

OPINION INDIVIDUELLE DE M. BADAWI,
VICE-PRÉSIDENT DE LA COUR

La Cour s'est déclarée incompétente sur la base de la réserve formulée par le Gouvernement français dans sa déclaration du 1^{er} mars 1949, dont le Gouvernement norvégien s'est prévalu en vertu de la réciprocité prévue dans sa déclaration du 16 novembre 1946.

Par sa nature, la première exception, sous la forme de la réserve relative à la compétence nationale, est décisive lorsqu'elle est invoquée par le défendeur contre le demandeur qui l'a stipulée dans sa déclaration. Elle a un caractère formel et direct qui exclut toute contestation.

Toutefois, la réserve constitue une formulation subsidiaire de la première exception telle qu'elle a été conçue et présentée par le Gouvernement norvégien, dès le début et jusqu'à la fin, à savoir que le différend relève du droit interne. La réserve n'a été invoquée par ledit Gouvernement que pour le cas où un doute pourrait subsister sur le caractère de droit interne. Dans ce cas, ledit caractère serait considéré comme non établi et l'exception devrait, partant, être rejetée. C'est en vue de prévenir cette conséquence que la réserve a été invoquée par le Gouvernement norvégien qui l'a jugée plus décisive que l'exception de droit interne.

Or, c'est bien le caractère d'une demande subsidiaire qu'elle marque un degré de certitude que la demande principale ne commande pas.

D'autre part, nonobstant les éléments communs entre l'exception de droit interne et la réserve, celle-ci a un caractère subjectif, alors que l'exception est objective par sa nature. Elles sont donc de natures différentes.

En fait, la réserve n'a plus été reprise par le Gouvernement norvégien, soit dans la procédure écrite, soit dans la procédure orale.

Aussi suis-je d'avis que la Cour ne devrait fonder son jugement sur la réserve que si elle juge que l'exception de droit interne ne justifie pas l'incompétence de la Cour ou, en d'autres termes, que des doutes subsisteraient sur son bien-fondé.

Mais, dans son arrêt, la Cour n'a pas cru devoir s'attarder à l'examen du caractère de droit interne du différend. Comme je le considère comme bien fondé, j'estime nécessaire de donner mes raisons pour cette conclusion.

L'objet du procès, tel qu'il a été défini par la requête du Gouvernement français et maintenu par lui dans les actes de procédure et dans les débats qui ont suivi — en dehors des conclusions additionnelles qui se rattachent au rejet des exceptions soulevées par le Gouvernement norvégien —, porte sur l'interprétation des contrats d'emprunts et la détermination de la substance de la dette. Or ces questions sont, suivant les règles généralement admises de droit international privé, régies par la loi du débiteur (en l'occurrence, le droit norvégien).

La Cour permanente de Justice internationale l'a déjà constaté dans les affaires des emprunts serbes et brésiliens. Elle a déclaré sans aucune équivoque possible que ces questions relèvent du droit interne.

Aussi est-il évident, quelles que soient les considérations sur lesquelles la Cour permanente s'est fondée pour retenir sa compétence et appliquer le droit français tel qu'il est interprété par la jurisprudence française, qu'afin d'être compétente, la Cour doit être saisie d'une demande qui se rattache au droit international. Le Gouvernement français lui-même reconnaît cette nécessité. Non seulement il ne la conteste pas, mais il cherche à établir que la demande rentre dans les termes de l'article 36 du Statut, à deux titres: parce qu'elle tombe dans les catégories *b*) et *c*) de cet article, à savoir: *b*) tout point de droit international, *c*) la réalité de tout fait qui, s'il était établi, constituerait la violation d'un engagement international.

Pour établir que l'affaire soumise à la Cour constitue un différend de droit international, le Gouvernement français fonde ce caractère sur la Deuxième convention de La Haye, du 18 octobre 1907, sur l'arbitrage. Mais il est difficile de saisir sa pensée à ce sujet. Tantôt, l'argument tiré de la convention tend à considérer que l'action de la Norvège constitue une violation de l'engagement qu'elle avait accepté de l'arbitrage obligatoire, tantôt c'est la matière elle-même du recouvrement des dettes contractuelles par un État prenant fait et cause pour ses ressortissants qui serait par sa nature une affaire relevant du droit international.

« Le refus d'arbitrage est un acte contraire au droit. Il porte sur le paiement des emprunts internationaux de la Norvège, c'est-à-dire sur la question placée par la Deuxième convention dans le domaine des questions internationales, dans le *contentieux international par nature*. »

« Le Gouvernement français soutient que la politique de paiement par le Gouvernement norvégien dans ses emprunts internationaux met en cause un problème de droit international, qui est le recouvrement des dettes contractuelles réglé par la Deuxième convention de 1907. » (Plaidoirie du 14 mai 1957.)

On peut aisément constater que la prétention que la matière de recouvrement des dettes serait par sa nature un différend inter-

national est une affirmation gratuite. Reste à savoir si la convention de 1907 a établi l'arbitrage obligatoire en matière de dettes et si le refus de l'arbitrage dans le différend qui sépare la France et la Norvège serait une violation d'un engagement international, qui autoriserait le Gouvernement français à introduire la question des dettes devant la Cour par voie de requête.

Tout d'abord, y a-t-il arbitrage obligatoire en matière de recouvrement de dettes?

Le deuxième alinéa de l'article premier de la convention de 1907 se réfère bien à l'arbitrage, mais ce n'est pas pour créer une obligation à la charge de l'État mis en cause comme débiteur: c'est uniquement pour limiter l'engagement de ne pas recourir à la force.

En admettant même que la convention de 1907 crée un cas d'arbitrage obligatoire pour le recouvrement de dettes, la sanction de l'obligation établie par cette convention ne saurait être, en cas de refus d'arbitrage, le changement de la nature du différend originel lui-même, ou sa transformation d'arbitrable en justiciable. Si cette transformation était possible, tous les différends pour lesquels l'arbitrage est obligatoire rentreraient de plein droit, par le simple refus d'arbitrage, dans la compétence obligatoire de la Cour.

En fait, si le différend international est constitué par le refus par la Norvège de l'obligation d'accepter l'arbitrage sur la question de l'interprétation des contrats d'emprunts, la violation de cette obligation internationale serait le seul différend international et non la question d'interprétation à arbitrer. L'instance à introduire par requête devant la Cour ne pourrait tendre qu'à obtenir de la Cour une décision déclarant la Norvège obligée d'accepter l'arbitrage et de procéder à la rédaction du compromis et à la nomination des arbitres. Il y a lieu de rappeler à ce sujet l'affaire *Ambatielos*.

Toutefois, le Gouvernement français, pour justifier la compétence de la Cour, n'invoque pas seulement l'alinéa *b*) de l'article 36. Il invoque également l'alinéa *c*), à savoir: la réalité de tout fait qui, s'il était établi, constituerait une violation d'un engagement international. Il ne s'explique pas toutefois sur ce point. Il l'a invoqué dans sa réplique et répété dans ses conclusions finales sans, à aucun moment, préciser de quel fait il s'agit.

Mais comme l'affaire actuelle a été présentée par le Gouvernement français comme une reproduction des deux affaires sur les emprunts serbes et brésiliens, on ne peut manquer de noter que la Cour permanente a retenu sa compétence dans ces affaires en assimilant aux différends de pur fait les différends qui devraient être résolus par application du droit interne.

La Cour permanente avait déjà établi dans son arrêt n° 7 qu'au regard du droit international et de la Cour qui en est l'organe, les lois nationales sont de simples faits, manifestation de la volonté et de l'activité des États. Elle les a considérées comme telles dans les affaires précitées, en en faisant application elle-même.

Or, l'alinéa *c*) de l'article 36 du Statut vise le cas spécial où les parties seraient d'accord sur la règle de droit international ou, d'une manière plus précise, sur l'obligation internationale, mais seraient en désaccord sur les faits qui en constituent la violation. Car, si elles sont en désaccord sur l'obligation internationale elle-même, le cas tomberait sous l'alinéa *b*), et l'alinéa *c*) serait une répétition inutile.

Ainsi, dans le cas où l'on considérerait l'application d'un système de droit comme un fait, comme on semble l'envisager dans l'espèce actuelle, les Parties seraient censées être d'accord que le droit international reconnaît comme règle que l'annulation de la clause or ne s'applique pas aux paiements internationaux, mais elles ne le seraient pas sur l'interprétation du droit norvégien. La France, en se basant sur l'alinéa *c*), aurait introduit ce procès pour obtenir de la Cour une interprétation du droit norvégien dans ce sens.

Mais la Norvège conteste la règle dite de droit international. C'est le fond même de l'affaire actuelle. Ce n'est donc pas le cas prévu dans l'alinéa *c*).

Évidemment, la France peut toujours estimer que si le droit norvégien n'adopte pas cette règle de droit international, le droit norvégien lui-même constituerait un cas de déni de justice. Mais alors ce ne serait pas l'alinéa *c*) qui pourrait être le titre de la compétence de la Cour, mais l'alinéa *d*) de l'article 36.

Or, tout en postulant le déni de justice, le Gouvernement français ne s'est pas fondé sur lui. Suivant ses conclusions finales, le caractère international du différend dériverait, en vertu des alinéas *b*) et *c*) du paragraphe 2 de l'article 36 du Statut, de la Deuxième convention de La Haye de 1907. Mais ni l'un ni l'autre de ces alinéas, étayés sur la convention de 1907, ne justifient cette qualification.

* * *

On pourrait, toutefois, soutenir que l'affaire relève du droit international parce que le Gouvernement français prend fait et cause pour ses ressortissants et exerce à leur égard la protection diplomatique, ce qui imprime à l'affaire un caractère international. Est-il besoin de dire que c'est une pétition de principe, puisque précisément la portée de cette exception est que cette protection n'aurait pas été valablement exercée ?

On pourrait également soutenir que l'affaire relève à la fois du droit national ou du droit international, ou que la question est douteuse.

Les questions, entre autres, de l'égalité de traitement entre étrangers et nationaux, de la distinction entre étrangers résidents et non résidents, de la discrimination entre catégories de créanciers étrangers¹, ces questions qui seraient soulevées par l'affaire seraient toutes des questions de droit international.

Mais si, en dehors de la discrimination, ces questions ont été soulevées, elles ne l'ont pas été initialement par le Gouvernement français, dont la requête et le mémoire se limitent à demander à la Cour d'interpréter les contrats d'emprunts dans le sens précisé dans ses conclusions, en s'appuyant sur la doctrine des paiements internationaux et sur la clause or.

En fait, elles ont été soulevées comme moyen de défense par le Gouvernement norvégien. Après avoir cherché à établir le caractère national du droit qui régit les contrats d'emprunts, celui-ci a pris les devants pour démontrer que sa propre interprétation ne constitue pas un déni de justice. En l'espèce, ce serait le seul motif à invoquer comme violation d'une obligation internationale susceptible de justifier sa citation devant la Cour. Dans la suite de la procédure, le Gouvernement français a cru devoir suivre le Gouvernement norvégien dans cette ligne d'argument pour démolir sa thèse. Mais il serait bien étrange et paradoxal de considérer que la négation du caractère international d'une question de droit interne et la discussion qui s'engage à ce sujet confèrent à cette même question le caractère international.

La Cour serait donc saisie d'une question qui relève par sa nature du droit interne. J'estime, pour ma part, qu'indépendamment de la réserve la Cour aurait pu et dû accepter la première exception.

(Signé) A. BADAWI.

¹ La question de discrimination entre créanciers suédois et danois et les autres créanciers étrangers a été introduite par le Gouvernement français, dans les dernières phases de la procédure, et invoquée tantôt comme une base du caractère international du différend dans le sens qu'elle constitue une violation d'obligations internationales, tantôt dans les conclusions finales comme une demande de fond.

Or il est évident qu'au point de vue du fond, la discrimination n'a aucune portée sur l'interprétation de la clause or et que, d'autre part, le Gouvernement français n'en tire pas les conséquences appropriées puisqu'il ne réclame pas, pour les créanciers français, d'être payés en couronnes suédoises ou danoises.

Envisagée comme fondement du caractère international du différend, cette discrimination, qui serait une violation d'obligations internationales, se concilie mal avec la violation de l'obligation résultant de la Deuxième convention de 1907. La détermination de l'obligation dont la violation donne lieu à un différend international étant la base même de l'instance internationale, on ne saurait admettre pour une seule instance deux bases essentiellement incompatibles.