

## Déclaration du Président sur la Décision du Tribunal du 1er août 1984

1. Bien que la décision du Tribunal rejetant le déclinatoire de compétence au motif de la nationalité de la SOABI fût prise à l'unanimité, on a fait valoir des critiques de certains de ses motifs. Je rappelle que le Tribunal était composé à l'époque du Baron van Houtte, du Juge Mbaye et de moi-même et qu'en 1985 le Baron van Houtte a été obligé de donner sa démission du Tribunal pour des raisons de santé.

2. Une première critique concerne la question de savoir si l'article 25(2)(b) de la Convention vise le seul contrôle immédiat. Une réponse affirmative aurait eu comme résultat dans la présente affaire que la Société Flexa, de nationalité panaméenne, c'est-à-dire la nationalité d'un Etat qui n'a pas adhéré à la Convention, n'aurait pas rempli la condition de nationalité requise par la Convention. Le Tribunal n'a pas pu accepter une telle interprétation et a par contre estimé que le contrôle des investisseurs peut s'effectuer à travers des entités intermédiaires. Je me suis déjà exprimé en faveur d'une interprétation large de la condition de nationalité d'une personne morale dans le cours sur la Convention que j'ai présenté à l'Académie de droit international de la Haye en 1972. J'y ai dit entre autres:

"... the parties should be given the widest possible latitude to agree on the meaning of 'nationality', and any stipulation of nationality made in connection with a conciliation or arbitration clause which is based on a reasonable criterion should be accepted."<sup>1</sup>

3. On se réfère à la décision du tribunal arbitral dans l'affaire *Amco* sur compétence (erronément qualifiée par le tribunal de "sentence"). Dans cette affaire le tribunal a rejeté un déclinatoire de compétence présenté par le Gouvernement de l'Indonésie pris de ce que bien que la clause compromissoire indiquait que la société indonésienne, demanderesse dans l'affaire, était contrôlée par une société américaine qui était son seul actionnaire, cette dernière était contrôlée à son tour par une personne physique de nationalité néerlandaise par le truchement d'une société incorporée à Hong Kong.

4. Il est à noter que les Etats-Unis, les Pays Bas et le Royaume Uni sont tous les trois "Etats contractants" au sens de la Convention. Le tribunal *Amco* a par ailleurs estimé que le Gouvernement était au courant des intérêts en amont de la société américaine. Dans le cas d'espèce il n'y avait donc pas de raison de ne pas se tenir au critère classique de nationalité et traiter la société indonésienne comme ressortissante américaine. La question du contrôle direct ou indirect n'était pas déterminante pour la décision du tribunal de rejeter le déclinatoire et les déclarations d'ordre général auxquelles il s'est livré sont des *obiter dicta*.

5. L'article 25(2)(b) de la Convention ne dit rien sur la nature, directe ou indirecte, du contrôle étranger qui peut amener l'Etat hôte et l'investisseur étranger de traiter une société de droit local comme "ressortissant d'un autre Etat contractant". Le

<sup>1</sup> 136 RCADI 331, 361 (1972).

tribunal dans l'affaire *Amco* n'était donc pas fondé à énoncer péremptoirement dans sa décision sur compétence qu'"aucune exception au concept [classique de nationalité] n'est prévue lorsque l'on arrive à la nationalité de la personne exerçant ce contrôle".

6. Force est de reconnaître que le contrôle qui justifie l'application de l'article 25(2)(b) doit être exercé par un ressortissant d'un Etat contractant, mais ce contrôle ne doit pas être direct.<sup>2</sup> Il n'est non plus nécessaire que la clause compromissoire indique la nationalité qu'on reconnaît à la société de droit local.<sup>3</sup> C'est à la partie qui conteste l'effet de sa volonté "de considérer comme remplie la condition de nationalité prescrite par l'article 25" qu'incombe la preuve que cette condition ne pouvait pas être considérée en accord avec la Convention comme remplie. Or, pour les raisons énoncées dans sa décision le Tribunal dans la présente affaire a estimé que le contrôle belge de la société Flexa suffisait pour justifier de considérer cette condition comme remplie.

7. On a encore reproché au Tribunal de ne pas avoir pris en considération, aux fins de la sanctionner, la prétendue fraude des formateurs de la SOABI à l'occasion de la constitution de la société quand ils auraient fait une fausse déclaration concernant le siège social de la Société Flexa. Je n'estime pas que ce reproche soit justifié. Le Tribunal a examiné l'effet de la fausse déclaration quant au siège social de la Flexa dans les paragraphes 44 et 45 de sa Décision, mais il a conclu que cette déclaration n'a eu aucune incidence sur la décision du Gouvernement de traiter avec la SOABI qui à la connaissance du Gouvernement était contrôlée par des Belges.

8. On a finalement mis en doute la déduction par le Tribunal de la nomination initiale des arbitres. Le raisonnement à l'appui de cette critique est fondé sur une confusion de "nomination" et "mode de nomination". Certes, l'article 37(2)(a) stipule que le Tribunal se compose d'un arbitre unique ou d'un nombre impair d'arbitres *nommés conformément à l'accord des parties*. Mais les mots que j'ai souligné ne se réfèrent pas à un accord pour nommer certaines personnes comme arbitres—on aurait alors dit "par accord des parties"—mais au mode de nomination des arbitres. Cela ressort encore sans équivoque du sous-paragraph (b) de l'article 37(2) qui donne une solution pour le cas où les parties ne sont pas d'accord sur "le nombre des arbitres et *leur mode de nomination*" (c'est moi qui souligne), à savoir, que chaque partie désigne un arbitre et que le troisième arbitre (non pas "tiers-arbitre") soit désigné "par accord des parties".

9. L'article 2, paragraphe 1, du Règlement d'arbitrage, qu'on a cité dans ce contexte, constitue le règlement d'application de l'article 37(2)(a), et tout comme ce dernier ne concerne que le mode de nomination d'arbitres et non pas la nomination.

<sup>2</sup> A la page 787 de son article sur la pratique du CIRDI (Clunet 1982, 775-843) Georges Delaume cite l'exemple d'une clause compromissoire en application de l'article 25(2)(b) au motif que les sociétés de droit local "are controlled directly or indirectly by nationals of the United States of America... etcetera" (C'est moi qui souligne).

<sup>3</sup> Il est probable que la rédaction employée dans la Convention d'établissement SOABI est une clause modèle. On trouve le même texte dans une Convention antérieure conclue avec la Compagnie Sucrière Sénégalaise (Delaume, op. cit. 788).

10. L'accord des parties sur la désignation de personnes qui avaient exercé les plus hautes fonctions publiques dans leurs pays respectifs aurait suffi à lui seul pour penser que les pays en question étaient concernés dans la procédure, l'un en tant qu'Etat contractant partie au différend, l'autre en tant qu'Etat contractant dont le ressortissant était l'autre partie. Vu les autres indications du contrôle belge exercé sur la Société Flexa notées dans la décision du Tribunal la déduction faite par lui de l'accord des parties sur le mode de désignation et des désignations elles-mêmes était amplement justifiée.

*Aron Broches*