 30 mars 1976

Mon cher Ami,

Je suis un peu confus de vous envoyer si tard mes observations sur votre questionnaire que j'avais pourtant lu et annoté dès sa réception.

Je vous félicite et vous remercie d'abord de vos excellentes observations préliminaires qui font le point des problèmes et des sources de la matière avec une clarté et une sobriété exemplaires.

Je reprends vos questions dans leur ordre.

1. Je pencherais vers la considération exclusive des contrats passés par le gouvernement central. Il est en effet admis dans beaucoup de pays que les subdivisions territoriales et *a fortiori* les autres personnes juridiques que vous citez ne jouissent pas de l'immunité de juridiction. Cette circonstance n'est-elle pas de nature à rapprocher les contrats qu'elles passent de ceux qui interviennent entre personnes privées? En tout cas la distinction entre gouvernement central et établissements publics spécialisés a donné lieu à assez de difficultés sur le terrain de l'immunité pour que la résolution ne s'encombre pas de ce problème supplémentaire.

2. La distinction est admise dans le droit positif de plusieurs pays, dont, si je ne me trompe, la Belgique. Elle me paraît utile et réaliste.

3. Je n'ai pas l'impression que tous les pays connaissent la distinction entre ce qu'on pourrait appeler «contrats de l'administration» qui peuvent être de pur droit privé, et les «contrats administratifs» par hypothèse soumis au droit administratif. Et il me semble qu'il appartient à chaque Etat de déterminer dans quelles conditions des organes administratifs peuvent passer des contrats du second type, serait-ce avec des personnes privées étrangères, qui échapperaient à son droit administratif. La résolution pourrait à la rigueur le constater.

4. Il me semble que l'objet du contrat peut donner lieu suivant les cas à un contrat tel que pourrait en passer une personne privée ou au contraire à un contrat

<sup>1</sup> Les chiffres des réponses correspondent aux numéros des questions du questionnaire (voir pp. 206-208 ci-dessus).

dans lequel l'Etat exerce des prérogatives qui lui sont propres. La concession de service public est de soi du second type, mais les deux autres exemples que vous donnez ne se prêtent pas à une qualification univoque.

5. La distinction d'après la durée du contrat limiterait sérieusement l'objet de la résolution, sans raison décisive car le problème peut se poser aussi pour des contrats à exécuter sur une durée brève ou même à exécution instantanée. Sans doute les contrats de longue durée sont-ils de ceux qui ont donné lieu aux plus de difficultés, mais la raison ne me paraît pas suffisante pour y limiter le projet.

6. Je répondrai négativement pour des raisons parallèles à celles qui précèdent.

7. Si nous ne retenons que les contrats passés par le gouvernement central, je ne crois pas qu'il y ait lieu de distinguer suivant des niveaux qui pourraient être différents selon les pays.

8. Même réponse négative pour des raisons analogues à celles des réponses données aux questions 5 et 6, sous réserve de la réponse à la question suivante.

9. Si l'Etat a promulgué une loi sur les investissements étrangers, le contrat qui ne s'en explique pas me paraît devoir être soumis à ladite loi, type de la catégorie des lois dites d'application immédiate ou nécessaire, que le cocontractant ne doit pas ignorer et dont l'applicabilité est d'une légitimité évidente.

10. Je préférerais éviter une distinction générale entre pays développés et en voie de développement. Si l'Etat contractant a des règles légales sur des «contrats de développement économique», ces règles s'appliqueront au même titre que celles qui concernent les investissements étrangers.

11. Il me paraît peu praticable juridiquement et politiquement, au sens le plus élevé du terme, de traiter séparément le cas où le droit de l'Etat contractant est peu développé. La notion de développement insuffisant n'a pas encore trouvé de définition dans les espèces soumises à l'arbitrage ou même à des juridictions étatiques. Si le cocontractant estime que le droit de l'Etat en question ne peut répondre aux problèmes soulevés par le contrat, il lui appartiendra d'adopter une des nombreuses formules que vous avez énumérées qui ont pour but d'éliminer la loi de l'Etat ou toute loi nationale.

12. Bien que la présomption ait été posée en 1929 par la Cour permanente de Justice internationale dans les affaires des emprunts serbes et brésiliens en France, elle paraît aller trop loin. La Cour de cassation de France l'a repoussée pour les «conventions de droit privé assimilables à celles intervenues entre particuliers», s'agissant d'un bail consenti à Constantinople par un propriétaire turc au Consul de France (31 mai 1932, *Etat Français c. Caratheodory D. P. 1933*. 1, 169, note Crémieux, S. 1933.1.17 note Niboyet). Pour les contrats où interviennent les notions de gestion publique ou d'*imperium* la circonstance qu'une des parties est un Etat ne devrait constituer qu'un indice de volonté possible, à confirmer par d'autres.

13. Une telle stipulation revient à dire que la loi de l'Etat est «incorporée» dans le contrat comme une convention tacite. Sa validité dépend de la possibilité que le contrat échappe à l'emprise de toute loi nationale, et ses effets sont à chercher dans la discussion du point de savoir si l'Etat encourt une responsabilité en modifiant ses lois et en appliquant ces modifications au contrat, alors qu'il avait pris l'engagement contraire (questions 33 et suivantes).

14. L'idée que les parties à un contrat ne pourraient soustraire à la loi qui le

gouverne que les matières réglées seulement à titre facultatif par cette loi doit être combinée avec la notion qu'un même instrument peut grouper deux conventions parfaitement distinctes, ou même qu'une convention unitaire par son but peut être composée de parties séparables les unes des autres. Le problème ne paraît donc pas spécifique au projet de résolution. Même en tenant compte de ce que les questions réservées pourraient être soumises au droit des gens, le problème semble le même, savoir la possibilité de «dépeçer» le contrat sans aboutir à des incohérences: il s'agit de savoir s'il n'y a pas dans le contrat des problèmes inextricablement liés les uns aux autres, et si une loi n'est pas en réalité méconnue quand les parties lui soustraient des questions dont le règlement est indissociable de celui d'autres problèmes qui se sont maintenus sous son empire.

15. La jurisprudence française a déjà admis qu'un contrat de représentation dans plusieurs pays pouvait être soumis pour ses effets à la loi du pays dans lequel l'effet litigieux se serait produit. La difficulté, comme pour tout dépeçage, est celle des questions qui concernent à la fois la formation et l'exécution, par exemple des clauses sur la responsabilité dont la validité ou la nullité peut avoir un contre-coup sur la formation du contrat. La clause considérée par la question peut être interprétée comme ne concernant que les lois dites d'application immédiate ou nécessaire, avec l'incertitude qui affecte leur définition. Ou alors il serait prudent ici de circonscrire les problèmes soustraits ainsi à la loi gouvernant en principe la formation du contrat pour s'assurer que le domaine respectif des deux lois sera suffisamment défini.

16. La réponse à cette question est liée à celle qui a été donnée à la question 12, elle est affirmative.

17. L'affirmation de l'arrêt des emprunts serbes est difficile à maintenir telle quelle en présence des cas, apparus plus clairement depuis, où il paraît difficile de désigner aucune loi étatique qui aurait plus de titres qu'une autre à régir le contrat, ou même parce que le caractère de ce contrat exclut toute désignation de ce genre qui pourrait paraître un avantage au profit d'une des parties. Il reste cependant que la définition de ces cas est encore à trouver, et que dans l'immédiat la formule de 1929 garde la valeur d'un principe comportant des dérogations éventuelles. Mieux vaudrait sans doute lui substituer une formule moins absolue du genre: «un contrat qui n'est pas un contrat entre des Etats en tant que sujets du droit international a en principe son fondement dans une loi nationale». A ceux qui opposeront que la formule «en principe» retire toute certitude à l'affirmation, il faut répondre que la vie du droit consiste à poser des principes et à leur apporter des dérogations, mais à condition que les dérogations soient suffisamment bien définies pour que le principe conserve un sens. Il est généralement admis qu'il appartient à celui qui plaide pour une dérogation à démontrer son opportunité et à proposer une détermination suffisamment précise de son domaine.

18. La question concerne à mon sens ces contrats dont les caractères rendent matériellement impossible ou politiquement difficile de les soumettre à une loi étatique déterminée: contrats entre plusieurs Etats, ou entre sociétés puissantes sur la répartition de leurs activités, ou entre une société et un Etat s'il y a des raisons précises de penser que les parties ont implicitement exclu et la loi de l'Etat cocontractant et celle de l'Etat dont la société dépend; d'une manière générale il semble

qu'un souci d'égalité même à l'encontre d'une inégalité économique ou autre, ou l'objet du contrat concernant des lieux d'exécution multiples, soit à l'origine de ces difficultés.

Quant à parler d'un «tiers ordre juridique» ou «droit transnational», je m'en garderais. La raison principale est qu'on se demande si ces termes correspondent à aucune réalité observable: les contrats de ce genre seront soumis à des arbitres qui en fait ne se référeront à aucun ordre de cette espèce dont ils seraient bien en peine, le plus souvent, d'établir la teneur. Ils statueront du mieux qu'ils pourront en présence des termes du contrat: à la limite ce genre de convention n'est pas loin du «gentlemen agreement».

19. Il me paraît très douteux qu'il appartienne aux personnes privées de se déclarer sujets du droit international public. Ce sont les règles de ce droit qui décident quels sont ses sujets. Appartient-il à deux non-commerçants de décider que leurs relations seront régies par le droit commercial? Judiciairement il ne me paraît pas que la Cour internationale de Justice devienne compétente parce qu'il a plu à des personnes privées de se déclarer sujets du droit des gens. Et il restera la question de savoir si ce droit des gens comporte des règles adaptées aux contrats considérés ici.

20. La soumission d'un contrat aux «principes généraux du droit» revient à les soustraire à toute loi, puisque toute loi est censée incorporer les principes généraux du droit et se distinguer des autres par les précisions qu'elle y apporte. D'où la difficulté de formuler de tels principes généraux avec quelque précision; cela revient à s'en remettre à l'appréciation des arbitres. Il faut noter ici, comme pour les autres formules revenant à renoncer à toute loi, la propension qu'ont en général les arbitres à statuer d'après le système juridique dans lequel ils ont été formés, comme le montre la sentence bien connue dans l'affaire d'Abu Dhabi. Si les membres d'un collège arbitral ont été formés dans des systèmes différents, la solution ne sera pas facile.

21. Ces possibilités devraient être limitées aux contrats manifestement insusceptibles d'être soumis à la loi d'un Etat déterminé.

22. C'est tout le problème de savoir si la loi dite choisie n'est qu'une clause du contrat auquel elle s'incorpore aussi bien que celles qui concernent les quantités ou les prix, ou s'il s'agit d'une loi véritable et non d'un contrat, celui-ci étant régi par celle-là. Pour ceux qui admettent qu'une loi devienne une simple clause contractuelle, c'est-à-dire lui dénie le caractère de loi, le présupposé est que le contrat vaut par le seul consentement des parties, sans qu'il soit besoin de démêler un ordre juridique dont le contrat tirerait sa force obligatoire. Chaque juge serait tenu de reconnaître la valeur obligatoire d'un contrat réellement consenti du moment qu'il n'obéit à aucune loi étatique parce qu'il n'est pas purement interne à un pays donné.

23. Il paraît bien que les contrats qu'on voudrait soustraire à toute loi devraient comporter une clause arbitrale et la comportent en fait probablement toujours. Un juge étatique statue en effet au nom de l'ordre juridique dont il tient ses pouvoirs, et le risque existe toujours que cet ordre ne prévoie pas, ou qu'on ne puisse lui en imputer la prévision implicite, la soustraction de certains contrats internationaux à l'empire de toute loi étatique. Il ne faut pas oublier qu'en 1950 la

Cour de cassation de France a repris, dans l'affaire des Messageries Maritimes, la formule de la Cour permanente de Justice internationale de 1929. Inversement il serait abusif d'imputer à la clause arbitrale la conséquence que le contrat échapperait à toute loi étatique.

24. La conséquence me paraît excessive. De même que la clause arbitrale n'exclut pas nécessairement les conflits de lois, de même elle n'introduit pas dans les règles de conflit des particularités, réserve faite de l'influence sur la détermination de la loi applicable du choix d'un arbitrage institutionnel. Ici aussi la clause pourrait à la rigueur être un indice de volonté possible d'écarter la loi de l'Etat cocontractant, mais à la condition qu'il soit confirmé par d'autres.

25. La présomption en question pourrait prendre plus de force dans le cas d'un arbitrage dit «de droit international». Encore faudrait-il donner de cette distinction une définition quelque peu ferme. Si on se réfère aux accords pétroliers franco-algériens de 1965 qui prévoyaient un arbitrage entre le gouvernement algérien et les compagnies françaises exploitant des gisements en Algérie, on constate que l'Algérie a dénoncé ces accords comme attentatoires à sa souveraineté: les personnes privées étrangères n'ont qu'à se soumettre aux juridictions de l'Etat cocontractant; imposer à ce dernier par traité de se soumettre à l'arbitrage implique une méfiance à l'égard de son système judiciaire. Sans doute un Etat peut accepter une procédure arbitrale sans qu'un traité l'y ait obligé, mais dès lors comment définir l'arbitrage «de droit international»?

26. Si le contrat désigne une loi étatique pour régir la procédure d'arbitrage, il me paraît évident qu'il ne s'agit pas d'un arbitrage que l'on pourrait qualifier «de droit international». La seule source certaine d'un tel caractère est, comme l'indique l'exemple pris au numéro précédent, l'organisation de l'arbitrage par voie de traité entre Etats. La désignation des arbitres par les organes gouvernementaux des Etats intéressés pourrait indiquer la volonté de soustraire l'arbitrage et le contrat à toute loi nationale, mais ce ne serait, ici aussi, à mon avis, qu'un indice à confirmer par d'autres – et principalement à confirmer par les caractères du contrat justifiant sa soustraction à toute loi.

27. La soumission du contrat au droit international public aurait un effet positif si cette branche du droit offrait des règles sur la conclusion et l'exécution des contrats. Une telle évolution est souhaitée par certains, elle n'est pas encore commencée, que je sache. En attendant on ne trouve en droit international public que des règles sur les traités qui ne paraissent pas adaptées, ni même applicables en droit aux contrats envisagés ici. Mon impression est que la référence au droit des gens exprime surtout un souci de déterminer un ordre juridique dont le contrat tiendra sa force obligatoire. Encore faudrait-il que cet ordre accepte le rôle qui lui est imputé.

28. Je me réfère à ce sujet à ma réponse à la question 20. Là encore l'impression est celle d'un souci de trouver une sorte d'ordre juridique dont le contrat tirerait sa validité.

29. Il n'est pas besoin de recourir au droit des gens pour invoquer la force obligatoire des conventions exprimée par la maxime «*pacta sunt servanda*». Tout le mouvement de soustraction des contrats à toute loi présuppose que l'échange des consentements oblige sans qu'aucune loi le prévoie; c'est à relier à la thèse historiquement illustre de l'antériorité du contrat à la loi, ou à une prescription dérivant

directement de la loi naturelle. La référence à la formule latine usuelle en droit international public n'ajoute pas grand chose, d'autant que la force obligatoire des contrats est une règle à laquelle tous les codes qui l'énoncent apportent de multiples précisions, modalités, dérogations; celles qui sont admises en droit international public le sont pour les traités; on les voit mal transposées à des contrats proprement dits.

30. La question est du ressort des publicistes. Je doute pour ma part qu'un Etat reçoive la réclamation d'une personne privée fondée sur le droit des gens, non moins qu'une juridiction internationale en dehors de celles devant lesquelles une partie privée pourrait être partie.

31. Ici encore la question concerne les publicistes. Personnellement je ne vois pas pourquoi un Etat exerçant la protection diplomatique ne se plaindrait pas d'un dommage causé à un de ses ressortissants par l'inexécution d'un contrat.

32. Sous réserve de mon incompetence encore sur ce point, une discrimination, par hypothèse non justifiée par des raisons objectives, constitue une faute engageant la responsabilité de son auteur.

33. La réponse me paraît dépendre du droit interne de chaque Etat; et si le cocontractant avait connaissance qu'une telle clause est de nul effet selon ce droit, serait-il admis à se plaindre de l'inexécution d'un tel engagement?

34. Il me paraît impossible de refuser à un Etat le droit de légiférer selon les exigences de l'intérêt général, même à l'encontre de l'engagement qu'il aurait contracté à l'égard d'une personne privée, serait-elle étrangère.

35. La contrepartie d'une telle latitude devrait être assurément l'indemnisation du cocontractant lésé.

36. La distinction me paraît d'autant plus raisonnable qu'elle serait conforme à la loi interne de l'Etat considéré qui ne prévoirait qu'une compensation plus ou moins adéquate sans constituer une réparation intégrale. Cette dernière pourrait être requise dans le cas d'un usage que je préférerais qualifier d'abusif plutôt qu'illécite de ses pouvoirs par l'Etat en cause.

37. Si une telle réparation est matériellement possible, elle serait assurément préférable. La réparation en nature est toujours, selon les vues continentales, préférable à l'allocation de dommages et intérêts quand elle est praticable.

38. Je ne peux qu'admirer la multiplicité des questions que vous avez soulevées: vous avez vraiment «retourné» le sujet sous tous ses aspects, et je vous en adresse toutes mes félicitations.

Croyez, cher Ami, à mes sentiments fidèlement amicaux.

*Henri Batiffol*

## *2. Observations de M. Karl Doehring*

Heidelberg, le 18 février 1976

Mon cher Confrère,

Voici mes réponses à votre questionnaire:

1. La notion «Etat» dans le contexte du sujet ne devrait pas être limitée au «gouvernement central». Ce sont aussi les subdivisions territoriales, les établissements publics spécialisés, les entreprises d'Etat et les sociétés d'économie mixte qui

doivent être considérés comme remplaçant l'Etat, sous la condition que ces subdivisions se trouvent sous la supervision étatique et soient soumises aux ordonnances étatiques quant à leur comportement transnational. Je suppose que, assez souvent, le gouvernement étatique se sert des organisations sous son contrôle pour remplir ses tâches et devoirs dans l'intérêt de la communauté nationale.

2. Une distinction entre les contrats conclus dans l'exercice de l'*imperium* et les contrats conclus dans une activité de *gestio* devrait être observée. Chaque Etat est libre de se soumettre à un ordre juridique étranger et de prendre la position de la partie privée. Si l'Etat renonce à sa position souveraine, ce sont les règles du droit international privé qui gouvernent les relations des partenaires. Dans ce cas, les problèmes des accords envisagés ne se posent pas. En droit national aussi, c'est le cas par exemple en Allemagne et en France, l'administration est relativement libre d'agir comme «*fiscus*».

3. Les mêmes raisons que celles que j'ai indiquées en réponse à la question n° 2 me conduisent à souligner qu'une distinction entre les contrats de droit civil et les contrats de droit public doit être observée. Puisque chaque Etat est libre de se soumettre à un ordre juridique étranger, rien ne s'oppose à la possibilité juridique que les règles du droit international privé soient applicables. Tout dépend donc de la libre volonté des parties au contrat et de la stipulation concrète de celui-ci.

4. La distinction à discuter ne devrait pas jouer de rôle. L'objet du contrat ne semble pas être décisif pour sa nature juridique. La fourniture de biens – pour reprendre l'exemple donné – pourrait sans doute figurer aussi comme objet d'un accord entre un Etat agissant en pleine souveraineté et une personne privée étrangère.

5. La durée du contrat n'est en principe pas décisive pour la constatation de la nature juridique du contrat.

6. Si le contractant étranger s'installe dans le territoire de l'Etat, on pourrait en déduire qu'il serait prêt à se soumettre au droit matériel et à la juridiction de cet Etat. En général, on devrait donc chercher des indications dans le texte du contrat pour éviter de telles suppositions. Ici aussi tout dépend de la stipulation concrète.

7. Je ne suis pas sûr d'avoir parfaitement compris cette question. La notion de «niveau» pourrait se comprendre comme la désignation d'une plus ou moins haute autorité étatique, par exemple le ministère central ou une administration secondaire. Le «niveau», dans ce sens, n'influencerait pas la nature juridique du contrat si l'ordre juridique du droit public contient la compétence en cause.

8. Je réponds à cette question par la même conclusion que celle présentée à la question 4. L'objet du contrat, ici aussi, ne devrait pas être estimé comme étant relevant pour sa nature juridique comme objet de notre recherche.

9. Le fait que l'Etat contractant a promulgué une loi sur les investissements étrangers pourrait produire des effets juridiques. La partie privée étrangère serait en état de connaître la législation spéciale de son partenaire étatique. Vu cette connaissance, la partie privée pourrait être confrontée à l'argument que le contrat en cause doit être appliqué et interprété selon les prescriptions nationales. Si la partie privée voulait éviter cet effet, elle devrait expressément exclure l'application de telles normes nationales.

10. La distinction envisagée se défend. D'une part, la définition de «pays déve-

loppé» ne réussirait guère; d'autre part, la nature réelle de la société étatique est soumise au changement imprévisible.

11. Il ne semble pas nécessaire d'introduire dans la recherche une telle distinction qui toucherait le principe de l'égalité des Etats. En outre les suggestions données à la question n° 10 sont aussi ici d'une certaine importance.

12. Si le contrat est à exécuter sur le territoire de la partie étatique, la présomption susmentionnée pourrait exister au moins en l'absence d'une stipulation particulière.

13. La liberté des parties contractantes qui existe en principe pourrait conduire à une telle construction.

14-15. Même réponse qu'à la question n° 13.

16. Les parties sont libres de contracter dans ce sens.

17. Il est difficile de répondre à cette question car elle touche le problème de principe le plus profond. J'hésite à décliner la position de la Cour Permanente de Justice Internationale. Si l'on omet la différence entre la notion de sujet de droit international dans un sens étroit (par exemple Etat) et un sujet de droit qui ne se présente que d'une manière accidentelle sur le plan international, toutes ces relations juridiques pourraient être comprises sous la notion de droit transnational. Toutes autres relations juridiques, celles alors qui ne participent pas au droit «transnational» dans ce sens large, appartiendraient à un ordre juridique national. Si l'on est prêt à classer les contrats entre un Etat et une société privée étrangère comme prenant part et comme étant soumis à l'ordre juridique international et en l'absence d'une autre stipulation, on pourrait soutenir la thèse de la Cour Permanente de Justice Internationale. D'après mon opinion personnelle, la classification démontrée se justifie.

18. Je me réfère à ma réponse à la question n° 17. Il faut toujours distinguer entre le contenu du contrat et les règles qui gouvernent l'ordre juridique sous lequel le contrat est conclu. Cette distinction gagne en importance s'il s'agit par exemple de remplir des lacunes imprévues.

19. Selon le principe de la liberté des parties contractantes, une telle soumission serait admissible.

20. Même réponse qu'à la question n° 19.

21. Aucune distinction ne s'impose.

22. J'ai déjà envisagé cette distinction dans le contexte de la question n° 18. Ici aussi tout dépend de la volonté des parties.

23. Je ne vois pas une influence des clauses arbitrales en ce qui concerne le droit applicable.

24. Si une clause arbitrale ne peut pas se produire comme présomption quant au droit applicable, cette constatation se réfère aussi à l'applicabilité du droit interne de l'Etat contractant.

25. Je ne vois pas la nécessité ou même l'importance de la distinction en question.

26. Les stipulations relatives à la procédure de l'arbitrage et aux modes de désignation des arbitres sont à interpréter d'une manière restrictive. Seulement si de telles stipulations montrent clairement que certaines règles juridiques sont prévues, celles-ci sont à appliquer.

27. La soumission du contrat au droit international public – expressément ou d'une manière concluante – entraîne l'application des normes respectives en excluant toutes normes d'un droit national.

28. Suivant la théorie d'après laquelle les principes généraux du droit font partie du droit international public, ces principes pourraient être complétés par les règles générales du droit international si, autrement, des lacunes de droit empêchaient une solution de la question en cause.

29. On a contesté quelque part, dans la théorie du droit, que la règle *pacta sunt servanda* soit à qualifier comme règle de droit, mais soit plutôt à considérer comme base de toute construction juridique. Même si l'on ne voulait pas attribuer à cette règle une si haute dignité, elle devrait être appliquée en toutes relations entre des partenaires coordonnés. Ce ne sont que les dénommés contrats administratifs qui reconnaissent une certaine prépondérance aux intérêts publics et qui ainsi ne sont pas strictement soumis à la règle *pacta sunt servanda*, puisqu'il ne s'agit pas d'une vraie coordination mais d'un reste de subordination.

30. La lésion d'un contrat ici en cause se présenterait en même temps comme un délit de droit international public. L'Etat dont la partie privée possède la nationalité serait en état d'exercer la protection diplomatique. Cependant, la règle de l'épuisement des recours du droit interne ne s'appliquerait pas, puisque son application aurait l'effet d'une soumission au droit national de l'Etat.

31–32. Je me réfère à ma réponse à la question n° 30.

33. Une telle clause ne confirmerait que d'une manière déclaratoire la situation juridique qui existerait sans la clause envisagée, si le contrat a été conclu sous l'ordre juridique international public.

34. Je me réfère à ma réponse à la question n° 33.

35. Le dédommagement serait à considérer comme conséquence normale. Un problème plus difficile se pose en ce qui concerne la question de savoir si le partenaire lésé pourrait ou non demander l'exécution du contrat.

36. La distinction en question présuppose que l'exercice des pouvoirs souverains entraînant une lésion du contrat pourrait quand même être justifiée. Si le contrat n'est pas soumis aux règles nationales de l'Etat contractant, la justification susmentionnée serait difficile à accepter. Dans un système de coordination l'argument qu'une lésion du contrat pourrait être légalisée en considération de la souveraineté se défend au moins en principe; ce sont seulement des situations vraiment exceptionnelles qui pourraient être respectées.

37. Un Etat tiers serait libre de qualifier les mesures étatiques étrangères et d'en tirer des conséquences. Cela se comprend aussi pour la situation de l'Etat dont la partie privée possède la nationalité. Le droit international lui permet au moins de qualifier les mesures en question de nulles.

Veillez accepter, mon cher Confrère, mes salutations les plus sincères et cordiales.

*Karl Doehring*

### 3. *Observations de M. Florentino P. Feliciano*

Manila, 5 April 1976

1. 1. From a pragmatic viewpoint, the reference of the term 'state' should be limited to the central government. To expand the scope of the term to cover territorial subdivisions of states (local government), state-owned enterprises, etc. may render the subject matter of the 21st Commission unmanageable. Moreover, the kinds of interests involved in contracts of entities other than the central government may be expected to differ qualitatively from the interests at stake where the contracting party is the central government.

2. I believe it will be both necessary and useful to make distinctions between contracts concluded *jure imperii* and contracts concluded *jure gestionis*, difficult as it may be to arrive at meaningful indices for the making of such distinction, in an age where governments intervene so extensively in and affect so pervasively the lives of the governed. Perhaps one useful reference of the *jure imperii-jure gestionis* dichotomy, is to the nature of the principal state interest sought to be promoted by the contract.

3. I am not familiar with the significance of distinguishing between 'les contrats de droit civil' and 'les contrats de droit public (contrats administratifs)', in continental European countries. In other countries, especially those affected by the Anglo-American common law tradition (like my own country – the Philippines), 'private law contracts' and 'public law contracts' are frequently synonymous with contracts done *jure imperii* and contracts done *jure gestionis* when used to describe contracts of the state itself, i.e., the central government. To the extent they are so synonymous, I doubt whether it would be necessary to keep the 'contrats de droit civil-contrats de droit public' distinction.

4. It seems to me that the nature of the subject matter of the contract is obviously important, if only because it will indicate the nature and importance of the governmental interest at stake. What is of course difficult is arriving at a categorization of subject matter *in relevant terms*. Thus, it is not clear to me whether to classify governmental contracts according to whether they relate to the supply of goods and services, borrowing of money or the operation of public utilities, would be particularly useful, for purposes of legal analysis. It may well be necessary to inquire into what goods or services are to be supplied (military weapons? office supplies?), what public service activity is involved (domestic or international telecommunications? taxicab service?) and so forth. To attempt such detailed inquiry would, however, require a more comprehensive and systematic framework for analysis of governmental contracts than what is available in the scholarly literature.

5. I doubt whether the duration of the life of the contract, in and of itself, would have important legal significance. The element of duration may, however, be an indicator of the nature and extent of the interests created or protected by the contract. The longer the life of the contract (especially in resource concession agreements), the more extensive and lasting would be the network of rights and interests of the parties created and, perhaps, the easier it may be to assume that a stable regime for regulation of such rights and interests was intended to be set up by the contract, a regime not subject to unilateral modification by the contracting state

party. Such an analysis is, of course, double-edged. For the longer the life of the contract, the easier it may be for the state party to the contract to assert a competence to modify or abrogate in cases of vital change of circumstances, in a world marked by swiftly moving and unpredictable events.

6. I believe such a distinction may be useful by way of pointing to considerations that affect the willingness of a government to agree to some law, other than its national law, as the applicable law of the contract. Where the foreign private contracting party proposes (or is required) to establish a business presence or domicile in the territory of the state party, I believe it will be very difficult to expect the state party (especially a developing country) to agree to some other law or collection of general principles as the governing law. I assume, of course, that the national law of the state party is *not* primitive tribal law but has reached a certain degree of development. Where the foreign contracting party does not come within the territorial jurisdiction of the state party – perhaps the best example would be a loan of foreign exchange to a government by a foreign nonresident bank or banks – it is almost customary for the state party to accept some foreign law as the applicable law of the loan agreement.

7. The level, or position in the bureaucratic hierarchy, of the state official concluding the contract may have some significance. A relatively subordinate (sub-ministerial in rank) official cannot be presumed to speak for the central government, certainly so far as committing the full faith and credit of the government, or binding future governments, is concerned. Where approvals of higher ranking officials are in fact required before a contract can be regarded as binding upon the government, the significance of the subordinate rank of the official signing the contract would seem to be minimal.

8 and 9. 'Investment agreements' and 'economic development agreements', understood as agreements which tend to spell out in substantial detail, extensive and prolonged undertakings and benefits of a foreign concessionaire (especially in concessions relating to resource exploitation or public service operations in developing countries) and the government, and frequently including a mechanism for conflict resolution, are of course of great historical interest. However, it would seem that, except perhaps in the more backward and primitively organized developing countries, such agreements will tend to be of much less importance for the future. The trend among developing countries appears to be towards the enactment of comprehensive laws governing foreign investments, and away from the negotiation of individual and hence non-uniform contract regimes for individual projects. I believe that the enactment of general laws governing foreign investments indicates a general public policy to subject the entry into, operations within, and withdrawal from, the territory of the host country of foreign investors, to regulation by local law and policy. Where such a general law is promulgated, it becomes extremely difficult – and perhaps politically impossible – for the government to enter into an agreement with a foreign investor, operating within the host country, with the foreign investor's national law, or some other foreign law, as the *lex contractus*.

10. The degree of economic development reached by a contracting state party, by itself, should have no special legal significance in the sense that a developing

country, simply because it is a developing country, should not have a legally preferred, or legally disadvantaged, position in the matter of contracting with private foreign investors and the choice of applicable law for such contract. Since many developing countries were formerly dependent territories of developed states, it is perhaps well to recall that the legal systems in the developing countries were, in the main, inherited from the former colonial sovereigns. Again, I exclude here the situation of developing countries whose domestic legal systems are so rudimentary as to render them totally inadequate for the regulation of contract relationships whether with domestic or foreign investors. The stage of economic development of a contracting state party, when viewed in the context of the decolonization movements after the Second World War, may be a helpful explanatory factor. It may explain, for instance, the degree of sensitivity, or even jealousy, with which even relatively formal aspects of sovereignty are guarded and maintained by new and developing countries.

*11.* Yes; where the law of the contracting state party is too undeveloped for adequate regulation of a modern economic enterprise, there really is not much choice save to designate a foreign law, or perhaps general principles of law, as the governing law, or to elaborate a whole series of detailed provisions in the contract itself.

*12.* I believe the existence of such a presumption must be conceded, at least where the execution of the contract, and more importantly performance of undertakings thereunder, take place within the territorial jurisdiction of the contracting state party. It is very difficult to presume that a sovereign state would lightly subject itself or its contract to the effects of the internal law of another state, or even to international law or the general principles of law, where all the normal connections are with the contracting state party and its law. The problem, of course, is to ascertain what connections would justify an inference that the contracting state party intended to subject its contract to foreign law, in the absence of an express statement to that effect.

*13.* Some, possibly many, countries would have difficult constitutional law problems in sustaining the validity of such a contract provision. I refer here to countries where it is a fundamental constitutional principle that the government cannot waive or contract away its sovereign police power, which, whatever else it may be, is a legislative power. Of course the problem would remain of determining the proper scope of application of a subsequent legislative enactment that apparently modifies a regime set up by contract; this would seem to be a problem of ascertaining the relevant legislative intent. Assuming a state were competent to do so under its own constitutional law, an undertaking not to change the content of the applicable law should *not* be lightly inferred from mere specification of the applicable law, or from failure to reserve expressly the competence to modify such applicable law, or from failure to refer to the applicable law as it may exist from time to time. Our major point here is that it is appropriate to demand a very high degree of explicitness and specificity in the expression of an intent on the part of the state to bind itself not to change the substantive norms of the applicable law.

*14.* I do not believe there is anything to prevent the parties from so stipulating. For instance, notwithstanding the specification of the law of the contracting state as

the applicable law of the contract, the parties could provide that the capacity to contract of the foreign individual or corporation shall be governed by his personal law or its law of incorporation.

15. I think there is nothing to preclude the parties from doing so. The specification of the law of the contracting state as the applicable law need not preclude the parties from providing for some other law to govern incidents of the contract relationship that will take place outside the contracting state. Further, even in the absence of such a provision, the same result may ensue from operation of the conflict rules of the applicable law.

16. Yes.

III. 17. The statement of the Permanent Court of International Justice would seem too restrictive to the extent that it may be taken to imply that a contracting state and a private foreign investor cannot adopt some body of law, other than a particular national law (however specified) as the governing law of a contract.

18. In the absence of a clause expressly and unmistakably adopting or referring to some 'tiers ordre juridique' or 'droit transnational', I do not think that a contract can, or ought to, be regarded as submitted to a legal regime that appears so indeterminate and the specific norms of which may be, in practice, indeterminate. The mere failure of a contract to include a specification of some municipal law, or of international law, as the law of the contract, yields no inference of an intent to assume the risks or the limitations implicit in a reference to some unspecified 'tiers ordre juridique' or to 'droit transnational'.

19 and 20. I think that a decision-maker who is charged with the function of implementing or applying the terms of a contract, can always be instructed, through the medium of a contract provision, to refer to public international law or to general principles of law in such task. The practical question, it is submitted, is how useful such a reference is likely to be if detailed norms for decision are in fact necessary in a given case and if such detailed norms are not readily available but must be arrived at by the applier through a laborious process of elaboration and specification or analogy from very general premises.

21. As a practical matter, an intent to refer to public international law, or the general principles of law as the *lex contractus*, in the absence of an explicit clause to that effect, would be most difficult to assume where none of the possible indices discussed in questions 2-11 is present.

22. I believe this distinction is, in principle, a very important one. The ascertainment of the *lex contractus* as the appropriate source of particular norms for regulation of the relationship of the contracting parties is a very pragmatic necessity. The indication of the legal system that imparts a binding character to the contract involved, while an important philosophical question, would appear less pressing. There may well be no necessary correspondence between an appropriate source of detailed norms and the juridical basis of the obligation of the contract. If, for instance, the reference to public international law as the governing law does not convert the contract involved into a treaty, then the binding character of the contract can scarcely be founded on international law.

IV. 23 and 24. I believe that the presence of an arbitration clause in a governmental contract does *not*, in and of itself, raise a presumption that the applicable

law was intended to be a law other than the national law of the contracting state. The presence of an arbitration clause may be evidence only of a desire to set up a 'neutral' or third party forum for dispute settlement outside the national courts of the contracting state. Frequently also, an arbitral clause may manifest a belief that ordinary judicial tribunals, with all their impedimenta of rules of procedure and evidence, do not afford a sufficiently expeditious mode of dispute settlement. The arbitral body may, of course, be directed to apply the national law of the contracting state as the *lex contractus*; that the arbitrators may also be authorized to take into account 'substantial equity and fairness' does not detract from this point. Conversely, loan agreements between a state and foreign banks ordinarily specify a foreign law as the governing law, while at same time identifying the particular courts, domestic and foreign, to which the contracting state is willing to submit itself in respect of such agreements.

25 and 26. I agree that it is necessary to distinguish between different types of arbitration. It is certainly easier to impute an intent to make some law other than the law of the contracting state the applicable law, where arbitration outside such state before arbitrators who are third party nationals and governed by foreign procedural rules, is contemplated.

V. 27. I agree that submission of a governmental contract to public international law as the governing law, does not constitute such contract into a treaty. This may be only an elliptical way of saying that such submission would not give the status of a sovereign, as it were, to the private contracting party. However, it may be supposed that the private party must logically be analogized to a sovereign if international law norms are to be applied to the relationship between the parties. A breach of such contract by the state contracting party would not result in the engagement of its international responsibility, and would not constitute an international delinquency.

28. To submit a contract to general principles of law is to instruct the interpreter or 'applier' of the contract to refer to such general principles for guides for decision of a specific issue concerning the contractual relationship. Where, for instance, the specific issue relates to whether or not a particular claimed undertaking was given, or if given, the precise shape and scope thereof, the needed guide for decision may be a very concrete proposition. The process of verifying the character of an asserted principle as a general principle of law, and of refining there from a concrete proposition (and this may be qualitatively a legislative act), would seem to be not only very difficult but also unpredictable. The discretion or latitude in effect given to the interpreter or applier appears wide indeed, significantly wider than would be the case where reference is had to a body of national law. For this reason, developing countries may be expected to be quite apprehensive over, and ordinarily to reject, a proposal to make general principles of law the *lex contractus*.

29. In principle, yes. But a state contract is not thereby converted into, nor is it necessarily and for all purposes assimilated to, a treaty, anymore than the private contracting party is converted into, or his rights and obligations determined as if he were, a sovereign state. I suggest that no self-respecting sovereign, whether a developing or developed country economically, can be expected to take a different position.

30 and 31. To both questions, my answer would be no. While this matter is somewhat impalpable, it may be suggested that to designate either public international law or the general principles of law as the source of guides for decision, is not equivalent to transfiguring the contract relationship into one between sovereign states. Perhaps, analytically, the question is whether the designation of international law as the *lex contractus* necessarily means that the whole body of international law, procedural rules as well as substantive ones, must be regarded as applicable to the contract relationship.

32. Yes, but only if, quite apart from the operation of the governing law clause of the contract, all the conditions necessary for the engagement of the international responsibility of the contracting state exist.

33 and 34. It is a constitutional law doctrine in many countries, and may indeed be a necessary implication of the nature of state sovereignty, that a sovereign state cannot effectively bargain away its competence and responsibility of modifying and overriding its contractual commitment where such is in fact indispensable for the protection of a fundamental public interest. Perhaps the critical question is not whether such a general doctrine or principle exists, but whether, in a particular case, the factual conditions for a legitimate invocation and application of that doctrine or principle, have been found to exist. The utility of a stipulation by the state party not to modify or cancel the contract without the consent of the other (private) party, may lie in the burden that it places upon the state party of proving that, notwithstanding the stipulation, that doctrine or principle must be applied to the existing state of facts.

35. Yes, in principle. However, it may be useful to bear in mind countervailing principles like the domestic law one to the effect that abatement of a nuisance does not give rise to a right to compensation or damages.

36. Yes.

37. Yes, upon the assumption that the measure of licitness of an exercise of sovereign power is public international law.

38. Your questionnaire is characteristically and admirably complete and thorough-going, and has covered the whole range of relevant issues.

*Florentino P. Feliciano*

#### *4. Réponse de M. Philip C. Jessup*

Norfolk, July 28, 1975

Dear Colleague,

I regret that I cannot be at Wiesbaden especially to meet you and our colleagues of the 21st Commission. Your subject is one in which I have long had an interest and I have had occasion to give professional advice to clients on some of the points you raise so pertinently in your preliminary observations.

Without attempting explanations at this stage, I can give you a quick run-down on some of your questions.

I would answer 'Yes' to numbers 1, 13, 14, 15, 16, 19, 20, 24, 26, 29, 30, 31, 35, 37.

I would answer 'No' to numbers 2, 3, 4, 5, 7, 17.

In due course I shall submit to you fuller replies with my reasons for my conclusions.

With best wishes, Sincerely yours,

*Philip C. Jessup*

### *5. Observations de M. Pierre Lalive*

Genève, le 12 avril 1976

#### *1. Délimitation et subdivision du sujet*

1. Il me semble superflu d'inclure les contrats des établissements publics spécialisés, des entreprises d'Etat, des sociétés d'économie mixte.

2. Je doute que cette distinction soit vraiment pertinente, s'agissant d'un contrat *international*, c'est-à-dire conclu par un Etat avec une personne étrangère et non soumise à son *«imperium»* (la question se poserait peut-être un peu différemment si l'on devait examiner aussi les contrats conclus par un Etat avec un ressortissant étranger déjà domicilié ou résidant, au moment de la conclusion, sur son territoire; peut-être y a-t-il ici un certain lien avec la question n° 6).

3. Je ne suis pas favorable à cette distinction. La qualification de contrat «de droit civil» ou de contrat «administratif» ou «de droit public» dépend d'une certaine loi applicable, qui reste précisément à déterminer, et ces étiquettes ne sont du reste pas connues partout ou pas de la même manière. Dans la perspective de sa Résolution de Wiesbaden (notamment des deux premiers considérants) l'Institut devrait éviter de sembler cautionner, ici aussi, la réalité ou la clarté de la fameuse distinction droit privé – droit public.

En outre, la théorie des «contrats administratifs» se prête, comme l'a montré l'affaire *Aramco*, à des transpositions ou exploitations abusives.

4. Une distinction selon l'objet du contrat paraît à première vue plus fructueuse que les distinctions formelles du genre de celles envisagées sous 3.

5. Probablement oui, mais surtout en ce sens qu'il faut exclure les contrats à exécution instantanée ou quasi instantanée. Même dans ce dernier cas, le contrat soulève certains des mêmes problèmes que les contrats de longue durée.

6. La notion d'«installation» demanderait à être précisée. La plupart des contrats «de développement économique» semblent bien impliquer une telle installation sur le territoire de l'Etat, parfois avec la création de sociétés locales, d'où résulte le fait que le cocontractant est nécessairement soumis à certains égards à l'autorité de l'Etat contractant.

7. Je ne suis pas sûr de bien comprendre la question. S'agit-il, comme il est indiqué sous n° 3 (p. 4) de l'intervention dans la conclusion de l'Autorité compétente pour engager l'Etat par traité? A première vue, je ne pense pas qu'une différence très tranchée doit être faite entre les cas où l'Autorité supérieure conclut le

contrat et ceux où elle se borne à le ratifier ou l'approuver, soit *a posteriori*, soit, par avance, parce qu'elle a dans une loi délégué à un organe déterminé le pouvoir de conclure.

8. Les accords les plus importants que nous devons étudier méritent certainement l'une ou l'autre de ces deux étiquettes, toutes deux assez imprécises et discutées (la première pose la question de la définition d'un «investissement», question qui a été discutée, mais apparemment pas tranchée, à propos de la convention de Washington de 1965; la seconde a été contestée, comme tendancieuse, par certains pays du Tiers Monde. Est-il vraiment nécessaire de définir de tels contrats et surtout de les considérer comme formant une catégorie «séparée»? On peut certes essayer de les distinguer du contrat classique de vente mais, en pratique, précisément, beaucoup de ventes sont combinées avec d'autres éléments (contrat d'entreprise, avec des dispositions de crédit et d'assistance technique) si bien que l'on débouche tout de suite sur le contrat «de développement économique» ou «d'investissement».

9. Il me semble que oui, dès lors que le cocontractant étranger aura généralement conclu le contrat «in reliance upon» une telle loi, laquelle contient souvent des formules de contrat, et dès lors aussi que le contrat lui-même contient souvent des références à la Loi sur les Investissements étrangers.

10. Peut-être l'analyse des cas conduirait-elle à indiquer certaines différences de pratique, mais je ne vois pas qu'une telle distinction puisse être faite *a priori*. Elle soulèverait d'ailleurs des difficultés évidentes de définition et de sous-définition. Ce qui compte, c'est la qualité étatique d'une des parties contractantes, et non pas (sinon sur le terrain des faits, du rapport de force, du rôle des facteurs personnels aux parties dans une éventuelle interprétation, etc.), leur degré plus ou moins grand de richesse, développement économique ou d'expérience de la pratique des contrats internationaux.

11. On peut en douter, ce cas devenant, semble-t-il, plus rare, en tout cas dans un domaine comme le domaine pétrolier. L'époque de la sentence de Lord Asquith dans l'affaire d'Abu Dhabi paraît révolue. En outre, le degré de «développement» d'un certain système juridique est une affaire d'opinion, assez délicate.

## II. Soumission du contrat à un droit interne

12. Ma réponse est négative. La qualité étatique d'une partie contractante ne devrait jouer aucun rôle. Ceci n'est pas contredit par le fait que, en pratique, le droit de l'Etat a été assez souvent jugé applicable soit à titre de lieu d'exécution, soit en vertu du «grouping of contacts», etc, c'est-à-dire en vertu des principes classiques du droit international privé.

13-16. Oui.

## III. Soumission du contrat à des règles autres que celles d'un droit interne déterminé

17. Non. Peut-être faudrait-il évoquer, à propos de cette déclaration, la distinction faite par certains auteurs entre la loi applicable au contrat et le «fondement» juridique dudit contrat.

18. Il est difficile de répondre à cette question en peu de mots car beaucoup

ou tout dépend de la définition que l'on donne du «droit des gens». Je serais tenté de dire, très sommairement, que la relation entre les parties est certainement soumise à des règles de droit, que ces règles ne peuvent dépendre de la volonté d'une des parties contractantes, et qu'il n'est peut-être pas indispensable de trancher la question de savoir si lesdites règles forment un véritable système juridique, et surtout un système «tiers» ou font partie du droit international au sens large.

19. Je serais tenté de répondre par l'affirmative, dès lors qu'une des parties au contrat est un sujet de droit international.

20. Je ne vois pas d'impossibilité de principe et dois bien constater que, en pratique, elles le font sans que cela crée apparemment des difficultés insurmontables.

21. Il est difficile de répondre à cette question, à ce stade, mais je serais tenté de répondre par l'affirmative, compte tenu aussi de la difficulté de distinguer nettement entre divers types de contrats.

22. Ici, je n'ai évidemment pas de réponse définitive et me limiterai à dire que, *a priori*, je ne suis pas hostile à cette distinction.

#### *IV. Influence des clauses arbitrales*

23. Si le contrat contient des clauses arbitrales mais pas de clause sur le droit applicable, on peut en déduire que les parties ont laissé aux arbitres le soin de déterminer le droit applicable selon les principes du droit international privé soit, puisque les arbitres n'ont pas de «lex fori» et ne sont certainement pas tenus d'appliquer les règles de conflits de lois en vigueur au «siège» du Tribunal arbitral, les principes généraux du droit international privé. Les arbitres partiront sans doute du principe de l'autonomie de la volonté et admettront vraisemblablement que les parties ont pu tacitement soumettre leur contrat à des principes généraux de droit ou même au droit des gens.

24. C'est sans doute, compte tenu de ce qui précède, un indice dans le sens d'une «internationalisation».

25. Les distinctions ne paraissent pas très aisées, si l'on tient compte du fait que pas mal de contrats entre Etats et particuliers se réfèrent à l'arbitrage CCI alors que, d'autre part, la Convention de Washington de 1965 organise un type d'arbitrage très particulier.

26. La question est, elle aussi, délicate et je serais tenté de lui donner une réponse générale négative. Pour plus de détails, je me permets de me référer à mon petit rapport au colloque que vous aviez organisé à l'Université de Louvain ainsi que, dans une certaine mesure, à un récent rapport – que je vous envoie ci-joint à toutes fins utiles, sur les règles de conflits de lois appliquées au fond du litige par l'arbitre international siégeant en Suisse (rapport qui concerne l'arbitrage international privé «classique» mais qui soulève certaines questions intéressantes également soit le thème de la 21e Commission soit aussi celui de la Commission de M. Valticos).

#### *V. Effet de l'internationalisation du contrat*

27. Sur le terrain du droit international privé, on peut penser que l'effet n'est pas différent de celui de la soumission du contrat à un droit interne: il s'agit d'appliquer les principes de ce droit à l'interprétation du droit. On ne voit donc pas que cette soumission puisse modifier fondamentalement, *a priori*, les règles du

droit des gens sur la responsabilité internationale de l'Etat à l'égard des étrangers, par exemple. Mais il y a un effet « négatif » qui est la soustraction du contrat à l'empire du droit interne, notamment celui de chaque partie contractante.

28. Réponse analogue à celle de la question 27.

29. La règle « *pacta sunt servanda* » est certainement applicable à ces contrats, mais il reste à savoir si c'est la règle du droit des gens ou si, autrement dit, cette règle fondamentale de tout ordre juridique serait soumise à des modalités différentes (par exemple concernant son atténuation par le principe contraire « *rebus sic stantibus* »). Ici aussi il est quasiment impossible de répondre à une question de ce genre en quelques mots, et je ne suis d'ailleurs pas sûr que la question soit décisive. Elle est liée bien entendu à plusieurs des questions qui précèdent et, s'il fallait à tout prix répondre d'une manière autre que « normande », je serais tenté de donner une réponse affirmative (notamment sur la base de l'idée que, par la soumission conventionnelle du contrat au droit des gens, l'Etat, sujet de droit international, a en quelque sorte conféré une personnalité *ad hoc*, même limitée, de droit des gens à son cocontractant).

30. Il est difficile de répondre à cette question telle qu'elle est formulée. La nécessité de faire jouer ou non le mécanisme de la protection diplomatique me paraît dépendre de divers facteurs non mentionnés dans la question, en particulier l'existence dans le contrat d'une clause compromissoire ou d'une clause de stabilisation, etc.

31. Je répondrais oui.

32. Réponse analogue à celle qui est donnée sous 30. La question est formulée d'une manière qui permet l'hésitation. Elle paraît impliquer que l'Etat pourrait utiliser ses « pouvoirs souverains » pour modifier le contrat, sauf peut-être l'existence de clauses expresses de stabilisation, à condition qu'il n'y ait pas utilisation « discriminatoire ».

33. Cette clause a certainement une valeur juridique et sa violation entraîne, ou devrait entraîner, sans autre la responsabilité internationale de l'Etat.

34. Sans une telle clause, je serais tenté de reconnaître cette faculté à l'Etat, étant entendu qu'il ne peut prétendre être seul juge de l'existence ou non de ladite « nécessité d'intérêt général », par exemple pour répudier une clause arbitrale d'un contrat.

35. Oui.

36. Cette distinction est sans doute justifiée et nécessaire, quelle que soit la difficulté pratique, par exemple pour l'arbitre international, de faire appliquer une sentence obligeant à réparation intégrale.

37. Oui. La question peut se poser en outre, parfois, de savoir s'il n'est pas possible, dans un cas approprié, de considérer la mesure illicite nulle et non avenue, même à l'intérieur du territoire de l'Etat, lorsque les principes de droit de ce dernier, notamment de droit administratif, considéreraient eux-mêmes cette mesure comme nulle.

#### VI. Question finale

38. Je n'ai pas pour l'instant de question additionnelle à suggérer. Peut-être pourrait-on, à la lumière des réponses, regrouper et combiner certaines questions.

En terminant ces réponses à la fois tardives et trop hâtives, je voudrais souligner le caractère provisoire de bon nombre d'entre elles. La cause en est à la fois des hésitations de fond que l'on peut éprouver sur plusieurs aspects complexes et controversés de notre thème, et aussi, quelques fois, la formulation même des questions qui, telle un lit de Procuste, prétendent enfermer, peut-être inévitablement, la pensée dans un cadre rigide.

*Pierre Lalive*

### *6. Réponses de M. Frederick A. Mann*

London, April 1976

1. The word 'State' should comprise the central government and its instrumentalities. The reason is that the choice lies between the application of public international law or some municipal system of law and only the central government and its instrumentalities are capable of acting under and in accordance with public international law.

2. My answer is in the negative, because I do not think that the distinction here referred to is relevant to the issues which are being considered.

3. No, because this distinction arises purely from internal systems of laws.

4-7. No.

8. No. The differences here referred to are purely terminological and of no legal relevance.

9. No, except in practice the likelihood of the internal law of the State concerned being applicable is greater where an enactment about foreign investment exists.

10, 11. No.

12. Not a presumption in the technical sense, but very great weight attaches to the status of the contracting parties.

13. In my view the effect of the exclusion of subsequent modifications depends on the law applicable to the contract. In most systems of law such a clause has no effect. On the other hand I would regard such a clause as a piece of evidence pointing to the parties' intention to apply public international law.

14. Yes, if the private international law of the forum permits it (which seems to me very doubtful).

15. See answer to 14.

16. Yes.

17. The formula seems to me unobjectionable if it is clearly understood that the national law there referred to includes private international law.

18. No.

19. If the parties are a State and aliens, my answer is 'Yes'.

20. See the answer to 19.

21. No such limitation exists.

22. No. I would suggest that this is by now an obsolete problem of international law.

23. None.  
24, 25. No.  
26. Not normally.  
27. The effects are manifold. Public international law (insofar as relevant) applies, and includes, for instance, the Rules formulated by the Vienna draft Convention, the general principles of law, certain aspects of *jus cogens*, etc.  
28. The same is in 17.  
29. Of course. This is not a legal rule, but a maxim.  
30. Yes. We are concerned with a breach of contract and not the exercise of an international remedy.  
31, 32. Yes.  
33. The answer depends on the proper law.  
34-36. No.  
37. Yes.  
38. -

F. A. Mann

### 7. Observations de M. Riccardo Monaco

Le 3 décembre 1975

Mon cher Confrère,

J'ai pris connaissance avec le plus grand intérêt de vos observations préliminaires ainsi que du questionnaire y annexé.

Permettez-moi de vous féliciter de la façon claire et précise dont vous avez présenté les problèmes les plus importants qui se posent à l'égard de ce sujet tellement complexe, ainsi que de l'effort de concision que vous avez accompli.

Je suis largement d'accord avec la ligne de pensée que vous avez suivie, de sorte que je me bornerai seulement à formuler quelques remarques de caractère général.

Je crois comprendre de l'ensemble de vos observations, ainsi que de la façon dont vous avez rédigé un certain nombre de questions, que le problème crucial est celui du choix de la loi applicable au contrat et, par conséquent, celui de l'autonomie des parties et de son exercice en ce qui concerne l'indication de cette loi.

Ceci étant, il est évident que l'on ne peut pas raisonner comme s'il s'agissait de contrats qui interviennent entre personnes privées, ce qui comporte une appréciation tout à fait différente du rôle qui appartient à la volonté des parties.

En effet, alors que la volonté exprimée par des personnes privées qui sont parties à un contrat est soumise au régime normal des règles de droit international privé en ce qui concerne l'exercice de l'autonomie des contractants ainsi que les limites qui lui sont applicables, dans les contrats dont il s'agit, le fait qu'une des parties contractantes est un Etat a des conséquences sur le jeu du choix volontaire de la loi applicable. Même si, dans un cas déterminé, l'Etat, d'une part, et la partie privée, d'autre part, ne rencontraient aucune difficulté à tomber d'accord sur une

clause dont puisse découler, directement ou indirectement, l'indication de la loi applicable au contrat, cela n'exclut pas que l'Etat puisse revenir sur cet accord préalable, pour des raisons inhérentes à sa qualité de puissance publique. Ceci rejoint ce qui est dit à la p. 6 de vos observations, à savoir que le nœud central inhérent aux contrats à étudier est celui de l'exercice par l'Etat de ses pouvoirs souverains à l'encontre de ses obligations contractuelles.

Voilà pourquoi, à mon sens, toute référence à la volonté des parties devrait avoir une signification limitée, d'autant plus qu'en pratique les cas dans lesquels les parties choisissent de façon expresse le droit applicable sont plus rares que ceux à l'égard desquels la détermination de ce droit se fait à travers l'interprétation, judiciaire ou non, du contrat dans son ensemble.

Ce qui précède m'amène à conclure que l'exercice de l'autonomie des parties au contrat quant au choix de la loi applicable doit être envisagé d'une façon très prudente et sans perdre de vue qu'une des parties contractantes est une personne souveraine.

Après cette prémisse, voici, d'une façon tout à fait préliminaire, mes réponses à votre questionnaire:

1. Il doit s'agir en principe uniquement du gouvernement central, et seulement par exception des établissements publics qui, étant directement liés à l'Etat, n'ont pas une personnalité juridique indépendante.

2. Non.

3-7. Il ne semble pas nécessaire de faire de telles distinctions, puisqu'il s'agira, dans la plupart des cas, de contrats administratifs de longue durée, qui limitent, dans une certaine mesure, l'applicabilité au cas d'espèce des principes du droit privé.

8. Oui. La définition pourrait se faire en utilisant les données de la pratique actuelle.

9. Non.

10. Oui.

11. Non.

12. Nonobstant les tendances de la doctrine et les résultats auxquels on peut parvenir en examinant la pratique, je crois qu'il est difficile de démontrer l'existence d'une telle présomption.

13. L'Etat contractant réservera toujours, en principe, les modifications ultérieures de son droit, de sorte qu'il serait imprudent d'admettre ce pouvoir des parties.

14-16. Oui.

17. Je suis d'accord avec la doctrine qui, désormais, conteste la permanence de cette règle.

18. J'aimerais bien que le droit transnational ait déjà atteint une physionomie certaine et un développement suffisant pour que l'on puisse faire appel, en toute certitude de droit, aux règles de cette branche juridique: mais, pour ce faire, on doit, à mon avis, attendre encore jusqu'à ce que le droit transnational acquière une consistance concrète.

19. Oui: cette hypothèse peut couvrir les contrats de toute nature.

21. Ma réponse découle de celles données aux nos 18 à 20.

22. Non.

23. La présence dans le contrat d'une clause arbitrale peut être considérée, le cas échéant, comme un élément décisif quant à la détermination du droit applicable.

24. Oui.

25. Cette distinction est justifiée à la lumière de la doctrine et de la pratique internationale.

26. Non.

27-29. Je crois que la seule hypothèse qui mérite un examen approfondi de la part de notre Commission est celle de la soumission du contrat aux principes généraux du droit. En effet, dans ce cas, on s'éloigne du domaine du droit international proprement dit, qui est applicable seulement par exception, et on se réfère à des principes qui sont reconnus dans tout ordre juridique: on se situe ainsi sur un plan vraiment transnational.

30-37. Dans la mesure où l'on devrait affirmer l'existence de certains principes généraux du droit (questions 34 et 35), il me semble prématuré de nous engager dans une telle recherche.

Je vous prie d'agréer, mon cher Confrère, l'expression de mes sentiments les meilleurs.

*Riccardo Monaco*

#### 8. Observations de M. Ignaz Seidl-Hohenveldern

Cologne, le 16 octobre 1975

Mon cher Confrère,

Veillez accepter mes remerciements pour vos observations préliminaires si stimulantes. Je m'empresse de répondre à vos questions:

1. Il ne faut pas se limiter uniquement au gouvernement central. Il faut considérer également: a) des contrats des subdivisions territoriales; b) des établissements publics, etc. Dans le cas a) l'Etat va certainement prendre fait et cause pour ses subdivisions. Il risque de le faire assez souvent également en ce qui concerne le cas b).

2. Cette question part de l'idée de distinguer les actes *jure gestionis* des actes *jure imperii* selon le but poursuivi par l'acte en question. Or, au moins en Autriche et en République fédérale d'Allemagne, les cours font une distinction différente. Elles ne font pas une distinction selon le but poursuivi par l'acte, mais selon sa nature intrinsèque. Un contrat ne serait donc un acte *jure imperii* que s'il visait à transférer une partie de l'autorité de l'Etat à un particulier. Une telle situation doit être assez rare, sauf si on considère que toutes les concessions minières cèdent au concessionnaire un droit qui, en vérité, serait un droit réservé à l'Etat *jure imperii*. Je crois pourtant que cette construction là est assez artificielle.

3. Oui, car le principe *pacta sunt servanda* s'appliquerait avec une sévérité différente dans les deux branches de l'alternative.

4. Oui.

5. Non.

6. Non. Cette idée moyenâgeuse a été ressuscitée dans une des opinions individuelles dans le cas de la *Barcelona Traction*. Elle ne me paraît pas justifiée. Pourtant je peux comprendre que, du point de vue politique, un régime de faveur concédé par un Etat à son cocontractant va paraître plus odieux si le cocontractant s'installe dans cet Etat.

7. Oui, car cela constitue une certaine garantie que des autorités subalternes ne peuvent pas engager à la légère la responsabilité contractuelle de leur Etat.

8. Non, en général au moins. Il serait très difficile de départager, parmi les contrats à but économique, ceux qui servent au développement. Après tout, même un contrat d'investissement conclu avec un pays en voie de développement est conclu par le particulier cocontractant dans le même but qu'un contrat avec n'importe quel autre Etat. Le particulier cocontractant veut se procurer un avantage économique dans chacun de ces cas. D'ailleurs, des contrats conclus au niveau gouvernemental ou parlementaire ont été conclus également entre Etats «développés» (voir l'accord Donau-Save-Adria du 29. 3. 1923, LNTS 23, 256 et les contrats entre l'Autriche et les grandes compagnies pétrolières en 1959-1960 (*Böckstiegel*, p. 237, note 356)). Une distinction entre les contrats de développement économique et d'autres contrats se justifierait seulement dans les cas où un accord entre un Etat «développé» et un pays en voie de développement prévoit un régime spécial pour des contrats de développement conclus dans le cadre de cet accord interétatique. La République fédérale d'Allemagne a conclu un assez grand nombre de ces traités pour la garantie mutuelle des investissements (traité-parapluie).

9. Le contenu d'une loi sur les investissements étrangers peut affecter des contrats de façon assez différente, selon le contenu de cette loi. Elle peut par exemple interdire aux autorités de soumettre leur contrat avec des particuliers à un autre droit que le droit de l'Etat légiférant. Une telle loi peut tout aussi bien contenir des garanties ou un régime de faveur pour ces contrats. Même si la loi ne contient pas une garantie expresse du contrat en question, l'attitude générale de la loi favorable aux investissements étrangers peut être interprétée comme constituant un estoppel empêchant l'Etat en question de réduire unilatéralement les avantages concédés par cette loi.

10. Non (cf. n° 8).

11. Cette distinction est inutile. Dès qu'un Etat dispose de ressources naturelles assez importantes pour intéresser un investisseur étranger, l'Etat en question peut se payer les services d'un bon juriste international et développer son droit dans le sens désiré par lui. En outre, des conseils dans ce sens peuvent être obtenus également de l'ONU et de UNIDO.

12. Oui.

13. Oui. Mais une clause pareille ne constitue pas une garantie absolument efficace contre des modifications ultérieures de la législation. Même si le contrat en question a été approuvé par le parlement, cet acte ne peut pas lier le droit souverain du parlement à légiférer ultérieurement dans un sens contraire.

14. Oui. Cela serait possible également pour des contrats entre particuliers.

15. Oui (voir 14).

16. Oui (voir 14), pourtant la législation de quelques Etats n'admet pas cette solution.

17. Non, car il y a des contrats qui n'ont pas de fondement dans une loi nationale.

18. Ces contrats sont soumis à un tiers ordre juridique. J'hésiterais pourtant à assimiler cet ordre au droit transnational. Une partie au moins de la doctrine emploie la notion de droit transnational dans un sens qui ne correspond pas tout-à-fait à cette autre notion.

19. Non.

20. Oui.

21. Oui pour les contrats de l'Etat et de ses sous-divisions, pour des contrats de fournitures de biens ou de services et pour des prêts. Peut-être les contrats administratifs devraient-ils être exclus, même s'ils rentrent dans les catégories que je viens d'énumérer.

22. Non, cette distinction assez artificielle est pratiquement sans importance.

23. L'existence d'une telle clause est un indice que les parties ne voulaient pas soumettre le contrat au droit de l'Etat contractant.

24-25. Cette présomption est beaucoup plus forte s'il s'agit d'un arbitrage de droit international que s'il s'agit d'un arbitrage commercial international.

26. Oui.

27. Voir n° 19.

28. Cette soumission exclut l'application du droit national de l'Etat contractant.

29. Si cette question doit être comprise dans le sens que la violation du contrat devient automatiquement un délit de droit des gens, cela créerait des difficultés théoriques considérables, notamment en soulevant la question de savoir si un particulier pourrait être sujet direct du droit des gens. D'autre part, une considération pratique milite en faveur de ce court-circuit car dans une situation pareille, l'Etat national du cocontractant particulier va certainement prendre fait et cause pour son national et va accuser l'Etat cocontractant d'une infraction au droit international, si cet Etat là avait violé le contrat. Il ne faut pourtant jamais oublier que, en droit international également, le principe *pacta sunt servanda* est contrebalancé par le principe de la *clausula rebus sic stantibus*.

30. Voir n° 29.

31. Oui, mais qui jugera si un certain acte est arbitraire?

32. Oui. Une illustration très intéressante de ces matières est donnée par le traité entre l'Autriche et la Yougoslavie sur la rivière Drau, du 25 mai 1954, UNTS 227, 112.

33. La valeur effective d'une telle clause est très problématique (voir n° 13).

34. Oui, dans les limites de la *clausula rebus sic stantibus*.

35. Oui, dans les limites de la *clausula rebus sic stantibus*, donc l'Etat ne doit une compensation que pour un enrichissement sans cause.

36. Oui, mais voir n° 35.

37. L'illégalité des mesures prises peut, mais ne doit pas entraîner cette conséquence.

38. Les contrats par lesquels des organisations internationales ou des Etats et des entreprises étatiques établissent des entreprises communes, par exemple dans le cadre de l'agence nucléaire de l'OCDE, le pool des wagons du CAEM, Eurofima, etc., posent des problèmes trop détaillés pour être traités par notre Commission. Il

serait peut-être intéressant de les faire étudier séparément par une autre Commission.

Veillez agréer, mon cher Confrère, l'expression de mes souvenirs les meilleurs.

*Ignaz Seidl-Hohenveldern*

### *9. Observations de M. Wilhelm Wengler*

Berlin, le 3 octobre 1975

Mon cher Confrère,

Je crains que de répondre aux questions qui suivent vos observations préliminaires l'une après l'autre ne conduise à une mauvaise compréhension de mes idées sur les contrats entre Etats et personnes privées étrangères. De surcroît, cela rendrait inévitables de nombreuses répétitions. C'est pourquoi je compte sur votre compréhension et je préfère vous communiquer mes observations sous la forme d'un exposé systématique.

1. La distinction que vous avez vous-même déjà esquissée dans la question n° 22 me semble d'une importance fondamentale. Qu'entend-on, en fait, par «le caractère obligatoire du contrat dérive d'un certain ordre juridique»? Cela signifie, à mon avis, que lorsque les parties ont convenu expressément ou implicitement que, le cas échéant, le respect des dispositions contractuelles sera assuré par un ordre juridique donné, cet ordre juridique consent à mettre à la disposition des parties son système propre d'injonctions et de contraintes juridiques<sup>1</sup> pour assurer l'accomplissement des obligations formulées par le contrat ainsi que la réalisation de l'obligation de dédommagement en cas d'inexécution du contrat.

1. Par conséquent, même si les auteurs d'un contrat quelconque prévoient expressément que le non accomplissement d'une obligation contractuelle sera sanctionné à l'initiative de la partie lésée par des mesures faisant typiquement partie des mesures prévues en droit international public en cas de délits internationaux, il ne s'agira pas, de ce fait, d'une convention du droit international public. On ne sera en face d'une convention dont la force obligatoire est dérivée de l'ordre juridique international que si le droit international contient des normes d'après lesquelles le non-respect de ce contrat est sanctionné par la suspension de l'accomplissement d'obligations juridiques découlant du droit international. Or, l'ordre juridique international est loin de permettre à tous les sujets de droit d'insérer leurs relations contractuelles dans cet ordre au seul motif que tel est leur bon plaisir. Ceci est valable aussi bien pour des contrats conclus entre un Etat et des personnes privées étrangères que p. ex. pour des conventions conclues par les subdivisions territoriales d'un Etat à qui seul est reconnue la personnalité juridique internationale.

a. D'après le droit international général actuellement en vigueur, un contrat entre un Etat et une personne privée ne peut avoir pour sanction des sanctions

<sup>1</sup> «Rechtsnormerzwingungssystem», voir mon ouvrage «Völkerrecht», p. 44 et s.

appartenant au domaine du droit international public. Ainsi, la violation par l'Etat contractant de ses obligations contractuelles ne peut autoriser la personne privée à capturer en haute mer des navires marchands du pavillon de cet Etat par mesure de représailles<sup>2</sup>. L'Etat ne peut pas non plus si la personne privée ne respecte pas ses obligations porter atteinte aux droits de cette personne fondés sur un traité entre lui-même et l'Etat national de son cocontractant (par exemple un droit d'établissement).

b. Deux Etats peuvent conclure un traité selon lequel la violation de certains types de contrats passés entre un de ces Etats et un ressortissant de l'autre Etat entraîne non seulement le droit pour la personne lésée de refuser l'exécution de cette convention mais également la suspension d'autres obligations *internationales* d'un des Etats à l'égard de l'autre; il peut être convenu que la licéité de la suspension de telles obligations est subordonnée à la constatation par un tribunal international de la violation du contrat. Des contrats de ce type entre un Etat et une personne privée insérés dans le système d'injonctions et de contraintes du droit international sur la base d'un traité entre l'Etat contractant et l'Etat national de son cocontractant privé semblent cependant être rares!<sup>3</sup>

2. Généralement, dans un contrat dont une des parties est une personne privée, il est prévu explicitement ou implicitement qu'on peut se prévaloir de ce contrat devant un tribunal étatique et, surtout, que les actes d'exécution contre les biens de la partie condamnée par jugement ou éventuellement par sentence arbitrale doivent être considérés comme licites en droit étatique et seront mis en œuvre par les organes de cet Etat. Si des parties ont convenu de soumettre leurs rapports contractuels à un ordre juridique *étatique*, chaque Etat reste bien sûr libre d'apprécier la validité de ce contrat selon son propre droit ou selon un droit étatique étranger auquel son droit renvoie. Chaque Etat est notamment à même de fixer les conditions auxquelles il subordonne l'intégration de ce contrat dans son système d'injonctions et de contraintes.

a. Il est possible que les parties souhaitent ou acceptent que l'exécution de leur contrat soit garantie par l'ordre de contrainte étatique de chaque pays du monde qui, en l'espèce, dispose de moyens de contrainte juridique. Cela est même de règle dans les obligations contractuelles entre personnes privées.

b. Mais il est possible que, dans un simple contrat entre des personnes privées, il soit prévu que seuls les tribunaux d'un certain Etat peuvent connaître des litiges issus des relations contractuelles; de surcroît, il se peut que, dans l'intention des parties, des actes étatiques d'exécution forcée d'un jugement ou d'une sentence arbitrale à l'encontre du cocontractant ayant violé ses obligations ne puissent être exécutés que sur le territoire d'un seul Etat<sup>4</sup>. Or, pour les contrats entre un Etat et une personne privée, on devra peut-être présumer que la volonté des parties est de restreindre la possibilité d'actes de contrainte au territoire de l'Etat

<sup>2</sup> Cela était différent au moyen-âge.

<sup>3</sup> On pourrait penser à des contrats réalisant des programmes techniques convenus dans un traité par des gouvernements.

<sup>4</sup> Voir déjà le paragraphe 4 de l'«Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch» autrichien.

contractant. A défaut d'être exprimée, cette volonté est certaine lorsque le contrat est soumis à des dispositions spéciales réglementant les contrats administratifs de l'Etat contractant; il est évident que seuls les tribunaux administratifs de cet Etat sont compétents et que des actes d'exécution prononcés par un jugement du tribunal administratif à l'encontre de la propriété de l'une ou de l'autre des parties contractantes ne peuvent être opérés que dans cet Etat. Cela reste inchangé s'il a été convenu de la compétence d'un tribunal arbitral à la place d'un tribunal administratif.

Même en l'absence d'une réglementation spéciale soumettant obligatoirement à l'ordre juridique national les contrats administratifs passés entre l'Etat et des personnes privées, on peut estimer que lorsque l'Etat s'est engagé par contrat avec ses ressortissants ou avec des étrangers non seulement à payer certaines sommes, mais également à user de ses fonctions souveraines d'une certaine manière, la volonté des parties est que le non-respect de toute obligation résultant du contrat soit sanctionné par des mesures de contrainte conformes au droit national de l'Etat en question et qui ne peuvent être exécutées que sur le territoire de cet Etat. Il est difficile d'admettre qu'un Etat ayant conclu un contrat administratif avec une personne privée étrangère puisse, en cas d'inexécution du contrat par cette personne, la traduire devant des tribunaux étatiques étrangers alors que s'il était lui-même poursuivi devant des tribunaux étrangers, pour les mêmes motifs, il pourrait invoquer son immunité étatique. C'est pourquoi j'estime que la décision 489 Fed. 2d 1313, dont je vous ai communiqué le texte il y a quelque temps, est erronée.

3. Il n'est pas impossible que des sujets de droit étatique ou de droit international s'engagent, par un «accord», à des prestations ou à des abstentions en convenant expressément ou tacitement qu'il ne sera fait appel à aucun recours dans un système de contrainte d'un droit national ou du droit international pour assurer le respect de ces obligations. L'absence de référence à un ordre juridique potentiellement sanctionnateur dans un contrat peut se présenter dans deux séries d'hypothèses. Dans le premier cas, les parties savent qu'un ordre juridique refuserait, de toute façon, de protéger les obligations contractuelles soit que du point de vue de cet ordre juridique ces obligations ne sont pas, en l'occurrence, «valides» ou même que les prestations prévues sont «illicites». Dans le second cas, les parties décident d'exclure «tout recours en justice», alors même que si elles avaient eu l'intention de rattacher leurs rapports contractuels à un droit national, ce dernier aurait été prêt à en assumer la protection.

Cela ne veut pas dire que pour un contrat de ce genre – contrat dont les parties veulent que la force obligatoire ne découle *pas* d'un droit interne et qui ne peut pas pour les motifs indiqués sous (1) être rattachés au droit international – toute contrainte tendant à assurer l'exécution des dispositions contractuelles soit écartée. Ainsi, dans un contrat posant des obligations qui n'ont pas été encore complètement remplies par les deux parties ou dans un contrat renouvelable périodiquement, des sanctions telles que le refus de la contre-prestation ou du renouvellement du contrat peuvent être prises par l'une des parties à l'encontre de la partie fautive. Il peut être convenu, de surcroît, que de telles «représailles privées» devront être préalablement autorisées par un arbitre. L'«IATA» n'est pas le seul

contrat dit «sans loi» sciemment inséré dans un tel minisystème de contrainte. De nombreux contrats du monde économique, peu connus du public, sont conçus de la même façon.

Il est tout à fait pensable que de tels accords soient passés aussi entre une personne privée et son propre gouvernement ou un gouvernement étranger. Ils jouent vraisemblablement dans la réalité un plus grand rôle que ne s'en doutent les juristes notamment. Les contrats passés entre les organes centraux d'un Etat et les entreprises multinationales, et conclus selon certains auteurs, à un «niveau élevé» ou dans les formes de conclusion d'un traité entre Etats, ne constituent bien souvent pas autre chose que de tels accords dont la «force obligatoire» dérive non pas d'un ordre juridique national ni même d'un ordre juridique international mais des possibilités de contrainte que peuvent exercer les partenaires contractuels eux-mêmes après ou même sans l'intervention d'un arbitre.

II. Supposons maintenant que les parties à un contrat contenant des promesses de prestations désirent qu'un ou plusieurs droits nationaux soient garants de l'application de ce contrat et qu'un droit national soit prêt à conférer sa protection. Alors il n'est pas douteux que chaque Etat décide si des règles juridiques impératives limitent l'autonomie de la volonté des parties et que chaque Etat du for, prêt à assumer la protection d'un contrat, décide par le biais de ses règles de droit international privé à quel droit étatique il convient d'emprunter les règles impératives limitant l'autonomie de la volonté des parties. Le droit international privé du for peut également aménager aux parties des possibilités de choix quant au droit impératif applicable. Peut être réglée par des dispositions impératives – entre autres questions – celle de savoir si certaines questions soulevées par les relations contractuelles et non abordées dans le texte même du contrat doivent être considérées comme résolues conformément à une certaine législation étatique; des dispositions de «*jus cogens*» pourront régler la question de savoir si les parties peuvent convenir dans de telles hypothèses de se référer non pas à un droit positif étatique mais aux «principes généraux du droit», ou à l'équité, ou bien même aux règles d'un ordre juridique extraétatique. Par ailleurs, il se peut que la législation d'un pays exclue, pour des contrats rattachés homogènement à cet Etat, la possibilité de telles conventions privées mais que son droit international privé les autorise au contraire par une règle de droit spécial<sup>5</sup> pour les contrats «internationaux» ou certaines sortes de contrats «internationaux».

Pour les contrats décrits ci-dessus sous I.3., le droit étatique ne peut intervenir qu'en interdisant, sous peine de sanctions, la conclusion de tels contrats et l'exécution de contrats contrevenant à une prohibition (comme par exemple les accords de cartel). Si le droit étatique ne renferme pas de semblables interdictions, les parties contractantes sont, à l'évidence, libres de donner le contenu qu'elles veulent à leurs relations «contractuelles» qui ne jouissent pas de la protection d'un ordre juridique étatique, et de renvoyer à des sources normatives quelconques pour déterminer ce contenu. Cela vaut également pour des accords conclus entre

<sup>5</sup> J'entends par le terme «droit spécial» toutes les réglementations de droit matériel divergeant du droit interne matériel normal d'un Etat et relatives aux relations juridiques ayant de quelque manière que ce soit des liens avec plusieurs Etats.

un Etat et une personne privée étrangère et situés en dehors du système de contrainte international et en dehors de tout système de contrainte étatique. Cela n'exclut pas d'ailleurs que les parties puissent aussi convenir que le contrat doit être interprété et complété comme s'il s'agissait d'un traité de droit international ou que le contrat devra être compris conformément aux «principes généraux du droit».

Il paraît naturel que l'Etat dont le système de contrainte est le seul susceptible d'être mis en action soumette les contrats du type décrit en I.2.b, aux dispositions de son *jus cogens* normal, régissant aussi ses contrats avec ses propres nationaux. Mais l'Etat en question peut également *exclure* explicitement, par des dispositions spéciales, l'application de certaines dispositions de son droit impératif aux contrats qu'il passe avec des personnes privées étrangères; il peut notamment rendre possible une telle exclusion en permettant qu'il soit fait référence dans ses contrats avec des personnes privées étrangères aux «principes généraux du droit» ou au «droit des gens», comme seuls moyens supplétifs d'interprétation du contrat, etc. Cependant, on ne peut présumer qu'il existe partout un tel droit spécial pour les contrats que passent, au nom d'un Etat, ses organes avec des étrangers, quand on ne peut trouver trace de l'existence de ce droit spécial ni dans la loi, ni dans une jurisprudence constante. Au contraire, dans le doute, il faut supposer qu'un Etat qui a élaboré certaines règles impératives pour les contrats qu'il conclut avec ses propres nationaux considère que ces règles sont applicables aussi aux contrats qu'il conclut avec des étrangers.

De plus, il n'y a aucune raison de croire que, pour les contrats entre un Etat et des particuliers étrangers spécialement, la question de la nullité du contrat pour «inequality of bargaining power» ou pour «manifestly unfair terms of agreement»<sup>6</sup> ne peut jamais être soulevée ou du moins jamais par la partie étatique contractante ou, si on accepte qu'elle soit soulevée, qu'elle ne doit pas être examinée selon un droit étatique mais selon les principes – mal dégagés en la matière – du droit international public.

Un Etat dont les tribunaux sont compétents pour juger des conflits soulevés par un contrat entre un Etat tiers et une personne privée peut-il adopter un autre point de vue que l'Etat cocontractant au sujet du droit applicable à ce contrat? Cette situation est peu vraisemblable, mais on ne peut écarter par principe une telle possibilité. Par exemple, l'Etat national d'une personne privée peut subordonner la conclusion d'un contrat avec un Etat étranger à une autorisation gouvernementale et considérer, qu'à défaut d'une telle autorisation, le contrat n'est pas valable même si les tribunaux de l'Etat, partie contractante, en décidaient autrement. D'autre part, si une personne privée contracte avec un Etat étranger, tout en sachant que selon la législation de cet Etat ce contrat n'est pas valide, on pourra difficilement invoquer l'ordre public de l'Etat national du particulier pour affirmer la validité de ce contrat. Supposons, de même, qu'une personne privée et un organe agissant au nom d'un Etat contractent et décident de «soumettre» l'ensemble de leurs obligations aux principes généraux du droit ou au droit international alors que l'ordre juridique de l'Etat cocontractant prohibe clairement un

<sup>6</sup> Unconscionable contracts selon le US Uniform Constitutional Code sec. 2-302; voir aussi *Clifford Davis v. WEA Records*, [1975] 1 All E. R. 232.

tel choix; il est peu probable que les tribunaux d'un Etat tiers considèrent que ce contrat est valable et que le gouvernement de ce for se croie autorisé à prendre des mesures en droit international public contre l'Etat dont les organes ont participé à la conclusion du contrat.

III. Dans quelles circonstances l'inexécution d'un contrat entre un Etat et une personne privée constitue-t-elle un délit en droit international public?

Il faut envisager différents problèmes:

– le contractant étatique commet-il un délit international lorsque ses organes refusent consciemment de remplir leurs obligations contractuelles bien que ces obligations, valides en droit interne au moment de la conclusion du contrat, n'aient pas été modifiées par la suite?

– quand le fait d'autoriser législativement les organes étatiques à ne pas remplir leurs obligations contractuelles constitue-t-il un délit international?

– le fait pour les organes d'un Etat de conclure, au nom de cet Etat, un contrat en donnant à leur cocontractant la fausse assurance que ce contrat est valide dans son droit interne constitue-t-il un délit?

– enfin est-ce qu'un Etat non partie à un contrat qui empêche le cocontractant non-étatique d'exécuter ses obligations contractuelles commet un délit international?

1. La solution est assez facile s'il est convenu, dans un traité, de situer dans l'ordre juridique international un contrat qui sera (ou devra) être conclu en application de ce traité entre un Etat signataire et un ressortissant d'un autre Etat signataire (voir supra I.1.b). Dans ce cas, non seulement l'inexécution non excusable de ses obligations par le cocontractant étatique sera un délit de droit international public, mais également le fait, pour les organes nationaux du cocontractant privé, de tolérer ou de soutenir que ce dernier ne respecte pas son contrat.

2. A l'inverse, si un contrat entre un Etat et une personne privée a été placé, de toute évidence, en dehors et d'un système étatique de contrainte et du système international de contrainte, c'est-à-dire si les parties contractantes ont voulu se référer aux seuls mécanismes contraignants de la réciprocité (voir I.3.), l'inexécution d'un tel «contrat» ne comporte aucune incidence juridique en droit international public. Il est indifférent que les parties contractantes aient convenu que le contrat doit être interprété et complété *comme s'il s'agissait* d'un contrat de droit international public! Il ne suffit pas non plus que le contrat renvoie aux principes généraux du droit pour pouvoir lui conférer la qualité de contrat dont la lésion constitue un délit international public. Une personne privée contractant avec un Etat étranger, qui a accepté que cet accord ne jouisse d'aucune protection juridique, *dans l'ordre juridique étatique de son partenaire notamment*, et qui a voulu exclure également que la partie adverse puisse prendre (ou demander) des actes d'exécution à l'encontre des biens de cette personne où qu'ils soient situés, si elle-même ne respecte pas les dispositions de l'accord, ne peut jouir de la protection de son Etat national, si le partenaire étatique ne respecte pas ses obligations; par contre, la responsabilité de son Etat national ne peut pas être mise en cause s'il empêche cette personne de se conformer à l'accord. Lorsqu'une institution ecclésiastique, ayant son siège dans un certain Etat qui la reconnaît comme personne juridique, contracte avec un Etat étranger et que les organes étatiques compétents

pour conclure le contrat n'ont pas voulu le soumettre à leur droit étatique mais se sont référés à un droit extra-étatique ecclésiastique, la personne juridique ne peut pas non plus demander à l'Etat dont elle est le ressortissant d'exercer son droit de protection. De même, si des organes étatiques contractent avec des ressortissants étrangers et qu'ils envisagent comme seule contrainte le recours à la pression exercée par des organisations internationales de partis politiques, l'Etat national de la personne privée contractante ne peut pas assurer la protection internationale de son ressortissant à l'encontre de l'Etat étranger contractant au cas où ce dernier ne remplirait pas ses obligations<sup>7</sup>.

Le droit pour l'Etat de protéger ses nationaux contre les autres Etats, tel qu'il est reconnu en droit international, n'est jamais compris comme un droit de protéger des intérêts qui ne sont devenus des intérêts juridiquement protégés que sous l'empire d'autres systèmes juridiques de contrainte que les ordres juridiques étatiques.

3. a. Si un contrat entre un Etat et une personne privée étrangère a été intégré dans l'ordre juridique de la partie contractante étatique notamment, l'inexécution par les organes étatiques compétents de ce contrat, valide donc selon le droit étatique, ne constitue pas dans tous les cas un délit international à l'encontre de l'Etat national de la partie privée contractante. Cette inexécution est certainement un délit international lorsqu'elle intervient avec l'entière conscience de léser un droit, p. ex. dans le but d'exercer une pression politique à l'encontre de l'Etat national de la personne privée contractante. Mais l'inexécution par un Etat d'un contrat passé avec des personnes privées étrangères peut par exemple être licite s'il s'agit de représailles exercées contre l'Etat national de ces personnes, qui a commis un délit international. Parallèlement, un Etat peut, comme mesure de représailles à l'encontre d'un Etat ayant commis un délit international, interdire à ses nationaux de remplir leurs obligations contractuelles à l'égard de cet Etat. L'inexécution par le cocontractant étatique est certainement un délit de droit international quand la partie privée s'en est remise aux tribunaux de l'Etat en question et que ceux-ci se sont rendus coupables d'un déni de justice; dans cette optique, un contrat entre un Etat et une personne privée ne diffère pas d'un contrat entre des nationaux de deux Etats.

b. Des mesures législatives, rescindant ou modifiant les obligations contractuelles du cocontractant étatique aux dépens de son cocontractant privé étranger ou ayant pour effet d'alourdir les obligations contractuelles de ce dernier, ne sont pas contraires au droit international si l'Etat a également pris des mesures législatives analogues pour les contrats entre personnes privées et que ces mesures sont permises d'après le «international standard». On ne peut pas prétendre que le droit des gens pose d'autres exigences tant qu'il est permis au législateur – comme par exemple dans la constitution des Etats Unis – d'intervenir dans les rapports de droit privé créés par des contrats valides conclus entre des personnes privées en justifiant cette intervention par la «public policy» et que les interventions législati-

<sup>7</sup> L'Etat français ne pourrait pas invoquer son droit de protéger un de ses nationaux si le gouvernement soviétique ne respectait pas un «accord» passé avec les dirigeants du parti communiste français!

ves licites dans les contrats sont plus faciles que des interventions législatives dans les «property rights».

Si un Etat a créé un droit spécial, différant de son droit civil normal, applicable aux contrats conclus en son nom par ses organes étatiques avec des personnes privées, le fait que son législateur modifie ces lois et que ces modifications aient des incidences négatives pour une partie contractante ne constitue pas dans toutes les hypothèses lorsque la partie lésée est un étranger<sup>8</sup> un délit international.

Si un Etat a créé un droit spécial pour les contrats qu'il passe avec des étrangers sans y être obligé par un traité et que des contrats ont été conclus conformément aux dispositions de ce régime spécial, l'Etat national de son cocontractant étranger ne peut pas même dans ce cas, selon le droit international public général<sup>9</sup>, qualifier chaque modification législative de ces dispositions et l'application de ces modifications à des contrats en cours de réalisation de délit international.

Il est vrai que les convictions des publicistes divergent tellement sur le point de savoir quelles interventions législatives dans des contrats conclus avec des étrangers et en cours d'exécution sont «arbitraires» et, partant, illicites en droit international, qu'on ne saurait que recommander de préciser par le moyen de contrats inter-étatiques sur la protection des investissements, les modifications législatives qui seront considérées comme licites ou celles qui seront considérées comme illicites.

c. Un contrat entre un organe étatique et un étranger peut contenir une clause expresse, selon laquelle le droit étatique conférant sa validité au contrat ne devra pas faire l'objet de modifications législatives. Cette promesse ne pourrait cependant être sans plus à la base de la mise en cause de la responsabilité internationale de l'Etat contractant par l'Etat national du particulier si des modifications législatives étaient, néanmoins, opérées: D'abord l'incompétence des organes autres que le législateur à engager l'Etat en ce qui concerne l'attitude future du législateur à l'occasion d'un contrat qui ne constitue pas un traité international avec un autre sujet de droit international joue de même, *in dubio*, pour les contrats avec des étrangers. Ce n'est que si le législateur étatique pouvait s'engager lui-même au sujet de son attitude législative future vis-à-vis de particuliers et, notamment aussi vis-à-vis de ses nationaux, et était alors lié par sa promesse que la violation d'une telle promesse constituerait une atteinte aux droits de l'homme susceptible de mettre en cause la responsabilité internationale de l'Etat concerné. Or il semble bien que les juristes du monde entier sont convaincus que la tâche du législateur est de poursuivre ce qui est le bien commun du temps présent et que ce n'est pas un engagement d'un organe étatique ni même une promesse du législateur à l'égard d'un particulier de ne pas modifier les lois en vigueur – ou d'introduire une mesure législative nouvelle – qui peut délivrer le législateur de cette obligation. Ce n'est donc que dans le cadre d'un droit international particulier que

<sup>8</sup> Il n'est pas contesté que si, par exemple, les dispositions d'une loi votée par le Congrès américain contrarient un «traité» conclu par le gouvernement fédéral avec une tribu indienne on peut admettre que le législateur veut pour des raisons importantes que les dispositions de la loi prévalent sur celles du contrat. Voir *Lone Wolf v. Hitchcock*, 187 US 553.

<sup>9</sup> Mais voir p. 242.

le législateur étatique peut s'engager à ne modifier en aucun cas certaines lois en vigueur.

Si l'Etat ne peut en droit interne s'engager sans limite avec un particulier quant à l'activité future de son législateur, les organes étatiques peuvent-ils s'obliger contractuellement à fournir une garantie pour les dommages que pourrait subir la partie privée contractante à la suite d'éventuelles interventions législatives ayant des conséquences sur le contrat? On pourrait croire que, tout comme une société privée d'assurance, l'Etat peut en effet garantir le risque des effets défavorables causés par des modifications législatives ultérieures au moyen d'un contrat d'assurance, même si le dommage subi est le fait de son propre législateur. Mais, dans de nombreux pays, une protection particulière – accordée aux frais des contribuables à certains partenaires privés contre les conséquences d'interventions législatives futures dans leur contrat – passerait certainement pour un traitement *discriminatoire* des autres citoyens, contraire à la constitution. Partant, à mon avis, si un Etat, qui s'est engagé contractuellement à l'égard seulement de certains étrangers à les dédommager en cas d'interventions législatives ultérieures ayant des conséquences défavorables pour eux, ne respecte pas sa promesse contractuelle, il sera difficile de dire que l'Etat national de la personne privée lésée pourra faire valoir sans plus un droit de protéger son ressortissant.

Ce n'est que le droit international public particulier qui peut fournir une protection juridique sûre contre des interventions législatives de toute sorte dans des contrats valablement conclus entre un Etat et des étrangers. Des promesses de la partie étatique contractante à son partenaire privé ne suffisent pas à cet effet, cette protection des contrats passés entre un Etat et des étrangers (le cas échéant des nationaux) contre des modifications législatives ultérieures, peut donc en premier lieu être créée par *traité* inter-étatique<sup>10</sup>. Mais il faut également songer à la possibilité que de telles obligations internationales seront créées par acte unilatéral: une loi étatique par laquelle le législateur déclare *urbi et orbi* qu'à l'avenir l'Etat réparera les dommages causés à des étrangers par des modifications législatives produisant des effets sur des contrats d'investissement pourrait, semble-t-il, constituer une obligation internationale fondée sur un acte unilatéral aux termes de la décision de la Cour internationale de Justice sur les essais atomiques dans le Pacifique.

d. Dans la mesure où l'Etat national d'un particulier, qui a contracté avec un autre Etat, dispose le cas échéant de la possibilité de mettre en cause la res-

<sup>10</sup> Normalement une telle prohibition conventionnelle se réfère aussi bien à des interventions législatives dans des contrats entre personnes privées qu'à des contrats passés entre l'Etat et des étrangers: si le gouvernement de la République fédérale d'Allemagne a constitué avec un investisseur américain une société par actions allemande et que cet investissement commun de capitaux a été assorti de la condition que chacun des actionnaires détienne la moitié des actions et des droits de vote, la partie américaine à ce contrat n'est ni plus ni moins protégée par le traité de commerce germano-américain de 1954 contre l'introduction de la «cogestion» des travailleurs allemands (voir mon étude «Cogestion et droit international public») que c'est le cas pour une société dont les actions sont détenues par des personnes privées.

ponsabilité internationale de cet Etat si ce dernier viole arbitrairement des obligations contractuelles ou modifie la législation applicable au contrat, il a aussi, sur le plan international, des devoirs, à savoir qu'il ne doit pas, dans le but de porter préjudice pour des motifs politiques à l'autre Etat, inciter ou même interdire à ses nationaux de remplir leurs obligations contractuelles.

e. Il peut arriver qu'un contrat, conclu au nom de l'Etat par un de ses organes avec une personne privée, ne soit pas valable selon le droit de cet Etat alors que la personne privée étrangère croyait à la validité de ce contrat. On peut, dans ce cas, poser la question suivante: existe-t-il un principe du droit international d'après lequel l'Etat est responsable pour un de ses organes étatiques qui a passé un contrat non valable avec une personne privée étrangère en lui donnant, délibérément ou par négligence, l'assurance erronée que ce contrat était valide? Il serait conforme au droit international que l'organe étatique qui a donné de faux renseignements soit personnellement responsable, mais ceci n'a aucune portée pratique. Par contre, il est douteux que le commettant étatique soit responsable. Pour ce qui est de la responsabilité internationale de l'Etat, il serait absurde de tenir pour valide un contrat conclu par un organe étatique agissant au nom d'un Etat avec un particulier parce que d'une part, le particulier désire avoir la protection potentielle assurée par l'ordre juridique de l'Etat contractant et que, d'autre part, une clause contractuelle stipule que le contrat doit être interprété selon le droit international public ou selon les principes généraux du droit alors que l'organe étatique n'a été habilité à conclure de tels contrats ni par la constitution ni par la loi et que cet organe n'a donné aucune assurance spéciale quant à la validité de ce contrat dans l'ordre étatique.

Dans la plupart des grands pays occidentaux, si l'on considère comme évident que certains organes étatiques peuvent conclure un *traité* par lequel ils s'engagent en droit international public vis-à-vis d'un autre *Etat* au sujet de la législation future, il n'a jamais été estimé qu'un semblable engagement peut être pris par les mêmes organes<sup>11</sup> dans un accord avec une personne privée. Ces mêmes pays occidentaux seraient par suite mal venus d'affirmer que tout non-respect de promesses faites par un quelconque organe d'un Etat «sous développé» quant à sa législation future constitue un délit international.

Je termine par les remarques suivantes: seuls les traités inter-étatiques sur la protection des investissements peuvent assurer à l'investisseur la sécurité à laquelle tout naturellement il aspire, que ce soit dans le cadre de contrats conclus entre un investisseur personne privée et un Etat ou dans le cadre d'un contrat entre deux personnes privées. Ce n'est que l'expression d'un souhait dépourvu de tout lien avec la réalité que de rechercher la protection de tels contrats entre Etats et particuliers étrangers en affirmant qu'ils ont *a priori* un caractère juridique spécial et que pour ce type de contrat le principe «*pacta sunt servanda*» détruit toutes les barrières posées pour assurer l'équilibre des rapports entre les parties contractantes par la plupart des droits étatiques à la libre formation des contrats. Toutefois, les traités sur la protection des investissements doivent concerner les investissements opérés dans l'un et l'autre des Etats parties au traité afin qu'on ne puisse

<sup>11</sup> *A fortiori*, un tel engagement ne pourrait pas être pris par un organe étatique non apte à conclure des traités.

pas qualifier ces traités d'une nouvelle sorte de traités inégaux. Je suis certain que dans la rédaction de la résolution que vous allez présenter à l'Institut vous ne vous laisserez influencer ni par la campagne actuellement menée contre les entreprises multinationales (qui n'a pour but que de détourner l'attention des fautes commises par les gouvernements) ni par les tours d'adresse des avocats de quelques spéculateurs cherchant à écarter de leurs mandants tout risque lors de leurs investissements internationaux.

Veillez agréer, mon cher Confrère, l'assurance de mes meilleurs sentiments collégiaux et amicaux.

*Wilhelm Wengler*

### *10. Observations de M. Ben Atkinson Wortley*

Wilmslow, le 13 avril 1976

My dear Colleague,

Please accept my thanks for your report received yesterday and my congratulations upon its thoroughness and clarity. The following are my replies:

1. To deal with 'Central Governments' alone cannot be very useful, even such Governments are subject to Treaties such as the EEC affecting contracts.

2. Yes.

3. No: distinction not appreciated in Common Law and other systems nor in public international law.

4-7. These are matters for the Contracting parties, but any special formalities for verifying the powers of States' agents such, as are laid down by the USSR, should be stated and as far as possible problems of *ultra vires* should be avoided.

8-10. No: but gifts should be clearly distinguished from investments, see my report *Annuaire* de l'Institut, vol. 52, I, 1967, pp. 402-527 *passim*.

9-10. No. The legality of legislative attempts to alter a foreign proper law were discussed in *Adams Case*, see note 23, p. 6, of your 'Observations préliminaires'.

12. Only in absence of express or implied indication, see my article on 'The Gold Clause', 1936, *British Year Book of International Law*, p. 112.

13-16. Yes. Pace, the school of M. Niboyet, it is clear that different parts of the same contract can be subject to different proper laws - dépeçage, see my article 1936, *BYIL* p. 112 and 114 and see *Dicey Conflict of Laws* and *Annuaire*, vol. 52, I, p. 415.

17. Amend to 'dans une ou dans plusieurs lois nationales'.

18. No.

19. Yes, at any rate to estop the State from denying it is legally bound.

20. Yes but, not very desirable in sophisticated contracts.

21. See reply to 9 and 10 *ante*.

22. No. I prefer to distinguish the substance of the contract and the questions of jurisdiction to enforce it.

23-24. It is a question of evidence of the proper law, see *James Miller Ltd. v.*

*Whitworth Street Estates (Manchester) Ltd.* (1970), A. C. 583, discussed in Cheshire P.I.L., 9th ed., pp. 214–215.

25–26. Why not?

27. State bound by need to fulfil obligations in good faith!

28. The jurisprudence of the I.C.J. and the work of Professor Bin Cheng are useful sources.

29. Yes.

30–31. Any local remedies to be exhausted first.

32. Yes if not allowed by the contract. See my report, *Annuaire*, vol. 52, I, 1967, pp. 402–527.

33. Very little except as a basis for a claim to damages.

34. No.

35–36. Yes, subject to terms of contract.

37. Yes, see my report in *Annuaire*.

38. —

*B. A. Wortley*

---

## Les accords entre un Etat et une personne privée étrangère

(Vingt et unième Commission)

Rapport définitif

*Georges van Hecke*

Dans l'ensemble les membres de la Commission ont approuvé les propositions faites par le rapporteur quant à l'étendue de la résolution qui figure au rapport provisoire.

MM. *Lalive, Jessup* et *Monaco* approuvent de manière expresse les limitations proposées consistant à ne pas traiter dans la résolution ni les effets d'une soumission du contrat au droit international ni le contenu des principes généraux du droit.

M. *Seyersted* demande qu'il soit indiqué dans la résolution que les principes généraux seront tirés des systèmes de droit national – comme indiqué aux travaux préparatoires du Statut de la Cour permanente de Justice – et aussi du droit international dans la mesure où on pourrait en déduire des principes applicables aux contrats. Si la substance même de l'observation faite par M. *Seyersted* est classique et ne paraît guère de nature à susciter la contradiction, on peut se demander s'il est nécessaire de l'exprimer dans la résolution. Le rapporteur pour sa part estime que l'objet propre de la résolution est d'indiquer quels sont les rattachements possibles pour les contrats faisant l'objet des travaux de la Vingt et unième Commission sans devoir se prononcer sur le contenu ou l'origine des règles auxquelles se fait ce rattachement. Il est renforcé dans cette opinion par la constatation que M. *Valticos*, rapporteur de la Quatrième Commission, a conçu de la même façon les limites de la résolution qu'il a proposée à la suite de son rapport provisoire<sup>1</sup>.

M. *Seyersted* demande d'autre part que le rapport définitif signale les effets possibles, même s'ils sont controversés, d'une référence au droit international.

<sup>1</sup> Voir pp. 107–109 ci-dessus.

Le rapporteur croit avoir indiqué au point 1 («Possibilité et effets de la soumission au droit des gens») l'opinion de la majorité des membres de la Commission, qui est aussi la sienne. En l'absence d'un engagement de l'Etat par traité ou par déclaration unilatérale de contracter un engagement international proprement dit (c'est-à-dire régi à tous points de vue par le droit international) la référence au droit des gens dans un contrat ne peut avoir pour effet de rendre applicable le système de sanctions du droit international. Un contrat avec un particulier n'est pas un traité, même s'il contient une référence au droit des gens. La soumission au droit des gens d'un contrat avec un particulier ne peut avoir pour effet de modifier les règles du droit des gens sur la responsabilité internationale de l'Etat.

M. *Wortley* répète sa proposition d'inclure les entités composantes des Etats fédéraux dans le champ d'application de la résolution. Tout en comprenant parfaitement la raison de cette proposition, le rapporteur regrette de ne pas pouvoir l'accepter. Comme M. *Mann* l'a indiqué en réponse au questionnaire, le champ d'application doit être limité aux Etats en tant que sujets du droit international. Car c'est seulement si l'une des parties au contrat est un sujet du droit international qu'existera la possibilité de soumettre le contrat au droit international. La résolution n'est donc applicable qu'aux contrats passés par un Etat qui est sujet du droit international. Elle n'est pas applicable aux contrats passés par des subdivisions territoriales, des établissements publics ou des sociétés nationalisées. Les différents contextes dans lesquels le mot «Etat» figure dans le préambule et le dispositif du projet de résolution ne permettent pas de doute à ce sujet. Il s'agit uniquement de l'Etat proprement dit.

M. *Wengler* estime que la résolution devrait prendre position sur la question de savoir quelle importance il convient de donner aux dispositions du droit interne de l'Etat contractant qui sont à la base de la capacité de ses autorités d'engager contractuellement l'Etat à l'égard des personnes privées. Le rapporteur a indiqué la difficulté de cette question au point 5 («Les indices de la volonté des parties») du rapport provisoire et a tenté d'y donner une réponse partielle à l'article 4 du projet provisoire de résolution. Il hésite à aller plus loin. La notion de la «capacité» comme une catégorie spéciale du droit international privé faisant partie du statut personnel et soustraite à la loi régissant le contrat n'est pas universellement reconnue. Elle est connue du droit international privé des Etats d'Europe continentale, encore sous la réserve de ne pas tenir compte d'une incapacité que ne connaît pas la loi du lieu du contrat

(jurisprudence française – dispositions législatives allemande et italienne). Elle n'est en revanche pas admise du droit international privé anglo-américain. Il n'est donc guère possible de trancher ce problème dans une résolution, dont la portée doit être universelle, autrement que de la manière prudente dont s'exprime l'article 4 du projet provisoire de résolution.

Dans l'ensemble les membres de la Commission ont également approuvé les thèses que le rapporteur propose d'exprimer dans la résolution.

MM. *Doehring, Jessup, Lalive, Mann, Monaco, Seidl-Hohenveldern* et *Wortley* approuvent ces thèses de manière expresse.

M. *Wengler* en revanche conteste qu'il existe une règle de droit international privé qui permette, lorsqu'un Etat est partie à un contrat, de choisir une *lex contractus* autre qu'un droit étatique interne.

Le rapporteur, quant à lui, se range à l'avis de la quasi-unanimité de la Commission pour admettre cette possibilité. Dans un contrat entre deux particuliers de nationalité ou de domicile différents le fait que le contrat n'a pas tous ses points de rattachement dans un seul pays donne lieu à un conflit de lois permettant aux parties de choisir le droit étatique applicable. Si l'une des parties à un contrat international est un Etat, la circonstance que l'une des deux parties est un sujet du droit international tandis que l'autre est un sujet d'un droit interne fait naître la possibilité de désigner comme loi applicable autre chose qu'un droit interne.

Ici aussi le parallélisme avec les travaux de la Quatrième Commission est instructif. Aucun des membres de la Quatrième Commission n'a contesté le principe qu'un contrat entre une organisation internationale et un particulier puisse être soumis au droit international ou aux principes généraux du droit. On n'aperçoit pas pour quelle raison il devrait en être autrement pour un contrat entre un Etat et un particulier étranger.

En ce qui concerne le préambule, des suggestions de modifications ont été faites par M. *Lalive* et M. *Seyersted*.

M. *Lalive* regrette l'absence dans le préambule d'un considérant affirmant qu'un Etat peut, par contrat avec une partie qui n'est pas sujet du droit international, prendre des engagements obligatoires.

Pour le rapporteur l'affirmation est tellement évidente que ce serait même l'affaiblir que d'estimer nécessaire de la rappeler. Toutefois il est prêt à se rallier à l'opinion de M. *Lalive* sur l'opportunité d'un rappel.

Quant à l'endroit où devrait figurer ce rappel, il pense que c'est immédiatement après le premier considérant. La structure logique du préambule se présenterait dès lors comme suit: i) le problème posé par l'exercice des pouvoirs souverains à l'encontre des engagements contractuels, ii) le rappel du fait que l'Etat peut s'engager, soit par traité, soit par contrat, le caractère obligatoire de l'engagement étant régi par l'ordre juridique auquel l'engagement est soumis, iii) le fondement de l'engagement au cas de traité, iv) le fondement de l'engagement au cas de contrat.

M. *Lalive* suggère d'autre part de remplacer dans le troisième considérant les mots «les règles du droit international privé» par «les principes généraux du droit international privé».

L'opinion du rapporteur à ce sujet peut être formulée de la manière suivante. Comme il a été indiqué au point 4 du rapport provisoire, les règles de droit international privé du for constituent dans la grande majorité des cas le fondement nécessaire et adéquat du choix du système juridique applicable au contrat. Il n'en est autrement que dans les cas d'arbitrage *ad hoc* ou d'arbitrage institutionnel de caractère international qui sont, d'après l'opinion dominante, caractérisés par l'absence de *lex fori*. Il apparaît ainsi que, dans de nombreux cas, le fondement du choix de la *lex contractus* se trouvera dans les règles de droit international privé du for compétent et, dans les autres cas, dans les principes généraux du droit international privé. Cela étant, le rapporteur est disposé à accepter la suggestion de M. *Lalive* dont la terminologie peut être considérée comme s'appliquant à toutes les hypothèses.

M. *Seyersted* a proposé de supprimer à la fin du dernier considérant les mots «faisant partie du droit international». Il n'est pas en désaccord avec l'idée exprimée, à savoir que les «principes généraux» visés sont ceux dont il est question à l'article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice. Mais il craint que la présence de ces mots puisse donner lieu à des confusions et malentendus. Tenant compte de cette crainte, qui n'est cependant pas partagée par les autres membres de la Commission, le rapporteur met entre crochets, dans le texte définitif du projet de résolution, les mots dont M. *Seyersted* propose la suppression.

Passant maintenant aux observations visant les différents articles du projet de résolution, il y a lieu de s'expliquer en premier lieu sur le caractère «subjectif» ou «objectif» du rattachement du contrat.

Ce problème est posé par l'observation faite par M. *Lalive* au sujet de l'article 3 où il demande que la rédaction couvre mieux la méthode du rattachement objectif au lieu d'utiliser la fiction d'une volonté hypothéti-

que. D'autre part, une autre observation de M. Lalive au sujet de l'article 2 ainsi qu'une observation de M. Monaco concernant l'article 1 posent le problème de la volonté «implicite» ou «tacite».

Le rapporteur est reconnaissant à MM. Lalive et Monaco de ces observations qui l'amènent à préciser sa pensée. D'une part, on peut assimiler au choix exprès du droit applicable le choix qui découle indubitablement du contenu du contrat; c'est l'hypothèse de la volonté «tacite» ou «implicite». D'autre part, il faut reconnaître que, dans le cas d'absence d'un choix exprès ou implicite, le rattachement du contrat peut se faire, soit sur la base d'une «volonté présumée» des parties, soit sur la base du «rattachement le plus étroit» tel que le juge le déterminerait. La jurisprudence de certains pays reste fidèle à la notion de «volonté présumée» (p. ex. en Belgique l'arrêt du 27 novembre 1974 de la Cour de Cassation, *Revue critique de droit international privé* 1976, p. 660). Dans d'autres pays au contraire la méthode du rattachement a été détachée d'une référence à la volonté des parties. C'est l'opposition bien connue entre le «subjectivisme» et l'«objectivisme» (Cf. *Batiffol*, Subjectivisme et objectivisme dans le droit international privé des contrats, *Mélanges Maury I* p. 58, reproduit dans *Choix d'articles* p. 263) dont il n'y a d'ailleurs pas lieu d'exagérer l'importance (*Batiffol et Lagarde*, *Traité de droit international privé II*, 6e éd., p. 243 note 24).

Le rapporteur admet volontiers qu'il doit corriger la rédaction des articles du projet de résolution de manière à mieux tenir compte de ces deux courants de pensée.

L'énumération des rattachements possibles, figurant dans l'article 2 du projet de résolution, a donné lieu à certaines remarques.

M. *Seyersted* propose de rayer le «droit international» de l'énumération des rattachements possibles. Il est toutefois, à l'exception de M. *Wengler*, seul de cet avis parmi les membres de la Commission. Aussi le rapporteur estime-t-il que, pour exprimer fidèlement l'opinion majoritaire qui s'est dégagée de l'échange de vues au sein de la Commission, il doit maintenir les mots dont M. *Seyersted* propose la suppression.

M. *Jessup* fait à juste titre remarquer que les projets de résolution proposés par les Quatrième et Vingt et unième Commissions tout en s'inspirant de considérations substantiellement semblables aboutissent à des rédactions différentes du catalogue des rattachements possibles. Le rapporteur pense, comme M. *Jessup*, que l'Institut désirera probablement aboutir à une rédaction identique dans les deux résolutions. Aussi pro-

pose-t-il le texte de M. Valticos (avec une très légère adaptation de la rédaction: «droit interne» au lieu de «loi étatique») comme une variante de l'article 2.

La variante de M. Valticos présentera d'ailleurs sur le texte du rapporteur l'avantage, aux yeux de certains (comme MM. Lalive et Wortley), de prévoir la possibilité du «dépeçage» du contrat entre divers systèmes applicables.

La Commission est restée divisée sur le problème de l'importance à accorder aux clauses arbitrales. MM. Jessup, Lalive et Seidl-Hohenveldern considèrent que la présence d'une clause arbitrale est un indice décisif quant à la volonté des parties d'écarter l'application du droit de l'Etat contractant. MM. Doehring et Mann, en revanche, nient toute portée, quant au droit applicable, à la présence d'une clause arbitrale.

Le rapporteur, pour sa part, penche vers une position moyenne. Il continue à penser, et M. Monaco le renforce dans cette opinion, que la valeur d'indice dépend de la nature de la clause arbitrale. La portée de la clause arbitrale sera déjà plus nette s'il s'agit d'un arbitrage qui n'est pas régi par le droit de l'Etat contractant et elle sera encore plus forte s'il s'agit d'un arbitrage de droit international.

Pour permettre à l'Institut de se prononcer aisément sur ce problème, les variantes nécessaires ont été introduites dans le projet de résolution.

A l'article 5 M. Lalive critique la rédaction qui, en parlant de «soustraire un contrat au droit de l'Etat contractant» lui paraît ressusciter la présomption en faveur du droit de l'Etat contractant qui a été écartée par une nette majorité des membres de la Commission. Le rapporteur a adapté la rédaction pour tenir compte de cette observation. Il a également accueilli une autre proposition de M. Lalive qui est de nature à améliorer nettement la rédaction de cet article du projet de résolution.

A l'article 6 M. Mann fait remarquer que la rédaction est trop large car elle paraît soumettre à la *lex contractus* des problèmes de capacité, de forme ou de responsabilité civile.

M. Wengler d'autre part craint que la rédaction de l'article 6 aboutisse à substituer la *lex contractus* aux règles du droit international concernant la responsabilité internationale de l'Etat.

Pour préciser sa pensée l'auteur a modifié la rédaction de l'article 6 en indiquant que ce sont uniquement les problèmes de responsabilité contractuelle que cette règle entend soumettre à la *lex contractus*.

Tenant compte de ce qui précède, le projet de résolution se présente comme suit dans le texte définitif que la Commission soumet aux délibérations de l'Institut.

Bruxelles, 21 mars 1977

---

## Projet de résolution

L'Institut de Droit international,

*Prenant connaissance* du fait que la pratique et la doctrine se sont préoccupées de chercher une solution au problème que pose l'exercice éventuel par un Etat de ses pouvoirs souverains à l'encontre des engagements contractuels pris envers un étranger,

*Rappelant* que tout Etat peut s'engager, soit par traité, soit par contrat et que la validité ainsi que les effets de cet engagement sont régis par l'ordre juridique auquel il est soumis,

*Considérant* d'une part qu'un Etat peut, par traité ou par engagement unilatéral, prendre des engagements sanctionnés par le droit des gens,

*Considérant* d'autre part que dans le cas d'un contrat entre un Etat et un particulier étranger, les principes généraux du droit international privé permettent aux parties, si telle est leur volonté, de soustraire le contrat à tout droit interne et d'y incorporer par référence les principes généraux du droit [faisant partie du droit international],

Adopte la présente résolution:

1. Les contrats entre un Etat et une personne privée étrangère sont soumis aux règles de droit auxquelles les parties ont l'intention de les soumettre.

2. Les parties peuvent, de manière expresse ou implicite, soumettre leur contrat soit à un droit interne, soit aux principes généraux du droit, soit au droit international.

*Variante:* Les parties peuvent, de manière expresse ou implicite, soumettre leur contrat soit à un droit interne, soit au droit international, soit aux principes généraux du droit, soit à une combinaison de ces systèmes.

3. En l'absence d'une clause expresse ou implicite, la désignation du droit applicable résulte des indices permettant de déceler l'intention des parties et de révéler le rattachement le plus étroit du contrat.

4. En particulier la soumission d'un contrat d'investissement au droit de l'Etat contractant peut découler de l'existence dans l'Etat contractant d'une loi réglementant les investissements étrangers si le contrat ne contient pas de clause dérogeant de manière expresse ou implicite à cette législation.

5. En particulier la soumission d'un contrat à un droit autre que celui de l'Etat contractant peut découler de la présence dans le contrat d'une clause limitant l'exercice par l'Etat de ses pouvoirs souverains et d'une clause arbitrale.

*Variante 1:* et d'une clause organisant un arbitrage régi par un droit autre que celui de l'Etat contractant –

*Variante 2:* et d'une clause organisant un arbitrage régi par le droit international.

6. Les règles de droit désignées par les parties règlent les problèmes de responsabilité contractuelle posés par l'exercice par l'Etat de ses pouvoirs souverains à l'encontre d'un engagement pris envers le cocontractant.

---

## Annexe

*Observations des membres de la Vingt et unième Commission sur le rapport provisoire et le projet provisoire de résolution de M. Georges van Hecke du 15 avril 1976*

### *1. Observations de M. Karl Doehring*

Heidelberg, le 13 janvier 1977

Cher Confrère,

Peut-être ai-je oublié de vous donner connaissance de mes suggestions finales relatives à votre projet de résolution (Vingt et unième Commission).

Je donne mon consentement à toutes vos thèses du projet de résolution annexé à votre rapport provisoire. Je n'ai rien à ajouter et mes réflexions ne m'ont pas amené à proposer une amélioration.

Seule la fin de l'article 5 ne me satisfait pas parfaitement puisque je doute qu'une clause arbitrale puisse produire l'effet indiqué.

Espérant vous revoir à Oslo, particulièrement pour continuer notre discussion, je vous prie d'accepter, cher Confrère, l'expression de mes sentiments les plus cordiaux.

*Karl Doehring*

### *2. Observations de M. Florentino P. Feliciano<sup>1</sup>*

Manila, March 26, 1977

1. I of course agree with your conclusion about the possibility of subjecting a contract between a state and a private foreign national to international law as the applicable law of such contract. I would, however, urge that you and the Commission should devote careful attention to what is perhaps the more difficult scientific task, i. e. that of determining the legal consequences of such an adoption of interna-

<sup>1</sup> Le rapporteur regrette de n'avoir pu tenir compte de ces observations dans son rapport définitif, celles-ci lui étant parvenues alors que son rapport était déjà sous presse.

tional law as the *lex contractus* of such a contract. Important as your above conclusion is, legal advisers to either the contracting state or to the private contracting party will find it difficult to recommend reference to international law as the applicable law until the legal effects of such reference can be spelled out with reasonable precision and specificity.

2. I share your second conclusion about the legal possibility of referring to general principles of law as the applicable law. To seek to identify «the general principles of law» cannot realistically be regarded as part of the task of the Commission; such a task would no doubt take a couple of lifetimes to carry out. If anticipation and prevention of possible disputes between contracting parties as to the detailed content of their agreement is an important concern of the draftsman of an international contract, and if the detailed rules of the *lex contractus* are built into the terms of the contract as a result of the reference to the *lex contractus*, a serious draftsman should perhaps resist a proposal to make «general principles of law» as the applicable law as likely to breed disputes between the parties.

3. Going now to the Draft Resolution, I should like to ask, with respect to the second preambulatory paragraph for clarification whether by «engagements sanctionnés par le droit des gens», reference is intended to be made to obligations under international law. If such reference is indeed intended to be made, one perhaps should consider whether to refer to «obligations under international law», in the context of the Draft Resolution, gives rise to the misimpression that to adopt public international law as the applicable law of a contract is to convert the obligations specified in that contract to obligations under international law. I would suggest that much the same problem arises if one were to refer to obligations «sanctioned by international law».

4. With respect to paragraph 5 of the Draft Resolution, I would suggest, with respect, that the mere presence of a clause concerning the exercise of sovereign powers by the contracting state or of an arbitration clause, does not, by itself and without more, show an intent to withdraw the contract from the ambit of the law of the contracting state. At the very least, one must examine the tenor of such clauses and look to their compatibility with the internal law of the contracting state. There are too many variable factors to take into account in respect of arbitral clauses and clauses concerning the exercise of sovereign powers by the contracting state, before one may reasonably infer an intent to withdraw the contract from the scope of applicability of the internal law of that state.

5. With respect to paragraph 6 of the Draft Resolution, it should perhaps be clarified that not all problems raised by the exercise by the state of its sovereign powers against an undertaking in favor of the other (private) contracting party, would be governed by the law designated by the parties to the contract, at least where the law so designated is the internal law of the contracting or of another state. It seems to me that reference to some internal law as the applicable law of the contract will not exclude the applicability of public international law to acts of the contracting state which may, under certain circumstances, constitute an international delinquency notwithstanding their legality under the applicable municipal law.

*Florentino P. Feliciano*

### 3. Observations de M. Philip C. Jessup

Norfolk, Ct., September 17, 1976

My dear Colleague,

By my inability a year ago to submit reasoned replies to your questionnaire (although I did submit some bare affirmatives and negatives), I may have forfeited the right to burden the record with extended comments on your «Rapport provisoire et projet provisoire de résolution» dated 15 April 1976. But Mme Wehberg's letter of transmittal encourages observations. There is, in any case, little to say except in agreement and admiration.

On page 199 of the Rapport you revert to your original question no. 1 on the restrictive interpretation of the word «Etat». I had agreed with your conclusion before but venture in support to mention a comparable problem faced by the Harvard Research in International Law when in 1932 I was rapporteur on the topic «Competence of Courts in Regard to Foreign States»; a number of problems faced in that draft are comparable to those you have treated. My report discussed with some references to cases the question of including political subdivisions of states; like you, we decided to exclude all entities but the State itself (American Journal of International Law Suppl. 1932, p. 479. And on page 483 there is a particular discussion of the problem in federal States.)

As you point out in several places, the report of M. Valticos for the 4th Commission, dated 31 Mars 1976, also deals with some of the problems of our 21st Commission. In addition to other references, one can note in connection with the last para. of your page 196, page 107 of the Valticos Rapport, para. no. 2.

Perhaps there is one point of difficulty, namely in the discussion of general principles of law and of international law. You touch on one aspect at pp. 195-196. In your «projet provisoire», the last «Considerant», you mention «les principes généraux du droit faisant partie du droit international». But in para. 2 of the «résolution», you seem to distinguish the «principes généraux du droit» from «droit international». On p. 195 you concluded it is «désirable de continuer à distinguer les deux soumissions». Sections 37-39 of the Valticos Rapport develop some ideas on this subject. In his «Projet de résolution», Section I, para. 1 is not in disagreement with your para. 2 but it is more elaborate. Perhaps the Institut would like to make such provisions identical for the resolutions of the two Commissions.

I think the position you take on p. 193, 4th para. of your Rapport is wise as is the conclusion with which you end Part 2 on p. 196. On the question of clauses providing for one or another type of arbitration, which you discuss on p. 201 as «indices de la volonté des parties» I might suggest that this is of sufficient importance to be mentioned by way of example in para. 3 of your «résolution».

If you should consider adding to the useful bibliography included in your earlier Rapport, would you care to add *Carabiber*, «L'évolution de l'arbitrage commercial international», 99 Recueil des Cours 119. His Ch. VI (p. 182) entitled «Clauses compromissaires inscrites dans les contrats passés avec des sociétés de droit privé» has interesting examples and conclusions. In his recent monograph on *The Law of the Sea*, our Colleague Professor Dupuy has perceptive analyses of our problems on

his pp. 150–157. For example, on a point I have already mentioned, he says that provisions for recourse to arbitration «are always deemed to imply that international law applies, even in the absence of specific clauses to that effect» (p. 153).

With kind regards, sincerely yours

Philip C. Jessup

#### 4. Observations de M. Pierre Lalive

Genève, le 12 janvier 1977

Mon cher Confrère,

L'intérêt que suscite votre rapport provisoire, comme les observations qui l'ont précédé, me pousserait à des commentaires détaillés dépassant sans doute ce qui est attendu des membres de la Vingt et unième Commission. Peu sûr de pouvoir imiter l'admirable concision et densité de votre rapport, je m'efforcerai de m'en tenir au texte même de votre projet provisoire de résolution, et je me permets de me référer pour le surplus à mon rapport au IIe Congrès international de droit privé, de l'Unidroit, de septembre dernier, sur le sujet «L'Etat en tant que partie à des contrats de concession ou d'investissement conclus avec des sociétés privées étrangères», rapport que vous connaissez et qui se fonde du reste largement sur vos propres travaux et sur les observations des membres de la Commission.

*Premier «considérant»:* Si ce considérant peut sembler, en soi, rappeler une vérité d'évidence, je me demande s'il ne suscitera pas des malentendus – compte tenu, notamment, du considérant qui le suit et avec lequel il n'existe pas, le fait vaut peut-être d'être noté, un parallélisme exact (contrairement à ce que pourrait faire croire l'opposition des termes «d'une part ... d'autre part»). Ce qui frappe, dans ces deux considérants, c'est qu'il n'est dit nulle part qu'un Etat peut, par contrat avec une partie qui n'est pas sujet de droit international, prendre des engagements *obligatoires*. Que cette idée soit implicitement contenue dans la suite des considérants ou des articles est une question d'interprétation. Le risque me paraît subsister que, *a contrario*, le premier considérant paraisse justifier la thèse de certains selon laquelle un Etat ne peut pas prendre des engagements obligatoires par contrat ou, tout au moins, que cet engagement n'est «obligatoire» que sous réserve des pouvoirs souverains de l'Etat, notamment lorsqu'il s'agit des «ressources naturelles» de ce dernier. Il est superflu de développer ici les raisons pour lesquelles je considère cette thèse comme radicalement erronée, «suicidaire» et du reste démentie par la pratique des Etats dans l'immense majorité des cas (voir à ce sujet, par exemple, mon rapport à l'Unidroit n° 51 ss, 76 ss).

Le risque de cette interprétation *a contrario*, fortifié par l'absence de toute disposition expresse sur ce thème, me paraît renforcé par la première clause du projet provisoire qui fait expressément allusion à «l'exercice éventuel par un Etat de ses pouvoirs souverains à l'encontre des engagements contractuels pris envers un étranger». Cette référence fait immédiatement penser que la suite contiendra une prise de position, autre qu'implicite et tout à fait indirecte, sur la validité et le caractère obligatoire des dits «engagements contractuels», nonobstant l'existence des «pouvoirs souverains».

En d'autres termes, le passage du premier considérant au deuxième me paraît «sauter» une étape et créer ainsi une lacune. Ceci peut paraître d'autant plus regrettable que le premier considérant, je l'ai dit, rappelle une vérité incontestée et qu'il était, dès lors, peut-être superflu de rappeler, alors qu'il n'est pas superflu, compte tenu des excès de certaines «doctrines» fondées sur la souveraineté permanente, de rappeler qu'un Etat peut, par contrat avec un étranger, assumer des engagements obligatoires, et que ce *principe* tout au moins est consacré par le droit des gens et confirmé par la pratique des Etats. Ce qui n'est pas la même chose, bien entendu, que d'affirmer que l'engagement contractuel lui-même, et les conséquences de sa violation, seraient «sanctionnés par le droit des gens».

*Deuxième considérant:* Tout en approuvant son contenu, je crois difficile de le conserver sous cette forme, compte tenu surtout des observations qui précèdent. Peut-on parler, sans autre qualification, des «règles du droit international privé», sans préciser qu'il ne s'agit pas seulement (du moins je le suppose) des règles nationales, par exemple de celles du for? Je verrais assez volontiers ici une référence aux «principes généraux du droit international privé», qui entrent sans doute dans les «principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées» au sens du fameux article 38 du Statut de la Cour. Il faut admettre, comme un «principe général de droit» international privé à la fois le principe de l'autonomie de la volonté dans les contrats internationaux, son application aux contrats conclus par un Etat (consacrée par la CPJI dans l'affaire des emprunts serbes et brésiliens) et enfin le caractère «illimité» de cette autonomie dans le choix du droit applicable (caractère consacré, par exemple, par l'article 42 de la Convention de Washington de 1965).

*Article premier:* d'accord.

*Article 2:* d'accord aussi; mais cet article doit être considéré en rapport avec l'article 3. Considéré isolément, l'article 2 pourrait faire croire à une exclusion, dans la pensée de l'Institut, d'un choix de droit par une volonté manifestée *tacitement*.

Quant à *l'article 3*, il se réfère sans doute à la «volonté tacite», mais sa rédaction peut faire penser aussi qu'il s'agit d'une intention «présumée», soit de la «volonté hypothétique» (notion critiquée, on le sait, même en Allemagne Fédérale) – c'est-à-dire d'un rattachement objectif. Il me semble que la rédaction pourrait être revue de manière à couvrir plus clairement, selon les principes généraux du droit international privé, les cas de rattachements subjectif et objectif.

*Article 4:* cet article 4, comme le suivant, vise les cas de rattachement «subjectif», c'est-à-dire d'un choix, exprès ou tacite, par les parties, du droit applicable. Cela étant, on peut se demander s'il ne conviendrait pas d'ajouter un article visant spécialement le cas du rattachement «objectif», c'est-à-dire l'absence de toute intention manifestée, et l'idée qu'il y a lieu d'appliquer les méthodes et indices traditionnels en droit international privé («centre de gravité» du contrat, lieu d'exécution, etc.), en indiquant peut-être, négativement, que la qualité étatique d'un contractant n'est pas en soi un indice décisif et suffisant. La question peut aussi se poser de savoir s'il convient de faire allusion à la possibilité du «dépeçage», qui me paraît une technique particulièrement opportune, de par la nature des choses, dans le cas du contrat entre un Etat et une personne privée étrangère.

Sur ce même article 4 j'observerai encore qu'on peut se demander si l'intention

dont il est ici question est une intention tacite ou simplement présumée. D'autre part, le terme «dérogeant» est-il ici le plus opportun? A noter que certaines lois de ce genre permettent expressément ou implicitement le choix d'un autre droit applicable, pour la totalité ou une partie des relations juridiques entre les contractants (c'est peut-être ici qu'il pourrait être fait allusion au «dépeçage»).

*Article 5:* d'accord avec le contenu. Quant à la rédaction, permettez-moi deux petites observations: d'une part, l'expression «soustraire un contrat au droit de l'Etat» me paraît ressusciter la fameuse présomption en faveur du droit de l'Etat que l'on trouve dans les arrêts des emprunts serbes et brésiliens, et qui est assez généralement critiquée, malgré une tendance politique contraire. D'autre part, l'expression «clause relative à l'exercice par l'Etat de ses pouvoirs souverains» est-elle suffisamment claire? Il ne s'agit évidemment pas d'une clause par laquelle l'Etat subordonnerait l'ensemble des droits et obligations contractuels à ses pouvoirs souverains mais d'une clause «limitant» l'exercice desdits pouvoirs, c'est-à-dire d'une des clauses que *P. Weil* appelle clause de protection, de stabilisation ou de garantie.

*Article 6:* d'accord sur le fond. La présence de cette dernière disposition dans le projet fait écho au premier paragraphe («prenant connaissance du fait ...») et elle me paraît renforcer les observations faites plus haut sur les deux premiers considérants. Il y a là un difficile problème d'équilibre dans la Résolution, dont cinq dispositions concernent le droit applicable et une seule, la dernière, revient sur le thème, capital, comme le montre aussi le fait qu'il est évoqué en tout premier, de l'exercice éventuel par un Etat de ses pouvoirs souverains à l'encontre de ses engagements contractuels envers un étranger.

Ces quelques observations, vous le voyez, n'enlèvent pas grand chose à mon approbation générale de votre rapport provisoire et de votre projet provisoire de Résolution, projet qui, par sa concision même, me paraît déjà constituer un véritable tour de force. En particulier, je suis en large accord avec les préoccupations exprimées dans votre conclusion, pp. 202-203.

Veillez agréer, mon cher Confrère, avec mes plus vives félicitations pour votre travail, l'expression de mes sentiments fidèlement dévoués et les meilleurs.

*Pierre Lalive*

##### *5. Observations de M. Frederick A. Mann*

London, January 24, 1977

My dear van Hecke,

I am sorry that I have been so long in dealing with your preliminary report on «Les Accords Entre un Etat et une Personne Privée Etrangère». Most of the reasons for the delay are known to you.

There is really nothing I have to say about your report with which I almost entirely agree. There are only two very short remarks which I would like to make on paragraphs 5 and 6 of the draft resolution.

As regards paragraph 5, I do not think that any importance can be attached to the existence of an arbitration clause. This, to my mind, is completely neutral in its effect on the substantive law applicable in a given case, particularly if the seat of the arbitration is left to subsequent determination.

As regards paragraph 6, I am not certain whether this is not formulated too widely. You speak of «the problems» which are governed by the law chosen by the parties. I think that there are some problems which cannot be subject to that law: for instance, the question of whether a particular contract was *ultra vires*, or whether it corresponded with the form required by the place where the contract was made, or whether there is any liability in tort. I think, therefore, you should perhaps speak of «les problèmes d'effet», or employ some similar qualifying phrase.

With kind regards, yours sincerely

F. A. Mann

#### 6. Observations de M. Riccardo Monaco

Rome, le 11 novembre 1976

Mon cher Confrère,

Tout d'abord je confirme, d'une façon générale, le point de vue que j'avais exprimé en répondant à votre exposé préliminaire, c'est-à-dire que je partage dans une très large mesure votre façon d'aborder les différents problèmes, ainsi que les solutions que vous indiquez dans votre projet provisoire de résolution.

Je me bornerai donc à ne vous soumettre que deux remarques sur le texte même de votre projet.

La première concerne *l'article 1*: vous dites que «les contrats entre un Etat et une personne privée étrangère sont soumis aux règles de droit auxquelles les parties ont l'intention de les soumettre».

Il me semble qu'il vaudrait mieux dire «ont manifesté, même de façon implicite, l'intention ...». De la sorte l'article 1 qui a une portée générale couvrirait les deux hypothèses particulières dont il est fait mention aux articles 2 et 3, parce que aussi les indices révélant la volonté des parties valent, en général, comme manifestation implicite de leur volonté.

Une deuxième remarque porte sur *l'article 5*. Vous faites, à juste titre, référence à une clause arbitrale, de laquelle on peut déduire l'intention des parties de soustraire le contrat au droit de l'Etat contractant. J'estime qu'il faudrait, dans la clause arbitrale, spécifier la nature particulière de celle-ci. En effet, comme il résulte aussi des observations faites par nos Confrères sur votre exposé préliminaire, il y a des clauses arbitrales qui ne concernent pas le droit applicable au contrat: dans un souci de précision formelle il serait peut-être utile d'ajouter quelque spécification à l'expression «clause arbitrale».

Je vous prie d'agréer, mon cher Confrère, mes sentiments les plus amicaux.

Riccardo Monaco

*7. Observations de M. Ignaz Seidl-Hohenveldern*

Cologne, le 19 juillet 1976

Mon cher Confrère,

Merci de m'avoir envoyé votre rapport provisoire et votre projet de résolution. Etant donné la grande divergence d'opinions dans la doctrine en général aussi bien qu'au sein de notre Commission, il aurait été impossible de formuler une décision avec un contenu plus précis sur des points litigieux. Je suis donc prêt à me rallier à cette résolution.

Je me permets une seule remarque concernant le style de l'article 5. C'est peut-être par suite de ma connaissance insuffisante de la langue française que j'avais tout d'abord mal compris la partie de la phrase parlant «d'une clause relative à l'exercice par l'Etat de ses pouvoirs souverains». Je l'avais tout d'abord comprise dans le sens que l'Etat avertit, pour ainsi dire, son cocontractant que lui, l'Etat, étant souverain, il pouvait agir d'une façon différente de celle prévue dans le contrat. En relisant la phrase, j'ai bien vu que telle n'était pas votre intention et que vous aviez envisagé le cas où l'Etat invoque ses droits souverains afin de se libérer d'une obligation découlant de sa propre législation, assurant donc son cocontractant que lui, l'Etat, est prêt à exécuter le contrat, même si celui-ci contrevient à une disposition quelconque de la loi de l'Etat contractant. Je n'ose pas vous proposer moi-même une meilleure formule pour préciser votre intention.

Veuillez agréer, mon cher Confrère, l'expression de ma parfaite considération.

*Ignaz Seidl-Hohenveldern**8. Observations de M. Finn Seyersted*

Oslo, le 9 janvier 1977

1. Le premier paragraphe du préambule pourrait peut-être donner l'impression que ladite préoccupation constitue la seule raison de notre étude.

2. *Préambule et paragraphe 2.* A mon avis, une référence, dans un contrat, au droit international constitue en effet une référence aux *principes généraux du droit*. Etant donné que le droit international ne contient pas beaucoup de règles applicables aux matières réglées aux contrats, la référence est au fond surtout aux principes généraux *des droits nationaux*. (Je présume – comme une chose évidente – que même les principes généraux tirés du droit national ne peuvent pas être contraires au *jus cogens* du droit international.) Les seules différences que je vois entre une référence au droit international et les principes généraux du droit ne se trouvent pas dans le fond, mais dans les domaines secondaires (de procédure, etc.), notamment le choix entre le régime des contrats et celui des traités, ainsi que les questions de la responsabilité et des sanctions. A mon avis, les règles de droit international là-dessus s'appliqueraient mal aux contrats. Par conséquent, je me demande s'il ne sera pas nécessaire d'interpréter une référence au droit international comme une référé-

rence aux principes généraux du droit. Si oui, il vaudrait mieux supprimer la référence au droit international à la fin du paragraphe 2 du projet de résolution, afin d'éviter de tenter les parties contractantes de faire de fausses références.

D'autre part, on ne peut pas exclure la possibilité que – dans certains cas spéciaux – les parties contractantes pourraient être vraiment désireuses d'appliquer le régime des traités et du droit international public. Si on doit prévoir cette possibilité, on doit garder la référence au droit international au paragraphe 2 du projet de résolution. Mais alors il faut, aux commentaires du rapport final, souligner que cette addition vise uniquement des cas tout à fait spéciaux où les parties désirent appliquer le régime des traités et autres règles du droit international *au lieu* des principes correspondants communs aux droits nationaux.

Dans les deux éventualités, je propose de supprimer, à la fin du préambule, les mots «faisant partie du droit international». En ce qui concerne le fond, je suis parfaitement d'accord que les principes généraux des droits nationaux font partie du droit international (conformément aux travaux préparatoires du prédécesseur de l'article 38, 1 c du Statut de la nouvelle Cour internationale de Justice) en même temps qu'ils constituent – avec les principes généraux du droit international – un tiers ordre juridique. Mais d'ajouter lesdits mots expressément à la fin du préambule pourrait donner lieu à des confusions et malentendus, entre autres en ce qui concerne les alternatives nettement et correctement distinguées à la fin du paragraphe 2 du projet de résolution.

Je regretterais si la Commission abandonnait dès maintenant l'espoir de parvenir, à Oslo, à un accord sur les effets d'une référence au droit international. Si on veut inclure cette référence dans la résolution, il me paraît être un devoir fondamental de l'Institut de tendre à en clarifier les effets. Au cas où ces efforts n'aboutiraient pas, il serait important qu'au moins les commentaires du rapport final signalent les effets – ou les effets possibles – même en indiquant qu'ils sont controversés. Cela pour éviter que les praticiens choisissent une référence au droit international par ignorance des effets ou des doutes et différends qu'une telle référence peut produire.

Je suis d'accord qu'il n'est ni possible, ni dans le mandat de la Commission, d'élaborer le fond des principes généraux du droit. Mais il faut, à mon avis, indiquer expressément dans la résolution qu'ils seront tirés des systèmes de droit national, comme indiqué dans les travaux préparatoires du Statut de la Cour permanente de Justice (et aussi du droit international dans la mesure où on en pourrait déduire des principes applicables aux contrats?).

A mon avis, une résolution de l'Institut sans les précisions indiquées ci-dessus serait trop maigre. Il vaudrait alors mieux continuer le travail après Oslo pour essayer d'arriver à un accord sur un texte qui réponde aux problèmes qui se présentent. Mais personnellement je pense qu'une discussion approfondie à Oslo peut aboutir à cet accord.

*Finn Seyersted*

9. *Observations de M. Wilhelm Wengler*

Berlin, le 15 octobre 1976

Mon cher Confrère,

J'ai lu avec le plus grand intérêt votre rapport provisoire sur les accords entre Etats et personnes privées étrangères.

A mon grand regret je dois vous dire que je ne serais pas en mesure de voter pour la résolution dans son actuelle rédaction.

1. Même sur les points où j'approuve vos pensées elle se prête à mon avis trop facilement à des interprétations qu'il faut éviter.

2. Surtout je ne crois pas qu'il existe «une règle de droit international privé», c'est-à-dire une règle de conflit universellement reconnue dans les Etats, laquelle, contrairement à ce qui vaut pour les contrats entre personnes privées de nationalité différente, permet de choisir comme «proper law of contract» *ou* un droit étatique interne, *ou* «le» droit international (public?) *ou* les principes généraux du droit. De plus il me paraît impossible que la formation d'un accord formel portant sur un tel choix pourrait être régie *ou* par le droit international public (application directe *ou* analogue de la Convention de Vienne?) *ou* par les principes généraux. Je ne peux donc souscrire ni au 2e considérant ni à l'art. 2, et je ne crois pas que la règle de l'article 2 est recommandable *de lege ferenda*.

3. En ce qui concerne l'article 6, deux problèmes doivent être distingués:

a) Quelles sont les règles applicables aux conséquences juridiques du non-accomplissement d'une obligation contractuelle dans les rapports entre les parties au contrat?

b) Quels sont les actes de l'Etat partie au contrat ou ceux de l'Etat national de la partie privée contractante qui, ayant un effet négatif sur l'exécution du contrat, peuvent être qualifiés de «violation du droit international public» dans les rapports entre les deux Etats?

La rédaction actuelle de l'article 6 permet de croire que les parties exercent une influence sur la deuxième question en soumettant leur contrat au «droit international». Or, je ne pourrais acquiescer à une telle proposition.

4. La résolution devrait en tout cas prendre position sur la question de savoir quelle importance il convient de donner aux dispositions du droit interne de l'Etat contractant qui sont à la base de la capacité de ses autorités d'engager contractuellement l'Etat à l'égard des personnes privées. Il faut penser, par exemple, qu'il est «*ultra vires*» de ces organes de soumettre un contrat avec une personne privée au droit international public, ou de faire des promesses sur la législation future.

Enfin, la résolution devrait indiquer aussi si elle entend être applicable également aux contrats passés par un organisme étatique autre que le gouvernement central ou par une société nationalisée.

Veillez agréer, mon cher Confrère, l'assurance de mes sentiments collégiaux et amicaux.

*Wilhelm Wengler*

*10. Observations de M. Ben Atkinson Wortley*

Wilmslow, July 16, 1976

Dear Colleague,

I am clearing things up before I have my second cataract operation on Monday next. I should like to say that I have read your report and draft resolution and agree in substance though I will think that States, part of a Federal State, might have been included as are «Satellite States» and I would like, if possible, a reference to the work entitled «East European Rules on the Validity of International Commercial Arbitration Agreements», by L. Kos – Rabcewicz – Zubkowski, published by Manchester University Press in 1970: see especially p. 174 on the point International Court of Arbitration for Marine and Inland Navigation at Gdynia, which can serve 3 Communist States.

Again congratulations and best wishes, Yours ever,

*B. A. Wortley*

---

## Les entreprises multinationales

(Deuxième Commission)\*

Exposé préliminaire

*Berthold Goldman*

1. Constituée après la session de Zagreb (1971) et ayant reçu pour mission d'explorer les problèmes juridiques propres aux entreprises multinationales, la Deuxième Commission s'est réunie à deux reprises à Rome, en septembre 1973, au cours de la session du Centenaire, et une troisième fois à Wiesbaden, en août 1975, à l'occasion de la LVII<sup>e</sup> session.

2. Au cours de la première réunion de Rome, il a été procédé à un échange de vues sur la délimitation du thème de l'étude confiée à la Commission; à cette fin, le rapporteur et les membres de la Commission ont présenté leurs premières observations sur la *définition* des entreprises multinationales, et sur *le choix à faire parmi les problèmes* qu'elles soulèvent, puisqu'il a été d'emblée convenu qu'il ne pouvait être question de les étudier tous.

3. La seconde réunion de Rome a eu pour objet de préparer la réponse de l'Institut au «Questionnaire adressé aux organisations internationales relativement aux entreprises multinationales»<sup>1</sup>, établi par le Secrétaire Général de l'ONU, conformément à une décision adoptée par la CNUDCI au cours de sa sixième session (avril 1973)<sup>2</sup>.

\* La Deuxième Commission est ainsi constituée: M. B. Goldman, *rapporteur*; Mme Bastid, MM. Elias, Fawcett, Franciscakis, Gamillscheg, Jessup, Lalive, Monaco, Reese, Seidl-Hohenveldern, sir Francis Vallat, *membres*.

<sup>1</sup> Dans son original anglais (qui a été adressé à l'Institut) le titre de ce document est le suivant: «Questionnaire addressed to international organizations in respect of multinational enterprises»; la version française des extraits de ce document, cités au texte, a été établie par le rapporteur.

<sup>2</sup> *Rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit du commerce international (CNUDCI) sur les travaux de la sixième session*, Documents officiels de l'Assemblée générale, vingt-huitième session, Suppl. no. 17 (A/9017), par. 116.

a) Dans l'introduction à cette réponse, qu'il a rédigée en tenant fidèlement compte des opinions exprimées par les membres de la Commission, le rapporteur a marqué à nouveau les difficultés que fait surgir la définition même des entreprises multinationales, et a noté que la Deuxième Commission avait l'intention «de ne pas s'en tenir aux questions de droit privé, interne ou international, qui peuvent se poser au sujet (de ces entreprises), puisqu'elle estimait que de très importants problèmes les concernant relèvent du droit public, interne ou international, ou d'un droit économique (également interne ou international) fortement marqué par des considérations d'intérêt public»: sous ce dernier aspect, c'est le droit de la concurrence qui était essentiellement visé.

b) Puis, en réponse à la première question posée, l'Institut<sup>3</sup> énumérait comme suit les domaines dans lesquels, à un premier examen, sa Deuxième Commission avait estimé que se situaient principalement les problèmes relatifs aux entreprises multinationales:

– *les rapports entre ces entreprises* d'une part, et, d'autre part, les *Etats d'origine et d'accueil* (étant précisé que l'on rencontrait en particulier ici les questions relatives à la *protection diplomatique* et au *contrôle* exercé par les pouvoirs publics sur les entreprises multinationales, principalement envisagées sous l'angle de la *répartition des compétences* entre les Etats);

– le *rattachement juridique* des entreprises multinationales («nationalité» de leurs établissements constitutifs lorsqu'ils sont dotés de personnalité morale, par rapport à un Etat déterminé, et éventualité d'un *rattachement international*);

– la *structure et le fonctionnement* des entreprises multinationales, caractérisés par une «distorsion» entre le contrôle que leur centre de décision exerce en fait sur l'ensemble des établissements qui en dépendent, et l'indépendance juridique théorique de ces établissements (lorsque, comme c'est le cas le plus fréquent, ils revêtent la forme de sociétés distinctes, implantées dans des Etats différents);

– *les rapports entre l'entreprise multinationale et les associés, créanciers et salariés* de ses divers établissements, qui peuvent paraître appeler une protection spécifique de ces trois catégories de personnes;

<sup>3</sup> La réponse au Questionnaire ayant été adressée au Secrétariat Général de l'ONU au nom de l'Institut, c'est à celui-ci qu'il est fait référence, à ce sujet, dans le présent exposé préliminaire; mais on rappelle que le projet de cette réponse, établie par le rapporteur conformément aux conclusions de la discussion dans le cadre de la Deuxième Commission, n'a pas été soumise à la session de l'Institut.

– l'*activité extérieure* des entreprises multinationales, et en particulier la loi étatique ou éventuellement de droit «transnational» appelés à régir les contrats conclus dans le cadre de cette activité;

– la *réglementation de la concurrence*, dans la mesure où par leur structure et par leur puissance, les entreprises multinationales peuvent appeler, dans ce domaine également, des dispositions spécifiques;

– les *problèmes fiscaux*, et en particulier, ceux qui concernent, d'une part, les doubles impositions, et d'autre part les possibilités de répartition artificielle de leurs profits globaux, voire d'évasion fiscale que leur structure offrirait aux entreprises multinationales, et que celles-ci utiliseraient notamment par les mécanismes des prix de transfert et des redevances de licences de droits de propriété industrielle;

– enfin, les *problèmes monétaires*, liés à la répartition et aux mouvements des disponibilités entre les divers établissements de l'entreprise multinationale.

Le tableau, on le voit, était très étendu, sans être bien entendu exhaustif: en particulier il n'y était pas fait mention des questions relatives aux *transferts de technologie* aux pays en voie de développement par le canal des entreprises multinationales, qui ont pris une importance accrue au cours des toutes dernières années<sup>4</sup>; mais il convient de souligner qu'en le dressant, le rapporteur n'envisageait aucunement que la Deuxième Commission aurait à entreprendre l'étude de tous les problèmes qui y figuraient.

c) Répondant ensuite à la deuxième question de la CNUDCI, l'Institut a exprimé l'opinion que «l'objectif de règles de droit concernant les entreprises multinationales devrait être de protéger de manière équilibrée tous les intérêts légitimes en présence», tout en soulignant qu'en dehors des Etats d'origine et d'accueil, des entreprises multinationales elles-mêmes, de leurs salariés, de leurs actionnaires et de leurs créanciers, c'était la communauté internationale tout entière qui était «concer-

<sup>4</sup> Voir par ex.: *Conférence des Nations Unies pour le commerce et le développement*, Préparation d'un schéma préliminaire de code international de conduite pour le transfert des techniques, Rapport du secrétariat, Doc. TD/B/C.6/ACI/2 et Supp. 1/Add. 1; *ONU, Département des affaires économiques et sociales*, Effets des sociétés multinationales sur le développement et sur les relations internationales, Doc. E/5500/Rev. 1 ST/ESA/6, New York 1974 (Document cité ci-après: *Effets des sociétés multinationales . . .*) pp. 60, 70s.; *The acquisition of Technology from Multinational Corporations by Developing Countries*, Doc. ST/ESA/12, New York 1974.

née par l'activité des entreprises multinationales, notamment parce que celle-ci influe largement sur l'accès aux matières premières et aux marchés internationaux».

d) La troisième question était relative aux instruments par lesquels des règles internationales pourraient être établies en ce domaine; en particulier, fallait-il préférer une *loi uniforme* adoptée par convention internationale, ou des «*règles-modèle*»?

L'Institut a estimé ici que l'instrument choisi devrait être adapté à la matière traitée, si bien qu'indépendamment de règles à introduire dans les législations des Etats (une préférence étant marquée, à cet égard, pour les lois-modèle), l'on aurait également à recourir aux conventions internationales et aux résolutions des Nations Unies; d'autre part, en ce qui concerne plus particulièrement les contrats des entreprises multinationales, l'on pouvait envisager la formation progressive d'un droit «transnational», au moyen de l'élaboration de contrats-type et par le développement de l'arbitrage international.

Au surplus, l'Institut a estimé que «le règlement par voie d'arbitrage international des différends mettant en cause des entreprises multinationales, et en particulier de ceux qui opposeraient ces entreprises aux Etats d'accueil devrait être développé».

4. Lors de la troisième réunion de la Commission, en 1975, il n'y a pas eu de nouvelle discussion relative à la *définition* de l'entreprise multinationale; le rapporteur rappellera, dans la première partie de cet exposé, le choix qui s'offre à cet égard, et pour lequel il sollicite l'avis de ses confrères, membres de la Commission, sur les suggestions qu'il formulera à ce sujet, et plus généralement sur la définition qui leur paraîtrait devoir être retenue (encore qu'une tendance se soit déjà dégagée à cet égard dans la discussion préparatoire de la réponse au questionnaire de la CNUDCI).

En revanche, la Commission a pris nettement parti, au cours de cette troisième réunion, sur le *tableau des questions* à étudier; celles-ci ont été énumérées dans la lettre du rapporteur au Secrétaire général, du 11 août 1975, dont copie a été adressée à tous les membres de la Commission le 15 novembre suivant. C'est de ce document que le rapporteur partira pour tenter de préciser, dans la seconde partie de cet exposé, le contenu des questions qui y sont énumérées et les diverses directions dans lesquelles l'on pourrait en chercher la réponse; il sera heureux de recueillir les avis des membres de la Deuxième Commission sur ce double objet de ses observations.

*I. Définition des entreprises multinationales*

5. Sous le titre «Quelques définitions», le Département des affaires économiques et sociales de l'ONU, a rassemblé, dans l'Annexe II de son rapport de 1973 sur «les sociétés multinationales et le développement mondial»<sup>5</sup>, une vingtaine de définitions différentes des organismes qui lui paraissaient faire naître les préoccupations et appeler les mesures exposées dans ce document.

A vrai dire, ces définitions – dont la plupart émanent de la doctrine – ne s'appliquent pas toutes à des organismes identiques dans leur structure, comme le témoigne la multiplicité des dénominations qu'ils reçoivent: «société multinationale», «société internationale», «société transnationale», «société supranationale», «société mondiale» et «cosmosociété». Encore faudrait-il y ajouter l'expression «entreprise multinationale», retenue notamment par l'ONU dans ce rapport, comme par plusieurs autres organisations internationales<sup>6</sup> et par l'Institut de Droit international lui-même dans la dénomination du thème de recherche confié à la Deuxième Commission; et aussi, on le verra, celle de «groupe multinational de sociétés», qui conviendrait aux organismes envisagés, eu égard à leur structure juridique la plus fréquente<sup>7</sup>.

Si la variété des définitions accompagne ainsi une variété terminologique (et partant, conceptuelle) on notera cependant que plusieurs définitions sont proposées pour une seule dénomination, ou pour deux dénominations considérées comme pratiquement homonymes: ainsi, huit défi-

<sup>5</sup> ONU, *Département des affaires économiques et sociales: Les sociétés multinationales et le développement mondial*, Doc. ST/ECA/190, New York, 1973, pp. 121s.

<sup>6</sup> Voir notamment: *Bureau international du travail*, *Les entreprises multinationales et la politique sociale*, Genève 1973; *Possibilité d'établir des principes internationaux sur la politique sociale pour les entreprises multinationales*, Genève 1976; *Organisation de Coopération et de Développement Economiques*, *Investissement international et entreprises multinationales*, 1976, (brochure contenant la «Déclaration sur l'investissement international et les entreprises multinationales», adoptée le 21 juin 1976 par les gouvernements des pays membres de l'OCDE, par laquelle il est notamment recommandé aux entreprises multinationales opérant sur les territoires de ces pays d'observer les «Principes directeurs à l'intention des entreprises multinationales» énoncés dans l'Annexe I à la Déclaration); *Commission des Communautés européennes*, *Les entreprises multinationales et la Communauté*, Bull. des C.E., Supp. 15/73.

<sup>7</sup> Voir *B. Goldman*, *Droit du commerce international*, Les Cours de droit, Paris 1972–1973 (polycopié), pp. 102s.

nitions sont recensées, dans le rapport de 1973<sup>8</sup> pour «société multinationale» et «entreprise multinationale» (ou encore «firme multinationale»), le même document indiquant que ces expressions «s'emploient souvent l'une pour l'autre»<sup>9</sup>. Au surplus – et c'est là, de l'avis du rapporteur, l'observation la plus importante – la variété conceptuelle et terminologique n'empêche pas qu'en dépit des différences par lesquelles la doctrine s'efforce de les distinguer entre eux, les organismes dont il s'agit paraissent tous poser, en définitive, des problèmes politiques, économiques et juridiques à la fois communs à tous, et propres à la catégorie globale qu'ils forment: cela justifie par conséquent – et en vérité, impose – que soit recherchée pour cette catégorie globale une définition générale, qui rende compte des caractéristiques communes des organismes qui peuvent y être classés, car ce sont ces caractéristiques qui font surgir des problèmes et appellent des solutions spécifiques.

6. Pour «lancer» cette recherche, le rapporteur avait tenté, dans la note préparatoire de la première réunion de la Commission, un classement des définitions rencontrées, qui laissant provisoirement de côté l'hésitation possible entre «entreprise» et «société» (multinationale), était établi en fonction de la *multinationalité*.

Il lui était apparu que, de ce point de vue, les définitions proposées pouvaient être sommairement classées en trois catégories:

– des définitions «*opérationnelles*», mettant essentiellement l'accent sur le fait que les entreprises considérées exercent une partie substantielle de leurs activités dans un ou plusieurs pays autres que celui où se trouve leur centre de décision;

– des définitions «*structurelles*», qui réservent le qualificatif «multinationales» aux entreprises juridiquement constituées par une société-mère et par des établissements ou des sociétés filiales se trouvant dans un ou plusieurs pays autres que celui du siège de la société-mère<sup>10</sup>;

– enfin des définitions fondées sur la *nationalité des dirigeants*, et plus rarement des détenteurs des capitaux de l'entreprise, qui considè-

<sup>8</sup> *Doc. cité supra*, note 5.

<sup>9</sup> *Doc. cité supra*, note 5, p. 4.

<sup>10</sup> On n'a pas repris dans le présent rapport l'hypothèse, également évoquée dans la Note préparatoire à la réunion du 8 septembre 1973, d'un «groupe de sociétés associées entre elles par divers moyens, sans que l'on puisse à proprement parler désigner une société-mère»; il est en effet apparu – sans préjudice de l'hypothèse de deux sociétés-mères, dont il sera ultérieurement question – que faute d'un centre de décision, un tel groupe ne constituerait pas une entreprise multinationale.

rent comme multinationales les entreprises dont les dirigeants (ou les détenteurs de capitaux) appartiennent à plusieurs nationalités.

Ce premier classement sommaire comme on l'a rappelé – ne faisait pas état de tous les paramètres que l'on peut rencontrer: en particulier, la «mentalité» des dirigeants de l'entreprise, dont on a pu penser qu'elle déterminait, avec la taille de l'entreprise et l'expansion de ses établissements, le caractère de plus en plus détaché de toute préoccupation nationale, la faisant passer de la «multinationalité» à la «transnationalité», puis à la «supranationalité»<sup>11</sup>; pas davantage, et cette fois considérée indépendamment de ses effets sur une telle «dénationalisation» progressive, la taille de l'entreprise (définie soit par son chiffre d'affaires, soit par le nombre de pays où elle est implantée).

7. Au cours de la première réunion de la Commission, la plupart des membres présents ont marqué, comme le rapporteur lui-même, une première préférence pour une définition *structurelle*. Dans le cadre d'une telle définition, l'on s'est demandé s'il convenait de ne retenir que les entreprises dont les établissements hors du pays de la société-mère étaient constitués sous forme de filiales, ou s'il fallait y englober aussi celles qui groupaient des établissements non personnalisés; il a été souligné d'autre part qu'il fallait également penser aux entreprises «bicéphales», comportant deux sociétés-mères<sup>12</sup>, et surtout, qu'il était préférable, pour caractériser le rôle de la société-mère, de la considérer non seulement comme détenant le contrôle financier des filiales, mais comme constituant le *centre de décision* de l'entreprise.

Certains membres de la Commission ont cependant estimé qu'il fallait combiner le critère *opérationnel* avec le critère *structurel* (MM. Monaco et Reese); M. Lalive a attiré l'attention sur l'intérêt qu'il y aurait à retenir également un critère *quantitatif*.

8. Dans la phase actuelle des travaux, il paraît indispensable que la Commission prenne plus nettement parti pour un «modèle» de définition, sinon pour une définition rigoureusement formulée: tel sera l'objet de certaines des questions que le rapporteur posera, en conclusion du présent exposé.

Il tentera ici d'éclairer davantage le débat, en précisant quel est,

<sup>11</sup> Voir les définitions proposées par Richard D. Robinson, *Beyond the Multinational Corporation*, citées dans le document cité *supra*, note 5, pp. 122 (note d/), 123 (note i/), 125 (note s/).

<sup>12</sup> C'est, on le sait, le cas des groupes anglo-néerlandais *Royal Dutch-Shell* et *Unilever*.

selon lui, l'objectif auquel devrait répondre la définition choisie, et de justifier, en fonction de cet objectif, la préférence qu'il a déjà marquée pour une définition de type «structurel»<sup>13</sup>.

9. Si les entreprises multinationales ont fait l'objet, à l'époque récente, de nombreuses recherches doctrinales – relevant à vrai dire davantage des sciences politique et économique que de la science juridique<sup>14</sup> – et à des discussions, travaux ou décisions d'organisations internationales (mondiales ou régionales)<sup>15</sup>, ce n'est bien sûr pas seulement en raison de l'intérêt scientifique que leur étude présente; c'est aussi, et doit-on dire surtout parce que, ces organismes ont fait surgir – comme

<sup>13</sup> Cette préférence est également manifestée par la plupart des organisations internationales: v. par ex. le Rapport de 1973 du Département des affaires économiques et sociales de l'ONU, (doc. cité *supra*, note 5), p. 5; OCDE, doc. cité *supra*, note 6, p. 12; Commission des Communautés européennes, doc. cité *supra*, note 6, p. 7.

<sup>14</sup> Sans vouloir proposer ici une bibliographie étendue, le rapporteur mentionnera les ouvrages et articles suivants: *F. P. Feliciano*, *The Multinational Law of Private Business Associations and Economic Development*, Rec. des Cours de l'Académie de droit international, 1966-II, t. 118, pp. 281s.; *Angelo*, *Multinational Corporate Enterprises*, *ibid.*, 1968-III, p. 443; *D. F. Vagts*, *The Multinational Enterprise: A New Challenge for Transnational Law*, *Harvard Law Review* 1970. 739; *The Global Corporation and International Law*, *Journal of International Law and Economics* 1972. 247; *Y. Hadari*, *The Structure of the Private Multinational Enterprise*, *Michigan Law Review* 1973. 729; *A. A. Fatouros*, *Problèmes et méthodes d'une réglementation des sociétés multinationales*, *Clunet* 1976. 510; *J. D. Bredin* et *Y. Loussouarn*, *Droit du commerce international*, Paris, Sirey 1969, pp. 341s.; *B. Goldman*, *Cours de droit du commerce international*, Paris, Les cours de droit (polycopié), 1972-1973, pp. 102s.; *Claude Lazarus*, *Charles Leben*, *Antoine Lyon-Caen* et *Bernard Verdier*, *L'emprise du droit sur les entreprises multinationales*, ouvrage préparé sous la direction de *Ph. Francescakis* et *B. Goldman* et avec le concours de *A. A. Fatouros*, à paraître aux Editions Techniques, Paris.

<sup>15</sup> Voir notamment les documents cités *supra*, notes 2, 4, 5 et 6; *adde: United Nations, Department of Economic and Social Affairs*, *The impact of Multinational Corporations on Development and on International Relations*, Technical Papers: Taxation, Doc. ST/ESA/11, New York 1974; Summary of the Hearings before the Group of Eminent Persons to study the Impact of Multinational Corporations on Development and on International Relations, Doc. ST/ESA/15, New York 1974 (cité ci-après: Summary . . .); ONU, *Commission des sociétés transnationales*, Rapport sur la première session (17-28. 3. 1975), Documents officiels du Conseil économique et social, 59e session, Suppl. n° 12, Doc. E/5655 E/C 10/6. New York 1975; Rapport sur la deuxième session (1er-12 mars 1976), Documents officiels du Conseil économique et social, soixante et unième session, Suppl. no. 5, Doc. E/5782 E/C. 10/16, New York 1976.

M. *Philip Jessup* l'a déjà souligné au cours des travaux de la Commission, et comme l'Institut l'a rappelé dans la réponse au questionnaire de la CNUDCI – de très graves problèmes, affectant les intérêts des entreprises, des Etats où elles sont implantées, de ceux qui leur apportent leurs capitaux de leur travail, et *last but not least*, de la communauté internationale tout entière. Ces problèmes sont d'abord perçus sous leurs aspects politique et économique, et leur «traitement» dépend bien sûr, avant tout, de choix politiques et économiques; mais ils ont aussi un aspect juridique – qui doit essentiellement retenir l'attention de l'Institut – en ce sens, d'une part, que leur spécificité découle des caractères juridiques propres à la structure et à l'activité des entreprises considérées, et d'autre part que leur solution passe nécessairement par l'élaboration et l'application de règles juridiques.

Ce sont donc ces caractères juridiques propres aux entreprises multinationales qu'il convient de rechercher, pour les définir, de manière à circonscrire ainsi le domaine de la réglementation particulière qu'elles appellent: reprenant un terme employé dans le contexte différent des conflits de lois par des auteurs américains, on dira que leur définition doit être «instrumentale», car elle doit déterminer le champ d'application des instruments juridiques les concernant spécifiquement (ou à tout le moins prioritairement).

10. Or, au niveau politique et économique, il est semble-t-il deux sources fondamentales des préoccupations que les entreprises multinationales ont fait naître.

a) D'une part, la combinaison qu'elles réalisent entre une *action économique centralisée*, affectant l'ensemble ou de vastes régions du marché mondial, et une *pluralité d'établissements situés sur les territoires d'Etats souverains distincts*: cette opposition entre l'unité économique transnationale et le pluralisme juridique multinational permet, pense-t-on, à l'entreprise multinationale de répartir au mieux de ses intérêts, mais non nécessairement de ceux des Etats et de la collectivité internationale les charges, les risques et les sources de profits, et d'opposer une action coordonnée à des contrôles étatiques divisés, et souvent en conflit; elle l'expose aussi, faut-il le dire, à la multiplicité de ces contrôles et des mesures qui en peuvent découler à l'égard de ses divers établissements, mais qui l'affectent dans son ensemble, et à la difficulté d'obtenir, à l'égard de telles mesures, la protection d'un Etat autre que celui qui les prend.

b) D'autre part, la *puissance économique* dont elles disposent, dans

la mesure où elles se trouvent dans une situation d'oligopole (sinon de monopole) mondial ou régional. Cette puissance donne un poids considérable aux avantages découlant du couple «unité économique-pluralisme juridique»; en outre, les entreprises multinationales peuvent en abuser, au détriment des Etats d'implantation et de la concurrence effective dans ces Etats ou sur le marché international.

11. On constate alors que la combinaison entre l'unité économique et le pluralisme juridique est pleinement réalisée lorsque l'entreprise multinationale se compose d'une *société-mère* (ou dans quelques cas de deux) et d'un *certain nombre de filiales situées dans des pays différents, dont la société-mère détient le contrôle et constitue le centre de décision*: dans cette hypothèse, en effet, les sociétés composant ce «groupe multinational», économiquement unique, sont, le plus souvent, juridiquement rattachées à leurs Etats respectifs d'implantation par un lien que les systèmes juridiques de droit civil rapprochent de la nationalité des personnes physiques mais qui existe tout autant, dans les pays de Common Law, à travers le siège statutaire et le domicile.

Le rapporteur estime cependant qu'une définition «instrumentale» ne doit pas se limiter à cette structure; c'est qu'en effet, même lorsque les établissements de la société-mère à l'étranger ne sont pas personnalisés, leur action propre est nécessairement en contact avec la souveraineté des Etats d'implantation (par exemple en matière fiscale, de relations de travail ou de concurrence), si bien que l'on retrouve ici encore – fût-ce à un moindre degré – la combinaison entre l'unité économique et le pluralisme juridique.

Cette combinaison peut, certes, se rencontrer aussi – mais en tout cas, dans une mesure encore moindre – lorsqu'une société «uni-nationale» (c'est-à-dire n'ayant à l'étranger ni filiales, ni établissements dépendants non-personnalisés) exerce une importante activité d'échanges internationaux; c'est ce qui explique que des définitions simplement «opérationnelles» de l'entreprise multinationale aient été proposées.

Mais on doit observer qu'une entreprise à *structure* multinationale aura nécessairement une activité de production ou de commerce international (et en fait, le plus souvent, les deux). Réciproquement, en revanche, on ne peut imaginer une activité de production internationale sans établissements multinationaux; quant à une activité internationale exclusivement commerciale, ne s'exerçant qu'au moyen de contrats conclus par l'entreprise ou par des représentants salariés ou indépendants, on peut se demander si les problèmes qu'elle fait naître ne sont pas ceux du

commerce international en général, sans la spécificité caractéristique des entreprises multinationales.

12. C'est pourquoi le rapporteur penche pour une définition structurale de ces entreprises, sans cependant la limiter à la structure comprenant des sociétés filiales dotées de personnalités juridiques distinctes.

Convient-il d'ajouter à cette définition un élément tiré de la *taille* des entreprises?

On peut, à ce sujet, beaucoup hésiter. En fait, il n'est pas douteux que les problèmes dont l'Institut entreprend l'étude ont retenu l'attention des Etats et de la collectivité internationale en raison des activités – réelles ou supposées – d'entreprises multinationales puissantes<sup>16</sup>. Aussi bien, ne s'est-on pas livré à des comparaisons – pour certains, fallacieuses<sup>17</sup> – entre le chiffre d'affaires de telle de ces entreprises et le produit national brut d'un ou plusieurs Etats? N'a-t-on pas également avancé que si l'évolution présente se poursuivait, l'économie mondiale serait, en l'an 2000, dominée par 200 entreprises?

Mais s'il y a coïncidence de fait entre la réalité des problèmes spécifiques évoqués et la taille des entreprises qui les font naître, il ne semble pas que *rationnellement*, ce «facteur quantitatif» intervienne dans le caractère juridique fondamental de l'entreprise multinationale, qui réside, on le rappellera à nouveau, dans l'opposition entre son unité économique et son pluralisme juridique; d'autre part, on peut penser que si de tels problèmes ne naissent pas de l'activité de «petites» entreprises multinationales, les règles juridiques destinées à les résoudre ne seront pas appliquées à celle-ci, sans qu'il soit nécessaire de les en exempter *a priori*.

Inversement, cependant, on doit rappeler que dans le domaine voisin de la concentration des entreprises, plusieurs législations fixent un «plancher» au-dessous duquel l'opération n'est pas, en principe, soumise à contrôle<sup>18</sup>; ne conviendrait-il pas, de la même manière, de laisser les «petites» entreprises multinationales sous l'empire du droit commun?

<sup>16</sup> Voir les tableaux statistiques figurant dans l'Annexe III du document cité *supra*, note 5.

<sup>17</sup> Voir par ex. les déclarations de M. *Thomas A. Murphy*, Vice-chairman of the Board, General Motors Corporation: *Summary*, doc. cité *supra*, note 15, p. 79.

<sup>18</sup> C'est le cas, par exemple, dans le droit de la Communauté économique du charbon et de l'acier: V. Décisions d'exemption par catégorie n° 25/54, du 6 mai 1954 (JOCECA., 11 mai 1954), remplacée par la Décision n° 25/67 du 22 juin 1967 (JOCE n° 154, du 14 juill. 1967); *cf.* aussi, dans le droit en formation de la CEE. Propositions de règlement du Conseil sur le contrôle des concentrations, présentée par la commission le 20 juillet 1973 (JOCE n° C92 du 31 oct. 1973).

Le rapporteur est tenté de répondre à cette question par la négative, en raison tant de la faible portée pratique du critère de la taille de l'entreprise, que de la difficulté que l'on rencontrerait – comme toujours en pareil cas – pour tracer, entre la «grande» et la «petite» taille, une frontière non arbitraire; mais il souhaite bien entendu recueillir, sur ce point comme sur les autres, l'avis des membres de la Commission.

13. Il reste enfin, au sujet de la définition de l'entreprise multinationale, à prendre parti sur deux questions.

a) Convient-il de réserver cette qualification – en vue, on le rappellera à nouveau, de la délimitation du champ d'application d'une réglementation spécifique – aux entreprises se livrant à une activité de *production*, et en exclure celles qui ne pratiquent que le *commerce international* (au sens étroit d'une activité d'échanges)?

La suggestion en a été formulée<sup>19</sup>, et l'on dira ici encore, que *pratiquement*, les problèmes les plus graves que font naître les entreprises multinationales sont liés à leur activité de production, car c'est celle-ci qui concerne le plus directement la souveraineté des Etats d'accueil, par l'exploitation de leurs richesses naturelles et par la participation à leur développement industriel; mais dans la mesure où elle s'exerce à travers des établissements implantés sur les territoires de ces Etats (et il se confirme ainsi que là est le critère essentiel) une activité, même exclusivement commerciale, peut faire naître, tout comme l'activité de production, des problèmes financiers fiscaux, sociaux et de concurrence.

Le rapporteur ne pense pas, par conséquent, que cette limitation doive être retenue.

b) Pas davantage il ne semble que la *nationalité* des dirigeants ou des détenteurs du capital de la société-mère doive être prise en considération. Que ces dirigeants soient tous, ou en majorité, des nationaux de l'Etat dont cette société relève, ou qu'ils ressortissent de plusieurs Etats, cela est peut-être de nature à faire varier la «mentalité» du centre de décision (encore que cette «mentalité» dépende bien davantage de l'environnement politique et économique de la société-mère et de l'ampleur de l'activité de l'entreprise), mais non de modifier sensiblement les conséquences qui découlent de l'opposition fondamentale entre unité et pluralité, qui caractérise l'entreprise multinationale.

14. C'est à la lumière des réponses que les membres de la Commis-

<sup>19</sup> Voir par ex.: Déclarations de M. Marcus Wallenberg, Chairman, Skandinaviska Euskieda Banken, *Summary* . . . (Doc. cité *supra*, note 15), p. 444.

sion voudront bien faire aux diverses questions découlant de cette première analyse d'une définition des entreprises multinationales que le rapporteur proposera de délimiter le domaine des problèmes relatifs à ces entreprises, dont l'étude a été envisagée, et des règles juridiques par lesquelles on se proposerait de les résoudre; de ces problèmes et de ces règles, il convient à présent d'esquisser respectivement les données et les orientations.

## *II. Contenu des problèmes à étudier et orientations des solutions qu'ils peuvent appeler*

15. On a rappelé ci-dessus qu'à Wiesbaden, en 1975, lors de sa troisième réunion, la Deuxième Commission avait pris position sur le choix des questions à étudier: elle a en effet «décidé de limiter le champ de sa recherche aux questions de *protection diplomatique*, d'une part, et d'autre part, de *contrôle de l'activité des entreprises multinationales*»<sup>20</sup>.

Mais plusieurs précisions ont été apportées quant aux implications et à l'orientation des recherches ainsi circonscrites.

a) La Commission a estimé que l'examen des deux questions retenues «conduirait à s'interroger sur le *rattachement juridique* des entreprises multinationales et de leurs divers éléments constitutifs». Ce rattachement (et lorsqu'il s'agit d'un groupe multinational de sociétés, en l'état actuel du droit positif, ces rattachements multiples) jouent en effet nécessairement un rôle dans la détermination et la répartition des compétences, en tout cas en matière de protection diplomatique, et peut-être, dans une mesure à déterminer, de contrôle: aussi bien esquissera-t-on d'abord, ci-dessous, les données de cette question, en quelque sorte préalable (A).

b) D'autre part, la Commission a marqué son accord pour que «dans le cadre de l'étude du contrôle sur l'activité des entreprises multinationales, une place privilégiée (fût) faite à l'application de ce contrôle aux *pratiques restrictives de concurrence*»; et elle a envisagé de «(retenir) éventuellement, dans l'objet de ses recherches, la question de la *loi applicable aux contrats* conclus par les sociétés multinationales, mais seulement dans la mesure où cette question paraîtrait appeler des solutions spécifiques dans cette hypothèse».

<sup>20</sup> Voir lettre du rapporteur au Secrétaire Général du 11 août 1973; les citations qui suivent sont également extraites de ce document.

Ces deux questions peuvent, semble-t-il, être rattachées au problème plus général du contrôle des entreprises multinationales. La première concerne en effet l'un des *objets* les plus importants de ce contrôle; quant à la seconde, son étude peut permettre de préciser le sens que revêt ici la notion de contrôle, dont il s'agira d'apprécier si elle doit englober le contrôle législatif, étant observé en outre que la recherche de la loi applicable est elle-même un des aspects de la répartition internationale des compétences.

On les reprendra par conséquent (C) après avoir tenté de préciser davantage le contenu du problème général de la répartition des compétences, dans les deux domaines de la protection diplomatique et du contrôle (B).

#### A. Le rattachement juridique de l'entreprise multinationale

16. Si l'on s'en tient à la situation de fait et de droit actuelle, seules deux hypothèses paraissent devoir être retenues pour rechercher le rattachement juridique de l'entreprise multinationale (sous de sérieuses réserves en ce qui concerne la seconde):

– ou bien l'entreprise se compose d'une société-mère et de sociétés filiales, toutes dotées de personnalité juridique propre et implantées dans des pays différents, auquel cas le rattachement juridique paraît devoir être recherché séparément pour chacune de ces sociétés, non sans que l'on ait cependant à se demander si le rôle de centre de décision de la société-mère et le contrôle exercé par celle-ci sur ses filiales doit ou non avoir une influence sur le rattachement de ces dernières;

– ou bien l'entreprise multinationale se compose d'une société unique, relevant d'un Etat déterminé, et d'établissements non personnalisés situés hors de cet Etat, et dans ce cas, il semble que le problème d'un rattachement juridique à l'Etat d'implantation ne se pose pas pour ces établissements, précisément parce qu'ils ne sont pas dotés de personnalité juridique propre (ce qui, faut-il se hâter d'ajouter, n'exclut aucune-ment une compétence de l'Etat d'implantation à leur égard)<sup>21</sup>.

Retenir la seconde hypothèse suppose, bien entendu, que la structure dont il s'agit soit considérée comme une entreprise multinationale, ainsi

<sup>21</sup> Il peut naturellement exister des cas «mixtes», où certains des établissements dépendants revêtent la forme de sociétés filiales, alors que d'autres ne sont pas personnalisés; les problèmes évoqués au texte se posent alors distributivement, pour chacune des catégories d'établissements dépendants.

que le rapporteur le suggère; que si l'on étendait cette notion aux sociétés qui ont une activité internationale importante, sans disposer de filiales ni d'établissements hors de leur pays, on aboutirait *a fortiori*, semble-t-il, à un rattachement unique, mais à des solutions peut-être différentes quant à la compétence des Etats sur les territoires desquels cette activité s'exerce.

17. Mais l'on peut aussi penser que la recherche d'un ou plusieurs rattachements étatiques, imposée par le droit positif actuel, ne convient pas à l'entreprise multinationale, caractérisée, comme le rapporteur a pensé pouvoir le suggérer, par l'opposition entre l'unité économique d'une telle entreprise et son pluralisme juridique: on est alors conduit à s'interroger sur l'éventualité de son rattachement international (ou mieux, peut-être, «transnational»)<sup>22</sup>.

C'est là une troisième hypothèse, à examiner après les deux précédentes.

#### 1. Groupe multinational de sociétés

18. Il ne semble pas qu'il faille reprendre ici dans son ensemble la question, bien connue des systèmes continentaux (mais souvent considérée comme une fausse question dans les systèmes de Common Law) de la «nationalité» de chacune des sociétés du groupe, ni, à l'égard de la personne morale *in abstracto*, l'éternel débat entre le rattachement selon le siège social ou selon le contrôle.

Il peut en revanche y avoir intérêt à se demander si dans le *cadre d'une entreprise multinationale* ayant, par hypothèse, la structure juridique d'un groupe multinational de sociétés, le rattachement juridique de chacune des filiales ne doit pas être infléchi en raison, non seulement du contrôle qu'exerce sur elle une société étrangère, mais du fait qu'elle est l'un des éléments constitutifs d'une entreprise économiquement unique, dont cette société étrangère est le centre de décision.

Autrement dit, une chose est de se demander, par exemple, si une société ayant son siège social en France doit être considérée comme allemande parce que la majorité de ses dirigeants ou les détenteurs d'une

<sup>22</sup> On sait que des sociétés *réellement* internationales existent déjà; mais elles ont été constituées par des accords intergouvernementaux, qui définissent cas par cas leur statut juridique. Il en est ainsi, par exemple, pour diverses sociétés européennes (Eurofima, Eurochemic, Société internationale de la Moselle, Union Charbonnière Sarro-Lorraine): V. Adam, *Les établissements publics internationaux*, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1957; B. Goldman, *Le droit des sociétés internationales*, *Journal du droit international (Clunet)*, 1963. 320; Ph. Kahn, *International Companies*, *Journal of World Trade Law*, 1969. 498).

partie substantielle de son capital sont des personnes physiques ou morales allemandes; autre chose de rechercher si une société française, filiale d'une société allemande et intégrée dans un groupe important de filiales dans divers pays ne devrait pas, *de ce fait*, être considérée comme allemande.

La première question ne paraît pas entrer dans le domaine de notre recherche; la seconde, au contraire, mérite d'y être intégrée.

Le rapporteur ne saurait bien entendu songer, à cette phase des travaux, y suggérer une réponse. Il voudrait simplement rappeler que celle-ci n'est pas nécessairement globale, et qu'il serait à vrai dire exclu d'en déduire la compétence de la loi de la société-mère pour fournir les règles de constitution et de fonctionnement de la filiale. Au surplus, on peut imaginer que le rattachement juridique de la filiale au pays de la société-mère soit limité à certaines hypothèses et subordonné à certaines conditions: l'on sait que la Convention du 18 mars 1965, «pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre Etats et ressortissants d'autres Etats», élaborée par la B.I.R.D. fournit un exemple de ce rattachement «circonstanciel»<sup>23</sup>.

## *2. Entreprise multinationale composée d'une société unique et d'établissements dépendants sans personnalité juridique propre*

19. On a déjà dit que dans ce cas, le rattachement juridique de l'entreprise à l'Etat de la société unique ne paraît rationnellement pas pouvoir être discuté.

Concrètement, cependant, il conviendra de se demander, d'une part, si ce rattachement unique doit produire toutes ses conséquences habituelles, notamment en matière de protection diplomatique; et réciproquement, si l'Etat d'implantation de l'établissement non personnalisé doit pouvoir exercer, à l'égard de celui-ci, toutes les compétences dont il dispose à l'égard de sociétés ayant la «nationalité» de cet Etat: mais il s'agirait, là encore, des conséquences du rattachement juridique, plutôt que de sa détermination.

<sup>23</sup> Selon l'article 25, par. 2 de cette convention, ressortissant d'un Etat contractant autre que celui qui est partie au litige signifie... «b) toute personne morale qui possède la nationalité d'un Etat contractant autre que l'Etat partie au différend... et toute personne morale qui possède la nationalité de l'Etat contractant partie au différend... et que *les parties sont convenues, aux fins de la présente Convention, de considérer comme ressortissant d'un autre Etat contractant en raison du contrôle exercé sur elle par des intérêts étrangers*».

### 3. Rattachement international, ou «transnational» de l'entreprise multinationale

20. Constatant, dans son rapport de 1973<sup>24</sup>, que tant l'action des sociétés multinationales que les mesures qui pourraient être prises à leur égard aux échelons national et international «auront peut-être finalement pour effet de transformer ces sociétés en des organes presque supranationaux», mais que «dans la conjoncture actuelle, les sociétés multinationales continuent d'exister sous forme d'entités nationales dotées de personnalité juridique», le Département des affaires économiques et sociales de l'ONU posait la question d'un «processus qui permette d'assurer véritablement l'internationalisation de ces sociétés». Dans l'immédiat, lit-on encore dans ce document, l'on pourrait peut-être procéder à un enregistrement auprès des Nations Unies de sociétés qui satisferaient à certaines normes de «multinationalité» et accepteraient d'assumer certaines obligations. Mais «on pourrait probablement dans des cas particuliers, assurer plus formellement l'internationalisation ou la dénationalisation des sociétés en créant par charte des sociétés supranationales ou 'cosmosociétés'»; «un organe composé des pays signataires instituerait et administrerait les lois internationales régissant ces sociétés». On note enfin que selon le rapport «les sociétés anonymes européennes dont la création a été proposée par la Communauté européenne sont de toutes les sociétés celles qui, par leur forme, se rapprochent le plus des sociétés supranationales envisagées».

21. Ces suggestions n'ont recueilli que peu d'écho, notamment au cours de l'enquête confiée au «groupe de personnalités» par la résolution 1721 (LIII) adoptée par le Conseil économique et social le 2 juillet 1972, sinon pour être considérées comme quasi-utopiques<sup>25</sup>, et n'ont pas été reprises parmi les propositions présentées par ce groupe<sup>26</sup>; elles ne figurent pas non plus, du moins expressément, dans le programme de travail de la Commission des sociétés transnationales de l'ONU<sup>27</sup>.

Le rapport estime cependant que la Deuxième Commission devrait examiner à son tour l'éventualité d'un rattachement «transnational» des

<sup>24</sup> Doc. cité *supra* (note 5), p. 99.

<sup>25</sup> Voir par ex. les déclarations de M. Renato Lombardi, président de la Chambre de Commerce Internationale, *Summary* ... (Doc. cité *supra*, note 15), pp. 289s., et de Mr. Altiero Spinelli, *ibid.* pp. 358s.

<sup>26</sup> Voir Effets des sociétés multinationales ... (doc. cité *supra*, note 4).

<sup>27</sup> ONU, *Commission des sociétés transnationales*, Rapp. sur la deuxième session, cité *supra*, note 15.

entreprises multinationales, à condition que soient clairement distingués les deux aspects qu'un tel rattachement peut présenter, ce que le Département des affaires économiques et sociales ne paraît pas avoir fait:

a) On peut en effet songer, d'une part, à des sociétés «transnationalisées» une à une, au moyen d'accords internationaux entre un certain nombre d'Etats, conférant à chacune son statut particulier: c'est, on le sait, le cas des sociétés internationales actuellement existantes, et cette première formule ne ferait qu'étendre une technique déjà employée, non sans que cette extension soulève une difficulté particulière car elle concernerait, pour commencer, des sociétés préexistantes<sup>28</sup>.

b) Mais on peut aussi songer à des sociétés qui seraient juridiquement «transnationales» dès lors qu'elles rempliraient les conditions fixées par la réglementation générale relative à cette nouvelle structure, et qu'elles se constitueraient conformément à cette réglementation: c'est la conception de la société anonyme européenne, telle qu'actuellement proposée<sup>29</sup>, étant cependant observé que les entreprises économiquement «transnationales» pourraient être *tenues* d'emprunter la structure juridique correspondante, au lieu d'avoir seulement la faculté de le faire.

Dans cette seconde conception, un enregistrement international, accompagné d'un contrôle, au même niveau de la constitution de la société, serait indispensable; mais l'Institut pourrait examiner également la solution plus «modeste», et en quelque sorte transitoire, d'un enregistrement international sans «dénationalisation» de l'entreprise.

22. Il va de soi, en tout cas, que la transformation des entreprises multinationales en des sociétés juridiquement transnationales aurait une incidence directe sur la répartition des compétences, étatiques ou internationales, concernant ces entreprises: il convient à présent d'ébaucher

<sup>28</sup> On notera cependant que dans le cadre de la Communauté européenne de l'Energie Atomique (Euratom), c'est bien à des sociétés antérieurement constituées selon le droit d'un des Etats membres et ayant la «nationalité» de cet Etat qu'est conféré le statut *d'entreprise commune* (Traité de l'Euratom, art. 45s.); v. *B. Goldman*, *Droit commercial européen*, 3e éd., Paris Dalloz 1975, n° 607s.

<sup>29</sup> Voir, en dernier lieu: Proposition de règlement portant statut de la société anonyme européenne, présentée par la Commission des Communautés européennes au Conseil le 20 juin 1970, n° C 124 du 10 octobre 1970; un nouveau texte de cette proposition a été établi par la Commission le 30 avril 1975; v. l'avant-projet antérieur, avec le rapport de *M. Peter Sanders: Commission CEE.*, Coll. *Etudes*, Série Concurrence, n° 6, Bruxelles 1967; cf. *B. Goldman*, *op. cit. supra* (note 28), n° 669s.

le contenu de ce problème, que la Deuxième Commission a placé, on l'a rappelé, au centre de sa recherche.

#### B. La répartition des compétences dans les domaines de la protection diplomatique et du contrôle des entreprises multinationales

23. Même à les envisager, comme la Deuxième Commission l'a décidé, sous l'angle commun de la répartition des compétences, les deux problèmes de la *protection diplomatique* et du *contrôle* ne se présentent pas de la même manière.

##### 1. *Protection diplomatique*

24. Il est superflu de s'étendre ici sur le principe selon lequel la protection diplomatique ne peut être assumée que par l'Etat dont la personne (physique ou morale) protégée est le ressortissant.

Mais la question propre aux entreprises multinationales – et qui concerne, précisément, la répartition des compétences – est de savoir si ce principe doit leur être purement et simplement appliqué. Si l'on répondait à cette question par l'affirmative, et si d'autre part la «nationalité» de chaque filiale était considérée, selon le principe généralement suivi, comme dépendant de son siège social<sup>30</sup> l'entreprise risquerait de ne jamais pouvoir obtenir la protection diplomatique s'il est porté atteinte par les Etats d'accueil aux droits de ses filiales: l'Etat de la société-mère ne serait en effet pas recevable à l'assumer, et l'Etat de la filiale ne l'exercerait bien entendu pas contre lui-même. La protection diplomatique ne pourrait en revanche être théoriquement assumée par l'Etat de la société-mère, si l'entreprise multinationale, et par conséquent toutes les filiales la composant, y étaient juridiquement rattachées.

Enoncer cette conséquence, c'est faire apparaître la quasi-impossibilité que rencontrerait l'introduction d'un tel rattachement en droit positif, alors surtout que se souvenant de la doctrine Calvo, les Etats en voie de développement, voire parvenus à une industrialisation non-négligeable, se refusent absolument à toute immixtion d'un Etat étranger dans leurs rapports avec les entreprises multinationales.

25. Le rapporteur estime cependant que la Deuxième Commission

<sup>30</sup> C'est en dernier lieu, on le sait, la solution retenue par la Cour internationale de Justice dans l'arrêt *Barcelona Traction* 5 février 1970: Rec. 1970, p. 3; Revue générale de droit international public, 1970. 750 (note R. Pinto).

devrait s'interroger sur l'opportunité pour l'Institut de prendre parti sur cette question. A tout le moins conviendrait-il de rechercher si l'on ne devrait pas promouvoir la conclusion d'accords internationaux prévoyant la recevabilité de la protection diplomatique par l'Etat d'origine, lorsque l'Etat d'accueil aurait admis que la filiale puisse être considérée dans certains cas (par exemple dans l'hypothèse d'une nationalisation de ses biens) comme ressortissant du premier; d'autre part, si l'issue ne pourrait pas être trouvée dans l'exercice par l'Etat d'origine de la protection diplomatique de la société-mère en tant qu'*actionnaire* de la filiale, sans qu'il soit nécessaire, pour autant, de démontrer que l'Etat dont relève la société est *dans l'impossibilité* de l'assumer<sup>31</sup>.

26. Il va de soi qu'en outre, la recherche devrait porter sur les conséquences, en matière de protection diplomatique, d'une éventuelle «transnationalisation» de l'entreprise multinationale. Rationnellement, cela devrait conduire à confier la protection diplomatique à l'ONU, si c'est à celle-ci que seraient rattachées de telles entreprises. Mais dans le cas des sociétés internationales constituées par voie d'accord entre un certain nombre d'Etats, la protection diplomatique devrait-elle être assumée par tous ces Etats agissant de concert, ou pourrait-elle l'être par l'un quelconque d'entre eux?

Il resterait en outre, dans les deux hypothèses, à régler le problème de l'immixtion de l'ONU, ou d'un ensemble d'Etats, dans les rapports entre la société «transnationale», ou «internationale», et les Etats d'accueil (autres, dans le second cas, que ceux ayant participé à la convention internationale constitutive): serait-il ici possible de surmonter l'opposition de ces Etats à une telle immixtion?

## 2. Contrôle des entreprises multinationales: données générales

27. Le terme même de «contrôle» des entreprises multinationales (par les Etats ou par la collectivité internationale) peut paraître imprécis; en réalité, il doit semble-t-il revêtir une signification très étendue, car il englobe la réglementation de la structure et du fonctionnement, des biens, droits et obligations et de l'activité des entreprises multinationales, ainsi que l'application de cette réglementation, la surveillance de son observation et les sanctions de sa méconnaissance.

Or, cette compétence est, semble-t-il, soit *nationale*, pour autant

<sup>31</sup> Dans l'arrêt *Barcelona Traction* (cité *supra*, note 30) la Cour internationale de Justice avait subordonné à cette condition le droit pour l'Etat national des actionnaires d'assumer leur protection diplomatique.

qu'il s'agit des règles de constitution et de fonctionnement d'une société, en ce sens qu'il appartient à l'Etat auquel cette société est rattachée de les édicter; soit *territoriale*, en ce sens qu'il appartient à l'Etat où est localisé l'établissement – personnalisé ou non – de l'entreprise multinationale de surveiller et éventuellement de sanctionner l'accomplissement des obligations (notamment fiscales, d'investissement et monétaires) de celle-ci du chef de cet établissement, ou de l'activité qu'elle exerce dans le cadre de ce dernier. Mais on s'aperçoit que la distinction est plus théorique que pratique, car dans la mesure où la «nationalité» dépendant généralement du siège social, compétence nationale et compétence territoriale se confondent; au surplus, si la filiale se voyait reconnaître la «nationalité» de la société-mère, il n'est guère concevable que, fixant son siège social dans un pays autre que celui dont celle-ci relève, elle puisse ne pas suivre sa loi, quant à sa constitution et à son fonctionnement.

28. S'il doit être admis, par conséquent, que la territorialité constitue le critère normal d'attribution des compétences de contrôle, on ne s'en heurtera pas moins aussitôt à la difficulté majeure d'application de ce critère, qui est de *définir le lien entre l'activité considérée et un territoire*; il suffit de rappeler, à cet égard, que ce lien peut notamment résulter de la localisation de l'établissement (personnalisé ou non) considéré, de celle des biens appartenant à cet établissement ou gérés par lui, de son activité ou des effets de celle-ci.

29. Est-il dès lors possible de tenter de dégager des principes généraux de répartition des compétences étatiques de contrôle des entreprises multinationales, notamment en fonction de ces multiples localisations?

Le rapporteur se gardera d'avancer actuellement un avis sur ce point, et attend, ici comme ailleurs, d'être éclairé par les réponses de ses confrères; il ne lui paraît cependant pas aventureux de dire que dégager un tel critère général sera d'une grande difficulté, compte tenu de la diversité des objets du contrôle des entreprises multinationales.

30. Ici encore, cependant, on peut penser que la difficulté serait atténuée, sinon abolie, par une «transnationalisation» des entreprises multinationales: celle-ci ne devrait-elle pas en effet s'accompagner d'une réglementation internationale de leur structure, de leur fonctionnement et de leurs activités, et de la création d'un organisme international qui «administrerait» cette réglementation, en veillant à son application, et en sanctionnant judiciairement son inobservation?

A supposer même, cependant, qu'une telle évolution puisse être proposée, et surtout raisonnablement escomptée, il resterait encore à rechercher si – comme il est probable – les Etats d'implantation des établissements de la société «transnationale» ne devraient pas conserver une compétence territoriale propre à l'égard de ces établissements, combinée avec la compétence de l'organisme international.

### 3. Applications particulières du contrôle: concurrence et contrats

#### a) Concurrence

31. A s'en tenir, ici encore, à la répartition des compétences, on sait que dans ce domaine, la «distorsion» est particulièrement frappante entre la «transnationalité» des entreprises multinationales et de leurs activités, d'une part, et d'autre part le particularisme national (ou régional, dans le cas de la CEE) des législations relatives à la concurrence, comme des autorités chargées de les appliquer.

Il en résulte que plusieurs Etats se jugeront compétents pour connaître des pratiques restrictives de concurrence qui, lorsqu'elles émanent d'entreprises multinationales, présentent souvent, sinon toujours, un caractère global et uniforme: d'où d'inévitables conflits, et le risque de sanctions variables et disséminées (ce qui en réduit l'efficacité) ou superposées (ce qui peut les rendre injustes).

La solution des conflits peut être recherchée dans l'application de la «territorialité objective»<sup>32</sup>, qui confère, on le sait, compétence à l'égard des pratiques restrictives à l'Etat sur le territoire duquel ces pratiques produisent des effets. Mais à supposer même qu'il soit uniformément appliqué, ce critère n'empêcherait pas, en particulier dans le cas des entreprises multinationales, les interférences de compétence, car par hypothèse, les pratiques restrictives auxquelles de telles entreprises se livreraient produisent des effets sur les marchés de plusieurs pays.

On doit d'autre part rappeler que pour échapper aux incertitudes du critère de l'effet territorial, la Cour de justice des Communautés européennes s'est acheminée vers la prise en considération de l'*unité* de l'entreprise multinationale, pour imputer à celle-ci (et pratiquement, à la

<sup>32</sup> Voir, sur l'ensemble de la question, les travaux de l'*International Law Association*, assortis d'une abondante bibliographie: Rapports sur les Congrès de Tokyo (1964), Helsinki (1966), Buenos Aires (1968), La Haye (1970) et New York (1972); G. van Hecke, *Le droit antitrust: aspects comparatifs et internationaux*, Rec. des Cours Académie droit international, 1962. 225s; B. Goldman, *Les champs d'application territoriale des lois sur la concurrence*, *ibid.*, 1969 III. 631s.

société-mère relevant d'un Etat tiers), les actes ou pratiques des filiales relevant d'Etats membres<sup>33</sup>; mais pour novatrice qu'elle soit, une telle jurisprudence n'est pas de nature à éviter, ni à régler les conflits de compétence, puisqu'elle pourrait être suivie par les Etats d'accueil de toutes les filiales.

32. On peut dès lors se demander si l'on ne devrait pas s'efforcer, en ce domaine:

– d'une part de préciser davantage les caractères que doit revêtir l'effet territorial pour entraîner la compétence;

– d'autre part, de tenter une ventilation des sanctions parallèle à la ventilation des effets, pour éviter aussi bien les lacunes que les dédoublements de pénalisation.

33. Mais ne faut-il pas aller plus loin? Compte tenu des aspects spécifiques que peuvent revêtir les pratiques restrictives des entreprises multinationales (par exemple: répartition des marchés ou clauses restrictives dans les contrats de licence de droit de propriété industrielle)<sup>34</sup>, la réglementation de la concurrence n'appelle-t-elle pas, à l'égard de ces entreprises, une uniformisation internationale, et par voie de conséquence, la création d'une administration et d'une juridiction internationales pour en assurer, ou au moins pour en contrôler l'application?

Il a déjà été répondu affirmativement à cette question, notamment dans le cadre des travaux en cours à l'ONU. Le rapporteur pense que l'Institut devrait à son tour prendre parti, sans se dissimuler, là non plus, les obstacles considérables auxquels se heurterait la réalisation effective d'une telle harmonisation internationale; il ajoutera simplement que sans être la condition de cette harmonisation, la «transnationalisation» de l'entreprise multinationale l'imposerait, en même temps qu'elle la faciliterait.

<sup>33</sup> *Cour de Justice des Communautés européennes*, arrêts du 14 juill. 1972, aff. 48 à 51/69 et 52 à 57/69, *Matières colorantes*, Rec. des arrêts 1972. 619s; 21 fév. 1973 aff. 6/72, *Europemballage Corp. et Continental Can Cy c/Comm. des C.E.*, *ibid.* 1973. 215; cf. *F. A. Mann*, *The Dyestuff Case before the court of Justice of the European Communities*, *Int. & Comp. Law Quarterly* 1973. 35s.; *B. Goldman*, obs. sur les arrêts *Matières Colorantes*, *Journal du droit international (Clunet)* 1973. 924s.

<sup>34</sup> *V. Nations Unies*, *Effets des sociétés multinationales ...* (doc. cité *supra*, note 4), pp. 61s., 89s.; *Summary* (doc. cité *supra*, note 15, *passim*); *Commission des sociétés transnationales*, *Rapp. deuxième session* (doc. cité *supra*, note 15), Annexe IV, par. J, pp. 35s.

## b) Contrats

34. Dans la mesure où la Deuxième Commission retiendrait effectivement dans son étude la question de la loi applicable aux contrats conclus par les entreprises multinationales, on peut penser que celle-ci constituerait l'un des aspects du problème général de la répartition des compétences quant au contrôle (ici législatif) de leurs activités.

Le rapporteur estime que de toute manière, cette question ne devrait pas être étudiée au regard des contrats courants, notamment avec des fournisseurs ou des clients locaux, conclus par la société-mère ou les filiales dans le pays de leur implantation, et s'insérant exclusivement dans le milieu économique de ce pays. Il ne semble pas, en effet, que de tels contrats revêtent un caractère international; en tout cas, le fait que l'une des parties soit un élément constitutif d'une entreprise multinationale ne suffit pas à leur conférer ce caractère.

Il conviendrait également, semble-t-il, de ne pas étendre la recherche aux contrats de travail; non pas, certes, que ceux-ci manquent d'importance, ni que le fait qu'ils sont conclus par une société intégrée dans une entreprise multinationale ne soulève pas de questions spécifiques – bien au contraire. Mais ces questions se rattachent à l'ensemble des problèmes sociaux que fait surgir l'activité des entreprises multinationales (et notamment: application de normes internationales de travail, négociations collectives internationales, hypothèse d'une «multinationalisation» des syndicats en face de celle des entreprises) qui forment à eux seuls un vaste domaine de recherche, dans lequel la Deuxième Commission a décidé de ne pas s'engager, du moins dans l'immédiat.

35. Resteraient donc, d'une part, les contrats internationaux, conclus, soit à l'intérieur du groupe (entre société-mère et filiales, ou entre des sociétés filiales), soit avec d'autres entreprises, souvent elles-mêmes multinationales, ou dont l'activité, en tout cas, n'est pas limitée au territoire d'implantation de la société-mère ou de la filiale qui contracte; d'autre part, les contrats conclus par les entreprises multinationales avec des Etats, en particulier d'accueil (notamment contrats de concession, «conventions d'établissement», contrats de *joint venture*).

On peut se demander, pour les premiers, s'ils ne posent pas de manière particulièrement nette la question d'un dépassement de la règle de conflit désignant, pour les régir, une loi étatique nécessairement mal adaptée: n'appellent-ils pas, plus que tout autre contrat international, l'élaboration d'un droit «anational»? S'il est probablement vrai, en effet, que l'appartenance de l'une des parties au contrat à une entreprise multi-

nationale n'est pas de nature à modifier la désignation, au moyen d'une règle de conflit, de la loi étatique applicable, il est en revanche manifeste que cette circonstance renforce le détachement du contrat du milieu juridique et économique d'un Etat quel qu'il soit.

Il ne faut cependant pas se dissimuler que dans la mesure où on la voudrait «spontanée», cette élaboration serait particulièrement difficile, à défaut d'organismes professionnels internationaux établissant des contrats-type; il conviendrait dès lors de s'interroger aussi sur la possibilité d'envisager l'élaboration, peut-être dans le cadre de la CNUDCI, d'une loi uniforme ou d'une loi-modèle relative à de tels contrats.

Quant aux contrats entre les entreprises multinationales et les Etats, la recherche de la loi (étatique ou internationale) devant les régir paraît finalement être incluse dans l'étude des «accords entre un Etat et une personne privée étrangère», confiée à la Vingt et unième Commission.

Paris, 31 août 1976

---

## Annexe I

*Questionnaire annexé à l'exposé préliminaire de  
M. Berthold Goldman du 31 août 1976*

### *1. Délimitation du domaine de la recherche – Définition de l'entreprise multinationale*

1. Convient-il de délimiter le domaine de la recherche par une définition de l'entreprise multinationale?
2. A défaut d'une définition rigoureuse, convient-il de procéder à cette délimitation en optant pour un type de définition (v. ci-dessous, questions 5 et s.)?
3. S'il est répondu affirmativement à la première ou à la deuxième question: Convient-il d'exprimer et d'expliquer dans le rapport le choix de la définition ou du type de définition?
4. S'il est répondu affirmativement à la troisième question, conviendra-t-il d'intégrer dans l'une des résolutions à proposer, la définition (ou le type de définition) choisi?
5. En tout état de cause, convient-il de choisir (ou d'admettre implicitement) une définition fondée sur la *structure* de l'entreprise multinationale, qui réserverait cette qualification aux entreprises formées d'une société-mère, constituant le centre de décision, et d'établissements dépendants situés dans un ou plusieurs pays autres que celui du siège de la société-mère, sur lesquels celle-ci exercerait un contrôle (financier et/ou de gestion)?
6. Convient-il, au contraire, d'élargir la définition, en y englobant toute entreprise exerçant une *activité* économique internationale, même si elle ne dispose pas d'établissements dépendants, situés hors de son pays?
7. Au cas où une définition de type «*structurel*» (telle qu'envisagée sous la cinquième question) serait retenue, convient-il de la réserver aux groupes formés d'une (ou deux) sociétés-mères et de sociétés filiales, ou bien doit-on l'étendre aux entreprises dont les établissements dépendants ne sont pas dotés de personnalité juridique propre?
8. Quel que soit le type de définition retenu, convient-il de n'y comprendre que les entreprises se livrant à des activités de *production* (exclusivement, ou concurrentement avec des activités d'échange), ou bien faut-il considérer comme entre-

prises multinationales toutes celles qui répondent à une définition telle qu'envisagée sous la cinquième et/ou sous la sixième question, quel que soit l'objet de leur activité économique?

9. Y a-t-il lieu de tenir compte de la *taille* de l'entreprise (déterminée, par exemple, en fonction du chiffre d'affaires ou du nombre d'établissements dépendants, dotés ou non de personnalité juridique), pour la considérer comme une entreprise multinationale entrant dans le champ de la recherche?

10. Y a-t-il lieu de tenir compte, à cette même fin, du fait que les dirigeants de l'entreprise sont (ou ne sont pas) ressortissants de plusieurs pays?

## II. Contenu des problèmes à étudier et orientation des solutions à envisager

### A. Rattachement juridique de l'entreprise multinationale

11. Lorsque l'entreprise multinationale revêt la structure d'un groupe multinational de sociétés, peut-on et doit-on tenir compte de son caractère propre dans la détermination du rattachement juridique des filiales?

12. En particulier, peut-on et doit-on considérer que toutes les filiales sont, dans une certaine mesure, juridiquement rattachées au pays de la société-mère, au motif que celle-ci constitue leur *centre de décision* et exerce sur elles un *contrôle*?

13. S'il est répondu affirmativement à la douzième question, quelles limites conviendrait-il d'apporter à ce rattachement des filiales au pays de la société-mère?

14. A défaut d'un rattachement systématique (même limité) des filiales au pays de la société-mère, peut-on envisager (et éventuellement suggérer) qu'un tel rattachement soit admis dans certains cas particuliers, avec ou sans l'accord du pays du siège de la filiale (*cf.* Convention B.I.R.D. du 18 mars 1965, art. 25, par. 2-b)?

15. Lorsque l'entreprise multinationale se compose d'une société et d'établissements dépendants sans personnalité juridique propre, les conséquences de son rattachement au pays de la société-mère doivent-elles comporter des limites, dans les rapports avec les pays où sont situés ces établissements?

16. Peut-on concevoir, et doit-on éventuellement suggérer, un rattachement «international», «transnational» ou «supranational» de l'entreprise multinationale?

17. a) Dans l'affirmative, ce rattachement devrait-il être admis seulement cas par cas, et en vertu d'accords interétatiques concernant chacun une entreprise déterminée, ou pourrait-il résulter d'une réglementation internationale générale, applicable sans nouvel accord à toute entreprise répondant aux conditions qu'elle définirait?

b) Ou bien, devrait-on envisager la combinaison d'une réglementation générale avec des accords particuliers, qui en déclencheraient l'application cas par cas?

18. A défaut d'un rattachement du type envisagé sous les treizième et quatorzième questions, convient-il de promouvoir un enregistrement international des entreprises multinationales, notamment auprès d'un organisme des Nations Unies?

## B. Répartition des compétences à l'égard des entreprises multinationales

*1. Protection diplomatique*

19. Convent-il de subordonner le droit pour un Etat d'assumer la protection diplomatique d'une société faisant partie d'une entreprise multinationale à la condition que cette société ait la «nationalité» dudit Etat?

20. a) Si la réponse de principe à la dix-neuvième question était affirmative, et si la filiale était, de manière générale, considérée comme ayant la «nationalité» de l'Etat d'accueil, conviendrait-il d'encourager la conclusion d'accords internationaux, par cas ou par catégories de cas, qui permettraient au pays de la société-mère d'assumer la protection diplomatique de la filiale?

b) Peut-on et doit-on suggérer que le pays de la société-mère soit recevable, même à défaut de tels accords, à assumer la protection diplomatique dans certains cas déterminés (comme par exemple, en cas de nationalisation sans indemnité des biens de la filiale)?

21. Doit-on et peut-on admettre qu'un pays puisse exercer la protection diplomatique de ses ressortissants, actionnaires d'une société faisant partie d'une entreprise multinationale, lorsqu'une atteinte serait portée aux biens, droits ou intérêts de cette société par le pays dont celle-ci aurait la «nationalité», sans qu'il soit nécessaire de démontrer que ce pays est dans l'impossibilité d'exercer la protection diplomatique (pareille condition semblant, dans cette hypothèse, dépourvue de sens)?

22. Comment les questions soulevées sous les nos 19 à 21 et les réponses qui y seraient faites devraient-elles être adaptées dans l'hypothèse d'un litige relatif aux biens d'un établissement dépendant non personnalisé, et plus généralement aux droits et intérêts de l'entreprise multinationale localisée au niveau de cet établissement?

23. a) Doit-on admettre que la protection diplomatique d'une société «internationale», constituée par accord inter-étatique, puisse être exercée par l'ensemble des Etats parties à cet accord, ou éventuellement par l'un ou certains d'entre eux?

b) S'il était répondu négativement, en principe à la question 23-a, pourrait-il être fait application, dans l'hypothèse ici envisagée, des réponses apportées aux questions 20, a et b?

24. a) Doit-on admettre que la protection diplomatique d'une société «transnationale» ou «supranationale» puisse être exercée par la collectivité internationale, et pratiquement par l'ONU?

b) Même question que sous 23-b, *mutatis mutandis*.

25. Pour les sociétés «internationales» visées sous la question 23, même question que sous 21, *mutatis mutandis*.

*2. Contrôle des entreprises multinationales: questions générales*

26. La répartition des compétences de contrôle doit-elle se faire selon le critère de la «nationalité» des sociétés composant l'entreprise multinationale, pour autant qu'il s'agit de leur constitution et du fonctionnement des organes sociaux, et selon le critère de la *territorialité*, pour autant qu'il s'agit de la *propriété et de la gestion des biens* et de l'*activité* de l'entreprise multinationale?

27. Comment devrait être défini, pour l'application du critère de la territorialité, le lien entre, d'une part, un bien ou une activité, et, d'autre part, un territoire?

a) En fonction du lieu de situation du bien et du lieu où l'activité est exercée?

b) Ou bien, s'agissant des activités, en fonction du ou des territoires où elles produisent effet?

c) Est-il possible, pour développer la réponse à la question 27-b, de préciser le caractère (par exemple, direct ou indirect, immédiat ou médiat) de l'effet à prendre en considération?

d) Convient-il, lorsqu'il s'agit d'activités, d'attribuer compétence en fonction tant du lieu où elles sont accomplies que de celui (ou de ceux) où elles produisent effet?

28. a) La compétence de contrôle des sociétés «internationales», constituées par accord interétatique particulier devrait-elle être attribuée selon les critères envisagés sous les questions 26 et 27, ou bien devrait-elle être attribuée, en tout ou en partie, à l'ensemble des Etats parties à l'accord?

b) La compétence de contrôle d'une société «transnationale» ou «supranationale» devrait-elle être attribuée, en tout ou en partie, à la collectivité internationale, et pratiquement à l'ONU?

c) Dans les deux cas visés sous 28-a et b, comment les compétences envisagées devraient-elles se combiner avec la compétence territoriale des Etats d'accueil des établissements dépendants?

### 3. Contrôle des entreprises multinationales: applications particulières

#### a) Concurrence

29. La répartition des compétences doit-elle être faite ici:

a) en fonction du lieu où les pratiques restrictives sont accomplies (par ex.: lieu de conclusion d'une entente, lieu où est décidé un comportement abusif)?

b) en fonction du lieu où la pratique restrictive produit effet (doctrine de la «territorialité objective»)?

c) ou bien doit-elle être attribuée aussi bien aux pays où les pratiques restrictives sont accomplies, qu'à ceux où elles produisent des effets?

Dans tous les cas, ne conviendrait-il pas de suggérer des accords de ventilation et de non-superposition des sanctions?

30. Peut-on préciser le critère de la localisation des effets en définissant les caractères que ceux-ci doivent revêtir pour être attributifs de compétence?

31. Convient-il de suggérer:

a) une uniformisation internationale des règles de concurrence applicable aux entreprises multinationales?

b) la création d'une administration internationale chargée, de concert avec les pays territorialement compétents, de veiller à l'application des règles et de sanctionner leur inobservation?

#### b) Contrats

32. Convient-il de limiter la recherche aux contrats entre les entreprises multinationales et d'autres entreprises, portant sur des opérations économiquement internationales, à l'exclusion:

a) des contrats purement internes conclus par l'une des sociétés composant l'entreprise multinationale,

b) des contrats entre les entreprises multinationales et les Etats, qui paraissent être inclus dans les travaux de la vingt et unième Commission,

c) des contrats individuels ou des conventions collectives de travail?

33. S'agissant des contrats éventuellement retenus, le fait que l'une des parties soit la société-mère ou une société filiale intégrée dans une entreprise multinationale est-il de nature à modifier les règles de conflit applicables? Si oui, de quelle manière?

34. Même question pour le cas où l'une des parties au contrat serait une entreprise «internationale» (au sens de la question 23 a) ou «transnationale» ou «supranationale» (au sens de la question 24 a).

35. Peut-on considérer que la formation progressive d'un droit transnational pour régir les contrats visés aux questions 31 et 32 soit: a) nécessaire? b) souhaitable? c) possible?

---

## Annexe II

### *Observations des membres de la Deuxième Commission en réponse au questionnaire annexé à l'exposé préliminaire*

#### *1. Observations de Mme Suzanne Bastid*

Paris, le 15 janvier 1977

Mon cher Confrère et Ami,

J'ai lu avec grand intérêt votre exposé préliminaire sur le sujet de la Deuxième Commission «Les entreprises multinationales» et je pense que votre position du problème rencontre heureusement les préoccupations de notre regretté confrère *C. Wilfred Jenks*: «No international status for multinational corporations is conceivable unless it represents a nice balance of advantages and responsibilities for governments and corporations alike» (*Multinational Entities in the Law of Nations*, Mélanges Jessup, New York 1972).

Je répondrai en suivant l'ordre du questionnaire:

I. 1 et 2. Une réponse affirmative s'impose, mais il paraît qu'il convient, soit d'opter pour un «type de définition», soit, si l'on choisit une définition rigoureuse, d'admettre que le régime juridique proposé puisse être étendu éventuellement à des situations analogues.

3 et 4. Il paraît nécessaire, avant de proposer un régime juridique particulier d'expliquer dans le rapport comment on entend en déterminer le champ d'application. Il paraît moins certain qu'il y a lieu de consacrer une résolution à la définition ou surtout au «type» de définition choisi.

5. La définition fondée sur la *structure* de l'entreprise telle qu'elle est présentée paraît bien correspondre aux situations qui relèvent de notre Commission.

6. L'élargissement suggéré ne paraît pas souhaitable: l'activité économique générale, conduite sans filiales ni établissements dépendants, ne soulève pas les mêmes problèmes.

7. Les groupes formés par une ou deux sociétés-mères et des sociétés filiales paraissent bien caractériser la structure des entreprises multinationales si l'on se reporte aux travaux des Nations Unies ou de l'OCDE; cependant, la possibilité d'établissements dépendants, sans personnalité juridique propre, devrait être égale-

ment considérée car dans les rapports avec les Etats des problèmes comparables peuvent se poser.

8. Comme vous voulez bien vous-même le suggérer, je suis d'accord pour ne pas limiter l'objet des résolutions aux activités de production.

9. Une détermination de la taille de l'entreprise visée ne me paraît pas possible par référence au chiffre d'affaires ou au nombre d'établissements dépendants.

10. La nationalité des dirigeants ne paraît pas devoir être retenue en tant que telle. Les réponses négatives aux questions 8 à 10 ne signifient pas qu'il n'y aurait pas lieu d'ajouter quelque chose dans le texte proposé à la définition structure réelle indiquée sous 5. Peut-être conviendrait-il de marquer dans les «considérants» l'intention de s'occuper d'entreprises dont l'activité se déroule dans le cadre juridique de plusieurs Etats, en vue d'opérations économiques de portée internationale ou toute autre formule faisant apparaître la réalité du problème économique et social.

II. 11. La question posée est fondamentale et la solution proposée sous 12 pourrait être présentée car elle tend à rétablir la portée juridique de l'effectivité du lieu de rattachement que le mécanisme de création des filiales avec la participation majoritaire de la société-mère fait disparaître grâce à l'utilisation d'une technique juridique artificielle.

13. Le rattachement juridique au pays de la société-mère ne devrait être prévu que dans certaines limites: la création et le fonctionnement de la filiale relèvent normalement de la loi du siège.

14. La suggestion d'un rattachement limité au pays de la société-mère implique, sur le plan du droit positif, l'affirmation d'une coutume internationale générale en ce sens ou un accord international liant l'Etat du siège si l'on entend que la compétence de celui-ci est affectée de ce fait.

La résolution de l'Institut pourrait contenir des propositions à cet effet.

15. La tendance actuelle est favorable à la reconnaissance d'obligations spécifiques pour ces établissements (Annexe à la Déclaration du 21 juin 1976 des Gouvernements de l'OCDE, I.L.M. 1976, p. 969).

16. Il semble bien que l'on s'oriente vers une approche spécifique des problèmes des entreprises multinationales: il ne s'agit pas toutefois d'établir un statut international par une convention que les Etats parties devraient s'efforcer de faire respecter par les entreprises relevant de leur compétence. Le procédé préconisé par C. W. Jenks et qui semble amorcé par les travaux en cours des Nations Unies et de l'OCDE (I.L.M. 1976 pp. 779 et 967 ss.) consisterait à présenter un statut dont l'utilité pourrait s'imposer aussi bien aux entreprises qu'aux Etats intéressés et à propos de l'application duquel un débat sur le plan international pourrait intervenir régulièrement. Les travaux de l'Institut auraient leur place dans la détermination de ce statut.

17. Les accords interétatiques concernant une entreprise déterminée existent, mais il ne paraît pas que cette technique juridique soit propre à couvrir la situation des entreprises multinationales dans son ensemble. L'existence d'un «statut» établi par une réglementation internationale générale ne paraît pas possible sur la base d'une convention internationale.

Par contre, on peut penser que sur des questions particulières (protection diplomatique) le mécanisme prévu à 17 b) pourrait être proposé.

18. Le système de l'enregistrement international pose des questions difficiles et il ne devrait pas être préconisé sans que soient élucidés tout à la fois les caractères requis des entreprises pour lesquelles il serait prescrit, la nature des renseignements fournis et les effets juridiques de l'enregistrement et du défaut d'enregistrement. Peut-être l'Institut pourrait-il se borner à proposer une étude de cette question.

19. Répondre affirmativement à cette question, c'est se conformer au droit positif tel qu'il a été exprimé par la Cour dans l'affaire de la *Barcelona Traction* (à propos d'un cas qui n'était pas d'ailleurs celui d'une entreprise transnationale). En fait, c'est l'appartenance à l'entreprise transnationale d'une société donnée qui peut conduire à réexaminer cette situation.

20. En commençant par la question posée sous b) il ne semble pas qu'il y ait des cas où la société-mère ait, à raison de la nature du délit international, le droit d'exercer la protection diplomatique. Il n'en serait différemment que si le principe posé dans l'article 19 du projet de la Commission du droit international sur la responsabilité internationale visant les crimes et délits internationaux était accepté comme exprimant le droit. Sans doute, dans l'arrêt du 5 février 1970, la Cour a-t-elle parlé «des obligations des Etats envers la communauté internationale dans son ensemble» et déclaré que «tous les Etats peuvent être considérés comme ayant un intérêt juridique à ce que ces droits soient protégés» (CII, Recueil 1970, p. 32). Cependant, il ne semble pas que l'on puisse faire entrer dans cette catégorie de délits internationaux la nationalisation sans indemnité des biens de la filiale; le commentaire de l'article 19 vise des règles touchant l'interdiction du recours à la force, la prohibition de l'*apartheid*, etc.

La suggestion contenue sous 20a semble par contre devoir retenir l'attention, cependant il faudrait préciser plusieurs points: s'agit-il d'une substitution dans tous les cas et, d'autre part, cette substitution dépend-elle de la situation politique respective de l'Etat de la société-mère et de l'Etat d'accueil? Il faut noter en outre que pour les entreprises multinationales ayant des succursales dans plusieurs pays, il faudrait logiquement avoir une solution unique.

21. La situation à laquelle il est fait allusion a été longuement considérée dans l'affaire de la *Barcelona Traction*, et des précédents en ce sens ont été invoqués. La Cour a mentionné cette thèse (paragraphe 92 de l'arrêt), mais elle ne s'est pas formellement prononcée à ce sujet en déclarant que les conditions n'étaient pas réunies dans l'espèce.

C'est sans doute un des aspects à propos desquels une règle générale touchant la protection diplomatique des filiales pourrait être proposée comme une expression du droit positif.

22. S'il s'agit des biens d'un établissement non personnalisé, le rattachement à la société-mère du point de vue de la protection diplomatique ne paraît pas faire de difficulté *a priori*.

23. Je ne connais pas d'exemple de protection diplomatique exercée par l'ensemble des Etats ayant constitué une société «internationale». Bien qu'en général l'accord interétatique ait fixé la loi nationale applicable à la constitution de la

société, dans la mesure où la protection diplomatique intervient à la suite d'un manquement au droit international, on peut penser que l'Etat, suivant la loi duquel la société est constituée, n'a pas de motifs pour l'exercer.

Cependant, l'hypothèse envisagée impliquerait une transformation de la base juridique des entreprises multinationales et il paraît peu opportun d'engager des recherches dans cette voie.

24. La réponse donnée sous 23 me paraît également valable ici. Le droit de protection fonctionnelle reconnu à l'ONU se situe sur un plan tout à fait différent de ce qui peut être envisagé pour une entreprise multinationale, sauf à imaginer une transposition du système des économies socialistes sur le plan de la société internationale dans son ensemble.

On peut cependant imaginer qu'une entreprise multinationale, qui se plierait à un code de bonne conduite établi dans le cadre d'une organisation internationale, pourrait, si elle avait à mettre en jeu la protection diplomatique, bénéficier d'une «garantie» internationale, permettant de remédier aux lacunes envisagées sous 20.

26. Le principe de répartition des compétences de contrôle qui est proposé paraît généralement acceptable, mais les questions posées sous 27 montrent bien la grande difficulté d'en préciser la portée.

27. La solution préconisée sous d paraît la plus acceptable.

28. a) Il conviendrait de distinguer suivant que l'Etat qui serait en cause suivant les points 26 et 27 est ou non partie à l'accord interétatique constituant la société «internationale». S'il n'est pas partie, il faudrait son consentement pour que les compétences puissent être exercées par les Etats parties. S'il est partie, l'accord de base pourrait prévoir une action concertée ou des règles établies conjointement.

28. b) L'idée suggérée d'une compétence de contrôle de l'ONU pourrait être retenue en contrepartie de l'acceptation par l'entreprise d'un ensemble de règles visant son comportement qui seraient établies sur le plan international. Toutefois, il ne paraît guère possible de préconiser un système d'exterritorialité pour l'entreprise.

28. c) On peut se demander si la combinaison ne devrait pas prendre la forme tout à la fois d'un droit et même peut-être d'une obligation de recueillir aux Nations Unies des informations, peut-être même des suggestions pour l'Etat territorialement intéressé avant d'exercer ses compétences à l'égard des établissements de l'entreprise. Je pense au rôle des experts du GATT comme pouvant constituer un précédent.

Le problème n'est pas sans rapport avec celui qui est évoqué au 31. b). Sans donner un avis sur le fond de la matière, il m'apparaît qu'une administration internationale pourrait être appelée sinon à «sanctionner» des règles, du moins à donner un avis aux Etats sur les conditions de leur application.

32. Dans la mesure où l'on cherche à définir un statut juridique particulier pour les entreprises multinationales, on rencontre nécessairement le problème des contrats auxquels elles sont parties.

En général, il semble que c'est la préoccupation de la sécurité des relations juridiques qui doit déterminer la ligne de conduite. De ce point de vue, il semble que la suggestion du questionnaire soit raisonnable, de même que les propositions de l'exposé préliminaire auxquelles je suis disposée à me rallier.

En vous félicitant encore pour le travail considérable que vous avez entrepris et pour l'intérêt de vos propositions, je vous prie de trouver ici, mon cher Collègue et Ami, mes sentiments bien cordiaux.

*Suzanne Bastid*

## 2. Observations de M. Philip C. Jessup

Norfolk, October 6, 1976

Dear Colleague,

The Institut is indeed fortunate to have the advantage of your help as Rapporteur on the intricate and fascinating problem entrusted to the Second Commission. I feel it is somewhat presumptuous of me to offer you any suggestion in reply to your questionnaire, the more particularly in regard to any of the problems which you analyzed for the "Colloque international sur le Droit international privé des groupes de sociétés", in 1973. But I must reply to your letter of 4 September.

1. While I entirely agree on the desirability, indeed the necessity of agreeing on a definition, I am not convinced that the definition itself would affect the scope of the research of the Commission. Involved with the question of a definition, there is, as you point out, a problem of choice of terminology. You note the current diversity in terminology and decide in favor of "entreprise multinationale". I have no objection but hope the Institut might contribute to uniformity of terminology and the United Nations ECOSOC has now established its "Commission on *Transnational Corporations*" (cf. the Report of the Second Session March 1976 cited in your footnote no.15). This term leads to the acronym used in the first three annexes to that ECOSOC report, "TNCs" but I do not have before me as I write the French text and the question of translation in the official languages is important. For personal reasons, I am pleased to see the increasing use of the adjective "transnational" (cf. my paper on "The Present State of Transnational Law" in *International Law Association*, Maarten Bos ed., *The Present State of International Law*). I think the UN usage may prevail but I do find the connotation of the term "corporations" too restrictive. But one can use the adjective "transnational" – as indeed you do – without embracing the concept of "transnational law".

2. As I indicate in answering questions 5 et seq., I think we should opt for a type of definition.

3. I answer "yes" and think what you have already written will serve admirably.

4. Also "yes".

5. You make out a clear case for choosing the criterion of "structure".

6. I would not expand the field in this way. Under no.5 you would include the operational criterion favored by Professors Monaco and Reese. In para. 18 you link structure and activity.

7. I would favor the suggested extension.

8. I would not limit the subject to "production".

9. Definitely not. According to some criteria of size, a "small" enterprise may exercise great economic power. And, as you point out, what criterion of size would one choose?

10. My reply is in the negative.

11-12 and 16. "Yes".

17. Probably "cas par cas" but if there is to be a general international rule, it should follow new agreements. This may be the answer to b).

18. Yes, this might be recommended.

19 et seq. On diplomatic protection, I must ask to be excused if I depart from the precise framework of your questionnaire.

I find it necessary to determine first the rule of existing international law of the diplomatic protection of corporate rights and interests. Although I personally adhere to the view expressed in my separate opinion in *Barcelona Traction* (the case is cited in your note 30), namely that international law recognizes the right to protect shareholders, at least under many conditions, I would not minimize the influence of the Court's decision in that case. The Court rests on the right of the State whose nationality the corporation possesses, to extend diplomatic protection when the corporation is injured in a foreign State. The Court did not foreclose the possibility that equitable considerations might in some circumstances permit diplomatic protection by the State of the nationality of the shareholders – a situation found not to exist in *Barcelona Traction*. But as Judge Sir Gerald Fitzmaurice wrote in para. 14 of his separate opinion: "It seems that, actually, in only once category of situation is it more or less definitely admitted that intervention by the government of foreign shareholders is allowable, namely, when the company concerned has the nationality of the very State responsible for the acts or damage complained of, and those, or the resulting circumstances, are such as to render the company incapable *de facto* of protecting its interests and hence those of its shareholders".

In my view, the Institut should pronounce in favor of a rule most suited to the problem of transnational corporations, even if the Institut pronounces *de lege ferenda*. It must always be kept in mind that no diplomatic intervention by any State whatsoever is permissible unless another State has committed an act which is in violation of international law. But our Second Commission is not concerned to pronounce on the substantive rules of State responsibility but only on the procedural problem of determining which State may seek to vindicate a right which *ex hypothesi* has been violated. If the nominal parent company has merely a "nationality of convenience" (as elaborated in my separate opinion in *Barcelona Traction*) and if ownership and control are located elsewhere, the nominal parent should not preempt the right of protection. The right to protect should belong to the real interest which has been damaged or destroyed. As Berle and Means reminded us, in the modern corporation, ownership and control often do not coincide. The multiplicity of devices for corporate organization and management make it difficult to be specific about the lodgement of the right of diplomatic protection. So my reply to your question 20a) would be in the affirmative.

The problem posed in your question 23 is very interesting since this type of

“international company” is likely to proliferate. It would be awkward in a company like EUROCHEMIC, where the establishing convention was signed by 12 governments, to require all 12 to participate in presenting a diplomatic claim. And for EUROFIMA, though it has the status of a limited company in German Law, it would be artificial to assert that it has German nationality and that therefore Germany should have the right of protection. I would personalize these companies and allow the Assembly or other governing body to present claims, it being understood that they were backed by the necessary majority of participating governments which, as in EUROCHEMIC, may be the shareholders. This may be a problem to be solved for the ENTERPRISE now described at the Law of the Sea Conferences as having “full juridical capacity and, in particular, the capacity (i) to contract, (ii) to acquire and dispose of immovable and movable property and (iii) to institute legal proceedings”. *Mutatis mutandis* “legal proceedings” should include diplomatic protection. (I have quoted from the Revised Single Negotiating Text of May 10, 1976, p. 57). Some of these general problems are discussed in Jessup and Taubenfeld, *Controls for Outer Space and the Antarctic Analogy*, 1959). On many of your points I find value in Friedmann, *The Changing Structure of International Law*, pp. 181 ff. and works cited in his footnote 67, p. 181.

24. I do not think it probable or feasible that the United Nations *per se* should be utilized as mentioned in this question.

25. I would answer this question along the lines just indicated for the problem of diplomatic protection. I find myself in general agreement with the point of view in paras 27–30 of your report.

26. My answer is affirmative.

27. I would answer a, b and d in the affirmative, but see my previous comments on questions 23 and 24.

28a I would prefer your latter alternative.

28b Perhaps desirable but probably not feasible.

29. I suggest b.

31a “Yes”.

31b Such an international administration should not have *sanctioning* authority except with State agencies.

32. I would exclude a, but would try to incorporate the work of the 21st Commission on b. I would exclude c.

35. I would answer a in the negative, b and c in the affirmative.

With warm regards, I am

Sincerely yours,

*Philip C. Jessup*

### *3. Observations de M. Pierre Lalive*

Genève, le 8 décembre 1976

#### *1. Délimitation du domaine*

1. Il convient de délimiter le domaine de la recherche au moins par une «définition de travail» de l'entreprise multinationale.

2. Oui.

3. Oui.

4. La réponse est probablement affirmative, mais elle dépend dans une certaine mesure de la forme et du contenu de la résolution ou des résolutions que l'Institut adoptera.

5. Oui.

6. Non.

7. Il convient de l'étendre aux entreprises dont les établissements dépendants ne sont pas dotés de personnalité juridique propre. En pratique, et même en droit dans une certaine mesure, la différence entre ces deux types de situation n'est pas telle qu'elle justifie ni surtout impose de se limiter au seul cas du groupe société-mère et sociétés filiales. Il serait d'ailleurs intéressant d'examiner les raisons pour lesquelles une entreprise s'abstient de donner une personnalité juridique distincte à l'un ou l'autre de ses établissements dépendants, dans certains pays (alors que la même entreprise constitue des filiales dans tel autre pays). Il serait également très intéressant de comparer la situation des groupes du premier type à celle des groupes du second type.

8. Il n'y a pas de raison décisive, me semble-t-il, de se limiter aux entreprises se livrant à des activités de production.

9. Réponse négative, étant entendu que, en pratique, seules les entreprises d'une certaine taille semblent soulever des problèmes et peuvent fournir les illustrations propres à nourrir notre réflexion.

10. Non.

## *II. Contenu des problèmes*

### *A. Rattachement juridique*

11. Il est bien difficile de répondre brièvement à une question de cette ampleur, question dont le sens exact change sans doute selon son destinataire, soit selon qu'elle s'adresse à un éventuel législateur national de droit international privé ou à quelque codificateur «international». Beaucoup dépend aussi, à l'évidence, de la portée que l'on attribue à la notion de «rattachement juridique des filiales». Disons, pour abrégé, que je suis tout à fait en accord avec les observations contenues dans votre rapport, notamment aux numéros 16 et 17.

Questions 12, 13, 14, 15.

Je voudrais ici me référer aux observations du paragraphe 18 de votre rapport. Il y a certainement intérêt, comme vous le notez, «à se demander si, dans le cadre d'une entreprise multinationale ayant, par hypothèse, la structure juridique d'un groupe multinational de sociétés, le rattachement juridique de chacune des filiales ne doit pas être infléchi... du fait qu'elle est l'un des éléments constitutifs d'une entreprise économiquement unique...». Je serais peut-être tenté de répondre par l'affirmative à cette question, si la notion de «rattachement juridique» était plus précise, et ceci conduirait donc à un rattachement différent pour les filiales de sociétés étrangères et pour les filiales de sociétés-mère locales. Mais est-ce bien «le rattachement juridique» de la filiale qui doit être infléchi, en tout ou en partie, ou n'est-ce pas plutôt le droit matériel applicable à cette filiale (en ce qui concerne par exemple la responsabilité des administrateurs), au motif que le droit

local, du siège de la filiale, n'a pas été élaboré pour s'appliquer indifféremment aux filiales de sociétés locales ou nationales et aux filiales de sociétés étrangères, ou, tout au moins, ne peut fournir une réglementation adaptée aux problèmes spécifiques que suscite la filiale membre d'un groupe international ou dépendante d'une société-mère étrangère?

Toujours au numéro 18 du rapport, on lit qu'il convient de distinguer de la question, classique, d'une utilisation du critère du «contrôle» (tel qu'il est apparu par exemple au cours de la première guerre mondiale, à peu près simultanément, en France et en Angleterre) celle de savoir «si une société française, filiale d'une société allemande et intégrée dans un groupe important de filiales dans divers pays ne devrait pas, *de ce fait*, être considérée comme allemande» – j'ajouterais ici «au moins à certains égards», adjonction qui me paraît être dans la ligne de l'idée, fort juste, exprimée un peu plus loin par le rapporteur, selon lequel la réponse à cette question «n'est pas nécessairement globale». On pourrait même dire qu'elle ne peut pas être globale, de par la nature des choses.

C'est dire que je partage l'avis que «le rattachement juridique de la filiale au pays de la société-mère soit limité à certaines hypothèses et subordonné à certaines conditions». L'article 25 ch.2 (b) de la Convention de Washington de 1965 fournit en effet un bon exemple de ce rattachement «circonstanciel», de la filiale à la «nationalité» de la société-mère étrangère, ce qui s'explique aisément dans le contexte de cette Convention et de l'équilibre qu'elle a recherché entre les mécanismes de l'arbitrage international et de la protection diplomatique classique; ou, plus précisément, de la prédominance qu'elle a voulu établir en faveur du premier par rapport à la seconde. Et puisque le rapport cite cet exemple, je voudrais signaler, bien que l'observation soit peut-être un peu marginale ici (mais l'expérience n'est pas sans intérêt dans le contexte de la question, évoquée plus loin, de la protection diplomatique et du contrôle des entreprises multinationales) ce qui peut apparaître comme une faiblesse de cet article 25 ch.2 (b) de la Convention de la Banque Mondiale, compte tenu de l'expérience des deux premiers arbitrages du CIRDI. Dans les deux cas en effet, l'exécution même du projet qui a fait l'objet d'un contrat entre l'Etat et l'entreprise étrangère ou le groupe étranger a conduit les parties à prévoir la création d'une société de droit local, comme instrument d'exécution du projet. Dans les deux cas, encore qu'avec des différences qu'il est superflu de relever ici, l'entreprise étrangère s'est plainte de difficultés d'exécution et a dû recourir à l'arbitrage, mais s'est vu opposer par l'Etat défendeur, de différentes manières, des objections *fondées sur l'existence d'une société locale*, sur la forme juridique utilisée comme instrument d'exécution du contrat (forme juridique qui a pu être celle d'une *filiale*, entièrement ou partiellement contrôlée par le groupe étranger, d'une société «mixte», etc.). Il suffit ici de faire allusion à ce problème, d'une réelle gravité puisque c'est toute l'efficacité du système de la Convention de Washington qui serait compromise si la tendance des Etats qui y sont parties devait se développer à tirer prétexte de l'existence d'une filiale de droit local pour se dérober en fait à leur obligation d'arbitrage et, sur le fond, à leurs obligations contractuelles. Avant même que la Convention de Washington se trouve ainsi mise à l'épreuve, notre Confrère Paul Reuter avait du reste remarquablement pressenti les risques inhérents au système de l'article 25 ch. 2 (b),

lors des premières journées d'études de la Société française pour le Droit international, à Dijon en avril 1968 (voir l'ouvrage «Investissements étrangers et arbitrage entre Etats et personnes privées», 1969, p. 9ss et notamment p. 21).

Pour en revenir au libellé des questions 12, 13 et 14, il constitue peut-être ce que notre Confrère Francescakis considérerait non sans quelque raison, comme un carcan, dans le cas du Questionnaire sur l'application du droit public étranger. Je ne saurais égaler la maestria qu'il a montrée dans l'art de s'en dégager, et je me bornerai à compléter ce qui précède par quelques éléments de réponse, plus ou moins «normands». Etant entendu qu'il s'agit seulement de rattacher «dans une certaine mesure» la filiale au pays de la société-mère, c'est-à-dire au pays où se trouve le centre de décision du groupe, et que tout dépend du domaine considéré, les *limites* de ce «rattachement juridique» ne seront sans doute pas identiques selon qu'on se place au point de vue du pays d'accueil de la filiale, appelé à restreindre sa compétence au profit de celle du pays «d'origine» du groupe ou au point de vue du pays de la société-mère. Ce dernier exerce déjà une certaine compétence indirecte sur la filiale étrangère, par le truchement de son pouvoir sur la société-mère – ainsi qu'en témoigne la célèbre affaire *Fruehauf* si on la considère du point de vue de la société-mère américaine; mais cette affaire illustre précisément, en sens inverse, le caractère inévitable de certaines limites au rattachement proposé, c'est-à-dire aux concessions que pourrait faire le pays de la filiale en faveur du pays d'origine du groupe.

Ne touche-t-on pas ici, tout comme dans le cas visé à la question 15 (ce qui paraît confirmer le bien-fondé d'une réponse affirmative à la question n° 7), à une certaine compétence territoriale irréductible – du pays de la filiale ou de l'établissement dépendant sans personnalité propre –, compétence exprimée par certaines lois impératives, qu'on les appelle «d'application immédiate», de droit public, d'ordre public ou encore autrement? On pense ici, tout naturellement, à des situations comme celle envisagée par le Conseil d'Etat français dans sa décision du 20 juin 1973 dans l'affaire du comité d'entreprise de la «*Compagnie internationale des Wagons-Lits*».

Pour apprécier le principe, et les limites, d'un éventuel rattachement de la filiale ou de l'établissement dépendant d'une «société-mère» ou d'un groupe à «siège» à l'étranger, ne faut-il pas aussi considérer, parallèlement, la situation «inverse», c'est-à-dire la prétention du droit de cette société-mère à régir, par un rattachement juridique plus ou moins spécialisé ou *ad hoc*, tel ou tel aspect de la vie de la filiale étrangère? Dans les deux cas, ne s'agit-il pas de surmonter dans le sens du réalisme et par une sorte de «perçement du voile corporatif» (*Durchgriff*), cette opposition, qui est au cœur même de notre sujet, entre l'unité économique de l'entreprise multinationale et son pluralisme juridique (rapport, no 17)? Dans ce contexte, on pourrait se demander si les Etats qui élaboreraient le droit (encore inexistant sauf en Allemagne) des «groupes de sociétés» ne seraient pas tentés de l'appliquer sur certains points aux sociétés filiales, étrangères, membres d'un groupe «national», c'est-à-dire ayant son siège dans l'Etat en question – contrairement à ce qui semble être la solution actuellement admise en Allemagne où, selon Reh-binder (Rapport au IXe Congrès international de Droit comparé, Téhéran 1974) le droit allemand des groupes ou des «Konzerns» n'est pas applicable aux sociétés

étrangères membres du Konzern. On pourrait songer aussi aux dispositions de «droit du travail international», par exemple sur le «licenciement dans les groupes internationaux de sociétés» qui seraient prises par l'Etat de la société-mère pour application, plus ou moins directe, aux filiales étrangères (exemple actuel qui me vient à l'esprit après lecture de l'étude de *G. Lyon-Caen*, dans la Revue critique de 1974 n° 3, à propos de l'article 8 de la loi française du 13 juillet 1973).

Et si l'on envisage ainsi le rattachement juridique de la filiale d'une entreprise multinationale, successivement aux deux points de vue du pays de la filiale et du pays de la société-mère (et l'on conçoit bien que, ici aussi, l'attitude des pays «importateurs de sociétés» puisse être différente de celle des pays «exportateurs de sociétés»), ne faudrait-il pas envisager aussi une troisième situation, ne fût-ce qu'à titre de comparaison et pour enrichir le débat: celle d'une sorte de «rattachement juridique» de la société-mère au pays de la filiale? On m'accusera peut-être ici de jouer sur l'ambiguïté des termes de «rattachement juridique» mais, pour l'étude de la répartition des compétences à l'égard des entreprises multinationales, il paraît utile, et même nécessaire, de ne pas négliger l'étude d'une situation d'une importance pratique certaine, et dont le droit allemand des groupes fournit le meilleur exemple actuel. Qu'il s'agisse de la protection des actionnaires de la filiale, ou de la protection des créanciers de cette dernière, ou encore de la protection des travailleurs et de leur droit de participation (*Mitbestimmung*), on peut se demander si la compétence législative éventuellement revendiquée par le droit du pays d'une filiale dominée ou membre d'un «groupe» n'équivaut pas à l'affirmation d'une certaine compétence à l'égard de la société-mère ou de la société dominante, soit à un certain rattachement juridique, plus ou moins limité, de la société-mère au droit du pays de la filiale. Je me bornerai à cette question très générale, en renvoyant pour le surplus à notre colloque de Genève de mai 1973 sur le droit international privé des groupes de sociétés, dont vous fûtes l'un des trois rapporteurs.

16. On peut certes concevoir un rattachement «international», «transnational» ou «supranational» de l'entreprise multinationale, mais il est fort malaisé de répondre par oui ou par non à la question de savoir si un tel rattachement doit être suggéré. Si l'on considère un tel rattachement comme un moyen au service d'un but, celui d'un meilleur contrôle des entreprises multinationales, on se demandera si le moyen est le plus approprié.

17. Un rattachement «cas par cas et en vertu d'accords interétatiques concernant chacun une entreprise déterminée» ne présenterait probablement guère de difficultés, mais ne répondrait certainement pas aux préoccupations qui sont à l'origine des suggestions évoquées dans votre exposé préliminaire aux n°s 20 et suivants. J'inclinerais à donner la même réponse, bien que de manière plus nuancée, pour la solution b., d'une combinaison d'une réglementation générale avec des accords particuliers.

18. Quant à la solution plus «modeste» (cf votre exposé n° 21), celle d'un «enregistrement international sans «dénationalisation de l'entreprise», elle paraît la seule possible au moins à court terme, mais tout dépend de ce que seraient les conditions posées à cet enregistrement, et les conséquences qui en résulteraient, notamment quant aux avantages et aux obligations qu'en retireraient les entreprises multinationales. Cette question ne me paraît, à vrai dire, pas présenter un intérêt pri-

mordial pour le juriste, pas plus d'ailleurs que certaines des études élaborées au sein des Nations Unies et dont la caractéristique commune paraît bien être une remarquable méconnaissance des problèmes concrets et complexes qui sont familiers aux internationalistes de droit privé. Beaucoup plus intéressante, donc, que celle de l'introduction d'un régime véritablement international, avec enregistrement, des entreprises multinationales me semble être la question de la «répartition des compétences», discutée dans la partie B (n° 23ss) de votre exposé préliminaire.

## B. Répartition des compétences à l'égard des entreprises multinationales

### 1. Protection diplomatique

19. Réponse plutôt négative. La notion même de «groupe de sociétés» ou d'«entreprise multinationale» conduit à s'écarter des conceptions anciennes et du formalisme de certains considérants de l'arrêt de la Cour internationale de Justice dans l'affaire de la *Barcelona Traction*. L'Etat d'accueil de la filiale doit avoir le droit d'assumer la protection diplomatique de celle-ci, même si la société est dominée ou contrôlée, par exemple à cent pour cent, par une société-mère étrangère. Il se peut que l'Etat d'accueil préfère, pour des raisons d'opportunité, ne pas exercer son droit s'il n'y a pas un intérêt national suffisant, substantiel ou même prépondérant, dans la société filiale. Mais ceci paraît relever de son appréciation et ne pas mettre en cause l'existence du droit. On pourrait toutefois considérer ce droit comme subsidiaire, par rapport au droit de l'Etat du siège du groupe ou de la société-mère, dans le cas au moins d'une filiale cent pour cent contrôlée.

Ce qui précède vise bien entendu le seul cas, qui n'est pas le plus important, où la filiale aurait à être protégée contre l'action d'un Etat tiers (on peut faire abstraction d'une troisième hypothèse, celle où la filiale devrait être protégée contre l'Etat... de la société-mère). *Ex natura rerum*, c'est contre l'Etat d'accueil que la filiale a le plus besoin d'être protégée et l'exposé préliminaire (n° 24) met fort bien en lumière les lacunes et le caractère insatisfaisant de la situation actuelle.

20. a) Oui.

b) Oui.

21. Réponse affirmative. La condition d'une «impossibilité» d'exercice, par le pays d'accueil, de la protection diplomatique heurte en effet le bon sens ainsi que l'équité la plus élémentaire. L'atteinte «portée aux biens, droits ou intérêts» de la société filiale par le pays dont celle-ci aurait la «nationalité» constituera dans de nombreux cas une atteinte aux droits de l'actionnaire, unique ou majoritaire, qu'est la société-mère beaucoup plus qu'une atteinte à une «société» à proprement parler, économiquement au moins. Ici aussi, l'exemple de la Convention de Washington de 1965 mérite d'être considéré; dans l'idée de ses auteurs, l'Etat d'accueil de l'investissement se voit promettre, on le sait, en échange de son engagement international d'arbitrage, une sorte d'interdiction de la protection diplomatique (cf l'article 27). Il est significatif, cela étant, que tant d'Etats, notamment en voie de développement, prétendent à la fois exclure la protection diplomatique et l'arbitrage international (soit qu'ils ne veuillent pas ratifier la Convention de Washington et assumer un engagement d'arbitrage, soit que, ayant assumé ce dernier, ils cherchent ensuite à s'y soustraire directement ou indirectement, en tirant par

exemple parti de l'indépendance juridique, de la «nationalité» d'une filiale locale, forme et instrument généralement indispensables de l'investissement lui-même (cf à ce sujet, *supra*, ma réponse aux questions 12 à 15).

22. L'hypothèse d'un litige relatif aux biens d'un établissement dépendant non personnalisé paraît à première vue beaucoup plus simple puisque, ici, l'existence d'une personne juridique distincte et «nationale» de l'Etat d'accueil ne peut pas être utilisée par ce dernier comme écran.

23. a) Exiger dans ce cas que la protection diplomatique soit exercée par *l'ensemble* des Etats parties à l'accord reviendrait à paralyser le système. A défaut d'une stipulation précise à cet égard dans l'accord interétatique en question, ne peut-on admettre que les Etats parties à l'accord forment entre eux une sorte de société, avec les conséquences qui en découlent? Il est difficile et sans doute superflu d'examiner ici *in abstracto* si chaque Etat devrait pouvoir exercer isolément et indépendamment la protection diplomatique ou seulement après avoir invité les autres Etats parties à l'accord à se joindre à cette démarche.

24-25. Ceci est concevable, mais la question paraît assez théorique et trop générale pour permettre une réponse précise. Tout dépendra du genre de «transnationalité» qui serait accordée à la société en question. A la limite, le degré d'internationalisation rapprocherait la société d'une organisation internationale, avec ses immunités, si bien qu'on ne pourrait plus guère parler de «protection diplomatique» au sens usuel du terme.

## 2. Contrôle des entreprises multinationales

26. *Grosso modo* oui, mais la distinction ne peut être qu'un point de départ. Compte tenu du caractère équivoque de la notion de «territorialité» et de la très grande difficulté, justement relevée par l'exposé préliminaire (nos 28, 29, etc.) qu'il y a à dégager les principes généraux de répartition des compétences, je ne crois pas pouvoir vous apporter des réponses tant soit peu éclairantes et je souhaiterais que mes réponses aux questions 26 à 28 soient donc considérées comme de simples indications très provisoires.

27. Il est particulièrement malaisé de répondre à une question aussi générale, dont je ne suis pas sûr, au demeurant, de saisir exactement la portée dans votre esprit. Quoi qu'il en soit, je serais tenté de répondre oui à la question a) et non à la question b), sous réserve de c) et d). *Ad c)* ma réponse serait affirmative: il est à la fois possible et désirable de préciser le caractère de l'effet à prendre en considération. Le seul critère de l'effet (visé sous b) est trop large et aboutit à multiplier les conflits positifs de compétences. D'une manière générale, l'effet devrait être direct et immédiat. *Ad d)* une réponse générale pourrait être affirmative, sous réserve de ce qui a été dit sous c) en ce qui concerne les effets, mais il conviendrait de tendre à une certaine hiérarchie, selon les matières.

28. Ici aussi, il paraît presque impossible de répondre *in abstracto* et tout dépendra, comme on l'a dit plus haut, du genre de statut «transnational» de société dont il s'agit, du contenu de l'accord interétatique particulier et des besoins spécifiques de l'activité de la société en question. Des systèmes très divers sont concevables mais la solution générale paraît être celle d'une combinaison des compétences, mais hiérarchisées.

### 3. Contrôle des entreprises multinationales: applications particulières

#### a) Concurrence

29. a) Réponse plutôt négative (dont le caractère nuancé s'explique suffisamment par l'aspect délictuel de la matière);

b) Réponse plutôt affirmative (sous réserve de la réponse au n° 30). Dans tous les cas, il conviendrait certainement de suggérer des accords de ventilation et de non-superposition des sanctions.

30. Oui. Compte tenu de la distinction classique entre la «*jurisdiction to prescribe*» et la «*jurisdiction to enforce*», et de la nécessité croissante qu'il y a à réagir contre la tendance des États, notamment en matière de concurrence, à légiférer pour le monde entier, comme un législateur supranational, j'inclinerais à rechercher ces précisions dans le sens, par exemple, du rapport Hunter à la Conférence de La Haye de l'International Law Association (1970), c'est-à-dire à exiger: que l'effet sur le territoire (de la conduite ou des actes survenus à l'étranger) soit *substantiel* et qu'il soit le résultat direct et voulu (ou du moins prévisible) de la conduite en question; à quoi l'on pourrait ajouter que la conduite et ses effets doivent être des éléments constitutifs de l'activité visée, et proscrire, par la règle.

31. a) Une uniformisation ou tout au moins une harmonisation internationale est certainement souhaitable et cette uniformisation semble bien impliquer la création d'une administration internationale ayant le pouvoir, sinon de déférer à l'arbitrage certains conflits de compétences, du moins de faire des recommandations.

#### b) Contrats

32. a) Oui.

b) Oui.

c) Oui.

33. Cette question, d'un vif intérêt, appellerait sans doute des développements. En bref, la réponse me paraît devoir être positive. Le fait que l'une des parties à un contrat international soit la société-mère de l'autre partie contractante peut être de nature à infléchir le jeu des règles de conflit usuelles, par exemple en matière d'autonomie de la volonté (y a-t-il un véritable «contrat de choix» ou abus de puissance économique, voire fraude, et tentative d'échapper à des lois «impératives» ou «d'application immédiate» de la filiale, etc.?).

34. Si l'une des parties au contrat était une entreprise «internationale» ou «transnationale», au sens d'un certain statut international, – et si l'on fait abstraction de la question de la capacité contractuelle de l'entreprise – la question du droit applicable au contrat semblerait devoir se poser dans des termes très semblables à ceux de la question du droit applicable d'une part aux contrats conclus par un État (voir les travaux de la 21e Commission et le rapport de M. Georges van Hecke) et d'autre part aux contrats conclus par les organisations internationales (voir les travaux de la 4e Commission et le rapport de M. Nicolas Valticos).

35. La formation progressive d'un droit transnational pour régir les contrats visés aux questions précédentes (N.B. le Questionnaire mentionne, probablement par erreur, la question 31 à côté de la question 32) paraît possible et est probablement même souhaitable; il est plus difficile d'affirmer, pour l'instant au moins, qu'elle soit nécessaire.

Pierre Lalive

*4. Observations de M. Riccardo Monaco*

Rome, le 3 janvier 1977

Mon cher Confrère,

Permettez-moi, tout d'abord, de vous féliciter de la manière excellente dont vous avez accompli la tâche qui vous a été assignée. Je dois ajouter que, à quelques exceptions près, je peux accepter les vues que vous exprimez.

Le sujet confié à la Deuxième Commission est tellement vaste qu'une discussion générale sur l'ensemble des problèmes qui se posent à l'égard des activités de caractère international des entreprises multinationales ne serait pas opportune au stade actuel des travaux de notre Commission. Dans un souci de clarté et de concision, vous avez eu le mérite de concentrer dans le questionnaire l'essentiel des différents problèmes. C'est pour cela que je me bornerai à répondre, chaque fois qu'il se révélera possible pour moi, à vos demandes dans l'ordre dans lequel elles figurent dans le questionnaire lui-même.

1. Oui.

2. Oui.

3. Oui.

4. Oui.

5. Réflexion faite, j'abandonne l'idée que j'avais exprimée dans le sens qu'on devrait combiner, aux fins de parvenir à une définition aussi complète que possible, le critère structurel avec le critère opérationnel. Il me paraît donc suffisant de retenir une définition qui soit fondée sur la structure de l'entreprise multinationale. Par conséquent, j'accepte la description que vous faites à cet égard.

6. Non.

7. En vue de l'expérience actuelle des entreprises multinationales, je suis en faveur de la formule la plus large.

8. Bien que l'activité de production des entreprises multinationales marque, d'une façon parfois décisive, leur raison d'être, il me semble préférable de comprendre dans le même domaine toutes celles qui peuvent tomber sous la définition, envisagée dans la 5e question, quel que soit l'objet de leur activité économique.

9. Etant donné l'importance, sinon juridique, certainement économique, de la taille de l'entreprise, cet élément devrait entrer en ligne de compte aux fins de notre recherche.

10. Non.

11. Oui.

12. Oui.

13, 14 et 15. On pourrait envisager une solution analogue à celle résultant de la Convention B.I.R.D. du 18 mars 1965.

16. Il serait opportun de concevoir, compte tenu des particularités, un milieu international dans lequel l'entreprise multinationale exerce son activité, un rattachement international ou transnational ou bien supranational.

17. J'estime préférable la solution indiquée sous b), qui n'est pas destinée à se réaliser de façon automatique, comme ce serait au contraire le cas dans la deuxième hypothèse de la lettre a).

19. Je pense qu'au stade actuel de l'expérience juridique internationale des entreprises en question, il serait prématuré de promouvoir un enregistrement de ces entreprises auprès d'un organisme international, voire les Nations Unies.

En ce qui concerne les problèmes qui sont traités dans votre exposé aux paragraphes 23 à 30 et qui font l'objet des questions no. 19 à 28, permettez-moi de me borner à certaines remarques de caractère général.

Tout d'abord, je partage votre opinion, c'est-à-dire qu'envisagés sous l'angle commun de la répartition des compétences, les deux problèmes de la protection diplomatique et du contrôle ne sont pas nécessairement connexes et, par conséquent, reposent sur des bases logiques assez différentes.

Cela dit, je suis d'accord avec votre approche prudente du problème de la protection diplomatique; en effet, je pense avec vous que l'Institut devrait réfléchir davantage à l'opportunité de prendre parti sur la question dans son ensemble.

Evidemment on pourrait toujours suggérer, comme vous l'indiquez, que des accords internationaux de caractère spécial soient conclus en vue d'assurer la recevabilité de la protection diplomatique par l'Etat d'origine, lorsque l'Etat d'accueil aurait admis que la filiale puisse être considérée comme ressortissant du premier.

Pour ce qui est du contrôle envisagé d'une façon tout à fait générale, vous hésitez, à juste titre, en ce qui concerne l'élaboration de principes généraux visant à répartir les compétences étatiques de contrôle des entreprises multinationales notamment en fonction de leurs multiples localisations. Pour ma part, je ne crois pas à cette possibilité. D'autre part, il serait prématuré de penser à une «transnationalisation» de ces entreprises et de trouver par là un moyen pour surmonter les difficultés très considérables qu'on rencontre à cet égard.

29. Je suis en faveur de l'application du critère de la territorialité objective, parce qu'il permet d'évaluer les conséquences des pratiques restrictives selon la loi et les juridictions de l'Etat sur le territoire duquel ces pratiques produisent leurs effets.

D'autre part, il me semble qu'on ne puisse pas réfuter le critère de l'unité de l'entreprise multinationale, qui évidemment n'est pas d'application absolue, mais qui peut jouer lorsque l'activité de l'entreprise peut être ramenée, compte tenu du cas d'espèce, à la société-mère. Je suis d'accord avec vous que, dans tous les cas, on devrait suggérer des accords de ventilation et de non superposition des sanctions.

30. Nonobstant les difficultés qui surgiraient à cet égard, on doit tenter, à mon avis, de préciser le critère de la localisation des effets.

31. Il me semble prématuré de proposer une uniformisation internationale des règles de concurrence et, par conséquent, la création d'une juridiction internationale.

32 à 35. Je partage entièrement votre opinion dans le sens qu'une recherche tendant à indiquer la loi applicable aux contrats conclus par les entreprises internationales devrait, en tout état de cause, être limitée aux contrats internationaux, conclus soit à l'intérieur du groupe, soit avec d'autres entreprises, souvent elles-mêmes multinationales.

En écartant d'une recherche éventuelle sur ce sujet les contrats conclus par les entreprises multinationales avec des Etats, parce qu'il s'agit d'une matière con-

fiée à la Vingt et unième Commission, vous faites, à l'égard des autres contrats internationaux, une réflexion qui est sans doute décisive. En effet, je pense avec vous que l'appartenance de l'une des parties au contrat à une entreprise multinationale n'est pas de nature à modifier la désignation, au moyen d'une règle de conflit, de la loi étatique applicable. Ceci étant, comme il me semble d'autre part prématuré d'envisager des contrats types établis par des organismes professionnels internationaux, j'estime que notre Commission devrait renoncer à étudier la question de la loi applicable aux contrats conclus par les entreprises multinationales.

Je vous prie d'agréer, mon cher Confrère, l'expression de mes sentiments les plus amicaux.

*Riccardo Monaco*

#### *5. Observations de M. Willis L. M. Reese*

New York, September 23, 1976

Dear Professor Goldman

I have read with great interest your preliminary exposé on multinational enterprises and send you my heartiest congratulations. I think you have done a fine job in surveying the field, in suggesting various ways of limiting it and in explaining the most basic problems. My answers to your questionnaire are as follows:

1. Yes. I would think an attempt at definition is completely essential. I suspect, however, that any definition will have to be general in nature rather than narrow and precise.

2. Yes.

3. Yes.

4. Yes.

5-6. After reflection, I think we probably should restrict our definition to enterprises with the sort of structure mentioned in Question 5. If we go further, it will be difficult to draw a clear line between the enterprises we cover and those we do not.

7. I think we should cover both kinds of enterprises. If we do not, we can be accused of slighting a large area of the field.

8. I think we should deal with all enterprises that fall within the scope of the definition, as discussed in Questions 5-7. We should not, in other words, limit our study to enterprises engaged in manufacturing activities.

9-10. I answer both questions in the negative for the reasons stated in the exposé.

11. I would think that the factor mentioned is something that should be considered. But surely it should not be conclusive.

12. I would suppose that much would depend upon the particular issue. It may be a distinction should be drawn between matters affecting the parent's rela-

tion to its subsidiaries and those affecting third persons. Perhaps issues of the first sort would lend themselves more readily to regulation by the law of the parent.

13. I would suppose that the State where a subsidiary is incorporated should be free to regulate its dealings with third persons. Likewise that State should have power to protect the interests of those of its nationals who buy the stock or the bonds of the subsidiary.

14. I would think so. See my answer to Question 12.

15. Yes.

16. Surely, this idea deserves consideration. It may be pretty utopian.

17. a) I would question whether situations of this sort are likely to occur with any frequency.

17. b) This would seem to be the more practical alternative. There is, of course, the very real question of whether it could ever be put into effect.

18. This may well be a practical and helpful suggestion. But I wonder what the consequences of such a registration would be. We should certainly be prepared to state these consequences in the event that we decide to recommend such registration.

19. I would think not. I think we should be liberal in giving States the right to provide diplomatic protection to a corporation. Otherwise, situations might arise where no State could provide effective diplomatic protection.

20. Yes to both questions.

21. Yes. As said above, I would like to liberalize the rules with respect to the States that can give diplomatic protection.

22. Clearly, the State of the parent corporation should be entitled to provide diplomatic protection. I would be inclined to say that the State where a branch is located should have a similar diplomatic right to protect the interests of the branch. This really follows from the intimation in my answer to Question 19 that, at least in certain circumstances, the State of the parent should be allowed to provide diplomatic protection to a subsidiary which is incorporated in another State.

23. a) Yes.

b) Need not be answered in view of my answer to Question 23 a).

24. a) Yes.

b) Need not be answered in view of my answer to 24. a).

25. Yes. As stated above, I think there should be a liberalization of the rules that deal with the question of what State, or States, can provide diplomatic protection to corporations and their shareholders.

26. In general, yes. I wonder whether a distinction cannot usefully be drawn between a corporation's internal affairs, which would usually be governed by the law of the State of incorporation or of the *siège social*, and the corporation's relations to third persons, which in general would be governed by the same law which would have controlled if the corporation had been a natural person.

27. I do not think this question can be answered with precision, since in effect it is directed to the entire field of choice of law relating to obligations. I question whether we can do much more than lay down some very general principle such as application of the law of the State of most significant relationship, and

then list some of the factors which the courts should consider in applying this principle to the facts of a particular case.

28. a) Application of the law of the group of States would seem impossible unless all of these States happened to have the same rule with respect to the precise issue in question.

28. b) Theoretically, it would make sense to give the U.N. power of control over multinational corporations. As a practical matter, however, I question whether there is any likelihood that the U.N. would be in a position to exercise such control at least in the immediate future. The U.N. could not, I suppose, exercise such control in the absence of an agreement to this effect on the part of the Member States. It seems unlikely that any such agreement could be reached at the present time.

c) I suppose that a distinction should be drawn between issues of international concern (to be regulated by the U.N. or by some international rule) and issues of essentially local concern (to be regulated by the individual States).

29. I do not think that it is possible to state hard-and-fast rules under present circumstances. Such rules could, of course, be stated if agreement as to their content could be reached by the interested States.

30. I doubt that this could be done on other than an issue-to-issue basis.

31. This would be an ideal solution. It is questionable, however, whether it could be achieved under present conditions.

32. Yes.

33. I am not sure. I would think that much might depend upon whether the contract was between parent and subsidiary or with a third person.

34. I would suppose that in this situation whatever international rules there may be on the subject would become relevant.

35. I suppose that, in any event, it will be a long time before any such transnational law is developed. The development of such a law would surely ease choice-of-law problems. But the ultimate desirability of such a development would depend upon the nature of the rules involved.

We surely have every reason to be grateful that the difficult task of dealing with multinational enterprises has devolved upon you. Nobody could be better qualified.

Faithfully,

*Willis L. M. Reese*

## *6. Observations de M. Ignaz Seidl-Hohenveldern*

Cologne, septembre 1976

Mon cher Ami et Confrère,

Veillez recevoir tout d'abord mes félicitations pour votre rapport si substantiel et si instructif. Très judicieusement, vous avez évité d'y traiter à fond tous les problèmes posés par les entreprises multinationales, en vous concentrant de préférence sur des problèmes quelque peu négligés dans les débats actuels, notam-

ment à l'ONU. Je crois pourtant, que dans nos conclusions finales on ne pourrait guère ne pas tenir compte davantage du climat animant (– et à quel degré! –) ces débats. Bien sûr, nous devons à l'Institut et à nous-mêmes de conserver une sérénité académique, détachée autant que possible de préoccupations politiques. Néanmoins, si nous voulons faire une œuvre utile, qui ne serait pas condamnée d'avance à être rejetée en bloc, il faut tenir compte du contexte des débats onusiens. Or, là, la tendance dominante, représentée par le front uni des pays en voie de développement et des Etats socialistes, veut changer la situation actuelle des entreprises multinationales (à l'exception de celles dépendant de ces Etats eux-mêmes, voir ci-dessous ma réponse au no. 1 de votre questionnaire) en défaveur de celles-ci. Les pays industrialisés à économie de marché y sont engagés dans une opération de repli stratégique. Ce n'est donc guère le moment d'avancer des propositions visant à améliorer le statut d'entreprises pareilles. Vos propositions notamment en matière de droit international privé, sont certes fort justes, si on veut ignorer le climat esquissé ci-dessus. Elles se défendent fort bien d'un point de vue purement technique et fonctionnel. Ces propositions n'auraient pourtant qu'une chance très faible d'être prises en considération – à savoir, si on limitait leur application, soit aux seules entreprises multinationales ayant reçu la bénédiction de l'ONU, p. ex. par enregistrement dans un registre de l'ONU (cf. ma réponse au no. 18), soit au cas où ces propositions seraient incorporées dans un traité.

Veillez trouver ci-après mes réponses à votre questionnaire:

1. Oui. La nécessité d'une définition est démontrée surtout par les débats de la Commission de l'ONU sur les «Sociétés transnationales», où des représentants du Tiers Monde (cf. Rapport Siqueiros pour la Conférence de l'UNIDROIT, Septembre 1976) et des Etats socialistes tendent à limiter les recherches de cette Commission aux seules entreprises originaires des Etats industrialisés non-socialistes. Seulement celles-ci seraient des «sociétés transnationales», qui *de lege ferenda* devraient être soumises à un régime spécial, défavorable par comparaison à leur situation actuelle. Les seules entreprises qui, selon cette terminologie onusienne, auraient encore le droit d'être désignées comme «entreprises multinationales» seraient les entreprises contrôlées par les Etats du Tiers Monde et par les Etats socialistes (entreprises communes des Etats CMEA, mais aussi entreprises d'un seul Etat socialiste ayant des établissements à l'étranger, p. ex. Sovtorgflot, Garant, Moskvitsch-Belgique). Toutes ces entreprises échapperaient aux mesures de contrôle et même de contrainte proposées à l'encontre des sociétés transnationales. Or, selon notre avis, toute entreprise ayant des structures transnationales agirait ou pourrait au moins agir de façon identique. Il nous paraît donc injustifié de faire une discrimination entre les sociétés transnationales et les entreprises multinationales.

2. Oui. Pourtant, la Commission de l'ONU hésite encore sur le point de savoir si ses propres travaux devraient aboutir à la rédaction d'un Code mandataire ou à l'élaboration de simples lignes directrices. Or, un Code mandataire devrait prévoir des sanctions. Si la décision était en faveur d'un Code mandataire le principe *nulla poena sine lege* exigerait une définition précise.

3. Oui.

4. Oui.

5. Oui.

6. Non. Dans ce cas, le problème des entreprises multinationales se dissoudrait dans le problème plus général des investissements à l'étranger.

7. Je préfère la deuxième branche de l'alternative en dépit du fait qu'elle ajouterait à l'imprécision de la définition. Pourtant, un trop grand nombre d'entreprises échapperaient sans cela à la définition qui, de par l'effet de leurs actions, devraient être soumises au régime prévu pour les entreprises multinationales.

8. L'objet de l'activité économique ne devrait pas être pris en considération.

9. Non. Il me paraît inutile de tenir compte de la taille de l'entreprise. Il serait très difficile de se mettre d'accord sur des critères acceptables par tous. D'ailleurs, même si nous ne disions rien, cela ne ferait pas perdre la valeur de l'adage: *minimis non curat praetor*.

10. Non. La nationalité des dirigeants ne garantit ni leur loyauté envers l'Etat d'origine ni envers l'Etat d'accueil. D'ailleurs, les dirigeants peuvent changer leur nationalité ou l'entreprise peut changer ses dirigeants.

11.-18. Vu la méfiance générale que suscitent les entreprises multinationales, je crains fort que des propositions visant à leur accorder un régime plus favorable que le droit commun soient irréalisables. Or, ces propositions fort sensibles du point de vue de la bonne gestion d'une telle entreprise paraissent aboutir à une sorte de régime de faveur. N'oublions pas que des Etats du Tiers Monde mettent en doute le principe même de la protection diplomatique. Celui-ci nous paraît pourtant une des pierres angulaires du règlement pacifique des différends internationaux. Il serait peut-être loisible de protester contre une tendance «de compromis» envisagée dans un rapport du Secrétariat de l'ONU (E/C. 10/17 para. 84). Celui-ci veut interdire aux «sociétés transnationales» de solliciter l'aide diplomatique de leur pays d'origine en dehors du cas où ce pays aurait une base légale pour sa protestation, donc dans le cas où une violation du droit international se serait déjà produite. Or, il nous paraît plus important d'empêcher qu'une telle violation se produise.

12. Non.

14. A la rigueur on pourrait admettre un tel régime avec l'accord du pays du siège de la filiale.

15. Il serait difficile de s'attaquer aux vues de l'ONU qui prévoient que dans un pareil cas le droit de l'Etat d'accueil devrait toujours prévaloir.

16. Oui, mais c'est une proposition fort utopique.

17. Oui à la première alternative de 17 a), quoique la proposition 17 b) soit encore préférable à celle-ci.

18. Un enregistrement international des entreprises multinationales auprès d'un organisme des Nations Unies serait d'une certaine utilité même indépendamment des situations envisagées sous 13 et 14. L'ONU disposerait d'une certaine puissance de sanction envers de telles entreprises, soit en rejetant leur demande d'enregistrement, soit en les rayant du registre.

19. Oui.

20. a) Oui.

20. b) Cette solution serait certes désirable, mais elle serait rejetée par l'Etat d'accueil. En principe, tout Etat devrait avoir le droit de protéger des biens, fruits

de son produit national, même si ces biens sont situés à l'étranger (cf. Opinions séparées des Juges Gros et Jessup dans l'Affaire de la *Barcelona Traction*). Dans ce cas, il y aurait un conflit de souveraineté entre le droit souverain de l'Etat d'accueil à ses ressources naturelles et du droit souverain du pays d'origine au fruit de ses «activités économiques» (cf. Art. 1 de la Charte des Droits et Devoirs Economiques des Etats). En pratique pourtant, des raisonnements dans ce sens ont été rejetés par la CIJ dans l'affaire de la *Barcelona Traction*. Ils seraient inacceptables pour les pays du Tiers Monde.

21. Oui. C'est là le cas des «sociétés-Calvo» laissé ouvert par l'arrêt de la CIJ dans l'affaire de la *Barcelona Traction*. Pourtant, dans un tel cas, les voies de recours offertes par le droit interne de la société doivent aussi être épuisées.

22. Les principes restent les mêmes, les difficultés pratiques pour faire accepter de semblables solutions me paraissent pourtant augmenter encore.

23. Je préfère l'alternative 23 a).

24. a) Oui. On pourrait songer à confier à un Comité de l'ONU un rôle analogue à celui de la Commission Européenne des Droits de l'Homme. Les entreprises multinationales ne pouvant pas profiter de la protection diplomatique de leur Etat d'origine (p. ex. à cause du manque d'un lien effectif avec celui-ci) pourraient porter leurs cas devant cette Commission. Si celle-ci est de l'avis qu'il s'agit d'un cas méritoire elle pourrait porter l'affaire devant le CIRDI ou la CIJ.

25. Oui.

26. Oui.

27. a) pour des raisons analogues à celles avancées en faveur de cette solution pour les problèmes de l'environnement. C'est là le lieu où la pression la plus directe peut être exercée contre l'auteur de l'acte. Bien entendu, les personnes lésées à l'étranger par des effets de l'acte devraient avoir accès aux tribunaux du pays en question et ceux-ci devraient traiter de tels actes de la même façon que des actes produisant leurs effets exclusivement dans le territoire du for.

28. a) Oui à la deuxième branche de l'alternative, mais je préfère encore la solution 28 b).

c) La compétence territoriale de l'Etat d'accueil devrait céder devant celle de l'ONU ou même devant celle des Etats parties à l'accord.

29. Oui aux deux questions énumérées sous c).

30. Oui.

31. a) est encore plus utopique que b). Pour b) voir mes remarques sous 18.

32. Un tel régime de contrats serait considéré comme un régime de faveur. Les pays du Tiers Monde s'y opposeront non pas uniquement pour des raisons économiques, mais aussi parce qu'un tel régime risque de rapprocher plus encore ces entreprises multinationales des sujets de droit international. Or, un tel rapprochement paraît inacceptable à ces Etats. Si nous nous attaquons quand même à cette matière, excluons a) à c).

35. Je réponds non aux trois alternatives.

Veillez agréer, Mon cher Ami et Confrère, l'expression de mes sentiments les plus amicaux.

*Ignaz Seidl-Hohenveldern*

---

## Les entreprises multinationales

(Deuxième Commission)

Rapport définitif

*Berthold Goldman*

### *Introduction*

1. Moins de vingt années se sont écoulées depuis que les recherches sur les entreprises multinationales ont pris un développement considérable, qui se poursuit sous nos yeux<sup>1</sup>; et guère plus d'une décennie depuis que l'Organisation des Nations Unies et les institutions qui gravitent autour d'elle, de même que des organisations régionales, des Etats nationaux et des institutions internationales de caractère privé leur consacrent une intense activité d'analyse, de proposition<sup>2</sup> et directement ou indirectement, de réglementation<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> Le Rapport préliminaire du Secrétariat à la 2e session de la Commission des sociétés transnationales (Lima, 1er-12 mars 1976) Doc. E/C. 10/12 du 28 janvier 1976 et son Additif fournissent, à leur date, une bibliographie étendue ainsi qu'une liste des projets de recherche en cours.

<sup>2</sup> Voir notamment: ONU, *Département des affaires économiques et sociales*, Les sociétés multinationales et le développement mondial, Doc. ST/ECA/190, New York 1973; Effets des sociétés multinationales sur le développement et sur les relations internationales, Doc. E/5500/Rev. 1 ST/ESA 6 New York 1974; *Rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit du commerce international (CNUDCI) sur les travaux de la dixième session*, Documents officiels de l'Assemblée Générale, 28e session, Suppl. n° 17 (A 9017), par. 116; *United Nations, Department of Economic and Social Affairs*, Summary of the Hearings before the Group of Eminent Persons to Study the Impact of Multinational Corporations on Development and on International Relations, Doc. ST/ESA 15, New York 1974; *Nations Unies, Conseil Economique et Social*, Sociétés transnationales: L'élaboration d'un Code de Conduite et les questions qu'elle soulève, Rapport du Secrétariat, Doc. E/C. 10/17, 20 juillet 1976; *Nations Unies, Commission des Sociétés Transnationales*, Rapport sur la 1ère session (17-28 mars 1975), Conseil Economique et Social, Documents officiels: 59e session, Suppl. n° 12; Rapport sur la deuxième session (1er-12 mars

Ce véritable – et presque soudain – déferlement d'articles, d'ouvrages et de colloques, de rapports, de projets, de résolutions et de réglementations atteste une prise de conscience scientifique et politique d'un phénomène qui est cependant loin d'être aussi récent: la dispersion, à travers les frontières, non seulement des activités mais aussi des implantations territoriales des entreprises engagées dans l'économie internationale a commencé en effet voici près d'un siècle<sup>4</sup>. Mais l'expansion, d'ampleur jusqu'alors inconnue, de la production et des échanges internationaux, qui a caractérisé le troisième quart du vingtième siècle devait donner à ce phénomène une toute autre dimension<sup>5</sup>, dans le même temps que l'accession à l'indépendance de territoires naguère colonisés ou «protégés» avait les heurts entre ces entités économiques internationalement disséminées et de bien fragiles entités politiques, comme la méfiance d'Etats théoriquement souverains à l'égard d'entreprises pratiquement toutes puissantes.

2. Aussi bien, si les lois étatiques, les résolutions ou les déclarations des organisations internationales, de même que les propositions que l'on tente d'élaborer constituent des instruments juridiques, puisqu'elles établissent ou visent à établir des règles contraignantes, ou à tout le moins

1976), Conseil Economique et Social, Documents officiels: soixante et unième session, Suppl. n° 5; *Bureau International du Travail*, Les entreprises multinationales et la politique sociale, Genève 1973; Possibilité d'établir des principes internationaux sur la politique sociale pour les entreprises multinationales, Genève 1976; *Organisation de Coopération et de Développement Economique*, Investissement international et entreprises multinationales, Paris 1976; *Commission des Communautés Européennes*, Les entreprises multinationales et la Communauté, Bull. des C.E., Suppl. 15/73.

<sup>3</sup> Voir les documents de la Commission des Sociétés Transnationales, le Rapport sur l'élaboration d'un Code de conduite, les documents de l'OCDE et de la Commission des Communautés européennes cités *supra*, note 2.

<sup>4</sup> On peut citer, par exemple, parmi les entreprises multinationales fondées au XIXe siècle ou au début de celui-ci: International Telephone and Telegraph Corporation (ITT), Unilever et les grandes compagnies pétrolières.

<sup>5</sup> Voir par ex. les tableaux statistiques formant l'Annexe III du doc. des Nations Unies ST/ECA/190, cité *supra*, note 2; *Nations Unies, Conseil Economique et Social*, Renseignements sur les sociétés transnationales, Rapport préliminaire du secrétariat, Doc. E/C.10/11 Add. I; on notera également les indications données par M. Jacques Maisonrouge, au Colloque de l'OCDE (Paris, janvier 1975) selon lesquelles la production à l'étranger des entreprises multinationales, qui représentait en 1968 23% du PNB des pays non socialistes, devrait représenter 53% de ce PNB en 1981.

incitatives<sup>6</sup>, leur inspiration comme leur objectif sont essentiellement politiques et sociaux. Encore pourrait-on penser (à condition de donner à «social» son sens le plus large) qu'il en est bien ainsi de toute règle de droit, non sans qu'il soit cependant observé que la justice, ici, n'est pas recherchée comme le résultat direct de la règle, mais comme le fruit médiat d'une politique économique et sociale que la règle a mission de réaliser.

Au surplus, la recherche juridique elle-même ne tient, dans la masse, on l'a dit, considérable des travaux consacrés aux entreprises multinationales, qu'une place limitée, ou indirecte. Le Rapport préliminaire du Secrétariat sur les «recherches sur les sociétés transnationales», présenté à la deuxième session de la Commission des sociétés transnationales (Lima, 1er-12 mars 1976)<sup>7</sup> l'atteste, qui après d'importants développements consacrés aux études ayant pour objet les questions économiques, politiques et socio-culturelles liées à ces sociétés ne fournit que d'assez brèves observations sur «quelques incidences juridiques»<sup>8</sup> – tout en soulignant, il est vrai, que «les aspects juridiques des activités des sociétés transnationales intéressent pratiquement toutes les questions abordées dans le... document». Quant à la Commission des Nations Unies pour le Droit du Commerce International, elle a fait élaborer, en 1973, un questionnaire relatif aux entreprises multinationales, adressé à diverses organisations internationales, et en particulier à l'Institut, qui y a répondu<sup>9</sup>; mais il ne semble pas, à la date où le présent rapport est rédigé, que la CNUDCI ait accordé une priorité à l'examen des questions juridiques qui y étaient énoncées<sup>10</sup>.

3. L'Institut de Droit international a estimé qu'il devait apporter sa contribution à ce foisonnement de recherches et de propositions, en entreprenant l'examen, sous l'angle juridique qui est le sien, de quelques-uns des problèmes liés au développement des entreprises multinationales.

On notera cependant dès l'abord que procéder à cet examen sur le terrain du droit ne signifie pas que l'on ignore la substance politique, économique et sociale de son objet. Plus particulièrement, M. *Seidl-Hohenv*

<sup>6</sup> Voir par ex. le document des Nations Unies E/C 10/17 et les documents de l'OCDE et de la Commission des Communautés Européennes cités *supra*, note 2.

<sup>7</sup> Cité *supra*, note 1.

<sup>8</sup> *Ibid.*, pp. 49s.

<sup>9</sup> Voir Exposé préliminaire, par. 3.

<sup>10</sup> Voir Rapport de la CNUDCI sur les travaux de sa neuvième session, 12 avril – 7 mai 1976, Assemblée Générale, Documents officiels: trente et unième session, Suppl. n° 17 (A/31/17), par. 73, p. 56.

*dern* a attiré notre attention sur la nécessité de tenir compte du climat actuel des débats à l'ONU; «là», écrit notre confrère, «la tendance dominante, représentée par le front uni des pays en voie de développement et des Etats socialistes, veut changer la situation actuelle des entreprises multinationales, à l'exception de celles dépendant de ces Etats eux-mêmes...» alors que «les pays industrialisés à économie de marché y sont engagés dans une opération de repli stratégique. Ce n'est donc guère le moment», estime notre confrère, «d'avancer des propositions visant à améliorer le statut d'entreprises pareilles».

4. A la vérité, dans la mesure où il déciderait d'élaborer des propositions, où plus prudemment de formuler des suggestions pour faire avancer la réflexion sur les problèmes qu'il a choisi d'étudier, l'Institut n'a pas, semble-t-il, à les façonner en fonction de leur caractère avantageux – ni désavantageux – pour les entreprises multinationales. Il lui appartient en effet de rechercher comment la règle de droit – existante ou à forger – peut, ici comme ailleurs, jouer son rôle propre, qui est d'assurer un juste équilibre entre des intérêts réellement ou apparemment opposés. Cette recherche doit certes conduire à prêter la plus grande attention aux besoins et aux aspirations des pays en développement, sans pour autant totalement méconnaître la protection d'entreprises que l'on ne saurait condamner aux seuls motifs qu'elles sont de caractère privé, et que leur implantation et leurs activités ne sont pas limitées au territoire d'un seul Etat.

Il est vrai aussi que l'Institut doit se garder des utopies, et plus simplement éviter de présenter des suggestions qu'il n'existerait pratiquement aucune chance de voir tant soit peu suivre. Il doit rechercher le souhaitable, mais proposer le possible: c'est dans cet esprit que sera établi le projet de résolutions proposé par le rapporteur.

5. Aussi bien, et pour commencer, c'est le contexte politique dans lequel s'inscrivent présentement tous les débats et les travaux relatifs aux entreprises multinationales qui a déterminé le choix qu'il était indispensable de faire parmi les multiples problèmes que celles-ci font surgir.

Au cœur de ces problèmes se trouvent en effet les rapports entre les entreprises multinationales d'une part, et, d'autre part, les cadres séparés, mais aussi superposés et rassemblés des collectivités humaines que sont les Etats souverains, leurs organisations régionales et l'Organisation des Nations Unies.

Il ne saurait en être autrement: on verra en effet<sup>11</sup> que l'entreprise

<sup>11</sup> Voir *supra*, par. 8s.

multinationale se caractérise par le dualisme – actuellement contradictoire – entre son unité, ou à tout le moins son haut degré de coordination économique, et la pluralité de ses établissements dans des Etats souverains différents. Chacun de ces établissements se trouve en face de l'Etat où il est implanté, qui revendique sur lui une compétence dont la légitimité de principe paraît, de prime abord, évidente; mais ces légitimités sont multiples, comme les implantations elles-mêmes, si bien que les compétences qu'elles fondent interfèrent, et doivent être réparties.

C'est donc la *répartition des compétences* relatives aux entreprises multinationales que la Deuxième Commission a décidé de placer au centre de sa recherche; plus précisément, peut-on dire, celle-ci porte sur la détermination des domaines respectifs de chacune des compétences qui prétendent ou paraissent avoir vocation à s'exercer à leur égard.

6. Les *manifestations* de ces compétences sont de deux types. L'entreprise multinationale peut en effet en être, en quelques sorte, le *sujet actif*, en ce sens qu'elle est à l'origine d'une revendication présentée pour son compte, ou pour celui des personnes physiques ou morales qui sont les détenteurs ultimes des intérêts qu'elle rassemble; c'est le problème de l'exercice, à leur profit, de la *protection diplomatique* qui est ainsi posé. Mais des compétences revendiquées à son égard, l'entreprise multinationale est aussi le *sujet passif*, car elles se traduisent par l'exercice du *contrôle*<sup>12</sup> qu'elle subit: ici encore, la pluralité des implantations territoriales conduit à la multiplicité des détenteurs concevables des pouvoirs de contrôle, que l'on doit dès lors tenter de répartir.

Dès à présent rencontrée dans l'exercice des compétences, la dualité pourrait, à l'avenir, apparaître dans le caractère national ou international de l'entité qui les détient. Actuellement, cette entité est toujours un Etat souverain; c'est la conséquence de la multinationalité juridique (ou à tout le moins, on le verra, territoriale) de l'entreprise, mais qui ne rend pas compte de son unicité économique transnationale.

Or, la répartition des compétences qui les concernent peut dépendre du rattachement de l'entreprise multinationale et de ses éléments constitutifs à l'un ou à l'autre des Etats où ceux-ci sont territorialement localisés; mais l'on peut se demander également si la transnationalité de l'entreprise ne devrait pas déterminer un dépassement de ces rattachements nationaux, et conduire à la faire directement dépendre d'une organisation régionale, ou de l'Organisation des Nations Unies. On pose ainsi le pro-

<sup>12</sup> La notion de contrôle sera ultérieurement précisée (voir *infra*, par. 71s.)

blème du *rattachement juridique*<sup>13</sup> de l'entreprise multinationale, et en définitive, celui de sa *multinationalité* ou de sa *transnationalité*, préalable à celui de la répartition des compétences.

Telle est, dans son *objet*, la recherche dont le présent rapport rend compte, étant seulement précisé que pour illustrer la répartition des compétences, l'on a choisi les deux exemples de l'application des règles de concurrence et du droit applicable à certains contrats des entreprises multinationales.

Mais il conviendra encore, avant de s'y engager, d'en circonscrire le *domaine*, en tentant, sinon de définir de manière rigoureuse l'entreprise multinationale, du moins d'en dégager les traits caractéristiques.

7. En ayant ainsi tracé les limites de la réflexion qu'elle propose à l'Institut, la Deuxième Commission n'a bien sûr point ignoré que celle-ci serait rien moins qu'exhaustive. Elle ne s'attache pas en effet – ou du moins pas directement – à bien d'autres sujets dont l'intérêt n'est pas moindre: il suffit, pour s'en convaincre, de songer aux rapports entre l'entreprise multinationale et ceux qui comme actionnaires ou comme créanciers, lui fournissent ses moyens financiers; aux relations individuelles et collectives entre l'entreprise et ceux qui lui apportent leur travail; aux problèmes, enfin, tant débattus de la fiscalité des entreprises multinationales, et à ceux que font naître les prix de transfert de biens et de services et les transferts de technologie dont l'entreprise multinationale est le cadre.

Est-il besoin de dire que si ces sujets n'ont pas été retenus, ce n'est aucunement parce qu'ils auraient été considérés comme moins importants? Il était de toute manière nécessaire, on l'a dit, de choisir; et le choix s'est porté sur ce qui paraît constituer le noyau central des questions spécifiques que pose l'entreprise multinationale, et peut-être le point de départ des réponses qu'elles appellent. Il est dès lors permis d'espérer que cette première réflexion, et les suggestions qu'elle a déterminées, feront avancer la recherche sur celles de ces questions qui n'en forment pas directement l'objet.

#### *I. Les traits juridiquement caractéristiques de l'entreprise multinationale. – Recherche d'une définition*

8. Le rapporteur a déjà rappelé, dans l'exposé préliminaire, que de nombreuses définitions de l'entreprise multinationale (ou d'organismes

<sup>13</sup> Cette notion sera précisée ci-dessous (voir *infra*, par. 18s)

comparables, mais différemment dénommés) ont été proposées, dont beaucoup sont séparées entre elles par bien plus que des nuances<sup>14</sup>. Cette multiplicité et cette variété s'expliquent par la diversité des structures ou des modèles que peut emprunter une activité économique s'exerçant dans plusieurs pays, et qui ont conduit à diverses tentatives de classification et à des «typologies» des entreprises empiriquement considérées, *a priori*, comme multinationales, sans que l'on ait toujours tenté de dégager avec suffisamment de précision leurs traits caractéristiques<sup>15</sup>; le secrétariat de la Commission des sociétés transnationales paraît du reste se satisfaire de cette «identification empirique»<sup>16</sup>.

9. Les membres de la Deuxième Commission ont cependant estimé qu'elle n'était pas satisfaisante.

Dès lors que l'on considère, en effet, que l'entreprise multinationale peut et doit faire l'objet de règles spécifiques, il est nécessaire de déterminer le champ d'application de ces règles, et l'on ne peut y parvenir qu'en définissant, ou à tout le moins en caractérisant leur objet. Mais il va de soi que ce ne doit pas être là un exercice abstrait, ni une prise de position *a priori*. En d'autres termes, il ne s'agit pas de décider d'abord ce qu'est l'entreprise multinationale, pour édifier ensuite son régime juridique. Il convient, tout au contraire, de déceler, pour commencer, les problèmes spécifiques qu'a fait naître l'exercice, par certaines entreprises, d'activités économiques internationales, puis de tenter de dégager les traits communs de ces entreprises. Il ne semble pas que les observations de Mme Bastid, qui marque sa préférence pour un *type de définition*, plutôt que pour une définition rigoureuse, et pense qu'à partir de là, le régime juridique des entreprises multinationales pourrait s'appliquer par analogie, lorsque l'on serait en présence d'une organisation répondant à ce type s'écartent sensiblement de cette conception; ni celles de M. Lalive, qui estime qu'il devrait s'agir surtout d'une «définition de travail», encore que l'on puisse souligner à nouveau que la définition ou le type de définition choisi

<sup>14</sup> Voir par ex. le recensement de diverses définitions in Doc. ST/ECA/190, cité *supra*, note 2, Annexe II, pp. 121s.

<sup>15</sup> Voir à ce sujet le document cité *supra*, note 14; Fatouros, *The Computer and the Mud Hut: Notes on Multinational Enterprises in Developing Countries*, 10 *Columbia Journal of Transnational Law* 325 (1971); Homer G. Angelo, *Multinational Corporate Enterprises*, Rec. Cours Académie de droit international 1968. III. 442, pp. 470s.; Oppetit, *Les sociétés multinationales et les Etats nationaux*, Mélanges Bastian, Paris 1974, Vol. 1, pp. 161s., 162.

<sup>16</sup> Doc. E/C. 10/12 pp. 10s.

devrait permettre de désigner les entreprises qui soulèvent des problèmes spécifiques, appelant un «traitement» juridique particulier.

10. Or, ces problèmes spécifiques résultent essentiellement de l'existence, dans plusieurs pays, d'établissements qui constituent des *centres de profit*<sup>17</sup>, dont la gestion est coordonnée par un *centre de décision* situé dans l'un de ces pays, ou dans un autre pays.

Il convient cependant de préciser que si le lien entre cette structure et certains des problèmes évoqués est manifeste, d'autres au contraire peuvent surgir même en son absence, et de dire pourquoi, cependant, ce caractère *structurel* de l'entreprise a été préféré à d'autres, pour la définir comme multinationale.

11. La répartition, entre plusieurs Etats, des compétences de contrôle ou de la protection diplomatique, découle – comme on l'a déjà montré dans l'exposé préliminaire – de la combinaison que certaines entreprises réalisent entre une *action économique centralisée*, affectant l'ensemble ou de vastes régions du marché mondial, et une pluralité d'*établissements situés sur le territoire d'Etats souverains différents*. Cette opposition entre l'unité économique transnationale et le pluralisme juridique multinational permet, pense-t-on, à l'entreprise de répartir au mieux de ses intérêts, mais non nécessairement de ceux des Etats et de la collectivité internationale, les charges, les risques et les sources de profits, et d'opposer une action coordonnée à des contrôles étatiques divisés, et pouvant entrer en conflit; elle l'expose, d'autre part, à la multiplicité de ces contrôles et des mesures qui en peuvent découler à l'égard de ses divers établissements, mais qui l'affectent dans son ensemble, et à la difficulté d'obtenir, à l'égard de ces mesures, la protection d'un Etat autre que celui qui les prend (et qui ne l'assumera naturellement pas).

Sans doute de telles situations ne sont-elles pas exclues, même lorsqu'une entreprise exerce une activité économique internationale à partir d'un établissement unique, situé, par conséquent, dans un seul pays. Ainsi, l'Etat (autre que celui de sa localisation territoriale) où l'entreprise vend ou achète des marchandises, fait ou reçoit des prestations de services, pourra être amené à intervenir dans cette activité par l'application de sa loi aux contrats qui en forment le moule juridique, par la compétence de ses juridictions dans les litiges qu'elle fait naître, voire par sa fiscalité

<sup>17</sup> Voir *Cl. Lazarus, Ch. Leben, A. Lyon-Caen, B. Verdier, L'entreprise multinationale face au droit*, Recherche de l'Université de droit, d'économie et de sciences sociales de Paris, sous la direction de *B. Goldman et Ph. Francescakis*, Paris 1977, n° 137s., 219s.

(du moins indirecte) et par sa législation sur la concurrence, si l'on admet que la seule localisation des effets de pratiques restrictives suffit pour rendre celle-ci applicable. Bien plus difficilement, en revanche, peut-on imaginer que le seul exercice d'une activité, sans le support d'un établissement, puisse faire surgir des problèmes sociaux spécifiques; et pas davantage on ne voit comment elle pourrait entraîner la fixation de prix de transfert différents des prix du marché, ou des transferts de technologie.

Mais à considérer même les problèmes de compétence législative ou juridictionnelle, de fiscalité ou de réglementation de la concurrence, qui paraissent communs à la *structure multinationale* et à l'*activité internationale*, on constate, tout d'abord, qu'ils se posent avec une bien plus grande acuité dans la première hypothèse que dans la seconde. L'application de la loi d'un Etat ou l'intervention des juges de celui-ci à l'égard d'un certain nombre de contrats, qui manifestent «ponctuellement» l'activité sur son territoire d'une entreprise étrangère, ne peut en effet affecter cette entreprise avec la même intensité, ni la même ampleur que l'exercice d'un contrôle par vocation permanent, sur des établissements durablement implantés hors du pays où se trouve son centre de décision; réciproquement, du reste, en l'absence d'un tel établissement, l'activité de l'entreprise ne peut que bien plus difficilement être source de heurts avec l'Etat où elle s'exerce.

Au surplus, à vouloir appréhender cette activité dans le régime juridique des entreprises multinationales, celui-ci perdrait sa spécificité et se diluerait dans une réglementation d'ensemble des échanges économiques internationaux; or, il est manifeste qu'une telle réglementation ne peut pas avoir pour objet de répondre aux préoccupations que fait naître la multiplicité d'implantations territoriales d'établissements dépendant d'un centre de décision unique.

12. Telles sont les raisons pour lesquelles ceux des membres de la Deuxième Commission qui ont répondu au questionnaire accompagnant l'exposé préliminaire se sont tous ralliés, on l'aura constaté, à une définition *structurelle*, ou à un type *structurel* de définition, qui caractériserait l'entreprise multinationale devant faire l'objet d'un régime juridique spécifique par l'existence d'un *centre de décision* dans un pays (le «pays d'origine», «home country») – étant observé que dans au moins deux exemples aussi connus qu'importants<sup>18</sup>, ce centre de décision est situé

<sup>18</sup> Unilever et Royal Dutch-Shell.

simultanément dans deux pays – et de plusieurs établissements (*centre de profit*) localisés dans un certain nombre d'autres pays («pays-hôtes», ou «pays d'accueil», «host-countries»), sans qu'il leur ait paru nécessaire de réserver cette qualification aux entreprises composées de sociétés distinctes, et de l'exclure pour celles qui exploitent des établissements non personnifiés (encore que, on le verra, certains des problèmes examinés ne se posent pas dans cette seconde hypothèse).

13. En retenant ce type de définition, l'on ne néglige pas pour autant l'importance de l'*activité* économique internationale des entreprises multinationales, sinon comme source de problèmes juridiques spécifiques, du moins comme facteur des réponses à leur apporter. En fait – et l'on doit rappeler ici l'opinion de M. *Jessup*, qui pense que le critère opérationnel (fondé sur l'activité) est compris dans le critère structurel – le rapporteur estime qu'en raison même de la dissémination multinationale de ses établissements, l'entreprise considérée aura nécessairement une activité internationale de volume important<sup>19</sup>; et l'on admettra aussi que plus cette activité est importante, plus les problèmes spécifiques découlant de la structure de l'entreprise prennent de l'acuité. C'est par ce biais que l'activité de l'entreprise doit être prise en compte dans l'aménagement de son régime juridique.

14. Au reste, si la structure de l'entreprise multinationale apparaît ainsi comme son trait fondamental, peu importe l'*objet* de l'activité économique qu'elle exerce: qu'elle se livre à une *production* internationale, ou seulement à des *échanges* internationaux, l'entreprise à structure multinationale doit entrer dans le champ d'application d'un régime juridique propre.

Autrement dit, et ainsi qu'il l'a déjà écrit dans l'exposé préliminaire, le rapporteur ne pense pas que la qualification d'entreprise multinationale doive être réservée aux entreprises se livrant à une activité de *production*, sans s'étendre à celles qui ne pratiquent que le *commerce international*<sup>20</sup>. S'il est vrai, en effet, que c'est l'activité de production qui concerne le plus directement la souveraineté et les intérêts fondamentaux des Etats d'accueil, car elle se traduit par l'exploitation de leurs richesses naturelles et la participation à leur développement industriel<sup>21</sup>, il demeure que par

<sup>19</sup> Voir les indications statistiques citées *supra*, note 5.

<sup>20</sup> Voir par ex.: Déclaration de M. *Marcus Wallenberg*, Chairman, Skandinavisk Euskieda Banka, Doc. ST/ESA/15, cité *supra*, note 2, p. 444.

<sup>21</sup> Voir notamment les indications fournies par M. *Maisonrouge*, citées *supra*, note 5; Doc. ST/ECA/190, cité *supra*, note 5, notamment Tableaux 2 et 3, pp. 111s.

le fait de s'exercer à partir d'établissements territorialement implantés, l'activité d'échanges modifie la nature des rapports entre l'entreprise et l'Etat d'accueil; on n'est plus alors dans le domaine général du commerce international, mais dans celui, plus circonscrit et plus spécifique des entreprises multinationales.

15. Pas davantage il n'y a lieu semble-t-il de retenir, pour caractériser l'entreprise multinationale, deux autres critères que l'on a pu parfois évoquer.

a) Il s'agit, tout d'abord, de la *taille* de l'entreprise.

Non sans une hésitation dont il a indiqué les raisons dans l'exposé préliminaire, le rapporteur a estimé, en effet, qu'il n'y avait pas lieu d'en tenir compte pour définir l'entreprise multinationale, essentiellement pour deux motifs. *Rationnellement*, d'une part, le «facteur quantitatif» est étranger à l'opposition entre l'unité économique et le pluralisme juridique qui est, on le rappelle à nouveau, le caractère fondamental de l'entreprise multinationale; d'autre part – et surtout – il serait fort difficile de déterminer un «minimum quantitatif» de l'entreprise multinationale, et de le fonder juridiquement.

M. Monaco a cependant estimé qu'«étant donné l'importance, sinon juridique, certainement économique, de la taille de l'entreprise, cet élément devrait entrer en ligne de compte aux fins de notre recherche». L'observation est parfaitement fondée, mais elle peut, semble-t-il, être prise en compte dans les suggestions relatives aux éléments du régime juridique propre des entreprises multinationales; l'on n'aura garde en effet d'oublier, en les élaborant, que pratiquement, ce régime est fait pour des entreprises importantes, ce qui ne peut pas manquer d'avoir une influence sur son contenu.

b) L'élimination du critère de la *nationalité* des dirigeants de l'entreprise appelle bien moins d'hésitations, et n'en a du reste point suscité parmi les membres de la Deuxième Commission. En fait, l'on a déjà pertinemment observé que la multinationalité de l'entreprise se reflétait rarement dans celle de ses dirigeants, du moins à un niveau élevé<sup>22</sup>. Réciproquement, celle-ci ne saurait conditionner celle-là, car l'acuité des problèmes politiques, économiques et sociaux que fait naître l'entreprise implantée dans plusieurs pays, mais dont l'activité est commandée ou contrôlée à partir d'un seul, n'est aucunement atténuée par la «mono-

<sup>22</sup> Voir *Kenneth Simmonds*, *Multinational? Well, Not Quite*, in *World Business, Promise and Problems*, New York and London, 1970, pp. 43s.

nationalité» des dirigeants du centre de décision; le contraire pourrait même se rencontrer.

16. Tels sont les divers aspects de la recherche et des travaux de la Deuxième Commission qui ont conduit au choix du type de définition par lequel on se propose de conclure cette première partie du rapport.

Mais il convient encore, auparavant, d'attirer l'attention sur un problème terminologique de grande importance.

Le rapporteur a rappelé, dans l'exposé préliminaire, la diversité des expressions utilisées, non seulement par les auteurs, mais dans les documents émanant des Nations Unies, pour étudier ou traiter ces entreprises à ramifications territoriales multiples, sans trop se soucier de les définir; on a montré aussi que l'ONU elle-même était passée, en fort peu de temps, et sans changer l'objet de ses travaux, d'«entreprises multinationales» à «sociétés transnationales»<sup>23</sup>.

M. Jessup a pertinemment attiré l'attention sur ce point, en exprimant le vœu que l'Institut adopte l'expression «*entreprises transnationales*». On constatera, dans la suite du présent rapport, que ce choix pourrait être riche de signification, mais qu'il dépend peut-être de la position que l'Institut prendra sur l'éventualité d'un rattachement de ces entreprises à la collectivité internationale.

17. Les observations qui précèdent conduisent à proposer à l'Institut d'adopter une *première résolution*, préconisant que les entreprises formées d'un *centre de décision* localisé dans un pays et de centres de profit, constitués ou non sous forme de personnes juridiques distinctes, localisés dans un ou plusieurs autres, devraient être considérées comme des entreprises multinationales (ou transnationales) et que l'élaboration d'un régime juridique propre à ces entreprises pourrait contribuer à la solution des problèmes politiques, économiques et sociaux qu'elles font naître.

## *II. Le «rattachement» des entreprises multinationales – Multinationalité ou transnationalité ?*

18. L'ambiguïté fondamentale de l'entreprise multinationale, économiquement unique (ou à tout le moins coordonnée) et par là, transnatio-

<sup>23</sup> Cette évolution terminologique peut être constatée à l'examen du document ST/ECA/190 et des Rapports sur les sessions de la Commission des sociétés transnationales, cités *supra*, note 2.

nale, mais juridiquement multiple, et de ce point de vue plurinationale, conduit à s'interroger, d'une part, sur l'identification et la portée des liens qui la rattachent aux Etats où sont situés son centre de décision et ses centres de profit; d'autre part, sur l'éventualité et sur la portée (elle aussi, bien entendu, éventuelle) d'un lien entre l'entreprise multinationale et la collectivité internationale organisée, qui pourrait être rapproché de celui qui existe entre une personne morale et un Etat national.

Pour l'essentiel, cette interrogation a conduit le rapporteur à envisager, dans l'exposé préliminaire, d'abord l'*inflexion* possible de la détermination et des conséquences des rattachements nationaux des éléments constitutifs de l'entreprise multinationale; puis, l'hypothèse d'un rattachement «international», «transnational» ou «supranational», ou à défaut, d'un enregistrement international de l'entreprise multinationale considérée dans son unité.

19. Or, plusieurs des réponses reçues aux questions traduisant cette double préoccupation ont fait apparaître deux difficultés préalables: l'une signalée par M. *Seidl-Hohenveldern*, proviendrait du danger pour l'Institut de proposer un «régime de faveur» pour les entreprises multinationales; l'autre, à vrai dire fondamentale, que M. *Lalive* indique expressément, mais que d'autres réponses impliquent, serait de définir la portée du «rattachement juridique».

On souhaite s'en expliquer d'abord, pour examiner ensuite les questions que le rapporteur avait proposées à l'attention de ses confrères.

#### A. Difficultés préalables

##### 1. Le «traitement de faveur»

20. Compte tenu de la «méfiance générale envers les entreprises multinationales», M. *Seidl-Hohenveldern* craint fort que des propositions visant à leur accorder un régime plus favorable que le droit commun soient irréalisables; or, c'est à «une sorte de régime de faveur» que paraissent aboutir, estime notre confrère, les propositions envisagées dans l'exposé préliminaire (et plus généralement, peut-être, toute proposition qui déduirait, des traits propres aux entreprises multinationales, des conséquences juridiques spécifiques).

Mais on a déjà dit que l'Institut devait tenir compte du possible, sans renoncer, pour autant, à définir le souhaitable et plus précisément, à faire apparaître les conséquences juridiques que la structure des entreprises

multinationales devrait comporter, et les moyens juridiques qui permettraient d'approcher l'équilibre des intérêts affectés par leurs activités.

21. Au surplus – et pour s'en tenir au problème du rattachement, ici examiné – il n'est pas certain qu'à infléchir celui des sociétés filiales pour tenir compte de leur dépendance par rapport à la société-mère soit toujours une «faveur» pour les premières, et partant, pour l'entreprise dans son ensemble. Dans les rapports avec le pays du siège de la filiale, les conséquences d'une telle directive seraient en effet favorables ou défavorables, selon l'attitude politique et le contenu des lois de ce pays à l'égard de sociétés, sinon étrangères, du moins comportant un élément d'extranéité; d'autre part, la prise en compte des liens avec le pays de la société-mère pourrait peut-être légitimer une protection par le pays de celle-ci de la filiale, mais aussi soumettre cette dernière à un contrôle supplémentaire.

#### 2. La portée du «rattachement juridique»

22. Pour décider si l'on doit tenir compte du caractère propre de l'entreprise multinationale, «beaucoup dépend . . . à l'évidence», écrit M. *Lalive*, «de la portée que l'on attribue à la notion de 'rattachement juridique de la filiale'; puis, par les observations très substantielles qu'il présente sur l'ensemble des questions relatives au rattachement, notre confrère montre parfaitement la difficulté de définir cette portée, mais aussi la nécessité de la préciser.

De son côté, Mme *Bastid* souligne que «le rattachement juridique au pays de la société-mère ne devrait être prévu que dans certaines limites», car «la création et le fonctionnement de la filiale relèvent normalement de la loi du siège». On notera aussi que M. *Reese* pense qu'une distinction devrait être faite entre les matières concernant les relations de la société-mère avec ses filiales et celles concernant les tiers; les questions du premier type se prêteraient à l'application de la loi de la société-mère, alors que l'Etat où la filiale est constituée devrait être libre de régler les relations de celle-ci avec les tiers, de même qu'il devrait avoir compétence pour protéger ceux de ses nationaux qui achètent des actions ou souscrivent des obligations de la filiale.

23. On n'échappe pas, autrement dit, à l'ambiguïté bien connue du «rattachement» d'une société à un Etat: s'agit-il d'un lien comparable à la nationalité des personnes physiques (qui peut avoir pour conséquence que la loi de cet Etat gouverne la constitution et le fonctionnement de la société), ou bien d'un facteur de détermination directe de la loi applicable

à la société ou à son activité, se situant exclusivement dans le domaine du règlement des conflits de lois ?

En dépit de l'obscurité qui l'entoure quelquefois, cette question peut semble-t-il recevoir une réponse assez simple, dans l'hypothèse courante d'une société unique et «isolée» – ne faisant pas, autrement dit, partie d'une entreprise multinationale.

On peut alors dire, en effet, que dans la mesure où il transpose, pour les personnes morales, la nationalité des personnes physiques, le lien entre cette société et un Etat détermine, d'une part, sa condition de ressortissant de cet Etat et d'étranger par rapport aux autres, et qu'il a en outre pour conséquence, dans les systèmes de règlement de conflits de lois qui rattachent le statut personnel à la loi nationale, de donner compétence à la loi de l'Etat dont la société a la «nationalité» pour tout ce qui concerne sa constitution, son organisation, son fonctionnement interne et ses rapports avec les associés. Pour le surplus, la loi applicable, non plus à vrai dire à la société elle-même, mais à son *activité*, sera déterminée selon les règles de conflit du for; ce pourra être, mais par coïncidence, sa loi «nationale», mais elle sera alors désignée en fonction d'autres facteurs de rattachement, et en particulier de ceux qui déterminent la loi applicable aux contrats et à la responsabilité délictuelle.

On doit cependant admettre – et c'est, semble-t-il, la source de la difficulté signalée par M. *Lalive*, et implicitement considérée par Mme *Bastid* et M. *Jessup* – que lorsqu'il s'agit d'une société faisant partie d'un groupe multinational, cette séparation entre la détermination de la «nationalité» et celle, *indépendante*, de la loi applicable pourrait ne pas être maintenue.

Pour raisonner, à cet égard, sur les exemples indiqués par nos confrères, on admettra aisément que tout comme une société isolée, la filiale est soumise, quant à son organisation et à son fonctionnement interne, à sa loi personnelle, c'est-à-dire à sa loi nationale, dans les systèmes qui rattachent le statut personnel à la nationalité (étant à nouveau observé que la nationalité étant généralement fondée, dans ces systèmes, sur la localisation du siège social réel, cette désignation coïncidera avec celle de la loi du domicile dans les autres systèmes, du moins lorsque le domicile lui-même revêt les caractères d'un tel siège social). Qu'il s'agisse, en revanche, des rapports de la société filiale avec les tiers, ou entre la société-mère et société filiale – exemples cités par M. *Reese* – on conçoit que la désignation de la loi appelée à les régir puisse ne pas être faite de la même manière que pour une société isolée, et que l'on tienne compte, pour y

procéder, de l'«appartenance» de la société-mère et de la filiale aux Etats où elles ont respectivement leur siège; la même observation peut s'appliquer aux hypothèses de protection des actionnaires externes et des créanciers des filiales, évoquées par M. *Lalive*.

24. En définitive, pour les sociétés faisant partie d'un groupe multinational, le rattachement peut aller plus loin que la détermination d'une «nationalité», dont la désignation de la loi applicable à la société ne serait que la conséquence; sa portée peut s'étendre à l'ensemble des compétences d'autorités, législatives et juridictionnelles en concours, si bien que déterminer ce rattachement (ou plutôt *ces* rattachements, car ici, l'existence du groupe pourra commander une pluralité que l'on souhaiterait éviter, ou du moins que l'on regretterait lorsqu'elle concerne une société isolée), c'est déjà, comme le laisse également entendre M. *Lalive*, préfigurer la répartition des compétences.

## B. Détermination des rattachements

### 1. Rattachements «nationaux»

25. Que l'on envisage le rattachement d'une société à un Etat comme un lien de nationalité, ou seulement comme un facteur d'applicabilité de la loi de cet Etat à sa constitution, à son organisation et à son fonctionnement, il est permis de dire que son critère très généralement suivi est le *siège social*: selon une conception ou l'autre, la société a la «nationalité» du pays où le siège est fixé, ou est directement soumise, quant à son statut personnel à la loi de ce pays. Il est vrai que les caractères que cette localisation doit réunir pour constituer le facteur déterminant de la nationalité ou de la loi gouvernant le statut personnel de la société diffèrent sérieusement selon que l'Etat considéré suit la conception du siège réel ou celle du siège statutaire<sup>24</sup> ; mais s'agissant d'une société filiale qui fait

<sup>24</sup> On sait que cette divergence s'est manifestée, en particulier, lors des travaux de la Conférence de La Haye de droit international privé sur la reconnaissance mutuelle des sociétés, et dans la Convention du 1er juin 1956 ayant cet objet, ainsi que dans la Convention du 29 février 1968 entre les Etats membres d'origine de la CEE; Voir *B. Goldman*, Droit commercial européen, 3e éd., Paris 1975, n° 93s., 632s; La reconnaissance mutuelle des sociétés dans la Communauté économique européenne, in *Etudes juridiques offertes à L. Julliot de la Morandière*, Paris 1964, p. 175; The Convention between the Member States of the EEC on Mutual Recognition of Companies and Legal Persons, 6 *Common Market Law Review* 104 (1968-1969).

partie d'une entreprise multinationale, il est en fait peu probable qu'elle ne fixera qu'un siège statutaire dans le pays où elle exerce son activité, car elle risquerait, ce faisant, de s'y voir refuser la personnalité juridique.

26. La société filiale sera donc, *prima facie*, rattachée au pays de son siège social. Mais convient-il, et est-il possible, de tenir également compte de ses liens avec le pays de la société-mère, à travers celle-ci, qui est le centre de décision de l'entreprise multinationale?

Il était apparu au rapporteur, dès l'exposé préliminaire, que la réponse à cette question n'était pas *nécessairement* globale, c'est-à-dire que l'on ne serait pas contraint d'opter uniformément pour le rattachement au pays de la filiale, ou à celui de la société-mère; et il notait, en particulier, que le rattachement au pays du siège de la filiale devrait de toute manière subsister pour tout ce qui concerne la constitution, l'organisation interne et le fonctionnement de la société. Aussi bien M. *Lalive* observe-t-il fort opportunément que la réponse à la question posée *ne peut pas être* globale.

Réciproquement, les membres de la Deuxième Commission qui ont répondu au questionnaire sont quasi-unanimes à considérer qu'il doit être fait place, dans une certaine mesure, au lien entre la filiale et le pays de la société-mère. Seul M. *Seidl-Hohenveldern* paraît y être opposé en principe, tout en admettant la possibilité d'assouplir le rattachement exclusif de la filiale au pays de son siège social avec l'accord de ce pays, ou selon un mécanisme comparable à celui de la Convention de la BIRD, du 18 mars 1965, pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre Etats et ressortissants d'autres Etats.

27. On reviendra sur ces solutions, vers lesquelles il semble effectivement qu'il faille s'orienter. Mais il convient, auparavant, de s'interroger sur la possibilité de dégager un critère général de répartition des rattachements de la filiale entre le pays de son siège social et celui du siège de la société-mère – sans oublier que la possibilité doit être, ici encore, à la fois *rationnelle* (le critère doit être fondé en raison) et *effective* (son acceptation ne devrait point paraître exclue par avance).

On est alors tenté de revenir à la distinction, précédemment rappelée, entre le rattachement-nationalité et le rattachement-facteur de détermination de la loi applicable. Il faut en effet avoir le courage de dire qu'il ne serait nullement absurde de considérer – aussi longtemps que l'on se place dans la perspective d'un rattachement exclusivement national – que du *point de vue de la jouissance des droits* et de la soumission à des obligations imposées *dans l'intérêt de l'Etat ou comme expression de sa politi-*

que, la société filiale est étrangère dans le pays de son siège social et «nationale» dans celui de la société-mère. Dans la réalité des choses, en effet, la société filiale est un établissement qui peut, selon la conception que la société-mère se fait du contrôle qu'elle doit exercer, être aussi dépendant ou aussi relativement autonome qu'une succursale, un dépôt ou un atelier; son «incorporation» comme personne juridique résulte soit d'un choix de la société-mère, soit d'une obligation imposée par l'Etat d'accueil, mais ne modifie pas nécessairement la réalité économique et sociologique de l'entreprise.

S'agissant, en revanche, du «statut personnel» de la société filiale, celui-ci ne saurait être déterminé en fonction de la «nationalité» du pays de la société-mère qu'elle se verrait ainsi attribuer: on sait déjà, en effet, que la constitution, l'organisation et le fonctionnement d'une société doivent manifestement être régis par la loi de son siège social; et l'on doit inclure dans l'organisation – comme le suggère une observation de M. *Lalive* concernant l'arrêt récent du Conseil d'Etat français relatif à la *Compagnie des Wagons-Lits*, sur lequel on reviendra – la représentation collective des salariés et plus généralement les relations collectives de travail dans l'entreprise, sauf si celles-ci sont «internationalisées» par voie d'accords entre le groupe et l'ensemble de ses salariés.

Le rattachement (*pro parte*) au pays de la société-mère pourrait-il être pris en considération, comme le suggère M. *Reese*, pour désigner la loi applicable aux rapports entre la société-mère et les filiales? La difficulté est ici très sérieuse; car si, par exemple, la société-mère est allemande, admettra-t-on que moyennant la conclusion d'un «contrat de domination» avec une filiale étrangère, elle puisse donner des instructions aux dirigeants de cette filiale, que ceux-ci seraient tenus d'observer?<sup>25</sup> Cela ne paraît guère possible, car cette application de la loi de la société-mère se heurterait sans doute au principe d'indépendance des dirigeants d'une société que consacre la loi de la société filiale, et à l'obligation que celle-ci leur fait de n'user de leurs pouvoirs que dans l'intérêt de cette société, isolément considérée. Il pourrait cependant en être autrement si les deux législations connaissaient un tel pouvoir de commandement, mais l'aména-gaient différemment: l'application de la loi de la société-mère serait alors moins choquante, et se justifierait dans la mesure où les deux législations tiendraient compte, par hypothèse, des intérêts de groupe, dont la société-mère a la charge.

<sup>25</sup> Voir par ex., en droit allemand: Aktiengesetz, 6 sept. 1965, par. 291s.

M. Reese a soulevé également, on l'a vu, la question des rapports entre la société filiale et les tiers, et il lui paraît que c'est la loi du pays où la filiale est constituée qui devrait les gouverner. C'est effectivement la solution généralement proposée, en particulier lorsqu'il s'agit de la protection des actionnaires externes (si l'on peut considérer ceux-ci comme des tiers) et des créanciers de la filiale<sup>26</sup>. On peut cependant, là encore, se demander si au cas où seule la loi de la société-mère comprendrait des dispositions protectrices de ce genre, il ne serait pas légitime d'en faire profiter les actionnaires externes et les créanciers de la filiale; et en outre, au cas où de telles dispositions existeraient dans les deux lois, si les intéressés ne devraient pas pouvoir opter pour celle qui leur paraît la plus avantageuse.

28. Il va de soi que les observations qui précèdent ne tendent aucunement à proposer des solutions, mais uniquement à faire apparaître, par quelques exemples, les conséquences concevables d'un double rattachement de la société filiale, considérée comme un facteur de détermination de la loi applicable à ses rapports avec la société-mère ou avec les tiers: aussi bien verra-t-on bientôt que si on en admet le principe, les conséquences de ce double rattachement ne sauraient être déterminées de manière générale et abstraite.

Serait-il possible, en revanche, de proposer, en une formule générale, le rattachement de la filiale au pays de la société-mère, strictement compris comme une «nationalité», c'est-à-dire du point de vue de la jouissance des droits et de la soumission aux prescriptions fondées sur la politique générale et la politique économique et sociale de l'Etat?

Rationnellement, on l'a vu, cette solution serait défendable. Pratiquement, d'autre part, elle ne devrait pas se heurter, *dans tous les cas*, à l'hostilité du pays d'accueil, car celui-ci peut avoir avantage à considérer comme étrangère la société implantée sur son territoire, mais faisant partie d'un groupe multinational<sup>27</sup>.

<sup>26</sup> Voir les dispositions de la loi allemande du 6 sept. 1965, citées *supra*, note 25; cf. Commission des Communautés Européennes, Proposition modifiée d'un Règlement du Conseil portant statut des sociétés anonymes européennes, Doc. COM (75) 150 final, Luxembourg, 10 avril 1975, art. 223s; Centre d'études juridiques, Genève, Colloque international sur le droit international privé des groupes de sociétés (9-10 mai 1973), Genève 1973.

<sup>27</sup> La question a été soulevée, par exemple, au cours des travaux du groupe d'experts des Etats membres de la CEE tendant à l'élaboration d'une convention sur la fusion internationale: v. Rapport introductif, Bull. CE, Suppl. 13/73; v. aussi,

Il ne semble cependant pas que ce «rattachement-nationalité» doive et puisse être proposé à titre général. Il heurterait en effet *légitimement* les pays-hôtes, dont il mettrait la souveraineté en cause, et auxquels il pourrait avoir pour effet d'imposer, sur leur territoire, des mesures inspirées par la politique d'un Etat étranger, contraire ou différente de la leur; l'exemple, en France, de l'affaire *Fruehauf* – rappelé par M. *Lalive* – le prouve, où les membres du conseil d'administration représentant la société-mère américaine dans la filiale française ont prétendu empêcher celle-ci d'exécuter un contrat de livraison de remorques destinées à la République populaire de Chine, au motif qu'il était contraire à la législation américaine sur le commerce avec l'ennemi<sup>28</sup>.

29. Qu'il s'agisse, par conséquent, des rattachements-nationalité, ou des rattachements-facteur de détermination de la loi applicable, il est tout au plus possible d'indiquer des directives très générales de ce que pourrait être leur répartition entre le pays du siège de la filiale et celui du siège de la société-mère.

On dira alors (et toujours sous réserve d'un rattachement transnational, sur lequel on reviendra) que le point de départ de cette répartition semble devoir rester le rattachement au pays de la société filiale, mais que des correctifs devraient lui être apportés, pour tenir compte des liens de l'ensemble du groupe, et donc de chacune des filiales, avec le pays de la société-mère: «cette solution» (proposée dans l'exposé préliminaire) «pourrait être présentée», écrit Mme *Bastid*, «car elle tend à rétablir la portée juridique de l'effectivité du lien de rattachement que le mécanisme de création de filiales avec la participation majoritaire de la société-mère fait disparaître grâce à l'utilisation d'une technique artificielle».

Il est peut-être possible de dire que ces correctifs devraient être inspirés des premières directives suivantes:

– *négativement*, le rattachement à l'Etat du siège de la filiale ne devrait pas être mis en cause si cela avait pour conséquence de porter atteinte à la souveraineté politique et économique de cet Etat, ni, bien entendu, pour soumettre la constitution, l'organisation et le fonctionne-

pour les hésitations de la jurisprudence française: Cass. req., 12 mai 1931, *Remington*: S. 1932.1.57, note Niboyet; Cass. civ. III, 8 fév. 1972, *Société Shell Berre* et Cass. civ. I, 18 avr. 1972, *Overseas Apecot Ltd.*, *Journal du droit international*, 1973.218, note Oppetit.

<sup>28</sup> Paris, 22 mai 1965, D.S. 1968.147, JCP 1965.II.14 274bis; voir *William Laurence Craig*, Application of the Trading with the Enemy Act to Foreign Corporations owned by Americans, 83 *Harvard Law Review* 579 (1969-1970).

ment interne de la filiale (y compris ses relations collectives de travail) à la loi de la société-mère;

– *positivement*, en revanche, il pourrait être tenu compte du lien avec le pays de la société-mère pour permettre au pays du siège de la filiale de considérer celle-ci comme une société étrangère, mais à condition, dans ce cas, de lui reconnaître également les avantages de cette situation, s'il en existe dans son système juridique; pour déterminer les pouvoirs de la société-mère à l'égard de la filiale, à condition que le principe de tels pouvoirs soit admis par la loi de la société filiale; et aussi pour permettre aux actionnaires externes et aux créanciers de la filiale d'invoquer les dispositions protectrices de la loi de la société-mère, soit en l'absence de telles dispositions dans la loi du pays de la filiale, soit, lorsque les deux lois y pourvoient, en laissant aux intéressés la faculté d'invoquer celle qui leur paraît la plus avantageuse.

30. Il appartiendra à l'Institut de décider s'il doit formuler de telles suggestions, et l'on peut penser, ne fût-ce qu'en raison de leur caractère encore fort vague et lacunaire, que cela est pour le moins prématuré.

Mais l'on ne devrait pas pour autant, semble-t-il, se borner à affirmer le principe d'une certaine prise en compte des liens qui unissent la société filiale au pays de la société-mère. Non seulement, en effet, la compétence exclusive de la loi de la filiale à l'égard de la constitution, de l'organisation et du fonctionnement interne de celle-ci devrait être affirmée, mais les membres de la Deuxième Commission ont pensé aussi qu'il serait possible, et sans doute souhaitable, de suggérer le mécanisme par lequel une répartition des rattachements pourrait être accueillie en droit positif.

Ce mécanisme pourrait être inspiré de la Convention de 1965 de la Banque Mondiale, déjà citée; par des accords bilatéraux, ou par une convention multilatérale, un certain nombre d'Etats accepteraient d'abord le principe d'une répartition des rattachements; la convention pourrait en outre prévoir, soit des cas précis où le rattachement au pays de la société-mère serait admis, ou au contraire écarté, soit, et plus prudemment, que les Etats contractants se concerteraient cas par cas (par exemple à l'occasion de la constitution, par une société de l'un d'eux, d'une filiale sur le territoire de l'autre) pour préciser cette répartition.

Ce dernier procédé serait de plus proche de celui de la Convention de 1965, et M. *Lalive* n'a pas manqué de montrer les inconvénients déjà rencontrés dans l'application de celle-ci: dans les deux premiers arbitrages du CIRDA, en effet, l'Etat récepteur de l'investissement a invoqué l'existence de la société locale (filiale de l'investisseur étranger) pour formuler

des objections à l'institution de l'arbitrage. Ces inconvénients ne doivent pas être minimisés, et ils incitent à préférer des conventions comportant une répartition préalable des rattachements; mais il est peut-être trop optimiste d'espérer que de telles conventions puissent être conclues dans un avenir prévisible, si bien que l'on devrait semble-t-il préconiser, faute qu'elles interviennent, un accord-cadre très général, qui admettrait seulement le principe d'un rattachement partiel de la société filiale au pays du siège de la société-mère, en prévoyant la mise en œuvre de ce principe, cas par cas et au moyen d'accords particuliers.

*2. Rattachement ou enregistrement «international» ou «transnational»*

31. Quels que soient les aménagements que l'on tenterait d'apporter, par les procédés que l'on vient d'esquisser ou par d'autres, au rattachement des filiales à l'Etat de leur siège social, il faut bien reconnaître qu'il ne s'agira jamais que de solutions fragmentaires, souvent inspirées par l'opportunité plus que par des choix rigoureusement rationnels: cela n'est pas surprenant, puisque s'ils accentuent la *multinationalité* de l'entreprise, en faisant pénétrer celle-ci dans le statut juridique de chacun de ses éléments constitutifs, séparément considéré (au lieu de ne la laisser se manifester que par la diversité de leurs rattachements «mono-nationaux» respectifs), de tels aménagements ne rendent pas compte, en réalité, de la *transnationalité* de l'entreprise, qui devrait logiquement aboutir à la détacher, non seulement des Etats d'implantation de filiales, mais aussi de celui du siège de la société-mère<sup>29</sup>.

32. Aussi bien la conception d'un rattachement international de personnes morales dont l'objectif et l'action dépassent le cadre d'un seul Etat est moins récente que les réactions qu'elle provoque actuellement ne pourraient le faire croire<sup>30</sup>. Sans parler des propositions lui faisant au moins partiellement place pour les associations sans but lucratif, présentées par *Politis* en 1923 et par Mme *Bastid* en 1950 à l'Institut et approuvées par celui-ci<sup>31</sup>, on notera, en effet, que dès 1946, l'Ambassadeur des

<sup>29</sup> Voir *Detlev F. Vagts*, *The Multinational Enterprise: a new challenge for Transnational law*, 83 *Harvard Law Review* 739 (1969-1970), pp. 785s.

<sup>30</sup> Voir par ex. les déclarations de M. *Renato Lombardi*, président de la Chambre de Commerce Internationale, Doc. ST/ESA 15, cité *supra*, note 2, pp. 289s., et de M. *Altiero Spinelli*, *ibid.*, pp. 358s.

<sup>31</sup> Voir *Annuaire de l'Institut de Droit international*, Vol. 30, Session jubilaire de Bruxelles, 1923, p. 97; Vol. 43, Session de Bath, 1950, p. 547.

Etats Unis auprès des Nations Unies, exposant au Secrétaire Général de l'Organisation ce que pourraient être les objectifs d'une coopération économique internationale, déclarait qu'il conviendrait d'entreprendre des études sur le besoin et les méthodes d'une constitution internationale (*international incorporation*) d'entreprises privées, exerçant leur activité à une échelle internationale ou mondiale<sup>32</sup>. Deux ans plus tard, *Govare* présentait à l'International Law Association un projet de même inspiration<sup>33</sup>, et l'absence d'effet pratique de ces propositions n'empêchera pas la doctrine de continuer ensuite à préconiser, pour les entreprises internationales, ce détachement des Etats nationaux<sup>34</sup>.

On peut trouver l'expression sans doute la plus vigoureuse de cette tendance dans l'étude de l'ambassadeur *George W. Ball* «Cosmocorp; The Importance of Being Stateless»<sup>35</sup>. Le titre en est à lui seul un programme, et l'auteur y résume ainsi sa position: «The essence of this suggestion is that those artificial persons whom I have referred to as world corporations become quite literally citizens of the world».

33. On a déjà rappelé, dans l'exposé préliminaire, que l'idée d'une «internationalisation» des sociétés multinationales (alors que «dans la conjoncture actuelle (elles) continuent d'exister sous la forme d'entités nationales dotées de personnalité juridique»), avait timidement pénétré, sinon dans le droit international positif, du moins dans sa préparation, puisque le Rapport sur «les sociétés multinationales et le développement mondial», publié en 1973 par le Département des affaires économiques et sociales du Secrétariat de l'ONU lui fait une place, dans les termes cités<sup>36</sup>. On a dit aussi que la suggestion ainsi reprise, considérée comme utopique par ceux qui s'y sont référés, n'avait pas formé – et elle ne forme toujours pas – l'objet des travaux effectivement entrepris à

<sup>32</sup> Cité par *Angelo, op. cit. supra*, note 15, p. 552, note 6.

<sup>33</sup> International Law Association, Report of the 43rd Conference, Brussels, 1948, p. 265.

<sup>34</sup> Voir par ex.: *Angelo, op. cit. supra*, note 15, pp. 553s.; *F. P. Feliciano*, Legal Problems of Private International Business Enterprises, Rec. cours Académie droit international 1966 – II, pp. 209s., 219–220; *C. Wilfred Jenks*, Multinational Entities in the Law of Nations, in *Transnational Law in a Changing Society, Essays in Honour of Philip C. Jessup*, New York and London 1972, pp. 70s., 74; *R. E. Tindall*, Multinational Enterprises, New York and Leiden, 1975, pp. 130s.; cf. *Vagts*, article cité *supra*, note 29, pp. 787s.

<sup>35</sup> in *World Business, Promise and Problems*, edited by *Courtney C. Brown*, New York and London 1970, p. 330.

<sup>36</sup> Doc. ST/ECA/190, cité *supra*, note 2, p. 99.

l'ONU<sup>37</sup> – encore qu'à en juger par la dénomination qu'elle a reçue, la Commission des sociétés *transnationales* (et non *multinationales*) aurait pu être considérée comme devant s'y intéresser.

34. Dans leur majorité, les membres de la Deuxième Commission qui ont répondu au questionnaire n'ont cependant pas fait preuve du même scepticisme. A l'exception de M. *Lalive*, qui s'est montré fort hésitant, et de M. *Seidl-Hohenveldern*, qui sans s'y opposer, les a considérées comme actuellement utopiques, ils ont en effet tous admis la possibilité de concevoir, et l'opportunité de suggérer un rattachement transnational de l'entreprise multinationale<sup>38</sup>. Avant de formuler cette suggestion, l'Institut doit cependant être mis en présence des implications juridiques d'un tel rattachement, qui s'ajoutent, on le verra, aux obstacles politiques pour en rendre la réalisation très difficile; l'on envisagera ensuite les instruments et les modalités de sa réalisation éventuelle.

35. De prime abord, on se réfère, semble-t-il, aux obstacles *politiques* que rencontrerait un rattachement transnational, lorsque l'on affirme qu'il est utopique. On considère, en effet, que ces obstacles sont infranchissables, et l'on pense surtout, ce faisant, aux Etats d'accueil – aussi bien industrialisés qu'en développement – dont on n'imagine pas qu'ils renonceraient complètement à l'exercice de leur souveraineté sur les filiales y ayant leur siège; mais en vérité, rien ne permet de penser que les Etats d'origine se montreraient plus généreux, pour ce qui concerne la société-mère<sup>39</sup>.

Cette vue est sans doute fondée; mais elle ne suffit peut-être pas pour conduire l'Institut à abandonner l'étude juridique de la transnationalisation, non seulement parce qu'il lui appartient, on l'a déjà dit, de définir le souhaitable, quitte à ne proposer que le possible; mais aussi parce que même simplement ébauchée, cette étude montrera qu'à l'obstacle

<sup>37</sup> Voir les Rapports sur la première et la deuxième sessions de la Commission des Sociétés Transnationales, cités *supra*, note 2.

<sup>38</sup> Cette dénomination paraît effectivement préalable à celles que le rapporteur avait encore mentionnées dans l'exposé préliminaire: «*supranationales*», qui évoquerait inexactement une idée de supériorité ou de suprématie des entreprises multinationales sur les Etats, et «*internationales*», qui ne refléterait pas suffisamment le rattachement éventuel de ces entreprises à la collectivité internationale globalement considérée; voir sur ce point la réponse de M. *Jessup* au questionnaire accompagnant l'exposé préliminaire, et son étude: «The Present State of Transnational Law», in International Law Association, *The Present State of International Law*, Deventer 1973, p. 339.

<sup>39</sup> Voir *Vagts*, article cité *supra*, note 29, pp. 785s.

politique, s'ajoutent de considérables difficultés juridiques, tout en permettant de penser que si ces difficultés étaient résolues, les résistances politiques ne resteraient peut-être pas inébranlables.

36. Juridiquement, en effet, la transnationalisation des entreprises multinationales n'aurait guère de signification si elle n'était accompagnée par l'élaboration d'une réglementation internationale détaillée de ces entreprises, et par la création d'organes administratifs et juridictionnels internationaux ayant mission de l'appliquer<sup>40</sup>.

Les travaux tendant à l'élaboration du statut d'une société anonyme européenne, qui se poursuivent depuis plus de dix ans dans le cadre de la CEE<sup>41</sup> fournissent une illustration suffisante, bien qu'encore partielle, de ce corollaire nécessaire de toute «transnationalisation» d'une entreprise: la proposition de règlement actuellement sous examen comprend en effet une réglementation complète, non seulement de l'organisation et du fonctionnement interne de la future société européenne (y compris la représentation collective des salariés), mais aussi des groupes comprenant une telle société<sup>42</sup>. Aussi bien, à quoi servirait-il de dire qu'une société est européenne, si son «statut personnel», ses relations collectives avec les salariés et les rapports se nouant dans les groupes dont elle ferait partie comme société-mère ou filiale restaient soumis, selon des facteurs de rattachement à déterminer, à une ou plusieurs parmi les lois étatiques ayant vocation à les régir? Et de la même manière, à quoi servirait-il de dire qu'une entreprise «mondiale» est rattachée à la communauté internationale, si cette communauté ne lui fournissait pas des règles, elles-mêmes uniformes et transnationales, d'organisation et de fonctionnement (sauf qu'en ce qui concerne les rapports internes de l'entreprise, on ne serait plus en présence de sociétés distinctes, mais d'une société unique comportant des établissements sans personnalité juridique propre; mais cela

<sup>40</sup> Voir par ex. sur la nécessité d'une telle réglementation les ouvrages et études de Angelo, George W. Ball, Tindall, Vagts, préc.; cf. sur la difficulté, en l'absence d'instance internationale, «d'élaborer des arrangements et des accords internationaux qui permettraient d'harmoniser les politiques et les lois nationales pertinentes et de fournir le cadre dans lequel pourraient se développer des stratégies globales des sociétés multinationales», Doc. E/5500/Rev. 1 ST/ESA/6 cité *supra*, note 2, p. 55.

<sup>41</sup> Voir, en dernier lieu: Commission des Communautés Européennes, Proposition modifiée d'un Règlement du Conseil portant statut des sociétés anonymes européennes, COM (75) 150 final, Luxembourg, 30 avril 1975.

<sup>42</sup> Voir Prop. Règl. préc., art. 223s.

n'empêcherait pas que les pouvoirs du centre de décision sur ces établissements fussent être réglementés, pour assurer que leur exercice ne compromettra pas la politique et les intérêts des Etats d'accueil).

Encore faut-il souligner qu'au niveau européen, on a pu se dispenser, dans la proposition de règlement, d'élaborer un droit uniforme de la concurrence, puisque celui-ci existe par ailleurs, du moins pour les échanges inter-étatiques (et comprend, dans son champ d'application, les accords de transfert de technologie); et l'on a également réservé les compétences fiscales des Etats membres<sup>43</sup>, dont la séparation doit du reste se trouver atténuée, quant à ses effets, par l'harmonisation de leurs législations en ce domaine, et l'est déjà grâce à un réseau serré de conventions bilatérales. Or, pour donner sa pleine signification à une transnationalisation des entreprises multinationales, la législation concernant celles-ci devrait s'étendre à tous ces objets: tâche immense, dont on peut imaginer les écrasantes difficultés lorsque l'on constate celles que rencontre, dans un cadre seulement régional et pour un domaine plus restreint, la lente élaboration du statut de la société européenne; elle ne dispenserait pas, au surplus, de réglementer sous une forme ou sous une autre les matières que l'on envisage actuellement de couvrir par des «codes de bonne conduite»<sup>44</sup>, et qui n'entrent pas toutes dans l'objet de la législation internationale des sociétés transnationales, tel qu'on vient de l'ébaucher.

37. Doit-on alors penser que l'utopie juridique s'ajoutant à l'utopie politique, il est décidément vain d'envisager un rattachement transnational des entreprises multinationales?

Cette vue pessimiste n'est pas assurée. D'une part, comme on l'a laissé prévoir, il n'est pas certain que les difficultés juridiques et l'obstacle politique s'additionnent. La «transnationalisation» de l'entreprise multinationale et de la législation régissant son organisation, son fonctionnement et son activité ne pourrait en effet être réalisée que par une convention multilatérale, liant les seuls Etats qui y adhèreraient; or, cette adhésion est peut-être moins difficile à prévoir si la convention comporte des limitations de souveraineté au profit de la collectivité internationale,

<sup>43</sup> Voir Prop. Règl. préc., art. 275s.: ces dispositions prévoient, à tout le moins, une harmonisation des règles de répartition des compétences fiscales.

<sup>44</sup> Voir notamment: Doc. E/C 10/17, cité *supra*, note 2, et OCDE, Investissement international et entreprises multinationales, *ibid.*; *Chambre de Commerce Internationale*, Guide pour les investissements internationaux, Paris 1972; *CNUCED*, Un code international de conduite pour le transfert des techniques, Doc. TD/B/C. 6/AC 1/2/Suppl. 1, 25 mars 1975.

représentée par l'ONU (où les Etats en développement disposent d'une influence prédominante).

Il va de soi, d'autre part, que le programme ci-dessus présenté pourrait n'être réalisé que par étapes: ce serait déjà, en effet, conférer une réelle effectivité au rattachement transnational que de l'assortir d'une législation internationale déterminant le statut *stricto sensu* de l'entreprise, c'est-à-dire ses règles de constitution, son organisation et son fonctionnement interne, sans pour autant prétendre, dans un premier temps régler par exemple les problèmes fiscaux et de concurrence.

38. De toute manière, comme on vient de le dire, de tels projets ne pourraient être réalisés qu'au moyen d'une ou plusieurs conventions internationales.

On a montré dans l'exposé préliminaire que l'objet et le mode d'intervention de ces conventions pouvaient être conçus de diverses manières. On pourrait – comme pour les sociétés internationales existant actuellement<sup>45</sup> – envisager la transnationalisation «cas par cas» d'entreprises multinationales déterminées, faisant chacune l'objet d'une convention distincte, entre l'Etat du centre de décision et ceux des centres de profit; ou bien au contraire une convention générale, définissant les caractères des entreprises auxquelles elle devrait s'appliquer, auquel cas il faudrait encore décider si cette application interviendrait automatiquement, dès qu'une entreprise répondrait aux conditions de la convention (ce qui supposerait qu'une autorité administrative internationale pût le vérifier, sous le contrôle d'une juridiction également internationale); ou si elle n'aurait lieu qu'à la demande d'une entreprise qui entendrait se placer sous ce statut, ou l'adopter lors de sa création (comme ce serait le cas selon la proposition de règlement relatif à la société européenne, et ce qui exigerait les mêmes vérifications); ou enfin si l'application de la convention générale, considérée comme une convention-cadre, devrait dépendre pour chaque entreprise multinationale, avec ou sans le consentement de celle-ci, d'un accord particulier entre les Etats où ses établissements sont localisés.

39. Les membres de la Deuxième Commission ont généralement

<sup>45</sup> Comme par ex. Eurofima, Eurochemic, Société Internationale de la Moselle, Union Charbonnière Sarro-Lorraine, Air-Afrique; voir *Adam*, Les établissements publics internationaux, Paris 1957; *B. Goldman*, Le droit des sociétés internationales, *Journal du droit international (Clunet)* 1963.320; *Ph. Kahn*, International Companies, *Journal of World Trade Law* 1969.498; *Paul De Visscher*, La protection diplomatique des personnes morales, *Rec. Cours Académie droit international*, 1961, Vol. I, p. 395, pp. 491s; *Angelo*, *op. cit. supra*, note 15, pp. 480s.

pensé que c'est cette combinaison d'une convention générale avec des accords particuliers de mise en application que l'Institut pourrait envisager et suggérer; Mme *Bastid* a cependant précisé que ce mécanisme pourrait être proposé sur des questions particulières, comme par exemple la protection diplomatique. On reviendra sur cette question ci-dessous, mais le rapporteur se permet d'observer dès à présent que la protection diplomatique pourrait faire l'objet d'accords particuliers indépendamment de la transnationalisation juridique de l'entreprise.

De toute manière, il ne semble pas qu'en l'état actuel de la recherche, l'Institut puisse aller plus loin que de ne pas exclure l'éventualité d'un rattachement transnational des entreprises multinationales et de mentionner, à titre d'exemple, quelques-unes des exigences juridiques qui y seraient liées, ainsi que les diverses techniques qui permettraient de réaliser ce rattachement, en marquant peut-être sa préférence pour une convention-cadre, à mettre en œuvre par des accords particuliers; à tout le moins l'Institut pourrait-il souligner l'intérêt qui s'attacherait à la poursuite, notamment dans le cadre des Nations Unies, d'études sur le rattachement transnational des entreprises multinationales.

40. Le rapporteur a noté, dans l'exposé préliminaire, qu'en raison des obstacles prévisibles à une «internationalisation» ou à une «dénationalisation» des entreprises multinationales, le Département des affaires économiques et sociales de l'ONU avait indiqué, dans le rapport de 1973<sup>46</sup> que l'on pourrait peut-être, dans l'immédiat, se borner à un enregistrement auprès des Nations Unies de sociétés qui satisferaient à certaines normes de «multinationalité» et accepteraient d'assumer certaines obligations.

A l'exception de M. *Monaco*, qui pense qu'un tel mécanisme serait actuellement prématuré, les membres de la Deuxième Commission ont estimé que l'Institut pourrait le recommander (M. *Jessup*), l'envisager, ou du moins suggérer qu'il soit étudié (Mme *Bastid*). De manière générale, cependant, ils ont souligné qu'il conviendrait de préciser (ou d'étudier) les conditions et les conséquences de cet enregistrement international.

a) Quant aux *conditions*, on dira que pour faire l'objet de cette mesure, l'entreprise devrait revêtir le caractère de multinationalité – et l'on constate ainsi concrètement l'intérêt d'une définition de l'entreprise multinationale; on peut ajouter que si la taille de l'entreprise n'a pas paru devoir être retenue, dans le présent rapport, comme un trait indispensable

<sup>46</sup> Cité *supra*, note 2.

de ces entreprises, il pourrait cependant être suggéré que leur enregistrement international ne fût possible, ou en tout cas obligatoire, que si elles dépassent une certaine dimension, dont il conviendrait encore de définir les critères: par exemple, chiffre d'affaires consolidé, nombre d'établissements, capitaux engagés, nombre de salariés, ou une combinaison de ces divers éléments.

On soulève également ainsi la question du caractère obligatoire ou facultatif de l'enregistrement. A première vue, on ne voit pas comment l'obligation pourrait être sanctionnée. Mais à y réfléchir, il ne semble pas exclu d'envisager des sanctions nationales, à appliquer notamment par l'Etat d'origine, et éventuellement, à l'égard de chacun des établissements, par son Etat d'accueil. M. *Seidl-Hohenveldern* envisage même un pouvoir de sanction de l'ONU à l'égard des entreprises enregistrées auprès d'elle; peut-on penser que ce pouvoir pourrait s'exercer également pour défaut d'enregistrement?

De toute manière, si l'obligation ne paraissait pas pouvoir être prévue, resterait la possibilité d'un enregistrement facultatif; mais il va de soi que cette formalité devrait de toute manière accompagner tout rattachement transnational d'une entreprise, si le principe et le mécanisme d'un tel rattachement étaient retenus.

Bien entendu aussi, la mise en œuvre de l'enregistrement international supposerait la création d'une administration (pour l'accueillir) et d'une juridiction (pour trancher les contestations relatives à son applicabilité), également internationales.

b) L'on peut d'autre part esquisser les *conséquences* de l'enregistrement, en disant que cette formalité permettrait:

– d'*identifier* les entreprises multinationales, et par conséquent de déterminer concrètement le champ d'application de tout instrument normatif (comme des conventions internationales) ou paranormatif (comme un Code de bonne conduite)<sup>47</sup> concernant cette catégorie d'entreprises;

– d'imposer à ces entreprises des obligations de *publicité*, notamment en ce qui concerne les *statuts* des diverses sociétés formant l'entreprise, leurs *liens de groupe*, les *comptes* séparés et consolidés, et éventuellement (dans la mesure où cela n'affecterait pas des intérêts industriels et commerciaux légitimes) les *prix de transfert* et les *transferts de technologie*;

– enfin, d'inciter les entreprises enregistrées comme les Etats, notamment d'accueil, d'avoir recours à l'*arbitrage* pour le règlement de leurs

<sup>47</sup> Voir *supra*, note 44.

litiges (non sans souligner que cette éventualité se heurterait à une vive résistance de certains au moins parmi les Etats d'accueil).

41. Il a été indiqué ci-dessus que selon le type de définition proposé, le fait que les établissements dépendants ne seraient pas dotés de personnalité juridique n'empêcherait pas que l'entreprise fût qualifiée de multinationale, dès lors que ces établissements sont localisés dans des pays autres que celui du centre de décision.

Mais il convient alors de se demander si et comment se poseraient, à l'égard d'une entreprise multinationale ainsi composée, les problèmes de rattachement et d'enregistrement international que l'on vient d'examiner.

a) Dans la mesure où l'on s'en tiendrait à un rattachement national, celui-ci serait nécessairement unique, puisqu'il n'existerait, par hypothèse, qu'une seule société dotée de personnalité juridique (à moins, naturellement, que l'entreprise comprenne à la fois des filiales et des établissements sans personnalité morale, auquel cas les questions précédemment évoquées se rencontreraient à propos des filiales).

Mais ce rattachement unique n'empêcherait pas que la répartition des compétences législatives entre le pays du siège social et ceux des établissements dépendants fût nécessaire, non pas bien entendu en ce qui concerne le «statut personnel» de la société, mais en bien d'autres domaines: un exemple caractéristique en est fourni par l'arrêt du Conseil d'Etat français dans l'affaire de la *Compagnie des Wagons-Lits*, que rappelle M. *Lalive*, où la Haute Assemblée a décidé que cette société belge devait créer un comité central d'entreprise conforme à la loi française auprès de son établissement français, bien que celui-ci ne fût pas constitué sous forme de société et qu'il ait été soutenu que cette institution relevait de l'organisation de la société. De même qu'en ce domaine des relations collectives (et du reste aussi individuelles) de travail, le droit du pays de l'établissement dépendant pourrait d'autre part revendiquer compétence en matière fiscale ou de concurrence, par exemple<sup>47bis</sup>.

On constate ainsi que dans cette hypothèse, la situation précédemment rencontrée avec les entreprises multinationales composées de sociétés distinctes se trouve en quelque sorte inversée: dans le premier cas, il peut paraître légitime de tempérer les conséquences du rattachement de la filiale au pays de son siège social en tenant compte de ses liens avec le pays du siège de la société-mère; dans le second, au contraire, ce sont les

<sup>47bis</sup> Conseil d'Etat, 29 juin 1973, *Compagnie des Wagons-Lits*: Droit social 1974.42, concl. *Questiaux*, obs. *J. Savatier*; Rev. crit. dr. int. pr. 1974. 374; *Ph. Francescakis*, Lois d'application immédiate et droit du travail, *ibid.* p. 273.

conséquences du rattachement en principe unique au pays de la société qui devraient être aménagées (dans la mesure, bien entendu, où l'on confère au rattachement juridique des entreprises la portée extensive, précédemment analysée).

b) On peut d'autre part poser ici le problème d'un rattachement transnational ou d'un enregistrement international de l'entreprise en des termes qui sont voisins de ceux que l'on a tenté de définir dans l'hypothèse précédente.

Sans doute la nécessité *rationnelle* d'un rattachement transnational peut-elle paraître moins manifeste lorsque l'on n'est pas en présence de la contradiction entre l'unité économique de l'entreprise et la pluralité juridique d'établissements formant des personnes morales constituées selon des lois nationales différentes. Mais pratiquement, nous avons montré que ce rattachement devrait s'accompagner de l'élaboration d'une législation tenant compte de l'implantation plurinationale et de l'activité internationale de l'entreprise; et il pourrait y avoir intérêt à appliquer une telle législation, du moins sous certains de ses aspects, à une entreprise multinationale dont les centres de profit ne seraient pas des personnes juridiques distinctes.

De la même manière, l'enregistrement international de telles entreprises serait utile, sous réserve que ses conséquences devraient être adaptées: la publicité des rapports de «commandement» entre société-mère et filiales, par exemple, ne trouverait pas ici sa place, car les dirigeants des établissements non personnifiés sont des salariés, nécessairement subordonnés aux dirigeants de la société.

42. En fonction de l'ensemble des observations qui précèdent, les projets de résolutions relatives au rattachement des entreprises multinationales que le rapporteur souhaiterait présenter à l'Institut pourraient préconiser:

– la reconnaissance du principe d'un aménagement du rattachement national des sociétés filiales, pour tenir compte de leurs liens avec le pays du siège de la société-mère, et réciproquement, de celui de la société unique, pour tenir compte des liens de celle-ci avec les pays où sont situés ses établissements non personnifiés;

– l'opportunité d'étudier des accords bilatéraux ou multilatéraux qui préciseraient ces aménagements;

– l'étude, par les organismes appropriés de l'ONU, d'un rattachement transnational de l'entreprise multinationale, en attirant l'attention sur la nécessité d'accompagner un tel rattachement par l'élaboration d'une

législation internationale relative à la constitution, à l'organisation, au fonctionnement et aux activités des entreprises en cause, ainsi que d'une administration et d'une juridiction internationales chargées d'appliquer cette législation;

– la mise en œuvre éventuelle du rattachement transnational au moyen d'une convention multilatérale, dont l'application interviendrait soit du seul fait qu'une entreprise réunit les caractères requis pour entrer dans son domaine, en laissant ouverte la question du caractère obligatoire ou facultatif de cette application, soit, et de préférence, au moyen d'accords particuliers, entreprise par entreprise;

– enfin, l'institution ou au moins l'étude d'un enregistrement international, obligatoire ou facultatif, des entreprises multinationales, destiné à les identifier; à les soumettre à des obligations étendues de publicité; à faciliter l'application, aux entreprises enregistrées, d'accords internationaux ou d'un code de bonne conduite relatifs aux entreprises multinationales; et peut-être à favoriser le recours à l'arbitrage international pour régler les litiges les concernant.

### *III. La répartition des compétences*

43. La répartition des compétences étatiques à l'égard de l'entreprise multinationale, considérée en ses éléments constitutifs ou dans son unité a inévitablement déjà été abordée lorsque l'on a traité de son rattachement soit à un ou plusieurs Etats nationaux, soit éventuellement à des collectivités régionales ou internationales organisées: la compétence peut en effet apparaître comme une conséquence du rattachement.

On s'attachera à présent aux deux aspects particuliers de ce problème que la Deuxième Commission a retenus: la *protection diplomatique* et le *contrôle*.

#### A. Protection diplomatique

44. Le droit international public positif règle les conditions de la protection diplomatique des sociétés en considérant que celles-ci sont des «ressortissants» d'un Etat déterminé, et se préoccupe, dans cette même hypothèse, de la possibilité d'une protection distincte des actionnaires (ou plus généralement des associés) qui n'ont pas la nationalité de l'Etat dont

relève la société: on est dès lors conduit à s'interroger d'abord sur les données et sur les solutions éventuellement spécifiques de ce problème, lorsqu'il se pose à propos d'une entreprise multinationale, dans l'hypothèse où les éléments constitutifs de celle-ci conservent des rattachements «mono-nationaux» (1.).

Mais on a montré également que l'hypothèse d'un rattachement transnational de l'entreprise multinationale ne devait pas être exclue du champ de l'étude: on recherchera dès lors les conséquences qu'un tel rattachement pourrait avoir sur l'exercice de la protection diplomatique (2).

Il conviendra enfin d'évoquer l'hypothèse de l'entreprise multinationale formant une société unique, dont les établissements dans des pays autres que celui de son siège social ne sont pas dotés de personnalité juridique (3.).

#### *1. Entreprises à rattachements mono-nationaux multiples*

45. «... En l'absence d'accords particuliers, c'est le lien de nationalité entre l'Etat et l'individu qui seul donne à l'Etat le droit de protection diplomatique». Ayant rappelé, au point de départ de son examen de la qualité de la Belgique à exercer la protection diplomatique des actionnaires belges de la *Barcelona Traction*<sup>48</sup>, le principe ainsi posé par la Cour Permanente de Justice Internationale dans l'arrêt *Chemin de fer Panevezys-Saldutiskis*<sup>49</sup>, la Cour internationale de Justice en énonce, dans le même arrêt, la transposition dans le domaine des sociétés anonymes, en déclarant que,

«lorsqu'il s'agit d'établir le lien entre une société et tel ou tel Etat aux fins de la protection diplomatique, le droit international se fonde, encore que dans une mesure limitée, sur une analogie avec les règles qui régissent la nationalité des individus. *La règle traditionnelle*», poursuit l'arrêt, «attribue le droit d'exercer la protection diplomatique d'une société à l'Etat sous les lois duquel elle s'est constituée et sur le territoire duquel elle a son siège». En l'espèce «il n'est pas contesté que la société s'est constituée au Canada et que son siège statutaire s'y trouve»,

si bien que le Canada avait effectivement qualité pour exercer la protection diplomatique de la *Barcelona Traction*, ainsi qu'il l'avait du reste fait originellement.

<sup>48</sup> Arrêt du 5 février 1970, *Barcelona Traction Light and Power Company, Limited*, CIJ Recueil 1970, p. 3.

<sup>49</sup> *Chemin de fer Panevezys-Saldutiskis*, arrêt, 1939, CPJI, série A/13, n° 76, p. 16.

46. Quant à la protection diplomatique des actionnaires, la Cour déclare que de manière générale, «la preuve qu'un préjudice a été causé ne suffit pas *ipso facto* à (la) justifier», car la responsabilité (de l'Etat) n'est pas engagée si un simple intérêt est touché; elle ne l'est que si un droit est violé». Dans le cadre de cette règle générale «le problème juridique se réduit à déterminer s'il est légitime d'assimiler une atteinte aux droits de la société, entraînant un préjudice pour les actionnaires, à la violation de leurs droits propres». Mais la Cour ayant constaté, «que le Gouvernement belge ne fondait pas sa demande sur une atteinte aux droits propres des actionnaires, elle ne saurait aller au-delà de la demande telle qu'elle a été formulée par le Gouvernement belge et n'examinera pas la question plus avant»: on aura à se demander si une porte reste ainsi ouverte sur la protection diplomatique des actionnaires, en dehors des «circonstances spéciales» qui, à l'exemple du droit interne, pourraient justifier aux yeux de la Cour, dans l'ordre international, «la levée du voile (de la personnalité morale) dans l'intérêt des actionnaires».

Avant de définir ces «circonstances spéciales», la Cour écarte les dispositions particulières des législations sur les biens ennemis qui «par leurs motifs, diffèrent radicalement de celles qui sont applicables dans des conditions normales», ainsi que les «arrangements qui ont été conclus au sujet des indemnités dues à la suite de la nationalisation de biens étrangers» dont les «termes varient d'un cas à l'autre (et) ont été conclus pour répondre à des situations précises», si bien que «loin de prouver l'existence d'une norme quelconque concernant les catégories de bénéficiaires de l'indemnisation, ces arrangements ont un caractère *sui generis* et ne peuvent en l'espèce servir d'exemple». «*En l'espèce*» signifie probablement qu'aucun accord de ce genre n'ayant été conclu relativement à la *Barcelona Traction*, seules les circonstances spéciales, si l'on peut dire *de droit commun*, permettraient ici de «lever le voile»; c'est là encore une réserve dont on se demandera si elle peut être utilisée dans le domaine de la protection diplomatique des entreprises multinationales.

Mais s'agissant, en dehors de ces hypothèses particulières, des «autres circonstances spéciales où la règle générale pourrait ne pas avoir effet» deux situations paraissent à la Cour devoir retenir son attention: «le cas où la société aurait cessé d'exister, le cas où l'Etat national de la société n'aurait pas qualité pour agir en faveur de celle-ci»; selon la Cour, ni l'une ni l'autre de ces situations ne se rencontre en l'espèce, et en particulier pas la seconde, puisque le Canada, Etat national de la *Barcelona Traction* selon le critère précédemment évoqué, avait qualité pour agir.

La Cour rappelle également «la thèse selon laquelle l'Etat des actionnaires aurait le droit d'exercer sa protection diplomatique lorsque l'Etat dont la responsabilité est en cause est l'Etat national de la société», mais déclare que «quelle que soit la validité de cette thèse, elle ne saurait aucunement être appliquée à la présente affaire, puisque l'Espagne n'est pas l'Etat national de la *Barcelona Traction*»: sur ce point encore, la Cour laisse entière une question dont la solution serait de la plus grande importance pour définir le régime juridique de la protection diplomatique des entreprises multinationales.

47. Mais à ne considérer, pour commencer, que les solutions effectivement consacrées par la Cour, dont on doit bien admettre sans aucunement négliger, pour autant, l'importance des opinions individuelles<sup>50</sup> et de l'opinion dissidente<sup>51</sup> ni d'opinions doctrinales différentes, *de lege lata* ou *de lege ferenda*<sup>52</sup> – qu'elles fournissent à leur date, et encore aujourd'hui, l'état du droit positif, force est bien de constater que celui-ci n'est point parfaitement adapté à la situation des entreprises multinationales (Mme Bastid soulignant, du reste, que l'arrêt a été rendu «à propos d'un cas qui n'était pas... celui d'une entreprise transnationale», ce que l'on peut admettre, compte tenu de la localisation des centres de profit de l'entreprise dans un seul pays, et aussi de l'incertitude d'une localisation du centre de décision entièrement extérieure à ce pays).

48. Cette inadaptation apparaît d'abord au niveau de la protection de la société elle-même. Elle ne résulte pas alors, pour les entreprises multinationales, de la seule divergence entre siège social et contrôle, que l'on peut rencontrer dans toute société dont le capital et la gestion appartiennent, en tout ou en partie, à des étrangers. Mais ces sociétés ne revêtent pas toujours les caractères spécifiques de la filiale intégrée dans une

<sup>50</sup> Voir notamment les opinions individuelles de Sir Gerald Fitzmaurice (CIJ Recueil 1970, p. 65), de M. André Gros (*ibid.*, p. 268) et de Mr. Philip Jessup (*ibid.*, p. 162).

<sup>51</sup> de M. Riphagen, *ibid.*, p. 335.

<sup>52</sup> Voir notamment: S. Bastid et F. Luchaire, La condition juridique internationale des sociétés constituées par des étrangers, in La personnalité morale et ses limites, Travaux et recherches de l'Institut de droit comparé de l'Université de Paris, Paris 1960, p. 159; A. Kiss, La protection diplomatique des actionnaires dans la jurisprudence et la pratique internationales, *ibid.*, p. 179; Ch. De Visscher, De la protection diplomatique des actionnaires d'une société contre l'Etat sous la législation duquel cette société s'est constituée, *Revue de droit international et de législation comparée*, 1934.639; Théories et réalités en droit international public, 3e éd., Paris 1960, pp. 341s; P. De Visscher. Cours cité *supra*, note 45.

entreprise multinationale, c'est-à-dire *la dépendance par rapport à un centre de décision situé à l'étranger* (et par là même implanté dans un milieu politique et économique différent de celui du pays du siège de la filiale, et recevant, en droit ou en fait, les impulsions de ce milieu) et *l'appartenance à une entreprise économiquement unique et coordonnée*, dont les intérêts globaux, qui peuvent être différents de ceux de la filiale considérée, voire opposés à eux, sont définis et promus par le centre de décision, c'est-à-dire par une société étrangère.

Or, sans même parler des incertitudes du contrôle et de la difficulté de la déceler, on peut se demander si le seul fait que le capital et la direction d'une société indépendante – ou l'un ou l'autre – appartiennent à des étrangers suffirait à justifier que le ou les pays dont les actionnaires ou les dirigeants sont les nationaux se voient reconnaître le droit d'exercer la protection diplomatique d'une personne morale dont l'implantation dans le pays de son siège est non seulement juridique, (du fait de ce siège social), mais aussi sociologique, économique et politique – autrement dit, tout-à-fait réelle et effective.

Il en est autrement de la société filiale, élément constitutif d'une entreprise multinationale: en raison de ses caractères propres, que l'on vient de rappeler – et dès lors que l'on reste dans la conception de rattachements nationaux – une telle société, certes effectivement liée à l'économie du pays de son siège et placée par là dans le contexte sociologique et politique de ce pays, est également liée au pays de la société-mère, centre de décision de l'entreprise. Sa nationalité par rapport au pays hôte n'est bien sûr pas ineffective; mais on peut penser qu'il existe aussi, entre elle et le pays d'origine, un lien de nature et d'effectivité comparables.

On ajoutera que le pays hôte d'une filiale pourrait être amené à prendre des mesures contraires aux droits de celle-ci plus fréquemment qu'à l'égard d'une société sous contrôle étranger, mais ne faisant pas partie d'une entreprise multinationale, précisément parce que les difficultés politiques joueront moins souvent dans le second cas; de même, il pourrait être plus réticent à exercer, à l'égard d'un pays tiers, la protection diplomatique d'une filiale que celle d'une société indépendante sous contrôle étranger.

49. Ces considérations permettraient-elles d'estimer souhaitable que fût reconnue au pays de la société-mère la qualité pour exercer la protection diplomatique de ses filiales étrangères? Et l'Institut pourrait-il, allant plus loin que ce simple souhait, recommander une telle solution, quitte à en préciser les limites et le mécanisme?

En vérité, le rapporteur n'a jamais posé la question en ces termes généraux, tant il lui paraissait évident qu'ainsi formulée, elle ne pourrait recevoir qu'une réponse négative. On ne saurait perdre de vue, en effet, l'attitude actuelle des pays en développement, qui sont farouchement opposés à toute immixtion de l'Etat d'origine dans leurs rapports avec les sociétés constituées selon leur loi et dont le siège est sur leur territoire, voire à tout règlement des litiges relatifs à ces sociétés par voie d'arbitrage: on peut exprimer synthétiquement leur point de vue en disant qu'ils exigent que la clause Calvo soit généralisée et considérée comme une règle de droit international commun, opposable à tous<sup>53</sup>. Il faut du reste admettre que cette position ne relève pas seulement d'un souci ombrageux de respect absolu de la souveraineté de l'Etat d'accueil. Elle s'explique par des considérations fort concrètes, car si la spécificité des entreprises multinationales autorise à penser, comme on l'a vu, que le droit positif actuel de la protection diplomatique ne leur est pas parfaitement adapté, il n'est pas douteux (en quelque sorte réciproquement) qu'elle peut faire courir de réels dangers aux Etats d'accueil, par le simple fait que la stratégie de l'entreprise tend tout naturellement à promouvoir les intérêts mondiaux du groupe (sans parler des cas où elle est déterminée par la politique et les intérêts du pays d'origine), qui ne coïncident pas nécessairement avec ceux du pays d'accueil.

Aussi bien le rapporteur a-t-il sollicité l'avis de ses confrères sur l'opportunité de suggérer que soient conclus des accords internationaux qui permettraient au pays de la société-mère d'assumer la protection diplomatique de la filiale dans certains cas ou catégories de cas; voire, à défaut de tels accords, dans certains cas déterminés (comme par exemple lorsque les biens de la filiale seraient nationalisés sans indemnité).

50. MM. *Lalive* et *Reese* ont répondu affirmativement à ces deux questions; M. *Seidl-Hohenveldern* pense que la conclusion d'accords internationaux devrait être encouragée; quant à une règle de droit commun, réservée à des cas comme la nationalisation sans indemnité, il estime qu'elle serait désirable, mais qu'elle serait rejetée par l'Etat d'accueil. Au reste, pareille règle engendrerait «un conflit de souverainetés entre le droit souverain de l'Etat d'accueil à ses ressources naturelles et le droit souverain du pays d'origine au fruit de ses 'activités économiques'». Selon Mme *Bastid*, «il ne semble pas qu'il y ait des cas où la société-mère ait, à raison de la nature du délit international, le droit d'exercer la

<sup>53</sup> Voir les rapports sur la 1re et la 2e sessions de la Commission des sociétés transnationales, cités *supra*, note 2.

protection diplomatique» (de la filiale). Se référant à l'arrêt du 5 février 1970<sup>54</sup>, dans lequel la CIJ a visé les «obligations des Etats envers la communauté internationale dans son ensemble» et déclaré que «tous les Etats peuvent être considérés comme ayant un intérêt juridique à ce que ces droits soient protégés», notre confrère ne pense pas que «l'on puisse faire entrer dans cette catégorie de délits internationaux la nationalisation sans indemnité des biens de la filiale». En revanche, l'idée d'accords internationaux prévoyant, dans certains cas, la protection diplomatique par la société-mère lui paraît «devoir retenir l'attention».

51. Finalement, la tendance de la Deuxième Commission est de tenir compte des caractères propres à l'entreprise multinationale pour souhaiter qu'une certaine faculté d'intervenir dans la protection de la filiale soit reconnue au pays de la société-mère. Le rapporteur voudrait ajouter qu'après nouvelle réflexion, cette tendance lui paraîtrait particulièrement justifiée lorsque la réclamation est portée contre l'Etat d'accueil de la filiale, alors surtout que celui-ci aura souvent imposé à l'établissement dépendant de prendre la forme juridique d'une société locale, ce qui devrait l'empêcher d'invoquer ensuite cette création juridique pour s'opposer à toute protection de la filiale.

On rappellera ici que dans l'arrêt *Barcelona Traction*, la Cour n'a pas écarté une telle possibilité. Néanmoins, ce serait tourner le dos à la réalité politique que de proposer cette recevabilité de la protection diplomatique par la société-mère comme une règle générale, même lorsque la violation du droit est alléguée contre le pays de la filiale; tout au plus l'Institut pourrait-il recommander que cette solution soit étudiée, pour certains cas à définir.

En revanche, il serait peut-être moins irréaliste de recommander la conclusion d'accords internationaux bilatéraux, qui permettraient au pays de la société-mère d'exercer la protection diplomatique de la filiale dans des cas déterminés; en contrepartie, l'Etat d'accueil pourrait se voir garantir par l'Etat d'origine l'abstention rigoureuse de celui-ci de toute immixtion politique et économique sur son territoire, par le truchement de l'entreprise multinationale.

Mme *Bastid* a soulevé, dans cette éventualité, la question de savoir s'il y aurait *substitution*, dans l'exercice de la protection diplomatique, de l'Etat d'origine à l'Etat d'accueil. On peut suggérer, semble-t-il, qu'il devrait y avoir substitution lorsque c'est la responsabilité de l'Etat d'ac-

<sup>54</sup> Arrêt *Barcelona Traction*, par. 33, CIJ Recueil 1970, p. 32.

cueil qui est mise en cause, et coexistence lorsque la protection est exercée à l'encontre d'un Etat tiers.

52. Faute de pouvoir exercer la protection diplomatique de la filiale, l'Etat de la société-mère pourrait-il exercer la protection diplomatique de celle-ci, prise en sa qualité d'actionnaire de la filiale? Plus généralement, tout Etat dont des actionnaires de la filiale sont les ressortissants, pourrait-il exercer la protection diplomatique de ces derniers?

53. On commencera par la seconde question, à laquelle il semble possible de répondre sans grande difficulté. La situation d'un Etat qui prétendrait exercer la protection diplomatique d'actionnaires de la filiale autres que la société-mère elle-même ne paraît pas en effet appeler une solution différente de celle du droit commun, au motif que la filiale est un élément constitutif d'une entreprise multinationale: par rapport à cet Etat, les caractères et les intérêts spécifiques d'une telle entreprise sont sans influence, car il n'est pas l'Etat national de la société-mère, qui étant le centre de décision de l'entreprise, détermine ces caractères et représente ces intérêts, dont elle tend à assurer la défense et la promotion.

Pour autant, par conséquent, que l'on considère l'arrêt *Barcelona Traction* comme l'expression actuelle du droit positif en la matière, cet Etat «tiers» aura qualité pour exercer la protection diplomatique des actionnaires soit si des *droits propres* de ceux-ci (et non seulement des *intérêts*) ont été lésés, soit, à défaut, si la société a cessé d'exister (lorsque, par exemple, elle a été dissoute par l'Etat d'accueil), ou si son Etat national n'avait pas lui-même qualité pour agir.

Mais il faut aussitôt préciser qu'abstraction même faite des critiques que l'arrêt a pu encourir pour avoir transposé de l'ordre interne dans l'ordre international la distinction entre *droits propres* et simples *intérêts* des actionnaires<sup>55</sup>, l'Etat «tiers» devrait également pouvoir exercer la protection diplomatique de ses nationaux, actionnaires de la filiale, toutes les fois que la mesure incriminée a été prise par l'Etat-hôte, dont la filiale a la nationalité, selon le critère de la loi de constitution et du siège social (au moins statutaire, mais le plus souvent aussi, réel)<sup>56</sup>. Or, c'est cette situation qui se rencontrera, en fait, le plus souvent; elle doit être prise en considération aussi, bien entendu, dans le cas où c'est l'Etat national de la société-mère qui entend exercer la protection diplomatique de celle-ci.

<sup>55</sup> Voir les opinions individuelles dans l'affaire *Barcelona Traction*, citées *supra*, note 50; *adde* opinion individuelle de M. Tanaka, CIJ Recueil, p. 115.

<sup>56</sup> Voir les références *supra*, notes 50, 52 et 55.

54. C'est dans ce cas que l'on est mis en présence de la véritable spécificité du problème de la protection diplomatique des actionnaires – ou plus précisément de l'un des actionnaires de la filiale: la société-mère elle-même.

Cette spécificité se caractérise par plusieurs traits:

a) En premier lieu, la société-mère n'est pas, au sein de la filiale (et alors même qu'elle ne détiendrait pas la majorité des actions de celle-ci, mais seulement une minorité qui lui en confère, en fait, le contrôle) un actionnaire comme les autres. Elle y représente en effet, on l'a déjà souligné, les intérêts de l'entreprise multinationale considérée comme une entité englobant la filiale. Il ne s'agit plus de l'actionnaire habituel, qui étant «en dedans» de la société à laquelle il a apporté des capitaux, peut être considéré (du moins dans l'ordre interne, et sous réserve, encore une fois, de la légitimité de la transposition de cette conception dans l'ordre international) comme ne conservant que des droits individuels strictement limités, et se voir refuser de revendiquer de tels droits lorsque le préjudice qu'il subit n'est que la conséquence, dans son patrimoine, de l'atteinte aux droits de la personne morale. La société-mère est un actionnaire qui «coiffe» la filiale, car elle est le «bras juridique» de l'entreprise multinationale (pour autant, du moins, que l'on n'admet pas un rattachement transnational de celle-ci, qui ferait coïncider personne juridique et entité économique). Les intérêts de l'entreprise qu'elle représente requièrent, par nature, une protection juridique distincte de celle de la filiale, et deviennent par là – si l'on veut absolument maintenir cette exigence – des droits propres de la société-mère, seule apte à se les voir attribuer (faute de personnalité juridique globale de l'entreprise); l'atteinte à ces droits est donc une atteinte aux droits de l'Etat dont la société-mère est le ressortissant, et devrait par conséquent rendre recevable l'exercice par celui-ci de la protection diplomatique.

b) Dans une entreprise multinationale, la société-mère joue, en chacun des pays où sont implantées les filiales, le rôle d'un investisseur dont l'apport et l'action économiques sont d'une autre nature que ceux d'un simple souscripteur étranger d'actions. Ce dernier réalise un placement, mais n'intervient pas de manière volontaire et significative dans l'activité économique du pays de la société dont il acquiert des actions. C'est en revanche cette intervention qui caractérise l'action de la société-mère; en s'y livrant, celle-ci transporte, en quelque sorte, dans le pays de la filiale la capacité économique et technologique de son propre pays; celui-ci peut dès lors invoquer, pour fonder la recevabilité de la protection diplomati-

que qu'il exerce, des motifs qui ne se rencontrent pas dans le chef de l'Etat national d'un actionnaire quelconque.

c) Le fait que la société-mère représente et exprime les intérêts de l'entreprise multinationale dans son unité, et le caractère propre de l'investissement qu'elle réalise dans les Etats d'implantation des filiales ont pour résultat que son Etat national peut prétendre détenir un *intérêt substantiel* dans chacune de ces filiales, alors qu'il n'en serait pas nécessairement ainsi pour l'Etat national d'un actionnaire quelconque. Or, on sait que l'intérêt substantiel a été fréquemment présenté comme justifiant l'exercice de la protection diplomatique par l'Etat de ses nationaux, actionnaires d'une société étrangère<sup>57</sup>.

55. Ce sont ces considérations touchant soit la situation des actionnaires étrangers en général, soit les caractères spécifiques que cette situation revêt dans le cadre d'une entreprise multinationale, qui ont conduit la quasi-unanimité des membres de la Deuxième Commission ayant répondu au questionnaire, à déclarer que la recevabilité de la protection diplomatique des actionnaires par leur Etat national devrait être proposée par l'Institut comme une expression du droit positif (Mme *Bastid*), ou en tout cas *de lege ferenda* (M. *Jessup*). «Il est significatif», écrit M. *Lalive*, «que tant d'Etats, notamment en voie de développement, prétendent à la fois exclure la protection diplomatique et l'arbitrage international (soit qu'ils ne veuillent pas ratifier la Convention de Washington et assumer un engagement d'arbitrage, soit que, ayant assumé ce dernier, ils cherchent ensuite à s'y soustraire directement ou indirectement, en tirant par exemple parti de l'indépendance juridique, de la 'nationalité' d'une filiale locale, forme et instrument généralement indispensables de l'investissement lui-même». M. *Reese* souhaiterait, ici comme à propos de la protection diplomatique de la société elle-même, une libéralisation des règles du droit international; M. *Seidl-Hohenveldern* estime cependant que la règle de l'épuisement des recours internes devrait être maintenue, et M. *Monaco* pense que sur l'ensemble du problème, l'Institut devrait faire preuve de prudence.

56. Ce dernier conseil mérite naturellement la plus grande attention, lorsque l'on sait que dans le cadre des Nations Unies, les Etats en développement sont opposés (comme on l'a déjà rappelé) à toute immixtion de l'Etat de la société-mère dans leurs rapports avec la filiale, sans distin-

<sup>57</sup> Voir les études de S. *Bastid* et F. *Luchaire* et de A. *Kiss*, citées *supra*, note 52; voir sur l'intérêt de l'Etat à agir: P. *Reuter*, *Droit international public*, 5e éd., Paris 1976, pp. 228s.

guer, semble-t-il, selon que cet Etat revendique la protection de la filiale elle-même, ou des actionnaires de celle-ci – et en particulier de la société-mère – qui sont ses nationaux.

Mais la justice paraît demander qu'à tout le moins, la protection des actionnaires puisse être assurée. L'Institut devrait par conséquent, semble-t-il, suggérer cette solution, au titre du droit commun; ou s'il voulait faire preuve d'une très grande prudence, recommander que des conventions internationales fussent négociées, qui la consacraient.

57. Peut-on penser que la divergence qui apparaît ainsi entre les conclusions juridiques et les positions politiques disparaîtrait, ou du moins s'atténuerait, si par l'effet d'un rattachement transnational des entreprises multinationales, la protection diplomatique était exercée par un groupe d'Etats, par une collectivité régionale d'Etats ou par l'ONU?

Quelle que soit la prévision à faire sur cette question, il convient à présent d'examiner l'éventualité d'un tel mécanisme.

## 2. *Entreprises à rattachement transnational*

58. Bien que les sociétés internationales actuellement existantes, qui ont été créées chacune par un accord interétatique particulier<sup>58</sup> soient des structures différentes de l'entreprise multinationale (car elles ne sont pas économiquement composées d'un centre de décision et de centres de profit dépendants, ni juridiquement constituées comme un groupe formé d'une société-mère et de filiales, ou comme société unique ayant des établissements étrangers sans personnalité juridique), il n'était pas sans intérêt d'évoquer, en ce qui les concerne, le problème de la protection diplomatique, car en raison de l'absence d'un lien de nationalité entre ces sociétés et un Etat déterminé, celle-ci se heurterait à des obstacles que M. *Paul De Visscher* a parfaitement mis en lumière<sup>59</sup>.

Aussi bien le rapporteur a-t-il soulevé la question d'une recevabilité éventuelle de la protection diplomatique de ces sociétés, exercée par l'ensemble des Etats parties à l'accord constitutif, voire par certains de ces Etats ou par l'un d'entre eux.

59. Tout en admettant que «l'Etat suivant la loi duquel (une telle) société est constituée n'a pas de motifs pour... exercer (la protection diplomatique)», Mme *Bastid* estime qu'il serait peu opportun d'engager des recherches dans cette voie, car «l'hypothèse envisagée impliquerait

<sup>58</sup> Voir les ex. et les références: *supra*, note 45.

<sup>59</sup> Voir Cours cité *supra*, note 45, pp. 499s.

une transformation de la base juridique des entreprises multinationales». Le rapporteur soulignera cependant que son propos n'était pas d'assimiler les sociétés internationales ici envisagées à des entreprises multinationales, mais plutôt, compte tenu du fait que les premières sont dès à présent dotées, en droit positif, d'un statut juridique précis, de rechercher si l'on pourrait trouver, à partir de ce statut, et au moins *de lege ferenda*, un précédent ou un exemple utilisable pour asseoir la protection diplomatique d'entreprises multinationales proprement dites, dont le rattachement serait, par hypothèse, «transnationalisé».

De fait, les autres membres de la Deuxième Commission qui ont répondu au questionnaire (à la seule exception de M. Monaco, qui préconise de manière générale, on le sait, la prudence en ce domaine), pensent que l'on devrait reconnaître aux Etats parties à l'accord qualité pour exercer la protection diplomatique. MM. Jessup et Lalive paraissent admettre, sous des formes différentes, que l'intervention de ces Etats serait recevable dès lors qu'ils représenteraient la majorité du capital de l'entreprise<sup>60</sup>; M. Lalive envisage même, quant à lui, l'éventualité de l'exercice de la protection diplomatique par un seul des Etats contractants.

60. Ces diverses observations montrent cependant qu'en définitive, les solutions que l'on pourrait envisager pour les sociétés internationales dont il est ici question ne pourraient pas être aisément transposées à des entreprises dont le rattachement serait «transnational». La raison en est probablement que les Etats qui constituent, par voie d'accord entre eux, une société comme *Eurofima*, ou *Eurochemic* par exemple, ne forment pas une collectivité internationale organisée, ayant une personnalité propre, distincte de celle de ces Etats, qui en seraient les membres. Il en résulte que les droits ou les intérêts éventuellement lésés par des mesures prises à l'égard d'une société internationale de ce type n'appartiennent pas à une personne morale internationale unique, mais à ces Etats qui agissent certes ensemble, mais qui gardent chacun, comme les parties à un contrat, leur individualité propre.

Il en serait cependant autrement si suivant la suggestion de M. Jessup, l'on considérait que les Etats contractants forment entre eux une société, distincte de la société constituée par l'accord, et qui serait investie de la protection diplomatique de cette dernière: l'on serait bien alors en

<sup>60</sup> Voir les références aux travaux de la Conférence sur le droit de la mer données par Mr. Jessup dans sa réponse au questionnaire accompagnant l'exposé préliminaire.

présence d'une compétence accordée à une personne morale internationale, distincte des Etats qui la composent.

61. On pourrait s'attendre à trouver un exemple plus directement utilisable dans les structures juridiques d'entreprises transnationales, qui existent ou sont en cours d'élaboration dans le cadre de la CEE.

Bien que chaque fois formées selon la loi d'un Etat membre, sur le territoire duquel elles ont leur siège social, les *entreprises communes* de l'Euratom comportent, l'a-t-on déjà observé, un «régime juridique... conçu comme indépendant de toute allégeance à l'égard d'une loi nationale déterminée»<sup>61</sup>; on ajoutera qu'elles sont aussi – et peut-être davantage encore – indépendantes de toute allégeance à l'égard d'un *Etat* déterminé, et notamment de celui de leur siège.

Cette «transnationalisation» (dans un cadre régional) serait encore plus radicale avec la société anonyme européenne, telle que conçue dans la proposition de règlement actuellement discutée. La S.E. serait en effet enregistrée auprès de la Cour de Justice des Communautés, et c'est cet acte qui lui conférerait formellement, dans tous les Etats membres, une personnalité juridique de source et de contenu uniques<sup>62</sup>; d'autre part, le plus grand soin est pris dans la proposition de règlement pour éviter tout rattachement de la société européenne à la législation d'un Etat membre<sup>63</sup>.

Or, il est parfaitement prévisible que la société européenne aura non seulement des établissements sans personnalité juridique propre, mais en outre et surtout des filiales, dans des Etats membres comme dans des Etats tiers: la proposition de règlement consacre du reste une série de dispositions aux groupes de sociétés dont ferait partie une société européenne, dominante ou dépendante<sup>64</sup>, et l'on doit dire que cette hypothèse sera beaucoup plus «normale» pour la société européenne que pour les sociétés internationales actuellement existantes.

62. Cela étant, si des mesures jugées illicites étaient prises contre un établissement ou une filiale d'une entreprise commune de l'Euratom, ou de la société européenne, par l'Etat de leur implantation territoriale, ou par un Etat tiers, qui exercera la protection diplomatique? A l'égard de la filiale, on peut imaginer que ce serait l'Etat de son siège social, sauf cependant s'il a pris lui-même la mesure incriminée, et à condition encore

<sup>61</sup> P. De Visser, Cours cité *supra*, note 45. p. 498.

<sup>62</sup> Voir Prop. Règl. citée *supra*, note 41, Préambule, art. 1er, art. 8s.

<sup>63</sup> Voir Prop. Règl. citée *supra*, note 41, art. 7.

<sup>64</sup> Voir Prop. Règl. citée *supra*, note 41, art. 223s.

que la filiale ne soit pas elle-même constituée sous forme de société européenne, car elle n'aurait pas, dans ce cas, la nationalité de cet Etat. Pas davantage, et pour cette même raison, l'Etat où la société-mère européenne aura fixé son siège ne pourrait agir pour protéger la filiale comme élément constitutif de l'entreprise multinationale (si pareille protection était considérée, en soi, comme recevable), ni pour protéger la société européenne comme actionnaire de la filiale; logiquement, la même observation devrait être faite pour une entreprise commune de l'Euratom.

A moins, dès lors, de refuser purement et simplement à de telles entreprises toute protection diplomatique, la seule réponse possible est que celle-ci devrait et ne pourrait être exercée que par la Communauté elle-même dont elles dépendent. La solution ne se heurterait pas ici à l'absence de personnalité morale distincte de celle des Etats membres, puisque tout au contraire, la Communauté et l'Euratom sont dotés de cette personnalité<sup>65</sup>; elle traduirait, d'autre part, le caractère fondamentalement économique de ces groupements d'Etats, qui permettrait de considérer que des entreprises qui leur sont rattachées parce qu'elles contribuent tout particulièrement à la réalisation de leurs objectifs économiques communs sont liées à eux comme à une collectivité publique organisée et dotée d'attributs de souveraineté (que les Etats membres lui ont transférés)<sup>66</sup>, et partant, placées sous sa protection dans l'ordre international.

63. Ici encore, cependant, la transposition de cette solution «régionale» (dont force est bien de constater, du reste, qu'aucun texte en vigueur ou proposé ne la prévoit expressément) à des sociétés transnationales, rattachées, par hypothèse, à l'Organisation des Nations Unies, se heurterait à de sérieuses difficultés.

Certes, comme M. *Paul De Visscher* l'a observé, l'avis consultatif de la CIJ, du 11 avril 1949, relatif aux dommages subis au service des Nations Unies<sup>67</sup> a-t-il reconnu à l'ONU, «c'est-à-dire à une institution internationale non étatique, le droit d'exercer une protection de nature

<sup>65</sup> Voir Traités CEE, art. 210-211; Euratom, art. 184-185; P. *Pescatore*, Les Communautés en tant que personnes de droit international, in Les Nouvelles, Droit des Communautés européennes, sous la direction de W. J. Ganshof van Der Meersch, Bruxelles 1969, pp. 107s.; CJCE, 31 mars 1971, Comm. des CE c / Conseil des CE (AETR), aff. 22-70, Rec. 71.263.

<sup>66</sup> Voir CJCE, 15 juillet 1964, aff. 6/64, Rec. 1964.1143.; et parmi les nombreux arrêts ultérieurs: 17 décembre 1970, aff. 11/70, Internationale Handelsgesellschaft m.b.H., Rec. 1970.1125; 13 juillet 1972, aff. 48/71 Comm. des CE c Rép. ital., Rec. 1972.529.

<sup>67</sup> CIJ Recueil, p. 181.

fonctionnelle au profit de ses agents et remet (ainsi) en question le caractère de relation interétatique que l'on s'accordait généralement à reconnaître à la protection diplomatique en tant qu'attribut de la souveraineté<sup>68</sup>. Mais Mme *Bastid* observe que ce droit de protection fonctionnelle «se situe sur un plan tout à fait différent de ce qui peut être envisagé pour une entreprise multinationale, sauf à imaginer une transposition des économies socialistes à la société internationale dans son ensemble»: il faut sans doute comprendre que la protection diplomatique par l'ONU signifierait que les entreprises multinationales seraient considérées comme des entreprises publiques de la collectivité internationale.

C'est cette même préoccupation et sans doute ces mêmes réserves qu'exprime M. *Lalive*, lorsqu'il écrit que «à la limite, le degré d'internationalisation rapprocherait la société d'une organisation internationale, avec ses immunités, si bien que l'on ne pourrait plus guère parler de «protection diplomatique» au sens usuel du terme».

M. *Jessup* ne pense pas que les Nations Unies pourraient jouer ce rôle, alors que selon MM. *Reese* et *Seidl-Hohenveldern* cette possibilité pourrait en revanche être retenue.

64. Il est, en vérité, très difficile de prendre parti. Comme on l'a laissé prévoir, la comparaison avec la société européenne n'est pas absolument convaincante. On doit en effet penser que l'Organisation des Nations Unies n'a pas été conçue comme une communauté économique, et il serait difficile de dire que les entreprises multinationales coopèrent à la réalisation de ses objectifs; il faut cependant se rappeler aussi que des institutions qui lui sont liées interviennent directement dans le financement des échanges internationaux et dans le développement mondial.

D'autre part, si la transnationalisation des entreprises multinationales doit avoir des effets concrets, la possibilité pour elles de recourir à une protection internationale ne devrait-elle pas en résulter logiquement?

65. Il n'est peut-être pas exclu d'envisager des solutions neuves, qui tiendraient compte de cette conséquence logique de la transnationalisation, sans pour autant méconnaître les difficultés d'un transfert pur et simple de la protection diplomatique à l'ONU. Dans cette perspective M. *Seidl-Hohenveldern* pense que «les entreprises multinationales ne pouvant pas profiter de la protection diplomatique de leur Etat d'origine... pourraient porter leurs cas devant (une Commission de l'ONU). Si celle-ci est d'avis qu'il s'agit d'un cas méritoire, elle pourrait porter l'affaire

<sup>68</sup> Voir P. De Visscher, Cours cité *supra*, note 45, pp. 415-416.

devant le CIRDI ou la CIJ». S'éloignant davantage des canons classiques, Mme *Bastid* pense que l'on peut «imaginer qu'une entreprise multinationale qui se plierait à un Code de bonne conduite établi dans le cadre d'une organisation internationale pourrait, si elle avait à mettre en jeu la protection diplomatique, bénéficier d'une «garantie» internationale». Le rapporteur ajoutera que l'objet et les «débiteurs» de cette garantie internationale resteraient bien entendu à définir; il ne serait peut-être pas légitime de penser seulement, à cet égard, à une sorte d'assurance, financée par les entreprises multinationales elles-mêmes. Mais l'observation de Mme *Bastid* a de toute manière le mérite de montrer le lien entre rattachement, législation et protection diplomatique transnationaux.

66. Peut-on du moins penser que les Etats d'accueil accepteraient moins difficilement l'intervention de l'ONU que celle de l'Etat de la société-mère? Pour le moment, les Etats en développement n'envisagent pas d'admettre une interférence quelconque, fût-elle internationale<sup>69</sup>, avec leur souveraineté à l'égard des filiales ou des établissements implantés sur leur territoire; mais il n'est pas interdit de penser que la différence entre l'intervention de l'ONU et celle d'un Etat national finirait par être perçue.

67. Il demeure que l'Institut ne peut s'engager qu'avec la plus grande prudence dans des recommandations relatives à la protection diplomatique internationale d'entreprises à rattachement transnational. Il pourrait manifester cette prudence en se bornant à suggérer que des conventions internationales soient envisagées à cet effet, voire que des études soient poursuivies dans cette direction.

3. *Entreprises multinationales formées par une société unique et des établissements à implantation pluri-étatique, sans personnalité morale*

68. Dans cette hypothèse, la qualité de l'Etat de la société unique pour exercer la protection diplomatique de celle-ci ne devrait pas soulever de difficulté *juridique*; d'autre part, la question de la protection de cette société comme actionnaire d'une filiale ne se poserait naturellement pas.

M. *Seidl-Hohenveldern* pense cependant que les difficultés pratiques seraient ici encore plus grandes que dans le cas des filiales. Même si l'on ne le suit pas dans cette vue pessimiste, on doit en tout cas admettre que les Etats d'implantation des établissements sans personnalité morale n'accepteront pas plus facilement l'immixtion d'un autre Etat dans leurs rap-

<sup>69</sup> Voir Rapports à la 1re et à la 2e sessions de la Commission des sociétés transnationales, cités *supra*, note 2; Doc. E/C. 10/17, cité *supra*, note 2.

ports avec ces établissements, que dans leurs relations avec des sociétés filiales constituées selon leur législation. Il n'empêche, cependant, que l'obstacle juridique du rattachement de la filiale à un Etat ne se rencontrant pas ici, l'Institut devrait pouvoir affirmer que l'Etat de la société unique doit avoir qualité pour exercer la protection diplomatique de celle-ci.

69. Que si l'entreprise multinationale de ce type se voyait attribuer un rattachement «transnational», les questions précédemment examinées à propos des groupes de sociétés transnationalisés seraient les mêmes, et appelleraient les mêmes réponses.

70. Le rapporteur tiendra compte de l'ensemble de ces observations relatives à la protection diplomatique, pour proposer à l'Institut des résolutions qui auront essentiellement pour objet:

- de suggérer le règlement de la protection diplomatique des filiales par voie d'accords internationaux;

- de souligner que l'Etat de la société-mère devrait avoir qualité pour exercer la protection diplomatique de celle-ci, considérée comme actionnaire de la filiale;

- de proposer l'étude de moyens spécifiques de protection d'entreprises multinationales éventuellement «transnationalisées», et de la possibilité d'intégrer ces moyens dans des conventions internationales;

- d'affirmer que le pays de la société unique, ayant à l'étranger des établissements sans personnalité morale, doit se voir reconnaître qualité pour exercer la protection diplomatique de cette société, lorsqu'il est porté atteinte à ses droits par des actes illicites visant l'un de ces établissements, par l'Etat de son implantation territoriale.

## B. Contrôle des entreprises multinationales

71. On peut très généralement définir le contrôle des entreprises multinationales comme étant l'exercice de l'ensemble des compétences dont des Etats nationaux, et éventuellement une collectivité régionale ou la collectivité internationale disposent à leur égard, non plus pour assurer leur protection, mais pour imposer à leurs éléments constitutifs séparés ou à l'entité unique qu'elles forment économiquement et qu'elles formeraient juridiquement de se constituer, de fonctionner et d'exercer leur activité conformément au droit, mais aussi, pour ce qui concerne l'activité, conformément aux objectifs politiques, économiques et sociaux de ces Etats ou collectivités.

Nécessairement très large, cette définition embrasse les compétences législatives, les compétences d'autorité et les compétences juridictionnelles. On fera ainsi entrer dans le contrôle, *hoc sensu*:

– la détermination de la loi applicable à la constitution, au fonctionnement, aux actes et aux faits juridiques des éléments constitutifs de l'entreprise multinationale séparément considérés, ou de l'entreprise elle-même si celle-ci est ou peut devenir une entité juridique unique, susceptible d'être régie, sous certains aspects, par une loi également unique;

– la détermination de l'autorité étatique ou internationale compétente pour prescrire aux éléments constitutifs de l'entreprise multinationale ou à celle-ci des comportements généraux déterminés, ou pour lui adresser des injonctions afin qu'elle accomplisse certains actes, ou s'en abstienne;

– enfin, la détermination des tribunaux compétents pour statuer sur les litiges auxquels un élément constitutif de l'entreprise multinationale ou cette entreprise elle-même (si celle-ci acquérait une personnalité juridique propre) est ou serait partie, ainsi que pour infliger les sanctions qu'entraîneraient, selon la loi applicable, leurs agissements contraires à cette loi ou à des commandements de l'autorité compétente.

72. Or, le fait que l'entreprise multinationale est implantée dans plusieurs Etats entraîne nécessairement des conflits entre ces Etats quant à la répartition des compétences ainsi définies.

Il n'entraîne pas dans la mission de la Deuxième Commission d'étudier ces conflits et d'en proposer la solution dans tous les domaines où ils peuvent surgir. Les deux exemples choisis concernent l'application des règles de concurrence et la détermination de la loi devant régir les contrats des entreprises multinationales; il a paru cependant nécessaire, avant de les aborder, de tenter au moins de définir, en termes juridiques, les données générales du problème de répartition des compétences.

### *1. Données générales*

73. Elles doivent être tour à tour définies dans l'hypothèse des entreprises multinationales à rattachements nationaux multiples, puis dans celle d'entreprises multinationales qui se verraient conférer un rattachement transnational.

#### a) Entreprises multinationales à rattachements nationaux multiples

74. Dans la mesure où la répartition du pouvoir de contrôle se traduit, sous un premier aspect, par celle des compétences législatives entre les Etats nationaux d'implantation des divers éléments de l'entreprise

multinationale, la question a déjà été au moins partiellement rencontrée et examinée en liaison avec le rattachement de ces éléments. Il est alors apparu que la loi applicable à la constitution, à l'organisation et au fonctionnement interne de la société-mère et des filiales est nécessairement celle de leurs statuts personnels respectifs, c'est-à-dire, selon les deux grandes catégories de systèmes de solution des conflits de lois en cette matière, la loi nationale ou la loi du «domicile», étant précisé que dans les cas les plus fréquents, où le domicile correspond au siège social réel, ces deux modes de désignation aboutissent pratiquement au même résultat. Concrètement, cela signifie qu'à défaut d'un rattachement transnational, il est exclu de soumettre le statut personnel de la filiale à une loi autre que celle selon laquelle elle s'est constituée, qui est normalement aussi la loi du pays où se trouve son siège social.

S'agissant, en revanche, des relations de la société-mère avec la filiale d'une part, et d'autre part avec les actionnaires externes et les créanciers de celle-ci, il est apparu que si le rattachement de principe désignait également la loi de la filiale, la loi de la société-mère pourrait intervenir, notamment lorsqu'elle est seule à instituer une protection spécifique des actionnaires externes ou des créanciers ou que le système qu'elle consacre à cet égard est choisi par ces derniers parce qu'il leur paraît plus favorable que celui de la loi du pays de la filiale.

75. C'est par conséquent au sujet du régime des biens de la filiale, de son activité et des obligations engendrées par celle-ci envers la puissance publique que l'on retrouve ici le problème de la répartition des compétences de contrôle.

A bien des égards, il semble alors que l'on doive se référer dans chaque cas, pour ce qui est du moins des compétences législatives, au système de conflits du for, comme le suggère M. Reese, qui pense cependant aussi que les rapports de chacune des sociétés du groupe avec les tiers devraient être, de préférence, rattachés à la loi de la société en cause ; on dira cependant que la première directive paraît préférable à la seconde, car la loi de la société n'a pas nécessairement un titre particulier à s'appliquer, par exemple, aux contrats passés par celle-ci à sa responsabilité délictuelle.

Dans cette perspective, on est aussi tout naturellement conduit à admettre que le statut des biens de l'entreprise multinationale (formellement répartis entre ses divers éléments constitutifs, lorsque ceux-ci sont dotés de personnalité juridique propre) est gouverné par la loi de leur situation, puisque ce principe de rattachement est très généralement suivi

par les divers systèmes nationaux de conflits de lois, et qu'en conséquence, ces biens peuvent valablement faire l'objet de décisions des autorités de ce pays.

Mais il importe ici d'éviter toute confusion entre *compétence* et *responsabilité internationale*. Dire que les biens d'une société sont soumis à la loi et aux autorités du pays où ils sont situés (que cette société ait ou non son siège dans ce pays), c'est admettre, par exemple, que l'Etat de la situation des biens a le droit de les nationaliser, conformément à sa propre loi; mais cela ne signifie pas qu'en raison du contenu de cette loi (notamment lorsque celle-ci ne prévoit aucune indemnisation), ou des circonstances de la nationalisation (par exemple, si elle se traduit par une discrimination arbitraire), la responsabilité internationale de l'Etat qui y a procédé ne puisse pas être mise en cause, notamment par l'exercice de la protection diplomatique. C'est de cette manière que l'on peut juridiquement concilier la souveraineté de chaque pays sur ses ressources naturelles avec le droit, également reconnu à chaque pays (comme le rappelle M. *Seidl-Hohenveldern*), de protéger le fruit de l'activité de ses ressortissants et de l'exploitation extraterritoriale de ses richesses<sup>70</sup>.

76. Il reste cependant que les caractères propres de l'entreprise multinationale rendent insuffisant et insatisfaisant le recours aux systèmes nationaux de solutions de conflits de lois ou de conflits d'autorités.

Il en est ainsi parce que l'activité des entreprises multinationales produit naturellement, sinon nécessairement, des effets dans plusieurs pays. On en verra ci-dessous un exemple en matière de concurrence, où la multiterritorialité de ces effets a été tout particulièrement étudiée. Mais celle-ci se rencontre dans bien d'autres domaines. Ainsi – et pour se borner à quelques autres exemples – la fixation des prix de transfert entre les établissements de l'entreprise multinationale a des répercussions sur le marché et sur les recettes fiscales de chacun des pays où ces établissements sont situés; les transferts de technologie ont des conséquences aussi bien dans le pays du donneur de licence (parce qu'ils déterminent le niveau d'un des éléments de la balance des paiements de celui-ci et qu'ils peuvent restreindre l'exploitation, à l'intérieur de ses frontières, des techniques transférées) que dans le pays du licencié (parce qu'ils entraînent une sortie de fonds, mais surtout parce qu'ils ont une influence décisive

<sup>70</sup> On doit cependant noter que l'article 1er de la Charte des droits et devoirs économiques des Etats (Doc. A/9946), texte auquel notre confrère se réfère, ne consacre pas expressément un tel droit.

sur le développement industriel de ce pays); la destination donnée aux produits fabriqués par un établissement (selon que ces produits sont dirigés principalement vers le marché intérieur, ou au contraire vers l'exportation) a elle aussi une influence directe sur la situation économique du pays de cet établissement ou d'autres pays; le simple fait, enfin, de la répartition des établissements entre divers pays, si celle-ci est au moins partiellement déterminée par l'abondance relative de la main-d'oeuvre, par les niveaux respectifs de salaires et par l'état des législations sociales aura des répercussions sur le niveau de l'emploi et les conditions de travail dans l'ensemble des pays d'implantation de l'entreprise multinationale.

77. Cette dissémination territoriale des activités de l'entreprise multinationale et de ses effets a conduit le rapporteur à soumettre à ses confrères la question de la définition du lien entre une activité et un territoire qui devrait être pris en considération pour répartir les compétences de contrôle: on pourrait en effet songer à choisir entre le lieu où l'activité se déroule et celui où elle produit des effets, et de ce deuxième point de vue, tenter de définir les caractères que les effets d'une activité doivent revêtir pour donner compétence, dans une application raisonnable de la conception de la territorialité objective, à la loi et aux autorités du pays où ils se produisent. Ainsi, disparaîtrait, peut-être, le problème classique de l'*extraterritorialité* des compétences que les Etats revendiquent à l'égard des entreprises multinationales<sup>71</sup>.

D'une manière générale (et sous réserve que M. Reese estime que la question ainsi posée couvre tout le champ des conflits de lois en matière d'obligations, si bien que l'on devrait se contenter de poser le principe général de la compétence de la loi avec laquelle la situation considérée a la relation la plus significative, et tenter ensuite d'énumérer quelques facteurs dont les tribunaux auraient à tenir compte dans l'application de ce principe), les membres de la Deuxième Commission retiennent en tout cas la compétence du pays où se déroule l'activité considérée, tout en admettant, pour la plupart, que cette compétence devrait se cumuler ou se combiner avec celle du pays où l'activité produit des effets; mais de ce dernier point de vue, M. Lalive souligne qu'il est à la fois possible et nécessaire de préciser les caractères de l'effet à prendre en considération.

<sup>71</sup> Voir notamment *Fatouros*, article cité *supra*, note 15; du même auteur: Problèmes et méthodes d'une réglementation des entreprises multinationales: *Journal du droit international (Clunet)* 1974.495.

78. On verra à ce sujet, à propos de la répartition des compétences en matière de réglementation de la concurrence, qu'en ce domaine, on peut en effet penser à une limitation du système de la territorialité objective aux hypothèses où les pratiques restrictives considérées produisent un effet *direct* et *immédiat* sur le territoire dont la loi et les autorités revendiquent compétence.

On peut, bien sûr, proposer une généralisation de cette exigence, et l'on peut également tenter de concrétiser ces caractères.

Ainsi (pour se borner à des exemples) un prix de transfert inférieur au prix du marché a un effet direct et immédiat dans le pays d'exportation, puisqu'il affaiblit sa balance des paiements et diminue ses recettes fiscales; cet effet se produira au contraire dans le pays d'importation, si le prix de transfert est excessif. La situation est moins claire avec les transferts de technologie (sauf en ce qui concerne la fixation des redevances, qui est comparable à celle des prix de transfert); mais pour ce qui est de l'exploitation des capacités inventives du pays d'exportation, l'effet pourrait être considéré comme direct et immédiat si l'octroi de la licence a entraîné, dans ce pays, la fermeture d'établissements qui exploitaient auparavant le brevet, mais comme indirect et médiat, sinon hypothétique, au cas où il consisterait dans l'abandon, par le donneur de licence, de *projets* de création de tels établissements. Un autre exemple, enfin: la création d'établissements dépendants dans des pays où la main d'œuvre est abondante, meilleur marché et moins organisée qu'ailleurs, peut aggraver le chômage dans d'autres pays, notamment dans celui de la société-mère; mais cet effet pourrait, semble-t-il, n'être considéré comme direct et immédiat que lorsque la dissémination en fonction de la situation de la main d'œuvre entraîne la fermeture d'établissements antérieurement existants.

Encore faut-il dire que dans ces divers cas, bien entendu, chaque pays ne pourrait agir qu'au regard des effets que la décision de l'entreprise multinationale produit sur son propre territoire, ce qui aurait souvent pour conséquence d'absorber la compétence fondée sur l'effet dans celle que confère le lieu d'accomplissement de l'acte considéré.

79. Ces observations conduisent le rapporteur à penser que s'agissant d'entreprises multinationales à rattachements nationaux multiples, il sera extrêmement difficile de définir *in abstracto* des critères généraux de répartition des compétences de contrôle. L'Institut pourrait par conséquent, tout au plus, suggérer qu'indépendamment de l'application par chaque for de son propre système de conflits de lois, il fût tenu compte,

dans le domaine des entreprises multinationales, en premier lieu du lieu d'accomplissement de leurs activités, et en second lieu du lieu où celles-ci produisent des effets directs et immédiats.

Mais surtout, l'Institut devrait souligner que les Etats intéressés (c'est-à-dire principalement ceux où l'entreprise multinationale implante des établissements) devraient *coopérer* dans l'exercice du contrôle sur ces entreprises, et à cette fin, tenter de déterminer, par des accords internationaux, les modalités de cette coopération (y compris la répartition des tâches du contrôle); pareille recommandation ne s'écarterait pas, du reste, de suggestions déjà formulées dans le cadre des Nations Unies<sup>72</sup>.

C'est bien entendu une toute autre dimension, et en vérité une nature différente que cette coopération internationale pourrait prendre dans l'hypothèse d'entreprises multinationales à rattachement transnational.

#### b) Entreprises multinationales à rattachement transnational

80. Ici comme en matière de protection diplomatique, le rapporteur a pensé qu'il pourrait être fructueux de s'interroger d'abord sur les compétences de contrôle concernant les sociétés internationales constituées par accords interétatiques propres à chacune d'elles, en envisageant notamment que de telles compétences pourraient être attribuées à l'ensemble des Etats parties à l'accord.

M. Reese observe, à ce sujet, que l'application de la loi de ce groupe d'Etats semble impossible, sauf s'il arrivait que ces Etats eussent la même règle quant à la question en cause; mais on rappellera, à ce sujet, que les sociétés dont il s'agit sont normalement gouvernées par la convention constitutive et par les statuts annexés à celle-ci, et ne font l'objet que d'un rattachement subsidiaire à la loi de l'Etat du siège, généralement «cristallisée», du reste, dans son contenu en vigueur au moment de la constitution, sauf accord des Etats participants (ou des actionnaires) sur l'application des changements qui seraient apportés à cette loi<sup>73</sup>.

MM. Jessup et Seidl-Hohenveldern seraient favorables à l'exercice

<sup>72</sup> Voir Doc. E/5500 Rev. 1 ST/ESA/6, cité *supra*, note 2, p. 5; CNUCED, Rapport du deuxième groupe spécial d'experts des pratiques commerciales restrictives, Doc. TD/B/600-TD/B/C-2/166-TD/B/C-2/AC. 5/6, 8 mars 1976, par. 44-56; CNUCED, Un code international de conduite pour le transfert des techniques, Doc. TD/B/C. 6/AC. 1/2/Suppl. 1, 25 mars 1975, par. 336s; Nations Unies, Conseil Economique et Social, Sociétés Transnationales: L'élaboration d'un Code de conduite et les questions qu'elle soulève, Doc. E/C. 10/17, 20 juillet 1976, par. 142s., 180.

<sup>73</sup> Voir B. Goldman, article cité *supra*, note 45.

du contrôle par l'ensemble des Etats parties à l'accord. Selon Mme *Bastid*, il conviendrait de distinguer selon que l'Etat qui aurait compétence, eu égard aux principes de répartition précédemment esquissés pour les entreprises multinationales à rattachements nationaux multiples serait ou non partie à l'accord constitutif de la société: dans le premier cas, cet accord pourrait prévoir une action concertée ou des règles établies conjointement, et dans le second, il faudrait le consentement de l'Etat tiers pour que les compétences de contrôle puissent être exercées par les Etats parties à l'accord.

C'est selon ces directives que le rapporteur proposera à l'Institut d'adopter une recommandation.

81. C'est bien différemment que se présente, en définitive, le problème des compétences de contrôle à l'égard d'entreprises «transnationales», rattachées soit à une collectivité régionale d'Etats, soit à l'ONU.

On notera d'abord, à ce sujet, que la proposition d'un règlement relatif à la société européenne reste au moins partiellement silencieuse à ce sujet. Certes, dans la mesure où cette compétence est de caractère législatif, et porte sur la constitution, l'organisation et le fonctionnement interne de la société (ou du groupe dont elle ferait partie) la question serait résolue par l'existence même du règlement, qui est conçu, on l'a déjà souligné, comme une législation complète devant régir la société de ces divers points de vue, et destinée à se suffire à elle-même. De même, l'interprétation préjudicielle du règlement devant revenir à la Cour de Justice des Communautés par le jeu de l'article 177 du Traité de la CEE, une compétence communautaire de caractère juridictionnel se trouverait établie. Enfin, la compétence des autorités et l'application de la loi communautaires à l'égard des pratiques restrictives de concurrence, lorsqu'elles affectent le commerce entre Etats membres, concerneraient naturellement les activités des entreprises constituées sous forme de société européenne, comme les autres.

Mais rien n'est prévu, dans les textes actuellement en discussion quant à l'exercice, par les autorités communautaires, d'un contrôle sur la société européenne, par voie de prescriptions générales ou d'injonctions visant un acte déterminé; et il n'est nullement certain que les Etats membres aient même envisagé de transférer à la Communauté leurs compétences en ce domaine, qui devraient par conséquent être réparties selon les critères applicables en cas de rattachements nationaux multiples, dont on a vu, cependant, combien il était difficile de les dégager.

82. Cette difficulté ne suffirait pas non plus, du reste, pour entraîner

nécessairement l'attribution à l'ONU de la compétence de contrôle de sociétés transnationales qui lui seraient rattachées.

On rappellera d'abord, à ce sujet, que s'agissant même de la compétence législative concernant de telles sociétés, son transfert à l'organisation internationale supposerait nécessairement l'élaboration d'une législation les concernant comparable à celle qui est en cours d'élaboration pour la société européenne, ainsi que d'une administration et d'une juridiction internationales chargées de l'appliquer.

Pour le surplus, des réserves ont été exprimées quant à la possibilité effective de parvenir à un accord international conférant à l'ONU une compétence de contrôle du comportement des entreprises multinationales (M. Reese). Celui-ci, comme d'autres membres de la Deuxième Commission, estime cependant que cette solution découlerait logiquement du rattachement transnational et le rapporteur pense que ce serait priver ce rattachement d'une bonne partie de son intérêt que de ne pas tenter de faire prévaloir cette conséquence.

83. Encore faudrait-il, bien entendu, que le contrôle de l'ONU s'exerce sur la base de règles préétablies, résultant elles-mêmes d'un accord international et connues de tous; de telles règles pourraient être intégrées dans une Convention générale sur les entreprises multinationales, ou dans un «Code de bonne conduite» adopté par l'ONU, mais qui revêtirait, dans ce cas, un caractère contraignant.

D'autre part, la compétence ainsi reconnue à l'ONU ne pourrait pas ôter tout pouvoir particulier aux Etats directement intéressés aux activités d'une entreprise multinationale déterminée, soit notamment aux Etats sur le territoire desquels seraient situés les établissements de l'entreprise, voire à ceux où l'activité de celle-ci produirait des effets directs et immédiats.

On devrait en d'autres termes prévoir, dans cette hypothèse également, cette *coopération* dans l'exercice des compétences de contrôle, dont on a montré la nécessité dans le cas des entreprises multinationales à rattachements nationaux multiples. Mais cette coopération serait ici en quelque sorte de caractère institutionnel, en ce sens qu'elle s'exercerait dans le cadre et sous l'égide du «service» de l'ONU qui aurait en charge le contrôle des entreprises multinationales.

On notera à ce sujet les observations de Mme Bastid, qui se demande si la combinaison du contrôle par l'ONU et par les Etats à compétence territoriale «ne devrait pas prendre la forme tout à la fois d'un droit et même peut-être d'une obligation de recueillir auprès des Nations Unies des informations, peut-être même des suggestions pour l'Etat territoriale-

ment intéressé, avant d'exercer ses compétences à l'égard des établissements de l'entreprise». Pareil mécanisme laisserait, en vérité, les compétences de contrôle aux Etats, l'ONU n'étant que leur conseiller, lorsqu'ils entendraient les exercer; peut-être serait-il possible d'aller plus loin, en suggérant une concertation entre l'ONU et tout Etat qui entendrait intervenir dans l'activité d'un établissement dépendant d'une société transnationale, et à la limite, une priorité donnée, en cas de désaccord, à la décision de l'ONU, – étant bien entendu que de telles solutions ne pourraient résulter que de la convention-cadre relative aux sociétés transnationales, et le cas échéant des accords d'application de celle-ci, relatifs à des sociétés déterminées de ce type.

84. On ajoutera que moyennant des accords internationaux, cette coopération institutionnelle entre l'ONU et les Etats territorialement compétents pourrait être étendue, semble-t-il, à des entreprises multinationales ayant fait l'objet d'un enregistrement international, mais non d'un rattachement transnational – sous réserve, bien entendu, que l'entreprise considérée accepte de se soumettre à des règles de conduite internationalement établies.

85. Le rapporteur sera dès lors conduit à proposer des projets de résolution qui suggéreraient:

– pour les entreprises multinationales à rattachements nationaux multiples, qu'indépendamment du large domaine laissé aux règles de conflits de lois et de juridictions de chaque for national, les compétences de contrôle à l'égard des activités de ces entreprises devraient être fondées d'abord sur le lieu où ces activités se déroulent, et en outre sur la localisation des effets directs et immédiats de ces activités, étant entendu que la répartition et l'exercice de ces compétences devraient faire l'objet d'une coopération entre les Etats intéressés;

– que les compétences de contrôle relatives aux sociétés internationales créées par accords inter-étatiques particuliers pourraient être collectivement exercées par les Etats parties à l'accord, mais seulement avec le consentement d'un Etat tiers, lorsque seraient ainsi affectées les propres compétences de celui-ci;

– enfin, que les compétences de contrôle d'entreprises multinationales à rattachement transnational pourraient être confiées à l'ONU, à condition qu'une législation internationale complète définisse le statut et les obligations de ces entreprises, et que ces compétences soient exercées en coopération avec les Etats territorialement intéressés, étant entendu que ce mécanisme devrait être établi par voie d'accord international et pour-

rait être éventuellement étendu à des entreprises ayant fait l'objet d'un enregistrement international, même sans transnationalisation de leur rattachement.

## 2. Deux exemples: concurrence et contrats

### a) Concurrence

86. Le rapporteur a déjà rappelé, dans l'exposé préliminaire, que la «distorsion» entre l'unité économique de l'entreprise multinationale et dans l'état actuel de sa structure, son pluralisme juridique était particulièrement fâcheux lorsqu'il s'agit de faire application des lois sur la concurrence, en raison du caractère global du comportement, en ce domaine, des entreprises de ce type, et de la dissémination des effets de ce comportement dans les divers pays où elles sont implantées.

Il demeure cependant qu'une répartition des compétences non seulement législatives, mais aussi administratives et juridictionnelles en matière de concurrence peut rester nécessaire, aussi longtemps du moins que ce pluralisme juridique subsiste, sans qu'il soit aucunement certain que le rattachement transnational de l'entreprise multinationale ferait disparaître cette nécessité.

### i) Entreprises multinationales à rattachements nationaux multiples

87. Une tendance marquée se manifeste de fonder ici les compétences étatiques sur la théorie de la *territorialité objective*, selon laquelle, on le sait, tout Etat sur le territoire duquel une pratique restrictive de concurrence produit des effets serait compétent pour interdire et réprimer ces pratiques selon sa propre législation.

Les dangers d'un éparpillement excessif des compétences, que cette conception recèle, ont cependant conduit à proposer qu'elle fût précisée, voire limitée de diverses manières.

Il a tout d'abord été proposé d'exiger que l'effet de la pratique restrictive présente, pour fonder la compétence, certains caractères que l'on a tenté de définir. Nous avons quant à nous, dans un précédent travail, proposé d'exiger que l'effet restrictif de concurrence ait été *voulu*, ou à tout le moins *prévisible* par les entreprises participant à la pratique restrictive, et qu'il soit d'autre part *direct* et *immédiat*, en ce sens qu'il découle de l'acte incriminé sans interposition d'un fait intermédiaire<sup>74</sup>.

<sup>74</sup> Voir B. Goldman, Les champs d'application territoriale des lois sur la concurrence, Rec. Cours Académie droit international, 1969, Vol. III. 631, pp. 689s.

M. *Hunter* a opportunément ajouté, dans son rapport à la Conférence de l'International Law Association de la Haye, en 1970<sup>75</sup>, auquel M. *Lalive* se réfère, l'exigence du caractère *substantiel* de l'effet.

M. *Lalive* pense d'autre part que pour conférer compétence, «la conduite et ses effets doivent être des éléments constitutifs de l'activité visée, et proscrite, par la règle». On touche ici les conditions de fond de l'application d'une législation de la concurrence. Mais on doit rappeler que la localisation de la *conduite* n'est pas absente de la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés Européennes relative à l'applicabilité du droit communautaire de la concurrence (et à la compétence de la Commission) à l'égard d'entreprises multinationales dont le centre de décision se trouve dans un Etat tiers: pour imputer les pratiques restrictives à ce centre de décision, la haute juridiction tend en effet à découvrir l'influence directe de la société-mère dans la pratique incriminée, exécutée par la filiale située dans la Communauté, ce qui lui permet de localiser à l'intérieur de celle-ci la conduite de la société-mère elle-même<sup>76</sup>.

88. De toute manière, les diverses limitations ou précisions ainsi apportées à la conception de la territorialité objective (dont la dernière paraît du reste fort discutable, car elle consiste à ne pas considérer l'effet comme suffisant pour conférer compétence), ne permettraient certainement pas d'éviter les interférences de compétences étatiques à l'égard des pratiques restrictives de concurrence des entreprises multinationales.

Aussi bien, indépendamment de ces limitations, peut-il paraître indispensable que par voie d'accords internationaux, les Etats intéressés

<sup>75</sup> *International Law Association, Report of the Fifty-fourth Conference, The Hague, 1970*; l'ensemble des travaux de l'ILA sur l'application extra-territoriale des lois sur les pratiques commerciales restrictives fournit une documentation et des propositions du plus haut intérêt (voir les «Reports» depuis le Congrès de Tokyo [1964]).

<sup>76</sup> Voir notamment: CJCE, arrêts «*Matières colorantes*», 14 juillet 1972, Rec. 1972, 619s.; *Istituto Chimioterapico S.p.a. – Commercial Solvents Corp. (Zoja)*, aff. jointes 6 et 7/73, 6 mars 1974, Rec. 1974.223; *Europemballage Corp. et Continental Can Cy, c/Comm. des CE*, aff. 6/72, 21 février 1973, Rec. 1973.215; *F. A. Mann, The Dyestuff Case*, 22 *Int. and Comp. Law quarterly* 1 (1973) pp. 35s.; *K. M. Meesen, Der räumliche Anwendungsbereich des EWG Kartellrechts und das allgemeine Völkerrecht: Europarecht* 1973, pp. 18s.; *E. Steindorff*, 9 *Comm. Market Law Rev.* 4 (1972) p. 502s.; *B. Goldman*, *Chr. de jurispr. de la CJCE, Journal du droit international (Clunet)* 1973. 924s.; *A. Lyon-Caen*, *Droit européen de la concurrence et groupe*, in *Cl. Lazarus et autres...*, *L'entreprise multinationale face au droit*, sous la direction de *B. Goldman et Ph. Francescakis*, Paris 1977, pp. 328s.

acceptent à la fois d'exercer leurs compétences en raison des effets voulus ou prévisibles, directs et immédiats produits par les pratiques restrictives sur leur territoire, et de ne les exercer que dans la mesure de ces effets, de manière à éviter aussi bien les lacunes que les superpositions de sanctions.

Les membres de la Deuxième Commission qui ont répondu à la question posée dans cet esprit par le rapporteur ont partagé cette vue.

89. Il reste que la vraie solution serait, ici plus que partout ailleurs, l'élaboration d'une législation internationale uniforme, dont l'application serait confiée à une administration et à une juridiction internationales. Cette idée a été retenue par MM. *Jessup* et *Lalive*, mais paraît prématurée à MM. *Monaco* et *Reese*, et utopique à M. *Seidl-Hohenveldern*. On doit cependant noter qu'elle a été déjà envisagée à l'ONU<sup>77</sup>, si bien que l'Institut ne serait pas plus irréaliste que celle-ci, sinon en la proposant, du moins en affirmant qu'elle permettrait de progresser vers une solution véritable du problème des répartitions des compétences en matière de concurrence.

Il va de soi, d'autre part, que le champ d'application d'une telle législation serait beaucoup plus clairement défini si les entreprises qu'elle concernerait étaient soumises à un enregistrement international.

*ii) Entreprises multinationales à rattachement transnational*

90. L'application, à de telles entreprises, d'une législation internationale de la concurrence serait, à n'en pas douter, une conséquence logique de leur rattachement transnational.

Mais si l'élaboration d'une telle législation, et l'institution d'organes administratifs et judiciaires internationaux, chargés de l'appliquer, apparaissent difficilement réalisables, ces entreprises appelleraient, bien entendu, des accords de répartition et d'exercice des compétences, comme ceux que l'on a déjà envisagés pour les entreprises à rattachements nationaux multiples, et dont l'objet serait de définir l'effet territorial, facteur d'attribution de compétence, et d'éviter les lacunes ou les superpositions de sanctions.

91. Le rapporteur proposera, en ce domaine, des résolutions suggérant:

<sup>77</sup> Voir CNUCED, Rapp. sur les pratiques commerciales restrictives, doc. cité *supra*, note 72, par. 69-78.

- que la compétence fondée sur l'effet des pratiques restrictives ne devrait être admise que si cet effet présente, sur le territoire de l'Etat considéré, un caractère voulu et prévisible, substantiel, direct et immédiat;
- que des accords internationaux de répartition des compétences, tendant à éviter les lacunes et les superpositions de sanctions, seraient souhaitables;
- que le serait également une harmonisation internationale des règles de concurrence concernant les entreprises multinationales, même en l'absence de leur rattachement transnational.

#### b) Contrats

92. Compte tenu des indispensables limitations que la Deuxième Commission a imposées à ses travaux, et aussi de l'objet de ceux qui ont été confiés à la Vingt et unième Commission (contrats conclus par un Etat) et à la Quatrième Commission (contrats conclus par les organisations internationales), le rapporteur a pensé que deux questions se posaient essentiellement en ce domaine:

- d'une part, celle de savoir si le fait que l'une des parties à un contrat soit une société intégrée dans une entreprise multinationale (comme «mère» ou comme filiale) est de nature à modifier les règles de conflit applicables;
- d'autre part, celle de la formation éventuelle d'un droit transnational pour les contrats conclus par les entreprises multinationales – ou plus exactement, faudrait-il dire, celle de la part que les contrats conclus par de telles entreprises pourraient prendre dans la formation progressive et l'application d'un tel système juridique.

93. Ainsi que le rapporteur l'avait supposé, il a été répondu négativement à la première question, en particulier par MM. *Monaco* et *Seidl-Hohenveldern*.

Mais MM. *Lalive* et *Reese* ont souligné l'aspect particulier que cette question présenterait, lorsqu'il s'agirait d'un contrat où l'une des parties serait la société-mère de l'autre; ce fait, estime M. *Lalive*, «peut être de nature à infléchir le jeu des règles de conflit usuelles, par exemple en matière d'autonomie de la volonté (y a-t-il un véritable «contrat de choix» ou abus de puissance économique, voire fraude, et tentative d'échapper à des lois «impératives» ou «d'application immédiate» de la filiale, etc... ?)».

La question est en effet, comme notre confrère le souligne d'un vif intérêt. On peut regretter qu'elle n'ait pas fait l'objet, au sein de la Deu-

xième Commission, d'une étude plus complète, si bien que le rapporteur doit se borner à présenter à ce sujet de brèves observations personnelles.

94. L'infléchissement des règles de conflit en présence de contrats entre société-mère et filiale paraîtrait effectivement justifié, dès lors que l'on déterminerait la loi applicable au contrat en fonction de la volonté expresse ou implicite des parties, c'est-à-dire selon la conception «subjectiviste» du principe d'autonomie<sup>78</sup>. On peut en effet penser que la filiale est dépourvue, à l'égard de la société-mère, de volonté autonome, si bien que dans leurs rapports, l'hypothèse d'un «contrat de choix» n'aurait pas grande signification<sup>79</sup>. Il en résulte que plus que partout ailleurs, la détermination de la loi applicable au contrat devrait se faire ici en fonction de la localisation *objective* de celui-ci dans un milieu juridique et économique déterminé, ce choix pouvant aller jusqu'à *contredire* celui que les parties auraient fait, même expressément; seulement, le milieu juridique et économique d'un tel contrat est-il celui d'un Etat national, ou plutôt celui de la société internationale? En fait, il n'est guère douteux que l'on doive pencher pour la seconde réponse, et il en serait de même, de l'avis du rapporteur, pour les contrats conclus par la société-mère, voire par l'une des filiales avec une entreprise indépendante, dès lors que ces contrats serviraient de moule juridique aux activités économiques transnationales de l'entreprise multinationale.

On verra, cependant, les réticences qu'a suscitées, dans la Deuxième Commission, le rattachement des contrats dont il s'agit à un droit transnational. Auparavant, et pour en revenir à l'observation de M. *Lalive*, on partagera son avis sur la nécessité d'éviter que la désignation de la loi applicable au contrat (qui échapperait au risque d'abus de puissance économique dès lors que l'on écarterait le «contrat de choix») ne permette de tourner des lois impératives ou d'application immédiate du pays de la filiale. Ce résultat sera toujours atteint, si le contrat est objectivement localisé dans le pays de la filiale, d'où il résulterait que le droit de ce pays lui est applicable; que s'il était localisé dans le pays de la société-mère, voire dans un pays tiers (où se trouverait, par exemple, son lieu principal d'exécution), on aurait en effet à se préoccuper du respect des lois de ce type du pays de la filiale. Peut-être peut-on dire ici que par hypothèse, la

<sup>78</sup> Voir H. *Batiffol*, Objectivisme et subjectivisme dans le Droit international privé des contrats, in *Mélanges offerts à Jacques Maury*, Paris 1960, I, p. 39.

<sup>79</sup> On retrouve la même idée dans le droit communautaire, qui exclut l'application de la prohibition des ententes aux accords entre société-mère et filiale: voir B. *Goldman*, Droit commercial européen, 3e éd., Paris 1975, nos 264s.

loi du contrat n'est pas applicable dans le domaine des lois d'application immédiate; mais qu'en revanche, l'application systématique des lois contractuelles de caractère impératif du pays de la filiale ne s'imposerait pas toujours, puisque certaines de ces lois peuvent être exclusivement conçues pour les besoins de l'ordre économique interne.

95. En vérité, là est le nœud du problème: il est contradictoire d'admettre le caractère économiquement transnational de l'activité de l'entreprise multinationale, et de vouloir en même temps soumettre les contrats qu'elle conclut pour l'exercice direct de cette activité à une loi étatique.

Certes, cette contradiction n'est pas propre aux contrats de l'entreprise multinationale: elle apparaît en effet dans tout contrat *économiquement* international, même si aucune des parties à un tel contrat n'est une entreprise multinationale<sup>80</sup>. Seulement, elle est plus manifeste dans ce cas, ce qui a conduit des auteurs réticents à l'égard d'une nouvelle *lex mercatoria* à admettre que celle-ci pourrait trouver ici sa place<sup>81</sup>.

Mais il ne faut pas se dissimuler non plus que la formation effective d'un tel droit transnational des contrats n'est aucunement facilitée lorsqu'il s'agit des entreprises multinationales; peut-être même M. *Seidl-Hohenveldern* a-t-il raison de penser que son application à de telles entreprises serait considérée comme constituant un régime de privilège, si bien qu'elle n'en serait que plus difficilement admise.

Il va de soi, d'autre part, que pas plus qu'un droit national autre que celui de la société en cause (mère ou filiale) ce droit transnational des contrats ne devrait permettre d'écarter les lois d'application immédiate de ce pays, ni ses lois impératives, du moins lorsque celles-ci ne sont pas inspirées par des considérations d'ordre économique purement interne.

96. Les résolutions proposées à l'Institut relativement aux contrats des entreprises multinationales (mais qui, plus que d'autres, pourraient être écartées en raison du caractère trop sommaire de l'étude) tendraient dès lors:

– à retenir, pour la détermination de la loi applicable à ces contrats,

<sup>80</sup> Voir B. *Goldman*, *Frontières du droit et lex mercatoria*, *Archives de philosophie du droit* 1964.177; Ph. *Kahn*, *La vente commerciale internationale*, Paris 1963; Ph. *Fouchard*, *L'arbitrage commercial international*, Paris 1965, Nos 533–639; et les chroniques régulières des sentences arbitrales rendues dans le cadre de la Cour d'arbitrage de la Chambre de Commerce Internationale, par MM. *Thompson* et *Derains*, puis par M. *Derains*: *Journal du droit international (Clunet)* 1974.876; 1975.916; 1976.969.

<sup>81</sup> H. *Batiffol*, *L'avenir du droit international privé*, en *Institut de Droit International*, *Livre du Centenaire 1873–1973*, p. 162, pp. 170s.

en particulier lorsqu'ils interviennent entre la société-mère et une filiale, leur localisation objective;

– à réserver la compétence des lois d'application immédiate des pays de la ou des sociétés parties au contrat, et des lois impératives de ces pays, sauf peut-être pour celles de ces dernières lois qui seraient fondées sur des motifs d'ordre économique exclusivement interne;

– à constater enfin qu'un droit transnational serait adapté aux contrats conclus par les entreprises multinationales (le cas échéant, à travers leurs éléments constitutifs dotés de personnalité morale), mais que les difficultés d'élaboration d'un tel droit se rencontrent ici comme dans les contrats économiquement internationaux en général, et que de surcroît, son application aux contrats concernant les entreprises multinationales pourrait se heurter à des obstacles spécifiques.

Paris, 18 juin 1977

---

## Projet de résolution

L'Institut de Droit international,

*considérant* que des entreprises caractérisées par leur unité économique sous l'impulsion d'une société-mère qui constitue leur centre de décision, en même temps que par une dissémination de leurs établissements, dotés ou non de personnalité morale, et constituant leurs centres de profit, dans un grand nombre de pays, jouent un rôle prépondérant et croissant dans la production et les échanges internationaux,

*considérant* qu'au niveau international, ces entreprises font l'objet de recherches, d'études, de débats et de décisions, notamment dans le cadre de l'Organisation des Nations Unies, de l'Organisation de Coopération et de Développement Economique et de la Communauté Economique Européenne,

*considérant* que ces travaux ont essentiellement pris pour objet, ainsi qu'il était naturel, les problèmes politiques, économiques et sociaux que fait surgir l'activité des «entreprises multinationales», en particulier dans le développement mondial,

*considérant* que l'examen des problèmes juridiques, propres aux entreprises multinationales et la mise à l'étude des solutions que ces problèmes pourraient recevoir peuvent apporter une contribution substantielle à l'avancement des travaux de caractère politique, économique et social dont elles sont l'objet,

*considérant* que l'Institut a entrepris l'étude de certains de ces problèmes juridiques, et qu'il lui est apparu qu'il convenait de rechercher, dans l'élaboration des règles relatives aux entreprises multinationales, un équilibre entre les droits fondamentaux des Etats nationaux souverains, les intérêts de la collectivité internationale et ceux des entreprises elles-mêmes,

*adopte* la présente résolution:

*I.*

1. Les entreprises formées d'un centre de décision localisé dans un pays et de centres de profit, dotés ou non de personnalité juridique propre, situés dans un ou plusieurs autres pays, devraient être considérées comme constituant, en droit, des entreprises multinationales.

2. Il est souhaitable que soit progressivement élaboré un régime juridique propre aux entreprises ainsi définies, qui pourrait contribuer à la solution des problèmes politiques, économiques et sociaux qu'elles font naître.

*II.*

1. a) Le rattachement national de la société-mère et des sociétés filiales (ou de la société unique dont dépendent des établissements sans personnalité juridique, situés dans plusieurs pays) devrait être aménagé pour tenir compte des liens entre la société-mère (ou la société unique) avec les pays des filiales, ou de ceux où sont matériellement situés les établissements dépendants non personnifiés, et réciproquement, des liens des sociétés filiales avec le pays de la société-mère.

b) Ces aménagements devraient être précisés par des accords bilatéraux (entre le pays de la société-mère ou de la société unique et celui de la filiale, ou de l'établissement dépendant non personnifié) ou multilatéraux (entre le pays de la société-mère, ou de la société unique, et ceux des filiales ou des établissements dépendants non personnifiés).

2. a) Il est souhaitable que les organisations appropriées de l'ONU étudient la possibilité, les conditions et les conséquences d'un rattachement transnational de l'entreprise multinationale, c'est-à-dire d'un lien comparable à la nationalité, entre une telle entreprise et la collectivité des nations, représentée par l'ONU.

b) Un tel rattachement transnational impliquerait l'élaboration, par voie de convention multilatérale, d'une législation internationale relative à la constitution, à l'organisation, au fonctionnement et aux activités des entreprises qui en feraient l'objet, ainsi que l'institution d'une administration et d'une juridiction internationales chargées d'appliquer cette législation.

c) La mise en œuvre du rattachement transnational et de la législation internationale qui serait liée à ce rattachement devrait être réalisée au

moyen d'une convention multilatérale, dont il serait prévu soit qu'elle pourrait ou devrait s'appliquer à toute entreprise réunissant les caractères qu'elle définirait, soit, et de préférence, qu'elle s'appliquerait au moyen d'accords particuliers, entreprise par entreprise.

3. a) A défaut de rattachement transnational il serait utile que fût institué un enregistrement international des entreprises multinationales, obligatoire ou facultatif, auprès d'un organisme de l'ONU.

b) L'enregistrement international devrait être institué par une convention multilatérale, qui définirait les entreprises pouvant ou devant s'y soumettre, ainsi que les conséquences de l'enregistrement (en particulier: obligations étendues de publicité pour les entreprises enregistrées; application à ces entreprises d'accords internationaux ou de codes de conduite concernant de manière générale les entreprises multinationales; possibilité de recours à l'arbitrage international pour régler les litiges intéressant les entreprises enregistrées).

### *III.*

1. La qualité du pays de la société-mère pour exercer la protection diplomatique d'une filiale ayant la nationalité d'un autre Etat devrait faire l'objet d'accords entre les pays intéressés.

2. Le pays de la société-mère devrait être considéré comme ayant qualité pour exercer la protection diplomatique de cette société, prise comme actionnaire de la filiale, en particulier lorsque la réclamation a pour objet des mesures prises par le pays de la filiale.

3. Au cas où des entreprises multinationales feraient l'objet d'un rattachement transnational, il conviendrait d'étudier les moyens spécifiques de protection diplomatique de ces entreprises, et de promouvoir la conclusion de conventions internationales définissant ces moyens.

4. Le pays de la société unique, ayant à l'étranger des établissements sans personnalité morale, a qualité pour exercer la protection diplomatique de cette société, lorsque la réclamation a pour objet des mesures prises à l'égard d'un de ces établissements, par l'Etat où il est situé.

### *IV.*

1. a) Pour la détermination de la loi applicable à la constitution, à

l'organisation, au fonctionnement et à l'activité des divers éléments composant l'entreprise multinationale, il doit être fait respectivement application des systèmes de solution de conflits de chaque for saisi; mais il serait souhaitable, en ce qui concerne les activités des entreprises multinationales, que ces systèmes fussent progressivement harmonisés de manière à tenir compte, d'abord du pays où s'accomplissent ces activités, et en outre des pays où celles-ci produisent des effets directs et immédiats.

b) Les Etats où sont situés la société-mère et les sociétés filiales ou les établissements dépendants des entreprises multinationales devraient coopérer dans l'exercice du contrôle sur ces entreprises, et à cette fin, envisager la conclusion d'accords internationaux qui répartiraient les tâches de contrôle et définiraient les modalités de cette coopération.

2. Le contrôle des sociétés internationales constituées au moyen d'accords interétatiques propres à chacune d'elles devrait être exercé, conjointement ou à défaut séparément, par les Etats parties à l'accord constitutif, à condition que ces Etats obtiennent le consentement d'un Etat tiers, ayant éventuellement compétence pour exercer ce contrôle.

3. a) Le contrôle des entreprises multinationales à rattachement transnational pourrait être confié à l'ONU, à condition qu'une législation internationale complète définisse le statut et les obligations de ces entreprises, et que ces compétences soient exercées en coopération avec les Etats où sont localisés les éléments constitutifs de l'entreprise multinationale en cause, les activités de cette entreprise ou les effets directs et immédiats de ces activités.

b) Ce mécanisme devrait être établi par voie d'accord multilatéral, et être éventuellement étendu à des entreprises ayant fait l'objet d'un enregistrement international, même sans transnationalisation de leur rattachement.

#### V.

1. La compétence de réglementation, de contrôle et de sanction des pratiques restrictives de concurrence des entreprises multinationales, fondée d'abord sur le lieu où ces pratiques sont accomplies, ne devrait être retenue, en fonction de leurs effets que si ceux-ci présentent, sur le territoire de l'Etat considéré, un caractère institutionnel ou au moins prévisible, substantiel, direct et immédiat.

2. Il serait souhaitable que fussent conclus des accords internationaux de répartition des compétences en ce domaine, de manière à éviter les lacunes et les superpositions de sanctions.

3. Serait également souhaitable une harmonisation internationale des règles de concurrence concernant les entreprises multinationales.

#### VI.

1. La loi applicable aux contrats conclus par les entreprises multinationales devrait être déterminée en fonction de la localisation objective de ces contrats, sans qu'il soit nécessairement tenu compte de la désignation par les parties d'une loi devant régir le contrat (observation: cette résolution ne concerne pas les contrats conclus avec les Etats ou les organisations internationales, qui font l'objet de travaux distincts).

2. Les lois «d'application immédiate» et les lois impératives autres que celles qui sont fondées sur des motifs d'ordre économique exclusivement interne du pays de la ou des sociétés parties au contrat ne doivent pas être mises en échec par la loi du contrat.

3. Les contrats conclus par les sociétés composant une entreprise multinationale, lorsqu'ils ont pour objet direct la production ou les échanges internationaux, appelleraient particulièrement l'application d'un droit transnational des contrats; mais ce droit transnational concernerait l'activité économique internationale en général (quels que soient le statut juridique et la structure économique des entreprises qui se livrent à cette activité), et d'autre part, l'application préférentielle d'un tel système juridique aux contrats conclus par les entreprises multinationales pourrait à juste titre apparaître comme un privilège injustifié.