

Membre de l'université Paris Lumières

Régis EDOUARD

**Les obligations internationales de l'Etat
d'accueil d'un investissement étranger et
leur sanction dans l'ordre juridique
international**

Thèse présentée et soutenue publiquement le 12/12/2017
en vue de l'obtention du doctorat de Droit public de l'Université Paris Nanterre
sous la direction de M. le Professeur Patrick DAILLIER (Université Paris Nanterre)
et de M. le Professeur Franck LATTY (codirecteur ; Université Paris Nanterre)

Jury * :

Rapporteur :	M. Arnaud DE NANTEUIL	Professeur à l'Université Paris-Est Créteil Val de Marne
Rapporteure :	Mme Sabrina ROBERT CUENDET	Professeure à l'Université du Maine
Membre du jury :	M. Dominique CARREAU	Professeur émérite à l'Université Paris 1 Panthéon Sorbonne
Membre du jury :	M. Patrick DAILLIER	Professeur émérite à l'Université Paris Nanterre (directeur de recherche)
Membre du jury :	M. Franck LATTY	Professeur à l'Université Paris Nanterre (codirecteur de recherche)

Remerciements :

- à mes parents, Micheline & Guy EDOUARD, ainsi qu'à Monsieur le Professeur Patrick DAILLIER ;
- à Monsieur le Professeur Franck LATTY ;
- à Monsieur le Professeur Jean-Marie DENQUIN ;
- au CEDIN, aux « Cediniens » ;
- à Madame la Professeure Muriel UBEDA-SAILLARD ;
- à Madame la Professeure Myriam BENLOLO-CARABOT ;
- à Madame Olivia DANIC ;
- à Madame Marie-Gabrielle THIANT.

Plan :

Première Partie – IDENTIFICATION DES OBLIGATIONS INTERNATIONALES DE L’ÉTAT D’ACCUEIL

Titre I - RECENSEMENT DES SOURCES DES OBLIGATIONS INTERNATIONALES DE L’ÉTAT D’ACCUEIL

Titre II - DÉTERMINATION DU CONTENU DES OBLIGATIONS INTERNATIONALES DE L’ÉTAT D’ACCUEIL

Deuxième Partie – SANCTION DE L’INOBSERVATION PAR L’ÉTAT D’ACCUEIL DE SES OBLIGATIONS INTERNATIONALES

Titre I - ENGAGEMENT DE LA RESPONSABILITÉ INTERNATIONALE DE L’ÉTAT D’ACCUEIL

Titre II - CONTENU ET MISE EN ŒUVRE DE LA RESPONSABILITÉ DE L’ÉTAT D’ACCUEIL

Chapitre introductif

L'Etat d'accueil de l'investissement étranger dans la société internationale

L'étude du droit international en matière d'investissements étrangers a miraculeusement réussi à contourner une difficulté que l'on pourrait pourtant considérer comme essentielle : l'absence de véritable définition de l'« investissement étranger » en tant qu'objet appréhendé par le droit international¹. Qu'est-ce, en effet, dans l'absolu et au regard du droit international, qu'un « investissement étranger »² ? Un observateur peut très bien s'amuser du fait que tout « investissement étranger » est, en soi, un « bien étranger » mais que l'inverse n'est pas nécessairement vrai. Il peut également remarquer que la notion de « bien étranger » lui est familière, et ce dans la mesure où il est amené à la rencontrer dans son exploration de règles fondamentales du droit coutumier, alors que celle d'« investissement étranger », soit sert d'appui à la mise en œuvre ou à l'étude de mécanismes arbitraux utilisés dans un contexte spécifique, soit est définie dans le cadre de relations conventionnelles dont la portée n'est pas suffisante pour leur permettre d'avoir un écho dans le droit coutumier. La façon, enfin, dont le droit international peut, à travers le prisme de cette dernière notion, être découvert, redécouvert³ voire réinventé a tout pour fasciner ledit observateur⁴. Aussi, à la question posée plus haut, ce dernier peut tout à fait répondre, sans qu'il s'agisse d'une boutade, qu'au regard du droit international, l'investissement étranger est un « bien étranger très spécial » : il s'agit, en effet, d'un bien étranger soumis, dans l'ordre juridique international, à un régime juridique spécial, à une *lex specialis*⁵.

¹ Cf., par exemple, P. KAHN, « Les définitions de l'investissement international » in J.-M. SOREL (dir.), *Le droit international économique à l'aube du XXI^e siècle*, Paris, Pedone, 2009, 269 p., pp. 11-16 ; E. GAILLARD, « Reconnaître ou définir ? Réflexions sur l'évolution de la notion d'investissement dans la jurisprudence du CIRDI » in J.-M. SOREL (dir.), *op. cit.*, pp. 17-32.

² Cf., pour une tentative d'indentification de l'investissement à partir des tendances de la pratique conventionnelle, A. DE NANTEUIL, *Droit international de l'investissement*, Paris, Pedone, 2^{ème} édition, 2017, 512 p., pp. 168-178, § 346-366.

³ Cf. notamment S. ROBERT-CUENDET, « Crise ou renouveau du droit des investissements internationaux – Réflexions sur l'objet des mécanismes de protection des investisseurs étrangers », RGDIP 2016, pp. 545-578, p. 545.

⁴ Cela étant, on constate, ces dernières années, une volonté accrue, de la part des tribunaux arbitraux saisis, de se situer sur le terrain du droit international général (cf., en particulier, F. LATTY, « Arbitrage transnational et droit international général [2008] », AFDI 2008, pp. 467-512 ; « Arbitrage transnational et droit international général [2009] », AFDI 2009, pp. 683-726 ; « Arbitrage transnational et droit international général [2010] », AFDI 2010, pp. 607-654 ; P. JACOB & F. LATTY, « Arbitrage transnational et droit international général [2011] », AFDI 2011, pp. 534-595 ; « Arbitrage transnational et droit international général [2012] », AFDI 2012, pp. 607-652 ; P. JACOB, F. LATTY & A. DE NANTEUIL, « Arbitrage transnational et droit international général [2013] », AFDI 2013, pp. 429-486 ; « Arbitrage transnational et droit international général [2014] », AFDI 2014, pp. 545-617 ; « Arbitrage transnational et droit international général [2015] », AFDI 2015, pp. 857-909).

⁵ Cf. notamment, au sujet des spécificités et du caractère « spécial » du « droit international des investissements », S. ROBERT-CUENDET, « Spécificités et priviléges dans le droit international de la

En vérité, la question posée plus haut ne doit pas être considérée comme centrale au moment de découvrir le domaine des investissements étrangers en tant que pan du droit international économique. En effet, se placer, toujours en tant qu'observateur, du point de vue de l'Etat d'accueil de l'investissement étranger permet de mieux saisir la logique qui gouverne le domaine évoqué. De plus, si appréhender ce type d'opérations économiques dans leur globalité suppose de garder à l'esprit un certain nombre de facteurs et de réalités concrets, l'appréhension de la logique en question dans le contexte de l'étude du droit international implique, au moins dans un premier temps, un certain degré d'abstraction dans l'approche adoptée. Ce degré d'abstraction dans l'approche sera d'autant plus nécessaire que le domaine des investissements étrangers est l'un des principaux théâtres de l'évolution de la société internationale en tant qu'« ensemble des sujets régis par le droit international »⁶.

La description de la « situation » de l'Etat qui accueille un bien appelé à être qualifié d'investissement étranger⁷ sur son territoire dans la société internationale suppose de mélanger des aspects de deux types d'approches que les spécialistes du droit international ont pu ou peuvent avoir de cette dernière, lesdits aspects correspondant à autant de propositions admissibles dans l'absolu. Ainsi, les approches de la société internationale que l'on peut considérer comme « traditionnelles » contiennent des propositions qui, encore de nos jours, sont considérées comme incontestables quand elles sont appliquées à l'Etat d'accueil de l'investissement étranger (§ 1). Des propositions incontestables sont également susceptibles d'être déduites des évolutions de la société internationale telles que l'on peut les observer dans le domaine étudié et qui en commandent une approche « moderne » (§ 2).

§ 1 — L'Etat d'accueil de l'investissement étranger dans une société internationale appréhendée de façon « traditionnelle »

L'appréhension « traditionnelle » de la société internationale correspond à une vision des relations internationales comme étant avant tout des relations entre Etats. Les évolutions du droit international ont clairement démontré que les relations internationales ne sont pas

protection des investisseurs étrangers » in S. ROBERT-CUENDET (dir.), *Droit des investissements internationaux – Perspectives croisées*, Bruxelles, Bruylant, 2017, 672 p., pp. 247-297, p. 248.

⁶ Cf., J. SALMON (dir.), *Dictionnaire de droit international public*, Bruxelles, Bruylant, 2001, xli+1198 p., entrée « Société internationale » (sens B).

⁷ Il convient, ici, de préciser que l'emploi de l'expression « bien appelé à être qualifié d'investissement étranger » sera préféré, dans ces développements à celui de la notion d'« investissement étranger » de façon à souligner le fait qu'à cette étape du propos l'investissement n'est, par hypothèse, ni réalisé ni individualisé par un instrument conventionnel censé le protéger par le biais de dispositions matérielles.

uniquement interétatiques, que la société internationale n'est pas qu'une « société des Etats »⁸. Cela étant, les relations interétatiques restent, d'une certaine manière, perçues comme étant au centre de la société internationale, comme étant celles donnant la véritable impulsion aux relations internationales. Cette impulsion vient de ce que les Etats sont les seuls sujets de l'ordre juridique international à disposer des attributs et prérogatives correspondant à la souveraineté.

Comment cette proposition peut-elle être exprimée dans le domaine ici étudié ? Dire que l'encadrement de l'investissement étranger en tant que tel par le droit international trouve avant tout sa source dans les relations interétatiques correspond à une appréhension « traditionnelle » de la société internationale. Dire que tout autre sujet de droit international, fût-il un Etat, impliqué dans l'encadrement en question doit, d'une certaine façon, composer avec les compétences souveraines exercées sur l'investissement encadré par l'Etat d'accueil est également conforme à une appréhension « traditionnelle » de la société internationale. En vérité, l'appréhension « traditionnelle » de la société internationale commande une approche « stato-centrée » de la question des investissements étrangers.

Qu'est-ce à dire ? L'appréhension « traditionnelle » de la société internationale nous permet de dégager deux groupes de propositions admissibles en la matière, lesdites propositions faisant de l'Etat d'accueil de l'investissement étranger le centre de gravité de l'analyse. Le premier groupe de propositions découle de ce que l'Etat en question est un membre souverain de la société internationale (A). Ce même Etat est tenu par les règles juridiques régissant cette même société, ce dont découle le second groupe de propositions (B).

A — L'Etat d'accueil de l'investissement étranger en tant que membre de la société internationale

On peut entamer ce propos en soulignant, à l'instar du Professeur Pierre-Marie DUPUY, le caractère « décentralisé » de la société internationale⁹. Qu'est-ce qui fait de cette dernière une société « décentralisée » ? Que recouvre, d'ailleurs, l'idée de « décentralisation » en pareil contexte ? L'auteur fait appel à ce concept pour décrire le fait que la souveraineté étatique s'oppose à la consolidation définitive d'une solidarité entre Etats traduisant le sentiment d'une

⁸ Cf. P. DAILLIER, M. FORTEAU & A. PELLET, *Droit international public*, Paris, LGDJ, 8^{ème} édition, 2009, 1709 p., § 2, pp. 43-44.

⁹ Cf. P.-M. DUPUY, *Droit international public*, Paris, Dalloz, 9^{ème} édition, 2008, xxvii+879 p., § 5, pp. 3-5 ; P.-M. DUPUY & Y. KERBRAT, *Droit international public*, Paris, Dalloz, 13^{ème} édition, 2016, xxx+920 p., § 5, pp. 3-5.

appartenance à une « véritable communauté internationale »¹⁰. Pour mieux comprendre sa pensée, il convient de se rappeler que l'idée même de « décentralisation » implique celle qu'un pouvoir de décision, quel qu'il soit, soit exercé non pas par une autorité centrale mais par des entités bénéficiant d'une personnalité juridique suffisante pour l'exercer¹¹. C'est, pour prendre cet exemple, ce à quoi correspond ce phénomène dans le droit administratif français. Ainsi, la société internationale n'a pas, à proprement parler, d'autorité centrale.

Quelles conclusions doit-on tirer de ce qui précède ? La première conclusion à tirer tient à ce que c'est bien la concurrence des souverainetés étatiques qui empêche la « centralisation » de la société internationale¹². Cela produit des conséquences quant à la naissance d'obligations internationales à la charge des Etats mais aussi quant à la sanction desdites obligations. En effet, que l'on soit ou non volontariste, que l'on fonde ou non le caractère obligatoire du droit international pour les Etats sur la volonté de ces derniers, on est forcés d'admettre l'idée d'une absence de « législateur », au sens où ce terme peut être entendu dans les ordres juridiques internes, dans l'ordre juridique international¹³. De même, il n'y a pas véritablement, toujours dans ce même ordre juridique, d'autorité centrale chargée de la sanction de la règle de droit ou de la répression de sa violation¹⁴. La raison de ce qui précède tient à ce que l'existence de telles entités est, à bien y regarder, subordonnée à une manifestation suffisante de volontés des Etats en ce sens.

Que doit-on, pour les besoins de notre étude, retenir de ce qui précède ? C'est bien en tant que titulaire de la souveraineté que l'Etat d'accueil d'un investissement étranger évolue dans la société internationale (1), ce dont découlent un certain nombre de prémisses de notre démonstration à venir. Cependant, la souveraineté « étant ce qu'elle est », celle de l'Etat concerné ne peut s'exercer aux dépends d'autres entités souveraines « impliquées » dans notre hypothèse d'étude (2), ce dont découlent d'autres prémisses.

¹⁰ *Ibidem.*

¹¹ Cf. G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, Paris, PUF/Quadrige, 4^{ème} édition, 2003, xxi+951 p., entrée « Décentralisation ».

¹² Cf. P.-M. DUPUY, *op. cit.*, § 5, pp. 3-5 ; P.-M. DUPUY & Y. KERBRAT, *op. cit.*, § 5, pp. 3-5.

¹³ Cf. P. DAILLIER, M. FORTEAU & A. PELLET, *op. cit.*, § 45, p. 102.

¹⁴ Cf. P. DAILLIER, M. FORTEAU & A. PELLET, *op. cit.*, § 46, pp. 102-104.

1 — L'Etat d'accueil de l'investissement étranger en tant que titulaire de la souveraineté

Comme nous l'avons laissé entendre *supra*, l'Etat d'accueil de l'investissement étranger occupe, dans la société internationale, une place que sa souveraineté lui permet d'occuper. Comment doit-on comprendre la proposition qui précède ? Il convient, d'abord, d'opérer, même de façon superficielle, un recensement des sens qu'un observateur du droit international peut prêter au terme « souveraineté ». On peut, d'ores et déjà, en retenir quatre. Quand elle se déploie dans un ordre juridique interne, la souveraineté correspond à « la puissance suprême [...] de gouverner, de commander et de décider »¹⁵, laquelle puissance, « liée à l'apparition de l'Etat moderne, est inséparable de celui-ci »¹⁶. Rapportée à l'ordre juridique international, la notion de « souveraineté » est employée de diverses façons. Ainsi, on peut dire d'un Etat qu'il est souverain quand « il n'est soumis à aucun pouvoir de même nature »¹⁷. De même, le terme « souveraineté » lui-même désigne l'« [aptitude] légale de l'Etat, pleine et entière, qui lui permet, du moins potentiellement, d'exercer tous les droits que l'ordre juridique international connaît, et en particulier la faculté de décider, d'accomplir un acte, de poser des règles »¹⁸ mais aussi l'« [exercice] du pouvoir pour l'Etat de décider lui-même des limitations à ses pouvoirs sans ingérence étrangère »¹⁹. Autant dire qu'*a priori* toutes ces définitions de la souveraineté caractérisent la situation de l'Etat d'accueil d'un investissement étranger quand il s'agit de s'interroger sur la place de ce dernier dans la société internationale.

Comment cela se traduit-il, dans l'hypothèse d'étude qui est la nôtre ? On peut dire que l'Etat d'accueil d'un investissement étranger a, en principe, dans son ordre juridique interne, cette fameuse « puissance suprême de gouverner, de commander et de décider », cette puissance lui étant reconnue par le droit international et s'appliquant à l'investissement en question. De même, cette fois dans l'ordre juridique international, n'étant censé « [trouver] au dessus de lui aucune autorité dotée à son égard d'une puissance légale [...] », l'Etat en question n'est en principe soumis, en particulier dans l'exercice de la compétence souveraine exercée sur l'investissement étranger, « à aucun autre pouvoir de même nature ». Toujours dans le contexte de l'exercice de la compétence évoquée, l'Etat d'accueil de l'investissement étranger puise, toujours dans l'ordre juridique international, « la faculté de décider,

¹⁵ J. SALMON (dir.), *Dictionnaire de droit international public*, Bruxelles, Bruylant, 2001, xli+1198 p., entrée « Souveraineté ».

¹⁶ *Ibidem*.

¹⁷ *Ibidem*.

¹⁸ *Ibidem*.

¹⁹ *Ibidem*.

d'accomplir [des actes], de poser des règles », faculté qu'il peut, cela est très important, décider de limiter et ce sans ingérence étrangère. Cet Etat a donc, en principe, des compétences, issues de la souveraineté que lui reconnaît le droit international, qu'il peut exercer, dans son ordre juridique interne, sur l'investissement étranger, compétences qu'il peut, de lui-même, choisir de limiter.

Il convient, cependant, à cette étape, d'effectuer un certain nombre de précisions de nature à consolider ces quelques prémisses. Quand on parle d'« investissement étranger » au regard du droit international, on parle d'une catégorie de biens étrangers qui, dans l'ordre juridique international, sont régis par une *lex specialis*. Nous aurons, en effet, l'occasion de voir *infra* qu'en pratique l'édition de cette *lex specialis* suppose le plus souvent une limitation *a priori* de compétences souveraines de la part de l'Etat appelé à accueillir l'investissement étranger. Cela étant, nous choisirons de limiter notre hypothèse à des biens étrangers appelés à recevoir par la suite la qualification d'« investissement étranger » au regard du droit international. Ces mêmes biens étrangers, appelés à devenir des biens étrangers soumis à une *lex specialis*, sont *a priori* dans le champ d'application de compétences souveraines de l'Etat d'accueil.

De quelles compétences souveraines s'agit-il ? Il est admis que c'est essentiellement la compétence territoriale de l'Etat d'accueil de l'investissement étranger qui trouve, en principe, à s'exercer sur ce dernier²⁰. Le droit international général, qu'il s'agisse de droit coutumier ou de régime conventionnel — celui des investissements *stricto sensu* mis à part — aborde d'ailleurs cette question sous l'angle de l'établissement de la personne privée étrangère²¹. Il convient de revenir brièvement sur quelques éléments permettant de définir ce qu'est la « souveraineté territoriale » d'un Etat, et ce en partant d'un célèbre passage de la sentence rendue par Max HUBER dans l'affaire de l'*Île de Palmas*²² :

« [...] *La souveraineté, dans les relations entre Etats, signifie l'indépendance. L'indépendance relativement à une partie du globe est le droit d'y exercer, à l'exclusion de tout autre Etat, les fonctions étatiques. Le développement de l'organisation nationale des Etats durant les derniers siècles et, comme corollaire, le développement du droit international, ont établi le principe de la compétence exclusive de l'Etat en ce qui concerne*

²⁰ Cf. P. DAILLIER, M. FORTEAU & A. PELLET, *op. cit.*, § 297-310, pp. 513-

²¹ Cf. D. CARREAU, P. JUILLARD, R. BISMUTH & A. HAMANN, *Droit international économique*, Paris, Dalloz, 6^{ème} édition, vii+941 p., § 1356-1386, pp. 523-532.

²² Cf. CPA SA M. HUBER 4 avril 1928 *Ile de Palmas*, RSA vol. II, pp. 829-871.

son propre territoire, de manière à en faire le point de départ du règlement de la plupart des questions qui touchent aux rapports internationaux. [...] »²³

Ce passage est habituellement présenté comme reflétant les deux caractères principaux de la compétence territoriale, à savoir sa plénitude et son caractère exclusif. Cette compétence est pleine et entière en ce qu'elle correspond au droit qu'a, sur son propre territoire, l'Etat concerné d'exercer toutes les fonctions étatiques, et ce à l'exclusion de tout autre Etat. Cela étant, si le caractère exclusif de la compétence territoriale de l'Etat constitue le « point de départ du règlement de la plupart des questions qui touchent aux rapports internationaux », le territoire n'est pas le seul titre duquel un Etat tire des prérogatives souveraines et, si l'on se replace dans notre hypothèse d'étude, l'Etat d'accueil de l'investissement étranger, en tant que souverain doit composer avec la souveraineté des autres Etats.

2 — L'Etat d'accueil de l'investissement étranger face à la souveraineté d'autres Etats

En tant qu'hôte d'un bien étranger appelé à être qualifié d'investissement, un Etat, bien que bénéficiant des caractères plein et exclusif de sa compétence territoriale, doit, en principe, et peut être amené à composer avec la souveraineté d'autres Etats. La compétence territoriale de l'Etat d'accueil se voit limitée, dans son principe, par l'exigence du respect des « droits des étrangers ». Nous sommes conscients que cette dernière formule est, en tous cas dans le contexte de ce propos, relativement équivoque. En effet, il s'agit moins de droits de l'homme, tels que protégés par le droit international général²⁴, que de garanties accordées aux personnes privées étrangères par l'Etat territorialement compétent dans son ordre juridique interne, et ce en vertu du droit qu'a l'Etat de nationalité de faire que le droit international soit respecté en la personne de ses ressortissants²⁵. Cet aménagement de la formule employée par la CPJI dans l'affaire *Concessions Mavrommatis en Palestine*²⁶ reste un reflet de ce que prévoit le droit coutumier en matière de condition des étrangers et est de nature à nous permettre de comprendre que, dans cette hypothèse, il s'agit là d'une interaction de sujets souverains, par opposition à une interaction d'un sujet souverain et d'un sujet dérivé. Plus précisément, c'est

²³ Cf. SA *Ile de Palmas*, p. 838.

²⁴ Cf. P. DAILLIER, M. FORTEAU & A. PELLET, *op. cit.*, § 423-425, pp. 726-736.

²⁵ Cf., pour une étude détaillée de cette question, S. TOUZE, *La protection des droits des nationaux à l'étranger – Recherches sur la protection diplomatique*, Paris, Pedone, 2007, xiii+513 p ; cf. également W. BEN HAMIDA & F. COULEE (dir.), *Convergences et contradictions du droit des investissements et des droits de l'homme : une approche contentieuse*, Paris, Pedone, 2017, 368 p..

²⁶ Cf. CPJI 30 août 1924 *Concessions Mavrommatis en Palestine*, série A, n° 2, p. 12.

bien la compétence personnelle de l'Etat de nationalité qui fonde un tel droit, celui d'exercer la protection diplomatique²⁷.

Or nous savons que cette dernière compétence « autorise [l'Etat de nationalité] à ‘suivre’ ses ressortissants dans des circonstances où [son propre titre territorial] serait inefficace »²⁸, le cas dans lequel lesdits ressortissants se trouveraient à l'étranger constituant l'une desdites circonstances²⁹. Dès lors, en quoi le fait, pour l'Etat d'origine, de « suivre » ses nationaux au titre de sa compétence personnelle consiste-t-il ? Il convient ici de revenir sur un célèbre passage de l'arrêt rendu dans l'affaire du *Lotus*³⁰ par la CPJI :

*« [...] Mais il ne s'ensuit pas que le droit international défend à un État d'exercer, dans son propre territoire, sa juridiction dans toute affaire où il s'agit de faits qui se sont passés à l'étranger et où il ne peut s'appuyer sur une règle permissive du droit international. Pareille thèse ne saurait être soutenue que si le droit international défendait, d'une manière générale, aux États d'atteindre par leurs lois et de soumettre à la juridiction de leurs tribunaux des personnes, des biens et des actes hors du territoire, et si, par dérogation à cette règle générale prohibitive, il permettait aux États de ce faire dans des cas spécialement déterminés. Or, tel n'est certainement pas l'état actuel du droit international. Loin de défendre d'une manière générale aux États d'étendre leurs lois et leur juridiction à des personnes, des biens et des actes hors du territoire, il leur laisse, à cet égard, une large liberté, qui n'est limitée que dans quelques cas par des règles prohibitives ; pour les autres cas, chaque État reste libre d'adopter les principes qu'il juge les meilleurs et les plus convenables. »*³¹

Il s'agit essentiellement, dans l'hypothèse qui nous occupe, pour cet Etat d'exercer ses prérogatives souveraines de façon à « atteindre » ses ressortissants appelés à être qualifiés d'investisseurs et leurs biens à être qualifiés d'investissements sur le territoire de l'Etat d'accueil. Autant dire qu'il est bien question d'exercice extraterritorial de prérogatives souveraines par l'Etat de nationalité. Un tel exercice n'est cependant possible que dans la mesure où, sous réserve de ce qu'exige le droit international en matière de condition des étrangers, l'Etat de territorialité l'autorise et ce, lui aussi, en tant que souverain³². Le problème tient plus, à ce stade de notre propos, à l'opposabilité du droit qu'a l'Etat d'origine de l'investisseur, au titre de sa compétence personnelle, de régir les activités de ses

²⁷ Cf. P. DAILLIER, M. FORTEAU & A. PELLET, *op. cit.*, § 326, pp. 554-556.

²⁸ *Ibidem*.

²⁹ *Ibidem*.

³⁰ Cf. CPJI 7 septembre 1927 *Lotus*, série A, n° 10.

³¹ Cf. CPJI *Lotus*, p. 19.

³² Cf. P. DAILLIER, M. FORTEAU & A. PELLET, *op. cit.*, § 326, p. 555.

ressortissants à l'étranger, en l'occurrence sur le territoire de l'Etat d'accueil. Comme cela a déjà été remarqué, cette opposabilité peut être renforcée, par des accords de volontés, revêtant éventuellement la forme conventionnelle, entre les deux Etats concernés³³.

De façon plus générale, dans ce domaine comme dans d'autres domaines, c'est bien l'idée d'une régulation de la coexistence des souverainetés par le droit international que l'on retrouve. Ainsi, plus précisément, le droit international encadrerait la souveraineté de l'Etat d'accueil de l'investissement étranger de façon à ce qu'elle puisse coexister harmonieusement avec celle des autres Etats impliqués, voire, tout simplement, des autres Etats. C'est cette même idée qui sous-tend celle de la soumission de l'Etat étudié aux règles régissant la société internationale, et ce qu'elles correspondent à des obligations primaires ou secondaires.

B — L'Etat d'accueil de l'investissement étranger tenu par les règles régissant la société internationale

La positivité du droit international ne fait plus vraiment débat : comme cela a pu être relevé, le droit international tire en partie sa positivité du fait qu'« il est reconnu comme tel par les Etats, ceux-là mêmes qui y sont assujettis au premier chef »³⁴. Si l'on doit raisonner en termes d'ordre juridique, il est tout à fait possible de voir dans l'ordre juridique international un « ensemble coordonné de normes, dotées de force obligatoire à l'égard de sujets déterminés, et dont la méconnaissance entraîne certaines conséquences définies »³⁵, et ce malgré les spécificités qu'il présente par rapport aux ordres juridiques internes³⁶. Une troisième idée ne faisant pas l'objet de contestations théoriques décisives est celle selon laquelle souveraineté de l'Etat et caractère obligatoire, pour ce dernier, du droit international, en tant que tant que droit de la société internationale, sont liées. C'est ainsi qu'il est généralement admis que le « [devoir de l'Etat] de s'acquitter pleinement et de bonne foi de ses obligations internationales et de vivre en paix avec les autres Etats » est un élément du concept d'égalité souveraine des Etats³⁷. De plus, si la doctrine n'est pas totalement fixée quant aux fondements théoriques du caractère obligatoire du droit international pour les

³³ *Ibidem*.

³⁴ Cf. P. DAILLER, M. FORTEAU & A. PELLET, *op. cit.*, § 44, p. 100.

³⁵ Cf. P.-M. DUPUY, *op. cit.*, § 15, p. 12 ; P.-M. DUPUY & Y. KERBRAT, *op. cit.*, § 15, p. 12.

³⁶ Cf. P.-M. DUPUY, *op. cit.*, § 20-27, pp. 16-24 ; P.-M. DUPUY & Y. KERBRAT, *op. cit.*, § 20-27, pp. 15-23.

³⁷ Cf. Déclaration annexée à la Résolution AGNU 2625 (XXV) 24 octobre 1970 « Déclaration relative aux principes touchant les relations amicales et à la coopération entre Etats conformément à la Charte des Nations Unies » (A/RES/2625[XXV]) ;

[http://www.un.org/french/documents/view_doc.asp?symbol=A/RES/2625\(XXV\)&Lang=F](http://www.un.org/french/documents/view_doc.asp?symbol=A/RES/2625(XXV)&Lang=F)), p. 4 (document pdf).

Etats³⁸, il est admis que c'est bien parce qu'en tant que souverain il doit coexister avec d'autres souverains qu'un Etat est soumis au droit international.

L'Etat d'accueil de l'investissement, par hypothèse, « n'échappe pas à la règle » reflétée par les propositions qui précèdent. En tant que membre de la société internationale, il est soumis à son droit, cette soumission au droit en question étant pour ainsi dire amplifiée par sa qualité de souverain. Pour être plus précis et comme nous l'avons laissé entendre plus haut, l'Etat étudié est, par hypothèse, soumis au droit international en tant qu'hôte du bien étranger appelé à être qualifié d'« investissement ». Or, en tant qu'ordre juridique, le droit de la société internationale contient deux types de normes : celles qui dictent aux sujets de droit le comportement qu'ils doivent adopter et « les autres ». Les premières sont désignées comme étant des « normes primaires » et donnent naissance à des obligations primaires³⁹. Concernant les secondes pour l'auteur H. L. A. HART, les normes secondaires sont celles relatives à la formation, à l'application ou à la sanction des règles primaires⁴⁰ alors que, pour la Commission du droit international, celles régissant la responsabilité sont à classer parmi les normes secondaires dans la mesure où elles concernent la sanction des règles primaires⁴¹.

Ainsi, soumis au droit de la société internationale, l'Etat d'accueil du bien appelé à être qualifié d'« investissement étranger » est amené, en tant que tel, à être tenu par des obligations primaires et se voir imposer, dans ladite société, « un comportement déterminé, fixant le contenu d'un engagement substantiel » (1). De plus, par voie de conséquence, il est également amené à être tenu par certaines obligations secondaires correspondantes, pour reprendre la formule employée par la Commission du droit international, celles « définissant les conséquences juridiques de la violation » des obligations primaires hypothétiques évoquées plus haut (2). Il convient de vérifier la pertinence de ces deux propositions au regard et à l'aune du principe de la compétence territoriale de l'Etat d'accueil.

³⁸ Cf. P. DAILLIER, M. FORTEAU & A. PELLET, *op. cit.*, § 50-57, pp. 109-119.

³⁹ Cf. J. SALMON (dir.), *op. cit.*, entrées « Norme primaire » et « Obligation primaire ».

⁴⁰ Cf. J. SALMON (dir.), *op. cit.*, entrées « Norme secondaire » et « Obligation secondaire » ; H. L. A. HART, *The Concept of Law*, Oxford, Oxford University Press, 3^{ème} édition, 2012, lv+333 p. ; *Le concept de droit*, Bruxelles, Publications des Facultés Universitaires Saint-Louis, 1^{ère} édition, 1976, 311 p..

⁴¹ *Ibidem*.

1 — L'Etat d'accueil de l'investissement étranger tenu en tant que tel par des obligations primaires

Appréhender la place de l'Etat d'accueil d'un investissement étranger dans la société internationale de façon « traditionnelle » implique, dès le début de l'analyse, nous l'avons vu plus haut, d'insister sur le fait qu'il s'agit d'un membre souverain de ladite société. La soumission de cet Etat au droit de la société internationale intervient, nous l'avons également vu *supra*, en tant que corollaire de l'égalité souveraine des Etats. Ce sur quoi il convient de mettre l'accent à ce stade du propos tient au fait que l'Etat étudié est susceptible d'être soumis à des obligations primaires en ce que le bien étranger concerné est dans le champ d'application de sa compétence territoriale.

Pour bien comprendre la portée de cette proposition, il convient de revenir brièvement sur les notions de normes et d'obligations primaires telles qu'elles sont censées être appréhendées par le droit international. Il est acquis qu'il faut voir dans ces normes ainsi que dans les obligations qui y correspondent des normes et des obligations substantielles ou de fond. Ainsi, au sens où l'entend H. L. A. HART, il s'agit de « règles qui prescrivent [à des sujets de droit] d'accomplir ou de s'abstenir de certains comportements, qu'ils le veuillent ou non »⁴². De même, au sens où la Commission du droit international l'entend, il s'agit de « règles de droit international qui, dans un secteur ou l'autre des relations interétatiques, imposent aux Etats des obligations déterminées »⁴³. Les obligations internationales qui découlent desdites normes « [imposent] en soi un comportement déterminé, fixant le contenu d'un engagement international de caractère substantiel »⁴⁴.

Revenons maintenant à la proposition servant de point de départ à ce propos : l'Etat d'accueil d'un bien étranger appelé à être qualifié d'investissement étranger est susceptible, en tant que tel, d'être tenu par des obligations internationales primaires. Nous avons, en effet, vu plus haut que, malgré les caractères plein et exclusif de sa compétence territoriale, cette dernière a comme corollaire le devoir de respecter les règles fixées par le droit international général en matière de condition des personnes privées étrangères. Toujours au titre de sa souveraineté, l'Etat d'accueil de l'investissement étranger peut accorder, dans l'ordre international, sa volonté avec celle d'autres sujets souverains du droit international, et ce de

⁴² Cf. H. L. A. HART, *The Concept of Law*, *op. cit.*, p. 81 ; *Le concept de droit*, *op. cit.*, p. 105.

⁴³ Cf., notamment, CDI, « Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa vingt-cinquième session (7 mai – 13 juillet 1973) » (A/9010 ; http://legal.un.org/docs/index.asp?path=..ilc/documentation/french/reports/a_9010.pdf&lang=EFS&referer=http://legal.un.org/ilc/sessions/25/), § 40.

⁴⁴ Cf. J. SALMON (dir.) , *op. cit.*, entrée « Obligation primaire ».

façon à être tenu, en tant qu'hôte de l'investissement concerné, par d'autres obligations que celles émanant du droit coutumier. Ces dernières obligations substantielles, qui, d'ailleurs, sont souvent conventionnelles, peuvent prendre naissance dans une variété d'instruments sur lesquels nous aurons le loisir de revenir, le tout étant de souligner que lesdits instruments ne s'appliquent, par hypothèse, pas tous à la question de l'investissement étranger au sens strict ou de façon spécifique.

Il ressort de ce qui précède que le caractère plein et entier de la compétence territoriale de l'hypothétique Etat d'accueil de l'investissement étranger ne cède que face à l'existence d'une norme primaire dont découlerait une obligation primaire. Aussi, savoir si tel ou tel comportement concret de l'Etat concerné vis-à-vis de l'investisseur étranger est ou non conforme au droit international suppose l'existence d'une obligation internationale au regard de laquelle analyser ledit comportement. De même, on ne peut concevoir l'idée d'une sanction de l'illicéité, dans l'ordre juridique international, du comportement de l'Etat concerné par notre hypothèse d'étude que dans la mesure où ce dernier était, *a priori*, tenu par une obligation internationale primaire. Cela étant, les obligations internationales liées à cette sanction de cet illicite, qui sont des obligations secondaires au sens où l'entend la Commission du droit international doivent être perçues comme le véritable enjeu de l'analyse du comportement en question.

2 — L'Etat d'accueil de l'investissement étranger tenu en tant que tel par des obligations secondaires

Appréhender la place, dans la société internationale, de l'Etat d'accueil d'un investissement étranger de façon « traditionnelle » suppose également d'envisager la question de sa soumission au droit international sous l'angle particulier de la sanction des obligations primaires par lesquelles il est possible qu'il soit tenu. Les règles concernant ladite sanction sont des règles secondaires. Ainsi, si l'on choisit de retenir l'approche de H. L. A. HART, ces règles comptent parmi celles qui « veillent [à ce que les sujets de droit] puissent [...] introduire de nouvelles règles de type primaire, en abroger ou en modifier d'anciennes, ou [...] déterminer leur incidence ou contrôler leur mise en œuvre »⁴⁵, le terme « sanction » étant entendu par nous dans son acception la plus générale, en tant que « moyen destiné à assurer à assurer le respect et l'exécution effective d'un droit ou d'une obligation »⁴⁶. Il s'agirait alors,

⁴⁵ Cf. H. L. A. HART, *The Concept of Law*, op. cit., p. 81 ; *Le concept de droit*, op. cit., p. 105.

⁴⁶ Cf. G. CORNU (dir.), op. cit., entrée « Sanction ».

toujours selon cet auteur, plus de règles dites « de décision », en ce qu’elles « [habilitent des sujets de droit] à résoudre d’autorité la question de savoir si, en des circonstances particulières, une règle primaire s’est trouvée transgessée »⁴⁷, que de règles « de reconnaissance », qui permettent d’établir l’appartenance d’une norme primaire à un ordre juridique donné⁴⁸, ou « de changement », celles qui permettent l’introduction ou la modification de normes primaires au sein d’un ordre juridique donné⁴⁹. La Commission du droit international a, quant à elle, eu l’occasion qualifier les règles concernant la responsabilité de « normes secondaires » en ce qu’elles « cherchent à déterminer les conséquences juridiques d’un manquement aux obligations établies par les règles ‘primaires’ »⁵⁰.

L’Etat d’accueil d’un bien étranger appelé à être qualifié d’investissement est, par hypothèse, susceptible d’être tenu par des obligations internationales secondaires, en particulier celles relatives à l’inobservation d’éventuelles obligations internationales primaires concernant le bien en question. Cette proposition est d’autant plus importante qu’un ordre juridique peut être défini comme un « ensemble coordonné de normes, dotées de force obligatoire à l’égard de sujets déterminés, et dont la méconnaissance entraîne certaines conséquences définies », la présence des deux catégories de normes étudiées étant inhérente à tout ordre juridique. Quand on rapporte ces prémisses théoriques à l’ordre juridique international, dont on sait qu’il présente des spécificités par rapport aux ordres juridiques nationaux qui ne remettent pourtant pas en cause la positivité du droit international, ainsi qu’à notre hypothèse d’étude, on perçoit plus nettement l’enjeu qui réside dans la détermination de l’existence, à la charge de l’Etat d’accueil, d’obligations primaires, sachant que leur inobservation appelle, dans ce même ordre juridique, la naissance d’obligations subsidiaires censées permettre la sanction des obligations précédentes. En effet, les modalités d’exécution forcée font partie des spécificités, évoquées plus haut, de l’ordre juridique international et le domaine particulier de la condition des étrangers a historiquement fourni des illustrations du caractère asymétrique ou déséquilibré des situations que l’exécution forcée peut générer entre les Etats, et ce malgré le principe de leur égalité souveraine.

Il ressort de ce qui précède que, si l’on souhaite appréhender la place, dans la société internationale, de l’Etat d’accueil d’un bien étranger appelé à être qualifié d’investissement

⁴⁷ Cf. H. L. A. HART, *The Concept of Law*, *op. cit.*, p. 97 ; *Le concept de droit*, *op. cit.*, p. 122.

⁴⁸ Cf. H. L. A. HART, *The Concept of Law*, *op. cit.*, p. 94 ; *Le concept de droit*, *op. cit.*, p. 120.

⁴⁹ Cf. H. L. A. HART, *The Concept of Law*, *op. cit.*, p. 95 ; *Le concept de droit*, *op. cit.*, p. 121.

⁵⁰ Cf., CDI, « Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa vingt-cinquième session », *op. cit.*, § 40.

d'une façon « traditionnelle », c'est-à-dire en considérant les relations internationales comme étant avant tout des relations entre Etats, on tire des enseignements relativement clairs de l'analyse correspondante. D'abord l'Etat étudié, en tant que membre souverain de la société internationale, bénéficie, en particulier, du fait qu'il est l'hôte d'un bien étranger, des caractères plein et exclusif de sa compétence territoriale, laquelle trouve, en pareil cas à s'appliquer. Sa qualité de souverain a, cependant, pour corollaire le fait d'être obligé par le droit international de composer avec la souveraineté d'autres Etats. Le droit international général, en ce qu'il contient des normes relatives à la condition des personnes et des biens étrangers, l'oblige à composer avec la compétence personnelle de l'Etat national de la personne privée étrangère concernée par l'hypothèse. De plus, sa souveraineté lui donne la possibilité de limiter lui-même ses propres prérogatives par le biais de divers procédés mis à sa disposition par le droit international. Le procédé privilégié en la matière étant la voie conventionnelle, qui implique un accord de volontés entre les Etats concernés par l'hypothèse, l'Etat d'accueil pourra, là encore, être amené à composer avec d'autres souverainetés. Sa qualité de membre souverain de la société internationale fait que, pour toutes les raisons évoquées, l'Etat étudié est susceptible d'être tenu, en tant qu'hôte d'un investissement étranger, par les règles juridiques de ladite société. Il est susceptible d'être tenu, en tant que tel, par des obligations internationales issues de normes primaires de l'ordre juridique international. Il est également susceptible d'être tenu, en tant que tel, par les obligations secondaires correspondant aux obligations primaires évoquées, en particulier celles concernant la sanction des normes primaires en question, sanction dont on sait qu'elle constitue, en pratique, un enjeu central. Le caractère central de cet enjeu apparaît de façon encore plus nette quand la place de l'Etat étudié dans la société internationale est appréhendée de façon « moderne ».

§ 2 — L'Etat d'accueil de l'investissement étranger dans une société internationale appréhendée de façon « moderne »

Appréhender la société internationale de façon « traditionnelle » consiste, nous l'avons expliqué plus haut, à voir les relations internationales avant tout comme des relations interétatiques. Une telle façon de voir les choses n'est pas en soi inexacte. En effet, elle correspond juste à la conscience qu'a tout analyste du caractère central de la place des Etats dans la société internationale. Cela étant, elle n'exclut pas une appréhension « moderne » de ladite société. En quoi une telle appréhension consisterait-elle alors ? Il s'agira d'abord, de toute évidence, de prendre en compte toutes les évolutions incontestables du droit

international, toutes les évolutions auxquelles une conception « traditionnelle » de la société internationale est obligée de concéder. Il s'agira également d'interroger certaines propositions qui se sont récemment fait jour concernant les membres ou le droit de la société internationale.

Quelle serait, alors, la place de l'Etat d'accueil de l'investissement étranger dans une société internationale appréhendée de cette façon ? Il est clair et indéniable que l'Etat n'est pas le seul type de sujet de droit international. Il s'agit, certes, d'un sujet primaire du droit international. Nous savons, cependant, que, dans l'ordre juridique international, l'existence d'autres types de sujets de droit peut dériver de la volonté des Etats. Il est également clair et indéniable qu'en tant que tel, l'Etat d'accueil d'un bien appelé à être qualifié d'investissement étranger est susceptible d'être amené à interagir avec d'autres sujets de droit international que des Etats. Il est, en particulier, susceptible d'être amené à interagir, en tant que tel, avec des organisations internationales gouvernementales ayant une activité économique ou avec des personnes privées étrangères bénéficiant d'une personnalité juridique internationale. Moins indéniable est, cependant, l'idée selon laquelle l'Etat étudié serait, en tant que tel, susceptible d'être tenu, dans la société internationale, par des règles obligatoires issues d'autres ordres juridiques à la fois distincts des ordres juridiques nationaux et de l'ordre juridique international. De même, il est permis d'être moins affirmatif quand il est question d'élever certains types d'actes juridiques à la dignité des sources formelles de règles obligatoires, dans la société internationale, pour l'Etat d'accueil de l'investissement, envisagé en tant que tel.

Ainsi, deux groupes de propositions sont à approfondir ou à débattre. Dans une société internationale appréhendée de façon « moderne », l'Etat d'accueil de l'investissement étranger peut être, en tant que tel et en vertu du premier groupe de propositions, amené à côtoyer d'autres sujets de droit international (A). En vertu du second groupe de propositions, l'Etat d'accueil de l'investissement étranger peut, en tant que tel, être amené à être tenu, dans la société internationale, par des règles obligatoires issues de nouvelles sources formelles d'obligations internationales (B).

A — L'Etat d'accueil de l'investissement étranger face à d'autres membres de la société internationale

De nos jours, il est fermement établi que le droit international, en tant que droit applicable à la société internationale, régit bien plus que des relations strictement interétatiques. Si ces dernières y occupent encore une place centrale et sont encore à l'origine des principales

dynamiques qui font de l'ordre juridique international ce qu'il est, il est incontestable que d'autres entités que les Etats participent à la société internationale. Parce qu'elles se voient reconnaître et attribuer un certain degré de personnalité juridique internationale par les Etats, elles accèdent à la dignité de membre de ladite société et le fait qu'elles aient accédé à cette dignité, qu'elles aient accédé à la qualité de sujet de droit international, leur donne, dans la mesure où leur personnalité juridique le leur permet, l'opportunité d'en être des acteurs. Ainsi en est-il, en particulier, des organisations internationales gouvernementales et des personnes privées.

Comment cela se traduit-il dans notre hypothèse d'étude ? On peut d'ores et déjà avancer la proposition selon laquelle l'Etat d'accueil d'un bien étranger appelé à être qualifié d'investissement peut être amené, en tant que tel, à interagir avec des organisations internationales ou des personnes privées étrangères. Encore faut-il préciser que les interactions en question, qui sont juridiques, doivent intervenir au sein de l'ordre juridique international. Il est, en effet, nécessaire qu'il s'agisse d'interactions entre membres de la société internationale, l'Etat d'accueil de l'investissement pouvant être débiteur des autres sujets de droit international évoqués. Ces derniers ne sont, certes, pas des sujets souverains du droit international mais la souveraineté de l'Etat étudié a pour corollaire sa soumission au droit de la société internationale. Pour peu que ce droit contienne des règles l'obligeant à l'égard de ces autres sujets de droits.

En tant que tel, l'Etat d'accueil d'un bien étranger appelé à être qualifié d'investissement peut tout à fait être obligé à l'égard d'organisations internationales, en particulier celles intervenant en matière économique (A). Cela étant, ce sont bien les interactions de l'Etat étudié et des personnes privées étrangères en principe soumises à sa compétence territoriale qui sont les plus plausibles et présentent le plus d'enjeux théoriques et pratiques (B).

1 — L'Etat d'accueil de l'investissement étranger face à des organisations internationales

En tant qu'hôte d'un bien étranger appelé à être qualifié d'investissement, rien n'interdit qu'un Etat se « retrouve face » à une organisation internationale. Pour être plus précis, rien n'interdit, en pareille situation, une interaction dudit Etat et de l'hypothétique organisation internationale impliquant, elle-même, l'existence de normes primaires par lesquelles l'Etat serait tenu en tant qu'hôte de l'investissement étranger. On peut imaginer que l'Etat soit tenu par des obligations internationales primaires parce qu'il est membre de l'organisation

internationale en question. On peut également imaginer que l'Etat soit tenu envers l'organisation internationale sans pour autant en être membre. Pour mieux imaginer ces deux hypothèses, il faut malgré tout rappeler ce qu'est une organisation internationale, au sens où nous sommes censés l'entendre dans le cadre de ce propos.

Bien que cette définition n'ait pas été retenue par la pratique conventionnelle, il semble intellectuellement acceptable de définir une organisation internationale comme une « association d'Etats constituée par un traité, dotée d'une constitution et d'organes communs, et possédant une personnalité juridique distincte de celles des Etats membres »⁵¹. Ainsi, l'Etat de notre hypothèse, quand il se retrouve face à une telle entité se retrouve effectivement face à un membre de la société internationale à l'égard duquel il peut être tenu. Cela est d'autant plus vrai qu'il existe des organisations internationales dont la vocation économique permet, dans l'absolu, que l'Etat d'accueillir d'un bien étranger appelé à être qualifié d'investissement soit, en tant que tel, tenu à leur égard. Cela le serait également pour peu que l'Etat de nationalité ait consenti à déléguer tout ou partie de sa compétence personnelle à une organisation internationale donnée. Les organisations internationales, à vocation économique comme généraliste, remplissant des missions diverses, dans des domaines divers, voire dans des zones géographiques, les interactions imaginables sont elles-aussi diverses⁵². Elles peuvent tout à fait, par exemple, intervenir sous l'angle financier, avec des institutions financières comme la Banque Mondiale ou le Fonds Monétaire International, sous l'angle commercial, par exemple dans le cadre de l'Organisation Mondiale du Commerce, que ce soit dans une logique d'intégration ou dans une logique de simple coopération.

Cela étant, dans les domaines précis de la condition des personnes et des biens étrangers ou de l'investissement étranger, la pratique internationale, en particulier conventionnelle, offre encore peu d'exemples aboutis du genre d'interactions objet de ce développement, ce qui amène naturellement à les considérer comme relativement peu plausibles. Tout au plus, peut-on considérer qu'elles ne peuvent pas être intellectuellement exclues *a priori*. Il en est de même des interactions de l'Etat étudié et de personnes privées étrangères membres de la société internationale, interactions qui, pourtant, apparaissent comme étant plus plausibles en pratique.

⁵¹ Cf. J. SALMON (dir.), *op. cit.*, entrée « Organisation internationale gouvernementale » ; P. DAILLER, M. FORTEAU & A. PELLET, *op. cit.*, § 377, pp. 642-644.

⁵² Cf. D. CARREAU, P. JUILLARD, R. BISMUTH & A. HAMANN, *op. cit.*, § 78-100, pp. 33-41.

2 — L'Etat d'accueil de l'investissement étranger face à des personnes privées étrangères

Plus haut, nous avons évoqué l'existence de règles de droit coutumier concernant la condition des personnes et des biens privés étrangers. Nous avons présenté les obligations correspondantes, à la charge de l'Etat d'accueil d'un bien étranger appelé à être qualifié d'investissement, comme autant de « concessions » de la compétence territoriale de ce dernier Etat à la compétence personnelle de l'Etat de nationalité de la personne privée étrangère concerné par le bien en question. En pareille situation, vu sous l'angle de l'ordre juridique international, il s'agit bien d'une interaction de deux membres souverains de la société internationale, laquelle interaction n'étant *a priori* censée impliquer aucun autre type de membres de ladite société. L'interaction dont il est question dans les présents développements intervient dans une hypothèse que nous pouvons qualifier de distincte de celle qui précède. C'est une interaction de l'Etat d'accueil de l'investissement étranger, envisagé en tant que tel, et d'une personne privée étrangère pouvant, dans une certaine mesure et « pour l'occasion », être considérée comme un membre de la société internationale.

Il faut d'ores et déjà rappeler que le droit international a évolué de façon à admettre qu'une personne privée puisse, à certaines conditions, se voir reconnaître certains éléments d'une personnalité juridique internationale⁵³. Le droit international est, de nos jours, ouvert à l'idée selon laquelle les individus puissent, dans l'ordre juridique international, voir des « droits individuels » créés à leur profit⁵⁴, et ce même s'il n'est pas garanti qu'il puisse les invoquer eux-mêmes. De plus, dans le domaine de la protection internationale des droits de l'homme et du droit humanitaire, les individus peuvent être concernés par des normes internationales directement invocables par eux et opposables aux Etats⁵⁵. De façon plus générale, des personnes privées telles des organisations internationales non gouvernementales ou des entreprises multinationales peuvent aujourd'hui être vues comme participant aux relations internationales⁵⁶. Autant dire que l'idée selon laquelle une personne privée puisse être un membre de la société internationale ne fait, de nos jours, l'objet d'aucune contestation décisive. Soulignons, toutefois, que le plus souvent l'accès d'une personne privée à la société

⁵³ Cf. P. DAILLIER, M. FORTEAU & A. PELLET, op. cit., § 418, pp. 716-719.

⁵⁴ Cf. CIJ 27 juin 2001 *Lagrand*, Rec. 2001, p 494, § 78.

⁵⁵ Cf. P. DAILLIER, M. FORTEAU & A. PELLET, op. cit., § 422, pp. 724-725.

⁵⁶ Cf. P. DAILLIER, M. FORTEAU & A. PELLET, op. cit., § 417, pp. 710-716.

internationale procède, en définitive, d'une manifestation de volonté étatique, quitte à ce que le ou les Etats concernés soient, par la suite, tenus par ladite manifestation⁵⁷.

Ainsi, pour revenir à notre hypothèse d'étude, si rien n'interdit qu'une interaction de l'Etat d'accueil d'un bien étranger appelé à être qualifié d'investissement et d'une personne privée étrangère concernée par ledit bien ait lieu dans l'ordre juridique international, encore faut-il qu'il y ait eu cette fameuse manifestation de volonté étatique. Or, on sait que les limitations de la souveraineté, car c'est bien d'une limitation de souveraineté qu'il s'agit, ne se présument pas⁵⁸. On sait également que de telles limitations peuvent intervenir par le biais de procédés relativement simples, connus et visibles, l'important étant que l'on puisse en déduire, sans recourir à une quelconque présomption, qu'un ou des Etats ont entendu conférer, dans l'ordre juridique international, des droits et obligations à la personne privée évoquée et lui permettre de les invoquer dans ce même ordre juridique. Sous réserve de ce qui précède, l'Etat étudié peut tout à fait, en tant que tel, être directement tenu par des normes internationales primaires à l'égard de la ou des personnes privées étrangères « concernées » par le bien de notre hypothèse ou plus précisément, titulaires de droits réels sur ledit bien. Ce qu'il y a de plus intéressant à signaler tient à ce la ou les personnes privées étrangères en question ont, en pareille hypothèse, accès à la sanction de l'internationalement illicite.

Ainsi, au sein d'une société internationale appréhendée de façon « moderne », et compte tenu des évolutions incontestables qu'a connues le droit international, il est admis que l'Etat d'accueil d'un bien étranger appelé à être qualifié d'investissement puisse, en tant que tel, se retrouver face à d'autres membres que des Etats. L'Etat étudié peut, en particulier, avoir, dans l'ordre juridique international, des interactions juridiques avec des organisations internationales gouvernementales et avec des personnes privées étrangères. De tels membres de la société internationale ont beau ne pas bénéficier de la souveraineté, ils peuvent tout à fait être créanciers d'obligations internationales primaires existant à la charge de l'Etat d'accueil de l'investissement étranger⁵⁹. Ces interactions « modernes » interviennent suivant des procédés familiers pour quiconque s'intéresse au droit des relations internationales. Cela étant, d'autres propositions, qui se veulent elles-aussi modernes, vont au-delà de celles qui précèdent en ce sens qu'elles supposent carrément l'existence de nouvelles sources de règles

⁵⁷ *Ibidem*.

⁵⁸ On reprend ici un célèbre *dictum* de la CPJI dans l'arrêt rendu dans l'affaire du *Lotus* (cf. CPJI *Lotus*, p 18).

⁵⁹ La jurisprudence arbitrale récente n'exclut pas, de plus, qu'un investisseur soit également, en fonction de la rédaction des dispositions du traité pertinent, débiteur d'obligations internationales (cf. CIRDI 8 décembre 2016 *Urbaser c/ Argentine* [https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw8136_1.pdf] § 1143).

obligatoires, dans la société internationale, pour l'Etat d'accueil de l'investissement étranger. Il y a, cependant, lieu, de les considérer avec plus de prudence.

B — L'Etat d'accueil de l'investissement étranger face à de nouvelles sources de règles obligatoires dans la société internationale

Quand l'Etat étudié accueille un bien étranger appelé à être qualifié d'investissement dans le champ d'application de sa compétence territoriale, il peut tout à fait être amené à interagir avec un certain type d'opérateurs économiques privés, les entreprises dites « transnationales ». Nous avons vu plus haut que rien n'interdisait qu'ils accèdent à la dignité de membre de la société internationale. Ce qui attirera plus notre attention dans les présents développements tient à ce que, dans la pratique de leur activité économique « naturelle », entre personnes privées, ces opérateurs sont habitués à un certain type de relations juridiques, lesquelles relations juridiques ayant, dirons-nous, leur propre type de logique voire leurs propres types de logique. Il peut s'agir d'une logique imprégnée des méthodes issues du droit international privé et du droit du commerce international, en ce que ces derniers régissent des relations entre personnes privées qui présentent ce qu'on appelle un élément d'extranéité, des relations qui sont rattachées à plusieurs Etats. De même, pour ce qui est des techniques de règlement juridictionnel des différends concernés, ces opérateurs sont clairement plus familiers de techniques telles que celles que l'on rencontre dans l'arbitrage commercial international.

Il arrive assez souvent que ces opérateurs bénéficient d'une force de frappe économique telle que les activités qu'ils sont amenés à exercer sur le territoire de l'Etat d'accueil, voire en collaboration avec ce dernier, présentent une importance non négligeable pour ce qui est de l'exercice « concret » de la souveraineté. Or, pour peu que leur qualité de membre de la société internationale soit discutable dans une situation donnée, les opérateurs évoqués ne seront pas en mesure de développer des relations juridiques égalitaires avec l'Etat d'accueil. Ce dernier ayant, en effet, la maîtrise de l'ordonnancement juridique dans son propre ordre juridique, les entreprises « transnationales » concernées n'auront pas la possibilité, dans le cadre des relations juridiques évoquées, de se hisser juridiquement au niveau du souverain. De plus, s'ils ne peuvent pas justifier d'une place qui serait la leur, en tant que membres, dans la société internationale, ces opérateurs économiques ne peuvent pas y entrer en relation avec l'Etat d'accueil et ne peuvent, par conséquent, pas bénéficier du droit de ladite société, en tant que personnes juridiques, et de la sanction de son inexécution à leur égard.

Le constat de cette potentielle et relative insécurité juridique semble avoir beaucoup contribué au développement de propositions « modernes » qui vont au-delà de celles dont il a été fait état *supra* et qui ont clairement pour objectif de faire face à ces situations où l'accès à l'ordre juridique international de ces personnes privées est discutable. On peut les classer en deux groupes. Les propositions du premier groupe vont dans le sens de l'existence de nouveaux ordres juridiques, lesquels seraient distincts des ordres juridiques nationaux et international, au sein desquels des règles obligatoires pour l'Etat étudié seraient susceptibles de naître (1). Les propositions du second groupe sont, quant à elles, articulées autour de l'idée selon laquelle les fameuses règles obligatoires précitées pourraient prendre naissance par le biais de nouveaux actes juridiques (2). Il convient d'interroger ces propositions.

1 — Des règles obligatoires nées dans de nouveaux ordres juridiques

Le concept de *lex mercatoria*⁶⁰ semble devoir constituer le point de départ de ce propos. C'est un concept d'origine doctrinale censé désigner un ensemble de normes élaborées par les opérateurs économiques privés du commerce international et destinées à régir leurs rapports dans ce cadre⁶¹. Apparu sous la plume de B. GOLDMAN, dans les années soixante⁶², ce concept a suscité et suscite encore la controverse en particulier pour deux raisons. La première tient au fait que l'autonomie de cette *lex mercatoria* par rapport aux ordres juridiques étatiques ne va pas nécessairement de soi. Il est vrai que, de nos jours, un rapprochement est admis entre cette idée d'autonomie de la *lex mercatoria*, en tant que système juridique, par rapport aux ordres juridiques internes et celle de « tiers ordre juridique », développée par M. VIRALLY⁶³, qui a pu en être perçue comme synonyme⁶⁴. Quoi qu'il en soit, ladite idée d'autonomie a fait face à quelques oppositions doctrinales⁶⁵. La deuxième source de controverse vient de ce que le rôle de la *lex mercatoria* a, avec le temps, fait l'objet d'une présentation extensive englobant certains types de rapports juridiques entre les opérateurs évoqués et les Etats⁶⁶. En effet, une telle présentation intervient dans des cas où l'appartenance des personnes privées étrangères concernées est contestable, d'où la nécessité

⁶⁰ Cf. J. SALMON (dir.), *op. cit.*, entrée « *Lex mercatoria* » ; P. DAILLIER, M. FORTEAU & A. PELLET, *op. cit.*, § 4 bis, pp. 46-47.

⁶¹ *Ibidem*.

⁶² Cf., en particulier, B. GOLDMAN, « Frontières du droit et *lex mercatoria* », *Archives de philosophie du droit* 1964, pp. 177-192.

⁶³ Cf. P. DAILLIER, M. FORTEAU & A. PELLET, *op. cit.*, § 4 bis, p. 46.

⁶⁴ *Ibidem*.

⁶⁵ Cf. J. SALMON (dir.), *op. cit.*, entrée « *Lex mercatoria* ».

⁶⁶ Cf. M. SORNARAJAH, *The International Law on Foreign Investment*, Cambridge, Cambridge University Press, 2^{ème} édition, 2004, xxv+525 p., pp. 431-433.

d'une justification théorique du caractère contraignant pour l'Etat concerné de ses éventuels engagements, celle-ci ne pouvant être puisée ni dans l'ordre juridique de ce dernier ni dans l'ordre juridique international.

Le concept de *lex mercatoria* semble également devoir être rapproché de celui de « droit transnational »⁶⁷, en particulier dans le sens qui lui actuellement prêté. La paternité de cette expression revient à P. C. JESSUP⁶⁸, qui l'entendait, à l'origine, comme désignant « tout le droit qui réglemente les actions ou les événements qui transcendent les frontières nationales »⁶⁹. La notion de « droit transnational » est aujourd'hui entendue d'une façon un peu plus restrictive et désigne des systèmes juridiques que l'on présente comme s'étant développés indépendamment des Etats⁷⁰. Dans le domaine qui nous intéresse, l'adjectif « transnational » se rapporte à des relations juridiques entre Etats et personnes privées étrangères⁷¹. Aussi, la tentation est grande, dans une certaine frange de la doctrine, d'imaginer qu'existe, dans ce même domaine, un « droit transnational » qui se serait développé indépendamment des ordres juridiques étatiques comme de l'ordre juridique international.

Cela étant, même si l'on admet la possibilité qu'un système juridique transnational existe en matière de biens ou d'investissements étrangers, encore faut-il que les Etats lui permettent de pleinement déployer ses effets. Ainsi, comme cela a pu être remarqué :

« [...] *l'effectivité de ces droits transnationaux dépend en partie de la tolérance que leur manifestent les Etats – investis du monopole de la contrainte sur leur territoire. Chaque Etat peut en effet, dans l'exercice de sa souveraineté territoriale, limiter l'effectivité de ces divers droits transnationaux ou au contraire leur laisser déployer leurs effets [...].* »⁷²

De même, le droit international peut s'opposer au déploiement des effets des droits transnationaux⁷³ ou, inversement, ces derniers ne peuvent déployer leurs effets, dans l'ordre juridique international, sans que les Etats y consentent, la question étant de savoir si tel est le cas dans le domaine étudié et, si oui, comment un tel consentement serait-il susceptible d'intervenir.

⁶⁷ Cf. J. SALMON (dir.), *op. cit.*, entrée « Droit transnational » ; P. DAILLIER, M. FORTEAU & A. PELLET, *op. cit.*, § 4 bis, p. 46.

⁶⁸ *Ibidem.*

⁶⁹ Cf. J. SALMON (dir.), *op. cit.*, entrée « Droit transnational ».

⁷⁰ *Ibidem.*

⁷¹ *Ibidem.*

⁷² Cf. P. DAILLIER, M. FORTEAU & A. PELLET, *op. cit.*, § 4 bis, p. 47.

⁷³ *Ibidem.*

2 — Des règles obligatoires nées par le biais d'un nouveau type d'actes juridiques

Si l'on part de l'idée qu'il existe un droit « transnational » à proprement parler dans le domaine de l'investissement étranger, on arrive immanquablement à celle de contrat « transnational » source de règles obligatoires pour l'Etat d'accueil. En suivant cette logique, on aurait un contrat conclu entre ce dernier Etat et un opérateur économique privé dans un ordre juridique censé être à la fois distinct de celui de l'Etat cocontractant et de l'ordre juridique international. Nous avons évoqué *supra* la force de frappe économique dont pouvait bénéficier les entreprises dites « transnationales » de même que l'importance potentielle des opérations concernées par cette relation juridique en termes d'exercice concret par l'Etat de sa compétence territoriale. Des auteurs ont pu, en quelque sorte, y voir la justification du caractère « transnational » à proprement parler de ce type de contrats⁷⁴. D'autres ont quelque peu franchi le pas en y voyant carrément des actes juridiques internationaux⁷⁵. Ainsi, l'Etat cocontractant serait susceptible, par le biais de ce type d'actes, de s'engager dans l'ordre juridique international à l'égard de son cocontractant personne privée⁷⁶.

Là encore, en supposant que l'on ne rejette pas d'emblée de telles propositions, il convient de rappeler que, si l'appartenance à la société internationale du cocontractant personne privée est *a priori* contestable, il faut que l'acte juridique manifeste en soi une volonté étatique qu'il en soit autrement, les limitations de souveraineté ne se présument pas. En vérité, toutes les propositions qui précèdent montrent que, quelle que soit la façon que l'on a d'appréhender la société internationale ainsi que la place qui y serait celle de l'Etat d'accueil d'un bien étranger appelé à être qualifié d'investissement, la question à se poser est bien celle de la mesure dans laquelle le droit international limite l'exercice de sa compétence territoriale. Apporter une réponse satisfaisante à cette question supposera, alors, d'apporter une attention particulière à deux séries de problèmes, les premiers étant liés à l'identification des obligations internationales de l'Etat d'accueil (Première partie) alors que les seconds sont inhérents à l'éventuelle sanction de l'inobservation par ce dernier desdites obligations (Seconde partie).

⁷⁴ Cf. M. SORNARAJAH, *op. cit.*, pp. 431-433.

⁷⁵ *Ibidem.*

⁷⁶ *Ibidem.*

Announce du plan :

Première Partie - Identification des obligations internationales de l'Etat d'accueil

Seconde Partie - Sanction de l'inobservation par l'Etat d'accueil de ses obligations internationales

Première Partie

IDENTIFICATION DES OBLIGATIONS INTERNATIONALES DE L'ÉTAT D'ACCUEIL

La première série de questions susceptibles de se poser dans le cadre de cette étude tient à l'identification des obligations internationales de l'Etat d'accueil d'un investissement étranger relativement à ce dernier. À vrai dire, les deux principales questions qui se posent à ce stade sont assez simples. L'Etat en question est-il, dans l'exercice de sa compétence territoriale, tenu par le droit international en ce qui concerne l'investissement hypothétique ? Si oui, quelles sont, en termes de contenu normatif, ses obligations internationales ? Apporter une réponse un tant soit peu satisfaisante à ces deux questions suppose néanmoins, de la part de l'analyste, de retracer les divers types de processus formels qui feraient que l'Etat étudié sera tenu par le droit international ainsi que de s'intéresser à la façon dont le contenu des obligations internationales primaires correspondantes.

On sait, en effet, comment le droit international est censé se former. On connaît les diverses sources formelles d'un droit international, dont on sait qu'il est susceptible d'évoluer sur ce point, les divers processus, ce dernier terme étant entendu au sens large, qui mènent l'existence de règles juridiques de droit international. Ainsi, pour répondre à la première question, il est pertinent d'investiguer de façon à déterminer si et comment des normes de droit international se sont développées en matière d'investissements étrangers. Une telle investigation nous amènera à débattre un certain nombre de propositions, parmi lesquelles certaines ont fait l'objet de controverses célèbres, de même qu'à nuancer un certain nombre d'idées reçues sur la question. Dans le cas qui nous occupe, une telle investigation débouche sur le constat de la prééminence, en la matière, de la pratique conventionnelle bilatérale. Aussi, une interrogation quant au contenu des normes primaires s'imposant à l'Etat d'accueil de l'investissement étranger est une interrogation quant au contenu normatif des dispositions conventionnelles applicables, et ce qu'il s'agisse de s'intéresser à la rédaction desdites dispositions ou à leur interprétation.

Plus globalement, s'interroger quant à l'encadrement des compétences souveraines de cet Etat par le droit international suppose de déterminer en quoi ou dans quelle mesure des

normes issues de ce dernier, appréhendé en tant qu'ordre juridique, limite ou non lesdites compétences. Il s'agit là d'un aspect central des controverses doctrinales marquantes dans ce domaine, celles ne présentant plus qu'un intérêt historique comme celles d'actualité. La détermination évoquée plus haut passe alors, dans un premier temps, par le fait de recenser les sources potentielles des obligations internationales de l'Etat d'accueil en la matière (Titre I), ce après quoi il sera nécessaire d'analyser ce qui a trait à la détermination du contenu desdites obligations (Titre II).

Titre I
RECENSEMENT DES SOURCES DES OBLIGATIONS
INTERNATIONALES DE L'ÉTAT D'ACCUEIL

Quelles sont, en matière d'investissements étrangers, les sources des obligations internationales de l'Etat d'accueil ? Comment, d'un point de vue formel, la formation des obligations desdites obligations intervient-elle ? Il est évident que l'analyste devra, pour répondre à cette question, faire un tour d'horizon des sources traditionnelles du droit international de façon à vérifier si ou comment des normes se sont formées en matière d'investissements étrangers (Chapitre I). Il aura, également, à discuter la proposition selon laquelle la formation d'obligations internationales incombe à l'Etat d'accueil d'un investissement peut intervenir par le biais de l'« internationalisation » de ce dernier (Chapitre II).

Chapitre I

La formation d'obligations internationales par le biais des sources traditionnelles du droit international

En matière d'investissements étrangers, les sources formelles les plus « évidentes » d'obligations internationales pour l'Etat d'accueil sont à rechercher parmi celles traditionnelles du droit international, telles qu'énumérées par l'article 38 du Statut de la CIJ, à savoir :

« [...] a. *les conventions internationales, soit générales, soit spéciales, établissant des règles expressément reconnues par les Etats [...] ;*

b. *la coutume internationale comme preuve d'une pratique générale acceptée comme étant le droit ;*

c. *les principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées ; [...] »*

Une approche acceptable, d'un point de vue académique, serait de distinguer entre les sources selon qu'elles soient écrites ou non écrites. Ainsi, nous pouvons choisir de découper notre réflexion en abordant séparément et successivement la formation non conventionnelle et celle conventionnelle des obligations étudiées. Cela ne correspondra, cependant, pas uniquement à des considérations d'ordre formel.

En effet, c'est en retracant les processus de formation de la règle de droit inhérents à chacune desdites sources formelles qu'il est possible de l'appartenance au droit international positif de telle ou telle proposition débattue en doctrine. De quelle(s) proposition(s) s'agit-il ? La principale proposition débattue est celle de l'appartenance au droit positif de la théorie du standard minimum international au droit positif. Connexes à cette proposition sont celles consistant à voir dans la pratique conventionnelle en matière d'investissements étrangers le remembrement d'un droit international général reflétant la théorie évoquée ou le catalyseur du développement de règles coutumières spécifiques à ce domaine. De plus, pour ce qui est plus précisément des sources conventionnelles, tout traité s'appliquant à la question des investissements étrangers ne crée pas, en soi, d'obligations internationales primaires pour l'Etat de territorialité en ce qui concerne le traitement et la protection. Or, l'évolution de la pratique conventionnelle en matière économique est jalonnée de tentatives menées par les Etats occidentaux, infructueuses jusqu'à ce jour, d'encadrement, à l'échelon universel, de la

compétence territoriale de l'Etat en ce qu'elle est exercée sur la personne et les biens de l'étranger. Rajoutons que ces tentatives, initialement « frontales », se sont progressivement voulues plus « habiles », le but étant de parvenir au résultat général initialement recherché en passant par des angles particuliers qui pourtant l'excluent dans l'absolu.

Ce double examen débouche, à notre sens, sur deux groupes de propositions. Retracer les processus de formation non conventionnelle des obligations primaires de l'Etat d'accueil concernant le traitement et la protection des investissements étrangers ne permet pas plus de démontrer la coïncidence de la théorie du standard minimum international avec le droit international positif que d'établir l'existence d'un *corpus* de normes spéciales non écrites en matière d'investissements (Section 1). De plus, la même analyse appliquée au processus de formation conventionnelle des obligations primaires évoquées nous amène immanquablement à conclure à la prééminence des traités contenant des dispositions à cet effet, lesquels traités sont limités, dans leur champ d'application, par la pratique (Section 2).

Section 1 — Formation non conventionnelle des obligations internationales de l'Etat d'accueil

Rien n'interdit, d'un point de vue purement technique, que les obligations internationales de l'Etat d'accueil concernant l'investissement étranger, en tant que simple bien ou en tant que tel, naissent de sources non conventionnelles et surtout non écrites du droit international. Au sens de l'article 38 du Statut de la CIJ, il s'agit de la coutume internationale et des principes généraux de droit. Si l'on doit raisonner en termes de recensement des sources des obligations étudiées, il convient de vérifier si des normes non écrites correspondantes ont pu accéder au droit positif. L'angle privilégié sera, bien entendu, celui du processus coutumier. En effet, le débat a essentiellement été articulé autour de la question de l'existence d'une norme coutumière dont le contenu coïnciderait avec celui de la théorie du standard minimum international tel que défendu par les Etats occidentaux.

Une fois un tel angle d'approche adopté, il y a lieu, en cette matière, de distinguer le droit commun du droit spécial. Les questions à se poser varieront selon que l'on se situe dans l'une ou l'autre de ces deux perspectives. L'investissement, si l'on doit entendre cette notion dans un sens moins strict que celui où elle est entendue dans la jurisprudence du CIRDI ainsi que dans la pratique conventionnelle, est un bien étranger soumis à la compétence territoriale de

l'Etat d'accueil. Ainsi, il est soumis, sauf règle spéciale, aux normes primaires et secondaires du droit commun. C'est à ce stade qu'intervient la question de savoir se sont effectivement formées des normes confortant la théorie évoquée (§ 1). L'investissement est également appréhendé dans un sens plus restreint par le droit international dans ses développements les plus récents, lesquels développements apportent leur cortège de normes conventionnelles spéciales faisant appel ou écho à la théorie du standard minimum international tout en la dépassant dans un certain nombre d'hypothèses. Interroger le processus coutumier dans ce cas précis reviendra à se demander si la pratique internationale a débouché sur des normes coutumières régissant spécifiquement les investissements étrangers (§ 2).

§ 1 — Processus coutumier en matière de biens étrangers

Existe-t-il, pour reprendre la formule utilisée à l'article 38 § 1 (b) du Statut de la CIJ, une « pratique générale acceptée comme étant de droit » relative aux biens étrangers ? Les enjeux de cette question sont multiples, le principal d'entre eux étant de savoir si l'une des théories antagoniques dans ce domaine a pu accéder au droit positif par le biais du processus coutumier. Or, s'il est toujours indiscutable que la formation de la coutume internationale nécessite la réunion des deux éléments classiques, à savoir l'élément matériel (la pratique) et l'élément psychologique (*l'opinio juris*), il est aujourd'hui admis qu'à côté du processus coutumier traditionnel, dans lequel le second élément cité découle du premier, existe une pluralité d'hypothèses dans lesquelles la coutume pourra être formée suivant un cheminement plus « moderne ».

En matière de condition des étrangers, la doctrine souvent présentée comme reflétant le droit international coutumier classique est articulée autour de l'idée d'un standard minimum international de traitement des étrangers et d'une responsabilité internationale pour préjudices causés à ceux-ci pouvant être mise en œuvre par le biais du mécanisme de la protection diplomatique⁷⁷. Cette doctrine a fait l'objet de sérieuses contestations étatiques. Ces dernières, bien qu'émises à des époques ou dans des contextes différents, ont convergé dans le sens

⁷⁷ Pour une présentation du contenu de cette doctrine, cf., par exemple, A. ROTH, « Les règles internationales concernant le traitement des étrangers », RCADI 1931-1, pp. 322-412 ; E. BORCHARD, « The 'minimum standard' of the treatment of aliens », ASIL Proceedings 1939, pp. 51-63 ; R. L. BINDSCHEDLER, « La protection de la propriété privée en droit international public », RCADI 1956, vol. II, t. 90, pp. 173-306 ; H. W. SHAWCROSS, « Le problème des investissements à l'étranger en droit international », RCADI 1961, vol. I, t. 102, pp. 365-394 ; A. H. ROTH, *The minimum standard of international law applied to aliens*, Leiden, Sijthoff, 1949, 194 p..

d'une active remise en cause de la proposition évoquée plus haut. Il s'agissait de remettre en cause soit la correspondance ou l'appartenance de cette proposition au droit positif, soit son opposabilité, s'il avait préalablement été admis que l'on était en présence d'une norme coutumière. L'intensité de cet affrontement a été telle que, même de nos jours, ces débats n'ont pas été totalement tranchés. Au mieux, les difficultés juridiques posées dans certaines situations ont-elles été contournées voire déplacées sur un autre terrain.

Aussi, la réponse à l'interrogation formulée *supra* suppose immanquablement de vérifier « en amont » si un processus coutumier a pu être mené à son terme en ce domaine⁷⁸. Autant sera-t-il nécessaire de confronter la doctrine classique du standard minimum de traitement des étrangers au processus traditionnel de formation de la coutume internationale (A), autant faudra-t-il mener une opération analogue en vue de vérifier si la réunion des deux éléments de la coutume a pu se réaliser selon des modalités différentes (B).

A — Formation traditionnelle de la norme coutumière

Envisagé sous l'angle de la formation traditionnelle de la norme coutumière, le problème est celui de savoir si la doctrine du standard minimum de traitement des étrangers correspond ou a un jour correspondu, en tant que proposition, au droit positif. La question de la formation « moderne » d'une coutume internationale battant cette doctrine en brèche ne se pose pas à ce stade, et ce pour des raisons évidentes tenant essentiellement au contexte historique. Il s'agit plus de confronter la théorie évoquée aux exigences classiques du processus d'élaboration de la coutume, c'est-à-dire le développement d'une pratique dont on peut déduire l'existence d'une *opinio juris*.

La première étape de l'analyse consiste donc à rechercher la présence de l'élément matériel de la norme coutumière, d'une pratique présentant des caractères la rendant pertinente, c'est-à-dire un degré de généralité⁷⁹, de constance et d'uniformité⁸⁰ suffisant. Pour ce faire, et si

⁷⁸ Pour une présentation détaillée desdites exigences, cf. A. PELLET, « Article 38 », in A. ZIMMERMANN, C. TOMUSCHAT, K. OELLERS-FRAHM, C. J. TAMS & T. THIENEL (dir.), *The statute of the international court of justice : a commentary*, Oxford/New-York, Oxford University Press, 1^{ère} édition, 2006, xxxiv+1577 p., pp. 748-764, § 205-244.

⁷⁹ En effet, cette doctrine est bien considérée par ses tenants comme reflétant une règle coutumière générale, d'un point de vue technique, et qui, à ce titre, aurait vocation à s'appliquer à tous les Etats, sans restriction tenant à la zone géographique. Aussi, doit-il être vérifié que la pratique présentée comme étant à son origine présente un degré suffisant de généralité, lequel suppose, selon la CIJ, « une participation très large et représentative » au phénomène concerné, laquelle participation devant « [comprendre] les Etats particulièrement intéressés » (cf., en particulier, CIJ 20 février 1969, Rec. 1969, p. 43) ; cf. A. PELLET, « Article 38 » in *op. cit.*, § 215, p. 752.

l'on s'en tient à notre idée de départ, l'existence d'une pratique doit d'abord être démontrée. Quels seront les comportements étatiques à prendre en considération ? Qu'il s'agisse d'actes effectués dans les ordres juridiques internes respectifs des Etats concernés ou dans l'ordre juridique international, il semble admis que ceux-ci doivent, pour être pris en compte, être ou avoir été « accomplis par [leurs organes] et [avoir une incidence] sur les relations internationales »⁸¹. On a, dès lors, peu de mal à déterminer ce qui, en matière de condition des étrangers, pourrait alimenter, dans l'ordre juridique d'un Etat donné, l'élément matériel d'une norme coutumière. On pense d'emblée, et en particulier, à tous les actes contribuant à définir le régime juridique s'appliquant au ressortissant étranger et à ses biens sur le territoire de l'Etat d'accueil⁸², actes qui peuvent relever du législatif comme ils peuvent relever du judiciaire ou de l'exécutif⁸³.

Les tenants de la théorie classique du standard minimum avancent l'idée selon laquelle les pratiques nationales de certains Etats, essentiellement ceux d'Europe occidentale et les Etats-Unis d'Amérique, ont contribué à la cristallisation d'une coutume générale allant dans ce sens⁸⁴. Il est cependant permis d'être moins affirmatif sur ce point précis. Premièrement, et pour peu que l'on admette que certains aspects de ces pratiques se trouvent reflétés dans le droit coutumier, il n'est pas sûr que l'on puisse conclure qu'elles concordent complètement avec la théorie du standard minimum. En effet, l'une des idées défendues est celle selon laquelle l'Etat d'accueil, dans l'exercice de sa compétence territoriale vis-à-vis de l'étranger,

⁸⁰ Il s'agit de vérifier si la pratique en question se répète suffisamment dans le temps (cf. P. DAILLIER, M. FORTEAU & A. PELLET, *Droit international public*, Paris, LGDJ, 8ème édition, 2009, 1709 p., § 210, pp. 358-360) pour qu'elle soit considérée comme un précédent. La jurisprudence classique n'a pas varié sur ce point, et ce quelle que soit la formule employée (cf. CPJI 17 août 1923 *Vapeur Wimbledon*, Série A, n° 1, p. 25 ; CIJ 20 novembre 1950 *Droit d'asile*, Rec. 1950, p. 277 ; SA 17 juillet 1965 *Interprétation de l'accord aérien du 6 février 1948*, RSA XVI, p. 100).

⁸¹ Cf. P. DAILLIER, M. FORTEAU & A. PELLET, *op. cit.*, § 209, p. 355.

⁸² En effet, par ces actes, un Etat exerce sa souveraineté, plus précisément sa compétence territoriale, ce qui fait qu'ils peuvent produire des conséquences ponctuelles ou structurelles dans les relations interétatiques. Ainsi, analyser lesdits actes permettrait, dans l'absolu, de déterminer s'il existe ou non un régime juridique international de la personne privée étrangère et de ses biens. Il ne faut cependant pas négliger la pratique interne de l'Etat qui exerce sa compétence personnelle. La CIJ a, en particulier, eu l'occasion de prendre en compte les comportements étatiques adoptés à l'occasion du déclenchement de la protection diplomatique (cf. CIJ Exceptions préliminaires 21 mars 1959 *Interhandel*, Rec. 1959, p. 27).

⁸³ Cf. A. PELLET, « Article 38 », *in op. cit.*, § 212, pp. 750-751.

⁸⁴ Il est vrai qu'une telle idée est avancée dans un contexte historique (M. SORNARAJAH parle de « période coloniale », par opposition à des développements ultérieurs qui, eux, seront « postcoloniaux » ; cf. M. SORNARAJAH, *The International Law on Foreign Investment*, Cambridge, Cambridge University Press, 2^{ème} édition, 2004, xxv+525 p., pp. 18-22) dans lequel la démarcation théorique entre règles coutumières et principes généraux de droit n'est pas encore aussi nette qu'elle l'est de nos jours. Ainsi, l'étonnement du standard minimum peut être présenté, dans cette doctrine, comme défini au regard de la pratique des « Etats civilisés » (cf., par exemple, A. VERDROSS, « Les règles internationales concernant le traitement des étrangers », RCADI 1931-3, pp. 322-412, pp. 335-337).

est tenu de lui accorder un traitement déterminé par le droit international, ce dernier ne se limitant pas à exiger qu'il lui accorde le même traitement qu'à ses nationaux⁸⁵. Or, pendant la période où les pratiques nationales des Etats en question auraient pu servir de point de départ au développement d'une norme coutumière classique, nul ne saurait dire avec certitude qu'ils faisaient autre chose que définir le régime juridique de l'étranger et de ses biens sur leurs territoires respectifs et qu'ils prenaient ainsi position dans le sens de l'existence d'un standard minimum de droit international : le problème ne se posait tout simplement pas, l'égalité de traitement étant, à cette époque, conçue comme une garantie suffisante par ces mêmes Etats⁸⁶.

Deuxièmement, toujours si l'on choisit de ne prendre en considération que les pratiques nationales des Etats occidentaux, il est beaucoup plus plausible qu'elles soient à l'origine de principes généraux de droit, au sens de l'article 38 § 1 (c), que de normes coutumières à proprement parler. Rien dans l'absolu ne s'oppose d'ailleurs à l'idée de principes généraux de droit « classiques », communs à ces Etats et s'appliquant à la condition des étrangers. Ceci dit, si personne ne saurait douter du fait que les principes généraux de droit sont des sources formelles à part entière du droit international, il reste qu'ils sont, par nature, beaucoup plus « fragiles » d'un point de vue scientifique et difficiles à utiliser, pour une juridiction internationale, que ne le sont les normes coutumières, d'où le fait qu'ils soient perçus comme des normes supplétives, au moins d'un point de vue méthodologique⁸⁷. Aussi ressort-il de ce qui précède que la prise en considération de la pratique interne des Etats occidentaux en matière de condition des étrangers n'est pas décisive.

Qu'en est-il des comportements adoptés par ces Etats dans l'ordre juridique international ? Lesquels seraient susceptibles de constituer le type de précédents nécessaires à la formation d'une norme coutumière classique coïncidant avec la théorie du standard minimum international de traitement des étrangers ? Les promoteurs de cette dernière s'appuient souvent sur la pratique conventionnelle des Etats concernés, sans pour autant que celle-ci constitue un élément central de leur démonstration⁸⁸. Il est, certes, admis que la conclusion

⁸⁵ Cf. A. NEWCOMBE & LLUIS PARAELL, *Law and practice of investment treaties – Standards of treatment*, Austin/Boston/Chicago/New York/Pays-Bas, Kluwer Law International, 2009, xxx+614 p., § 1.7, p. 12.

⁸⁶ C'est, en tous cas, ce qui ressort de la pratique internationale conventionnelle de ces Etats avant la Révolution communiste de 1917 (cf. R. DOLZER & C. SCHREUER, *Principles of International Investment Law*, Oxford, Oxford University Press, 2nde édition, 2012, xxxvi+417 p., p. 1).

⁸⁷ Cf. A. PELLET, op. cit., § 289-297, pp. 780-783, pour une description de leur caractère subsidiaire par rapport aux normes conventionnelles et coutumières.

⁸⁸ Cf. A. H. ROTH, *op. cit.*, pp. 99-104.

d'un ou de plusieurs traités puisse, à certaines conditions, contribuer à la formation d'une règle coutumière, voire en constituer le point de départ⁸⁹. Ceci étant, là encore, l'argument avancé mérite d'être nuancé. Il existe, en effet, dans la période « classique », un grand nombre de traités, quasiment tous bilatéraux, régissant la condition des étrangers et, pour l'essentiel, conclus entre pays occidentaux⁹⁰. Or, même en admettant que la compétence territoriale de l'Etat d'accueil est liée tant par ces traités que par des « règles universelles liant tous les Etats de la communauté internationale, indépendamment de toute stipulation des traités »⁹¹, règles auxquelles il y est d'ailleurs assez souvent fait renvoi, il ne semble pas possible de conclure avec certitude qu'un choix a été opéré la doctrine de l'égalité de traitement et celle du standard minimum. On retrouve même des traces de ce « mélange des genres » dans des dispositions conventionnelles citées à l'appui de la théorie « classique », la méthode consistant à exiger que les personnes privées protégées bénéficient, à l'égal des nationaux de l'Etat d'accueil, d'un traitement donné, et ce conformément à ce qu'exige le droit commun international⁹². Il est, en conséquence et au regard de tout ce qui précède, douteux qu'une pratique étatique pertinente confortant la doctrine du standard minimum international de traitement se soit développée.

Un autre aspect de notre analyse consiste à se demander si cette pratique, dont on supposera, par commodité, qu'elle est constitutive de l'élément matériel d'un processus coutumier permettant de déboucher sur une norme coïncidant avec la théorie « classique », est effectivement à l'origine d'une *opinio juris sive necessitatis*, de « la conviction que cette pratique est rendue obligatoire par l'existence d'une règle de droit »⁹³. Comment démontrer la présence d'une telle conviction ? La difficulté à ce niveau est au moins double. Premièrement, nous avons souligné *supra* le caractère ambigu des précédents conventionnels en matière de

⁸⁹ Ce principe est, en tous cas, admis dans la jurisprudence classique, en particulier dans l'arrêt rendu par la Cour de La Haye dans l'affaire *Plateau continental de la Mer du Nord* (cf. CIJ 20 février 1969 *Plateau continental de la Mer du Nord*, Rec. 1969, p. 38, § 61-62).

⁹⁰ Il convient, à ce stade, de préciser que la période que nous appelons « classique » est, en particulier, caractérisée par le fait que les Etats issus de la décolonisation des continents africains et asiatiques n'existent pas encore en tant que tels. De plus, si l'affirmation de la doctrine du standard minimum est, concrètement, intervenue en réaction aux positionnements des Etats latino-américains et ceux du bloc communiste naissant (cf. S. K. B. ASANTE, « Droit international et investissements », in M. BEDJAOUI (dir.), *Droit international : Bilan et perspectives*, Paris, Pedone, tome 2, 1361 p., pp. 711-737, pp. 714-718), les Etats occidentaux s'appuient essentiellement sur des instruments reflétant des conceptions auxquels ils adhèrent. Ils concluent ces instruments essentiellement entre eux, comme nous le laissons entendre, mais aussi avec d'autres Etats qui ne sont pas dans la contestation du standard (cf. A. VERDROSS, *op. cit.*, p. 331, où l'auteur cite une disposition d'un traité d'établissement conclu entre la Suisse et la Turquie à l'appui de sa démonstration).

⁹¹ Cf. A. VERDROSS, *op. cit.*, pp. 330-331.

⁹² Cf. R. DOLZER & C. SCHREUER, *op. cit.*, p. 1.

⁹³ Cf. CIJ 20 février 1969 *Plateau continental de la Mer du Nord*, *op. cit.*, p. 44, § 77.

condition des étrangers. Il en ressort qu'il serait impossible d'en déduire une *opinio juris* clairement orientée en faveur du standard minimum international, et ce même en ayant fait le choix de commodité décrit plus haut. De plus, deuxième difficulté, la jurisprudence internationale peut se montrer assez exigeante relativement à la démonstration de l'élément subjectif. Ainsi, la Cour de La Haye a-t-elle jugé qu'elle « ne saurait considérer des règles comme faisant partie du droit international coutumier et applicables en tant que telles à des Etats simplement parce que ceux-ci affirment les reconnaître »⁹⁴ et que « dans le domaine du droit international coutumier il ne suffit pas que les parties soient du même avis sur le contenu de ce qu'elles considèrent comme une règle »⁹⁵.

Quels éléments serait-il alors possible d'utiliser pour prouver l'existence d'une *opinio juris* confortant la théorie « classique » ? Il est clair que ladite théorie n'a jamais, par exemple, bénéficié du type de consensus qui se manifeste lors des conférences diplomatiques ayant pour objet la codification conventionnelle de règles présentées comme coutumières, pour peu, bien sûr, que ces conférences aboutissent au résultat escompté⁹⁶. En vérité, rares sont les manifestations d'une telle *opinio juris*. Au contraire, la doctrine du standard minimum international, apparue dans un contexte conflictuel, a été durablement et activement contestée dans son principe, en particulier par les Etats latino-américains et ceux du bloc soviétique⁹⁷, ce qui, évidemment, fragilise un peu plus la position de ses promoteurs. Cette contestation n'est, de plus, pas sans poser quelques problèmes de qualification juridique. S'agit-il d'une objection persistante, les Etats contestataires cherchant à faire obstacle à la cristallisation d'une norme coutumière en voie de formation et à l'opposabilité de cette norme à leur égard, ou d'une contestation de l'appartenance d'une proposition donnée au droit positif coutumier, autrement dit de l'existence d'une norme coutumière coïncidant avec ladite proposition ? La première hypothèse, au contraire de la seconde, laisserait subsister la possibilité d'une acceptation implicite par ces Etats de l'existence d'une *opinio juris* et, en conséquence, d'une norme coutumière confirmant l'idée d'un standard minimum international de traitement des

⁹⁴ Cf. CIJ Fond 27 juin 1986 *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*, Rec. 1986, pp. 97-98, § 184.

⁹⁵ *Ibidem*.

⁹⁶ Cf. A. PELLET, *op. cit.*, § 223-224, pp. 756-757. Nous reviendrons, *infra*, sur la tentative de codification, menée au sein de l'OCDE dans les années, des règles concernant la protection des biens étrangers, tentative dont nous savons qu'elle n'a pas abouti. Soulignons, à ce stade, que la démarche suivie a été de négocier l'instrument dans un cadre puis de proposer l'instrument à l'adhésion d'Etats hors dudit cadre.

⁹⁷ Cf. S. K. B. ASANTE, *op. cit.*, pp. 714-716.

étrangers⁹⁸. Il semble, cependant, qu'elle soit à exclure. En effet, les doctrines respectives de ces Etats, latino-américaine comme soviétique, ne laissent pas de place à une telle acceptation⁹⁹. Aussi, serions-nous, là encore, enclins à penser que la présence d'un sentiment général des Etats d'être lié par un standard minimum international d'origine coutumière est, à l'époque « classique », hautement improbable, tout comme l'est, d'ailleurs, la réunion des éléments matériel et psychologique suivant le processus coutumier traditionnel.

Pourtant, une certaine forme d'ambiguité perdure, ambiguïté essentiellement due à la perception que l'on pourrait avoir de la jurisprudence et de la doctrine, en tant que moyens de preuve de l'existence d'une norme coutumière¹⁰⁰. En effet, il est établi qu'il s'agit non pas de sources formelles du droit international mais de moyens auxiliaires de détermination de son contenu. Or, la théorie du standard minimum international, en plus d'être relayée par la doctrine occidentale, trouve un appui dans un certain nombre de précédents jurisprudentiels¹⁰¹. On peut même dire qu'il s'agit là de ses principaux appuis. Pour ce qui est de la jurisprudence, il peut arriver qu'une décision affirme l'existence d'une norme coutumière sans pour autant « retracer » le processus qui aurait abouti à sa formation, ou au moins démontrer la présence de ses deux éléments¹⁰². Cette tâche peut d'ailleurs s'avérer d'autant plus difficile pour le juge que les données de départ ne vont pas de soi dans l'absolu, ce qui a été le cas pendant la période « classique ». Toujours est-il qu'une présentation des choses consiste à dire que le standard minimum international a émergé à la faveur de sentences arbitrales d'où peuvent être dégagées certaines règles en matière de traitement des étrangers¹⁰³. Ces précédents jurisprudentiels se voient alors attribuer un rôle assez particulier :

⁹⁸ En effet, on réfléchit, en pareille hypothèse, en termes d'opposabilité d'une norme existante (cf. P. DAILLIER, M. FORTEAU, *op. cit.*, § 213, pp. 363-364) et non d'existence de ladite norme.

⁹⁹ En effet, des éléments centraux de cette théorie ont été contestés de façon décisive, en tous cas assez décisive pour permettre d'exclure que la doctrine du standard minimum international ait pénétré le droit positif coutumier. Les Etats latino-américains, influencés en cela par la doctrine Calvo, contestent le fait que l'application de ladite théorie aboutisse concrètement à donner plus de droits à l'étranger qu'au national de l'Etat de territorialité et se prononcent pour l'égalité de traitement. Ceux du bloc soviétique ont concentré leurs critiques sur les implications qu'a la doctrine du standard minimum international en termes de propriété privée et rejeté le principe de l'existence même d'un standard international au profit d'une application exclusive du droit interne de l'Etat d'accueil au régime des biens étrangers (cf. S.K. B. ASANTE, *op. cit.*, pp. 714-716).

¹⁰⁰ Cf. art. 38 § 1 d) du Statut de la CIJ.

¹⁰¹ On pense, en particulier, à la sentence *Neer c/ Mexique* (cf. SA 15 octobre 1926 *L. F. H. Neer & Pauline Neer*, RSA vol. IV, pp. 60-66). Cela étant, d'autres précédents jurisprudentiels, essentiellement des sentences arbitrales, sont invoquées au soutien de cette théorie (cf. SA 2 novembre 1926 *Harry Roberts*, RSA vol. IV, pp. pp. 77-81 ; SA 14 mars 1927 *Williams H. Faulkner*, RSA vol. IV, p. 138, AJIL 1927, p. 349 ; SA 3 juin 1927 *George W. Hopkins*, RSA vol. IV, pp. 218-219, AJIL 1927, p. 160 ; SA 18 octobre 1928 *William T. Way*, pp. 391-401, AJIL 1929, p. 466).

¹⁰² Cf. A. PELLET, *op. cit.*, § 230, pp. 759-760.

¹⁰³ Cf., par exemple, D. CARREAU, P. JUILLARD, R. BISMUTH & A. HAMANN, *Droit international économique*, Paris, Dalloz, 6^{ème} édition, 2017, xiii+941 p., § 1369, pp. 527-528.

constituer la preuve d'une norme coutumière sans nécessairement prouver son existence. Cela explique peut-être, en partie, pourquoi ces précédents n'ont pas contribué à clore certaines controverses encore vivaces de nos jours.

Pour ce qui est de la doctrine, celle-ci non plus ne peut constituer un élément décisif de preuve de l'appartenance au droit coutumier positif de la théorie « classique ». Les opinions doctrinales émises dans un tel contexte, qu'elles appuient ou contestent ladite théorie, sont, en effet, moins susceptibles d'être perçues comme des « outils » scientifiques de détermination du contenu du droit que comme autant de manifestations des velléités antagoniques dont le seul dénominateur commun est de chercher à susciter l'évolution d'un droit positif au contenu non encore déterminé, en tous cas sur certains points.

Ainsi, quoi que l'on puisse en dire, la période « classique » s'achève en laissant intacte l'incertitude quant au fait de savoir si la doctrine du standard minimum international des étrangers correspond au droit positif coutumier, et ce pour une raison simple : la finalisation d'un processus qui aurait pu aboutir à un tel résultat n'a jamais été démontrée de façon indiscutable. Le problème est donc entier au moment de la décolonisation. Ses implications ne sont cependant plus les mêmes, essentiellement parce que l'arrivée de nouveaux Etats contestataires au sein de la communauté internationale amène, sinon à reconsiderer l'approche traditionnelle du processus de formation de la norme coutumière, au moins à s'interroger sur l'éventualité de la naissance de cette norme suivant d'autres modalités.

B — Formation « moderne » de la norme coutumière

Envisagé sous l'angle de la formation « moderne » de la norme coutumière, le problème « tourne autour » de l'impact, sur la formation de ce type de normes, en matière de condition des étrangers, des fameuses résolutions de l'Assemblée Générale des Nations-Unies concernant le « Nouvel ordre économique international »¹⁰⁴. En effet, la décolonisation a, à partir des années 1950, mécaniquement augmenté le nombre d'Etats hostiles à la théorie du standard minimum international de traitement des étrangers, les mettant en position, au moins au sein de l'organe plénier de l'ONU, d'obtenir une consécration solennelle, sous forme de résolutions, de leur approche dans ce domaine, le but étant que cette approche accède au droit

¹⁰⁴ Cf., pour une présentation sommaire du concept de « Nouvel ordre économique international », entrée « Nouvel ordre économique international » in J. SALMON (dir.), *Dictionnaire de droit international public*, Bruxelles, Bruylants, 2001, xli +1198 p., p. 759.

positif coutumier¹⁰⁵. Il est à noter que le problème restera le même, et ce que l'on part ou non de l'idée que la doctrine « classique » reflétait le droit coutumier de l'époque : il est de savoir si cette démarche collective a pu générer une norme coutumière. En effet, cette dernière loin de s'inscrire dans le processus traditionnel de formation de la coutume internationale, dont nous avons laissé entendre *supra* qu'il se caractérise par son caractère progressif¹⁰⁶, tend vers une cristallisation la plus rapide possible de la norme voulue¹⁰⁷. Nous n'en sommes plus, à ce stade, à nous demander si un tel phénomène est admis, étant donné que cette possibilité ne fait plus aucun doute. Il importe, en revanche, de vérifier si les éléments objectif et subjectif ont effectivement été réunis par le biais de ce processus « moderne ». Cela suppose, au préalable, de le comprendre.

En quoi les résolutions de l'Assemblée Générale des Nations Unies peuvent-elles générer ou contribuer à générer de la coutume ? Il convient de rappeler que ces résolutions n'ont pas, en tant que telles, un caractère contraignant¹⁰⁸. Aussi ne peut-on pas considérer qu'elles peuvent influencer le processus coutumier de la même façon que le pourraient des traités multilatéraux à vocation universelle. Leur impact sur l'élaboration d'une norme vient du consensus qu'elles reflètent, consensus, en principe, assez éloquent pour démontrer l'existence d'une *opinio juris*. On serait même tenté de rajouter qu'il ne vient, en réalité, que de ce consensus. En effet, la réunion des éléments subjectif et objectif reste la condition *sine qua non* de la naissance d'une norme coutumière et, dans le cas présent, il est nécessaire que cette manifestation de l'*opinio juris* que peut constituer un tel type de résolution soit confirmée par la *consuetudo*¹⁰⁹. Ainsi, apparaissent deux des caractéristiques prêtées à ce processus « moderne »¹¹⁰. Premièrement, les deux éléments sont « inversés », l'élément psychologique intervenant préalablement au matériel. Deuxièmement, et c'est sûrement une conséquence du premier point, la création de la norme coutumière peut s'opérer dans un laps de temps plus rapide, la pratique étant censée confirmer l'*opinio juris* et non l'inverse. Aussi,

¹⁰⁵ Cf. M. SORNARAJAH, *op. cit.*, pp. 89-90.

¹⁰⁶ Cf. D. ALLAND, *Droit international public*, Paris, PUF, 2000, 807 p., pp. 272-273, § 243.

¹⁰⁷ *Ibidem*, pp. 274-275, § 246.

¹⁰⁸ En effet, l'Assemblée générale des Nations Unies n'a pas de compétence de principe pour obliger les Etats membres par ses actes (cf. P. DAILLIER, M. FORTEAU & A. PELLET, *op. cit.*, § 244, p. 410). De plus, ses résolutions, en principe dépourvues de caractère obligatoire, ne sont censés avoir qu'un caractère incitatif ou « exhortatoire » (cf. J. COMBACAU & S. SUR, *Droit international public*, Paris, Montchrestien, 2008, 8^{ème} édition, xxvi+818 p., p. 104).

¹⁰⁹ Cf. CIJ AC 8 juillet 1996, *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, Rec. 1996, p. 226, § 73, p. 255 (sur la question de savoir si une règle coutumière prohibant l'emploi d'armes nucléaires est bel et bien apparue grâce aux résolutions adoptées à ce sujet par l'Assemblée Générale).

¹¹⁰ Ainsi nous reprenons à notre compte la substance de la distinction mise en lumière par le Pr. R.-J. DUPUY (cf. « Coutume sage et coutume sauvage », in Mél. ROUSSEAU, Paris, Pedone, 1974, 346 p., pp. 75-87).

importe-t-il, pour savoir si ces résolutions ont eu l'« effet espéré », de déterminer si les conditions de formation de la coutume ont été remplies, dans ce cas précis.

La première question à se poser est donc de savoir si les résolutions en question, dont deux des plus emblématiques sont celles concernant la Souveraineté permanente sur les ressources naturelles et la Charte des droits et devoirs économiques des Etats, reflètent véritablement une conviction pour les Etats d'être liés par une norme juridique ou, devrions-nous dire, une volonté d'être liés par une nouvelle norme juridique. Cela implique de s'interroger sur sa manifestation et son objet.

Pour ce qui est de la manifestation et de l'ampleur du consensus sur le contenu du droit positif coutumier en matière de condition des étrangers, un certain nombre de difficultés ont été mises en lumière par l'arbitre unique saisi dans l'affaire *Texaco-Calasiatic*¹¹¹. Selon René-Jean DUPUY, seule la résolution 1803 (XVII) « apparaît [...] comme la manifestation d'une volonté générale réelle »¹¹², d'une « *opinio juris communis* »¹¹³, et ce en raison de ses conditions d'adoption. Un argument est tiré de ce que, contrairement aux autres résolutions, « les principes dégagés dans [celle-ci] ont [...] obtenu l'assentiment d'un grand nombre d'Etats représentant *l'ensemble des régions géographiques, mais également l'ensemble des systèmes économiques* »¹¹⁴. Cet argument est à « double tranchant ». En effet, on peut à la fois lui trouver un caractère « orienté », au vu du peu de cas fait de la supériorité numérique des Etats non occidentaux au moment de l'adoption des autres résolutions et de la distinction faite entre des Etats également souverains au regard de considérations d'ordre économique, et l'utiliser pour contester l'appartenance de la théorie du standard minimum international au droit positif coutumier, pour certaines des raisons évoquées plus haut. Un autre argument tiré de cette sentence consiste à « distinguer les dispositions constatant un droit existant sur lequel la généralité des Etats a manifesté son accord et les dispositions introduisant des principes nouveaux rejetés par certains groupes représentatifs d'Etats et ne représentant qu'une valeur 'de lege ferenda' »¹¹⁵. Force est cependant de constater que, si rien dans l'absolu n'interdit de considérer des dispositions telles que l'article 2 alinéa c) de la résolution 3281 (XXIV) comme de la simple *lex ferenda*, qui ne le serait, de surcroit, « qu'aux yeux des Etats qui les

¹¹¹ Cf. SA 19 janvier 1977, *Texaco-Calasiatic c/ Libye*, JDI 1977, p. 350.

¹¹² *Ibidem*, § 88.

¹¹³ *Ibidem*, § 87.

¹¹⁴ *Ibidem*, § 84.

¹¹⁵ *Ibidem*, § 87

ont adoptés »¹¹⁶, rien ne permet non plus de considérer la résolution 1803 (XVII) comme ayant une valeur *de lege lata*, au moins du fait de la valeur non obligatoire de ce type d'actes.

Pour ce qui est maintenant de l'objet du consensus, celui-ci apparaît relativement limité. La première raison est évidente : de la résolution 1803 (XVII) à la résolution 3281 (XXIV) s'est opéré un changement radical et global de tonalité relativement à certains aspects du traitement des biens étrangers. On pense, en particulier, au respect de bonne foi des contrats transnationaux¹¹⁷ et de la prise en compte du droit international dans le calcul de l'indemnisation accordée à l'étranger exproprié¹¹⁸. Ce changement de tonalité réduit *a posteriori* l'impact de la résolution « Souveraineté permanente sur les ressources naturelles », ainsi que celui des autres, sur le droit positif en matière de condition des étrangers. En effet, on peut remarquer, à l'instar d'un auteur, que le consensus n'est véritablement et durablement atteint qu'en ce qui concerne l'idée de souveraineté permanente sur les ressources naturelles et le principe indemnitaire dans l'hypothèse d'une mesure de dépossession prise par l'Etat d'accueil¹¹⁹. Or, dans un cas comme dans l'autre, il s'agit d'une simple réaffirmation de quelque chose d'« acquis ». Ainsi, la compétence territoriale d'un Etat s'exercerait immanquablement sur les ressources situées dans son champ d'application, « avec ou sans » cette résolution. De même, le fait qu'une expropriation doive être assortie d'une indemnisation n'est pas ce qui, en soi, posait problème : le débat concernait plutôt les modalités et le calcul de ladite indemnisation. Aussi, et au regard de ce qui précède, ne peut-on pas conclure avec certitude à l'existence d'une *opinio juris* reflétée au sein de l'Assemblée générale des Nations Unies et orientée vers la création d'une norme coutumière inédite en matière de condition des étrangers.

Supposons maintenant que l'inverse soit vrai et que l'élément psychologique de ce processus « moderne » soit présent. Encore faudrait-il démontrer que cette *opinio juris* est confirmée par la pratique étatique. Une telle démonstration s'avère difficile. En effet, il n'est pas aisés, loin s'en faut, de déterminer si la pratique des pays en développement confirme ou non le consensus manifesté sur certains points dans la résolution « Souveraineté permanente

¹¹⁶ *Ibidem*, § 87.

¹¹⁷ Cf. point 8 de la Résolution 1803 (XVII) du 14 décembre 1962 « Souveraineté permanente sur les ressources naturelles » qui ne retrouve pas d'écho dans la Résolution 3281 (XXIV) du 12 décembre 1974 « Droits et devoirs économiques des Etats » ;

¹¹⁸ Cf. point 4 de la Résolution 1803 (XVII) évoquant la nécessité de la conformité de l'indemnisation aux exigences du droit international, laquelle exigence est totalement écartée de l'article 2 § 2 c) de la Résolution 3281 (XXIV).

¹¹⁹ Cf. M. SORNARAJAH, *op. cit.*, pp. 89-92.

sur les ressources naturelles ». Ainsi en est-il, en particulier, de son point 4 concernant les mesures de dépossession, en vertu duquel :

« La nationalisation, l'expropriation ou la réquisition devront se fonder sur des raisons ou des motifs d'utilité publique, de sécurité ou d'intérêt national, reconnus comme primant les simples intérêts particuliers ou privés, tant nationaux qu'étrangers. Dans ces cas, le propriétaire recevra une indemnisation adéquate, conformément aux règles en vigueur dans l'Etat qui prend ces mesures dans l'exercice de sa souveraineté et en conformité du droit international. [...] ».

Remarquons, au passage, que la notion d'« indemnisation adéquate » n'est pas définie dans ce texte, ce qui ne facilite pas son interprétation, dans l'hypothèse où il refléterait véritablement un consensus des Etats sur l'existence et le contenu d'un standard minimum international en matière d'indemnisation. Quoi qu'il en soit, le recours fréquent à l'indemnisation forfaitaire par les pays en développement en cas de nationalisation ou d'expropriation ne semble pas s'accorder avec l'idée d'un tel standard telle qu'elle est défendue par les pays développés et les sociétés transnationales¹²⁰. En effet, et pour ce qui est plus précisément du calcul de l'indemnité, on constate que la pratique étatique ne semble pas « fixer » une norme coutumière précise. Or, les modalités de l'indemnisation forfaitaire, quand celle-ci est négociée, peuvent être définies dans deux types de relations. Elles peuvent faire l'objet d'un accord entre l'Etat d'accueil et la personne privée étrangère dépossédée ou l'Etat d'origine de cette dernière. Dans le premier cas, nous serons en présence d'un accord transnational et, dans la seconde hypothèse, d'un traité bilatéral. Nous savons que l'indemnisation forfaitaire a souvent été pratiquée de ces deux manières avant et après la résolution 1803 (XVII). On serait bien évidemment tenté d'y voir quelque chose de déterminant, du point de vue matériel, dans le processus de formation du droit coutumier sur ce point précis, de quoi exclure que des « normes » telles que celle de la juste valeur marchande soient reçues par le droit positif. Cette idée est, cependant, contestée par certaines opinions doctrinaires de même que par certaines sentences arbitrales¹²¹, l'un des arguments avancés étant que « le fait que diverses nationalisations, intervenues en méconnaissance d'accords préalablement conclus, aient été en fait acceptées par ceux qui en étaient atteints,

¹²⁰ Cf. D. CARREAU & P. JUILLARD, *op. cit.*, § 1460-1469, pp. 548-552, à propos des accords d'indemnisation forfaitaire en tant que modalité de règlement des différends nés des mesures de dépossession.

¹²¹ La sentence *Texaco-Calasiatic* est, à cet égard, particulièrement intéressante, dans la mesure où, rendue par le Professeur R.-J. DUPUY en tant qu'arbitre unique, elle peut apparaître comme étant une opinion doctrinale exprimée dans un « contexte contentieux ».

sociétés étrangères ou Etats dont elles ressortissaient, ne saurait être interprété comme la reconnaissance par la pratique internationale d'une règle contraire, les règlements amiables qui sont intervenus ayant été inspiré essentiellement par des considérations d'opportunité et non de légalité »¹²².

Autant dire que, même si l'on tient pour acquise l'*opinio juris communis* telle qu'elle se manifesterait dans la résolution 1803 (XVII), il reste très difficile de conclure à la formation d'une norme coutumière nouvelle par ce biais « moderne », tant l'existence d'une pratique censée la parachever est délicate à prouver. En fin de compte, rien ne s'est véritablement créé, rien ne s'est véritablement perdu, rien ne s'est véritablement transformé : cette résolution laisse entier le problème décrit *supra* et indéterminée une bonne partie du contenu du droit coutumier de la condition des étrangers.

Vu sous cet angle, et du fait qu'il soit, encore de nos jours, difficile pour les Etats de s'accorder sur le contenu du droit international général en matière de condition des étrangers, on comprend mieux les raisons du glissement opéré du « bien étranger » vers l'« investissement étranger », au moins dans la pratique conventionnelle. Cela étant, le débat subsiste concernant l'existence de règles non écrites s'appliquant spécifiquement à cette dernière question, et ce en l'absence même de traités.

§ 2 — Processus coutumier en matière d'investissements étrangers

Existe-t-il, au sens que lui donne l'article 38 § 1 (b) du Statut de la Cour de La Haye, une « pratique générale acceptée comme étant de droit » en matière d'investissements étrangers ? Le problème est d'autant plus épineux que nous avons évoqué *supra* la difficulté qu'il peut y avoir à déterminer sinon l'existence au moins le contenu précis de toutes les normes composant le droit coutumier de la condition des étrangers, et ce à cause du déroulement des processus coutumiers successifs. Nous avons également fait allusion au fait qu'il a été jugé nécessaire, essentiellement par les pays occidentaux, de « déplacer le problème » vers une thématique différente : celle des investissements étrangers. Il ne s'agit évidemment pas ici de définir les contours de cette thématique, d'autant que ceux-ci sont, pour diverses raisons, actuellement indéfinis. Il faut simplement garder à l'esprit que ce « déplacement » s'inscrit dans une démarche analogue si ce n'est dans la droite ligne de celles auparavant entreprises

¹²² Cf. SA *Texaco*, § 69.

par ces Etats pour modeler le droit positif en leur faveur. Aussi, faut-il regarder les récents développements de la pratique conventionnelle, en particulier bilatérale, sous cet angle. L'essor de cette pratique conventionnelle a d'ailleurs conduit, tout comme d'autres aspects de la pratique des Etats en cette matière, un certain nombre d'auteurs à avancer l'idée selon laquelle cette dernière a contribué de façon décisive à la formation de normes coutumières spécialement consacrées à la protection de l'investissement étranger et applicables même en l'absence de traité. C'est de cette idée que nous nous proposons de tenter une vérification¹²³.

Nous avons vu plus haut que la formation d'une norme coutumière pouvait s'opérer d'une façon « classique », « traditionnelle » ou suivant un processus « moderne ». Il serait donc facile de transposer, au moins en partie, notre analyse précédente au problème qui nous occupe, en cherchant à retracer les déroulements respectifs des deux types de processus en matière d'investissements étrangers. Cependant, on constatera rapidement que l'idée d'une formation traditionnelle d'un droit coutumier général des investissements étrangers se heurte à un certain nombre d'obstacles techniques inhérents à ce processus. En effet, ce dernier s'accorde mal d'une volonté *a priori* de créer la règle coutumière. Or, on constate, comme nous l'avons évoqué *supra*, l'existence d'une telle volonté de la part des pays occidentaux. On pourrait alors douter du caractère spontané, c'est-à-dire évolutif plus que créateur du processus, en supposant, bien sûr, qu'il ait abouti. De plus, toujours en ce qui concerne la formation traditionnelle de la coutume internationale, celle-ci se caractérise par le fait qu'elle est censée s'opérer de façon progressive. Or, en matière d'investissements étrangers, beaucoup s'accordent à dire que même si la pratique internationale de ces dernières décennies, en particulier la pratique internationale conventionnelle, est impressionnante d'un point de quantitatif, il est encore trop tôt pour en déduire l'existence d'une norme coutumière. Serait-il alors possible d'avancer l'idée selon laquelle un droit coutumier de l'investissement étranger a pris naissance par des biais plus modernes ? Là encore, il serait difficile de retracer le déroulement d'un processus « moderne » de formation de la coutume. Il est, certes, vrai que l'activité de certaines organisations internationales, désireuses de fixer un cadre juridique à l'investissement étranger, est de nature à entretenir un doute à ce sujet, au moins dans la mesure où elle apparaît comme relativement cohérente. Cela étant, pour que l'on puisse

¹²³ Pour d'autres travaux vérifiant cette idée, cf. notamment G. CAHIN, « Droit international coutumier et traités d'investissement – aspects méthodologiques » in F. POIRAT, R. MAISON & J. MATRINGE (dir.), *Droit international et culture juridique : mélanges offerts à Charles Leben*, Paris, Pedone, 2015, 591 p., pp. 17-44 ; O. DANIC, *L'émergence d'un droit international des investissements – Contribution des traités bilatéraux d'investissement et de la jurisprudence du CIRDI* (vol. 1), thèse dactylographiée, Université de Paris-Ouest, Nanterre-La Défense, 935 p..

réellement conclure à l'existence d'une norme coutumière, il faut, nous le savons, que les deux éléments, matériel et psychologique, soient être réunis. Aussi, nous nous proposons de vérifier l'existence du premier (A) de même que celle du second (B)

A — Elément matériel du processus coutumier

Comment l'élément matériel d'une norme coutumière générale en matière d'investissements étrangers serait-il susceptible de se « manifester » ? Nous avons déjà évoqué, plus haut, le type d'actes ou de comportements étatiques devant ou pouvant être pris en considération pour déterminer l'existence d'une *consuetudo*. Ces actes ou comportements peuvent intervenir autant dans les ordres juridiques internes respectifs des Etats que dans l'ordre juridique international lui-même.

Sur le plan interne, la difficulté peut survenir dans deux hypothèses distinctes, selon la manière dont est déterminé le régime juridique de l'investissement étranger. Dans la première, ce régime juridique est censé être déterminé de façon unilatérale, abstraite et générale par l'Etat d'accueil, dans le cadre de son droit interne, par le biais de ses lois et règlements. Dans la seconde hypothèse, le régime juridique d'un investissement étranger fera l'objet d'une négociation, d'une concertation avec son auteur, l'investisseur, personne privée étrangère, ce qui donnera, le plus souvent, lieu à la conclusion de ce que nous appellerons indifféremment, par commodité, contrat transnational d'investissement ou contrat d'Etat.

Pour ce qui est de la première hypothèse, le problème est celui de savoir si ce que nous appellerons les codes d'investissements peuvent être pris en considération pour déterminer l'existence d'une norme coutumière en matière d'investissements étrangers. Un code d'investissements peut être défini comme « un ensemble de mesures incitatives [édictees par un Etat souhaitant] instaurer ou restaurer un climat favorable à l'investissement international »¹²⁴. Ces instruments attirent notre attention dans la mesure où, reflétant, à la fois, le parti pris idéologique des Etats occidentaux selon lequel la libéralisation des investissements directs étrangers est un facteur essentiel de développement économique pour les « pays du Sud » et, à certains égards, l'approche dite « traditionnelle » du droit international général en matière de condition des étrangers, on les retrouve dans des termes

¹²⁴ Cf. D. CARREAU & P. JUILLARD, *op. cit.*, § 1354, p. 491.

assez similaires dans la pratique interne de ces derniers Etats¹²⁵. Cela rend-il, pour autant, cette pratique pertinente ? On peut, d'ores et déjà, douter que cette pratique soit celle des Etats « qui sont particulièrement intéressés »¹²⁶, pour reprendre la formule utilisée par la Cour de La Haye dans l'affaire *Plateau continental de la Mer du Nord*. En effet, les instruments concernés s'inscrivent essentiellement dans une stratégie d'ensemble des pays en développement, pris individuellement, destinée à attirer les flux d'investissements directs étrangers, en particulier ceux émanant des pays développés. De plus, les garanties qu'ils contiennent ne sont pas de nature à être utilisées par ces derniers, dans leurs ordres juridiques respectifs. Aussi, est-il difficile de conclure au caractère général de cette pratique, et ce malgré son caractère relativement uniforme ou cohérent.

Pour ce qui est maintenant de la seconde hypothèse, celle des contrats transnationaux d'investissement, ces derniers, du fait qu'ils soient conclus entre Etats et personnes privées étrangères, ont suscités un certain nombre d'interrogations quant au droit qui leur serait, par nature, applicable. On pense, en particulier, à l'idée d'un droit international ou transnational des contrats. Là n'est cependant pas la question, du moins à ce stade de notre propos. Il s'agit, en effet, pour nous, de déterminer si la conclusion de ce type de contrats, en ce qu'ils contiennent fréquemment certaines stipulations, est pertinente pour conclure à l'existence de l'élément matériel d'une éventuelle norme coutumière en matière d'investissements. À bien y réfléchir, rien n'interdit, dans l'absolu, de considérer que les pratiques respectives des Etats accueillant des investissements étrangers et concluant ce type de contrats peuvent constituer des précédents considérés, *a posteriori*, comme pertinents¹²⁷. On peut, effectivement,

¹²⁵ C'est, en tous cas, ce qu'il ressort des diverses analyses que l'on peut en trouver dans la littérature juridique (cf., par exemple, M.A. BEKHECHI, « L'investissement et le droit : Réflexion sur le nouveau 'code' algérien – Décret législatif 93-12 », *Droit et Pratique du Commerce International* 1993, t. 20, n° 1, pp. 133-162 ; K. WEISSBERG & M.-A. NGWE, « L'incitation à l'investissement au Cameroun », *Cahiers juridiques et fiscaux de l'exportation* 1996, n° 4, pp. 685-697 ; D. TAPIN & A. ZEBI, « Côte d'Ivoire : le nouveau code des investissements », *CJFE* 1996, n° 4, pp. 699-708 ; D. TAPIN & P. DJEDJE, « Burkina Faso : code des investissements », *CJFE* 1996, n° 4, pp. 709-719 ; R. AMOUSSOU-GUENOU, « Les investissements étrangers au Kenya », *CJFE* 1996, n° 4, pp. 721-729 ; M. MENANT, « Une autre approche de l'investissement en Afrique australe : La Namibie », *CJFE* 1996, n° 4, pp. 731-738 ; J.-P. ANDRIEUX, « Le dispositif marocain d'encouragement à l'investissement – La Charte de l'investissement », *CJFE* 1996, n° 5, pp. 913-926 ; F. HORCHANI, « Le Code tunisien d'incitations aux investissements », *JKI* 1998, pp. 67-91 ; R. SAID, « Algérie – Le code des investissements », *CJFE* 2001, n° 1, pp. 5-20 ; B.A. N'GANGA, « Essai et commentaires sur le code congolais des investissements étrangers de 1992 », *Revue du droit des pays d'Afrique* 2003, n° 842, pp. 5-20).

¹²⁶ Cf. CIJ 20 février 1969 *Plateau continental de la Mer du Nord*, Rec. 1969, § 74, p. 43.

¹²⁷ Une question que l'on pourrait, en revanche, poser est celle de la nature de l'acte juridique ainsi réalisé dans l'ordre juridique international. Le fait que le type de contrats concerné fasse l'objet d'une concertation avec la partie personne privée ne garantit pas, en tous cas dans l'hypothèse concernée, qu'il s'agisse d'autre chose qu'un acte juridique international. Pour le comprendre, il suffit, à notre sens, d'imaginer le cas de figure d'une

admettre qu'il s'agit de précédents, de « comportements des organes de l'Etat » et que ces comportements ont une « incidence sur les relations internationales », en ce sens qu'ils concernent un aspect du traitement des personnes privées étrangères en tant que compétence de l'Etat d'accueil. Cela étant, pour que ces précédents puissent être considérés comme pertinents, encore faudrait-il qu'ils en aient les caractéristiques. Or, on peut, là encore, douter du caractère général de cette pratique, et ce pour des raisons évidentes, tenant au fait que les Etats occidentaux exportateurs de capitaux y sont rarement parties. De plus, sa constance et son uniformité posent question, du fait de la diversité du contenu de ces contrats, en particulier des clauses concernant le droit applicable, et des divers débats soulevés, quant à la portée, dans l'ordre juridique international, des engagements contractuels des Etats concernés, notamment dans la jurisprudence arbitrale. On sait, par exemple, que le contenu de ces clauses peut varier d'un contrat à un autre, en fonction du rapport de force présent au moment de la négociation, rapport de force qui lui-même peut changer en fonction de l'identité des parties.

Sur le plan international, la difficulté concerne essentiellement l'impact susceptible d'être reconnu, dans la formation éventuelle d'une norme coutumière en matière d'investissements, aux traités abordant spécifiquement cette question, en particulier aux fameux traités bilatéraux d'investissement. En effet, la récente prolifération de ces instruments, aux contenus souvent similaires, a pu amener des auteurs, par ailleurs attachés la conception traditionnelle du droit international de la condition des étrangers, à la conclusion qu'« il existe bien, aujourd'hui et de nouveau, après la période d'incertitude des années 50/70, des règles coutumières en la matière »¹²⁸, cet avis n'étant pas unanimement partagé¹²⁹. Dans quelles conditions un traité international peut-il contribuer à la formation d'une norme coutumière ? Un passage de l'arrêt *Plateau continental de la Mer du Nord* nous fournira un élément de réponse :

« Bien que le fait qu'il ne se soit écoulé qu'un bref laps de temps ne constitue pas nécessairement en soi un empêchement à la formation d'une règle nouvelle de droit international coutumier à partir d'une règle purement conventionnelle à l'origine, il demeure indispensable que dans ce laps de temps, aussi bref qu'il ait été, la pratique des Etats, y

concession réalisée non pas le biais d'un contrat mais celui d'un texte législatif au sens large, alors que la partie personne privée n'est pas un sujet de droit international.

¹²⁸ Cf. C. LEBEN, « L'évolution du droit international des investissements » in SFDI, *Un accord multilatéral sur l'investissement : d'un forum de négociation à l'autre*, Paris, Pédone, 1998, pp. 7-32, p. 26

¹²⁹ Précisons qu'il s'agissait, pour l'auteur de démontrer un remembrement de règles coutumières coïncidant avec la doctrine du standard minimum par le biais de la pratique conventionnelle bilatérale en matière d'investissements. Beaucoup d'auteurs contemporains se refusent à se montrer aussi affirmatifs (cf., par exemple, P. DAILLIER, M. FORTEAU & A. PELLET, *op. cit.*, § 639, p. 1209).

compris ceux qui sont particulièrement intéressés, ait été fréquente et pratiquement uniforme dans le sens de la disposition invoquée¹³⁰ *et se soit manifestée de manière à établir une reconnaissance générale du fait qu'une règle de droit ou une obligation juridique est en jeu.* »¹³¹

La pratique conventionnelle bilatérale en matière d'investissements étrangers peut, sans aucun doute, être perçue comme fréquente. De même, l'idée de son caractère « pratiquement uniforme » est tout à fait défendable quand on pense au phénomène de « standardisation » que l'on rencontre d'un réseau de TBI à l'autre, pour ce qui est de certains groupes de dispositions. Une fois ces deux idées acquises, il reste à s'interroger sur le caractère général de cette pratique. Or, et on peut y voir une certaine forme d'analogie avec ce que nous avons remarqué plus haut au sujet des codes d'investissement, ces instruments sont conçus pour pallier des difficultés susceptibles de surgir dans un certain type de contexte, essentiellement un contexte « Nord-Sud ». Et, s'il est vrai que ces instruments ont déjà été rencontrés dans un contexte « Sud-Sud », il est assez rare que les Etats exportateurs de capitaux consentent de tels engagements les uns à l'égard des autres dans leurs rapports conventionnels. Aussi, serait-on tenté de dire que les « Etats particulièrement intéressés » à cette pratique, à savoir ceux qui ont intérêt à ce que les investissements effectués par leurs ressortissants fassent l'objet d'une protection conventionnelle, n'y participent pas véritablement, en ce sens qu'ils ne souhaitent pas que leurs relations soient régies par de tels instruments. Nous empiéterions, cependant, sur des développements ultérieurs relatifs à l'élément psychologique. À ce stade, nous remarquerons, tout au plus, que le caractère pertinent de ces précédents, pour ce qui est de démontrer l'existence d'une norme coutumière régissant spécifiquement les investissements étrangers, ne peut pas être admis, du moins en l'état actuel du droit positif.

Ainsi, il est tout aussi difficile de contester l'existence de comportements étatiques précis en matière de définition du régime juridique de l'investissement étranger que de conclure de façon irréfutable à l'existence d'une pratique présentant les caractéristiques de la *consuetudo*. Cela étant, les doutes quant à l'existence de cette dernière sont autrement moins décisifs que ceux concernant l'existence d'une *opinio juris*.

¹³⁰ Souligné par nous.

¹³¹ Cf. CIJ *Plateau continental de la Mer du Nord*, § 74, p. 43.

B — Élément psychologique du processus coutumier

Comment l'élément psychologique d'une norme coutumière générale en matière d'investissements étrangers serait-il susceptible de se « manifester » ? Comme nous l'avons vu *supra*, l'*opinio juris* peut s'exprimer de façon très peu équivoque au sein d'organisations internationales à vocation universelle ou par la conclusion d'un traité ayant cette même vocation sur la question concernée. Dans le premier cas, l'instrument adopté se caractérise fréquemment par son absence de valeur contraignante alors que, dans le second cas, il « cristallise » une norme coutumière que l'on supposera en voie de formation. Gardons, cependant, à l'esprit que, dans ces deux hypothèses, ledit instrument ne nous intéresse que dans la mesure où il permet de prouver l'existence de l'élément subjectif du processus coutumier.

L'instrument non contraignant qui retiendra, ici, notre attention a été élaboré en 1992, sous l'égide de la BIRD, par son Comité de développement. Il s'agit des *Principes directeurs pour le traitement de l'investissement étranger*. Ces lignes directrices sont souvent présentées, et d'ailleurs à juste titre, comme reflétant la conception classique du droit coutumier de la condition des étrangers¹³². Peut-on, cependant, aller plus loin que l'assertion qui précède et y voir la manifestation d'une *opinio juris* en faveur d'une norme coutumière générale concernant l'investissement étranger ? Plusieurs éléments amènent à penser le contraire. Le premier d'entre eux tient au fait que l'appartenance de ces Principes directeurs au domaine de la *soft law* n'est pas un hasard. En effet, cet instrument semble s'inscrire non seulement dans la droite ligne de la pratique des Etats occidentaux, et en particulier de leurs réseaux respectifs de TBI, dont nous avons souligné, plus haut, l'absence de généralité, mais aussi dans la logique de ce que l'on appelle le « Consensus de Washington »¹³³. Il s'agit de mesures prônées par les institutions financières que sont le FMI et la Banque Mondiale et censées prévenir ou faire face à des situations telles que la crise de la dette qui a touché, dans les années 1980, de nombreux pays du Sud, d'Amérique latine notamment. Tel que formulé par l'économiste John Williamson, ce « Consensus » implique, entre autres, la libéralisation des échanges, l'élimination des barrières à l'investissement direct étranger et la protection de la propriété privée et des droits de propriété intellectuelle. En conséquence, les *Guidelines* ne semblent pas pouvoir susciter une adhésion globale des Etats, dans la mesure où, inscrites

¹³² Pour une présentation sommaire de ce texte, cf., par exemple, D. CARREAU & P. JUILLARD, *op. cit.*, § 1230-1235, pp. 437-439.

¹³³ Cf. R. DOLZER & C. SCHREUER, *op. cit.*, p. 5, 87.

dans un texte conventionnel, elles représenteraient un frein considérable à l'exercice par l'Etat d'accueil de sa compétence territoriale en matière d'investissements étrangers. C'est d'ailleurs la raison pour laquelle les négociations, dans le cadre de l'OCDE, d'un Accord multilatéral sur l'Investissement, certes plus ambitieux par son contenu que les Principes directeurs de la Banque Mondiale, n'ont pas abouti.

Il faut, tout d'abord, rappeler que cet instrument, élaboré dans le cadre d'une organisation internationale réunissant essentiellement des pays développés pratiquant l'économie de marché, a été conçu pour être soumis à l'approbation d'autres Etats. Pour ce qui est du contenu de ce projet d'AMI, nous savons que ce dernier était, dans son ultime version, proche de la pratique conventionnelle américaine¹³⁴. La conclusion formelle de cet instrument, ainsi que l'adhésion ultérieure d'un nombre conséquent d'Etats tiers à l'OCDE, auraient, sans aucun doute, fourni un indice déterminant en faveur de l'existence d'une *opinio juris communis* en matière d'investissements étrangers. Qu'en a-t-il été, en définitive ? Le déroulement des négociations a montré que nombreux étaient les Etats ne pouvant pas assumer l'impact d'un tel accord sur leur souveraineté territoriale. Les pays en développement ont, bien entendu, manifesté leur désapprobation de l'idée d'une libéralisation de l'investissement international menée à l'échelon global par voie conventionnelle. Plus inattendue a été l'attitude de certains pays développés, en particulier les Etats-Unis et la France. En effet, il faut savoir que les négociations ont fait l'objet de sévères critiques, notamment de la part d'ONG, lesquelles critiques semblaient trouver un écho dans l'opinion publique. Ainsi, la France, en particulier, sensible aux craintes exprimées dans certains secteurs économiques et reprenant à son compte des critiques formulées et relayées dans le fameux « rapport Lalumière »¹³⁵, décidera de se retirer des négociations. De même, les Etats-Unis, principaux instigateurs desdites négociations, ne manifesteront pas, par la suite, de volonté de sauver lesdites négociations. Il a été avancé que l'une des raisons de cet échec réside dans le mauvais choix de l'enceinte des négociations, l'OMC ayant été préférable. Effectivement, la Déclaration ministérielle de Doha du 14 novembre 2001 va dans le sens de

¹³⁴ En particulier pour ce qui de l'application de la règle de traitement dès la phase pré-investissement (cf., par exemple, C. VADCAR, « Droit de l'investissement – Vers un droit international de l'investissement direct étranger ? », Juriclasseur Droit International, Fasc. 565-56, § 108, p. 22).

¹³⁵ Il s'agit, en fait, d'un rapport de Catherine LALUMIERE et de Jean-Pierre LANDAU, présenté en annexe de celui, daté du 23 octobre 1998, de la délégation de l'Assemblée Nationale pour l'Union européenne concernant les relations entre cette dernière et les Etats-Unis d'Amérique (cf. Rapport sur l'Accord Multilatéral sur l'Investissement [AMI], <http://www.assemblee-nationale.fr/europe/rap-info/2fdi1150.pdf>).

la mise en place d'un Cadre multilatéral sur l'investissement¹³⁶. Cela étant, la Conférence de Cancún n'ayant pas atteint cet objectif¹³⁷, le consensus global en la matière n'est toujours pas formalisé. Il est d'ailleurs douteux qu'il le soit dans un avenir proche. Aussi, l'idée de l'existence d'une *opinio juris communis* en matière d'investissements étrangers est-elle fortement contestable.

On voit ainsi que le seul droit coutumier est insuffisant à déterminer le contenu des obligations internationales de l'Etat d'accueil, et ce pour deux raisons. La première tient à l'imprécision du droit international général de la condition des étrangers sur des points aussi essentiels que l'existence ou le contenu d'un standard minimum de traitement. La seconde est l'inexistence des normes coutumières générales en matière d'investissements étrangers, le processus coutumier n'ayant pas encore pu aboutir dans ce domaine. Les obligations internationales en question sont essentiellement d'origine conventionnelle.

Section 2 — Formation conventionnelle des obligations internationales de l'Etat d'accueil

En matière d'investissements étrangers, les obligations internationales de l'Etat de territorialité ont principalement leur source dans des traités. Encore faut-il préciser que lesdits traités sont essentiellement des traités bilatéraux spécifiquement consacrés aux investissements en tant que tels. Ce sont eux qui encadrent l'investissement en termes de droit matériel. Tous les instruments conventionnels concernant les investissements étrangers ne sont, certes, pas bilatéraux et tous les instruments bilatéraux s'appliquant auxdits investissements et en fixant le cadre matériel ne sont pas des TBI. Il reste que la pratique conventionnelle multilatérale peine, en particulier à l'échelon global, à déboucher sur un traité d'une typologie comparable à celle des TBI.

¹³⁶ Cf. Déclaration ministérielle de Doha (WT/MIN(01)/DEC/1) in Organisation Mondiale du Commerce, Les textes du cycle de Doha et documents connexes, Genève, OMC, 2009, 192 p., pp. 25-40 ; le point 20, consacré aux liens entre commerce et investissement, de cette Déclaration est rédigé comme suit : « *Reconnaissant les arguments en faveur d'un cadre multilatéral destiné à assurer des conditions transparentes, stables et prévisibles pour l'investissement transfrontières à long terme, en particulier l'investissement étranger direct, qui contribuera à l'expansion du commerce, et la nécessité d'une assistance technique et d'un renforcement des capacités accrues dans ce domaine ainsi qu'il est indiqué au paragraphe 21, nous convenons que des négociations auront lieu après la cinquième session de la Conférence ministérielle sur la base d'une décision qui sera prise, par consensus explicite, à cette session sur les modalités des négociations.* »

¹³⁷ En effet, les « pays du Sud », emmenés par le Brésil, l'Inde et la Chine, ont refusé de lancer des négociations sur le sujet (cf. <http://www.ladepeche.fr/article/2003/09/15/294098-omc-la-conference-de-cancun-se-solde-par-un-echec.html>).

On peut d'ailleurs commencer à dégager les principales caractéristiques respectives des pratiques conventionnelles multilatérale et bilatérale pour ce qui est de la formation d'obligations primaires à la charge des Etats hôtes. Ne pouvant, comme nous venons de le dire, déboucher sur un instrument à vocation universelle, la pratique multilatérale est faite de multiples tentatives de contournement de la difficulté, et ce qu'il s'agisse de n'appréhender que des aspects périphériques par rapport au droit matériel – quitte à permettre une « insinuation » progressive de ce dernier – ou de pleinement appréhender le droit matériel mais dans un cadre plus restreint, quelle que soit la restriction (§ 1). Quant à la pratique bilatérale, dont on sait que les TBI constituent le centre de gravité, celle-ci a évolué et continue d'évoluer, ladite évolution concernant tant la typologie des instruments conventionnels en question que les orientations que souhaitent leur donner leurs auteurs (§ 2).

§ 1 — Pratique conventionnelle multilatérale

Existe-t-il, à l'échelon universel, une sorte de « droit matériel conventionnel » de l'investissement étranger déterminant les obligations internationales de l'Etat d'accueil en cette matière ? On pourrait, effectivement, penser qu'au vu des liens entre le commerce international des biens et services et les investissements directs étrangers, ces deux domaines auraient, à ce niveau, évolué de façon similaire. Or, alors qu'il existe bien une régulation conventionnelle globale dans le premier domaine, et ce sous l'égide de l'Organisation Mondiale du Commerce, rien de tel n'a pu voir le jour dans le second. Sans doute peut-on en déduire que les règles conventionnelles multilatérales régissant le commerce international sont perçues par les Etats comme étant moins agressives pour les compétences territoriales respectives que ne le seraient leur équivalent en matière d'investissements étrangers. Quoi qu'il en soit, on remarque que, quelles qu'aient été la teneur ou l'enceinte choisie pour les négociations, les tentatives de « codification » du droit international des investissements sont restées infructueuses. Certaines des raisons de cet échec sont évidentes, les stratégies palliatives utilisées ne faisant, à notre sens, que conforter un tel constat.

Ainsi, et c'est un exemple, ne pas associer les Etats véritablement destinataires d'un instrument de ce genre à la négociation de son contenu n'est, à coup sûr, pas un gage de réussite de la démarche entreprise. Cela constitue un enseignement des échecs répétés de l'OCDE en ce domaine, et ce si l'on choisit de considérer, par commodité, le Projet de Convention sur les biens étrangers comme une tentative de régulation multilatérale du droit

international en matière d'investissements étrangers. De même, et ce n'est là que pure logique, les deux récents échecs respectifs de l'OCDE et de l'OMC ont achevé de démontrer que les solutions acceptées dans des cadres bilatéraux ou régionaux ne peuvent pas l'être à l'échelon universel, vu que certains pays développés n'étaient pas à même d'assumer les restrictions à leurs souverainetés susceptibles d'en découler.

Pour ce qui est, maintenant, des stratégies palliatives, celles-ci ont en commun d'être caractérisées par des ambitions revues à la baisse. En effet, bien qu'il existe des instruments multilatéraux spécifiquement consacrés aux investissements étrangers (A), ceux-ci ont un objet limité. De même, bien que certains traités multilatéraux contiennent des dispositions matérielles concernant l'investissement étranger, (B) ils sont limités à un contexte régional.

A — Instruments spécifiquement consacrés aux investissements étrangers

Comme nous l'avons laissé entendre plus haut, les instruments multilatéraux consacrés aux investissements étrangers s'inscrivent dans une stratégie d'ensemble destinée à graver les conceptions défendues par les pays développés dans le marbre conventionnel, et ce tant en matière d'investissements étrangers que dans le domaine du commerce international¹³⁸. On perçoit cette stratégie dans un instrument comme la Charte de La Havane de 1948, censée instituer l'Organisation Internationale du Commerce (ci-après OIC)¹³⁹, qui ne vit jamais le jour, ou alors dans les deux Projets de Conventions sur les biens étrangers de l'OCDE, de 1962 et 1967¹⁴⁰, dont le dernier imprègne considérablement les pratiques conventionnelles bilatérales des pays développés, mais qui, eux non plus, n'ont pas débouché sur un traité universel. On perçoit également, au fur et à mesure des échecs de ce genre d'initiatives, une diminution des ambitions « à court-terme » des promoteurs de ladite stratégie. Ainsi, dans un même mouvement, la question de l'investissement étranger a accédé à une certaine forme d'autonomie en tant qu'objet d'une régulation conventionnelle alors que différentes démarches ont été entreprises pour l'aborder sous des angles particuliers, et ce dans un souci

¹³⁸ Cf. R. DOLZER & C. SCHREUER, *op. cit.*, pp. 8-11.

¹³⁹ Pour des extraits de la Charte de La Havane, cf. UNCTAD, *International Investment Instruments : A Compendium Volume 1* (UNCTAD/DTCI/30 [Vol. I]), New-York/Genève, United Nations, 1996, 371 p., pp. 3-12.

¹⁴⁰ Pour le projet de 1962, cf. International Legal Materials 1963, p. 241 et s. ; pour celui de 1968, cf. UNCTAD, *International Investment Instruments : A Compendium Volume 2* (UNCTAD/DTCI/30 [Vol. II]), New-York/Genève, United Nations, 1996, 577 p., pp. 113-119.

de « pragmatisme ». Il semble, cependant, que ce « pragmatisme » ne puisse pas être dépassé au profit d'une approche plus frontale.

Le « pragmatisme » évoqué plus haut répond essentiellement à une impossibilité pour les Etats d'arriver à un accord global, formalisé par la voie conventionnelle, sur l'ensemble des règles de droit matériel pouvant composer, en droit international, le régime juridique de l'investissement étranger. Il s'agit surtout, et plus précisément, d'une stratégie de contournement de la difficulté en question. Vu sous cet angle, deux approches ont débouché sur l'adoption d'une convention internationale à vocation universelle. La première consiste à s'intéresser au préalable à la « périphérie » de ce droit matériel, peut-être afin de « préparer le terrain » en vue d'une prochaine initiative englobant, cette fois, les aspects matériels de la question. La seconde approche revient, quant à elle, à n'aborder qu'un aspect précis du droit matériel, volontairement défini de manière restrictive, et ce de façon à faciliter son acceptation par des Etats soucieux de préserver leur compétence territoriale.

La première des deux approches est illustrée par deux conventions internationales négociées sous l'égide de la Banque Mondiale : celle du 18 mars 1965 pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre Etats (ci après Convention de Washington)¹⁴¹ et ressortissants d'autres Etats et celle du 11 octobre 1985 portant création de l'Agence multilatérale de garantie des investissements (ci après Convention de Séoul)¹⁴². La Convention de Washington traite uniquement de l'aspect procédural, du contentieux « relatif aux investissements » et, pour être plus précis, du seul contentieux « transnational », mettant face à face un Etat et une personne privée étrangère, par opposition au contentieux strictement interétatique. Elle institue d'ailleurs à cet effet un Centre International pour le Règlement des Différends relatifs aux Investissements (ci après CIRDI). Les traits caractéristiques de ce mécanisme sont connus, et ce surtout depuis son essor relativement récent du fait de l'augmentation du nombre de saisines, et principalement de celles effectuées sur le fondement des clauses de règlement des différends contenues dans les TBI. Il est, en conséquence, permis de focaliser notre attention sur l'article 42 § 1 de cette Convention, rédigé comme suit :

¹⁴¹ Cf. Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements, *Convention et Règlements du CIRDI*, Washington, CIRDI, 2006, 128 p..

¹⁴² Cf. UNCTAD, *International Investment Instruments : A Compendium Volume I*, op. cit., pp. 213-242.

« *Le Tribunal statue sur le différend conformément aux règles de droit adoptées par les parties. Faute d'accord entre les parties, le Tribunal applique le droit de l'Etat contractant partie au différend — y compris les règles relatives aux conflits de lois — ainsi que les principes de droit international en la matière*¹⁴³ ».

La deuxième phrase de ce texte, dont on sait qu'elle sera plus tard interprétée comme permettant une « application autonome » du droit international, est d'autant plus intéressante que la Convention dans son ensemble ne contient aucune règle matérielle. La stratégie d'Aron BROCHES, connu pour être l'inspirateur de ce texte, peut être et a d'ailleurs été résumée dans une formule très évocatrice, « *procedure before substance* », et ce alors même que la logique aurait plutôt exigé, au moins au moment de la rédaction de ce texte, que le consensus ait été établi quant à la *substance* avant une quelconque réflexion concernant le mode de règlement des différends. L'évolution ultérieure de la pratique conventionnelle et jurisprudentielle en matière d'investissements étrangers lui aura, au moins dans une certaine mesure, donné raison, en particulier parce que le droit applicable par un tribunal arbitral CIRDI lui est, le plus souvent, « fourni » par le traité contenant des dispositions matérielles sur le fondement duquel il est saisi.

Il faut, cependant, nuancer un tel constat. En effet, s'il est vrai que la Convention de Washington a institué un mécanisme qui, s'il est « sollicité », peut contribuer à l'efficacité de la protection conventionnelle d'un investissement étranger, on ne peut pas, pour autant, la présenter comme un véritable instrument global de protection, et ce pour des raisons évidentes : les innovations techniques mises à part, nous sommes en présence, sinon d'un traité d'arbitrage, en tous cas d'un traité dont l'objet est exclusivement processuel. Ainsi, ladite Convention ne peut en aucun cas produire les mêmes effets qu'un traité universel de protection des investissements étrangers.

Ainsi en est-il *a fortiori* de la Convention de Séoul. Cette dernière met en place un mécanisme international de garantie de l'investissement étranger contre des risques politiques. Elle apparaît, en cela, comme beaucoup moins ambitieuse que celle de Washington. En effet, il s'agit plus d'un instrument d'encouragement, de stimulation des flux « Nord-Sud » d'investissements étrangers que d'un réel outil de régulation ou de protection, même indirecte, de ces opérations, une fois réalisées. L'idée est assez simple : un investisseur ayant subi une perte du fait de la réalisation de l'un des risques visés dans la Convention peut

¹⁴³ Nous soulignons.

recevoir une indemnisation de la part de l'Agence, agissant en tant que garant, et ce pour peu que son investissement puisse être qualifié d'« éligible » au sens de cette même Convention, ce qui représente, à n'en pas douter, un premier aspect incitatif. Un autre aspect censé être incitatif apparaît dans l'article 12 *d*) de la Convention. Il est rédigé comme suit :

« *Lorsqu'elle garantit un investissement, l'Agence s'assure :*

- i) que ledit investissement est économiquement justifié et qu'il contribuera au développement du pays d'accueil ;*
- ii) que ledit investissement satisfait à la législation et à la réglementation du pays d'accueil ;*
- iii) que ledit investissement est compatible avec les objectifs et les priorités déclarés du pays d'accueil en matière de développement ; et*
- iv) des conditions offertes aux investissements dans le pays d'accueil et, notamment, de l'existence d'un régime juste et équitable et de protections juridiques¹⁴⁴. »*

À première vue, l'octroi de la garantie par l'AMGI semble être subordonné à des conditions devant être respectées par l'Etat d'accueil. Peut-on, pour autant, y voir une vraie disposition matérielle en matière d'investissement, limitant, en tant que telle, la compétence territoriale des Etats hôtes signataires ? La réponse est, selon toute vraisemblance, négative et l'on serait même tenté de douter du caractère réellement contraignant pour les Etats visés de ce passage. Encore moins contraignant dans sa logique est le fameux « volet promotionnel » de la Convention, son article 23, qui se présente de la façon suivante :

« *Promotion de l'investissement*

- a) L'Agence effectue des recherches, entreprend des activités visant à promouvoir les flux d'investissement et diffuse des renseignements sur les possibilités d'investissement dans les Etats membres en développement en vue de créer des conditions propices à des apports d'investissements étrangers. Elle peut fournir aux Etats membres qui le lui demandent, une assistance technique et des conseils pour les aider à améliorer le climat de l'investissement dans leurs territoires. En accomplissant ces travaux, l'Agence :*

- i) tient compte des accords d'investissement conclus entre les Etats membres ;*
- ii) s'emploie à lever les obstacles, dans les Etats membres développés comme dans les Etats membres en développement, qui entravent les flux d'investissement vers les Etats membres en développement ; et*

¹⁴⁴ Nous soulignons.

iii) coordonne son action avec celle des autres organismes s'occupant aussi de la promotion des investissements étrangers et en particulier avec celle de la Société Financière Internationale.

b) De plus, l'Agence :

i) encourage le règlement à l'amiable des différends entre investisseurs et pays d'accueil ;

ii) s'efforce de conclure avec les Etats membres en développement et, en particulier, avec les pays d'accueil potentiels, des accords en application desquels l'Agence bénéficie, pour tout investissement qu'elle a garanti, d'un traitement au moins aussi favorable que celui que l'Etat membre concerné accorde, aux termes d'un accord d'investissement, à l'Etat ou à l'organisme de garantie des investissements le plus favorisé; lesdits accords doivent être approuvés par le Conseil d'Administration à la majorité spéciale ; et

iii) favorise et facilite la conclusion d'accords, entre ses Etats membres, au sujet de la promotion et de la protection des investissements¹⁴⁵.

c) Dans ses activités de promotion, l'Agence attache une importance particulière à l'accroissement des flux d'investissement entre ses pays membres en développement. »

Par son aspect « droit mou », la formulation de cette disposition achève de démontrer, à l'image d'ailleurs du reste de la Convention, le rôle, au mieux indirect de l'AMGI, dans la protection de l'investissement à l'échelon universel¹⁴⁶. En effet, la Convention de Séoul, par ce « volet promotionnel », souligne, en quelque sorte, sa propre insuffisance en tant qu'instrument de régulation multilatérale de l'investissement étranger. Sans doute, des commentaires pourraient en être faits lui prêtant une toute autre influence, notamment par le biais d'une interprétation extensive de son article 12 d) iv). Cela ne change cependant rien au fait que le texte même de la Convention de Séoul s'inscrit, encore plus que celle de Washington, dans la logique « pragmatique » décrite plus haut : tenter, sous couvert d'un mécanisme de garantie, d'influencer le développement du droit matériel conventionnel sans, pour autant, pouvoir aborder le fond de façon frontale. On remarquera, pour finir sur ce point, que, dans la pratique, l'organisme créé par cette Convention ne semble pas, à l'inverse du CIRDI, avoir rencontré le succès escompté.

La deuxième approche « pragmatique », consistant, rappelons-le, à n'aborder qu'un aspect précis du droit matériel, est surtout illustrée dans le cadre de l'OMC. Quelques rappels sont ici

¹⁴⁵ Nous soulignons.

¹⁴⁶ Cf. P. JUILLARD, « L'évolution des sources du droit des investissements », RCADI 1994-IV, vol. 250, pp. 9-216, pp. 99-101 ; L'auteur prête une fonction d'incitation à la Convention de Séoul.

nécessaires. Il faut, tout d'abord, avoir à l'esprit que l'OMC, en tant qu'organisation internationale intergouvernementale, remplace l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce (ci-après GATT), tel qu'il avait été « institutionnalisé » par la pratique, à la suite de l'échec de la Conférence de La Havane destinée à créer l'OIC¹⁴⁷. Nous remarquerons au passage que le Projet de Charte de La Havane, plus ambitieux que le GATT en matière d'échanges commerciaux, n'a pas été ratifié par le Sénat des Etats-Unis d'Amérique, car jugé trop peu favorable aux investissements étrangers¹⁴⁸. Pour être plus précis, l'OMC remplace la « structure institutionnalisée » et non l'accord en lui-même, dans sa version rénovée de 1994, à l'application duquel elle veille, tout comme à celle des autres « accords commerciaux multilatéraux », au sens de l'Acte final de Marrakech instituant l'OMC, auxquels ils sont annexés. Notons ensuite que ces derniers, contraignants pour tous les Etats membres, sont à distinguer des « accords commerciaux plurilatéraux », qui ne s'appliquent qu'à ceux qui les ont acceptés.

Parmi ces « accords multilatéraux », auxquels nous nous intéresserons en priorité, il en est qui peuvent directement impacter les compétences souveraines de l'Etat d'accueil en matière d'investissements étrangers. Sont généralement cités, à l'appui de ce propos, l'Accord Général sur le Commerce des Services (ci-après GATS ou AGCS)¹⁴⁹, celui sur les Aspects des Droits de Propriété Intellectuelle qui touchent au Commerce (ci-après TRIPS ou ADPIC)¹⁵⁰ et celui, qui retiendra notre attention, sur les Mesures concernant les Investissements et liées au Commerce (ci-après TRIMS ou MIC)¹⁵¹. Ce dernier accord s'inscrit, comme les autres, dans la logique de libre-échange de l'OMC, elle-même basée sur les principes du GATT, en particulier celui de non-discrimination, dont les clauses de traitement national et de la Nation la plus favorisée sont des manifestations. Il est souvent présenté comme étant dans la droite ligne du rapport rendu en 1984 par le Panel Canada-Etats-Unis dans l'affaire concernant le *Foreign Investment Review Act* canadien (ci-après FIRA)¹⁵².

¹⁴⁷ Cf. F. WEISS, « Chapter 6 - Trade and investment » in P. MUCHLINSKI, F. ORTINO & C. SCHREUER (dir.), *The Oxford Handbook of International Investment Law*, Oxford, OUP, 1^{ère} édition, 2008, LXV+1282 p., pp. 182-223, pp.184-185.

¹⁴⁸ Cf. A. NEWCOMBE & LL. PARADELL, op. cit., § 1.15, p. 19.

¹⁴⁹ Cf. https://www.wto.org/french/docs_f/legal_f/26-gats.pdf

¹⁵⁰ Cf. https://www.wto.org/french/docs_f/legal_f/27-trips.pdf

¹⁵¹ Cf. https://www.wto.org/french/docs_f/legal_f/18-trims.pdf

¹⁵² Cf. Groupe Spécial adopté 7 février 1984 *Administration de la Loi sur l'examen de l'investissement étranger*, Instruments de base et documents divers, vol. 30, 1984, Supplément 147,

On constate, en tous cas, que les auteurs de l'Accord MIC ont cultivé le même type de « prudence » que le Groupe spécial saisi. Celui-ci a, d'abord, reçu un mandat extrêmement restreint dans la mesure où le GATT institutionnalisé n'était pas compétent en matière d'investissements étrangers. Ledit mandat ne concerne donc pas l'examen du *FIRA* en lui-même mais celui des pratiques administratives dont le Gouvernement d'Ottawa en a assorti l'application, « pour ce qui concerne les achats de marchandises au Canada par certaines entreprises [qui lui sont] soumises »¹⁵³. De plus, par le caractère « nuancé » de son analyse des contraintes d'exploitation en question, le Panel refuse de toutes les mettre hors-la-loi¹⁵⁴, ce que l'on pourrait analyser comme étant une manière de composer avec les compétences souveraines d'un Etat éventuellement amené à recourir à ce genre de mesures. Quant au texte même de l'Accord MIC, dont on remarquera la brièveté, celui-ci ne contient qu'une liste exemplative et qui plus est peu fournie des MIC incompatibles avec le GATT¹⁵⁵ et n'est pas véritablement conçu pour protéger l'investissement étranger dans sa globalité, et ce même si un renvoi est opéré à des notions telles que celles de traitement national ou d'interdiction des restrictions quantitatives¹⁵⁶. Ajoutons à cela le fait que les principes du GATT sont eux-mêmes assortis de nombreuses dérogations et exceptions et nous pourrons conclure au caractère limité de cette approche, caractère limité essentiellement dû au fait qu'aucun consensus étatique ne permettait à l'OMC d'appréhender pleinement la question des investissements étrangers.

Ainsi, à la lumière de ce que nous avons vu *supra*, nous voyons que le succès d'une démarche visant à l'adoption d'un traité universel en matière d'investissements étrangers semble, pour l'heure, subordonné à la capacité de ses initiateurs à recueillir un consensus global sur son contenu, d'où la nécessité pour eux de se montrer « pragmatiques » afin de contourner la principale difficulté en la matière, à savoir l'impossibilité d'amener les positions de la globalité des Etats à converger dans un sens favorable aux pays développés pour ce qui est du traitement et de la protection des investissements. Deux tentatives, l'une dans le cadre de l'OCDE, l'autre à nouveau dans le cadre de l'OMC, ont, pourtant, récemment été menées dans cette direction, tentatives dont l'une des particularités réside dans une volonté de

https://www.wto.org/french/tratop_e/dispu_e/82fira.pdf ; Pour un commentaire de ce Rapport, cf. notamment D. CARREAU, P. JUILLARD, R. BISMUTH & A. HAMANN, *op. cit.*, § 420-430, pp. 171-174.

¹⁵³ Groupe Spécial 7 février 1984 *Administration de la Loi sur l'examen de l'investissement étranger*, p. 1.

¹⁵⁴ *Ibidem*, p. 19

¹⁵⁵ Cf. la liste exemplative donnée en annexe de l'accord MIC (https://www.wto.org/french/docs_f/legal_f/18-trims.pdf, p. 7)

¹⁵⁶ *Ibidem*.

dépassement des approches « pragmatiques » précédentes. Il s’agissait, en effet, de négocier de véritables dispositions conventionnelles relatives à l’investissement étranger, abordé de façon « frontale ».

Dans le cadre de l’OCDE, ce qui a été recherché est la conclusion d’un véritable « traité d’investissement » au niveau global. En effet, ce texte, dans sa version finale, était largement inspiré, du point de vue de sa structure, d’instruments tels que l’Accord de Libre-échange Nord Américain (ci-après ALENA), dont on sait qu’il contient un Chapitre 11 consacré à l’investissement, ou les TBI. Ainsi, en plus des dispositions « habituelles », concernant le traitement et la protection des investissements et le règlement des différends interétatiques et transnationaux, on en trouve d’autres favorisant une certaine forme de libéralisation desdits investissements, en particulier en étendant le traitement national à la « phase pré-investissement ». On notera également que ce projet d’AMI aborde la question des contraintes d’exploitation de façon beaucoup plus approfondie que ne l’a fait l’Accord MIC.

Pour autant, et nous l’avons évoqué plus haut, nombreux ont été les défauts prêtés à cette démarche. Au-delà des impacts respectifs des protestations des ONG, de la défiance globale des pays en développement, du caractère non-approprié du cadre ou de la méthode de négociations¹⁵⁷ ou même de la timidité du soutien des entreprises multinationales¹⁵⁸, il y a surtout lieu, ici, de souligner le désaccord existant entre les membres même de l’OCDE, et ce sur des dispositions de droit matériel. On pense, évidemment, au problème posé par l’application du traitement national dès la phase d’admission de l’investissement étranger à des pays qui, comme la France et le Canada, sont soucieux de préserver certains pans de leur économie¹⁵⁹. On pense, également, au reproche fait à ce projet d’AMI de négliger certaines questions touchant notamment à l’environnement, et ce alors même qu’il était lourd d’implications en ce qui concerne les limitations des compétences souveraines de l’Etat d’accueil en matière d’investissements¹⁶⁰. Autant dire que le dépassement du « pragmatisme »

¹⁵⁷ Cf., par exemple, J. W. SALACUSE, « Towards a Global Treaty on Foreign Investment : The Search for a Grand Bargain » in N. HORN & S. KRÖLL (dir.), *Arbitrating Foreign Investment Disputes – Procedural and Substantive Legal Aspects*, Studies in Transnational Economic Law vol. 19, La Haye, Kluwer Law International, 2004, xxxi+535 p., pp. 51-88, pp. 80-85.

¹⁵⁸ Pour être plus précis, cette timidité, consécutive au tour public que prendront les négociations de l’AMI suite à l’« intervention » d’ONG contestataires, succédera à la discrétion du soutien de ces mêmes entreprises multinationales auxdites négociations.

¹⁵⁹ Cf. « Rapport LALUMIERE ».

¹⁶⁰ Cf., par exemple, T. W. WALDE, *Nouveaux horizons pour le droit international des investissements dans le contexte de la mondialisation de l’économie – Études de questions spécifiques*, Cours et travaux n°2, Paris, Pédone/IHEI, 2004, 78 p., pp. 65-68.

s'est avéré impossible du fait de l'absence de consensus au sein même des pays développés sur le contenu d'un « traité universel d'investissement », et ce même si l'on ne peut pas écarter la possibilité de la conclusion d'un tel accord de façon catégorique.

La démarche sera, quoi qu'il en soit, différente dans le cadre de l'OMC. Certes, on sait que l'AMI était censé, en cas de succès, être défendu au sein de l'OMC. On sait aussi que la question de l'investissement étranger fait partie des fameux « thèmes de Singapour »¹⁶¹, qui feront eux-mêmes, plus tard, l'objet de négociations dans le cadre du Cycle de Doha¹⁶². On a, enfin, à l'esprit le fait que lesdites négociations ont avorté, et ce à cause de dissensions au sein des Etats membres au sujet de l'agriculture, un autre « thème de Singapour », ce qui peut amener, dans un premier temps, à souligner le fait que le désaccord n'a pas porté sur les investissements étrangers. Pour autant, il n'est pas véritablement permis d'en déduire que cette démarche aurait abouti, dans le cas contraire. Conformément au plan de travail adopté lors de la Conférence ministérielle de Doha en 2001, la négociation portait sur l'idée du Cadre multilatéral sur l'investissement. Le § 22 de la Déclaration ministérielle du 14 novembre 2001 est rédigé comme suit :

« 22. Jusqu'à la cinquième session, la suite des travaux du Groupe de travail des liens entre commerce et investissement sera centrée sur la clarification de ce qui suit : portée et définition ; transparence ; non-discrimination ; modalités pour des engagements avant établissement reposant sur une approche fondée sur des listes positives de type AGCS ; dispositions relatives au développement ; exceptions et sauvegardes concernant la balance des paiements ; consultations et règlement des différends entre les Membres¹⁶³. Tout cadre devrait refléter de manière équilibrée les intérêts des pays d'origine et des pays d'accueil, et tenir dûment compte des politiques et objectifs de développement des gouvernements d'accueil ainsi que de leur droit de réglementer dans l'intérêt général. Les besoins spéciaux des pays en développement et des pays les moins avancés en matière de développement, de commerce et de finances devraient être pris en compte en tant que partie intégrante de tout cadre, qui devrait permettre aux Membres de contracter des obligations et des engagements qui correspondent à leurs besoins et circonstances propres. Il faudrait prendre dûment en

¹⁶¹ Ces « thèmes » ou « questions » de Singapour sont, rappelons-le, les suivants : l'investissement, bien entendu, mais aussi le commerce, les politiques en matière de concurrence et la transparence des pratiques en matière de marchés publics.

¹⁶² Les textes du Cycle de Doha sont accessibles sur le site internet de l'Organisation Mondiale du Commerce (https://www.wto.org/french/tratop_f/dda_f/dda_f.htm).

¹⁶³ Nous soulignons.

considération les autres dispositions pertinentes de l'OMC. Il faudrait tenir compte, selon qu'il sera approprié, des arrangements bilatéraux et régionaux sur l'investissement existants. »¹⁶⁴

Nous ne manquerons pas de remarquer que la « clarification » en question ne porte pas sur tous les points traditionnellement abordés dans les TBI ou dans des instruments tels que l'ALENA¹⁶⁵. De plus, les différends transnationaux ne semblent pas entrer dans le champ de ces négociations. Il est vrai que les Etats membres avaient déjà pris leurs distances vis-à-vis du projet d'AMI. Il est tout aussi vrai qu'après l'échec de la Conférence de Cancún, de nombreux Etats se sont prononcés contre la reprise des négociations sur ce sujet, et parmi eux des pays développés¹⁶⁶. Ainsi, nul ne saurait dire si elles reprendront effectivement. Une fois encore, une appréhension frontale de l'investissement étranger se sera révélée inefficace.

Force est donc de constater l'insuffisance des traités multilatéraux à vocation universelle à régir véritablement l'investissement étranger, faute de consensus sur le contenu du droit matériel. D'ailleurs, aucun texte ayant eu l'ambition de formaliser ce consensus à l'échelon global n'a pu à ce jour entrer en vigueur. Cela étant, c'est au niveau régional que l'on peut trouver des instruments multilatéraux contenant des dispositions de droit matériel concernant l'investissement étranger.

B — Instruments contenant des dispositions matérielles concernant l'investissement étranger

C'est effectivement au niveau régional que l'on trouve les traités les plus « aboutis » en matière d'investissements étrangers, en ce qu'ils contiennent des dispositions matérielles régissant l'investissement en tant que tel. Ainsi, il convient, à ce stade, de signaler que des instruments tels que le Code OCDE de libération des mouvements de capitaux ou encore ceux des traités constituant le droit primaire de l'Union européenne et contenant des dispositions susceptibles d'impacter l'investissement étranger, sans véritablement le régir, ne correspondent pas au type de traités faisant l'objet de ces développements. En effet, de tels

¹⁶⁴ Cf. OMC, Déclaration ministérielle du 20 novembre 2001, WT/MIN(01)/DEC/1, https://www.wto.org/french/theWTO_f/minist_f/min01_f/mindecl_f.htm

¹⁶⁵ Plus précisément, le « cadre » évoqué ne l'est pas de façon à correspondre à la modélisation rencontrée dans des instruments comme les TBI ou l'ALENA.

¹⁶⁶ Cf. S. D. AMARASINHA & J. KOKOTT, « Multilateral investment rules revisited » in P. MUCHLINSKI, F. ORTINO & C. SCHREUER (dir.), op. cit., pp. 119-153, p. 129.

instruments ne contiennent pas, à proprement parler, de dispositions de droit matériel concernant le traitement ou la protection de l’investissement. Cette question y est principalement abordée sous l’angle « libération des mouvements de capitaux ». En revanche, les traités qui retiendront notre attention, s’ils ne constituent pas en eux-mêmes des traités d’investissement, contiennent un « dispositif » conventionnel protégeant l’investissement rappelant ceux contenus dans les TBI. De plus, contrairement aux tentatives menées à l’échelon universel, de tels instruments arrivent à concilier en leur sein les questions touchant respectivement au commerce et à l’investissement. Cela étant, on retrouve le même type de phénomène que celui évoqué *supra*. En effet, les Etats, toujours soucieux de préserver leurs compétences souveraines en cette matière, restent enclins à n’y consentir de limitations que dans un domaine, un « cadre » ou à l’égard d’un nombre de parties restreints. Les deux exemples les plus souvent cités en la matière sont l’ALENA et le Traité sur la Charte de l’énergie.

L’ALENA, signé en 1992 et entré en vigueur en 1994, a pour but d’instituer une zone de libre-échange entre les Etats-Unis d’Amérique, le Canada et le Mexique¹⁶⁷. Si l’on part de l’idée selon laquelle le libre-échange se résume à libérer les échanges commerciaux « de toute entrave douanière ou d’autres réglementations commerciales restrictives »¹⁶⁸, il est difficile de concevoir qu’un tel instrument puisse contenir de véritables dispositions matérielles analogues à celles des traités d’investissement proprement dits. Pourtant, l’ALENA comporte tout un chapitre, le Chapitre 11, consacré aux investissements. Ledit chapitre, qui reprend un bon nombre des solutions retenues dans l’Accord de Libre-échange conclu précédemment entre les Etats-Unis et le Canada¹⁶⁹, regroupe trois types de dispositions, à savoir une Section A, intitulée « Investissement », qui contient les obligations matérielles des Etats parties, une Section B consacrée au règlement des différends transnationaux et une Section C contenant diverses définitions.

Le contenu de ce Chapitre 11, dont on sait qu’il a inspiré les auteurs du Projet d’AMI, présente quelques particularités, surtout quand on le compare aux TBI des autres réseaux conventionnels. Ainsi, et nous y avons déjà fait allusion, l’ALENA est, en ce qui concerne les investissements étrangers, dans une logique de libéralisation quasi-totale, les normes de

¹⁶⁷ Cf. <https://www.nafta-sec-alena.org/Accueil/Textes-légaux/Accord-de-libre-échange-nord-américain> .

¹⁶⁸ Cf. J. SALMON (dir.), *op. cit.*, entrée « Libre-échange », p. 662.

¹⁶⁹ Cf. <http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/assets/pdfs/cusfta-f.pdf>

traitement s'appliquant, au moins en principe, dès la phase d'admission¹⁷⁰. De plus, les différends interétatiques sont, en vertu de ce traité, réglés par le jeu de mécanismes différents de ceux que l'on rencontre dans l'immense majorité des TBI¹⁷¹. Remarquons, d'ailleurs, que, pour ce qui est des différends opposant une personne privée étrangère à un Etat d'accueil, l'ALENA est présenté comme étant le premier traité impliquant au moins deux pays développés et prévoyant le recours à l'arbitrage transnational unilatéral à l'initiative du seul investisseur¹⁷². Cela étant, la « prouesse » réside surtout dans le fait d'avoir réussi à impliquer le Mexique, historiquement opposé à la thèse du standard minimum de traitement des étrangers¹⁷³.

Bien que conclu dans un cadre strictement régional, cet Accord, de même que la jurisprudence arbitrale qu'il a engendrée, bénéficie d'une aura particulière et suscite encore d'après débats doctrinaux, en particulier en ce qui concerne son impact sur la « souveraineté législative » des Etats membres. Cependant, et ce malgré la coloration générale de Chapitre 11, la compétence territoriale des Etats parties subsiste dans certaines hypothèses, ces derniers ayant eu la possibilité d'exclure ou d'encadrer l'admission d'investissements dans des domaines de leur choix¹⁷⁴. Ainsi, la coloration évoquée n'empêche en rien de considérer cette initiative, déjà limitée pour ce qui est du nombre de parties, comme moins ambitieuse qu'il n'y paraît au regard de son objet, et ce même si commerce et investissements sont abordés dans le même instrument.

On constate la même chose, à quelques détails près, pour ce qui est du Traité sur la Charte de l'Energie¹⁷⁵. Cet accord, signé en 1994 et entré en vigueur en 1998, peut être présenté comme un accord régional dans la mesure où, même ouvert à des Etats d'autres régions géographiques, il avait comme promoteurs des Etats d'Europe de l'Ouest et comme destinataires principaux des Etats d'Europe de l'Est et d'Asie centrale¹⁷⁶. Il contient également tout un corps de règles conventionnelles, à savoir sa Partie III, consacré aux

¹⁷⁰ Cf. articles 1102 à 1104 ALENA.

¹⁷¹ En effet, pour ce qui est, en particulier, des différends entre les parties à l'ALENA (cf. Chapitre 20 ALENA), la procédure diffère sensiblement de ce qui est habituellement prévu dans la pratique conventionnelle bilatérale en matière d'investissements étrangers.

¹⁷² Cf. A. NEWCOMBE & LL. PARADELL, *op. cit.*, § 1.37, p. 53.

¹⁷³ Cf. R. DOLZER & C. SCHREUER, *op.cit.*, p. 16.

¹⁷⁴ C'est, en particulier, le cas pour ce qui des mesures environnementales (cf. art. 1114 ALENA). L'ALENA prévoit, de toute façon, des « réserves et exceptions » (cf. art. 1108 ALENA qui renvoie à ses annexes I, III & IV).

¹⁷⁵ Cf. <http://www.energycharter.org/fileadmin/DocumentsMedia/Legal/ECT-fr.pdf>

¹⁷⁶ Cf. R. DOLZER & C. SCHREUER, *op. cit.*, p.15.

investissements étrangers, plus exactement à leur protection et leur promotion, ce qui, là encore, rappelle fortement le contenu des traités d'investissement, tant pour ce qui est du droit matériel que pour ce qui concerne le règlement des différends. Ce traité présente quelques dispositions « originales », ou au moins remarquées, comme celle garantissant le libre recours à du *key personnel* (personnel de base) « sans considération de nationalité ou de citoyenneté »¹⁷⁷ ou celle faisant obligation aux Etats membres de « [respecter] les obligations [contractées] [...] vis-à-vis d'un investisseur ou à l'égard des investissements d'un investisseur d'une autre partie contractante »¹⁷⁸. On constatera aussi que cet accord est imprégné par des velléités de libéralisation de l'investissement mais que celles-ci, à l'inverse de l'ALENA, n'ont débouché sur aucune disposition contraignante obligeant les Etats membres à appliquer la norme de traitement dès la phase « pré-investissement ». La Charte emprunte également au système OMC, en particulier à l'accord MIC¹⁷⁹, illustrant ainsi une tendance à « réconcilier » commerce et investissement. Cela étant, tout ce qui a été consenti par les Etats ne l'a été que dans un secteur particulier, celui de l'énergie. De plus, l'approche assez souple retenue par les rédacteurs de ce traité pour ce qui est de la libéralisation des investissements dans ce secteur a certainement constitué un facteur non négligeable d'adhésion des Etats parties.

En conclusion de ce qui précède, on voit que ces traités, couvrant une zone géographique limitée, liant un nombre de parties limité ou s'appliquant à un secteur limité, abordent la question de l'investissement de façon frontale, en ce qu'ils contiennent des dispositions conventionnelles régissant son traitement et sa protection. Il faut, cependant, voir ces accords comme de simples tentatives de transposer la pratique conventionnelle bilatérale à l'échelon plurilatéral, fut-ce au prix de certaines concessions quant à l'ambition de l'instrument. En vérité, il n'existe pas de droit matériel conventionnel de l'investissement étranger et les règles conventionnelles définissant les obligations internationales de l'Etat d'accueil en cette matière proviennent essentiellement de traités bilatéraux.

¹⁷⁷ Cf. art. 11 § 2 Traité sur la Charte de l'Energie.

¹⁷⁸ Cf. art. 10 § 1 Traité sur la Charte de l'Energie.

¹⁷⁹ Cf. art. 5 Traité sur la Charte de l'Energie.

§ 2 — Pratique conventionnelle bilatérale

L'idée de départ, que nous avons largement développée *supra*, est celle de l'absence d'une véritable « régulation conventionnelle multilatérale » des investissements étrangers, et ce après les deux récents échecs de l'OCDE et de l'OMC. Encore aujourd'hui, les Etats promoteurs de ce genre d'instruments, pour des raisons tant d'opportunité et d'efficacité, doivent encore préférer le « bilatéralisme » au « multilatéralisme ». La question qui se pose alors d'emblée est celle de savoir si la pratique bilatérale en cette matière, pratique dont on sait qu'elle n'est pas de nature à faire naître une norme coutumière coïncidant avec la théorie classique du standard minimum de traitement des étrangers, peut, malgré tout, combler l'absence de traité universel de protection.

Avant de répondre une telle question, il convient tout d'abord effectuer quelques rappels. La pratique conventionnelle bilatérale en matière d'investissements est née d'une volonté des Etats occidentaux exportateurs de capitaux d'« injecter », faute de pouvoir la faire prospérer au niveau multilatéral, la logique de textes tels que le Projet OCDE de Convention sur la protection des biens étrangers dans leurs rapports avec les pays hostiles à la théorie « classique ». Cette volonté a elle-même débouché sur le développement de réseaux conventionnels par les pays développés, développement qui a été initié par l'Allemagne et a connu, d'un point de vue quantitatif, un regain d'intensité vers la fin des années 1970. Ainsi des Etats comme la Suisse, la France ou les Etats-Unis d'Amérique ont-ils suivis le mouvement. On a également constaté une tendance récente des pays en développement à conclure ce genre de traités entre eux. Les traités en question reprennent pour l'essentiel la structure des textes dont ils mimètent la logique, et ce tant au niveau du droit matériel que du règlement des différends.

Ces précisions faites, il y a, cependant, lieu de souligner que, malgré la quantité conséquente d'instruments présentant des dispositions similaires, ceux-ci sont loin d'avoir des contenus identiques. De plus, la tonalité de ces instruments est susceptible de varier, au moins d'un réseau à un autre. Enfin, la pratique bilatérale ne semble pas figée, en ce que la typologie (A) tout comme les orientations, déjà diverses, (B) des traités bilatéraux en cette matière subissent quelques évolutions.

A — Typologie des instruments conventionnels

Il va de soi, en matière d'investissements étrangers, que l'analyse de la pratique conventionnelle bilatérale a pour centre de gravité les TBI organisés, nous l'avons dit, en réseaux. Cela étant, une telle analyse ne doit mettre de côté ni l'« avant » ni l'« après » TBI. L'« avant-TBI » est constitué par les TCN, dont nous avons fourni *supra* quelques éléments de description¹⁸⁰. Ces traités, bien qu'ils mettent en présence des Etats qui ne sont pas totalement sur un pied d'égalité d'un point de vue *bargaining power*, sont différents des TBI. En effet, s'ils abordent la question du traitement des étrangers, en définissant les obligations des Etats en cette matière, ils ne limitent pas, comme leur nom l'indique d'ailleurs, à cette dernière. On peut notamment y retrouver des engagements en matière commerciale, maritime ou militaire¹⁸¹. De plus, bien que des dispositions telles que la clause de la Nation la plus favorisée (ci-après clause NPF) se retrouvent d'un type de traité à l'autre, les TCN ont rapidement été perçus comme inadaptés aux exigences de la protection des étrangers et de leurs biens et, par extension, des investisseurs et des investissements, en ce qu'ils ne contenaient pas les outils techniques la permettant dans les rapports Nord-Sud.

Deux raisons à cela, lesquelles sont notoirement connues. La première tient au contenu insuffisant des normes de protection, celles-ci ne s'adressant pas plus spécifiquement aux investissements qu'elles n'arrivent à « embrasser » tous les aspects de la condition des étrangers¹⁸². Pour ce qui est de la seconde raison, peut-être la plus importante des deux, il est fait grief à ces traités de fonctionner selon une logique purement interétatique ne permettant pas aux victimes concrètes d'une éventuelle violation d'accéder à la mise en œuvre de la responsabilité internationale de l'Etat violateur par le biais d'un mécanisme de règlement des différends¹⁸³.

Les derniers développements de la pratique bilatérale fournissent, quant à eux, des pistes sur ce que pourrait être l'« après-TBI ». En effet, on a récemment assisté à la conclusion d'un certain nombre d'accords de libre-échange (ci-après ALE), contenant, à l'image de l'ALENA,

¹⁸⁰ Cf., cependant, pour une présentation rapide, M. SORNARAJAH, *op. cit.*, pp. 209-211.

¹⁸¹ *Ibidem*, p. 209.

¹⁸² Cf. R. DOLZER & M. STEVENS, *Bilateral Investment Treaties*, La Haye/Boston/Londres, ICSID/Kluwer Law/Martinus Nijhoff, 1995, xx+330 p., p. 10.

¹⁸³ En effet, la responsabilité internationale de l'Etat hôte est, en principe, censée être mise en œuvre suivant le mécanisme de la protection diplomatique. Ce sont des problématiques sur lesquelles nous aurons l'occasion de revenir dans des développements ultérieurs. Disons seulement, à ce stade, que le « grief » fait aux traités étudiés est, justement, de ne pas donner, à la « victime concrète », accès à la réclamation internationale.

des dispositions détaillées consacrées à l'investissement¹⁸⁴. Comme nous l'avons déjà fait remarquer, ces traités ont comme particularité de faire coexister, de façon assez harmonieuse, les dispositions évoquées et celles ayant trait au commerce international. En somme, ce type d'instruments apparaît comme un traité d'investissement dans un ALE.

Quoi qu'il en soit, encore aujourd'hui, les TBI constituent l'essentiel de la pratique bilatérale. Autant dire que le TBI constitue le traité d'investissement « par excellence ». Cela dit, cette pratique, même « consolidée », n'est pas uniforme. Ainsi, les TBI ne sont devenus « réciproques » qu'après une évolution de leur contenu, en particulier dans le réseau français¹⁸⁵. Quelles que soient les véritables raisons de ladite évolution, nous reprendrons à notre compte l'analyse selon laquelle cette réciprocité ne saurait, en aucun cas, faire oublier qu'il s'agit le plus souvent d'une relation Nord-Sud, dans laquelle il est hautement improbable que des opérateurs économiques ressortissants du pays en développement partie au traité investissent avec la même facilité sur le territoire de l'autre Etat partie que dans l'hypothèse inverse¹⁸⁶. Cela est d'autant plus vrai que les Etats habituellement exportateurs de capitaux ne se lient jamais par le biais de ce genre d'instruments¹⁸⁷.

Le fait que cette figure conventionnelle « consolidée » existe ne signifie pas pour autant que la pratique est uniforme à ce niveau. En effet, pour présenter ce phénomène de façon schématique, chaque réseau de TBI est basé sur un modèle de négociation qui, bien qu'ayant dans tous les cas la ou les mêmes « inspirations », reflète la seule approche de l'Etat à la tête du réseau en question¹⁸⁸. Or, nous savons que ces différences d'approches se traduisent par des différences notables dans la rédaction des instruments. Ainsi, le réseau américain de TBI a une tonalité générale beaucoup plus favorable à la libéralisation des investissements que les réseaux européens. De plus, certaines clauses telles que, par exemple, la clause de

¹⁸⁴ Nous pensons, de toute évidence, aux ALE conclus par les Etats-Unis d'Amérique depuis 2002 (cf. P. JUILLARD, « Le nouveau modèle américain de traité bilatéral sur l'encouragement et la protection réciproques des investissements (2004) », AFDI 2004, pp. 669-682, p. 670).

¹⁸⁵ Cf. P. JUILLARD, « Le réseau français des conventions bilatérales d'investissement : à la recherche d'un droit perdu ? », Droit et Pratique du Commerce International 1987, pp. 9-61, pp. 12-14, § 5.

¹⁸⁶ Cf. P. JUILLARD, « L'évolution des sources du droit des investissements », *op. cit.*, § 173, p. 107.

¹⁸⁷ Cf. P. JUILLARD, « Le réseau français des conventions bilatérales d'investissement : à la recherche du droit perdu ? », *op. cit.*, § 2, pp. 9-10 ; Dans ce passage, l'auteur définit les TBI comme des instruments Nord-Sud par nature.

¹⁸⁸ Ce phénomène de « modélisation conventionnelle » en matière d'investissements (cf. P. JUILLARD, « L'évolution des sources du droit international des investissements », *op. cit.*, pp. 118-135) est, de nos jours, largement connu et documenté, et ce qu'il s'agisse des modèles de traité utilisés lors des négociations ou des réseaux conventionnels eux-mêmes, grâce, en particulier, au travail d'institutions internationales spécialisées comme la CNUCED (cf. <http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA>) ou la Banque Mondiale (cf. <https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/resources/Pages/Bilateral-Investment-Treaties-Database.aspx>).

consolidation des engagements particuliers, peuvent ne pas être formulées de la même façon voire ne pas se retrouver d'un modèle conventionnel à l'autre. N'oublions pas, enfin, qu'il ne s'agit que d'un modèle de négociation, les instruments adoptés au sein d'un même réseau ayant des rédactions variables selon l'Etat partie.

Ainsi, vu sous le seul angle de la typologie des instruments composant la pratique bilatérale, nul ne peut garantir que cette dernière suffise à pallier l'absence d'un traité universel d'investissement. En effet, même s'il existe des figures conventionnelles connues, à savoir les TBI, et peut-être les ALE, ces dernières pour diverses raisons ne permettent pas la formation d'un *corpus juris* homogène. De plus, les orientations de cette pratique, qu'on sait évolutive, ne contribuent pas à contredire ce constat.

B — Orientations de la pratique conventionnelle

L'essentiel de la pratique bilatérale étant constitué par les TBI, il paraît logique d'y rechercher ses principales orientations. Cependant, comme nous l'avons remarqué plus haut, des ALE relativement récents contiennent des subdivisions consacrées aux investissements, lesquels accords vont parfois plus loin en matière de traitement et de protection que les TBI, dont c'est pourtant l'orientation principale. Cette dernière se reflète d'ailleurs dans la structure retenue par la grande majorité des Etats à la tête de ce genre de réseaux conventionnels. En effet, ces traités sont organisés de façon assez similaire avec, en particulier, trois grands groupes de dispositions : celles définissant les standards et autres règles de traitement et de protection, celles concernant les mesures de dépossession et celles relatives au mécanisme de règlement des différends. Nous aurons l'occasion de nous appesantir sur ces blocs de dispositions, au moins sur les deux premiers. Il convient simplement, à ce stade, de remarquer que ces traités, conçus spécialement pour répondre aux besoins des opérateurs économiques des Etats occidentaux, sont spécifiquement orientés vers la seule protection *lato sensu* de l'investissement étranger. Des critiques, formulées il est vrai à l'encontre de l'ALENA et du Projet d'AMI mais pouvant être étendues à la pratique bilatérale, font, d'ailleurs état de l'absence ou des insuffisances dans ces instruments de dispositions relatives à des questions « périphériques », comme la protection de l'environnement ou celle des droits de l'homme,

domaines dans lesquels l'Etat d'accueil devrait être capable de faire primer son intérêt en cas de contrariété avec les impératifs de la protection des investissements¹⁸⁹.

Quoi qu'il en soit, et ce même si les questions « périphériques » étaient abordées d'une manière totalement satisfaisante dans les TBI, ceux-ci ne suffiraient pas pour autant à combler les vides laissés par l'absence d'un traité d'investissement global. Un problème analogue serait susceptible de se poser pour ce qui est des ALE. En effet, ces ALE, conclus dans une logique accrue de libéralisation de l'investissement présente dans les TBI, vont beaucoup plus loin que les TBI des réseaux européens. On pense essentiellement au principe de libre admission de l'investissement étranger. Rien n'exclurait cependant que les normes de traitement et de protection soient rédigées de façon plus précise ou ambitieuse.

Là encore, et ce même à supposer que ces traités atteignent une importance quantitative comparable à celle qu'ont aujourd'hui les TBI, ces instruments rencontreront la même difficulté que celle évoquée plus haut. Cela est intéressant dans la mesure où, bien qu'ils interviennent comme des « compléments » bilatéraux aux règles conventionnelles du système OMC, ces ALE ne peuvent pas, au moins de nos jours, avoir un rôle comparable en matière d'investissements.

¹⁸⁹ Cf. M. SORNARAJAH, *op. cit.*, pp. 259-266.

Conclusion du Chapitre I :

Le retraçage du processus de formation non conventionnelle des obligations internationales de l'Etat d'accueil débouche, nous l'avons vu plus haut, sur deux constats. Le premier est celui de l'incertitude persistante quant au contenu du droit international général en matière de condition des étrangers. En effet, l'idée de la coïncidence de la théorie du standard minimum international avec le droit positif coutumier n'a pas plus réussi à s'imposer que n'ont réussi à le faire les théories adverses, et ce pour une raison assez simple : la finalisation du processus n'a pu être démontrée dans aucun de ces deux groupes d'hypothèses. Le second constat est celui de l'absence de *consuetudo*, cette fois-ci en matière d'investissements étrangers. Le glissement de la notion de « bien étranger » vers celle d'« investissement étranger », aussi pertinent qu'il ait pu être en termes de stratégie de négociation diplomatique, n'a, en effet, pas permis de contourner la difficulté précédemment constatée. Il s'ensuit que le droit coutumier est insuffisant à déterminer le contenu des obligations internationales de l'Etat, cette détermination étant, en matière d'investissements étrangers, essentiellement assurée par voie de traités.

Pour ce qui est de la formation conventionnelle des obligations étudiées, celle-ci procède d'une pratique assez fournie, d'un point de vue quantitatif, mais ne permettant pas de parfaire un quelconque processus coutumier, et ce pour deux raisons qui en constituent les caractéristiques. Première caractéristique de la pratique conventionnelle dans le domaine des investissements étrangers, l'absence de consensus global des Etats sur le contenu éventuel du droit matériel ne permet pas aux traités à vocation universelle, pour peu que ces derniers « voient le jour », de régir véritablement régir la question, vu que cette dernière ne peut être et n'est pas abordée de façon frontale. De plus, pour ce qui est des traités multilatéraux contenant des dispositions matérielles et qui, eux, abordent frontalement ladite question, ceux-ci ont immanquablement une portée limitée, et ce qu'il s'agisse de la zone géographique couverte, du nombre de parties ou de l'activité économique concernée. Aussi, il n'y a pas, à proprement parler, de droit matériel conventionnel de l'investissement. Les investissements sont, pour l'essentiel, régis par des traités bilatéraux, ce qui constitue la deuxième caractéristique de la pratique conventionnelle, pratique dont le centre de gravité est constitué par les TBI. Or, si la typologie de ces instruments les rend plus adaptés d'un point de vue technique, ils restent insuffisants à pallier l'absence d'un traité universel. Deux grandes

raisons à cela, à savoir l'absence d'un *corpus juris* homogène et le caractère évolutif des orientations de la pratique conventionnelle.

Autant dire que les obligations internationales de l'Etat d'accueil en matière d'investissement sont définies « tant bien que mal » par le biais des sources formelles traditionnelles de droit international. Les débats doctrinaux correspondant aux confrontations idéologiques et géopolitiques évoquées ne se limitent cependant pas à ce « terrain », terrain sur lequel il ne s'agit, finalement, que d'invoquer l'appartenance au droit international positif de telle ou telle proposition. Discuter l'idée d'une « internationalisation » du régime juridique de l'investissement étranger, lequel est initialement défini dans un ordre juridique distinct de l'ordre juridique international, soulève des problèmes théoriques autrement plus difficiles à aborder.

Chapitre II

La formation d'obligations internationales par le biais de l'« internationalisation » du régime juridique de l'investissement étranger

L'idée d'« internationalisation » du régime juridique de l'investissement étranger peut être perçue comme constituant l'« épicentre » des débats doctrinaux qui ont agité et agitent encore l'évolution de ce domaine. Quoi qu'il en soit, on peut, de nos jours, considérer la possibilité d'un tel phénomène comme admissible et admise par le droit international : rien n'interdit, dans l'absolu, que le régime juridique d'un investissement étranger en fasse l'objet. Cette admission est d'autant plus importante que le phénomène étudié peut aboutir à la formation de « vraies » obligations internationales primaires, en particulier des obligations de faire, à la charge de l'Etat de territorialité, lesquelles obligations, « internationalisées » existeraient « à côté » de celles internationales dès l'origine, du fait de leur mode de formation.

C'est justement parce que ce phénomène peut déboucher sur la formation de telles obligations qu'il importe de déterminer la mesure dans laquelle l'« internationalisation » du régime juridique d'un investissement étranger est admise. Cela suppose d'en explorer les mécanismes. Or, lesdits mécanismes sont, dans tous les cas, censés opérer en ayant comme « base » un investissement constitué sur le territoire d'un Etat donné, avec tout ce que cela implique, *a priori*, en termes de souveraineté territoriale. Il convient alors de prendre en compte la manière dont est initialement déterminé le régime juridique de l'investissement concerné. Les deux modalités de cette détermination sont, désormais, connues, à savoir la seule action législative ou réglementaire du souverain ou la conclusion d'un contrat d'Etat auquel l'investisseur serait partie.

Dans ces deux cas de figure, des débats assez intenses ont porté sur la question de savoir si et dans quelle mesure le régime juridique initialement établi peut faire l'objet d'une « internationalisation ». Les débats les plus intenses et les plus fameux ont concerné les contrats d'Etat. Cette question a également été soulevée à propos des lois et réglementations des Etats accueillant les investissements. Une présentation schématique de ces débats consisterait à dire qu'au souhait de « délocalisation », « à tout prix », du régime juridique et du contentieux de l'investissement étranger par rapport à l'ordre juridique interne de l'Etat d'accueil répond celui de préservation, « coûte que coûte », de la compétence territoriale du même Etat.

C'est dans un tel contexte que se pose la question des facteurs de l'« internationalisation ». Plus précisément, l'idée a plusieurs fois été avancée que dans certaines circonstances, quand certaines conditions sont réunies, le régime juridique de l'investissement étranger peut être considéré, en lui-même, comme « internationalisé », voire carrément international. Une autre façon de formuler cette idée serait de dire que ce régime juridique, en tant qu'ensemble de normes applicables à un investissement donné, contiendrait, en lui-même, les facteurs de sa propre « internationalisation ». À cela s'ajoute la possibilité que cette « internationalisation » soit réalisée par le biais d'un accord de volontés de sujets de droit international aptes à le faire, la manifestation de volontés concernée intervenant, précisons-le, dans l'ordre juridique international. Il s'agira, pour nous, de soumettre, en en recherchant les facteurs, l'idée d'une « internationalisation » intrinsèque du régime juridique de l'investissement étranger à un examen critique (Section 1), ce après quoi il conviendra de rechercher les facteurs extrinsèques possibles d'une telle « internationalisation » et d'en cerner la portée (Section 2).

Section 1 — Facteurs intrinsèques d'« internationalisation » du régime juridique de l'investissement étranger

En vertu de la compétence territoriale de l'Etat d'accueil, le régime juridique de l'investissement étranger a, en principe, vocation à être régi par des normes appartenant à l'ordre juridique interne dudit Etat. Ce n'est, nous le savons, qu'une conséquence de la souveraineté de ce dernier. La question qui se pose à nous est celle de savoir dans quelles conditions un régime juridique, que l'on suppose *a priori* défini dans l'ordre juridique interne de l'Etat d'accueil, peut faire l'objet d'une « internationalisation », c'est-à-dire d'un rattachement, au sens où l'entendrait le droit international privé, à l'ordre juridique international. Il s'agit, plus précisément, de savoir si ce régime juridique contient les ou des éléments permettant ladite « internationalisation ». Si tel est le cas, les éléments en question pourront, par hypothèse, être considérés comme des facteurs intrinsèques du phénomène décrit.

L'« internationalisation » se manifestera toujours, par hypothèse, de façon différente selon le « contenant », la source formelle du régime juridique de l'investissement étranger considéré. En effet, pour les besoins de notre propos, il convient de distinguer deux grands cas de figure : celui dans lequel le régime juridique de l'investissement est défini par le biais d'un contrat d'Etat et celui dans lequel il est défini dans les lois et réglementations de l'Etat

d'accueil. La théorie voire les théories de l'« internationalisation » du contrat d'Etat interviennent, évidemment, dans le premier cas de figure. En vertu desdites théories, le contrat d'Etat et surtout les normes juridiques qu'il contient peuvent se voir « rattachés » à l'ordre juridique international, et ce du fait de facteurs qui lui sont intrinsèques, à savoir certains types de stipulations contractuelles. Selon ces mêmes théories, le « rattachement » à l'ordre juridique international qui s'opérerait le ferait à des degrés divers. En effet, il peut s'appliquer au droit applicable au contrat, le contrat étant présenté comme soumis au droit international, et/ou la nature juridique même du contrat, le contrat étant présenté comme source de droit international. Pour ce qui est du second grand cas de figure, celui des lois et réglementations de l'Etat d'accueil, l'idée d'une « internationalisation », bien que largement moins diffusée par la doctrine et la jurisprudence, a également été avancée. En effet, les lois et réglementations de l'Etat d'accueil, pour peu qu'elles soient favorables à l'investisseur étranger, pourraient, en vertu de l'idée évoquée, être perçues comme un engagement international de sa part, sous la forme d'un acte unilatéral, le ou les facteurs intrinsèques d'« internationalisation » tenant ici essentiellement au contenu des « garanties » dont bénéficient ou sont censés bénéficier les investisseurs visés.

Ces théories et idées de l'« internationalisation » du régime juridique de l'investissement étranger du fait d'éléments qui lui sont intrinsèques sont celles que nous nous proposons d'éprouver dans les développements qui vont suivre. Force sera alors de constater que les idées d'« internationalisations » respectives du contrat d'Etat (§ 1) et des lois et réglementations de l'Etat d'accueil (§ 2) par le biais de facteurs intrinsèques peinent encore à convaincre.

§ 1 — « Internationalisation » du contrat d'Etat

En quoi l'« internationalisation » du contrat d'Etat consiste-t-elle ? Parler de l'« internationalisation » du contrat d'Etat suppose, préalablement, d'énoncer quelques éléments de définition quant à ce type d'actes. Or, cette définition implique un parti pris, non seulement quant à la nature de l'acte en question, mais encore et surtout à l'ordre juridique auquel il est « rattaché ». De plus, l'idée de l'« internationalisation » du contrat d'Etat est une construction théorique d'origine principalement jurisprudentielle et doctrinale, ce qui, dans une certaine mesure, fragilise son appartenance au droit positif.

Le « noyau dur » de la définition est, néanmoins, facile à identifier. On est d'abord en présence d'un contrat. Deux remarques sont donc à faire sur ce point. La première de ces remarques tient à ce qu'il ne s'agit « que d'un contrat » et non d'un acte comparable, dans sa nature et dans sa portée, à un traité, et ce même s'il s'agit d'une relation contractuelle entre un Etat et une personne privée étrangère soumise à sa compétence territoriale. De plus, deuxième remarque, comme il s'agit d'un contrat, la solution de principe est celle, retenue par la CPJI, selon laquelle il a « son fondement dans une loi nationale ». Autre élément du « noyau dur », déjà évoqué, ce type de contrats met en relation un Etat et une personne privée étrangère. Nous pouvons même concéder, à ce stade, qu'un contrat d'Etat suppose immanquablement, pour peu qu'il s'agisse d'un « contrat d'investissement », une soumission du cocontractant personne privée à la compétence territoriale du cocontractant étatique.

Ainsi, si l'on s'en tient à ces premiers éléments de définition, la partie personne privée à un contrat transnational d'investissement n'est pas dans la même position que son cocontractant étatique. En effet, rien n'empêche *a priori* ce dernier, en tant qu'entité souveraine, de modifier son propre ordonnancement juridique, ce qui peut affecter la relation contractuelle, et ce surtout quand il est possible, en vertu de la règle de conflits de loi, de désigner le droit de l'Etat d'accueil comme *lex contractus*. C'est là qu'intervient la théorie de l'« internationalisation » du contrat d'Etat.

Cette théorie poursuit plusieurs objectifs. Le premier d'entre eux est de faire échec à tout exercice de sa compétence territoriale par l'Etat d'accueil qui pourrait affecter la relation contractuelle. Aussi, cette théorie exclut-elle l'application au contrat du seul droit interne de cet Etat. S'ajoute à cela une volonté de prouver le caractère contraignant du contrat pour la partie étatique, et ce dans un ordre juridique distinct du sien, comme, d'ailleurs, de tout ordre juridique interne. Ce cocontractant ne pourrait pas, au sein de l'ordre juridique en question, modifier l'ordonnancement juridique à sa guise et serait susceptible d'y voir sa responsabilité engagée pour manquement au contrat. De quel ordre s'agit-il ? Les réponses à cette question sont assez diverses, et ce que l'on pense à la théorie du contrat « sans loi » ou à celle du « tiers ordre juridique », qui serait le « droit international des contrats ».

Pour notre part, il est plus cohérent d'aborder cette question sous l'angle du droit international proprement dit. Le problème est, en effet, pour nous de savoir si la conclusion ou le contenu de l'un de ces contrats par l'Etat d'accueil de l'investissement sont véritablement de nature à impacter sa compétence territoriale telle que définie par le droit international.

Deux idées ont été avancées dans ce sens, idées relativement interdépendantes qui doivent être débattues : celle d'un contrat soumis au droit international (A) et celle d'un contrat source de droit international (B).

A — Contrat soumis au droit international

L'idée d'une « soumission » du contrat au droit international a, de prime abord, de quoi étonner, voire induire en erreur. Cette idée étonne, surtout quand on la rapproche du célèbre *dictum* de la CPJI, dans l'arrêt *Emprunts serbes et brésiliens*¹⁹⁰, *dictum* qui, comme nous l'avons fait remarquer plus haut, énonce une solution de principe :

« [...] *Tout contrat qui n'est pas un contrat entre des Etats en tant que sujets de droit international a son fondement dans une loi nationale. La question de savoir quelle est cette loi fait l'objet d'une partie du droit qu'aujourd'hui on désigne le plus souvent sous le nom de droit international privé ou de théorie du conflit des lois*¹⁹¹. *Les règles en peuvent être communes à plusieurs Etats et même être établies par des conventions internationales ou des coutumes, et dans ce dernier cas avoir le caractère d'un vrai droit international, régissant les rapports entre des Etats. Mais, à part cela, il y a lieu de considérer que lesdites règles font partie du droit interne.* [...] »¹⁹²

En effet, nous sommes dans l'hypothèse d'un contrat régissant un investissement réalisé sur le territoire d'un Etat et conclu entre ce dernier et une personne privée étrangère, à l'initiative dudit investissement. Ainsi, on voit qu'il ne s'agit pas d'un contrat « international », au sens où pourrait l'entendre le droit international privé¹⁹³, et l'on conçoit mal, en pareil cas, que l'on doive purement et simplement appliquer une règle de conflit de lois¹⁹⁴. S'ajoute à cela le fait qu'il n'existe pas, dans l'ordre juridique international, de corps de règles régissant ce type de contrats et que l'idée d'un « droit international des contrats »¹⁹⁵ ou d'un « droit transnational des contrats » semble plus correspondre à un souhait émis par

¹⁹⁰ Cf. CPJI 22 juillet 1929 *Emprunts serbes et brésiliens*, série A, n° 20/21.

¹⁹¹ Nous soulignons.

¹⁹² *Ibidem*, p. 41.

¹⁹³ Le droit international privé ne concerne, *a priori*, que les relations entre personnes privées. Dans l'hypothèse étudiée, l'un des cocontractants est une personne publique, souveraine, qui plus est.

¹⁹⁴ S'il ne s'agit pas d'un contrat international, tel qu'appréhendé par le droit international privé, réfléchir en termes de règle de conflit de lois s'avère beaucoup plus difficile, et ce surtout quand l'une des parties a le contrôle de l'ordonnancement juridique encadrant, en principe, l'investissement.

¹⁹⁵ Cf., en particulier, SA 19 janvier 1977 *Texaco-Calasiatic*, JDI 1977, p. 350 et s., § 32.

une frange de la doctrine, par ailleurs favorable à la théorie de l'« internationalisation » des contrats d'Etat, qu'à un reflet fidèle du droit positif¹⁹⁶.

Quoi qu'il en soit, nous reprendrons volontiers à notre compte les prémisses du raisonnement telles qu'elles ont été posées par le Professeur JUILLARD, tout en gardant à l'esprit que le terme « fondement » semble devoir être entendu au sens où l'entendait la CPJI et renvoyer à la notion de « droit applicable » :

« - Un contrat d'Etat trouve [...] nécessairement son fondement dans une loi nationale, c'est-à-dire dans la loi d'un Etat – tout le problème étant, dès lors, de déterminer la loi en cause.

- Un contrat d'Etat peut avoir pour objet la réalisation d'une opération d'investissement international – et, de ce fait, peut s'enraciner dans une souveraineté territoriale.

- Ce contrat d'Etat, parce qu'il a pour objet la réalisation d'une opération d'investissement international, trouve donc son fondement dans la loi de l'Etat dont la souveraineté territoriale est en cause, c'est-à-dire dans la loi de l'Etat qui l'a conclu. »¹⁹⁷

Tel est le véritable point de départ de la théorie de l'« internationalisation », en tous cas le seul pouvant à la fois recueillir l'assentiment de ses promoteurs et celui de ses adversaires sans pour autant « heurter » la logique. Cela est d'autant plus vrai quand on est présence d'un contrat de concession portant sur des ressources situées dans le champ d'application de la compétence territoriale de l'Etat cocontractant.

Partant de là, il s'agira de se demander comment il est possible, d'un point de vue intellectuel, d'écartier l'application du droit de l'Etat d'accueil à ce type de contrats au profit du droit international. La théorie de l'« internationalisation » des contrats d'Etat peut, à cet égard, être analysée comme étant, notamment sur cette question du droit applicable, l'aboutissement d'un glissement progressif de l'analyse. Au début de ce glissement, se trouve l'idée selon laquelle, même dans le cas où le jeu de la « règle de conflit de lois » irait dans le sens d'une application du droit de l'Etat d'accueil, les lacunes de ce même droit justifieraient que son application soit écartée au profit de celle des PGD. Cette solution a, en particulier, été

¹⁹⁶ Cf., pour une rapide présentation de ces théories, P. DAILLIER, M. FORTEAU & A. PELLET, *op. cit.*, pp. 1182-1183, § 624 ; J.-F. LALIVE, « Contrats entre Etats ou entreprises étatiques et personnes privées », RCADI 1983-III, vol. 181, pp. 9-284, pp. 41-56.

¹⁹⁷ Cf. P. JUILLARD, « Contrats d'Etat et investissement » in H. CASSAN (dir.), *Contrats internationaux et pays en développement*, Economica, 1989, 279 p., pp. 159-174, p. 161, § 5.

portée par trois arbitrages célèbres respectivement dans les affaires *Qatar*¹⁹⁸, *Abu Dhabi*¹⁹⁹ et *Aramco*²⁰⁰ suivis, en cela, par un certain nombre d'auteurs²⁰¹. L'étape suivante de ce glissement consiste à avancer que les PGD ont vocation à s'appliquer à ce type de contrats indépendamment d'une quelconque lacune du droit interne de l'Etat accueil²⁰². Un pas supplémentaire est franchi quand on infère de ce qui précède la proposition selon laquelle, vu que les PGD sont l'une des « sources » du droit international, ces contrats y sont soumis en tant que tels²⁰³. Les parties auraient, par ailleurs et au nom du principe de l'autonomie de la volonté, la possibilité de choisir le droit international comme droit applicable, et ce soit de façon explicite, dans la clause de choix de loi, soit en ayant recours à certaines stipulations contractuelles qui traduiraient, si non une telle volonté, au moins celle de « délocaliser » le contrat en question. On pense, par exemple, aux fameuses clauses de stabilisation et d'intangibilité²⁰⁴.

Cette présentation de la théorie de l'« internationalisation » des contrats d'Etat, qui, nous le concérons, peut être perçue comme schématique, appelle, cependant, quelques remarques. La première de ces remarques peut être introduite sous forme de question : cette catégorie de contrats se prête-t-elle à l'application d'une règle de conflit de lois ? En effet, le droit international privé, tel que nous le connaissons, concerne essentiellement les « rapports entre personnes privées lorsque ces rapports présentent un élément d'extranéité »²⁰⁵. Or, le contrat d'Etat ne constitue pas, loin s'en faut, l'un de ces « rapports », ne serait-ce qu'à cause de la présence du cocontractant étatique. De plus, on aurait du mal à soutenir que ce dernier agit *de jure gestionis*, vu que l'exercice ou le non-exercice par l'Etat d'accueil des prérogatives qui sont les siennes en tant que souverain, titulaire de la compétence territoriale, sont d'une importance capitale pour l'exécution du contrat d'investissement. En conséquence, l'analogie, soulignée sur ce point par les défenseurs de la théorie de l'« internationalisation », entre le « simple » contrat international et le contrat d'Etat rencontre rapidement ses limites. Celle

¹⁹⁸ Cf. SA 1^{er} juin 1953 *Ruler of Qatar c/ International Marine Oil Company*, ILR 1953, p. 534 & s..

¹⁹⁹ Cf. SA 28 août 1951 *Petroleum Development Ltd c/ Cheikh d'Abu Dhabi*, ILR 1951, p. 144 & s..

²⁰⁰ Cf. SA 23 août 1958 *Aramco c/ Arabie Saoudite*, ILR, vol. 27, p. 117 & s..

²⁰¹ Cf. M. SORNARAJAH, *op. cit.*, pp. 419-420.

²⁰² *Ibidem*. Un tel argument est déjà déduit de la nature prêtée, par les partisans de la théorie de l'« internationalisation », aux contrats d'Etat, nature elle-même déduite de leur caractère prétendument « altruiste ».

²⁰³ *Ibidem*.

²⁰⁴ Cf. P. WEIL, « Les clauses de stabilisation ou d'intangibilité insérées dans les accords de développement économique » in *Mélanges ROUSSEAU*, Pédone, Paris, 1974, xxviii+346 p., pp. 301-328.

²⁰⁵ Cf. J. BASDEVANT (dir.), *Dictionnaire de terminologie du droit international public*, Sirey, 1960, 755 p., p. 236.

avec le contrat administratif, tel que connu en droit français²⁰⁶, est, en revanche, plus plausible. Or, nous savons que, dans ce genre de contrats, la partie personne publique a un pouvoir de modification voire de résiliation unilatérale de l'acte, et ce au nom de l'intérêt général²⁰⁷. Autant dire que ce type de contrats est totalement immergé dans le droit interne de cette partie personne publique et se prête peu à une « délocalisation » du droit applicable. Cette dernière analogie n'a cependant pas été totalement reçue par le droit positif²⁰⁸.

La deuxième remarque, quant à elle, concerne l'application des PGD aux contrats d'Etat. Ces principes ont effectivement vocation à être utilisés en cas de lacunes du droit applicable au règlement du différend. Dans plusieurs sentences arbitrales habituellement citées à l'appui de la théorie de l'« internationalisation », l'approche a, dans un premier temps, été de reconnaître, au moins dans son principe, l'applicabilité, en vertu de la règle de conflit de lois, du droit de l'Etat d'accueil puis, en raison des lacunes de ce dernier, de lui préférer l'application des PGD. Argument était, en effet, tiré du fait que le droit interne en question était inadapté en tant que *lex contractus*. Peut-on, cependant, reprocher à un ordre juridique interne, quel qu'il soit, de ne pas être adapté à un type de contrats dont on a, encore de nos jours, le plus grand mal à définir le régime avec précision ? De plus, si l'on raisonne en termes d'insuffisance du droit applicable, les PGD « connus » sont-ils, pour autant, suffisants à combler les lacunes du droit de l'Etat d'accueil voire à le remplacer en tant que *lex contractus* ? D'ailleurs, si l'on suppose que ces principes sont « nés » *in foro domestico*²⁰⁹, ne sont-ils pas justement un reflet des divers droits internes et, en cela, sont-ils vraiment utiles ? Ces quelques interrogations illustrent le caractère nébuleux de la question et la difficulté intellectuelle qu'il peut y avoir à faire « pénétrer » le droit international dans la clause de droit applicable par le seul biais des PGD, ce qui nous amène à la troisième remarque.

Cette dernière concerne les modalités de la soumission par les parties de ce type de contrats au droit international. Nous partirons de l'idée que rien ne s'oppose, dans l'absolu, à ce que les parties manifestent une telle volonté. La véritable question est celle de savoir comment identifier cette manifestation. Les partisans de l'« internationalisation » en décèlent les indices dans la rédaction de certaines clauses du contrat, essentiellement celles concernant le droit applicable mais aussi le règlement des différends nés du contrat. Ainsi, si les parties

²⁰⁶ Cf. SA 24 mars 1982 *Aminoil c/ Koweït*, JDI 1982, § 91

²⁰⁷ Ibidem.

²⁰⁸ Cf. M. SORNARAJAH, *op. cit.*, p. 422-423.

²⁰⁹ A. PELLET, « Article 38 », in A. ZIMMERMANN, C. TOMUSCHAT, K. OELLERS-FRAHM, C.J. TAMS & T. THIENEL (dir.), *op. cit.*, § 250-261, pp. 766-772.

soumettent explicitement le contrat au droit international, le doute n'est pas permis (sauf à se demander si le droit international contient effectivement de quoi régir un tel contrat). Malheureusement, rien n'est aussi simple et la rédaction de la clause de droit applicable est le plus souvent le résultat du rapport de forces entre les parties tel qu'il apparaît pendant la négociation²¹⁰. En conséquence, la clause de choix de loi sera le plus souvent plus floue à ce sujet. Certaines références, faites notamment aux PGD ou éventuellement aux usages du commerce international, sont relativement équivoques et laissent, à notre sens, entière la question de savoir si les parties ont toutes les deux souhaité la soumission du contrat au droit international, surtout quand elles sont combinées au droit interne de l'Etat d'accueil. Le problème subsiste quand des références de ce type se retrouvent dans un traité d'arbitrage, tel que la Convention de Washington de 1965, instituant un mécanisme d'arbitrage auquel renverrait la clause de règlement des différends du contrat. Plus équivoques encore sont de clauses exorbitantes de droit commun telles que celles « figeant » le droit interne applicable au contrat. En effet, sans même aborder la question du caractère véritablement contraignant desdites clauses, on voit mal comment en déduire l'applicabilité du droit international au contrat.

En définitive, il ne s'agit pas ici de nier que, parmi un certain nombre d'autres « indices » plus concluants, ces clauses puissent traduire la volonté, qui a été celle des parties, de soumettre le contrat au droit international. Cela étant, on voit bien que, prises en elles-mêmes, ces clauses ne suffisent pas à la démontrer. Aussi, l'idée d'un contrat d'Etat soumis au droit international, telle que soutenue par les promoteurs de la théorie de l'« internationalisation », apparaît assez fragile, même si, dans l'absolu, rien ne l'exclut totalement. Plus fragile encore est celle du contrat d'Etat en tant que source formelle de droit international.

B — Contrat source de droit international

Une chose est de parler de soumission du contrat au droit international, en tant que *lex contractus*, une autre est de voir dans ce contrat un acte par le biais duquel un Etat s'engagera, dans l'ordre juridique international, envers son cocontractant personne privée. Or, l'autre pendant de la théorie de l'« internationalisation » est cette idée de contrat source de droit international, autrement dit d'acte juridique international. Deux séries d'arguments sont à débattre. La première série d'arguments est celle consistant à défendre le caractère

²¹⁰ Cf. J.-F. LALIVE, *op. cit.*, pp. 43-44.

contraignant du contrat pour la partie étatique. La seconde série d'arguments tend, quant à elle, à conférer à la partie personne privée la qualité de sujet de droit international pouvant invoquer les droits nés du contrat devant une instance juridictionnelle d'essence internationale.

Quel est le but d'une justification du caractère contraignant pour l'Etat de ce type de contrats ? Le but de cette justification est, bien évidemment, de prévenir les effets, à la fois imprévisibles et indésirables, d'une modification par l'Etat d'accueil de son ordonnancement juridique au détriment de la partie personne privée au contrat²¹¹. Cette possibilité qu'a ledit Etat, en tant que souverain, met, il est vrai, l'investisseur dans une position assez inconfortable pour peu qu'il transpose à ce genre de relations contractuelles la logique qui prévaut dans celles entre opérateurs économiques privés. Aussi, « tous les moyens sont-ils bons » pour rechercher la responsabilité de l'Etat dans un ordre juridique distinct du sien, à savoir l'ordre juridique international, quitte à extrapoler que le contrat lui-même est un acte juridique source de droit international. Comment justifier le caractère contraignant de ce type de contrat pour l'Etat ? Il est intéressant, à ce stade, de revenir, sur deux analyses incontournables.

La première est celle menée par le Professeur WEIL. Elle repose essentiellement sur la distinction entre le droit applicable, censé régir le contrat, et l'ordre juridique d'où le contrat tire sa validité et son caractère obligatoire, dans lequel il « s'enracine ». Partant du principe selon lequel ces contrats sont *a priori* ancrés dans un ordre juridique interne, le Professeur WEIL avance l'idée selon laquelle leur « internationalisation » pourrait se réaliser de façon objective, « [leur] centre de gravité se [situant] dans l'orbite international »²¹². Pour rester fidèle à la pensée de l'auteur, il convient, cependant, d'opérer une précision terminologique : le phénomène que nous évoquons tient non pas à une « internationalisation » du contrat, telle que nous l'avons abordée *supra* et qui concerne la *lex contractus*, mais à une accession dudit contrat à l'« internationalité ». Dans un cas, l'auteur parle de contrat « internationalisé »²¹³, dans l'autre, qui nous intéresse actuellement, de contrat « de droit international »²¹⁴. La question qui se pose est, alors, celle de savoir dans quelles conditions ce genre de contrats

²¹¹ Cf. J.-M. JACQUET, « Contrat d'Etat », Jurisclasseur Droit International, fasc. 565-60, § 17-18, § 20.

²¹² Cf. P. WEIL, « Problèmes relatifs aux contrats passés entre un Etat et un particulier », RCADI 1969-III, vol. 128, pp. 95-240, p. 186.

²¹³ Cf. P. WEIL, « Droit international et contrats d'Etat », in Mélanges REUTER, Pedone, 1981, 584 p., pp. 549-582, pp. 567-571

²¹⁴ *Ibidem*, pp. 572-582.

relève du droit international en tant qu'ordre juridique de base. Les indications à ce sujet sont assez minces. Tout au plus, « sait-on » que ces contrats, qui reçoivent l'appellation d'« accords de développement économique »²¹⁵ sont rendus internationaux par leur contexte, leur nature, leur objet ou l'importance de ce dernier. Ainsi, les modalités ou l'enceinte de la négociation, la durée de l'opération en question, son importance quantitative ou son présumé impact sur le développement économique de l'Etat d'accueil sont autant d'indices évoqués et invoqués au soutien de cette idée. Autant dire que, même si l'on admet que des facteurs objectifs permettent à ces contrats d'accéder au statut d'acte juridique international, ceux-ci n'ont jamais fait l'objet d'une définition précise. Aussi, cette théorie de l'ordre juridique de base a-t-elle été vivement critiquée, en particulier par le Professeur MAYER.

La critique du Professeur MAYER a essentiellement porté sur la distinction ordre juridique de base/droit applicable²¹⁶, qui, selon lui, résulterait d'une mauvaise appréhension du rôle de la règle de conflit de lois. Plus intéressant encore est le raisonnement suivi pour justifier le caractère contraignant de ce genre de contrats. En effet, la distinction à prendre en considération, ici, est celle entre l'« Etat-administration » (que l'auteur désigne sous les noms de « Gouvernement » ou d'« Administration ») et l'« Etat au sens du droit international » (pour lequel l'auteur utilise les mots « Etat souverain » ou « Etat »)²¹⁷. Alors que le premier ne serait pas tenu par les « promesses » faites par lui dans son ordre juridique interne, qu'il a d'ailleurs les moyens de modifier à sa guise²¹⁸, le second, parce qu'il contracte en tant que sujet de droit international, peut être tenu par la volonté exprimée dans l'acte en question²¹⁹, et ce au nom du principe *pacta sunt servanda*, dont l'investisseur peut invoquer la violation dans une instance arbitrale²²⁰. D'ailleurs, c'est cette dernière possibilité, en ce qu'elle déboucherait sur une sentence dont l'exequatur est obtenu, qui conditionne le caractère obligatoire du

²¹⁵ Cf. P. WEIL, « Les clauses de stabilisation ou d'intangibilité insérées dans les accords de développement économique », *op. cit.*, p. 301 ; « Droit international et contrats d'Etat », *op. cit.*, p. 580.

²¹⁶ Cf., en particulier, P. MAYER, « Le Mythe de 'l'ordre juridique de base' ou 'grundlegung' » in Mélanges GOLDMAN, Litec, 1982, XVI+429 p., 199-216.

²¹⁷ C'est, en tous cas, sur cette distinction qu'est basée l'analyse développée par le Professeur MAYER dans son article intitulé « La neutralisation du pouvoir normatif de l'Etat en matière de contrats d'Etat » (JDI 1986, pp. 5-78).

²¹⁸ Cf, notamment, P. MAYER, « La neutralisation du pouvoir normatif de l'Etat en matière de contrats d'Etat », *op. cit.*, § 11, p. 13.

²¹⁹ *Ibidem*, § 51-60, pp. 39-47.

²²⁰ *Ibidem*, § 53, p. 40.

contrat, et en particulier des clauses exorbitantes du droit commun qu'il contient : celui-ci n'a ni ordre juridique de base dont découlerait sa validité ni droit applicable²²¹.

Ces deux analyses appellent quelques remarques. Plusieurs de leurs aspects respectifs ne peuvent qu'être approuvés. Ainsi, l'idée d'un ordre juridique de base fondant le caractère obligatoire pour ses auteurs et la validité du contrat permet de souligner que le problème est de savoir si l'on est ou non en présence d'un acte juridique permettant à l'Etat d'accueil d'exprimer une volonté et d'être liée par celle-ci dans l'ordre international. De même, l'idée d'un contrat conclu avec l'Etat au sens du droit international a pour qualité première, à notre sens, de mettre en évidence l'importance, dans la relation contractuelle, des prérogatives inhérentes à sa qualité d'entité souveraine et, plus précisément, de celles découlant de sa compétence territoriale. Prises « hors-contexte » et associées, ces deux idées pourraient, cependant, déboucher sur des conclusions diamétralement opposées à celles des deux auteurs.

Replacées dans leurs « contextes » respectifs, ces deux idées sont, cependant, contestables et d'ailleurs contestées. Tout d'abord, la notion d'« accord de développement économique », en plus d'être contestable d'un point de vue purement idéologique, a des contours vraiment trop imprécis, ce qui explique d'ailleurs qu'elle n'ait pas été véritablement reçue par le droit international positif²²². De plus, l'idée d'une « internationalité », sinon intrinsèque au moins née de la volonté des parties au contrat a de quoi surprendre. En effet, dans cette hypothèse, il y a lieu d'admettre que la personne privée partie au contrat n'a pas *a priori* accès à l'ordre juridique international. Partant de là, la seule volonté à prendre en compte, à cet égard, est bien celle de la partie étatique. Or, n'est-il pas logique de penser qu'une telle volonté de porter le contrat vers l'ordre juridique international soit d'abord exprimée dans ce même ordre juridique, ce que de simples stipulations contractuelles ne peuvent à elles seules permettre ?

Pour ce qui est de l'idée d'un contrat conclu avec l'Etat au sens du droit international, celle-ci ne peut pas, en tant que telle, faire l'objet d'une contestation frontale, et ce que l'on adhère ou non au concept de « double personnalité » de l'Etat d'accueil. Cela étant, si l'on admet que la partie étatique contracte en tant que souverain, puisque c'est bien de cela qu'il

²²¹ Cf P. MAYER, « La neutralisation du pouvoir normatif de l'Etat en matière de contrats d'Etat », *op. cit.*, § 25, p. 25 ; C. LEBEN, « La théorie du contrat d'Etat et l'évolution du droit international des investissements », RCADI 2003, vol. 302, pp. 199-386, § 121, p. 263.

²²² En effet, il y a, à notre sens, lieu de considérer la notion d'« accord de développement économique », en tant qu'acte juridique intrinsèquement international, au mieux comme une construction théorique, doctrinale, dont les manifestations sont, en tous cas d'un point de vue quantitatif, restées relativement rares dans la pratique jurisprudentielle.

s'agit, ne doit-on pas composer avec la compétence territoriale souveraine de l'Etat d'accueil ? La solution retenue dans la sentence *Aminoil*²²³ est, en tous cas, à analyser comme une réponse affirmative à cette question. En effet, ce que nous retiendrons de cette sentence tient à ce qu'une stipulation contractuelle exorbitante du droit commun, telle qu'en l'occurrence une clause de stabilisation, ne peut pas être présumée valoir renonciation à une prérogative souveraine de l'Etat d'accueil, en l'occurrence le droit de nationaliser²²⁴. Tout au plus peut-on signaler l'existence, en pareil cas, d'une obligation d'indemniser, sur laquelle nous aurons l'occasion de revenir.

La deuxième série d'arguments est celle consistant à avancer que la personne privée partie au contrat accède, par le biais de ce dernier, à la qualité de sujet de droit international. Un rappel s'impose à ce stade sur ce qu'il y a lieu d'entendre par « sujet de droit international ». Ayons à l'esprit l'idée suivante, comme point de départ de notre propos : le sujet de droit international est une « entité susceptible d'être titulaire de droits et d'obligations trouvant leur source dans l'ordre juridique international »²²⁵. Rajoutons qu'être un sujet de droit international revient à avoir la personnalité juridique internationale, c'est-à-dire l'« aptitude à être [titulaire] de droits et [tenu] d'obligations selon le droit international »²²⁶, mais aussi la capacité juridique internationale, à savoir l'« ensemble des pouvoirs que l'ordre juridique international reconnaît ou accorde aux entités qu'il érige en personnes juridiques [...] »²²⁷.

Parmi les pouvoirs du titulaire de la capacité juridique internationale, on compte celui de faire valoir les droits qu'il tient de l'ordre juridique international dans une instance juridictionnelle elle-même internationale. Ainsi, le fait qu'un contrat du genre que nous analysons contienne une clause renvoyant à un mécanisme d'arbitrage qui accorde une place au droit international au sein du droit applicable par l'organe arbitral serait, dans cette

²²³ Cf. SA 24 mars 1982 *Aminoil c/ Koweït*, JDI 1982, pp. 869-909.

²²⁴ *Ibidem*, § 95, pp. 894-895. Le tribunal s'y exprime comme suit :

« Sans aucun doute, les limitations contractuelles du droit de l'Etat de nationaliser sont juridiquement possibles, mais cela impliquerait un engagement particulièrement grave qui devrait être expressément stipulé et qui devrait se conformer aux règles régissant la conclusion des contrats avec un Etat ; et en règle générale, elles ne devraient concerner qu'une période relativement limitée. Cependant, dans le cas présent, l'existence d'une telle stipulation devrait être présumée comme étant impliquée par les termes généraux des clauses de stabilisation et comme concernant toute la durée d'une concession particulièrement longue, puisque s'étendant sur une période de soixante ans. Une limitation des droits souverains de l'Etat doit d'autant moins se présumer que le concessionnaire possède, en tout état de cause, des garanties importantes relatives à des intérêts essentiels sous la forme d'un droit à une indemnité éventuelle ».

²²⁵ Cf. J. SALMON (dir.) , op. cit., entrée « Sujet de droit international », p. 1062.

²²⁶ *Ibidem*, entrée « II. Personnalité juridique internationale », p. 820.

²²⁷ *Ibidem*, entrée « Capacité juridique internationale », p. 147.

optique, perçu non seulement comme un signe d'une volonté de l'Etat de conférer un statut de sujet dérivé du droit international à son cocontractant personne privée mais encore comme un indice de l'« internationalité » du contrat en question.

Plusieurs initiatives ont été menées dans ce sens, avec comme point commun le souci de permettre l'application du droit international par l'arbitre éventuellement saisi du différend. On pense, dans un premier temps, à celle de la Chambre de Commerce Internationale qui a débouché sur son fameux Règlement d'arbitrage²²⁸. Il y a cependant lieu, à notre sens, de focaliser sur celles des initiatives mentionnées plus haut qui ont été consacrées par un instrument conventionnel, et ce pour la simple et bonne raison qu'il est plus facile de rapporter la preuve de l'« adhésion » ou non des Etats à leur contenu. Deux traités viennent alors à l'esprit : la Convention de New-York pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères²²⁹ et celle de Washington sur le règlement des différends relatifs aux investissements entre Etats et ressortissants d'autres Etats²³⁰.

La Convention de New-York, comme son intitulé l'indique, a pour but de renforcer l'autorité des sentences étrangères à l'égard des Etats signataires. En effet, elle consacre une obligation pour ces derniers d'exécuter lesdites sentences²³¹. Il est intéressant, à ce stade, de noter que ce traité résulte également d'une initiative de la CCI. Aussi, devons-nous analyser cette dernière comme un élément parmi d'autres d'une démarche d'ensemble. Alors que le Règlement d'arbitrage CCI, qui n'a pourtant pas été gravé dans le marbre conventionnel, du moins en tant que tel, offre à l'arbitre saisi la possibilité, à défaut d'un choix opéré par les parties, d'appliquer « les règles de droit qu'il juge appropriées »²³² ou de tenir compte des « usages du commerce pertinents »²³³ pouvant être assimilés aux PGD²³⁴, la Convention de

²²⁸ Cf. Chambre de commerce internationale, *Règlement d'arbitrage – Règlement de médiation*, ICC, Paris, 2015, 90 p..

²²⁹ Cf. <http://www.uncitral.org/pdf/french/texts/arbitration/NY-conv/New-York-Convention-F.pdf> ; <https://www.uncitral.org/pdf/french/texts/arbitration/arb-rules-revised/arb-rules-revised-f.pdf>.

²³⁰ Cf. https://icsid.worldbank.org/ICSID/StaticFiles/basicdoc-fra/CRR_French-final.pdf.

²³¹ Cf., en particulier, art. III de ladite Convention, rédigé comme suit :

« Chacun des États contractants reconnaîtra l'autorité d'une sentence arbitrale et accordera l'exécution de cette sentence conformément aux règles de procédure suivies dans le territoire où la sentence est invoquée, aux conditions établies dans les articles suivants. Il ne sera pas imposé, pour la reconnaissance ou l'exécution des sentences arbitrales auxquelles s'applique la présente Convention, de conditions sensiblement plus rigoureuses, ni de frais de justice sensiblement plus élevés, que ceux qui sont imposés pour la reconnaissance ou l'exécution des sentences arbitrales nationales. »

²³² Cf. art. 21 § 1.

²³³ Cf. art. 21 § 2.

²³⁴ Cf. R. BACHAND, « Les mécanismes de règlement des différends relatifs aux investissements – l'ALENA comme modèle ? », <http://www.heim.uqam.ca/IMG/pdf/Invests.pdf> , 44 p., p. 13. Prenons, toutefois, le temps de

New-York protégerait les sentences ainsi rendues contre les réticences d'un Etat d'accueil à les exécuter une fois rendues. Leur succès, comparé à celui de la Convention de Washington dans le domaine des investissements, est cependant assez relatif.

En effet, alors que celle de New-York peut être perçue comme inadaptée au domaine évoqué plus haut, en ce qu'elle concerne plus des rapports entre personnes privées, la Convention de Washington lui est, au contraire, spécialement consacrée. Nous avons certes vu plus haut que les auteurs de cette Convention ont opté pour une approche privilégiant largement le droit processuel par rapport au droit matériel. Nous avons également évoqué les raisons de ce choix, tenant essentiellement à la difficulté de faire accepter cette approche aux Etats du Sud. Il n'en demeure pas moins que la Convention de Washington s'inscrit dans la logique décrite plus haut : permettre à l'investisseur d'attraire directement l'Etat auquel un différend concernant son investissement l'oppose devant un organe arbitral susceptible d'appliquer le droit international. On pense à son fameux article 42 § 1 rédigé comme suit :

« Le Tribunal statue sur le différend conformément aux règles de droit adoptées par les parties. Faute d'accord entre les parties, le Tribunal applique le droit de l'Etat contractant partie au différend – y compris les règles relatives aux conflits de lois – ainsi que les principes de droit international en la matière ».

Ainsi, si l'on s'en tient à la lettre de la Convention, le droit international ne s'appliquerait qu'à titre subsidiaire et encore pas dans son entièreté²³⁵. Il reste qu'à la différence de la Convention de New-York, mention explicite est faite du droit international en tant qu'élément potentiel du droit applicable au différend. De plus, les sentences rendues par ce biais sont directement exécutoires et dispensées d'*exequatur*²³⁶. À cela s'ajoute le fait que, même si les Etats parties à la Convention de Washington conservent leurs immunités de juridiction et

noter que la portée d'un principe général de droit peut varier selon qu'elle est appréhendée du point de vue du droit international ou de ceux du droit commercial international, de la *lex mercatoria* ou même, éventuellement, du droit transnational, pour peu que l'on en admette l'existence. Cf., dans le sens inverse de l'assimilation des usages du commerce international aux principes généraux du droit du commerce international, E. GAILLARD, « La distinction des principes généraux du droit et des usages du commerce international » in Mélanges BELLET, Litec, Paris, 1991, 534 p. pp. 203-217.

²³⁵ Il convient, cependant, de préciser que la mention de « la matière » n'est pas à prendre comme excluant l'application de certaines règles de droit international par rapport à d'autres (cf. C. SCHREUER, *The ICSID Convention : A Commentary*, Cambridge University Press, 1^{ère} édition, 2001, 1466 p., pp. 621-622, § 126-129). Cela étant, il est permis d'imaginer, tout en gardant notre hypothèse de départ à l'esprit, que l'une des parties à un différend devant être tranché par le CIRDI invoque, au soutien de ses prétentions, des règles de droit international qui n'ont pas vocation à s'appliquer au type de relation considéré.

²³⁶ Cf. art. 54.

d'exécution, ces derniers n'ont pas intérêt à en jouer, ne serait-ce que pour ne pas « contrarier » la Banque Mondiale.

La question qui se pose à nous est alors la suivante : l'insertion, dans le contrat, d'une clause de règlement renvoyant à ce genre de mécanisme d'arbitrage peut-elle faire un sujet de droit international du cocontractant personne privée ? À en croire un bon nombre d'auteurs, par ailleurs promoteurs de la théorie du standard minimum, il serait possible d'y répondre de façon affirmative²³⁷. Pour peu que l'on adhère à cette proposition, il faut immédiatement la nuancer. Rappelons en effet que, dans notre hypothèse de départ, le contrat n'est pas couvert par un acte juridique international et qu'il s'agit pour nous de vérifier s'il peut lui-même « produire » les facteurs de sa propre « internationalisation ». Nous avons vu en quoi les clauses exorbitantes étaient insuffisantes à produire cette dernière. Cela est moins évident avec les clauses d'arbitrage auxquelles nous faisons allusion, la « clause CIRDI » en tête. Ainsi, on peut tout à fait concéder qu'une telle clause soit autonome par rapport au reste du contrat, quitte à justifier ladite autonomie par le caractère international du mécanisme d'arbitrage auquel il est renvoyé.

Pour autant, le caractère international du contrat en question ne va pas de soi, loin s'en faut. Nous avons, en effet, vu plus haut, la place subsidiaire qui est, si l'on s'en tient à la lettre de la Convention de Washington, est celle du droit international dans le droit applicable par l'arbitre. On sait aussi que rares seront les hypothèses où le droit international sera retenu de façon explicite comme seul droit applicable par les parties. En supposant, maintenant, que tel soit le cas et que l'arbitre se prononce conformément au droit international, il ne sera toujours pas possible de conclure à l'« internationalité » du contrat. En effet, la Convention de Washington ne « couvre » pas le contrat mais la sentence²³⁸. La conséquence est la suivante : si, dans ce cas, l'investisseur pourrait bénéficier de l'application du droit international, ce ne serait pas en tant que partie à un acte juridique international, ou même, oserait-on dire, au différend, qui, dans ce cas, pourrait même ne pas être qualifié d'international. Or, rien d'extérieur au contrat ne garantit, dans notre hypothèse de départ, la qualité de sujet de droit international à la partie personne privée. Ce qui vaut dans le cas où le droit international a été choisi comme droit applicable au contrat et au différend par les parties vaudra *a fortiori* en l'absence d'un tel choix.

²³⁷ Cf., par exemple, C. LEBEN, « La théorie du contrat d'Etat et l'évolution du droit international des investissements », *op. cit.*, § 193-321, pp. 299-321.

²³⁸ Cf. art. 53 à 55.

En conclusion de ce qui précède, il est, à notre sens, difficile de soutenir l'idée d'une « internationalisation » voire de l'« internationalité » du contrat d'Etat par le biais de facteurs intrinsèques. En effet, telle que défendue par les promoteurs de la théorie de l'« internationalisation », la soumission du contrat transnational d'investissement au droit international paraît assez fragile. De plus, rien de décisif n'apparaît dans le droit positif confortant la proposition en vertu de laquelle certains de ces contrats sinon tous sont des actes juridiques internationaux à part entière. Un cheminement intellectuel similaire, appliqué cette fois-ci aux lois et réglementations de l'Etat d'accueil, aboutirait, de toute façon, à des résultats analogues.

§ 2 — « Internationalisation » des lois & réglementations de l'Etat d'accueil

La question de l'« internationalisation » des lois et réglementations de l'Etat d'accueil ne se pose pas de la même façon que celle précédemment posée de l'« internationalisation » des contrats d'Etat. En effet, elle se pose essentiellement dans l'hypothèse de lois et réglementations considérées comme incitatives à l'investissement étranger. Pour le comprendre, il faut garder à l'esprit que le « Consensus de Washington », évoqué quelques développements plus haut, a été activement promu par les grandes institutions financières internationales que sont le FMI et la Banque Mondiale. Ce « Consensus » est, rappelons-le, constitué par dix « solutions » dégagées par l'économiste John WILLIAMSON dont l'application est censée aider à lutter contre la crise de la dette de l'Etat, parmi lesquelles on compte celle consistant à éliminer les barrières aux investissements directs étrangers²³⁹. Ainsi les deux institutions précitées auraient tendance à subordonner l'octroi de leur aide financière à l'alignement des Etats sur les fameuses « solutions ». Partant de là, un grand nombre d'Etats, essentiellement du Tiers-Monde, ont été amenés à adapter leurs droits internes à ces exigences, en particulier en matière d'investissements étrangers. D'où l'émergence de mesures incitatives présentées comme favorisant l'existence d'un « climat favorable » à l'investissement. Plusieurs remarques viennent alors à l'esprit.

La première de ces remarques tient à la forme de ces mesures. Elles sont souvent regroupées au sein d'un code d'investissement²⁴⁰. En plus de constituer un corps de règles

²³⁹ Cf., notamment, R. DOLZER & C. SCHREUER, *op. cit.*, p. 87.

²⁴⁰ Pour une définition de la notion de code d'investissement, cf., notamment, J. SALMON (dir.), *op. cit.*, entrée « Code d'investissement », p. 189.

cohérent spécifiquement destiné à régir les investissements étrangers, ce type d'instruments, surtout quand il se veut incitatif, fait le plus souvent l'objet d'une publicité²⁴¹. Pour ce qui est de la tonalité générale de ces instruments d'incitation, il n'est pas rare qu'ils reprennent la « philosophie » des grandes institutions financières ou de certaines organisations internationales telle qu'exprimée dans des textes non contraignants, tels que les Principes directeurs de la Banque Mondiale²⁴², par exemple. Ainsi, cette pratique internationale, qui influence la pratique conventionnelle bilatérale, arrive, dans une mesure certes moindre, à se refléter dans les droits internes des pays souhaitant attirer les flux d'investissements en provenance des Etats occidentaux. On pense, en particulier, aux garanties substantielles en matière de traitement et de protection ainsi que celles en matière de règlement des différends (A). Cela étant, nous avons déjà relevé que tous ces codes d'investissement incitatifs ne suffisaient pas, du moins en l'état actuel du droit positif à forger une règle coutumière. L'idée a, en revanche, été avancée qu'ils constituaient autant d'engagements internationaux de la part des Etats qui les ont édictés, engagements sur lesquels lesdits ne seraient pas libres de revenir en modifiant unilatéralement leurs droits internes²⁴³. On serait, dans ce cas, dans une véritable hypothèse d'« internationalisation » des lois et réglementations d'un Etat d'accueil. Aussi, cette idée mérite-t-elle d'être discutée (B).

A — Garanties substantielles et procédurales issues du droit interne

Que faut-il entendre par « garanties » ? Il ne s'agit pas, dans ce cas précis, « des mécanismes qui ont pour objet de transférer de l'investisseur à un organisme spécialisé, l'organisme de garantie, les conséquences financières qui résultent pour cet investisseur de la survenance d'un sinistre politique »²⁴⁴. Si l'on devait fournir une définition du terme « garanties » tel qu'employé dans ces développements, on pourrait dire qu'il s'agit des avantages accordés à l'investisseur par le biais des codes d'investissement. Ceux desdits avantages qui nous intéressent ont trait, nous l'avons laissé entendre *supra*, au traitement et à la protection de l'investissement, d'une part, au règlement des différends le concernant, d'autre part. Nous avons aussi laissé entendre que ces avantages consentis se situaient dans la droite ligne de la « philosophie » des institutions financières internationales susceptibles de

²⁴¹ Cf. P. JUILLARD, « L'évolution des sources du droit des investissements », *op. cit.*, § 67-72, pp. 52-54.

²⁴² *Ibidem*, § 59, p. 48.

²⁴³ Le Pr. JUILLARD est le défenseur le plus connu de cette idée. Nous choisissons, par conséquent, de prendre appui sur les travaux de ce dernier pour discuter l'idée en question.

²⁴⁴ Cf. D. CARREAU & P. JUILLARD, *op. cit.*, § 1393, p. 513.

prêter aux Etats auteurs de ces codes ou des organisations internationales défendant les intérêts économiques des Etats occidentaux. Aussi, n'est-il pas surprenant de retrouver dans ces codes une tonalité rappelant, dans une certaine mesure, non seulement celle d'instruments non contraignants comme les Principes directeurs de la Banque Mondiale ou les Projets OCDE de Convention sur la protection des biens étrangers²⁴⁵ et d'AMI²⁴⁶ mais aussi celle de TBI.

Ainsi, les Etats souhaitant attirer les IDE en provenance des Etats occidentaux ont tendance à formuler la règle de traitement de l'investisseur de façon à ce que celle-ci lui soit plus favorable que la règle de traitement national. On parle alors de traitement préférentiel²⁴⁷. Il est certes clair que les normes de traitement telles qu'elles apparaîtront dans les codes d'investissement seront définies de façon beaucoup plus précises et concrètes²⁴⁸. Cela étant, la logique consistant à dissocier intellectuellement le traitement national de celui de l'investisseur se retrouve dans ces législations incitatives²⁴⁹, et ce que le dernier traitement soit ou non défini par rapport au premier²⁵⁰. De même, le contenu de ces règles de traitement est fortement imprégné d'une volonté d'instaurer un cadre juridique favorable à l'investisseur étranger une fois l'investissement constitué²⁵¹, sachant qu'il n'est pas non plus rare que la constitution de l'investissement soit largement facilitée²⁵².

²⁴⁵ Pour le projet de 1962, cf. *International Legal Materials* 1963, p. 241 et s. ; pour celui de 1968, cf. UNCTAD, *International Investment Instruments : A Compendium Volume 2* (UNCTAD/DTCI/30[Vol.II]), New-York/Genève, United Nations, 1996, 577 p., pp. 113-119.

²⁴⁶ Cf. OCDE, L'accord multilatéral sur l'investissement – Projet de texte consolidé, 24 avril 1998, DAFFE/MAI(98)7/REV1, 153 p., <http://www1.oecd.org/daf/mai/pdf/ng/ng987r1f.pdf>

²⁴⁷ Cf. C. VADCAR, « Régime applicable à l'investissement direct étranger en droits français et étrangers », *Jurisclasseur Droit International*, fasc. 565-52, § 11-13, p. 4.

²⁴⁸ Elles ne feront, en effet, par définition, pas de négociations aussi âpres, quant à leur contenu, que les dispositions conventionnelles consacrées au traitement de l'investissement, l'Etat de territorialité gardant une plus grande latitude dans l'exercice de sa compétence souveraine.

²⁴⁹ C'est, en tous cas, celle qui semble prévaloir dans la pratique. Cf. P. JUILLARD, « L'évolution des sources du droit des investissements », *op. cit.*, § 42, pp. 41-42.

²⁵⁰ *Ibidem*.

²⁵¹ Le Pr. JUILLARD distingue, à cet égard, ce qui concerne d'une part la constitution et la liquidation de l'investissement, qui répond, selon lui, à une exigence de mobilité, de ce qui a trait à son traitement et à sa protection, qui répond à une exigence de stabilité (cf. P. JUILLARD, « L'évolution des sources du droit des investissements », *op. cit.*, § 36-40, pp. 39-41). Ces deux exigences sont, dans la pensée de l'auteur, perçues comme correspondant à la nécessité de promouvoir les flux d'investissements vers les pays édictant les codes étudiés. Pour ce qui est de l'exigence de stabilité, il s'agit de conserver ce qui, dans le droit interne de l'Etat de territorialité, a motivé la décision d'investir (cf. P. JUILLARD, « L'évolution des sources du droit des investissements », *op. cit.*, § 73, pp. 54-56).

²⁵² Pour présenter les choses de façon schématique, la constitution de l'investissement dans ce cas de figure peut être facilitée par deux catégories de facteurs, à savoir ceux tenant au caractère incitatif de la législation mais ceux participant d'une démarche à rendre le dispositif proposé connu de l'investisseur. Ce dernier groupe de facteurs

La communauté de logiques décrite plus haut apparaît de façon encore plus claire en ce qui concerne les règles de protection contenues dans les droits internes des Etats souhaitant attirer les investissements en provenance des pays occidentaux. En effet, il se peut, par exemple, que l'investisseur soit protégé par des dispositions inhibant l'impact d'éventuelles mesures de nationalisations, soit par le biais du résultat cumulé de dispositions concernant le traitement contenues dans des normes de valeur infra constitutionnelle, soit grâce au jeu de normes constitutionnelles cette fois garantissant le droit de propriété et encadrant l'exercice par l'Etat d'accueil de son droit de nationaliser les biens se situant dans le champ d'application de sa compétence territoriale²⁵³. De plus, il arrive que le droit interne d'un Etat d'accueil consacre en tant que principe la stabilité législative et réglementaire, ce qui n'est pas sans faire penser aux clauses de stabilisation et d'intangibilité que l'on rencontre dans les contrats transnationaux d'investissement²⁵⁴.

Le dernier type notable de garanties censées stimuler les flux d'IDE en provenance des pays occidentaux a trait non pas au droit matériel mais au droit processuel. Il s'agit, plus précisément, pour l'Etat d'accueil de permettre la « délocalisation » d'un éventuel contentieux l'opposant à l'investisseur étranger, et ce le plus souvent au profit d'une instance arbitrale, *ad hoc* ou institutionnelle²⁵⁵. On notera, à ce stade, que la « délocalisation » du contentieux présentée comme un facteur d'incitation revient à conforter l'idée évoquée plus haut selon laquelle les tribunaux internes de l'Etat seraient par essence inadaptés à ce type de litiges, idée dont nous avons commencé à démontrer les faiblesses. Quoi qu'il en soit, le renvoi par la législation d'un Etat d'accueil à l'arbitrage CIRDI, en particulier, pour le règlement des différends concernant l'investissement est perçu comme l'ultime garantie, non seulement du fait de la « délocalisation » du contentieux, mais aussi parce qu'un tel renvoi permet de maintenir une certaine forme d'ambiguité quant au droit applicable au différend²⁵⁶. Cela est

correspond à ce que le Pr. JUILLARD appelle l'exigence de publicité (cf. P. JUILLARD, « L'évolution des sources du droit de l'investissement », *op. cit.*, § 69-72, pp. 52-54).

²⁵³ Cf. C. VADCAR, « Régime applicable à l'investissement direct étranger en droits français et étrangers », *op. cit.*, § 63-64, p. 12.

²⁵⁴ *Ibidem*, § 68-74, pp. 12-14.

²⁵⁵ Cf. C. SCHREUER, « Consent to arbitration » in P. MUCHLINSKI, F. ORTINO & C. SCHREUER, *The Oxford Handbook of International Investment Law*, Oxford, OUP, 1ère édition, 2008, LXV+1282 p., pp. 830-867, pp. 833-835.

²⁵⁶ Une telle ambiguïté naîtrait, en particulier, de la rédaction de l'article 42 § 1 de la Convention de Washington :

« *Le Tribunal statue sur le différend conformément aux règles de droit adoptées par les parties. Faute d'accord entre les parties, le Tribunal applique le droit de l'Etat contractant partie au différend - y compris les règles relatives aux conflits de lois - ainsi que les principes de droit international en la matière.* »

d'autant plus vrai que l'on sait quelles conséquences la jurisprudence CIRDI fait produire à un tel renvoi en termes de consentement donné par l'Etat à sa compétence²⁵⁷.

Ainsi, nous voyons en quoi peuvent consister les avantages accordés, en particulier dans les codes d'investissement, par les Etats désireux d'attirer les investissements en provenance des pays occidentaux aux investisseurs étrangers, et ce qu'ils s'agissent de garanties substantielles ou procédurales. De tels avantages correspondent en plus d'un point à ce que préconise le Consensus de Washington en matière d'investissements étrangers et s'inscrivent dans la logique qui celle des promoteurs de la théorie du standard minimum. La question qui se pose alors est celle de savoir si le fait pour un Etat de procéder ainsi vaut en soi, comme certains auteurs le pensent, engagement international.

B — Engagement international par le biais du droit interne

Quel sens donner au terme « engagement » ? Définissons-le, pour les besoins de notre analyse, comme une « manifestation de volonté par laquelle un sujet de droit assume une obligation, se lie par une promesse de faire ou de ne pas faire quelque chose »²⁵⁸. Un engagement international est donc celui pris dans l'ordre juridique international. En quoi le fait pour un Etat d'édicter un code d'investissements incitatif, en ce qu'il contient des garanties bénéficiant aux investisseurs étrangers, est-il constitutif d'un engagement international ? L'opinion du Professeur JUILLARD sera le point de départ de notre analyse. En effet, selon cet auteur, « le code d'investissement, en droit international, s'analyse comme un acte unilatéral »²⁵⁹.

Comment arrive-t-il à une telle conclusion ? Selon lui, un code d'investissement incitatif, « par la solennité qu'il revêt, par la publicité qui lui est donnée, constitue comme une promesse faite par le pays importateur virtuel d'investissements à tous les pays exportateurs

En effet, dans l'hypothèse de travail qui est ici la nôtre, l'investissement concerné n'est, rappelons-le, couvert par aucun instrument international.

²⁵⁷ Depuis les deux sentences rendues sur la compétence dans l'affaire *SPP c/ Egypte* (ARB/84/3), les tribunaux CIRDI considèrent que le consentement exprimé par un Etat à l'arbitrage CIRDI dans sa propre législation peut valablement fonder la compétence du Centre (cf. CIRDI Compétence 27 novembre 1985 & 14 avril 1988 ; extraits et commentaires in E. GAILLARD, *La Jurisprudence du CIRDI*, Paris, Pédone, 2004, vi+1105 p., pp. 347-361).

²⁵⁸ Cf J. SALMON (dir.), *op. cit.*, entrée « Engagement » (sens A), pp. 426-427.

²⁵⁹ Cf. D. CARREAU & P. JUILLARD, *op. cit.*, § 1354, p. 491.

virtuels d'investissements »²⁶⁰. De ce fait, le raisonnement tenu par la CIJ dans l'arrêt *Essais nucléaires*²⁶¹ rendu en 1974, considéré comme contenant l'essentiel de la théorie des actes unilatéraux en droit international, trouve à s'appliquer et le code d'investissement peut être perçu comme créant des obligations juridiques internationales à la charge de l'Etat qui l'a édicté²⁶². La conséquence de ce qui précède est, en toute logique, que l'Etat auteur du code ne peut pas revenir de façon unilatérale sur les garanties consenties à l'investisseur²⁶³.

Il est, cependant, permis d'être moins affirmatif. Certes, les codes d'investissements incitatifs apparaissent comme autant de « promesses » faites par les Etats qui les ont édictés d'un « climat favorable à l'investissement ». Cela étant, il y a lieu de revenir sur la théorie des actes unilatéraux en droit international. Quelle définition donner à la notion d'acte unilatéral ? L'acte unilatéral étatique a pu être défini comme étant un « acte imputable à la volonté d'un seul Etat et pouvant entraîner des obligations juridiques pour cet Etat s'il a été accompli avec l'intention de lier »²⁶⁴. On ne s'avancerait alors que très peu en présentant cette « intention de lier » comme l'un des éléments conditionnant la qualification d'acte unilatéral et l'application du régime de ce type d'acte²⁶⁵.

Or, peut-on être aussi catégorique en ce qui concerne les codes incitatifs ? Doit-on, en particulier, en déduire une volonté de leurs auteurs de s'engager internationalement par ce biais ? Il est permis d'en douter. On peut plus facilement y voir une démarche destinée à séduire les milieux d'affaire qu'une promesse solennelle destinée à produire des effets de droit dans les relations entre l'Etat de territorialité et celui de nationalité. De plus, si l'on doit pousser l'analyse plus loin, et ce en gardant notre hypothèse de départ à l'esprit, on peut imaginer un contre-argument selon lequel l'Etat, auteur du code, manifesterait son intention d'être lié non pas à l'Etat de nationalité mais à l'investisseur lui-même. Encore faudrait-il que ce dernier ait, de façon claire, été élevé, dans sa relation juridique avec l'Etat d'accueil, à la « dignité » de sujet de droit international envers lequel un tel engagement serait possible, ce

²⁶⁰ *Ibidem*. Cf. également P. JUILLARD, « L'évolution des sources du droit des investissements », *op. cit.*, pp 58-74, § 73-105.

²⁶¹ Cf. CIJ Fond 20 décembre 1974 *Essais nucléaires*, Rec. 1974, pp. 253-457.

²⁶² Cf. D. CARREAU & P. JUILLARD, *op. cit.*, § 1354, pp. 491-492.

²⁶³ *Ibidem*.

²⁶⁴ Cf. J. SALMON (dir.), *op.cit.*, entrée « Acte unilatéral étatique », p. 32.

²⁶⁵ Il convient, à cet égard, de préciser que l'« intention de se lier » dont il est ici question est bien une intention de le faire dans l'ordre juridique international. Les actes unilatéraux habituellement cités comme illustrant la définition classique (on pense, par exemple, à la reconnaissance, la notification ou la renonciation) sont, a priori, perçus comme s'insérant naturellement dans le cadre de relations interétatiques, et ce même si rien n'interdit qu'ils puissent être utilisés pour s'engager vis-à-vis d'autres sujets de droit international.

qui dans notre hypothèse de départ n'est pas le cas. Il s'ensuit, selon nous, que l'*estoppel* est aussi peu envisageable dans la relation interétatique évoquée plus haut que dans celle de l'Etat d'accueil avec l'investisseur étranger.

En ce qui concerne, maintenant, la substance de l'éventuel engagement, nous savons que ces codes peuvent contenir des dispositions stabilisant le droit interne au profit de l'investisseur étranger ou inhibant le droit pour l'Etat de nationaliser. Ces dispositions valent-elles engagement international sur lesquels l'Etat ne peut revenir en modifiant unilatéralement son ordonnancement juridique ? Le principal élément de réponse à cette question est formulé par la jurisprudence internationale : il s'agit du principe selon lequel les limitations apportées aux compétences souveraines d'un Etat ne se présument pas²⁶⁶. Partant de là, il y a lieu d'interpréter les dispositions en question de façon restrictive et de prendre en compte la possibilité pour l'Etat de modifier son droit interne dans les limites que lui pose le droit international. On en revient ainsi au problème du contenu du droit international général en matière d'investissements étrangers.

Ainsi, aucun facteur intrinsèque aux instruments de détermination du régime juridique de l'investissement étranger dans l'ordre juridique interne de l'Etat d'accueil ne peut être considéré comme permettant l'« internationalisation » dudit régime. Cela est, en particulier, vrai des contrats transnationaux d'investissement, dont aucune clause, fût-elle exorbitante du droit commun, ne suffit à en faire une source formelle de droit international, ainsi que des codes d'investissement incitatifs, qui peuvent très difficilement être considérés comme une manifestation de la volonté de leurs auteurs de s'engager internationalement par leur seul biais. Une telle « internationalisation » ne peut se produire que par le biais de facteurs « extrinsèques », lesquels facteurs seront essentiellement contenus dans les traités bilatéraux d'investissement.

²⁶⁶ Cf. CPJI 7 septembre 1927 *Lotus*, série A, n° 10, p. 18. Le passage auquel nous pensons est rédigé comme suit :

« [...] Le droit international régit les rapports entre des États indépendants. Les règles de droit liant les États procèdent donc de la volonté de ceux-ci, volonté manifestée dans des conventions ou dans des usages acceptés généralement comme consacrant des principes de droit et établis en vue de régler la co-existence de ces communautés indépendantes ou en vue de la poursuite de buts communs. Les limitations de l'indépendance des États ne se présument donc pas. [...] »

Section 2 — Facteurs extrinsèques d’« internationalisation » du régime juridique de l’investissement étranger

Nous venons de voir, plus haut, que rien ne permet, dans la pratique, au sens large, telle que nous la connaissons, d’identifier des facteurs intrinsèques d’« internationalisation » du régime juridique d’un investissement étranger, régime qu’on sait *a priori* relever, en principe et par hypothèse, du droit interne de l’Etat de territorialité. S’il peut y avoir « internationalisation », celle-ci ne peut intervenir que par le biais de facteurs extrinsèques. Lesdits facteurs seront extrinsèques car extérieurs au régime juridique de l’investissement considéré, et ce qu’il s’agisse du contenu ou du contenant. Ils seront également extrinsèques du fait qu’ils seront extérieurs à l’ordre juridique interne dans lequel est ancré, là encore, *a priori*, en principe et par hypothèse le régime juridique concerné, en tant qu’ensemble de règles applicables. Or, le seul ordre juridique dans lequel peuvent exister de tels facteurs est bien l’ordre juridique international.

Quels sont, alors, les facteurs en question ? Pour répondre à cette question avec un minimum d’exactitude, il faut garder ce qu’est l’« internationalisation » à l’esprit : il s’agit de permettre à une norme d’un ordre juridique interne donné de produire un écho dans l’ordre juridique international, lequel écho sera synonyme d’obligation internationale primaire pour un sujet de droit international. Cet écho sera, bien sûr, le résultat d’une action provenant de l’ordre juridique international. Quand on ramène cette idée au domaine étudié, il s’agit de permettre à des éléments du régime juridique de l’investissement étranger de produire l’écho évoqué, écho synonyme d’obligation internationale primaire pour l’Etat de territorialité. Une fois ce rappel effectué, on conçoit plus aisément que seule une norme juridique internationale peut générer un tel phénomène.

Nous savons d’ores et déjà que cette norme juridique ne sera pas coutumière, vu l’indigence actuelle du droit coutumier en matière d’investissements étrangers : le résultat escompté sera essentiellement obtenu par le biais d’éventuels engagements conventionnels de l’Etat d’accueil, ce dernier s’engageant principalement par le biais de traités contenant des dispositions matérielles en matière d’investissements étrangers. La première question à se poser est de savoir lesquelles, parmi lesdites dispositions, produisent un effet « internationalisant » (§ 1), la seconde question étant celle de la portée des engagements concernés (§ 2).

§ 1 — Engagements conventionnels de l'Etat d'accueil

Ce sont bien les engagements conventionnels de l'Etat d'accueil qui traduisent son acceptation de l'« internationalisation » du régime juridique de l'investissement étranger réalisé sur son territoire. Plus exactement, ces engagements peuvent consolider ce qui a été concédé à l'investisseur dans l'ordre juridique interne de l'Etat de territorialité. Ainsi, le caractère contraignant d'un contrat transnational pour la partie étatique peut être renforcé par le biais de ses obligations conventionnelles. De même, les avantages d'origine non contractuelle dont bénéficie l'investisseur peuvent se voir reflétés dans l'ordre juridique international grâce aux dispositions d'un traité.

Comment un tel résultat peut-il être atteint ? Il existe, dans la pratique conventionnelle en matière d'investissements, une disposition conventionnelle obligeant les Etats à respecter les engagements pris à l'égard des investisseurs étrangers ressortissants. C'est une clause que l'on rencontre dans un nombre conséquent de traités d'investissement mais pas dans leur totalité. En effet, elle n'apparaît pas, exception notable, dans l'ALENA. De plus, la variété des rédactions possibles ne permet pas de prêter la même portée, voire la même efficacité, à toutes les clauses de ce type, ce dont atteste d'ailleurs la jurisprudence arbitrale. Quoi qu'il en soit, les multiples appellations retenues pour cette clause (« clause-parapluie », *umbrella clause*, « clause de couverture », pour ne citer que celles-là) évoquent toutes la volonté des parties aux traités qui la contiennent de lui faire produire un effet « internationalisant ».

Dans tous les cas, le jeu de la clause évoquée précédemment sera éventuellement complété par l'effet « internationalisant » d'autres clauses usuelles dans la pratique conventionnelle, clauses qui ont d'ailleurs été identifiées par la doctrine. Il s'agit pour l'essentiel de clauses de droit matériel ayant trait au traitement et à la protection des investissements. Ces clauses auraient en commun d'opérer, elles aussi, quoi que d'une manière moins directe, une certaine forme de « couverture » des avantages, en particulier contractuels, accordés à l'investisseur dans l'ordre juridique interne. L'effet « internationalisant » de la « clause de couverture », dans les diverses rédactions retenues dans les traités d'investissement, (A) apparaît de façon certainement plus évidente que celui d'autres clauses conventionnelles contenues dans lesdits traités (B).

A — Jeu de la clause dite « de couverture »

Il est clair que la clause de couverture est et a, dès son origine, été pensée comme devant produire un effet « internationalisant » du régime juridique de l’investissement étranger²⁶⁷. Il s’agit, en effet, pour les auteurs du traité contenant cette clause de garantir le respect par l’Etat d’accueil de ses engagements à l’égard de l’investisseur étranger bénéficiant de la protection conventionnelle²⁶⁸. Notons, au passage, qu’une clause assez voisine procède du même type de volonté : celle de « préservation de la norme la plus favorable »²⁶⁹, la norme en question pouvant être une norme interne, d’origine contractuelle ou non. D’un point de vue purement historique, la clause de couverture fait partie intégrante de projets tels que celui de ABS et SHAWCROSS²⁷⁰ ou encore celui de l’OCDE sur la protection des biens étrangers²⁷¹. L’intention des auteurs de ce projet était sans équivoque : rechercher l’« internationalisation » des contrats, rendue plus difficile à justifier du fait de la jurisprudence *Emprunts serbes et brésiliens*, par voie conventionnelle. Dans le dernier projet cité, la clause de couverture apparaît rédigée comme suit :

« *Each Party shall at all times ensure the observance of undertakings given by it in relation to property of nationals of any other Party.* »²⁷²

Les rédactions retenues dans la pratique conventionnelle modernes sont cependant diverses, comme les récents contentieux concernant l’application et la portée de cette clause

²⁶⁷ Cf., notamment, pour une description de ce type de dispositions, W. BEN HAMIDA, « La clause relative au respect des engagements dans les traités d’investissement » in C. LEBEN (dir.), *Le contentieux arbitral transnational relatif à l’investissement – Nouveaux développements*, Anthemis, 2006, 396 p., pp. 53-105 ; R. DOLZER & C. SCHREUER, *op. cit.*, pp. 166-178 ; A. NEWCOMBE & LL. PARADELL, *Law and Practice of Investment Treaties – Standards of Treatment*, Kluwer Law International, 2009, xxx+614 p., pp. 437-479 ; J. CAZALA, « La clause de respect des engagements » in C. LEBEN (dir.), *Droit international des investissements et de l’arbitrage transnational*, Paris, Pedone, 2015, xvii+1141 p., pp. 347-373 ; G. CAHIN, « La clause de couverture (dite *umbrella clause*) », RGDIP 2015 (Dossier « Les techniques conventionnelles du droit international des investissements »), pp. 103-143.

²⁶⁸ Cf. R. DOLZER & C. SCHREUER, *op. cit.*, p. 166.

²⁶⁹ Cf. W. BEN HAMIDA, *op. cit.*, p. 96.

²⁷⁰ Cf. « Draft Convention on Investments Abroad » in UNCTAD, *International Investment Instruments : A Compendium*, vol. V, United Nations, New York, 2000, 486 p. (http://unctad.org/en/Docs/dite2vol5_en.pdf), pp. 333-335 (document .pdf).

²⁷¹ Cf. « Draft Convention on the Protection of Foreign Property » in UNCTAD, *International Investment Instruments : A Compendium*, Vol. 2 (UNCTAD/DTCI/30[Vol.II]), New-York/Genève, United Nations, 1996, 577 p. (http://unctad.org/en/Docs/dtci30vol2_en.pdf), pp. 113-119.

²⁷² Cf. art. 2.

l'ont d'ailleurs montré. Ainsi, par exemple, la clause de couverture applicable dans l'affaire *SGS c/ Pakistan*²⁷³ rédigée de la façon suivante :

*« Either Contracting Party shall constantly guarantee the observance of commitments it has entered into with respect to the investments of the investors of the other Contracting Party. »*²⁷⁴

, alors que, dans l'affaire *SGS c/ Philippines*²⁷⁵, le traité de couverture dispose :

*« Each Contracting Party shall observe any obligation it has assumed with regard to specific investments in its territory by investors of the other Contracting Party. »*²⁷⁶.

Les nuances peuvent, nous le voyons, être assez subtiles. Néanmoins, en fonction du point sur lequel la rédaction de la clause variera d'un traité à l'autre, sa portée et, par voie de conséquence, son interprétation par l'organe chargé de dire le droit, seront différentes. Or, pour ce qui est, en particulier, du domaine de la clause, force est de constater que celui-ci est défini de façon plus ou moins large²⁷⁷. Une distinction peut d'ailleurs être faite entre engagements particuliers et engagements généraux²⁷⁸. Ainsi, à la différence des engagements à l'égard de tous les investisseurs couverts par le traité, éventuellement futurs, les engagements particuliers ne concernent qu'un investisseur déterminé. Les premiers sont, pour des raisons à notre sens évidentes, plus rares que les seconds, ce qui ne cause pas de difficulté juridique insurmontable.

Plus épineux est, en revanche, le problème posé par la définition même de la notion « d'engagement » au regard de chaque traité. Nous avons, en effet, évoqué plus haut le fait qu'il soit difficile de déduire un engagement international de l'Etat d'accueil d'un seul contrat d'Etat ou d'un seul code d'investissement. Or, l'absence ou le caractère imprécis d'une

²⁷³ Cf. CIRDI Compétence 6 août 2003 *SGS c/ Pakistan* (ARB/1/13) (<http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0779.pdf> ; https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC622_E_n&caseId=C205 ; E. GAILLARD, *La Jurisprudence du CIRDI*, Paris, Pedone, 2004, v+1105 p., pp. 815-828)

²⁷⁴ Cf. § 97 de la sentence concernée ; art. 11 du TBI Suisse-Pakistan (cf. <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/2131>)

²⁷⁵ CIRDI Compétence 29 janvier 2004 *SGS c/ Philippines* (ARB/02/6) (<http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0782.pdf> ; https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC657_E_n&caseId=C6 ; E. GAILLARD, *op. cit.*, pp. 865-896).

²⁷⁶ Cf. § 34 de la sentence concernée ; art. X § 2 du TBI Suisse-Philippines (<http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/2175>).

²⁷⁷ Cf. G. CAHIN, *op. cit.*, pp. 119-127.

²⁷⁸ Cf. W. BEN HAMIDA, *op. cit.*, pp. 56-65.

définition de l’« engagement » peut laisser cette incertitude entière²⁷⁹. Il est, certes, vrai qu’un engagement contractuel à l’égard d’un investisseur donné a de très fortes chances d’être couvert par la clause étudiée, et ce dans la plupart des rédactions possibles. Il en sera de même d’une « concession » faite à un investisseur déterminé, en ce que ladite concession n’a rien de général. Devra-t-on alors considérer que tous les aspects du contrat ou de la « concession » font partie du domaine de la clause ? Les avis divergent en doctrine²⁸⁰. Cela constitue, en tous cas, la principale incertitude concernant la clause de couverture, du moins dans ses rédactions les plus usuelles et l’incertitude apparaît comme un frein à l’efficacité de cette clause. Quoi qu’il en soit, son jeu peut être complété par des dispositions conventionnelles produisant un effet analogue.

B — Effet « internationalisant » de certaines autres dispositions conventionnelles

Certaines autres dispositions matérielles contenues des traités d’investissement sont également susceptibles de produire un « effet internationalisant », conjugué ou non à celui de la clause de couverture, ou ont été présentées comme telles, en particulier par la doctrine²⁸¹. Nous n’avons que très peu de mal à imaginer l’effet « internationalisant » d’une clause de traitement de la nation la plus favorisée, renvoyant au type de clauses étudiées dans ces développements. Cependant, c’est relativement à ces dernières que peuvent se poser des problèmes d’interprétation. En effet, il y a lieu de se demander si certaines dispositions concernant le traitement et la protection, en ce qu’elles pourraient être considérées comme couvrant certains engagements de l’Etat vis-à-vis de l’investisseur étranger, vont produire un effet « internationalisant » sur ces derniers.

La question se pose principalement au sujet de deux clauses : celle concernant les mesures de dépossession et celle du traitement juste et équitable. À ce stade de notre démonstration, il ne s’agit pas d’analyser ces deux clauses en tant que telles. Une telle analyse sera menée dans des développements ultérieurs, dans lesquels nous traiterons des problèmes posés par le contenu normatif des dispositions conventionnelles sur le traitement et la protection.

²⁷⁹ Il semble, en revanche, acquis que les simples « attentes légitimes » ne peuvent pas, en soi, être élevées au rang d’obligations juridiques internationales, *a fortiori* quand le traité pertinent ne contient pas de clause de couverture (cf. CIRDI 21 mai 2013 Conivial Callao c/ Pérou [<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw0503.pdf>] § 587).

²⁸⁰ Cf., pour un résumé du débat, J. CAZALA, *op. cit.*, pp. 350-351. Il est vrai que l’idée débattue est celle de l’« élévation » des obligations contractuelles à la dignité d’obligations internationales. Cela étant, la question reste entière de savoir si toutes les obligations contractuelles peuvent faire l’objet de ladite élévation.

²⁸¹ Cf., pour une présentation plus détaillée desdites clauses, W. BEN HAMIDA, *op. cit.*, pp. 95-103.

Supposons maintenant qu'un Etat viole l'un de ses engagements contractuels vis-à-vis d'un investisseur : une telle violation correspond-elle en soi à une violation de ces deux clauses ?

Pour ce qui est des mesures de dépossession, il y a lieu de préciser certains aspects de la question. Dans un premier, nous remarquerons que, s'il est admis que les règles du droit international général concernant expropriations et nationalisations ne protègent pas la propriété incorporelle de la même manière que les biens corporels de la personne privée étrangère, la pratique conventionnelle en matière d'investissements s'écarte légèrement de cette solution²⁸². En effet, la notion de mesures d'effet équivalant à une dépossession fait partie intégrante des dispositions conventionnelles régissant l'expropriation alors que les clauses définissant les investissements incluent souvent en leur sein des prérogatives d'origine contractuelle nées dans les relations entre l'Etat d'accueil et l'investisseur²⁸³. On parle, d'ailleurs, dans bon nombre de traités de « *concessions accordées par la loi ou en vertu d'un contrat* ». Partant de là, on est logiquement amené à conclure que toute violation du contrat par l'Etat d'accueil qui pourrait être analysée comme ayant un effet équivalent à celui d'une dépossession constituerait une violation du traité si les conditions de la licéité internationale d'une dépossession ne sont pas respectées. Une telle conclusion est encore moins évidente quand, comme dans les réseaux conventionnels des Etats-Unis et de la France, la licéité internationale de la mesure de dépossession est subordonnée au respect par l'Etat d'accueil de ses engagements particuliers²⁸⁴.

Les choses sont plus floues en ce qui concerne la clause de traitement juste et équitable. Nous aurons, en effet, l'occasion de revenir sur le fait que cette clause peut être perçue, tout en restant prudent sur les implications d'une telle assertion, comme le « pendant » conventionnel du standard de traitement minimum international : il s'agit également d'un standard, d'une norme au contenu imprécis par définition. Or, rien dans les rédactions usuelles de cette clause ne permet de déduire qu'elle aurait l'effet « internationalisant » étudié. Pourtant, cet effet leur est prêté par certains auteurs²⁸⁵, sans que ce point de vue ait réellement prospéré en doctrine²⁸⁶. Tout au plus, pourrait-on dire que rien n'interdit qu'une

²⁸² Cf. W. BEN HAMIDA, *op. cit.*, p. 98.

²⁸³ *Ibidem*.

²⁸⁴ Cf. R. DOLZER & M. STEVENS, *Bilateral Investment Treaties*, ICSID, Martinus Nijhoff, La Haye/Boston/Londres, 1995, xix+330 p., pp. 107-108.

²⁸⁵ Cf. W. BEN HAMIDA, *op. cit.*, p. 103.

²⁸⁶ *Ibidem*.

violation par l'Etat d'accueil d'un engagement particulier puisse également constituer une violation de la clause de traitement juste et équitable.

Ainsi, il ressort de ce qui précède que les traités d'investissement, en ce qu'ils contiennent les engagements conventionnels de l'Etat d'accueil, peuvent être considérés comme fournissant les véritables outils nécessaires à l'« internationalisation » du régime juridique de l'investissement étranger, « internationalisation » qui sera plus difficilement contestable, au niveau juridique. Son outil principal, le plus évident, est bien sûr comme nous l'avons vu plus haut, la clause de couverture. Cependant, les outils évoqués ne closent pas le débat relatif à la portée véritable des engagements en question.

§ 2 — Portée des engagements conventionnels de l'Etat d'accueil

Il convient d'entamer ces développements en précisant la question qui se pose à nous. Cette question, qui n'a vraisemblablement pas fini d'agiter la doctrine et la jurisprudence, est celle de savoir quelle est la véritable portée à donner à la clause de couverture en ce qui concerne les engagements contractuels de l'Etat d'accueil vis-à-vis de l'investisseur. Nous avons évoqué *supra* certains aspects rédactionnels de ladite clause, aspects qui laissaient certaines questions, comme la définition de la notion d'engagement, entières. Il faut maintenant avoir à l'esprit que les données du problème ont été doublement compliquées par la jurisprudence.

La première complication procède de la jurisprudence distinguant « réclamations conventionnelles » et « réclamations contractuelles », *treaty claims* et *contract claims*²⁸⁷. L'hypothèse de départ est relativement simple : un investissement couvert par un traité contenant une clause CIRDI mais faisant également l'objet d'un contrat passé avec l'Etat dont la clause de règlement des différends renvoie à une autre instance juridictionnelle. L'interrogation de départ est, elle aussi, relativement simple : il s'agit de savoir si le CIRDI

²⁸⁷ Cf., notamment, pour une présentation critique et détaillée de cette distinction, I. FADLALLAH, « La distinction treaty claims – contract claims et la compétence de l'arbitre CIRDI : faisons-nous fausse route ? » in C. LEBEN (dir.), *Le contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement*, op. cit., pp. 205-218 ; « La distinction Treaty claims – Contract claims » in C. LEBEN (dir.), *Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational*, op. cit., pp. 759-772 ; B. M. CREMADES & D. J. A. CAIRNS, « Contract and Treaty Claims and Choice of Forum in Foreign Investment Disputes » in N. HORN (dir.), *Arbitrating Foreign Investment Disputes – Procedural and Substantive Legal Aspects*, La Haye, Kluwer Law International, 2004, xxxi+535 p., pp. 325-351 ; A. PELLET, « Adieu Philippines : Remarques sur la distinction entre les réclamations conventionnelles et contractuelles dans le droit de l'investissement international » in J.-M. SOREL (dir.), *Le droit international économique à l'aube du XXI^e siècle*, Paris, Pedone, 2009, 269 p., pp. 97-110.

est compétent pour connaître des manquements au contrat. Enfin, la solution retenue par les tribunaux CIRDI depuis les affaires *Salini*²⁸⁸ et *Vivendi*²⁸⁹ pose un principe relativement intelligible :

« [...] la détermination de l'existence d'une violation du [TBI] et celle d'un manquement au contrat sont deux questions distinctes. Chacune d'elles sera déterminée par application du droit qui lui est applicable – dans le cas du [TBI], le droit international ; dans le cas du contrat de concession, le droit applicable au contrat »²⁹⁰.

Rajoutons, pour être précis, que le fondement de la distinction n'est autre que le fondement de la réclamation elle-même²⁹¹. L'application dudit principe s'avère, cependant, plus difficile dans le cas où des engagements conventionnels de l'Etat d'accueil, comme la clause de couverture, renforcent ses engagements contractuels vis-à-vis de l'investisseur.

La deuxième complication procède quant à elle de l'évolution de la jurisprudence concernant la portée de la clause de couverture. En effet, les « zones d'ombre » laissées par les rédactions usuelles, d'ailleurs diverses, de ladite clause ont favorisé une sorte d'affrontement entre deux approches antinomiques de sa portée. Les deux approches sont respectivement symbolisées par deux sentences emblématiques, concernant la même société de nationalité suisse. Dans les deux cas, un contrat était intervenu entre la Société Générale de Surveillance et l'Etat d'accueil, lequel Etat avait un TBI contenant une clause de couverture avec la Suisse. La première de ces sentences est intervenue dans l'affaire *SGS c/ Pakistan* et représente l'approche restrictive dans la mesure où le tribunal refuse de voir l'*umbrella clause* applicable une clause transformant purement et simplement les réclamations contractuelles en réclamations conventionnelles et de l'interpréter de façon extensive. Cette sentence sera suivie, dans un laps de temps très court, de celle d'un autre tribunal CIRDI qui prendra, dans l'affaire *SGS c/ Philippines*, le contre-pied de la solution précédemment retenue, en ce que le

²⁸⁸ Cf. CIRDI Compétence 23 juillet 2001 *Salini c/ Maroc* (ARB/00/4) (<http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0738.pdf> ; texte intégral en français *in* E. GAILLARD, *op. cit.*, 2004, pp. 621-636).

²⁸⁹ Cf. CIRDI Annulation 3 juillet 2002 *Vivendi c/ Argentine* (ARB/97/3) (<http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0210.pdf> ; texte intégral traduit en langue française *in* E. GAILLARD, *op. cit.*, pp. 719-752).

²⁹⁰ Cf. CIRDI Annulation *Vivendi c/ Argentine*, § 96.

²⁹¹ Cf., par exemple, CIRDI Annulation *Vivendi c/ Argentine*, § 113 au sein duquel le collège arbitral souligne ce qui suit :

« Une action fondée sur un traité diffère d'une action reposant sur un contrat ; elle requiert qu'il soit clairement démontré qu'un comportement [...] va à l'encontre des dispositions du traité. [...] »

tribunal s'est estimé compétent, sur le fondement de la clause de couverture du TBI, pour connaître des réclamations purement contractuelles.

Depuis ces deux décisions, la jurisprudence reste, pour l'essentiel, partagée entre ces deux interprétations de l'*umbrella clause*, restrictive, qui d'une certaine façon apparaît plus en accord avec l'idée de souveraineté économique de l'Etat d'accueil (A) et extensive, présentée comme allant dans le sens d'une meilleure efficacité de la protection conventionnelle (B), sans que l'une ou l'autre ait réellement prospéré pour l'instant. Il convient de débattre de chacune d'entre elles, en gardant à l'esprit que les rédactions des clauses applicables peuvent varier d'une affaire à l'autre.

A — Approche restrictive

Dans l'affaire *SGS c/ Pakistan*, un contrat de *Pre-Shipment Inspection* avait été conclu entre le demandeur et le défendeur. Alléguant de multiples violations dudit contrat par le défendeur, la société demanderesse, introduisit une réclamation devant le CIRDI sur le fondement du TBI entre la Suisse, Etat de nationalité, et le Pakistan. Le tribunal arbitral devait rendre une décision sur sa compétence et l'une des questions auxquelles il devait apporter une réponse était celle de savoir si l'article 11 du traité transformait les demandes purement contractuelles en demandes dont le fondement est conventionnel²⁹², l'article 11 étant la clause de couverture rédigée, rappelons-le, comme suit :

« *Either Contracting Party shall constantly guarantee the observance of commitments it has entered into with respect to the investments of the investors of the other Contracting Party.* »

Ce faisant, le tribunal saisi allait être le premier à se prononcer sur les effets d'une *umbrella clause*²⁹³.

Le cheminement suivi par le collège arbitral commence par la reconnaissance du fait que les engagements visés par l'article 11 du traité applicable ne sont pas limités aux seuls engagements contractuels mais peuvent également viser d'autres mesures prises par l'Etat

²⁹² Cf. CIRDI Compétence *SGS c/ Pakistan*, § 163-174.

²⁹³ Cf. § 164.

d'accueil dans son ordre juridique interne²⁹⁴. Le tribunal n'en déduit cependant pas que l'obligation d'« assurer [...] le respect des engagements assumés » soit suffisamment explicite pour attester de la création ou de l'acceptation par l'Etat d'accueil d'une nouvelle obligation internationale là où il n'en existait pas²⁹⁵. Or, en vertu du droit international général, la violation par un Etat d'un contrat conclu avec un étranger n'engage pas en soi sa responsabilité internationale²⁹⁶. Partant de là, le demandeur doit rapporter une preuve claire et convaincante que telle était l'intention des parties au traité, preuve qui, selon le collège arbitral, n'apparaît ni dans l'article 11 lui-même, ni dans les préventions de la *SGS*²⁹⁷. Il s'ensuit une énumération par le tribunal de raisons de recourir à une interprétation restrictive de la clause de couverture applicable. En effet, en vertu de la lecture qu'a la société demanderesse de l'article 11, toute violation alléguée d'un engagement pourrait être considérée comme susceptible de constituer également une violation du traité²⁹⁸. De plus, une telle interprétation rendrait superflue la vérification de l'existence d'une violation des autres dispositions matérielles vu que la seule violation d'un engagement visé par la clause de couverture suffirait à engager la responsabilité internationale de l'Etat d'accueil²⁹⁹. Un troisième argument réside dans la possibilité pour le seul investisseur de faire échec à la clause de règlement des différends du contrat conclu avec l'Etat de territorialité³⁰⁰. Les trois précédents arguments sont appuyés par la place de l'*umbrella clause* dans le dispositif du traité qui, selon le tribunal, traduit l'absence d'intention des parties contractantes de faire de l'obligation de couverture une véritable obligation de fond³⁰¹.

Ainsi, le collège arbitral saisi dans l'affaire *SGS c/ Pakistan* adopte un point de vue assez protecteur des prérogatives souveraines de l'Etat d'accueil. En effet, il ne fait, à notre sens, qu'appliquer le principe, évoqué plus haut et bien établi en droit international, selon lequel les limitations à la souveraineté d'un Etat ne se présument pas, d'où le fait de souligner la nécessité de rechercher l'intention véritable des parties. Le raisonnement du tribunal serait sans doute sorti renforcé d'une référence plus appuyée aux règles concernant l'interprétation

²⁹⁴ Cf. § 166.

²⁹⁵ *Ibidem*.

²⁹⁶ Cf. § 167.

²⁹⁷ *Ibidem*.

²⁹⁸ Cf. § 168.

²⁹⁹ *Ibidem*.

³⁰⁰ *Ibidem*.

³⁰¹ Cf. § 169.

des traités³⁰². On aurait cependant du mal à concevoir qu'une interprétation trop large d'une obligation de couverture porte atteinte de façon virtuellement illimitée au pouvoir normatif de l'Etat d'accueil.

La sentence *El Paso c/ Argentine*³⁰³, rendue quant à la compétence, se situe dans cette ligne. Dans cette affaire, le tribunal saisi a eu répondre à la question de savoir si la clause de couverture du TBI applicable pouvait ou non transformer les réclamations contractuelles en réclamations conventionnelles. La clause en question était rédigée comme suit :

« *Each Party shall observe any obligation it may have entered into with regard to investments* »³⁰⁴

Dans la droite ligne de la sentence *SGS c/ Pakistan*, quoi que de façon moins virulente, le collège arbitral saisi a écarté l'approche extensive, la clause de couverture s'appliquant, selon lui, seulement aux violations de contrats d'investissement par opposition à celles de contrats ordinaires³⁰⁵. Ces dernières peuvent tout au plus, aux yeux des arbitres, être incluses dans leur champ de leur compétence juridictionnelle dans la mesure où elles constitueraient également une violation des dispositions matérielles du traité³⁰⁶. La sentence *Pan American c/ Argentine*³⁰⁷ rendue quant à la compétence retient une solution analogue, en particulier pour ce qui est de n'admettre l'élévation au niveau international que pour les violations de contrats d'investissement³⁰⁸.

Il est, en conséquence, clair que la jurisprudence *SGS c/ Pakistan* n'a pas constitué un précédent isolé³⁰⁹. Cette solution n'exclut pas en soi l'« internationalisation » du régime

³⁰² Cf. § 165.

³⁰³ Cf CIRDI Compétence 27 avril 2006 *El Paso c/ Argentine* (ARB/03/15) (cf., pour des extraits traduits en langue française, E. GAILLARD, *op. cit.*, vol. II, pp. 265-274 ; http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0268_0.pdf ; https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC511_E&caseId=C17)

³⁰⁴ Cf. art. II § 2 c) TBI Etats Unis d'Amérique-Argentine (<http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/127>)

³⁰⁵ Cf. CIRDI Compétence *El Paso c/ Argentine*, § 86.

³⁰⁶ Cf. 85-86.

³⁰⁷ Cf. CIRDI Objections préliminaires 27 juillet 2006 *Pan American c/ Argentine* (ARB/03/13) (<http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0616.pdf>)

³⁰⁸ Cf. CIRDI Objections préliminaires *Pan American*, § 113-115.

³⁰⁹ Cf., notamment, CIRDI 6 février 2007 *Siemens c/ Argentine* (ARB/02/8) (cf. <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0790.pdf>), § 206 ; CIRDI 12 mai 2005 *CMS c/ Argentine* (ARB/01/8) (cf., pour des extraits de l'original traduits en langue française, E. GAILLARD, *op. cit.*, vol. II, 2010, pp. 177-189 ; <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0184.pdf> ; https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC504_E

juridique de l'investissement étranger par voie conventionnelle. En revanche, les arbitres tendent à limiter le jeu de la clause de couverture aux hypothèses où sa rédaction permet de déterminer sans équivoque l'intention des parties et aux contrats d'investissement *stricto sensu*. Une telle approche ne peut qu'être perçue comme préservant les prérogatives souveraines de l'Etat d'accueil. Tel n'est évidemment pas le cas de l'approche extensive.

B — Approche extensive

Comme nous l'avons laissé entendre plus haut, la sentence emblématique est celle rendue dans l'affaire *SGS c/ Philippines*³¹⁰. Les faits d'espèce étaient similaires à ceux de l'affaire *SGS c/ Pakistan* : un contrat de *Pre-Shipment Inspection* conclu entre la SGS et le Pakistan, ce dernier Etat ayant conclu un TBI avec la Suisse³¹¹, lequel traité contenait une *umbrella clause*. Cette dernière était rédigée comme suit :

« *Each Contracting Party shall observe any obligation it has assumed with regard to specific investments in its territory by investors of the other Contracting Party.* »³¹²

Suite à la saisine du CIRDI, sur le fondement du TBI, par la SGS, la question a été abordée de la compétence du tribunal, en vertu de la clause de couverture, pour connaître des réclamations purement contractuelles³¹³.

On remarque qu'à chaque étape de son raisonnement, le collège arbitral cherche à se démarquer de celui suivi par celui de l'affaire *SGS c/ Pakistan*. Ainsi, il fait remarquer que l'article X (2) semble disposer clairement que chaque partie au traité devra respecter ses engagements actuels et futurs à l'égard d'investissements spécifiques couverts par le TBI³¹⁴.

[n&caseId=C4](#)), § 299 ; CIRDI 28 septembre 2007 *Sempra c/ Argentine* (ARB/02/16) (cf. <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0770.pdf> ; https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC694_E_n&caseId=C8 ; NB : sentence aujourd'hui annulée par CIRDI Annulation 29 juin 2010, https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC1550_En&caseId=C8), § 305-314.

³¹⁰ Cf. CIRDI Compétence 29 janvier 2004 *SGS c/ Philippines* (ARB/02/6) (cf., pour des extraits en langue française, E. GAILLARD, *op. cit.*, 2004, pp. 865-892 ; <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0782.pdf> ; https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC657_E_n&caseId=C6)

³¹¹ Cf. <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/2175>

³¹² Cf. art. X § 2.

³¹³ Cf. CIRDI Compétence *SGS c/ Philippines*, § 113-129.

³¹⁴ Cf. § 115.

Ensuite, le tribunal tire argument de l'objet et du but du traité pour s'orienter vers une interprétation favorable à l'investisseur étranger de la clause de couverture³¹⁵. On notera également un rejet par le collège arbitral de l'argument utilisé dans *SGS c/ Pakistan* justifiant l'interprétation restrictive par le fait qu'en vertu du droit international général une violation d'un contrat d'Etat n'est pas internationalement illicite en soi³¹⁶. L'interprétation que fera, finalement, le tribunal de l'article X (2) est la suivante :

« [...] *It does not convert non-binding domestic blandishments into binding international obligations. It does not convert questions of contract law into questions of treaty law. In particular it does not change the proper law of the CISS Agreement from the law of the Philippines to international law. Article X(2) addresses not the scope of the commitments entered into with regard to specific investments but the performance of these obligations, once they are ascertained. It is a conceivable function of a provision such as Article X(2) of the Swiss-Philippines BIT to provide assurances to foreign investors with regard to the performance of obligations assumed by the host State under its own law with regard to specific investments — in effect, to help secure the rule of law in relation to investment protection. In the Tribunal's view, this is the proper interpretation of Article X(2).* »³¹⁷

On voit ainsi que le tribunal, tout en s'écartant ostensiblement, sur des points cruciaux, du raisonnement suivi dans *SGS c/ Pakistan* et en se montrant favorable à une interprétation elle-même favorable à l'investisseur étranger du fait de l'objet et du but du traité, ne se prononce pas pour une « internationalisation » automatique des obligations contractuelles par le biais de la clause de couverture. Le parti pris sera, cependant, plus net dans des sentences ultérieures. On pense, par exemple, à celle sur la compétence rendues dans l'affaire *Salini c/ Jordanie*³¹⁸ ou celle sur la responsabilité rendue dans l'affaire *LG & E c/ Argentine*³¹⁹.

³¹⁵ Cf. § 116.

³¹⁶ Cf. § 122.

³¹⁷ Cf. CIRDI Compétence *SGS c/ Philippines*, § 126.

³¹⁸ Cf. CIRDI Compétence 29 novembre 2004 *Salini c/ Jordanie* (ARB/02/13) (cf., pour des extraits de l'original traduits en langue française, E. GAILLARD, *op. cit.*, vol. II, 2010, pp. 59-81 ; https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC635_E_n&caseId=C218 ; <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0735.pdf>), § 127.

³¹⁹ Cf. CIRDI Responsabilité 3 octobre 2006 *LG&E c/ Argentine* (ARB/02/1) (cf., pour des extraits de l'original traduits en langue française, E. GAILLARD, *op. cit.*, vol. II, 2010, pp. 309-322 ; http://www.italaw.com/documents/ARB021_LGE-Decision-on-Liability-en.pdf ; https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC627_E_n&caseId=C208), § 174.

Aucune des deux approches n'a véritablement prospéré en jurisprudence, ce qui nous inspire deux remarques. La première tient, comme cela a déjà été remarqué en doctrine, à ce qu'aucune tendance ne pourra émerger tant qu'il y aura une telle variété de rédactions visibles dans la pratique, rédactions qui souvent s'avèrent décisives dans l'option pour l'une ou l'autre des deux approches. La seconde remarque sera, alors, dans le sillage de la précédente. Tout semble dès lors se jouer au moment de la négociation du texte de la clause de couverture, dans la mesure où plus le domaine assigné à la clause sera défini de façon limitative, moins l'approche extensive de sa portée pourra être défendue. Dans l'hypothèse inverse, l'Etat d'accueil aura le plus grand mal à échapper aux conséquences de l'« internationalisation » du régime juridique de l'investissement étranger.

Conclusion du Chapitre II :

De l'analyse de l'idée d'une « internationalisation » du régime juridique de l'investissement étranger qui permettrait la formation d'obligations internationales primaires à la charge de l'Etat d'accueil, telle qu'elle a été menée dans les développements précédents, il est possible deux enseignements. Le premier d'eux tient, nous l'avons vu, à l'absence de « vrais » facteurs intrinsèques de ladite « internationalisation ». Cela est vrai quand l'investissement est uniquement régi par un contrat d'Etat. Cela l'est tout autant quand il est régi par le seul droit interne de l'Etat de territorialité. La théorie de l'« internationalisation » intrinsèque du contrat d'Etat, telle que développée en doctrine, n'a jamais réellement permis aux idées de contrat soumis au droit international et contrat de droit international de s'imposer comme des facteurs crédibles de formation d'obligations internationales primaires à la charge de la partie étatique. De même, le fait qu'en pratique des Etats, dans une volonté de canaliser les flux d'investissements « Nord-Sud » vers leurs territoires respectifs, édictent, dans les conditions et selon les modalités que nous connaissons, des codes d'investissements au contenu incitatif n'est pas, en soi, suffisant pour traduire une volonté correspondante de s'engager internationalement par le biais desdits codes.

Pour autant, « internationaliser » le régime juridique d'un investissement étranger, tel que défini *a priori* dans l'ordre juridique interne de l'Etat d'accueil, de façon à permettre la formation d'obligations internationales dans le chef de ce dernier est une possibilité admise par le droit international, ce qui nous amène au second enseignement à tirer de l'analyse menée *supra*. La vraie « internationalisation » résulte, en matière d'investissements étrangers, des engagements conventionnels matériels de l'Etat de territorialité dans le cadre des traités d'investissement. Ainsi, en s'engageant, dans un traité, à respecter les engagements particuliers pris, dans son ordre juridique interne, à l'égard d'un investisseur donné, un Etat permet à ces derniers engagements de produire pleinement, dans l'ordre juridique international, l'écho qui correspond à l'idée d'« internationalisation ». De même, quoique dans une mesure moindre en principe, certaines autres dispositions matérielles des traités d'investissement peuvent produire ce que nous avons appelé un « effet internationalisant », dans la mesure où l'éventuel engagement consenti dans l'ordre juridique produira quand même, dans l'ordre juridique international, un écho assez perceptible pour qu'il soit possible de raisonner en termes d'obligation internationale primaire et non de simple responsabilité internationale. Encore faut-il savoir, pour ce qui est de la clause de couverture, la portée qu'il

convient de lui donner. Nous avons évoqué le fait que les rédactions sont diverses, en pratique, celle-ci n'étant pas encore stabilisée sur ce point. Nous nous sommes plus attardés sur la portée reconnue à cette disposition dans la jurisprudence du CIRDI, laquelle est encore récente, peu fournie et n'a pas encore penché de façon décisive dans le sens d'une appréhension restrictive ou extensive de l'*umbrella clause*. Pour ce qui est des autres dispositions conventionnelles matérielles produisant un « effet internationalisant », il convient d'en poursuivre l'analyse dans le cadre d'un propos, plus large, consacré à la détermination du contenu des obligations internationales de l'Etat d'accueil.

Conclusion du Titre I de la Première Partie :

D'où les obligations internationales de l'Etat d'accueil de l'investissement étranger « proviennent-elles » ? Telle est la question à laquelle le recensement des sources au sens large desdites obligations permet d'apporter des éléments de réponse. En vertu d'une approche que l'on pourrait qualifier de « traditionnelle » et de raisonner en termes de sources formelles de normes de droit international, on doit distinguer ce qui concerne leur formation non conventionnelle de ce qui a trait à leur formation conventionnelle. Si l'on doit dépasser l'approche qui précède et considérer que des obligations internationales peuvent se former à la charge de l'Etat d'accueil par le biais de l'« internationalisation » du régime juridique de l'investissement étranger, il faut s'interroger quant aux facteurs extrinsèques de même qu'à ceux intrinsèques d'une telle « internationalisation ».

La coutume internationale occupe une place prépondérante dans la formation non conventionnelle des obligations internationales de l'Etat d'accueil. Cela étant dit, là où l'achèvement du processus coutumier est, à certains sujets, indéniable en matière de condition des personnes et des biens étrangers, il est permis d'être moins affirmatif en matière d'investissements étrangers au sens strict. La pratique jurisprudentielle en ce domaine contribue, certes, à éclaircir des aspects du droit coutumier. On pense, en particulier, aux mesures de dépossession ou à l'obligation de vigilance. Pour autant, pour peu que l'on cherche à retracer le processus coutumier lui-même, force est de constater qu'il n'existe pas, à proprement parler, de droit coutumier de l'investissement étranger envisagé en tant que tel. En vérité, les obligations internationales de l'Etat d'accueil d'un investissement étranger sont, en pratique, essentiellement conventionnelles. Il convient de préciser que celles des obligations en question relatives au traitement et à la protection de l'investissement étranger trouvent principalement leur source dans des instruments conventionnels bilatéraux, et ce qu'il s'agisse des fameux traités bilatéraux d'investissement ou des traités de libre-échange modernes contenant des dispositions à ce sujet. La pratique conventionnelle multilatérale ou plurilatérale s'est, en effet, montrée insuffisante à régir cette question de façon directe, l'une des raisons pour lesquelles l'existence d'une *opinio juris* globale concernant les règles matérielles en matière d'investissement étranger reste, à ce jour, douteuse.

Un autre biais de formation d'obligations internationales à la charge de l'Etat d'accueil est le phénomène de l'« internationalisation » du régime juridique de l'investissement étranger. Ainsi une frange de la doctrine favorable à la théorie du standard minimum international

s'appuyant sur certaines décisions arbitrales a pu se prononcer en faveur de l'existence de facteurs intrinsèques d'« internationalisation » dudit régime, en particulier quand celui-ci est défini par un contrat d'Etat ou un code d'investissement. L'idée d'une « internationalisation » intrinsèque n'a cependant pas réussi à prospérer dans la pratique internationale. Celle d'une « internationalisation » extrinsèque doit lui être préférée. Un tel phénomène interviendra par le biais des dispositions du traité pertinent. La célèbre clause dite « de couverture » a, en effet, l'« internationalisation » comme raison d'être, même si un résultat analogue peut être obtenu par le biais de certaines autres dispositions conventionnelles matérielles, en particulier les standards, régissant le traitement et la protection de l'investissement concerné. Une fois cela admis, la portée de ceux des engagements conventionnels de l'Etat d'accueil censés réaliser l'« internationalisation » peut faire l'objet de deux types d'approches, tous les deux illustrés par la jurisprudence arbitrale. Une approche exagérément extensive de la portée d'une *umbrella clause* est, de toute évidence, à éviter, l'approche restrictive semblant devoir être privilégiée. Cela étant, un tel choix dépend non seulement de la rédaction de la clause de couverture mais aussi de celles des autres dispositions conventionnelles pouvant produire un effet « internationalisant », dispositions dont il convient de déterminer le contenu normatif.

Titre II

DÉTERMINATION DU CONTENU DES OBLIGATIONS INTERNATIONALES DE L'ÉTAT D'ACCUEIL

Quelles sont, en matière d'investissements étrangers, les obligations internationales de l'Etat d'accueil d'un investissement ? Nous avons vu plus haut que la réponse à cette question est essentiellement basée sur le contenu des traités d'investissement. C'est à ce stade qu'il convient de préciser cette dernière idée. Cela passe, d'abord, par le fait d'analyser le contenu normatif des dispositions conventionnelles régissant le traitement et la protection de l'investissement (Chapitre III). Cela passe, dans un second temps, par le fait de s'intéresser à l'interprétation de ces dispositions telle qu'elle intervient dans la pratique (Chapitre IV).

Chapitre III

Contenu normatif des dispositions conventionnelles régissant le traitement et la protection de l'investissement étranger

Nous avons vu plus haut que la source principale des obligations internationales de l'Etat d'accueil en matière d'investissements étrangers est constituée par les traités contenant des dispositions matérielles régissant la question. Nous choisissons de centrer notre analyse sur deux aspects de cette dernière question, à savoir le traitement et la protection au sens où l'entendent les Professeurs CARREAU et JUILLARD, et ce à l'exclusion de la garantie³²⁰. Ainsi, nous nous intéresserons principalement à celles des dispositions des traités d'investissement qui, respectivement, « définissent le régime juridique de l'investissement international » et « préviennent ou sanctionnent les atteintes publiques à l'existence [dudit investissement] »³²¹. Ces dispositions, rencontrées dans des termes analogues d'un traité à l'autre, sont connues et font l'objet d'une littérature abondante. De même, elles constituent, pour certaines d'entre elles en tous cas, l'un des principaux fondements de saisine des tribunaux arbitraux qui alimentent la jurisprudence récente dans le domaine étudié. Dire que la connaissance de leur contenu normatif est essentielle à l'identification des obligations internationales de l'Etat d'accueil d'un investissement protégé par un traité tient de l'évidence.

Pour autant, ces dispositions, et surtout les règles juridiques qu'elles contiennent, sont appelées à être appliquées, en particulier par des organes remplissant une fonction juridictionnelle. Ces règles juridiques, formulées en des termes généraux et abstraits, ne peuvent quasiment jamais être appliquées telles quelles à une situation concrète qu'elles sont censées régir, d'où la nécessité de l'opération intellectuelle que constitue l'interprétation, opération dans les détails de laquelle nous aurons l'occasion de revenir. Or, en raison des controverses animant la matière étudiée, le contenu normatif des dispositions en question fait l'objet et est, le plus souvent, le résultat d'âpres négociations entre Etats bien décidés à ne pas céder de terrain sur les intérêts souverains. On peut dire, en courant le risque que notre

³²⁰ Cf. D. CARREAU & P. JUILLARD, *Droit international économique*, Paris, Dalloz, 3^{ème} édition, 2007, xi+744 p., p. 459, § 1295 ; Y. NOUVEL, « Classification cursive des règles de fond issues des traités bilatéraux d'investissements », RGDIP 2015 (Dossier « Les techniques conventionnelles du droit international des investissements »), pp.7-18.

³²¹ *Ibidem*.

présentation des choses soit perçue comme exagérément schématique, que la volonté de graver une certaine conception du contenu du droit coutumier dans le marbre conventionnel se heurte encore à celle de préserver un certain degré de pouvoir normatif de l'Etat d'accueil en matière d'investissements.

Ainsi, en gardant à l'esprit que la philosophie qui imprègne globalement la pratique conventionnelle en matière d'investissements est celle de l'encouragement des flux d'investissements, on constate que le régime juridique de ces derniers s'articule autour d'un standard concernant habituellement le traitement et la protection. On peut, à cet égard, se demander si le fardeau de la détermination du contenu normatif des obligations de l'Etat de territorialité en matière d'investissements ne repose pas de façon exagérée sur l'organe compétent pour interpréter. Cette interrogation vient du fait que s'il existe, dans la modélisation conventionnelle telle qu'elle apparaît de nos jours, des dispositions qui limitent le besoin d'interprétation (Section 1), ces dernières sont articulées autour de standards conventionnels qui amplifient mécaniquement la nécessité d'une interprétation de leur contenu (Section 2).

Section 1 — Dispositions conventionnelles limitant le besoin d'interprétation

Parmi celles créant des obligations à la charge de l'Etat de territorialité en termes de traitement et de protection, il est des dispositions conventionnelles dont le contenu normatif, tel que défini par les rédacteurs des traités d'investissement pertinents, semble être conçu pour limiter le besoin d'une interprétation. Par le biais desdites dispositions, sont édictées des normes juridiques générales et abstraites, génératrices, pour les Etats parties aux traités concernés, d'obligations internationales, d'obligations dans l'ordre juridique international. Ces dernières normes ne sont, sur ce point précis, pas différentes de celles édictant des standards, standards dont le caractère juridique et, surtout, contraignant n'est ni contestable ni contesté. Ce qui différenciera les normes étudiées dans ces développements des standards tient à leur « nature » beaucoup plus précise. Autant dire que le destinataire d'une obligation née de ce type de normes voit son comportement encadré par une ou des propositions à la signification relativement identifiable en soi et prête, là encore relativement, à être appliquée à la situation à laquelle elle est censée se rapporter. C'est en cela que le besoin d'une interprétation de ce type de normes, notamment par les organes chargés de dire le droit, est

limité par les rédacteurs des traités concernés. Ainsi, nous choisissons, par commodité et pour les différencier des standards conventionnels, de parler de règles conventionnelles.

Ces dernières, en particulier celles qui concernent le traitement ou la protection des investissements, sont connues, leurs contenus respectifs étant plus ou moins uniformisés par la modélisation conventionnelle constatée en pratique. Pour ce qui est des règles conventionnelles de traitement, il s'agit des « clauses » de traitement national et de traitement de la Nation la plus favorisée. En matière de protection, la règle conventionnelle est celle définissant les conditions de licéité des mesures de dépossession directes ou indirectes. Signalons, toutefois, que les exigences concernant le calcul de l'indemnisation font, au sein de cette règle, l'objet d'un standard. Il s'agira pour nous, dans les développements qui suivent, de démontrer, par une analyse de ces dispositions, telles qu'elles sont le plus souvent rencontrées dans la pratique conventionnelle en matière d'investissement, que leur rédaction limite bel et bien la nécessité d'une interprétation par l'organe chargé de les appliquer. Nous appliquerons successivement cette démarche aux règles conventionnelles de traitement (§ 1) puis à celles de protection (§ 2).

§ 1 — Règles conventionnelles de traitement

Il s'agira, dans ces développements, de dresser, en termes de contenu normatif, un tableau à la fois bref et le plus complet possible des règles conventionnelles, plus que fréquentes dans les traités d'investissement, que sont celles de traitement national et celle de traitement de la Nation la plus favorisée³²². Ces deux clauses ont en commun de préserver l'investisseur

³²² Il ne s'agit, certes, pas des seules règles conventionnelles de traitement observées en pratique. Ainsi, les traités d'investissement contiennent également des garanties dites de « libre transfert » (cf. notamment, pour une étude détaillée, W. BEN HAMIDA, « La clause de libre transfert », RGDIP 2015 [Dossier « Les techniques conventionnelles du droit international des investissements »], pp. 145-177) et des dispositions interdisant les « exigences de performance » (cf. F. LATTY, « Discrète mais envahissante : la clause de libre exploitation », RGDIP 2015 [Dossier « Les techniques conventionnelles du droit international des investissements »], pp. 179-195). Cela étant, les clauses de traitement national et de traitement de la Nation la favorisée sont plus à même de nourrir le propos quand il s'agit de les rapprocher de celles de traitement juste et équitable ou de protection et sécurité pleines et entières.

Pour une présentation générale de la seule clause de traitement national, cf. notamment UNCTAD, *National Treatment*, New-York/Genève, 1999, UNCTAD/ITE/IIT/11 (Vol. IV), 94 p.

(<http://unctad.org/en/Docs/psiteiitd11v4.en.pdf>) ; A. NEWCOMBE & LL. PARADELL (dir.), *Law And Practice Of Investment Treaties – Standards Of Treatment*, Kluwer, 2009, xxx+614 p., pp. 147-191 ; R. DOLZER & C. SCHREUER, *Principles Of International Investment Law*, Oxford, 2nd edition, 2012, xxxvi+417 p., pp. 198-206.

Pour une présentation générale de la seule clause de traitement de la Nation la plus favorisée, cf. notamment UNCTAD, *Most-Favoured-Nation Treatment*, New-York/Genève, 1999, UNCTAD/ITE/IIT/10 (Vol. III), 57 p. (<http://unctad.org/en/Docs/psiteiitd10v3.en.pdf>) ; UNCTAD, *Most-Favoured-Nation Treatment*, New-

protégé par le traité des discriminations dont il pourrait être victime de la part de l'Etat d'accueil³²³. Elles peuvent d'ailleurs être associées au sein de la même disposition conventionnelle³²⁴. Dans le cas du traitement national, la discrimination « visée » est celle de l'investisseur par rapport à l'opérateur économique national³²⁵ alors que, dans celui du traitement de la Nation la plus favorisée, celle « visée » touche l'investisseur par rapport à un autre investisseur bénéficiant d'un traitement plus favorable de la part de l'Etat d'accueil³²⁶. Ainsi, vu sous cet angle, nous sommes bien en présence de normes différentes des standards que nous étudierons plus bas, en ce que le contenu normatif de ces clauses est beaucoup plus évident.

Cela étant, le caractère indirect de ces clauses a été souligné en doctrine. L'idée a été de dire que ces « clauses opèrent par renvoi au traitement accordé par l'Etat concédant à d'autres sujet de droit et sont ainsi dépourvues de contenu matériel »³²⁷. Que nous souscrivions ou non à une telle analyse, il est clair que ces clauses contiennent toutes les deux une « obligation de faire »³²⁸ formulée de façon assez précise pour limiter le besoin d'interprétation. De plus, leurs contenus normatifs respectifs seront d'autant plus identifiables que le seront également les traitements auxquels il est fait renvoi. Autrement dit, de conséquentes indications quant au sens exact et au contenu de ces règles conventionnelles apparaissent, et ce dans la formulation même desdites règles, exceptions y comprises, même s'il est vrai que celles-ci ne fournissent pas tous les éléments permettant de dégager leur portée exacte.

York/Genève, 2010, UNCTAD/DIAE/IA/2010/1, 157 p. (http://unctad.org/en/Docs/diaeia20101_en.pdf) ; A. NEWCOMBE & LL. PARADELL (dir.), *op. cit.*, pp. 193-232 ; R. DOLZER & C. SCHREUER, *op. cit.*, pp. 206-212.

Pour une présentation conjointe des deux clauses concernées, cf. notamment J. CAZALA, « Les standards indirects de traitement : traitement de la Nation la plus favorisée et traitement national » in C. LEBEN (dir.), *Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational*, Paris, Pedone, 2015, xviii+1141 p., pp. 265-286.

³²³ Cf. J. CAZALA, *op. cit.*, p. 266.

³²⁴ C'est, en tous cas, ce que l'on remarque, par exemple, dans les modèles chinois, allemand ou anglais de TBI (cf. R. DOLZER & C. SCHREUER, *op. cit.*, p. 359, p. 364, p. 371). Les deux « clauses » peuvent se retrouver dans la même disposition (cf. art. 3 modèle chinois de TBI de 2003) voire dans la même proposition d'un alinéa (cf. art. 3 modèle anglais de TBI de 2005).

³²⁵ Cf. A. NEWCOMBE & LL. PARADELL, *op. cit.*, § 4.6, pp. 150-151.

³²⁶ Cf. A. NEWCOMBE & LL. PARADELL, *op. cit.*, § 5.5, p. 195.

³²⁷ Cf. C. CREPET DAIGREMONT, « Traitement national et traitement de la nation la plus favorisée dans la jurisprudence arbitrale récente relative à l'investissement international » in C. LEBEN (dir.), *Le contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement*, Anthemis, 2006, 396 p., pp. 107-162, p. 108.

³²⁸ Prenons, toutefois, le temps de préciser que nous employons l'expression « obligation de faire » dans un sens large qui ne correspond pas nécessairement à l'idée d'obligation en nature connue notamment dans le droit français.

Aussi précises que soient ces normes, du moins si on les compare aux standards conventionnels, elles restent des éléments secondaires dans les mécanismes de protection orchestrés par les traités d'investissement, destinées à s'articuler à la norme principale, celle du traitement juste et équitable. On pourrait même aller jusqu'à avancer que le besoin d'interprétation est limité pour que ces normes remplissent un rôle tel que celui évoqué, à savoir s'articuler autour du standard correspondant. Il serait, dès lors, intéressant de confronter cette proposition à l'analyse des contenus normatifs respectifs des clauses de traitement national (A) et de traitement de la Nation la plus favorisée (B), tels qu'ils apparaissent dans la pratique conventionnelle.

A — Clause de traitement national

La clause de traitement national, telle que connue dans la pratique conventionnelle en matière d'investissements, est héritée de celle en matière de commerce international³²⁹ et non de la conception que peuvent avoir du droit international général les Etats opposés à la théorie du standard minimum international³³⁰. Il s'ensuit que, alors que le traitement national était, comme nous l'avons vu plus haut, considéré comme le maximum exigible d'un Etat de territorialité par les Etats hostiles à la théorie évoquée³³¹, la clause de traitement national, telle qu'habituellement contenue dans les traités d'investissement, fonctionne essentiellement comme une « norme-plancher »³³². Comme nous l'avons laissé entendre plus haut, cette clause a pour but et pour effet mécanique de prévenir toute discrimination pouvant toucher l'investisseur protégé par le traité qui la contient par rapport à un opérateur économique national. Cette clause, considérée isolément, a également pour effet mécanique de mettre l'investisseur étranger dans une position au moins aussi favorable que leurs concurrents nationaux. Replacée dans le contexte des normes de traitement, la clause de traitement contribue à renforcer l'avantage concurrentiel dont pourraient bénéficier les investisseurs protégés³³³.

³²⁹ Cf. UNCTAD, *National treatment*, *op. cit.*, pp. 15-16 (document pdf).

³³⁰ *Ibidem*, p. 15.

³³¹ Cf. M. SORNARAJAH, *The International Law on Foreign Investment*, Cambridge University Press, Cambridge, 2nd edition, 2004, xxv+525 p., pp. 233-234.

³³² *Ibidem*, p. 234.

³³³ Cf. R. DOLZER & C. SCHREUER, *op. cit.*, p. 198.

Quel est, dans la pratique conventionnelle en matière d'investissement, son contenu normatif ? Mis à la part le principe même de cette clause, qui est relativement clair, d'autres de ses aspects, pouvant varier d'un traité à l'autre, sont susceptibles d'en modifier l'impact. C'est le cas de la détermination des situations dans lesquelles ladite clause va jouer. C'est également celui de la façon dont la règle de traitement national sera définie par les auteurs du traité.

Les hypothèses dans lesquelles la clause de traitement national est censée s'appliquer appellent plusieurs remarques. La première tient à ce qu'en toute logique on ne peut comparer deux données que dans la mesure où celles-ci sont « comparables »³³⁴. En *common law*, ce principe est connu sous le nom de « *ejusdem generis principle* »³³⁵. Toute la difficulté réside alors dans le fait de déterminer la base sur laquelle doit être opérée la comparaison entre le traitement de l'investisseur étranger et celui de l'opérateur économique national. Les traités d'investissement peuvent éventuellement fournir des éléments de réponse à cette question.

Une des méthodes employées est celle consistant, pour les auteurs du traité, à restreindre la comparaison aux situations pouvant être considérées comme analogues. Les formules susceptibles d'être utilisées sont assez variées. Ainsi, la clause de traitement national peut contenir des formules traduisant l'exigence d'une véritable identité entre les « circonstances » comparées³³⁶. Plus courantes, cependant, seront les formules faisant référence à des « situations » ou « circonstances » vues comme étant « les mêmes » ou « similaires »³³⁷. Dans l'hypothèse où une clause de traitement national contiendrait l'un ou l'autre des deux types de formules évoquées plus haut, la marge de manœuvre de l'organe éventuellement chargé d'interpréter ladite clause est relativement grande, dans la mesure où il faudra, de toutes façons, appliquer lesdites formules à des situations concrètes, ce qui mettra immanquablement en lumière leur caractère plastique. Cela étant, en dehors de l'habituel caractère général et abstrait des termes d'une règle de droit³³⁸, cette marge de manœuvre reste limitée, l'organe en

³³⁴ Cf. C. LEBEN (dir.), *op. cit.*, pp. 268-274.

³³⁵ *Ibidem*, pp. 269-270.

³³⁶ Cf. UNCTAD, *National Treatment*, *op. cit.*, p. 35 (document pdf).

³³⁷ Cf., en particulier, art. 1102 ALENA, où il est question de « circonstances analogues », que les tribunaux arbitraux ont tendance à interpréter de façon assez large (cf., notamment, R. DOLZER & C. SCHREUER, *op. cit.*, pp. 199-200).

³³⁸ Cf. P. DAILLIER, M. FORTEAU & A. PELLET, *Droit international public*, Paris, LGDJ, 8^{ème} édition, 2009, 1709 p., p. 276, § 162.

question restant tenu par la philosophie générale de la clause, laquelle fait peu de doutes³³⁹. Le fait que les formules évoquées *supra* ne constituent pas l'essentiel de la pratique conventionnelle en la matière ne change rien à la pertinence de la proposition précédente.

Une autre méthode consiste, pour les rédacteurs du traité, à limiter l'application de la norme de traitement national à des secteurs ou activités économiques limitativement énumérés ou à recourir à une liste indicative desdits secteurs ou activités³⁴⁰. Ladite méthode est relativement peu utilisée dans la pratique conventionnelle en matière d'investissement. Elle correspond surtout à une approche sectorielle de la question. On pense immédiatement à l'approche adoptée par les auteurs du Traité sur la Charte de l'énergie³⁴¹. Quoiqu'il en soit, là encore, la marge de manœuvre de l'éventuel interprète est limitée du fait que des hypothèses d'application de la norme conventionnelle de traitement national sont clairement mentionnées dans le traité d'investissement ou dans les textes qui lui sont éventuellement annexés³⁴². Vu sous un autre angle, le besoin d'interprétation de la clause en question se trouve ainsi limité. Il convient, à ce stade, de remarquer que, dans le ou les secteurs économiques auxquels la clause est censée s'appliquer en pareille hypothèse, le type de restrictions évoqué plus haut peut très bien ne pas exister. Dans ce cas, la détermination de la base de la comparaison incombera à l'interprète.

En ce qui concerne la définition même de la règle de traitement national par les rédacteurs du traité, on peut revenir sur une remarque faite plus haut concernant l'effet mécanique des clauses de traitement national sur la concurrence entre investisseur étranger et opérateur économique privé national. En effet, en tant que norme conventionnelle insérée dans des traités d'investissement, le traitement national, en plus de protéger l'investisseur étranger contre une éventuelle discrimination par rapport à l'investisseur national, le mettra forcément dans une position plus favorable que son concurrent³⁴³. Cela est vrai quand les traités exigent

³³⁹ Cf. A. NEWCOMBE & LL. PARADELL, *op. cit.*, pp. 150-152, § 4.6. Notons, toutefois, que cela ne revient pas à dire que la jurisprudence arbitrale en matière d'investissements arrive à dégager la totalité du contenu normatif de la clause de traitement national.

³⁴⁰ Cf. UNCTAD, *National Treatment*, *op. cit.*, p. 36 (document pdf).

³⁴¹ Cf. art. 10 § 7 Traité sur la Charte de l'Energie (<http://www.energycharter.org/fileadmin/DocumentsMedia/Legal/ECTC-en.pdf> ; p. 59).

³⁴² Cf., en particulier, annexes du Traité sur la Charte de l'Energie (<http://www.energycharter.org/fileadmin/DocumentsMedia/Legal/ECTC-en.pdf> ; pp. 107-157).

³⁴³ Plus précisément, si le paradigme est celui de relations économiques de type « Nord-Sud », nous pouvons rejoindre les opinions des Professeurs CARREAU & JUILLARD selon lesquels « le traitement national exige que l'on traite identiquement, *in abstracto*, les investissements nationaux et les investissements internationaux, même si les investisseurs qui procèdent à ces opérations ne se trouvent pas en situation d'égalité » (cf. D.

que l'investisseur protégé reçoive le même traitement. Cela l'est d'autant plus quand ils exigent que ledit investisseur soit traité de façon au moins aussi favorable que l'opérateur économique national.

Dans la première hypothèse, la formulation de la clause n'amène pas à envisager le traitement préférentiel comme une obligation conventionnelle de l'Etat d'accueil, le traitement exigé étant soit le même soit un traitement aussi favorable que celui accordé à l'investisseur national. Cela étant, comme il l'a été noté en doctrine, rien n'interdit à l'Etat d'accueil d'accorder un traitement plus favorable à l'investisseur, perspective plus que plausible s'il s'agit d'un traité d'investissement « Nord-Sud »³⁴⁴. Dans la seconde hypothèse, la plus courante, le traitement expressément attendu de la part de l'Etat de territorialité sera au moins aussi favorable à l'investisseur étranger³⁴⁵. Ainsi, la clause de traitement national fonctionne clairement comme une « norme-plancher », mais il serait, à notre sens, inexact de voir ladite norme comme un standard, dans la mesure où son contenu normatif est trop précis pour une telle qualification³⁴⁶.

Cette dernière remarque nous amène à noter que la norme conventionnelle de traitement national, aussi précise soit-elle dans son principe et dans sa formulation, ne suffirait pas à elle seule à protéger un investisseur étranger : son objet est trop limité pour que ce soit le cas. La logique de cette limitation est pourtant compréhensible : cette clause a pour but de consolider un mécanisme conventionnel, définissant le traitement exigé de la part de l'Etat d'accueil, dont on sait que le noyau, la norme principale, a, comme nous le verrons plus bas, un contenu plastique. C'est également le rôle de la clause de la Nation la plus favorisée.

CARREAU & P. JUILLARD, *Droit international économique*, Paris, Dalloz, 3^{ème} édition, 2007, xii+744 p., p. 466, § 1312).

³⁴⁴ *Ibidem*.

³⁴⁵ Cf. J. CAZALA, *op. cit.*, pp. 267-268.

³⁴⁶ Nous avons d'ailleurs, pour cette raison, préféré la notion de « règle conventionnelle », à laquelle on peut ne prêter qu'une portée bilatérale, (cf. D. CARREAU, « Investissements », Répertoire International Dalloz, 1998, p. 17) à celle de « standard indirect ».

B — Clause de traitement de la Nation la plus favorisée

La clause de la Nation la plus favorisée est assez courante dans la pratique conventionnelle en matière économique³⁴⁷. C'est donc en toute logique qu'elle apparaît dans les traités d'investissement³⁴⁸. On doit préciser à ce stade que la norme de traitement de la Nation la plus favorisée n'est pas présentée comme faisant partie du droit international coutumier et se trouve essentiellement cantonnée à la pratique conventionnelle³⁴⁹. Il s'agit, là encore, d'une clause indirecte, censée prévenir une discrimination. La discrimination prévenue toucherait l'investisseur (ou plutôt l'investissement) protégé, non pas par rapport à un opérateur économique (ou un « investissement ») national, mais plutôt par rapport à un investisseur (ou un investissement) étranger couvert par un autre traité conclu par l'Etat d'accueil³⁵⁰. Cette disposition conventionnelle aura évidemment pour effet mécanique d'avantager, sur le plan concurrentiel, l'investisseur étranger par rapport à son concurrent national. Cela étant, son principal effet sera d'étendre la protection dont bénéficie un investisseur ressortissant d'un Etat tiers à l'investisseur visé par le traité contenant la clause étudiée.

Quel contenu normatif aura la clause de traitement de la Nation la plus favorisée telle qu'elle apparaît dans la pratique conventionnelle en matière d'investissement ? Cette question est, notons-le, d'autant plus importante que cette disposition pose une série de difficultés juridiques autrement plus complexes que celles générées par les clauses de traitement national³⁵¹. Il est certes vrai que les solutions retenues dans le cadre desdites clauses, pour ce qui est de leurs hypothèses d'application, se retrouvent dans le cadre des clauses de traitement de la Nation la plus favorisée. De même en est-il de la nuance entre « même traitement », « traitement aussi favorable » et « traitement au moins aussi favorable ». Pour le reste, les

³⁴⁷ Cf. R. DOLZER & C. SCHREUER, *op. cit.*, p. 206.

³⁴⁸ Cf. UNCTAD, *Most-favoured-nation treatment*, *op. cit.*, 2010, pp. 25-29 (document pdf).

³⁴⁹ C'est, par exemple, ce que l'on constate en revenant sur des travaux de la CDI concernant un projet sur les clauses de traitement de la Nation la plus favorisée où ces dernières sont définies comme suit :

« Une clause de la nation la plus favorisée est une disposition conventionnelle par laquelle un Etat assume à l'égard d'un autre Etat l'obligation d'accorder le traitement de la nation la plus favorisée dans un domaine convenu de relations. » (cf. Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa trentième session, Annuaire de la Commission du droit international 1978, vol. II, 2^{ème} partie, A/CN.4/SER.A/1978/Add.1 [Part 2] [http://legal.un.org/ilc/publications/yearbooks/french/ilc_1978_v2_p2.pdf], p. 21).

³⁵⁰ Cf. UNCTAD, *Most-favoured-nation treatment*, *op. cit.*, 2010, pp. 29-30 (document pdf).

³⁵¹ Nous pensons, en particulier, aux récentes difficultés soulevées, devant des tribunaux arbitraux transnationaux saisis sur le fondement de traités d'investissement, concernant le sens ou la portée à donner à la clause NPF du traité pertinent (cf., en particulier, la jurisprudence récente relative à l'application de cette disposition à celles concernant le règlement des différends transnationaux ; CIRDI 22 août 2012 *Daimler c/ Argentine* [<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita1082.pdf>] § 268, soulignant le fait que la jurisprudence est divisée sur ce point).

problématiques sont différentes, ne serait-ce que parce que le traitement de référence est lui aussi d'origine conventionnelle.

En effet, il convient de garder à l'esprit que l'Etat signataire d'un traité d'investissement contenant le type de clause étudié peut se retrouver dans une situation particulière s'il accorde aux investisseurs ressortissants d'un Etat tiers des avantages dont ne bénéficient pas ceux qui sont protégés par ledit traité : ces derniers pourraient invoquer leur droit, né de leur protection conventionnelle, à bénéficier desdits avantages. Il s'agit de ce que les auteurs de langue anglaise appellent une « *free ride* » *situation*³⁵². Pareille situation aboutit mécaniquement à l'apparition de nouvelles obligations conventionnelles dans le chef de l'Etat de territorialité, obligations qui n'avaient pourtant pas été négociées dans la relation initiale avec l'Etat cocontractant au traité de référence. Aussi, les Etats ont-ils intérêt, comme nous le verrons plus bas, à restreindre la portée d'un tel engagement, et ce dès l'étape de la négociation du traité. Pour revenir à la question qui nous occupe, les clauses de traitement de la Nation la plus favorisée, en plus d'être automatiquement et immédiatement applicables aux investissements réalisés par les nationaux de chaque Etat contractant sur le territoire de l'autre³⁵³, sont formulées de façon relativement inconditionnelle³⁵⁴ et ont souvent un champ d'application relativement illimité, tant au niveau matériel qu'aux niveaux personnel et temporel³⁵⁵. Il est, en effet, vrai qu'elles englobent, la plupart du temps, l'essentiel pour ne

³⁵² Cf., pour une rapide description de la « *free rider* » *issue*, UNCTAD, *Most-favoured-nation treatment*, op. cit., 2010, p. 36 (document pdf) ; UNCTAD, *International investment agreements : key issues* vol. I, New-York/Genève, United Nations, 2004, UNCTAD/ITE/ITT/2004/10 (http://unctad.org/en/Docs/iteiit200410_en.pdf), xxiv+392 p., p. 218 (document pdf).

³⁵³ Cela revient à dire que cette disposition s'applique, de toute façon, postérieurement à l'admission de l'investissement. Il existe, également, des hypothèses où le traité pertinent prévoit une application du traitement NPF dans la phase « pré-admission » (cf., notamment, UNCTAD, *Most-favoured-nation treatment*, op. cit., 2010, pp. 58-59 [document pdf]).

³⁵⁴ Cela vaut, bien sûr, dans la limite de ce que permet l'application du principe *ejusdem generis*, tel qu'il est, par exemple, reflété dans l'article 9 § 1 du projet d'articles de la CDI consacré aux clauses de traitement de la Nation la plus favorisée :

« [...] En vertu d'une clause de la nation la plus favorisée, l'Etat bénéficiaire acquiert, pour lui-même ou au profit de personnes ou de choses se trouvant dans un rapport déterminé avec lui, uniquement les droits qui rentrent dans les limites de la matière objet de la clause. [...] » (cf. Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa trentième session, op. cit., p. 31). Cf. également P. ACCONCI, « *Most-favoured-nation treatment* » in P. MUCHLINSKI, F. ORTINO & C. SCHREUER, *The Oxford Handbook of International Investment Law*, Oxford, Oxford University Press, 2008, lxv+1282 p., pp. 363-406, p. 370.

³⁵⁵ Cf. P. ACCONCI, op. cit., p. 368. Prenons, toutefois, le temps de nuancer un tel propos. Il est d'abord clair que l'effet de la clause NPF ne peut pas déborder l'objet du traité, dont on rappelle qu'il s'agit, par hypothèse, d'un traité d'investissement (cf. R. DOLZER & M. STEVENS, *Bilateral Investment Treaties*, La Haye/Boston/Londres, Martinus Nijhoff, 1995, xix+330 p., p. 66). Pour ce qui est du champ d'application personnel de la disposition étudiée, en supposant qu'elle s'applique aux investisseurs, le traitement NPF, tel qu'il apparaît dans la pratique en matière d'investissement, n'introduit habituellement pas de restriction supplémentaire par rapport à la disposition définissant la notion d'investisseur (cf. UNCTAD, *Most-favoured-nation treatment*, op. cit., 2010, pp. 59-61 [document pdf]). Une remarque analogue peut être faite au sujet du

pas dire l'ensemble des activités liées à l'investissement³⁵⁶. À cela s'ajoute le fait que l'obligation conventionnelle en question est réciproque dans l'immense majorité des traités d'investissement³⁵⁷.

Des exceptions sont, cependant, prévues, sans doute dans une logique de préservation des prérogatives souveraines de l'Etat d'accueil, au traitement de la Nation la plus favorisée³⁵⁸. Ainsi, par exemple, les traités d'investissement peuvent-ils contenir des exceptions permettant aux Etats d'accueil de déroger à l'obligation conventionnelle en question pour des motifs tenant à l'ordre ou la santé publics³⁵⁹. De même, le jeu de la clause étudiée peut être subordonné à des conditions de réciprocité³⁶⁰. Cela est vrai en matière de double imposition ainsi que dans le domaine de la propriété intellectuelle³⁶¹. L'exception la plus connue, à cet égard, est celle concernant l'appartenance à une intégration économique régionale³⁶². On a, en effet, peu de mal à imaginer que les Etats membres de ce genre d'intégrations ne souhaitent pas que les avantages qu'ils se consentent mutuellement s'appliquent dans leurs relations conventionnelles respectives avec des Etats tiers, lesquelles relations ont chacune été tissées en tenant compte de l'équilibre des pouvoirs de négociation en présence. Or, c'est cet équilibre qui se trouve bouleversé par la « *free ride* » situation, le bouleversement étant d'autant plus sensible dans l'hypothèse qui nous occupe.

Il ressort de ce qui précède que, bien qu'il s'agisse également d'une clause « indirecte », présentée comme n'ayant pas de contenu matériel propre, la clause de la Nation la plus favorisée, telle qu'elle apparaît dans la pratique conventionnelle en matière d'investissement, a un contenu normatif relativement précis, pour peu que le traitement servant de base à la comparaison, c'est-à-dire celui de la Nation la plus favorisée, soit identifiable. Le besoin d'interprétation de cette norme conventionnelle est ainsi limité. Certes, le caractère

champ d'application temporel de la clause NPF : ce dernier dépendra du fait de savoir si la protection conventionnelle s'applique ou non au stade de l'admission de l'investissement.

³⁵⁶ Cf. P. ACCONCI, *op. cit.*, p. 371, en particulier pour ce qui est des formules utilisées pour présenter les activités relatives à l'investissement qui sont habituellement couvertes par la disposition étudiée (ex. : « management, maintenance, use or enjoyment of investments »).

³⁵⁷ Cela tient principalement au fait que, comme nous l'avons vu plus haut, les traités d'investissement sont, dans leurs formes « modernes », conclus sur une base de réciprocité.

³⁵⁸ Cf. UNCTAD, *op. cit.*, 2010, pp. 61-69 (document pdf) ; A. NEWCOMBE & LL. PARADELL, *op. cit.*, pp. 231-232.

³⁵⁹ Cf. P. ACCONCI, *op. cit.*, p. 372 ; UNCTAD, *Most-favoured-nation treatment*, *op. cit.*, 1999, pp. 19-21 (document pdf).

³⁶⁰ Cf. UNCTAD, *Most-favoured-nation treatment*, *op. cit.*, 1999, pp. 21-28 (document pdf).

³⁶¹ *Ibidem*.

³⁶² Cf., pour une étude détaillée de cette exception, UNCTAD, *The REIO exception in MFN treatment clauses*, New York/Genève, 2004, UNCTAD/ITE/IIT/2004/7 (http://unctad.org/en/Docs/iteiit20047_en.pdf), viii+84 p..

inconditionnel de sa formulation ainsi que le caractère très peu limité de son champ d'application sont de nature à susciter plus de problèmes d'interprétation que la clause de traitement national. Cela n'a, d'ailleurs, pas été sans poser de mémorables difficultés aux arbitres dans des contentieux récents, en particulier quant au fait de savoir si cette clause ne s'applique qu'aux dispositions matérielles ou, au contraire, s'applique également aux dispositions procédurales des traités d'investissement. Quoi qu'il en soit, là encore, cette norme ne peut pas être qualifiée de standard au sens strict, et ce même si l'on ne peut nier qu'elle fonctionne, elle aussi, comme une « norme-plancher ». Un tel problème de qualification est beaucoup plus présent quand il s'agit d'analyser les règles conventionnelles de protection contenues dans les traités d'investissement.

§ 2 — Règles conventionnelles de protection

Les règles de protection de l'investissement étranger abordées dans ces développements sont celles concernant les mesures de dépossession susceptibles d'interférer avec les droits de l'investisseur sur celui-ci³⁶³. La disposition conventionnelle en question apparaît comme étant l'un des éléments essentiels du *corpus* habituellement contenu par les traités d'investissement, et ce dans l'immense majorité des cas³⁶⁴. Elle est, de plus, perçue et présentée comme étant une consécration du droit international coutumier en la matière, au moins pour ce qui est du droit de l'Etat, subordonné au respect de certaines conditions, à exproprier ou nationaliser ces biens étrangers que sont les investissements³⁶⁵. Un tel principe recueille d'ailleurs un consensus assez large, que ce soit parmi les Etats ou en doctrine³⁶⁶. Cela étant, bien que la

³⁶³ Pour une présentation détaillée de cette question, cf. notamment UNCTAD, *Taking of property*, New York/Genève, United Nations, 2000, UNCTAD/ITE/ITT/15 (<http://unctad.org/en/docs/psiteiitd15.en.pdf>), ix+70 p. ; A. REINISCH, « Expropriation » in P. MUCHLINSKI, F.ORTINO & C. SCHREUER (dir.), *op. cit.*, pp. 407-458 ; A. NEWCOMBE & LL. PARADELL, *op. cit.*, pp. 321-398 ; R. DOLZER & C. SCHREUER, *op. cit.*, pp. 98-129 ; R. DOLZER & M. STEVENS, *op. cit.*, pp. 97-117.

³⁶⁴ Rares sont, en effet, les traités d'investissement qui ne comportent pas de disposition concernant les mesures de dépossession (cf. <http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA/mappedContent#iiaInnerMenu>).

³⁶⁵ C'est d'ailleurs ce qui est rappelé en particulier dans la sentence *Texaco-Calasiatic* de la façon qui suit : « [...] le droit d'un Etat de procéder à des nationalisations n'est pas aujourd'hui contestable. Il résulte du droit international coutumier établi à la suite de pratiques concordantes considérées par la communauté internationale comme étant le droit. L'exercice de la compétence étatique de nationaliser est considéré comme étant l'exercice de sa souveraineté territoriale [...] » (cf. SA 19 janvier 1977, JDI 1977, p. 377, § 59 ; pour ce qui est de l'évocation de limites, dans l'ordre juridique international, au droit étudié, cf. § 61).

³⁶⁶ Pour ce qui est des Etats, rappelons, en effet, que l'idée même d'un droit de nationaliser n'a pas été au centre des oppositions idéologiques décrites dans les développements précédents (en particulier dans le premier chapitre de notre étude) comme l'a été la question de l'indemnisation, en tant que condition de la licéité internationale d'une mesure de dépossession. Ainsi, même en rapprochant l'une de l'autre deux résolutions de l'AGNU présentées comme aussi antagoniques que 1803 (XVII) (cf. point 4 ; [http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/1803\(XVII\)&referer=http://legal.un.org/avl/ha/ga_1](http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/1803(XVII)&referer=http://legal.un.org/avl/ha/ga_1)

logique qui gouverne notre analyse soit orientée vers la détermination du contenu des obligations de l'Etat de territorialité, il convient de revenir sur deux notions conditionnant l'application de la clause étudiée et qui ne font, pourtant, l'objet que de très peu de tentatives d'éclaircissement : celle de « dépossession » et celle de « mesure d'effet équivalant à une dépossession ».

Pour ce qui est de la définition des mesures de « dépossession » visées par la clause, il est habituel qu'elle ne figure pas dans les traités d'investissement³⁶⁷. Ainsi en est-il, plus précisément, des notions d'« expropriation » et de « nationalisation »³⁶⁸. À la seule lecture des traités d'investissement, où l'on retrouve principalement les deux derniers termes cités, deux questions se posent d'emblée, l'une dans la dépendance étroite de l'autre. La première tient au fait de savoir si l'on doit entendre les mots « expropriation » et « nationalisation » au sens strict, sens qu'il conviendrait alors de déterminer. La seconde question concerne, quant à elle, les droits réels qui doivent être touchés et transférés par la mesure en question pour que celle-ci puisse être qualifiée d'« expropriation » ou de « nationalisation » : s'agit du seul droit de propriété ou peut-on y ajouter ses démembrements voire, éventuellement, d'autres droits réels ?

La doctrine donne quelques éléments de réponse à la première question. Ainsi, on peut expliquer l'absence de définition par la volonté des Etats de ne pas restreindre le panel de mesures en principe internationalement licites à leur disposition du fait de leurs prérogatives souveraines³⁶⁹. Il peut aussi sembler exact de dire que les mesures de dépossession en question, internationalement licites pour peu que certaines conditions, au nombre desquelles on compte le respect du principe indemnitaire, soient respectées, sont à distinguer de la

[803/ga_1803.html&Lang=F](http://www.un.org/french/documents/view_doc.asp?symbol=A/RES/3281(XXIX)&Lang=F)) et 3281 (XXIX) (cf. art. 2 § 2 c ; [http://www.un.org/french/documents/view_doc.asp?symbol=A/RES/3281\(XXIX\)&Lang=F](http://www.un.org/french/documents/view_doc.asp?symbol=A/RES/3281(XXIX)&Lang=F)), en ce qu'elles abordent la question du droit d'exproprier ou de nationaliser, on constate qu'elles ne s'opposent pas sur ce point.

³⁶⁷ Pour être plus précis, les traités d'investissement, dans leur immense majorité, ne résolvent pas les imprécisions terminologiques concernant les différents types de dépossessions tels qu'appréhendés par le droit international, imprécisions terminologiques sur lesquelles nous aurons l'occasion de revenir (cf. D. CARREAU & P. JUILLARD, *Droit international économique*, Paris, Dalloz, 3^{ème} édition, 2007, xi+744 p., pp. 531-533, § 1431-1432 ; R. DOLZER & M. STEVENS, *op. cit.*, pp. 98-102).

³⁶⁸ *Ibidem*.

³⁶⁹ Il faut, en effet, rappeler qu'en tant que mesures de dépossession expropriation et nationalisation sont, en principe, de mesures licites, dans l'ordre juridique interne comme dans l'ordre juridique international, et méritent ces qualifications parce que les conditions de leur licéité, qui sont aussi des critères de leur qualification, sont respectées (cf. D. CARREAU & P. JUILLARD, *op. cit.*, p. 532, § 1432).

spoliation ou de la confiscation³⁷⁰. Au risque de schématiser à l'extrême, on peut avancer que la spoliation est internationalement illicite parce que non assortie, par nature, d'une indemnisation et que le fait que la confiscation ne soit pas, par définition, assortie d'une indemnisation n'en fait pas pour autant une mesure contraire au droit international. La jurisprudence, quant à elle, n'est pas plus éloquente à ce sujet³⁷¹. Elle l'est, en revanche, beaucoup plus en ce qui concerne les mesures d'effet équivalent à une dépossession.

Quelle que soit la formulation retenue dans les traités d'investissement, les « mesures d'effet équivalent » sont très souvent visées par la clause étudiée et, en conséquence, soumises au même régime juridique que les mesures de dépossession proprement dites³⁷². Comme nous l'avons laissé entendre plus haut, les instruments conventionnels traduisant un effort de définition de cette notion sont très rares. En conséquence, c'est à la doctrine et à la jurisprudence que l'on doit l'essentiel des précisions en la matière³⁷³. Nous choisirons, à ce stade, d'insister sur le fait qu'alors que la qualification de mesure de dépossession proprement dite implique un transfert de droits réels de l'investisseur sur l'investissement au profit de l'Etat de territorialité, celle de mesure d'effet équivalent repose sur une atteinte portée auxdits droits sans qu'un transfert tel que celui évoqué plus haut soit nécessaire.

Ces précisions faites, on voit que la disposition conventionnelle concernant les mesures de dépossession est également de celles qui limitent le besoin d'interprétation. Elle l'est d'une autre manière que les clauses de traitement national et de traitement de la Nation la plus favorisée. On peut, à cet égard, la voir comme une norme à « deux étages ». Alors que le besoin d'interprétation se trouve relativement limité par l'énumération des conditions de la

³⁷⁰ Ibidem. Cf., également, J. SALMON (dir.), *Dictionnaire de droit international public*, Bruxelles, Bruylants/AUF, 2001, xli+1198 p., entrées « Expropriation », « Nationalisation », « Spoliation » et « Confiscation ».

³⁷¹ Certes, la jurisprudence classique aborde la question de l'expropriation directe (cf., en particulier, Tribunal Iran/Etats Unis 14 juillet 1987 *Amoco International Finance Corporation*, Iran-US CTR, vol. 15, p. 189 & s. ; l'expropriation y est définie comme « the transfer of an economic activity from private ownership to the public sector » [p. 222, § 114]). Cela étant, cette dernière est perçue comme ne posant pas de difficultés particulières aux juges ou arbitres, en tous cas d'un point de vue conceptuel (cf. P.-M. DUPUY & Y. RADI, « Le droit de l'expropriation directe et indirecte » in C. LEBEN [dir.], *Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational*, op. cit., pp. 375-414, p. 388), ce qui pourrait expliquer que la définition des notions de « nationalisation » et d'« expropriation » ne soient généralement pas approfondies par les tribunaux.

³⁷² Plus précisément, et cela constitue l'enjeu de la qualification, les mesures d'effet équivalent à une dépossession sont soumises aux mêmes conditions de licéité internationale que celles de dépossession directe.

³⁷³ Pour une présentation détaillée de cette question, cf. notamment Y. NOUVEL, « Les mesures équivalent à une expropriation dans la pratique récente des tribunaux arbitraux », RGDI 2002, pp. 78-102 ; J. PAULSSON & Z. DOUGLAS, « Indirect expropriation in investment treaty arbitrations » in N. HORN (dir.), *Arbitrating Foreign Investment Disputes – Procedural and Substantive Legal Aspects*, Kluwer Law International, xxxi+535 p., pp. 145-158 ; C. LEBEN, « La liberté normative de l'Etat et la question de l'expropriation indirecte » in C. LEBEN (dir.), *Le contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement*, op. cit., pp. 163-183.

licéité internationale d'une mesure de dépossession (A), il réapparaît, quoique de façon résiduelle, dans la mesure où la norme de calcul de l'indemnisation, élément le plus controversé desdites conditions, dont ce type de mesures doit être assorti est un standard (B).

A — Conditions de la licéité internationale d'une mesure de dépossession

Commençons par revenir sur l'idée, partagée par divers observateurs, selon laquelle la disposition concernant les mesures de dépossession, telle qu'elle apparaît dans la pratique conventionnelle, reprend l'état du droit international coutumier sur cette question³⁷⁴. Au-delà de toute prise de position sur le fait de savoir si une telle idée est totalement exacte, il est clair que la subordination de la licéité internationale de ces mesures au respect de certaines conditions est solidement établie dans le droit coutumier³⁷⁵. De même, le consensus existe quant au fait que lesdites mesures doivent être prises dans un but d'intérêt général, ne pas être discriminatoires et être assorties d'une indemnisation³⁷⁶. Ainsi, vu que les traités d'investissement reprennent ces éléments, il n'est pas exagéré d'y voir une consolidation de ces points par la pratique conventionnelle³⁷⁷. Cela étant souligné, les traités d'investissement sont plus détaillés quant à ces conditions. Les conditions de la licéité internationale d'une mesure de dépossession, telles qu'elles apparaissent dans la pratique conventionnelle, sont au nombre de quatre, tenant respectivement à son but d'intérêt général, à son caractère non-discriminatoire et à la nécessité d'indemnisation, mais aussi au respect du *due process of law*³⁷⁸. On constate, néanmoins, que subsiste, malgré tout, un besoin d'interprétation.

Pour ce qui est de la première condition, à savoir l'exigence que la mesure soit prise dans un « but d'intérêt public », il convient tout d'abord de préciser, pour les besoins de la démonstration, que cette expression est employée dans un sens large. En effet, les formulations retenues dans la pratique conventionnelle, bien que traduisant la même idée, sont

³⁷⁴ Cf., par exemple, C. LEBEN, « L'évolution du droit international des investissements » in SFDI, *Un accord multilatéral sur l'investissement : d'un forum à l'autre ?*, Paris, Pedone, 1999, 140 p., pp. 7-32, pp. 14-16.

³⁷⁵ Cf., notamment, D. CARREAU & P. JUILLARD, *op. cit.*, pp. 537-538, § 1443.

³⁷⁶ En effet, en ce qui concerne spécifiquement les conditions de licéité internationale d'une mesure de dépossession, la jurisprudence classique reflète encore le droit coutumier, en tous cas, dans ses grandes lignes (cf., notamment, CPA 13 octobre 1922 *Armateurs norvégiens*, RSA vol. I, pp. 307-346, p. 332). De plus, nous avons, à plusieurs reprises, évoqué le fait que les conditions étudiées n'ont pas véritablement constitué une pierre d'achoppement au moment des débats concernant le Nouvel Ordre Economique International (cf. R. DOLZER & C. SCHREUER, *op. cit.*, pp. 99-101).

³⁷⁷ Cf. R. DOLZER & C. SCHREUER, *op. cit.*, pp. 99-100 ; United Nations Centre on Transnational Corporations & International Chamber of Commerce, *Bilateral Investment Treaties 1959-1991*, New-York, United Nations, 1992, ST/CT/136, v+45 p., p. 11.

³⁷⁸ Cf. UNCTAD, *Taking of property*, *op. cit.*, pp. 19-24 & pp. 30-40 (document pdf).

assez diverses³⁷⁹. Quoi qu'il en soit, ladite idée ne fait, en général, l'objet d'aucune définition dans les traités d'investissement³⁸⁰. Cela amène même certains auteurs à douter de la véritable pertinence de cette condition telle que formulée dans les traités³⁸¹. On ne peut cependant pas négliger qu'elle se retrouve invariablement dans les dispositions conventionnelles concernant l'expropriation. On pourrait alors se demander si la notion de but d'intérêt public peut ou doit être définie au regard du droit interne de l'Etat de territorialité. En effet, qui mieux que ce dernier, en tant que souverain, en tant que titulaire de la compétence territoriale, peut déterminer les contours de l'intérêt public dans les limites de son territoire ? Là encore, les traités sont habituellement silencieux sur ce point. On peut, sans s'avancer excessivement, supposer que les rédacteurs entendent laisser cette possibilité ouverte. Cela étant, rien dans les pratiques conventionnelle et jurisprudentielle en matière d'investissement ne permet de pleinement le confirmer³⁸².

La deuxième condition posée à la licéité internationale d'une mesure de dépossession est celle tenant au caractère non discriminatoire de ladite mesure. Cette condition coexiste, en tous cas dans la pratique conventionnelle, avec d'autres normes censées prévenir les discriminations à l'encontre des investisseurs protégés³⁸³. La question qui se pose logiquement est celle de savoir en quoi consiste une discrimination. Habituellement, cette définition n'apparaît pas plus dans les traités d'investissement que l'énumération des fondements sur lesquels elle pourrait s'opérer³⁸⁴. Cela est d'autant plus gênant pour la détermination du contenu normatif de la disposition étudiée, dans cet aspect du moins, que l'idée de mesure discriminatoire implique un dépassement injustifié par son auteur des compétences qui sont les siennes. Autrement dit, il s'agit de distinguer la mesure discriminatoire de celle, justifiée, correspondant à un traitement différentiel par lequel l'Etat

³⁷⁹ Cf. A. NEWCOMBE & LL. PARADELL, *op. cit.*, pp. 370-373, § 7.32.

³⁸⁰ *Ibidem*.

³⁸¹ *Ibidem*, pp. 371-372.

³⁸² Cf. UNCTAD, *Taking of property*, *op. cit.*, p. 31 (document pdf).

³⁸³ Cf. R. DOLZER & C. SCHREUER, *op. cit.*, pp 191-198 ; A. NEWCOMBE & LL. PARADELL, *op. cit.*, pp. 298-307 ; R. DOLZER & M. STEVENS, *op. cit.*, pp. 61-63.

³⁸⁴ Il est intéressant, à ce stade de notre propos, de remarquer qu'en fonction de la disposition conventionnelle mettant la discrimination « hors-la-loi », le fondement de cette dernière peut apparaître de façon plus ou moins évidente. Ainsi, les clauses de traitement national et de traitement de la Nation la plus favorisée impliquent toutes les deux d'analyser la discrimination prohibée principalement sous l'angle de la nationalité (cf. notamment D. CARREAU & P. JUILLARD, *op. cit.*, pp. 466-470, § 1311-1317) alors que l'analyse impliquée par les standards conventionnels de traitement étudiés plus haut n'est, en toute logique, pas limitée à ce facteur. Elle l'est encore moins quand la discrimination est prohibée par le biais d'une disposition spécifique (cf. A. NEWCOMBE & LL. PARADELL, *op. cit.*, p. 304, § 6.38).

d'accueil n'outrepasse pas sa compétence territoriale³⁸⁵. Il semble que la réponse à ce type d'interrogations sera recherchée dans les définitions « généralement admises » par la doctrine et la jurisprudence³⁸⁶.

La condition concernant le *due process of law* doit être appréhendée de façon particulière. Elle ne se retrouve pas dans l'intégralité des traités d'investissement³⁸⁷. Tout au plus constate-t-on que l'inclusion de cette condition dans la clause conventionnelle relative aux mesures de dépossession est « d'inspiration » américaine³⁸⁸. En effet, cette notion de *due process of law* est un concept qui n'a de définition « précise » que dans le droit interne des Etats-Unis d'Amérique³⁸⁹. Aussi, est-il normal qu'ils la reprennent dans leur pratique conventionnelle³⁹⁰, imités en cela par quelques Etats³⁹¹. Cette formule traduit l'idée d'une exigence de respect, par l'Etat de territorialité, des « prescriptions légales » de son droit interne. Cela étant, la question se pose souvent de l'utilité de cette condition au sein de la clause étudiée. Ainsi, cette condition peut apparaître comme faisant double emploi avec l'existence d'un standard minimum, coutumier ou conventionnel, de traitement³⁹² voire avec les autres conditions posées à la licéité internationale d'une mesure de dépossession, en particulier l'exigence d'un

³⁸⁵ Cf. D. CARREAU & P. JUILLARD, *op. cit.*, pp. 467-468, § 1313. Dans ce cas de figure, l'important est que la mesure soit licite au regard du droit international : le fait que cette dernière soit justifiable au regard du droit interne de l'Etat de territorialité n'est pas décisif (cf. R. DOLZER & M. STEVENS, *op. cit.*, pp. 61-62).

³⁸⁶ Pour un tableau de la jurisprudence CIRDI sur cette question, cf. S. MANCIAUX, *Investissements étrangers et arbitrage entre Etats et ressortissants d'autres Etats – Trente années d'activité du CIRDI*, Paris, Litec, 2004, xiii+727 p., pp. 496-503, § 640-647.

³⁸⁷ Nous saisissons, ici, l'occasion de faire quelques remarques. La première, que nous formulerais sous la forme d'une interrogation, consiste à demander s'il convient d'entendre la notion de *due process of law* dans un sens large. Il convient, plus précisément, de se demander si tout ce qui revient pour les parties à exiger que les mesures de dépossession soient prises « en bonne et due forme » ou « conformément aux prescriptions du droit interne de l'Etat d'accueil » ou puissent faire l'objet d'un contrôle, administratif ou juridictionnel, peut être analysé comme une référence à la condition étudiée. En cas de réponse positive à cette interrogation, on peut effectivement se ranger à l'avis d'observateurs selon lesquels cette condition de la licéité internationale d'une mesure d'expropriation est répandue dans la pratique conventionnelle en matière d'investissements (cf., par exemple, R. DOLZER & M. STEVENS, *op. cit.*, p. 106 ; UNCTC & ICC, *op. cit.*, p.11). Dans le cas contraire, on serait plutôt amené à considérer, comme nous le ferons plus bas, qu'il s'agit d'une spécificité de la pratique d'inspiration américaine, en tous cas dans les hypothèses où il est recouru à la notion étudiée de façon explicite. Quoi qu'il en soit, ladite notion semble, encore de nos jours, beaucoup plus familière, en tant que condition de la licéité internationale d'une dépossession, à la doctrine anglo-saxonne qu'à la doctrine de langue française qui, le plus souvent, insiste sur les trois autres conditions.

³⁸⁸ Cf. UNCTAD, *Taking of property*, *op. cit.*, p. 37 (document pdf).

³⁸⁹ *Ibidem*.

³⁹⁰ Cf. les modèles américains de TBI de 2004 (art. 6 [1] d ; cf.

<http://www.state.gov/documents/organization/117601.pdf>) & 2012 (art. 6 [1] d ; cf.
<https://ustr.gov/sites/default/files/BIT%20text%20for%20ACIEP%20Meeting.pdf>)

³⁹¹ Cf. UNCTAD, *Taking of property*, *op. cit.*, p. 37 (document pdf).

³⁹² Il est vrai que dans les deux modèles américains de TBI, il est fait renvoi à l'exigence de due process telle qu'elle est formulée dans le standard conventionnel de traitement.

but d'intérêt général et l'absence de discrimination³⁹³. Selon d'autres auteurs, le *due process* évoqué dans les dispositions en matière de dépossession serait distinct, au moins par définition, de celui dont la violation reviendrait à un déni de justice³⁹⁴. Dans le sens inverse, les rédacteurs des traités d'investissement peuvent tout à fait reconnaître, et ce de façon explicite, que ces deux notions sont liées et traduisent l'existence d'une seule exigence³⁹⁵. Autant dire que le *due process*, en tant que condition posée par certains traités d'investissement à la licéité internationale d'une mesure d'expropriation, soulève plus de questions qu'il n'en résout³⁹⁶. C'est sûrement l'une des principales raisons pour lesquelles cette condition apparaît, en tant que telle, moins souvent dans la pratique conventionnelle.

La dernière condition étudiée est celle concernant l'indemnisation dont doit être assortie une mesure de dépossession pour être perçue comme internationalement licite³⁹⁷. Le principe indemnitaire est ainsi consacré par l'ensemble de la pratique conventionnelle en matière d'investissement et ne fait, de nos jours, l'objet d'aucune contestation décisive³⁹⁸. Pour ce qui est, en revanche, des modalités de l'indemnisation, plusieurs remarques peuvent déjà être faites, au moins à ce stade de notre analyse. Il convient tout d'abord de revenir sur le fait qu'un grand nombre de traités reprennent peu ou prou la « formule HULL »³⁹⁹. La doctrine HULL exige, en effet, que l'indemnisation soit « prompte, adéquate et effective »⁴⁰⁰. La pratique conventionnelle reprend et consacre, dans une très large mesure, ladite formule, et ce à quelques variations près⁴⁰¹. Ce qui a trait au caractère adéquat de l'indemnisation fera l'objet de développements ultérieurs et spécifiques. Pour le reste, il convient de se demander

³⁹³ En effet, ces deux conditions ont visiblement comme raison d'être de garantir l'absence d'arbitraire et de discrimination dans la prise et l'exécution de la mesure. Ainsi, si l'on choisit de donner un sens large à la notion de *due process* et de lui prêter un sens qui va au-delà du simple contrôle, administratif ou juridictionnel, il est possible de perdre de vue ce qui peut donner son utilité à la condition étudiée.

³⁹⁴ Cf. UNCTAD, *Taking of property*, *op. cit.*, p. 38 (document pdf).

³⁹⁵ Comme nous l'avons fait remarquer plus haut, une telle passerelle est habituellement établie (cf., en particulier, art. 1110 [1] c renvoyant à art. 1105 [1] ALENA, <https://www.nafta-sec-alena.org/Accueil/Textes-1%C3%A9gaux/Accord-de-libre-%C3%A9change-nord-am%C3%A9ricain>).

³⁹⁶ Cf. A. NEWCOMBE & LL. PARADELL, *op. cit.*, pp. 375-376, § 7.34.

³⁹⁷ Notons ici qu'il s'agit, à ce moment de notre étude, de « compensation », au sens où ce terme est entendu dans la littérature anglophone, et non de « damages », ce dernier terme renvoyant, lui, à la réparation financière du dommage subi consécutivement au fait internationalement illicite (cf. T. W. WÄLDE & B. SABAHI, « Compensation, Damages and Valuation » in P. MUCHLINSKI, F. ORTINO & C. SCHREUER [dir.], *op. cit.*, pp. 1049-1124, pp. 1052-1053).

³⁹⁸ Cf. M. SORNARAJAH, *op. cit.*, p. 239.

³⁹⁹ Cf. A. NEWCOMBE & LL. PARADELL, *op. cit.*, pp. 383-384, § 7.39.

⁴⁰⁰ Cf. A. NEWCOMBE & LL. PARADELL, *op. cit.*, p. 18, § 1.13 ; T. W. WÄLDE & B. SABAHI, *op. cit.*, p. 1068. Notons, à ce stade, que la « formule HULL » est habituellement perçue comme traduisant l'idée de « *full compensation* ».

⁴⁰¹ Cf. M. SORNARAJAH, *op. cit.*, pp. 242-246.

si les traités d’investissement fournissent des détails quant au moment où l’opération d’indemnisation doit intervenir ou à la forme qu’elle doit revêtir.

Il arrive que les traités d’investissement précisent le sens du terme employé pour exprimer les exigences des parties concernant le moment de l’indemnisation⁴⁰². Cela étant, il semble que même dans ce genre d’hypothèses le parti pris quant au caractère préalable ou concomitant du versement de l’indemnité à la mesure de dépossession soit rarement visible dans la lettre desdits traités, ce qui empêche de définir l’exigence de promptitude de l’indemnisation de façon suffisamment précise⁴⁰³. Cela n’est pas sans poser de difficultés. Ainsi, le délai de paiement de l’indemnité va directement impacter la question des intérêts, de leur caractère exigible et de leur taux⁴⁰⁴. Autre difficulté liée au moment de l’indemnisation bien que concernant sa forme et son caractère effectif, celle posée par le caractère transférable ou non de la monnaie utilisée⁴⁰⁵. Dans la seconde hypothèse, à la question de la date du versement effectif de l’indemnité s’ajouteront toutes celles relatives à sa conversion et à son transfert⁴⁰⁶.

Ainsi, pour ce qui est des exigences de promptitude et d’effectivité de même qu’en ce qui concerne les conditions précédemment étudiées, on constate que le besoin d’interprétation reste présent mais ne l’est pas plus que pour n’importe quelle autre type de norme formulée de façon générale et abstraite. Il devrait normalement en être de même des modalités de calcul de l’indemnisation. La donne est cependant compliquée par le fait que l’exigence d’une indemnisation est historiquement l’aspect le plus controversé des conditions de la licéité internationale d’une mesure de dépossession.

⁴⁰² Cf. A. NEWCOMBE & LL. PARADELL, *op. cit.*, pp. 395-396, § 7.50.

⁴⁰³ Cf. R. DOLZER & M. STEVENS, *op. cit.*, p. 112. En l’absence de parti pris précis sur le moment auquel doit intervenir l’indemnisation par rapport à la mesure de dépossession proprement dite, l’organe chargé d’appliquer le traité pertinent au règlement d’un différend va nécessairement devoir faire preuve de « créativité » quant à l’appréciation de la promptitude de l’indemnisation. Ce qui précède est d’autant plus vrai dans l’hypothèse d’une dépossession indirekte.

⁴⁰⁴ Cf. R. DOLZER & M. STEVENS, *op. cit.*, pp. 113-114.

⁴⁰⁵ Cf. A. NEWCOMBE & LL. PARADELL, *op. cit.*, pp. 395-396.

⁴⁰⁶ *Ibidem.*

B — Calcul de l'indemnisation à l'occasion d'une mesure de dépossession

Le mode de calcul de l'indemnité dont doit être assortie une mesure de dépossession est, comme nous l'avons laissé entendre plus haut, l'une des questions les plus controversées du droit international public. Nous avons également évoqué le fait que le droit international général n'était pas fixé sur cette question. Aussi, prétendre que l'indemnisation en cas de dépossession doit être calculée en tenant compte de la formule HULL revient à s'avancer au-delà de ce que l'état du droit coutumier permet de qualifier de droit positif⁴⁰⁷.

La question se pose différemment quand elle est abordée dans la pratique conventionnelle en matière d'investissements⁴⁰⁸. En effet, nombreux sont les traités d'investissement qui s'inspirent de la doctrine HULL et requièrent que l'indemnisation soit adéquate⁴⁰⁹. Aussi, peut-on dire, en tous cas au regard de cette pratique conventionnelle, que le montant de l'indemnisation doit être adéquat. Cela ne résout cependant pas toutes les difficultés susceptibles de naître de l'interprétation de cet élément de la clause de dépossession, la principale d'entre elles étant la question de savoir quel est le mode de calcul permettant d'obtenir une indemnité adéquate. Des questions périphériques sont également susceptibles de se poser.

Quel est le mode de calcul permettant d'obtenir le montant « adéquat » de l'indemnité ? On ne peut apporter de réponse satisfaisante à cette question sans savoir ce que doit refléter l'indemnité. Il semble y avoir un consensus quant au fait que cette dernière doive correspondre à la valeur du bien, de l'investissement objet de la mesure de dépossession⁴¹⁰. Aussi peut-on, sans trop s'avancer, dire que la pratique conventionnelle en matière d'investissements, en ce qu'elle reçoit la formule HULL, reçoit également l'exigence d'une indemnité correspondant à la valeur de l'investissement⁴¹¹. Les traités sont cependant silencieux sur le mode de calcul de ladite valeur. Or, certaines difficultés « préexistantes »

⁴⁰⁷ Cf. M. SORNARAJAH, *op. cit.*, pp. 240-241.

⁴⁰⁸ Cf. A. DE NANTEUIL, « La clause d'indemnisation », RGDIP 2015 (Dossier « Les techniques conventionnelles du droit international des investissements »), pp. 215-242 (NB : la question est traitée sous l'angle de l'articulation entre les dispositions concernant l'indemnisation en tant que condition de la licéité internationale d'une mesure de dépossession et le droit international général en matière de réparation du préjudice ; p. 216).

⁴⁰⁹ Cf. UNCTC & ICC, *op. cit.*, p. 11.

⁴¹⁰ C'est principalement à ce niveau que l'indemnisation en tant que condition de la licéité internationale de la mesure se distingue de celle intervenant en tant que mode de réparation du préjudice subi par la victime du fait internationalement illicite, l'indemnité étant calculée, dans cette dernière hypothèse, en tant compte de la situation de l'entité lésée et non de la valeur du bien dépossédé (cf. R. DOLZER & C. SCHREUER, *op. cit.*, p. 297).

⁴¹¹ Cf. UNCTC & ICC, *op. cit.*, p. 11 ; R. DOLZER & M. STEVENS, *op. cit.*, p. 109.

sont susceptibles de peser sur sa détermination. Ainsi, le type ou la nature de l'investissement en question, en plus d'influencer le choix de la méthode d'évaluation, peuvent compliquer le calcul du montant de l'indemnité⁴¹², en particulier dans les hypothèses où l'opération d'investissement serait complexe⁴¹³. De plus, l'idée de valeur réelle de l'investissement peut se traduire de plusieurs façons elles-mêmes reflétées par autant de méthodes d'évaluation⁴¹⁴. Lesdites méthodes diffèrent les unes des autres par l'angle adopté pour évaluer l'investissement dépossédé, angle dont le choix lui-même affectera, quoi qu'il arrive, le montant de l'indemnisation.

Ainsi, il existe deux grands types d'approches : celles permettant de déterminer la valeur de l'investissement au regard du marché⁴¹⁵ et celles s'appuyant sur des données strictement comptables⁴¹⁶. Ces deux types d'approches sont habituellement opposés l'un à l'autre. Les approches basées sur le marché sont présentées comme insuffisamment fiables et objectives, dans la mesure où le marché est, par essence, volatile et que l'idée de mesurer un profit futur laisse la porte ouverte aux extrapolations et manipulations, mais aussi comme « reflétant la réalité économique »⁴¹⁷. Les approches comptables sont, quant à elles, présentées comme insuffisamment modernes et en phase avec le marché et même inadaptées à certains types d'investissements, en particulier les contrats, mais aussi comme celles favorisant une estimation objective de l'investissement exproprié⁴¹⁸. Dans la première hypothèse, la méthode la plus connue est celle dite de l'actualisation ou *discounted cash flow*, principalement basée sur la spéculation et l'estimation des revenus futurs de l'investissement, et la valeur obtenue est la juste valeur marchande ou *fair market value*. Dans la seconde hypothèse, il s'agit essentiellement de méthodes comptables, retracant l'historique des dépenses et recettes concernant l'investissement pour obtenir sa valeur comptable ou *book value*.

Si les traités d'investissement semblent globalement s'être orientés vers la formule HULL et, par voie de conséquence, vers l'idée d'une indemnisation adéquate correspondant à la valeur réelle de l'investissement exproprié, ils ne fournissent pas souvent d'indications

⁴¹² Cf. T. W. WÄLDE & B. SABAHI, *op. cit.*, pp. 1070-1071.

⁴¹³ *Ibidem*.

⁴¹⁴ Cf. A. NEWCOMBE & LL. PARADELL, *op. cit.*, pp. 385-387, § 7.41.

⁴¹⁵ Cf. T. W. WÄLDE & B. SABAHI, *op. cit.*, p. 1070-1071.

⁴¹⁶ Cf. T. W. WÄLDE & B. SABAHI, *op. cit.*, p. 1072-1073.

⁴¹⁷ Cf. T. W. WÄLDE & B. SABAHI, *op. cit.*, p. 1074-1075.

⁴¹⁸ Cf. A. NEWCOMBE & LL. PARADELL, *op. cit.*, pp. 390-391, § 7.43.

précises sur le mode d'évaluation à retenir⁴¹⁹. La doctrine manifeste un penchant pour l'idée de juste valeur marchande en tant que valeur réelle de l'investissement⁴²⁰. De son côté, la jurisprudence arbitrale semble réticente à appliquer la technique du *discounted cash flow* de façon systématique⁴²¹. Ainsi, subsiste une zone d'incertitude quant au calcul de l'indemnité. C'est cependant une incertitude raisonnable, au moins dans la mesure où la diversité des opérations d'investissement ne permet pas aux rédacteurs des traités de prévoir toutes les difficultés susceptibles d'émerger concernant l'indemnisation en cas d'expropriation.

Des difficultés périphériques sont également d'avoir un impact sur l'évaluation de l'investissement. On pense en particulier à la date de l'expropriation en tant que date de référence de l'évaluation⁴²². Dans l'hypothèse où les traités d'investissement seraient insuffisamment précis quant au moment retenu comme date de l'expropriation, l'évaluation est susceptible d'être faussée. En effet, plus la date retenue comme moment de référence sera récente, plus le risque d'une sous-évaluation de l'investissement exproprié sera présent⁴²³. Dans le cas, encore plus compliqué, des mesures d'effet équivalant à une dépossession, la date de l'expropriation est encore plus difficile à déterminer en l'absence de directives dans le traité d'investissement applicable, avec les conséquences que l'on imagine aisément pour ce qui est de l'évaluation. À défaut d'une solution de principe prévue par les traités d'investissement applicables, il incombera principalement aux arbitres de se prononcer, au cas par cas, sur la date de référence de l'évaluation⁴²⁴.

Là encore, si un besoin d'interprétation existe, celui-ci est limité, la norme en question étant relativement précise. Cela vaut aussi bien pour le calcul de l'indemnité que pour les autres conditions de la licéité internationale d'une mesure de dépossession ou pour les clauses de traitement national et de traitement de la Nation la plus favorisée. Ce n'est, en revanche, pas le cas des standards de traitement juste et équitable et de pleine et entière protection et sécurité qui, constituant pourtant le noyau dur des dispositions conventionnelles régissant le traitement et la protection des investissements, amplifient la nécessité d'interprétation.

⁴¹⁹ Cf. A. NEWCOMBE & LL. PARADELL, *op. cit.*, p. 386, § 7.41.

⁴²⁰ Cf. T. W. WÄLDE & B. SABAHI, *op. cit.*, p. 1070.

⁴²¹ Cf. T. W. WÄLDE & B. SABAHI, *op. cit.*, p. 1076.

⁴²² Cf. T. W. WÄLDE & B. SABAHI, *op. cit.*, p. 1081-1082 ; A. NEWCOMBE & LL. PARADELL, *op. cit.*, pp. 393-395.

⁴²³ Cf. T. W. WÄLDE & B. SABAHI, *op. cit.*, p. 1081.

⁴²⁴ Cf. A. NEWCOMBE & LL. PARADELL, *op. cit.*, p. 393, § 7.49.

Section 2 — Dispositions conventionnelles amplifiant la nécessité d'interprétation

Nous avons expliqué, *supra*, en quoi il était possible, dans le cadre de cette étude, de distinguer les règles, que nous venons d'aborder, des standards conventionnels. Rappelons seulement que la distinction en question repose moins sur le caractère juridique, à proprement parler, des normes concernées que sur la nécessité accrue d'une « concrétisation » pour permettre son application⁴²⁵ de même que sur le fait qu'elles sont rédigées en termes de niveau à atteindre⁴²⁶. Ainsi, dès ce stade de notre propos, on peut avancer que l'amplification relative de la nécessité d'interprétation est dans la nature des standards conventionnels. Cette nature des standards conventionnels ne joue, en conséquence, pas un rôle anodin dans le choix, fait par les rédacteurs des traités d'investissement, d'y recourir. Il est, certes, vrai que le contenu des standards, tels qu'utilisés dans la pratique conventionnelle, reflète moins un consensus qu'une difficulté à atteindre ce dernier. C'est un aspect de la question que nous avons évoqué plus haut. Cela étant, pour peu que la réflexion soit menée en termes de tentative de « remembrement » du droit coutumier, on imagine aisément que le recours aux standards conventionnels ait été perçu comme une opportunité d'obtenir, par la force des choses, le développement d'un *corpus juris* d'origine jurisprudentielle en matière d'investissements, lequel serait dans la continuité des propositions correspondant à la théorie du standard minimum international.

Il est clair, nous aurons l'occasion d'y revenir, qu'une telle situation présente des avantages stratégiques certains pour un investisseur protégé par un traité donnant compétence à un tribunal arbitral transnational tel que le CIRDI, surtout quand on connaît le rôle assigné à ces standards qui est de combler les lacunes des règles conventionnelles étudiées plus haut. Le contenu normatif des standards étudiés, tel qu'ils apparaissent dans la pratique conventionnelle, ne permet évidemment pas à lui seul une détermination précise de leurs significations respectives et peut, en fonction des nuances de rédaction constatées d'un instrument à l'autre, à s'interroger quant à un éventuel lien de parenté entre eux, pourtant devenus « spécifiques » en matière d'investissement, et leurs « avatars » coutumiers. Nous verrons que les réponses à cette interrogation peuvent varier non seulement d'un traité à l'autre mais selon qu'il s'agit du standard conventionnel de traitement (§ 1) ou de celui de protection (§ 2).

⁴²⁵ Cf. J. SALMON (dir.), *op. cit.*, entrée « Standard » ; Y. NOUVEL, « Classification cursive des règles de fond issues des traités bilatéraux d'investissement », *op. cit.*, p. 11.

⁴²⁶ *Ibidem*.

§ 1 — Standard de traitement

Pour ce qui est du traitement de l'investissement, nous avons vu, plus haut, que les instruments conventionnels applicables contiennent des règles conventionnelles relativement précises, essentiellement destinées à prévenir certains types de discriminations de la part de l'Etat d'accueil à l'encontre de l'investisseur. Au-delà de ces règles, concernant respectivement le traitement national et celui de la Nation la plus favorisée, les traités d'investissement ne contiennent pas de normes aussi précises concernant les autres aspects de la question. C'est à ce stade qu'intervient le recours au standard, en tant qu'élément comblant les vides laissés par les normes de traitement évoquées plus haut. Ainsi, le standard en question, au vu du rôle qui lui est conféré par les parties aux traités, apparaît comme le noyau dur des dispositions conventionnelles en matière de traitement, fixant un principe de base autour duquel s'articuleraient les autres normes. Cependant, ledit principe amplifie le besoin d'interprétation⁴²⁷, et ce au moins pour trois raisons.

La première raison tient au fait que, comme il s'agit d'un standard, l'on se retrouve confronté à deux difficultés inhérentes à ce type de normes : la formulation de l'obligation en termes de « niveau » à atteindre ou en deçà duquel le comportement de l'entité obligée ne doit pas se situer et l'extrême degré d'abstraction de la norme, rendant indispensable la « concrétisation » de son contenu. Le standard concerné et étudié dans les développements à venir est celui du traitement juste et équitable. Il se retrouve dans la quasi-totalité des traités d'investissement ainsi que dans un bon nombre d'instruments non contraignants ayant jalonné l'évolution de cette matière. Or, deuxième difficulté, elle-même amplifiée par le fait que les clauses contenant ce principe ne sont pas rédigées de façon identique d'un traité l'autre, la notion même de traitement juste et équitable ne fait pratiquement jamais l'objet d'une définition. D'ailleurs, troisième difficulté, certaines rédactions, en ce qu'elles renvoient, de façon plus ou moins explicite, au droit international général au sein de la clause conventionnelle, amènent à se demander si la notion même de traitement juste et équitable est ou non une expression du standard minimum international, tel que défendu par les pays occidentaux.

⁴²⁷ Cf. C. SANTULLI, « Le traitement juste et équitable : stipulation particulière ou principe général de bonne conduite », RGDIP 2015 (Dossier « Les techniques conventionnelles du droit du droit international des investissements »), pp. 69-85, pp. 69-71.

Aussi, il peut paraître surprenant, en tous cas de prime abord, que ce concept soit, de nos jours, celui que l'investisseur personne privée aura le plus souvent tendance à invoquer devant les organes arbitraux saisis sur le fondement du traité d'investissement qui le protège. On aura, par la suite, vite fait d'entrevoir les avantages que peut représenter, pour ce même investisseur, la flexibilité d'un tel concept, en ce que, parce qu'elle amplifie le besoin d'interprétation, elle permet à l'interprète d'orienter le contenu de la notion dans un sens qui pourrait éventuellement lui être profitable. Il convient de garder ce qui précède à l'esprit au moment de réfléchir sur le contenu que l'on peut donner au standard de traitement juste et équitable tel qu'il apparaît dans la pratique conventionnelle (A) et sur les liens de « parenté » qui, au regard des traités d'investissement, pourraient exister entre ledit standard et la notion de standard minimum international (B).

A — Standard de traitement juste et équitable

Le standard de traitement juste et équitable apparaît dans la quasi-totalité des traités d'investissement⁴²⁸. Pour autant, le contenu dudit standard est très difficile à déterminer, ne serait-ce que parce que, le plus souvent, les Etats parties à ces traités ne le définissent pas⁴²⁹, d'où l'évidente nécessité d'interprétation. Quelques précisions sont nécessaires à ce stade et tiennent au type de standards auquel appartient celui de traitement juste et équitable. Comparatif ou absolu, *contingent* ou *noncontingent*⁴³⁰, tout standard implique, comme nous en avons fait plusieurs fois état plus haut, l'idée d'un niveau à atteindre, d'un étalon au regard duquel le respect de la norme sera apprécié⁴³¹. Cependant, alors que, dans le cas des standards qualifiés de comparatifs ou de *contingent*, le niveau à atteindre est un niveau « préexistant » et susceptible d'être déterminé concrètement par référence à des éléments extérieurs à la norme en question, il en est autrement dans l'hypothèse des standards absous ou *noncontingent*,

⁴²⁸ Pour une présentation détaillée de ce standard conventionnel, cf. A. NEWCOMBE & LL. PARADELL, *op. cit.*, pp. 255-298 ; R. DOLZER & C. SCHREUER, *op. cit.*, pp. 130-160 ; S. VASCIANNIE, « The Fair and Equitable Treatment Standard in International Investment Law and Practice », *British Yearbook of International Law*, pp. 99-164 ; UNCTAD, *Fair and Equitable Treatment*, New York/Genève, United Nations, 1999, viii+76 p., UNCTAD/ITE/IIT/11 (Vol. III) (<http://unctad.org/en/Docs/psiteiitd11v3.en.pdf>) ; UNCTAD, *Fair and Equitable Treatment – A Sequel*, New York/Genève, United Nations, 2012, xvii+137 p., UNCTAD/DIAE/IA/2011/5 (http://unctad.org/en/Docs/unctaddiaeia2011d5_en.pdf).

⁴²⁹ Cela est d'ailleurs dans la « nature » de cette technique juridique (cf. Y. NOUVEL, « Les standards de traitement : le traitement juste et équitable, la sécurité pleine et entière » in C. LEBEN [dir.], *Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational*, *op. cit.*, pp. 287-345, pp. 299-303).

⁴³⁰ Cf. T. GRIERSON-WEILER & I. A. LAIRD, « Standards Of Treatment » in P. MUCHLINSKI, F. ORTINO & C. SCHREUER (dir.), *op. cit.*, pp. 259-304, pp. 261-264.

⁴³¹ Cf. J. SALMON (dir.), *op. cit.*, entrée « Standard », sens B.

l'étalon étant indépendant d'un quelconque élément extérieur à la norme considérée⁴³². Ainsi, alors que des normes telles que celles de traitement national ou de la Nation la plus favorisée ont pu être perçues comme des standards comparatifs⁴³³, la norme de traitement juste et équitable opère comme un standard absolu⁴³⁴. Dans le cas de cette dernière norme, le niveau à atteindre n'est en aucun cas dépendant du traitement accordé par l'Etat d'accueil à ses nationaux ou à ceux d'un Etat tiers. Autant dire que la détermination de ce niveau n'est pas faite au regard des ordres juridiques respectifs de ces deux Etats. Est-ce à dire que celle-ci s'effectue dans l'ordre juridique international ? On peut répondre par l'affirmative, et ce dans la mesure où il s'agit d'une norme conventionnelle régissant des rapports entre Etats souverains.

Ces précisions faites, l'amplification du besoin d'interprétation apparaît de façon encore plus nette. En particulier, la diversité des rédactions possibles de la clause de traitement juste et équitable n'est pas, loin s'en faut, pour aider à déterminer le sens à donner à la formule, voire la portée à donner à la disposition conventionnelle. En effet, il n'existe pas de version-type de la clause étudiée⁴³⁵. Ainsi, il est tout à fait envisageable que la place de la formule dans le traité varie d'un instrument à l'autre, cette place constituant un élément nécessaire à l'interprétation de la norme⁴³⁶. De même, la formulation de la norme elle-même est susceptible de varier d'un traité à l'autre. Si, les termes « juste » et « équitable » sont habituellement combinés dans la pratique conventionnelle, rien n'exclut qu'ils soient utilisés séparément ou respectivement associés à d'autres qualificatifs⁴³⁷. Cela impacte-t-il le contenu normatif de la disposition normative ? À en croire la doctrine, la réponse à cette question serait négative⁴³⁸. Enfin, la norme peut ne pas faire l'objet d'une disposition spécifique mais, au contraire, être associée à d'autres standards ou règles conventionnelles⁴³⁹. En pareil cas, le

⁴³² Cf. T. GRIERSON & I. A. LAIRD, *op. cit.*, p. 262.

⁴³³ Bien que nous ayons choisi de les présenter comme des règles conventionnelles et non des standards à proprement parler, les clauses de traitement national et de traitement de la Nation la plus favorisée sont parfois présentées comme contenant des standards qui seraient indirects (cf. notamment J. CAZALA, *op. cit.*) ou comparatifs (cf. T. GRIERSON & I. A. LAIRD, *op. cit.*, p. 262).

⁴³⁴ Cf. T. GRIERSON & I. A. LAIRD, *op. cit.*, p. 262.

⁴³⁵ Cf. R. DOLZER & C. SCHREUER, *op. cit.*, p. 132 ; A. NEWCOMBE & LL. PARADELL, *op. cit.*, p. 257, § 6.15.

⁴³⁶ Cela est, en particulier, vrai si l'on réfléchit en termes de combinaison ou on de ce standard avec d'autres normes conventionnelles (cf. UNCTAD, *Fair and equitable treatment*, *op. cit.*, pp. 22-23). Cependant, à ce stade de notre propos, il s'agit plus de rappeler que la place de la disposition concernée dans le dispositif d'un traité d'investissement donné compte parmi les moyens d'interprétation au sens de la Convention de Vienne sur le droit des traités entre Etats.

⁴³⁷ Cf. UNCTAD, *Fair and equitable treatment*, *op. cit.*, pp. 20-22 (document pdf).

⁴³⁸ *Ibidem*.

⁴³⁹ Cf. UNCTAD, *Fair and equitable treatment*, *op. cit.*, pp. 22-23 (document pdf).

contenu du standard, tel qu'il apparaît dans un traité donné, ne sera qu'assez peu impacté par la rédaction retenue⁴⁴⁰, le cas où ledit standard serait associé à une référence au droit international général étant bien sûr mis à part.

Cela étant, la seule lecture des traités d'investissement ne suffit pas à élucider le mystère de la signification de la formule étudiée. Il est, certes, vrai que, dans l'immense majorité des cas où elle apparaît dans les traités d'investissement, ladite formule correspond à une norme juridique, le caractère contraignant de la disposition ne faisant pas de doute. Quoi qu'il en soit, la question restant entière est la suivante : quel sens précis doit-on donner aux termes « juste et équitable » tels qu'ils existent dans la pratique conventionnelle en matière d'investissements ? Cette question renvoie à des problématiques concernant la méthodologie de l'interprétation. Le principe, en la matière, est de donner aux termes employés leur sens ordinaire. C'est du moins ce qu'il ressort de la lecture de la Convention de Vienne sur le droit des traités⁴⁴¹. C'est aussi, logiquement, l'une des principales approches rencontrées en doctrine. D'un point de vue purement méthodologique, cette approche est insuffisante à déterminer le sens précis de la formule étudiée⁴⁴². Ce défaut constitue, en revanche, un avantage stratégique pour les opérateurs économiques et leurs Etats de nationalité.

Si les termes « juste » et « équitable » ne sont pas obscurs en soi, ils peuvent, en revanche, être perçus comme éminemment subjectifs et pas assez précis quand ils sont associés au sein de la formule étudiée⁴⁴³. Ces termes ne sont pas obscurs en ce qu'ils renvoient respectivement aux idées de justice et d'équité⁴⁴⁴. Peut-on, pour autant, se limiter, dans le cadre de notre analyse, à dire que le traitement sera juste s'il est conforme au droit international et équitable si aucun des protagonistes de l'opération d'investissement n'est lésé ? Rien n'est moins sûr. En effet, le caractère juste et équitable d'un traitement donné peut être analysé différemment selon que l'on se situe du point de vue de l'Etat de territorialité ou de celui de l'investisseur et de son Etat de nationalité. Cela est d'autant plus vrai que, comme nous l'avons laissé entendre plus haut, les parties aux traités d'investissement s'entendent très rarement, dans leurs relations conventionnelles respectives, sur le sens à donner à ces termes. Ajoutons à cela le

⁴⁴⁰ Ceci n'interdit, cependant, pas que les milieux économiques perçoivent une telle combinaison comme plus protectrice de leurs intérêts (cf. UNCTAD, *Fair and equitable treatment*, op. cit., p. 23 (document pdf).

⁴⁴¹ Cf. <https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/Volume%201155/volume-1155-I-18232-French.pdf> .

⁴⁴² Cf. Y. NOUVEL, « Les standards de traitement : le traitement juste et équitable, la sécurité pleine et entière », *op. cit.*, p. 300.

⁴⁴³ Cf. M. SORNARAJAH, *op. cit.*, pp. 235-236.

⁴⁴⁴ Cf. D. CARREAU & P. JUILLARD, *op. cit.*, § 1306, pp. 463-464.

fait qu'ils ne renvoient, en pareil contexte, à rien de précisément identifiable dans l'ordre juridique international⁴⁴⁵.

Un tel degré d'imprécision constitue cependant un avantage stratégique non négligeable pour les investisseurs étrangers et leurs Etats de nationalité. Pour le comprendre, il faut d'abord s'intéresser à la fonction prêtée à une telle norme. Cette dernière est censée s'appliquer à tous les aspects du traitement de l'investissement qui ne sont pas appréhendés par les autres normes conventionnelles. En cela, la norme de traitement juste et équitable fonctionne pleinement comme un standard et son contenu sera défini au fur et à mesure de ses applications concrètes⁴⁴⁶. Ainsi, là où les parties à un traité d'investissement arriveraient difficilement, en particulier dans un contexte « Nord-Sud », à un accord sur le contenu de la norme, l'organe juridictionnel chargé de son application serait en mesure d'en « préciser » quelques éléments, et ce au-delà non seulement de l'étendue du consentement des Etats concernés tel que précédemment exprimé mais aussi du sens ordinaire des termes employés⁴⁴⁷. Certes, dans l'absolu, ces derniers ne peuvent pas prévoir toutes les situations concrètes auxquelles la norme étudiée devrait s'appliquer. Ceci étant, les circonstances de la création d'un organe tel que le CIRDI et les arrière-pensées prêtées à ses promoteurs⁴⁴⁸ de même que les développements récents du contentieux arbitral et de la jurisprudence en matière d'investissements⁴⁴⁹ amènent à se demander si le tout ne participe pas d'une stratégie d'ensemble destinée, sinon à orienter le droit positif dans une direction donnée, au moins à en étoffer le contenu matériel sur ce point précis⁴⁵⁰. Quoi que l'on puisse en conclure, il est clair que l'amplification du besoin d'interprétation de la clause de traitement juste et équitable est cultivée dans la pratique conventionnelle en matière d'investissements et que ce besoin ne disparaît aucunement en appliquant l'approche consistant à donner leur sens ordinaire aux termes « juste » et « équitable ». Une autre approche du standard de traitement juste et équitable, également courante en doctrine et insuffisante à permettre d'en dégager le contenu de la norme étudiée, consiste à y voir la traduction conventionnelle du standard minimum

⁴⁴⁵ Rappelons, en effet, que le contenu de la notion de « traitement juste et équitable » n'est pas censé être déterminé à partir de notions issues des droits internes des Etats concernés par la relation d'investissement (cf. R. DOLZER & C. SCHREUER, *op. cit.*, p. 133).

⁴⁴⁶ Cf. Y. NOUVEL, « Les standards de traitement : le traitement juste et équitable, la sécurité pleine et entière », *op. cit.*, pp. 301-302 (l'auteur y parle d'« application contextualisée » du standard).

⁴⁴⁷ *Ibidem*.

⁴⁴⁸ Nous avons eu l'occasion de les évoquer dans le premier chapitre de cette étude.

⁴⁴⁹ Cf. R. HAPP & N. RUBINS, *Digest of ICSID awards and decisions 2003-2007*, Oxford University Press, 2009, xxv+384 p., pp. 329-330.

⁴⁵⁰ Cela correspondrait, en tous cas, à la logique qui sous-tend le choix du standard en tant que technique normative.

international tel que défendu par les pays occidentaux⁴⁵¹. Elle soulève ainsi la question plus vaste de la parenté entre ces deux standards.

B — Parenté entre traitement juste et équitable et traitement minimum international

Pour entamer ce propos, il convient de rappeler que l'approche consistant à voir dans le standard conventionnel de traitement juste et équitable une simple manifestation du droit international coutumier voire une consécration de la théorie du standard minimum international a, comme la précédente approche évoquée, pour ambition d'aider à en déterminer le contenu. Cela étant, elle soulève plus de questions qu'elle n'en résout⁴⁵². Il faut d'abord dire que la situation est compliquée par deux facteurs. Le premier d'entre eux tient à ce que les clauses de traitement juste et équitable sont rédigées de façon variable d'un traité d'investissement à l'autre⁴⁵³. De plus, deuxième facteur de complication, la formule en question peut être accompagnée d'une référence au droit international. Or, nous savons que le contenu du droit coutumier en matière de biens étrangers fait encore débat. Au-delà de cette première difficulté, une interrogation beaucoup plus large se fait jour : celle des éventuels liens de parenté entre traitement juste et équitable et traitement minimum international tels qu'ils peuvent être déduits de la pratique conventionnelle. Le possible caractère autonome d'un standard conventionnel tel que celui étudié⁴⁵⁴ amène à considérer une telle idée avec prudence.

Il est vrai que les tentatives, menées dans le cadre d'enceintes internationales, d'élaborer un instrument conventionnel global concernant les biens étrangers sont souvent évoquées pour appuyer ou contester la positivité de la théorie du standard minimum international⁴⁵⁵. Il en est de même de la pratique bilatérale ou plurilatérale. On pense en particulier aux traités de commerce et de navigation conclus par les Etats-Unis d'Amérique⁴⁵⁶. Dans ces deux hypothèses, le concept d'investissement étranger n'est pas encore censé avoir gagné sa

⁴⁵¹ Cf. A. NEWCOMBE & LL. PARADELL, *op. cit.*, pp. 268-270, § 6.21.

⁴⁵² Cf. UNCTAD, *Fair and equitable treatment*, *op. cit.*, p. 19 (document pdf).

⁴⁵³ Nous avons évoqué ce fait dans des développements antérieurs au sein de ce chapitre.

⁴⁵⁴ Cf. Y. NOUVEL, « Les standards de traitement : le traitement juste et équitable, la sécurité pleine et entière », *op. cit.*, pp. 303-305.

⁴⁵⁵ Cf. S. VASCIANNIE, *op. cit.*, pp. 100-101 ; A. NEWCOMBE & LL. PARADELL, *op. cit.*, pp. 255-256.

⁴⁵⁶ Cf. R. DOLZER & C. SCHREUER, *op. cit.*, pp. 130-131.

spécificité⁴⁵⁷. Pourtant, les « origines » du concept de traitement juste et équitable sont habituellement « retracées » à cette période⁴⁵⁸. Plus précisément, l'emploi des termes « juste » et/ou « équitable » dans ces divers textes est constaté depuis cette période⁴⁵⁹. Aussi, au regard de ces seuls éléments, on peut, sans malhonnêteté intellectuelle aucune, conclure à l'existence d'un lien de parenté entre le standard minimum international et le concept de traitement juste et équitable, le second étant alors vu comme l'expression, dans le contexte conventionnel, du premier.

Quoi qu'il en soit, deux grands obstacles se dressent à l'acceptation sans réserve de la proposition précédente. En effet, en toute logique le standard de traitement juste et équitable tel qu'il apparaît dans un traité ne constitue une expression du droit coutumier ou du standard minimum international que si telle est la volonté des parties⁴⁶⁰. Or, nombreux sont les traités dans lesquels une telle volonté n'apparaît pas⁴⁶¹. Pour autant, des hypothèses de manifestation de ladite volonté existent dans la pratique conventionnelle en matière d'investissement. C'est, par exemple, le cas quand la clause de traitement juste et équitable comporte une référence au droit international général : ainsi, on peut déduire que le standard conventionnel renvoie au droit international coutumier⁴⁶². Le cas de l'ALENA est encore plus intéressant. L'article 1105 §1 de cet accord contient la fameuse référence au droit international évoquée plus haut, ce qui aurait pu suffire à dissiper les doutes en la matière. La Commission du libre-échange, constituée dans le cadre de cet accord, a pourtant fourni en 2001 une interprétation authentique du texte en question confirmant la volonté des Etats de voir dans l'expression « traitement juste et équitable » une simple manifestation, en matière d'investissements étrangers, des exigences du droit coutumier en matière de traitement des étrangers⁴⁶³. Hormis

⁴⁵⁷ Cf. R. DOLZER & C. SCHREUER, *op. cit.*, p. 6.

⁴⁵⁸ Cf UNCTAD, *Fair and equitable treatment*, *op. cit.*, pp. 14-15 (document pdf) ; *Fair and equitable treatment – A sequel*, *op. cit.*, p. 24 (document pdf).

⁴⁵⁹ *Ibidem*.

⁴⁶⁰ Cf. R. DOLZER & C. SCHREUER, *op. cit.*, p. 134.

⁴⁶¹ Cf. UNCTAD, *Fair and equitable treatment*, *op. cit.*, p. 20 (document pdf).

⁴⁶² Cf. UNCTAD, *Fair and equitable treatment – A sequel*, *op. cit.*, pp. 41-42 (document pdf).

⁴⁶³ Cette prise de position est rédigée comme suit :

« [...] *Minimum Standard of Treatment in Accordance with International Law*

1. *Article 1105(1) prescribes the customary international law minimum standard of treatment of aliens as the minimum standard of treatment to be afforded to investments of investors of another Party.*
2. *The concepts of 'fair and equitable treatment' and 'full protection and security' do not require treatment in addition to or beyond that which is required by the customary international law minimum standard of treatment of aliens.*
3. *A determination that there has been a breach of another provision of the NAFTA, or of a separate international agreement, does not establish that there has been a breach of Article 1105(1). »* (cf. http://www.sice.oas.org/tpd/nafta/Commission/CH11understanding_e.asp)

ce genre de situations, il y a cependant lieu de considérer que le standard de traitement juste et équitable ne remplit pas un tel rôle, les parties aux traités ayant, en effet, toujours plus vite fait de faire explicitement référence au standard coutumier⁴⁶⁴.

Cela est d'autant plus vrai que, deuxième obstacle, réduire, dans l'absolu, le standard de traitement juste et équitable à une simple expression du droit coutumier ne contribue aucunement à en préciser le contenu, contenu dont on sait qu'il est encore âprement débattu. L'absence, la plupart du temps, de définition du standard dans les traités d'investissements qui présentent une « composante » Nord-Sud est en partie due au fait que les Etats parties à ces traités ne sont totalement sur la « même longueur d'ondes » ni en ce qui concerne le contenu du droit international général ni pour ce qui est de celui du standard de traitement juste et équitable, ce qui, évidemment, amplifie le besoin d'interprétation.

Une autre interrogation, concernant toujours les liens de parenté entre traitement juste et équitable et traitement minimum international, ne manque pas d'intérêt : celle de savoir si la pratique conventionnelle sur ce point précis peut avoir un impact sur le droit international général. Aussitôt cette interrogation soulevée, il convient d'en préciser les données essentielles. Il s'agit de se demander si la pratique conventionnelle en matière d'investissements étrangers, en tant que *lex specialis*, peut influencer voire contribuer la construction du droit commun coutumier en matière de protection des étrangers et de leurs biens⁴⁶⁵. Il est vrai que l'exemple de l'ALENA a considérablement attiré l'attention de la doctrine dont une certaine frange va jusqu'à laisser entendre que les sentences arbitrales rendues sur le fondement de son fameux Chapitre 11 peuvent alimenter le droit international général⁴⁶⁶. Il ne faut, cependant, pas exagérer la « représentativité » de l'ALENA, voire même des ALE conclus par les Etats-Unis ou reprenant certains caractéristiques de ces derniers. De plus, la jurisprudence rendue sur le fondement des traités d'investissements, en particulier ces dix dernières années, a considérablement contribué à accentuer la spécificité du concept de traitement juste et équitable par rapport au traitement minimum international⁴⁶⁷. Cela est

⁴⁶⁴ Cf. Y. NOUVEL, « Les standards de traitement : le traitement juste et équitable, la sécurité pleine et entière », *op. cit.*, pp. 305-306.

⁴⁶⁵ Cf. C. LEBEN, « L'évolution du droit international des investissements : un rapide survol », in C. LEBEN (dir.), *Le contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement*, *op. cit.*, pp. 9-21, p. 15-16.

⁴⁶⁶ Cf. D. CARREAU & P. JUILLARD, *op. cit.*, § 1307-1310, pp. 464-466.

⁴⁶⁷ Pour une présentation détaillée de cette jurisprudence et de la construction progressive d'un contenu spécifique de ce standard, cf. R. DOLZER & C. SCHREUER, *op. cit.*, pp. 145-160 ; A. NEWCOMBE & LL. PARADELL, *op. cit.*, pp. 275-298, § 6.24-6.31.

d'autant plus intéressant que la clause de traitement juste et équitable est devenue le premier fondement des réclamations conventionnelles⁴⁶⁸.

Ainsi, nous pouvons dire, en courant cependant le risque de paraître schématique, que là où le besoin d'interprétation est amplifié par le recours à un standard dont le contenu ne peut être défini au regard d'aucun élément connu, la jurisprudence est amenée, au fur et à mesure des applications concrètes dudit standard, à dégager ledit contenu, lequel se révèlera beaucoup plus précis que celui du standard coutumier. On peut, là encore, y voir un avantage stratégique pour les investisseurs et, par extension, leurs Etats de nationalité, ne serait-ce que parce que le contenu du standard naît, pour ainsi dire, d'un processus initié par la saisine de l'organe arbitral rendu compétent par le traité. C'est le cas de la clause de traitement juste et équitable. C'est également, quoique dans une moindre mesure, le cas de la clause de protection et sécurité pleines et entières.

§ 2 — Standard de protection

Comme en matière de traitement, les rédacteurs de traités d'investissement recourent habituellement à la technique du standard en matière de protection. Il s'agit, là encore, de combler les lacunes des normes conventionnelles plus spécifiques. La norme conventionnelle spécifique en question est celle concernant les mesures de dépossession et, plus précisément, les conditions de leur licéité internationale. La norme objet des développements à venir s'appliquera, quant à elle, aux autres atteintes à la personne de l'investissement ou à l'investissement lui-même. Elle peut, en conséquence, apparaître comme le noyau dur des normes de protection, à l'instar du phénomène que l'on constate en matière de traitement, avec la norme conventionnelle de traitement juste et équitable et, là encore, le besoin d'interprétation est amplifié. Cela étant, les problèmes de détermination du contenu de la norme en question ne se posent pas de la même manière en matière de protection.

Le noyau dur de la norme conventionnelle de protection de l'investissement est la norme dite de « protection et sécurité pleines et entières ». On la retrouve, tout comme la clause de traitement juste et équitable, dans l'immense majorité des traités d'investissement. Tout comme son avatar en matière de traitement, le standard de protection et sécurité pleines et entières fait de son défaut, à savoir le caractère vague de son contenu combiné à la diversité

⁴⁶⁸ Cf. <http://investmentpolicyhub.unctad.org/ISDS/FilterByBreaches> .

des rédactions possibles de la disposition conventionnelle, une qualité voire un avantage stratégique pour les investisseurs et leurs Etats de nationalité. Cela étant, là où le standard de traitement juste et équitable apparaît le plus souvent comme une norme distincte du standard coutumier en matière de biens étrangers, celui de protection et sécurité pleines et entières entretient des liens beaucoup plus étroits avec le droit international général. De plus, cette norme ne se prête pas autant que son équivalent en matière de traitement à une interprétation favorable à l'investisseur étranger.

Un tel concept attirera, par conséquent, notre attention, ne serait-ce qu'à cause de la nature particulière de l'obligation en question. En effet, il s'agit de ce que l'on appelle une obligation de vigilance, l'Etat de territorialité étant tenu de protéger l'investisseur et son investissement contre des atteintes commises dans le champ d'application de sa compétence territoriale. Aussi, toute analyse visant à s'appuyer sur la pratique conventionnelle pour déterminer le contenu normatif d'une telle disposition nécessite que l'on garde cet élément à l'esprit (A), ce qui rendra la question des liens de parenté entre le concept de protection et sécurité pleines et entières, tel qu'il apparaît dans les traités d'investissement, et celui de *due diligence*, tel qu'il apparaît dans le droit international général en matière de traitement des étrangers, plus facile à aborder (B).

A — Standard de protection et sécurité pleines et entières

L'analyse que nous mènerons sur le contenu du concept de protection et sécurité pleines et entières, tel qu'il apparaît dans la pratique conventionnelle en matière d'investissements⁴⁶⁹, nécessite, dans un premier temps de revenir sur la notion d'obligation de vigilance⁴⁷⁰. Ce type d'obligations, à ranger parmi celles de comportement, avec ce que cela implique en termes de régime juridique⁴⁷¹, se retrouve dans divers domaines du droit international et permet de protéger diverses entités, qu'il s'agisse d'un Etat étranger ou de ses représentants ou de ses ressortissants, voire des espaces contre des actes qui seraient préjudiciables à ces derniers et qui se réaliseraient dans le champ d'application de la compétence territoriale de l'Etat

⁴⁶⁹ Pour une présentation détaillée de ce standard conventionnel, cf. R. DOLZER & C. SCHREUER, *op. cit.*, pp. 160-166 ; G. BASTID-BURDEAU, « La clause de protection et de sécurité pleine et entière », RGDI 2015 (Dossier « Les techniques conventionnelles du droit international des investissements »), pp. 87-101.

⁴⁷⁰ Cf. J. SALMON (dir.), *op. cit.*, entrée « Obligation de vigilance », pp. 770-771.

⁴⁷¹ Cf. J. CRAWFORD, *Les articles de la C.D.I. sur la responsabilité de l'Etat – Introduction, textes et commentaires*, Paris, Pedone, 2003, xvi+461 p., pp. 154-155 ; P. DAILLIER, M. FORTEAU & A. PELLET, *op. cit.*, p. 240, § 139.

obligé⁴⁷². Dans tous ces domaines du droit international où elle se retrouve, l'obligation de vigilance a deux aspects, que l'on peut considérer comme indissociables sans qu'elles aient toujours un caractère absolu. Le premier aspect est celui de la prévention : l'Etat tenu par une obligation de vigilance est, à ce titre, tenu par l'obligation de prévenir l'atteinte. Le second aspect est celui de la répression : l'Etat tenu par une obligation de vigilance est, à ce titre, tenu par l'obligation de réprimer l'atteinte⁴⁷³.

L'appartenance du standard conventionnel de protection et sécurité pleines et entières à ce type d'obligations, les obligations de vigilance qui, elles-mêmes, sont à ranger parmi les obligations de comportement, ne fait que très peu de doutes. Cela fait que, par nature, son contenu normatif apparaît d'emblée difficile à déterminer⁴⁷⁴. Il sera d'autant plus difficile à déterminer que le niveau à atteindre ne sera pas fixé au regard des droits internes des Etats parties aux traités mais en fonction du droit international lui-même⁴⁷⁵. Quelles sont et de quelles entités émanent les atteintes contre lesquelles l'Etat de territorialité doit protéger l'investisseur ? Dans quelle mesure cet Etat doit-il prévenir ? Dans quelle mesure cet Etat doit-il réprimer ? S'agit-il seulement pour l'Etat de protéger physiquement ou est-il aussi dans l'obligation d'accorder une protection juridique ? Ce sont évidemment les premières questions qui viennent à l'esprit, premières questions qui soulèvent des difficultés conséquentes. Lesdites difficultés seront amplifiées, en amont, par le fait que les rédactions varieront sensiblement d'un traité à l'autre⁴⁷⁶. Il faudra également tenir compte du fait que l'autonomie du standard de protection et sécurité pleines et entières par rapport à celui de traitement juste et équitable peut paraître plus ou moins évidente d'un traité à l'autre⁴⁷⁷.

Les rédactions possibles de la clause de protection et sécurité pleines et entières sont effectivement variées. Les adjectifs utilisés peuvent, en particulier, l'être séparément voire être respectivement remplacés par d'autres adjectifs perçus par les rédacteurs des traités en question comme ayant le même sens⁴⁷⁸. Or, vu le caractère nébuleux du concept en question, de telles variations contribueront certainement à entretenir le besoin d'interprétation de cette norme conventionnelle et empêcheront que soit dégagée une définition générale du contenu

⁴⁷² Cf. J. SALMON (dir.), *op. cit.*, entrée « Obligation de vigilance » ; S. MANCIAUX, *op. cit.*, p. 597, § 789.

⁴⁷³ *Ibidem*.

⁴⁷⁴ Cf. R. DOLZER & C. SCHREUER, *op. cit.*, pp. 160-161.

⁴⁷⁵ Il s'agit, à cet égard, d'un standard aussi absolu que celui de traitement juste et équitable.

⁴⁷⁶ Cf. A. NEWCOMBE & LL. PARADELL, *op. cit.*, pp. 308-309, § 6.42.

⁴⁷⁷ *Ibidem*. Cf. également R. DOLZER & C. SCHREUER, *op. cit.*, p. 161 ; R. DOLZER & M. STEVENS, *op. cit.*, p. 61.

⁴⁷⁸ Cf. formulations citées dans A. NEWCOMBE & LL. PARADELL, *op. cit.*, p. 308, § 6.42.

de ce standard. De plus, autre difficulté évoquée, il est assez fréquent que la clause étudiée soit associée à celle de traitement juste et équitable et ce au point que le concept de protection et sécurité pleines et entières puisse être considéré comme en faisant partie intégrante. Il est vrai que la jurisprudence internationale classique en matière de biens étrangers peut encourager une telle analogie en ne différenciant pas les aspects traitement et protection⁴⁷⁹. Il est également vrai que cette association des deux concepts participe souvent d'une démarche de « remembrement du droit international des investissements » telle que l'a décrite le Professeur Pierre-Marie DUPUY⁴⁸⁰, démarche sur laquelle nous aurons l'occasion de revenir plus bas.

En imaginant ces premières difficultés surmontées, la détermination du contenu de ce standard à la seule lecture des traités reste délicate dans la mesure où des aspects cruciaux de cette norme ne font l'objet que de très peu d'éclaircissements. Ainsi, les traités d'investissement sont très discrets sur les entités dont émanent les atteintes interdites par la disposition conventionnelle en question. On imagine bien que les particuliers font partie desdites entités et que l'Etat d'accueil est censé protéger l'investisseur et l'investissement contre les atteintes nées de leurs comportements sur son territoire⁴⁸¹. La chose est moins sûre concernant les organes, démembrements ou agents de l'Etat de territorialité⁴⁸². En effet, on pourrait se demander si, en pareille hypothèse, cette clause ne ferait pas double emploi avec celles déjà existantes. On pense, en particulier, à la clause de traitement juste et équitable ou à celle concernant les mesures de dépossession. Tout semble dépendre de l'économie générale du traité. Pour parler de façon schématique, une telle norme pourrait tout à fait combler les lacunes laissées par les dispositions spécifiques du traité (ou par leur absence) en matière de protection ou de traitement. En l'absence de telles lacunes, on ne peut raisonnablement

⁴⁷⁹ Cf., par exemple, CIRDI 8 décembre 2000 *Wena Hotels c/ Egypte*, § 84-95 (annulée ; <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0902.pdf>) ; LCIA 1^{er} juillet 2004 *Occidental Exploration and Production Company c/ Equateur*, § 187 (<http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0571.pdf>) ; CIRDI 19 janvier 2007 *PSEG c/ Turquie*, § 257-259 (<http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0695.pdf>).

⁴⁸⁰ Cf. P.-M. DUPUY, *Droit international public*, Paris, Dalloz, 9^{ème} édition, 2008, xxvii+879 p., pp. 751-761, § 621-625 ; P.-M. DUPUY & Y. KERBRAT, *Droit international public*, Paris, Dalloz, 13^{ème} édition, 2016, xxx+920 p., § 629-633, pp. 779-789.

⁴⁸¹ En effet, par définition, les atteintes concernées par un standard de ce type ne sont, en tant que telles, pas attribuables à l'Etat hôte : le manquement de ce dernier à son obligation de diligence est ce qui engage sa responsabilité internationale (cf. art. 2 projet CDI sur la responsabilité internationale de l'Etat ; J. CRAWFORD, *op. cit.*, p. 99 ; Y. NOUVEL, « Les standards de traitement : le traitement juste et équitable, la sécurité pleine et entière », *op. cit.*, pp. 313-314).

⁴⁸² Cela renvoie à des problématiques concernant l'attribution à l'Etat hôte du comportement de ses organes ou démembrements à des fins d'établissement de sa responsabilité pour fait internationalement illicite.

exclure que les mesures prises par l'Etat pour s'acquitter de cette obligation de vigilance puissent concerner ses propres organes ou démembrements.

Ce qui précède nous amène logiquement à aborder la question de savoir dans quelle mesure l'Etat de territorialité doit prévenir ou réprimer en application de la disposition conventionnelle étudiée. Là encore, les traités ne contiennent pas d'indications particulières sur le sujet. On peut cependant partir du fait que cette norme est un standard. De là, on peut déduire, sans prendre énormément de risques, que l'obligation concernée, telle qu'elle apparaît dans la pratique conventionnelle, n'est pas en soi une obligation de résultat, en ce sens qu'il serait difficile pour un Etat de le garantir de façon absolue⁴⁸³. Comme la jurisprudence l'a également laissé entendre, il s'agirait plus d'une obligation de comportement⁴⁸⁴. Aussi, c'est sûrement en gardant cela à l'esprit que l'autorité chargée d'interpréter ou d'appliquer cette norme devra envisager les contenus respectifs des obligations de prévention et de répression. Cette autorité se voit cependant confier un rôle très important, à l'instar de celui qui est le sien pour ce qui est de la détermination du contenu du standard de traitement juste et équitable.

Un dernier problème, que la lettre des traités d'investissement ne permet habituellement pas de résoudre, est celui de la nature de la protection. Il ne fait aucun doute que la clause de protection et sécurité pleines et entières concerne les atteintes physiques à l'investissement ou à l'investisseur. Qu'en est-il de leur protection sur le plan juridique, légal ou judiciaire ? Il existe des traités qui prévoient explicitement cet aspect de la protection⁴⁸⁵, mais ceux-ci semblent minoritaires dans la pratique conventionnelle en matière d'investissement⁴⁸⁶. Dans l'hypothèse où il n'y aurait pas de disposition explicite en ce sens, il faudrait se demander si la clause de traitement juste et équitable ne remplit pas déjà un tel rôle. Quoi qu'il en soit, les doutes à ce sujet peuvent être dissipés quand traitement juste et équitable et protection et sécurité pleines et entières sont associés au sein d'une même disposition conventionnelle.

De ce qui précède, on peut conclure à l'existence d'un besoin d'interprétation, amplifié par le fait que la norme soit un standard et que son contenu ne fasse habituellement pas l'objet

⁴⁸³ Cf. Y. NOUVEL, « Les standards de traitement : le traitement juste et équitable, la sécurité pleine et entière », *op. cit.*, pp. 317-318.

⁴⁸⁴ Cf., en particulier, CIRDI 27 juin 1990 *AAPL c/ Sri Lanka* (<http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita1034.pdf>).

⁴⁸⁵ Cf. R. DOLZER & C. SCHREUER, *op. cit.*, pp. 163-165 ; A. NEWCOMBE & LL. PARADELL, *op. cit.*, pp. 311-314, § 6.45.

⁴⁸⁶ Cf. A. NEWCOMBE & LL. PARADELL, *op. cit.*, p. 313.

d'une définition dans les traités d'investissement eux-mêmes. Le phénomène est analogue à celui constaté en matière de traitement, avec la clause de traitement juste et équitable. L'analogie s'arrête à ce stade, au moins en l'état actuel du droit positif. En effet, si l'indétermination du contenu de ce standard constitue également un avantage stratégique pour les investisseurs et leurs Etats de nationalité, ledit avantage ne se reflète pas encore dans la pratique jurisprudentielle, la clause conventionnelle en question ayant été très peu invoquée jusqu'à ce jour. Aussi, la question des liens de parenté entre protection et sécurité pleines et entières et *due diligence* recevra une réponse moins nette que l'interrogation équivalente en matière de traitement.

B — Parenté entre protection et sécurité pleines et entières et *due diligence*

Le standard de protection et sécurité pleines et entières, tel qu'il apparaît dans les traités d'investissements, est habituellement présenté comme né des conventions d'établissement conclues par les Etats-Unis⁴⁸⁷. Il apparaît également dans des tentatives menées au niveau plurilatéral ou multilatéral de mettre en place une protection conventionnelle des biens ou des investissements étrangers⁴⁸⁸. Aussi, vue sous cet angle, la parenté qu'il pourrait exister entre le standard conventionnel en matière d'investissements et l'obligation coutumière de vigilance en matière des biens étrangers est beaucoup moins contestable que celle entre standards conventionnel et coutumier de traitement. Cela étant, ce propos mérite d'être relativisé. Nous savons, en effet, qu'il est difficile, en l'état actuel du droit international positif, de déterminer le contenu du droit coutumier en matière de condition des étrangers. De plus, il serait risqué d'extrapoler ledit contenu à la lumière de la pratique conventionnelle d'un seul Etat. Disons, enfin, que la position de ce problème de parenté variera en fonction non seulement du degré d'autonomie que les rédacteurs du traité donneront au standard de protection et sécurité pleines et entières par rapport à celui de traitement juste et équitable mais aussi dans la mesure où la clause sera assortie ou non d'une référence au droit international général⁴⁸⁹.

⁴⁸⁷ Cf. A. NEWCOMBE & LL. PARADELL, *op. cit.*, pp. 307-308, § 6.41 ; R. DOLZER & C. SCHREUER, *op. cit.*, pp. 160-161.

⁴⁸⁸ Nous avons plusieurs fois eu l'occasion d'évoquer lesdites tentatives dans des développements antérieurs, qu'il s'agisse, par exemple, du projet OCDE de Convention sur la protection des biens étrangers ou du projet ABS-SHAWCROSS.

⁴⁸⁹ Cf. R. DOLZER & C. SCHREUER, *op. cit.*, p. 166 ; G. BASTID BURDEAU, *op. cit.*, pp. 100-101.

Ces précisions faites, la jurisprudence classique en matière de condition des étrangers fait bien état de l'existence d'une obligation de vigilance à la charge de l'Etat d'accueil. On pense notamment aux sentences « mexicaines »⁴⁹⁰, à celle rendue par Max HUBER dans l'affaire des *Biens britanniques au Maroc*⁴⁹¹ et à l'arrêt *Elettronica Sicula*⁴⁹² de la Cour Internationale de Justice. La jurisprudence concernant le standard de protection et sécurité pleines et entières en matière d'investissements n'est cependant pas assez développée pour permettre de se prononcer sur son autonomie par rapport au droit commun coutumier⁴⁹³. Dans le « système ALENA », la situation est assez comparable voire beaucoup plus simple puisque l'article 1105 §1 est considéré comme reflétant le droit coutumier et « rien que le droit coutumier »⁴⁹⁴. En dehors du « système ALENA », le tribunal saisi dans l'affaire *AAPL c/ Sri Lanka* a eu l'occasion de dire qu'il y a lieu de se référer au standard coutumier, tel que reflété par la jurisprudence, si le traité sur le fondement duquel il a été saisi n'en fournit pas de plus élevés⁴⁹⁵ et la jurisprudence ultérieure n'a pas développé de théories comparables à celle qu'elle développe au sujet du traitement juste et équitable.

Il s'ensuit que, même si le recours par les rédacteurs des traités d'investissement à un standard en matière de protection amplifie le besoin d'interprétation, la jurisprudence n'a pas encore, à l'inverse de ce qu'elle a pu faire en matière de traitement, eu l'opportunité préciser le contenu dudit standard. Il faut dire que les tribunaux arbitraux ne sont pas souvent saisis de violations de ce standard⁴⁹⁶. Il faut également dire que l'obligation coutumière de vigilance incombe à l'Etat de territorialité concernant les étrangers et leurs biens est beaucoup plus facile à appréhender que le standard minimum de traitement. En effet, l'interprète d'une clause conventionnelle de protection et sécurité pleines et entières pourra plus facilement

⁴⁹⁰ Cf., en particulier, SA 15 octobre 1926 *L.F.H. Neer & Pauline Neer c/ Etats-Unis du Mexique*, RSA vol. IV, pp. 60-66, pp. 61-62.

⁴⁹¹ Cf. SA 1^{er} mai 1925 *Biens britanniques au Maroc*, RSA vol. II, pp. 615-742, p. 642.

⁴⁹² Cf. CIJ 20 juillet 1989 *Elettronica Sicula*, Rec. 1989, pp. 15-82, p. 55, § 111.

⁴⁹³ Notons, toutefois, dans le cadre du CIRDI que cette question a été abordée dans des sentences « remarquées » (cf. CIRDI 27 juin 1990 *AAPL c/ Sri Lanka*, § 48-50 [<http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita1034.pdf>] ; 21 février 1997 *AMT c/ Zaïre*, § 6.04-6.19 [<http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0028.pdf>] ; Compétence 9 janvier 2001 *Loewen*, § 58 [<http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0469.pdf>] ; 12 octobre 2005 *Noble Ventures c/ Roumanie*, § 164-167 [<http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0565.pdf>] ; 26 juillet 2008 *Biwater Gauff c/ Tanzanie*, § 724-731 [<http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0095.pdf>]).

⁴⁹⁴ Cf. Note interprétative de la Commission du libre-échange du 31 juillet 2001 (http://www.sice.oas.org/tpd/nafta/Commission/CH11understanding_e.asp).

⁴⁹⁵ Cf. § 50.

⁴⁹⁶ Cf. <http://investmentpolicyhub.unctad.org/ISDS/FilterByBreaches> .

s'appuyer sur la jurisprudence classique et ce d'autant que le respect de l'obligation de *due diligence* par l'Etat d'accueil est beaucoup plus facile à déterminer en situation concrète.

Conclusion du Chapitre III :

Chercher à déterminer le contenu normatif des dispositions conventionnelles des traités d'investissement consacrées au traitement et à la protection, telles que ces dernières apparaissent dans la pratique, implique, d'emblée, de distinguer entre celles qui limitent le besoin d'interprétation et celles qui, au contraire, l'amplifient, les premières s'articulant autour des secondes. Les normes exprimées dans les premières sont rédigées comme des règles conventionnelles alors qu'il est recouru à la technique du standard pour formuler les secondes, les règles conventionnelles ayant, nous l'avons vu, comme raison d'être de contribuer à combler les lacunes des standards autour desquelles elles s'articulent. La pratique conventionnelle en matière d'investissements montre clairement qu'un tel parti a été pris.

En matière de traitement, il est effectivement clair que les règles conventionnelles que sont celles de traitement national et de traitement de la Nation la plus favorisée limitent, formulées telles qu'elles le sont habituellement, le besoin d'interprétation, en ce que les traitements auxquelles elles renvoient respectivement sont relativement identifiables : l'éventuel interprète se voit déjà fournir par le traité pertinent un repère préexistant, qu'il s'agisse du traitement accordé par l'Etat d'accueil à ses nationaux ou du traitement qu'il accorde à ceux, plus favorisés par un autre traité, d'un autre Etat. De même, en matière de protection, il est clair que la règle conventionnelle concernant les mesures de dépossession limite le besoin d'interprétation, en ce qu'elle énumère de façon relativement claire les conditions de leur licéité internationale. Il est, certes, vrai, que les exigences concernant le calcul du montant de l'indemnité requise gardent, parce qu'elles tiennent plus du standard que de la règle conventionnelle, un caractère plus mystérieux pour l'interprète. Cela étant, analysée de façon globale, cette disposition fournit habituellement les outils de la détermination de son contenu normatif et lesdits outils sont préexistants à la démarche de l'éventuel interprète.

La situation est, nous l'avons vu, différente pour ce qui est des standards conventionnels, dont nous savons pourtant que c'est autour d'eux que sont censées s'articuler les règles conventionnelles. Ainsi, le standard de traitement juste et équitable, fondement privilégié de la saisine des tribunaux arbitraux compétents, constitue habituellement le noyau des normes conventionnelles de traitement alors qu'aucune définition de cette notion, même abstraite, n'est fournie par les rédacteurs des traités. L'incertitude quant au contenu de cette disposition est d'autant plus grande que les promoteurs de la théorie du standard minimum y voient un moyen pour la proposition qu'ils défendent d'accéder à la positivité. Quoi qu'il en soit,

l'éventuel interprète ne se voit pas fournir, comme dans le cas des règles conventionnelles, de repère lui permettant de déduire le contenu normatif de la disposition concernée : il est carrément amené à créer lesdits repères au fur et à mesure de la survenance d'une nécessité d'interpréter.

Le standard de protection et sécurité pleines et entières est, sur ce point, dans une situation analogue, à ceci près que, si la parenté entre son équivalent en matière de traitement et le standard coutumier est souvent contestable à la seule lecture de la disposition du traité pertinent, celle qui existerait entre la *due diligence* et lui fait moins de doutes. Là encore, l'interprète se voit confier la mission de « concrétiser » le standard conventionnel sans repère préexistant, et ce même si on peut concéder que l'obligation de vigilance du souverain territorialement compétent fait partie des aspects les moins flous du droit coutumier. Aussi, une attention particulière doit être consacrée à la mission de l'éventuel interprète des dispositions conventionnelles.

Chapitre IV

Interprétation des dispositions conventionnelles régissant le traitement et la protection de l'investissement étranger

Précisons d'emblée la définition que, pour les besoins de ce propos, nous retiendrons de notion d'interprétation. Il convient, en effet, d'en retenir le « sens actif » et d'y voir une « *opération intellectuelle tendant à établir le sens d'un ou de plusieurs termes, ou celui de dispositions d'un instrument juridique [...]* »⁴⁹⁷. Nous avons précédemment vu en quoi la définition, par les rédacteurs des traités d'investissement, du contenu des dispositions conventionnelles étudiées de façon à moduler le besoin d'interprétation par l'organe chargé de les appliquer. Cette modulation du besoin d'interprétation correspond peut-être, comme nous l'avons vu plus haut, à une volonté de permettre à l'interprète, en particulier quand celui-ci est chargé de dire le droit pour trancher des différends couverts par le traité d'investissement applicable, de contribuer, au moment de l'interprétation, à étoffer le contenu normatif des dispositions de ce dernier.

Appréhender l'opération d'interprétation proprement dite, telle qu'elle peut être menée dans cette hypothèse, suppose, logiquement, que l'on se pose successivement les questions de savoir qui peut interpréter et comment interpréter⁴⁹⁸. La première question est celle de la détermination de la compétence ou des compétences d'interprétation (Section 1). Y répondre implique que l'on garde à l'esprit que les parties au traité pertinent bénéficient, « en la matière », de la compétence de principe, et ce vu qu'il s'agit de déterminer le sens à donner aux manifestations de l'accord de volontés que constituent les diverses dispositions conventionnelles. Les mêmes parties peuvent aussi convenir d'attribuer une compétence d'interprétation à un tiers. La seconde question tient aux règles méthodologiques entourant l'interprétation (Section 2), qu'il s'agisse des outils intellectuels disponibles ou des méthodes susceptibles d'être choisies par l'interprète.

⁴⁹⁷ Cf. J. SALMON (dir.), *Dictionnaire de droit international public*, Bruxelles, Bruylant/AUF, 2001, xli+1198 p., entrée « Interprétation » (sens A).

⁴⁹⁸ Cf. P. DAILLIER, M. FORTEAU & A. PELLET, *Droit international public*, Paris, LGDJ, 8ème édition, 2009, 1709 p., p. 276, § 162.

Section 1 — Compétences d'interprétation des dispositions conventionnelles

La question des compétences d'interprétation est d'une importance indéniable : il s'agit d'identifier les entités ou organes pouvant donner une interprétation incontestable voire obligatoire pour les parties des dispositions d'un traité d'investissement donné. Ces entités ou organes, investis de la compétence étudiée, peuvent prévenir ou résoudre de façon décisive les difficultés susceptibles de survenir quant à la détermination du contenu des obligations conventionnelles des Etats parties. Les solutions fournies par le droit international classique en matière d'interprétation fournissent la trame de la démarche d'identification décrite plus haut. En effet, en toute logique, les parties au traité elles-mêmes, en ce que leur volonté concorde, sont en principe compétentes pour donner des interprétations de celui-ci. De plus, toujours en ce que leur volonté concorde, ces mêmes parties peuvent attribuer la compétence d'interprétation à un tiers.

La pratique en matière d'investissements contient des illustrations, notables à défaut d'être fréquentes, des principaux cas de figure. Elle fournit des exemples d'interprétations par les parties et ce qu'il s'agisse d'interprétation unilatérale ou collective, que l'interprétation soit ou non donnée à l'occasion du règlement d'un différend d'investissement. En tant qu'opérations de détermination de la signification des propositions contenues dans les dispositions conventionnelles, les interprétations en question n'ont pas la même force, obligatoire ou probante, selon les entités ou organes dont elles émanent. Aussi, il convient d'analyser les différentes compétences d'interprétation que l'on peut rencontrer dans ce domaine en gardant à l'esprit que l'enjeu est celui du caractère décisif de l'opération. Cela est vrai qu'il s'agisse de la compétence de principe des parties au traité d'investissement contenant la ou les dispositions à interpréter (§ 1) ou de celle dévolue par les parties à un tiers censé donner l'interprétation décisive, à des fins de règlement des différends voire à des fins d'uniformisation de la jurisprudence (§ 2).

§ 1 — Compétence de principe des parties au traité

Ejus est interpretari cuius est condere. Tel est le point de départ de ce propos. En vertu de cet adage, c'est à celui qui établit la règle qu'il appartient de l'interpréter. Cela conditionne le caractère authentique de l'interprétation⁴⁹⁹. Plus précisément, la CPJI, appliquant ce principe, a-t-elle jugé, dans l'affaire *Jaworzina*⁵⁰⁰, que « *le droit d'interpréter authentiquement une règle juridique appartient à celui-là seul qui a le pouvoir de la supprimer ou de la modifier* »⁵⁰¹. Transposé dans le cas d'une règle conventionnelle, le principe en question implique qu'un traité ne peut être interprété de façon authentique que par « ceux » qui ont ledit pouvoir de suppression ou de modification⁵⁰². Or, et il s'agit là d'un élément commun à tous les traités, la modification d'un tel acte juridique suppose, au moins en principe, un « accord entre les parties »⁵⁰³. Il en est de même de l'extinction et de la suspension dudit acte⁵⁰⁴. Aussi, dans l'hypothèse d'un traité d'investissement, sera authentique l'interprétation qui émanera d'un accord de volontés entre les deux parties au traité.

L'occasion nous est fournie, à ce stade, de rappeler que le contenu normatif des traités d'investissement, tel que résultant le plus souvent des négociations entre les parties contractantes, ne dissipe pas, loin s'en faut, le besoin d'interprétation des principales normes conventionnelles de traitement et de protection. Cela reflète, sans doute, la difficulté, déjà évoquée plus haut, que les Etats peuvent avoir, dans l'absolu, à accepter d'être liés au-delà de l'idée qu'ils se font de l'équilibre de la relation conventionnelle naissante. Pour présenter les choses de façon schématique, l'Etat de territorialité sera peu enclin à limiter ses prérogatives de souverain alors que l'Etat de nationalité de l'investissement aura comme arrière-pensée la défense maximale des intérêts de ses nationaux investisseurs. Quoi qu'il en soit, la subsistance du besoin d'interprétation peut faire naître des doutes voire des désaccords quant à la signification à donner aux dispositions étudiées. Ces désaccords, ces différends, sont, de toute évidence, susceptibles d'opposer les parties aux traités. Ils sont également, et c'est

⁴⁹⁹ Cf. J. SALMON (dir.), *op. cit.*, entrée « Interprétation authentique » (sens A).

⁵⁰⁰ Cf. CPJI AC 6 décembre 1923 Affaire de *Jaworzina*, Série B, n° 8.

⁵⁰¹ *Ibidem*, p. 37.

⁵⁰² Cf. Convention de Vienne du 23 mai 1969 sur le droit des traités, ci-après CVDT (<https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/Volume%201155/volume-1155-I-18232-French.pdf> ; art. 39 à 41 ; art. 54 à 59).

⁵⁰³ Un tel accord peut, bien entendu, se manifester de diverses manières. Il peut, en particulier, s'agir d'un accord exprès (art. 39 CVDT ; cf. P. DAILLIER, M. FORTEAU & A. PELLET, *op. cit.*, pp. 324-325, § 187) ou d'un accord tacite (cf. P. DAILLIER, M. FORTEAU & A. PELLET, *op. cit.*, pp. 325-326, § 188, au sujet de la modification d'un traité par voie coutumière).

⁵⁰⁴ Cf. art. 54 & 57 CVDT ; P. DAILLIER, M. FORTEAU & A. PELLET, *op. cit.*, pp. 333-338, § 194-197.

l'hypothèse la plus fréquente en pratique, susceptibles d'opposer l'Etat d'accueil de l'investissement à l'investisseur couvert par le traité.

C'est pour prévenir la survenance de ce problème ou contribuer à le régler que les Etats parties au traité peuvent indiquer le sens qu'ils donnent aux dispositions conventionnelles qui en sont à l'origine. Une telle façon de procéder a sa place dans tous les domaines du droit international. En matière d'investissements étrangers, la prise de position des Etats interviendra en amont ou en aval d'un différend, éventuel ou non, opposant l'Etat d'accueil à l'investisseur. Nous savons que le droit pour un Etat de donner son interprétation d'un traité procède de sa qualité de souverain⁵⁰⁵. Aussi, une interprétation émanant d'une seule des parties à un traité d'investissement (A) ne doit pas, en soi, être disqualifiée. Elle ne saurait, cependant, être perçue comme aussi décisive que celle émanant de l'ensemble des parties au traité (B) elle seule pouvant être définie comme authentique au sens strict. La pratique, bien que peu fournie, fournit des exemples relativement éloquents de ces deux cas de figure.

A — Interprétation émanant d'une seule des parties au traité

Un Etat partie à un traité d'investissement peut être amené à donner, façon unilatérale, l'interprétation qui est la sienne d'une de ses dispositions⁵⁰⁶. Il s'agit clairement d'une prérogative née de sa souveraineté⁵⁰⁷. Il y a, cependant, lieu de distinguer, pour ce qui est de la force probante ou du caractère décisif de l'interprétation en question, selon le moment auquel elle intervient. On peut imaginer qu'un Etat donne son interprétation d'une ou de plusieurs dispositions d'un traité d'investissement auquel il est partie avant même la survenance d'un quelconque différend. Cela est d'abord possible pendant la négociation dudit traité ou au moment pour l'Etat en question d'exprimer son consentement à être lié⁵⁰⁸. La pratique en matière d'investissements étrangers ne compte que très peu de prises de position de ce genre. Il est vrai que ce genre de déclarations unilatérales est assez difficile à distinguer des réserves⁵⁰⁹ et que l'on aurait, pour des raisons évidentes, du mal à concevoir leur existence dans les relations bilatérales ou plurilatérales qui nous intéressent, en tous cas en ce

⁵⁰⁵ Cf. P. DAILLIER, M. FORTEAU & A. PELLET, *op. cit.*, p. 277, § 164.

⁵⁰⁶ Cf. P. DAILLIER, M. FORTEAU & A. PELLET, *op. cit.*, pp. 277-279, § 164.

⁵⁰⁷ Cf. R. RIVIER, *Droit international public*, Paris, PUF, 1ère édition, 2012, xix+623 p., p. 430, § 547 ; J. COMBACAU & S. SUR, *Droit international public*, Paris, Montchrestien, 8ème édition, 2008, xxvi+818 p., p. 175.

⁵⁰⁸ Cf. P. DAILLIER, M. FORTEAU & A. PELLET, *op. cit.*, p. 278, § 164.

⁵⁰⁹ *Ibidem*.

qui concerne les aspects essentiels du traitement et de la protection des investissements étrangers⁵¹⁰. Il est également possible pour un Etat de faire ce genre de déclarations entre l'expression du consentement à être lié et la survenance d'une éventuelle difficulté d'interprétation ou d'application du traité voire d'un différend⁵¹¹. Là encore, ces déclarations unilatérales sont assez rares dans la pratique conventionnelle en matière d'investissements. Pour autant, donnée dans ces deux séquences, l'interprétation aurait une importance pratique indéniable. Elle ne serait, certes, pas authentique en tant que telle. Elle contribuerait, cependant, à clarifier le contenu normatif de la ou des dispositions conventionnelles interprétées. De plus, rien n'interdirait dans l'absolu que ladite interprétation soit a posteriori acceptée par la ou les autres parties au traité d'investissement en question. C'est, en tous cas, ce que prévoit la Convention de Vienne sur le droit des traités, qui rattache ce genre d'instruments au contexte, dont il est tenu compte pour parvenir à une interprétation de bonne foi⁵¹².

Qu'en est-il quand l'interprétation unilatérale intervient à l'occasion d'un différend ? Disons d'abord que l'acuité des problèmes d'interprétation mis en évidence par l'existence d'un différend est susceptible de varier en fonction des sujets de droit qu'il oppose. En effet, rappelons que les clauses compromissoires contenues dans les traités d'investissement sont toujours de deux types : une clause compromissoire spéciale et une clause compromissoire générale⁵¹³. Une clause compromissoire spéciale couvre les seuls différends relatifs à l'interprétation ou à l'application du traité qui la contient alors qu'une clause compromissoire générale concerne tous les différends. Dans les traités d'investissement, la clause spéciale concerne les relations entre les Etats parties, la clause générale, celles entre l'Etat d'accueil et l'investisseur étranger⁵¹⁴.

Il s'ensuit que, dans l'hypothèse du différend interétatique, la déclaration unilatérale de l'un des Etats ferait double emploi avec la défense par ce même Etat de ses prétentions dans le

⁵¹⁰ Notons cependant qu'il peut arriver que, dans un traité d'investissement, le terme « *reservation* » soit utilisé pour désigner ou perçu comme désignant non pas une réserve au sens où l'entend la CVDT (cf. art. 2) mais une exclusion décidée par les parties de certaines situations ou questions du champ d'application dudit traité (cf. A. NEWCOMBE & LL. PARADELL, *Law and practice of investment treaties – Standards of treatment*, Kluwer, 2009, xxx+614 p., pp. 482-483, § 10.2).

⁵¹¹ Cf. R. RIVIER, *op. cit.*, p. 431, § 548.

⁵¹² Cf. art. 31 § 3 CVDT ; P. DAILLIER, M. FORTEAU & A. PELLET, *op. cit.*, p. 280, § 165.

⁵¹³ Nous aurons l'occasion d'y revenir dans des développements ultérieurs. Pour une présentation des différents types de clauses compromissoires, cf. P. DAILLIER, M. FORTEAU & A. PELLET, *op. cit.*, pp. 968-969, § 528.

⁵¹⁴ Cf., pour une présentation détaillée des clauses de règlement des différends pouvant être rencontrées dans les traités d'investissement, R. DOLZER & C. SCHREUER, *op. cit.*, pp. 232-312 ; R. DOLZER & M. STEVENS, *Bilateral Investment Treaties*, La Haye/Boston/Londres, Martinus Nijhoff, 1995, xix+330 p., pp. 119-164.

cadre du mécanisme de règlement des différends mis en œuvre. Dans l'hypothèse du différend d'investissement, la situation est, en revanche, plus complexe. La complexité de la situation vient, d'abord, du fait que le différend oppose deux sujets de droit international, à savoir l'Etat d'accueil et l'investisseur étranger, qui ne sont pas tous les deux parties au traité pertinent. Une déclaration interprétative venant de l'Etat d'accueil alors que l'instance est pendante sera à coup sûr accueillie avec méfiance par l'arbitre saisi⁵¹⁵. L'Etat de nationalité de l'investisseur, quant à lui, n'étant pas partie au procès, n'aura pas la possibilité de faire part de son interprétation à l'organe juridictionnel saisi dans les mêmes conditions que l'Etat d'accueil de l'investissement. Cela peut générer un certain nombre de difficultés pratiques. Deux d'entre elles retiendront notre attention.

Le premier des problèmes dont nous traiterons s'est présenté entre les sentences SGS dans les affaires opposant respectivement cette société de nationalité suisse au Pakistan et aux Philippines⁵¹⁶. Suite à une interprétation restrictive donnée de l'*umbrella clause* du traité applicable par le tribunal arbitral saisi dans l'affaire SGS c/ Pakistan, le gouvernement suisse a adressé une lettre au CIRDI, lettre dans laquelle il a manifesté son désaccord avec la solution retenue⁵¹⁷. Il s'est, en particulier, plaint du fait que le tribunal n'ait pas directement cherché à connaître sa véritable intention concernant le sens à donner à la clause en question⁵¹⁸. On notera que, par la suite, le tribunal saisi dans l'affaire SGS c/ Philippines critiquera l'interprétation retenue dans la sentence précitée, et ce de façon drastique.

Est-ce à dire que cette déclaration a pesé sur l'issue du second procès arbitral ? Rien ne permet de l'affirmer de façon indiscutable. Quoi qu'il en soit, ce procédé appelle plusieurs remarques. Il n'était, certes, pas de meilleur moyen, pour le tribunal arbitral saisi dans la première affaire, de connaître les intentions du gouvernement suisse que de le solliciter directement à cette fin. Cela aurait certainement permis d'avoir, en l'espèce, une meilleure vision des intentions réelles des parties au traité pertinent. Ceci dit, dans l'hypothèse où les interprétations respectives des deux Etats parties divergent, celle de l'Etat de nationalité de l'investisseur n'est pas en soi de nature à départager les deux parties au différend

⁵¹⁵ Cf. R. DOLZER & C. SCHREUER, *op. cit.*, pp. 31-32.

⁵¹⁶ Cf. CIRDI Compétence 6 août 2003 *SGS c/ Pakistan* (<http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0779.pdf>) ; Compétence 29 janvier 2004 *SGS c/ Philippines* (<http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0782.pdf>).

⁵¹⁷ Cf. R. DOLZER & C. SCHREUER, *op. cit.*, p. 32 ; C. SCHREUER & M. WEINIGER, « A doctrine of precedent ? » in P. MUCHLINSKI, F. ORTINO & C. SCHREUER, *The Oxford Handbook of International Investment Law*, Oxford University Press, 2008, lxv+1282 p., pp. 1188-1206, pp. 1199-1200.

⁵¹⁸ *Ibidem*.

d’investissement. Il ne s’agit pas d’exclure qu’elle puisse être conforme, d’un point de vue méthodologique, aux exigences du droit coutumier en matière d’interprétation des traités ou même acceptée par le juge. Le véritable enjeu est plutôt, sinon de déterminer, au moins de faire apparaître, concernant le point litigieux, l’intention commune des parties au traité de manière à l’appliquer à la solution du différend transnational.

C’est sans doute ce que le gouvernement bolivien avait à l’esprit dans l’affaire *Aguas del Tunari*⁵¹⁹. En effet, la Bolivie, Etat d’accueil de l’investissement protégé par le traité sur le fondement duquel a été saisi le tribunal arbitral, a adopté une stratégie consistant à invoquer la concordance entre sa propre interprétation dudit traité et une série de déclarations interprétatives faites par les Pays-Bas, autre Etat partie. Aussi la question s’est-elle posée au tribunal de savoir s’il y avait, en l’espèce, un « accord ultérieur intervenu entre les Parties au sujet de l’interprétation du traité ou de l’application de ses dispositions » ou une « pratique ultérieurement suivie dans l’application du traité par laquelle est établie l’accord des Parties à l’égard de l’interprétation du traité », au sens de la Convention de Vienne sur le droit des traités⁵²⁰. En cas de réponse positive, l’arbitre aurait été lié par l’accord ou la pratique en question⁵²¹. En l’espèce, il a répondu par la négative⁵²². Cela étant, cette possibilité n’est absolument pas exclue et d’autres Etats défendeurs ont eu l’occasion d’adopter une stratégie similaire. On pense, en particulier, aux affaires *Gas Natural*⁵²³ et *Sempra Energy International*⁵²⁴, affaires dans lesquelles l’Argentine était défenderesse. Néanmoins, il semble que les tribunaux arbitraux se montrent très prudents sur ce point⁵²⁵. Notons, au passage, entre autres difficultés, les limites de la personnalité juridique dont bénéficie l’investisseur protégé par le traité quand il est question de l’interpréter. En effet, n’étant pas partie à l’instrument conventionnel, il lui est plus difficile de contester l’interprétation donnée par l’Etat défendeur⁵²⁶. Quant à l’Etat de nationalité, l’interprétation unilatérale qu’il fournira d’une

⁵¹⁹ Cf. CIRDI Compétence 21 octobre 2005 *Aguas del Tunari* (https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC629_En&caseId=C210).

⁵²⁰ Cf. § 249-263.

⁵²¹ Cf. § 250.

⁵²² Cf. § 263.

⁵²³ Cf. CIRDI Compétence 17 juin 2005 *Gas Natural c/ Argentine* (<http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0354.pdf>), § 47, note 12.

⁵²⁴ Cf. CIRDI Compétence 11 mai 2005 *Sempra Energy International c/ Argentine* (<http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0768.pdf>), § 146.

⁵²⁵ Cf. A. NEWCOMBE & LL. PARADELL, *op. cit.*, p. 118, § 2.30.

⁵²⁶ Nous aurons l’occasion de revenir sur les problématiques liées à la personnalité juridique internationale reconnue à l’investisseur.

disposition conventionnelle à l'occasion d'un différend ne sera, là aussi, réellement décisive que dans la mesure où elle permettra de déterminer la véritable volonté des parties au traité et leur accord sur le point litigieux.

Ainsi, il ressort de ce qui précède que l'interprétation donnée par une seule des parties au traité, bien que ne devant pas, en soi, être disqualifiée, souffre de ce qu'elle est, à elle seule, insuffisante à refléter l'intention commune des parties. Pour qu'il en soit ainsi, l'interprétation unilatérale, qu'elle émane d'ailleurs de l'Etat de territorialité ou de celui de nationalité de l'investissement, reste tributaire de sa concordance avec celle de l'autre ou des autres Etats parties au traité, ce qui n'est pas sans poser problème dans l'hypothèse d'un différend transnational. C'est afin de prévenir ce genre de problèmes que certains traités d'investissement prévoient le recours à l'interprétation authentique.

B — Interprétation émanant de l'ensemble des parties au traité

La pratique conventionnelle en matière d'investissements étrangers contient des exemples notables, bien que rares, de recours à l'interprétation authentique. Dans ces hypothèses, les parties au traité adoptent un texte destiné à prévenir ou régler d'éventuelles difficultés d'interprétation. On connaît peu d'exemples d'interprétations authentiques données au moment de la conclusion des traités d'investissement. Rien d'étonnant à cela : nous avons évoqué, plus haut, les difficultés que peuvent avoir les parties au traité à déterminer le contenu normatif ou la portée des dispositions conventionnelles en matière de traitement et de protection. Pour autant, rien ne l'interdit. On pense, en particulier, aux modèles américains de traité bilatéral de 2004 et de 2012, auquel sont annexées des interprétations de certains de ses articles⁵²⁷. Il faut simplement garder à l'esprit que la nature du texte interprétatif adopté par les parties à un traité peut varier en fonction des circonstances de son adoption. De la nature de ce texte va dépendre son caractère obligatoire ou non. Ainsi, dans le cas où l'interprétation authentique serait annexée au traité, celle-ci aurait la force et le caractère obligatoire de toute norme conventionnelle⁵²⁸. Il se peut également que le texte interprétatif lui-même fasse l'objet d'un traité⁵²⁹. Si, en revanche, ledit texte n'est pas un traité mais un simple acte concerté non

⁵²⁷ Cf. 2004 Model BIT (<http://www.state.gov/documents/organization/117601.pdf>); 2012 Model BIT (<http://www.state.gov/documents/organization/188371.pdf>).

⁵²⁸ Cf. P. DAILLIER, M. FORTEAU & A. PELLET, *op. cit.*, pp. 279-280, § 165.

⁵²⁹ *Ibidem*.

conventionnel, il n'aura, bien entendu pas la même force mais, en tant qu'interprétation authentique, bénéficiera d'une valeur probante certaine⁵³⁰.

Le cas de l'ALENA est également notable, en ce sens que le texte de cet accord institue un organe, censé représenter les parties et compétent pour donner des interprétations authentiques. Il s'agit de la Commission de libre-échange instituée par l'article 2001, lequel dispose :

« 1. Les Parties créent la Commission du libre-échange, qui sera composée de représentants des Parties ayant rang ministériel ou de leurs délégataires.

*2. La Commission : [...] c) réglera les différends qui pourront survenir relativement à son interprétation ou à son application [...] »*⁵³¹

Ainsi, la technique diffère de celle évoquée dans le passage précédent, puisque l'interprétation elle-même n'est pas incluse dans l'accord adopté. Quoi qu'il en soit, l'article 1131 dispose, à propos du droit applicable :

*« [...] 2. Une interprétation par la Commission d'une disposition du présent accord sera obligatoire pour un tribunal institué en vertu de la présente section. »*⁵³²

La Commission a rendu, en 2001, en réponse à une sentence rendue dans l'affaire *Pope & Talbot*⁵³³, une interprétation de la disposition concernant les concepts de traitement juste et équitable et de protection et de sécurité et protection pleines et entières⁵³⁴, interprétation qui sera par la suite adoptée dans cette affaire⁵³⁵ comme dans des affaires ultérieures arbitrées dans le cadre de l'ALENA⁵³⁶. La question a pu se poser de savoir si l'interprétation de la

⁵³⁰ *Ibidem*.

⁵³¹ Cf. art. 2001 ALENA (<https://www.nafta-sec-alena.org/Accueil/Textes-1%C3%a9gaux/Accord-de-libre-%C3%a9change-nord-am%C3%A9ricain?mvid=1&secid=ed3bd8c9-2d73-45fb-9241-d66364f8037a#A2001>).

⁵³² Cf. art. 1131 ALENA (<https://www.nafta-sec-alena.org/Accueil/Textes-1%C3%A9gaux/Accord-de-libre-%C3%A9change-nord-am%C3%A9ricain?mvid=1&secid=539c50ef-51c1-489b-808b-9e20c9872d25#A1131>).

⁵³³ Cf. ALENA CNUDCI Sentence intérimaire 26 juin 2000 *Pope & Talbot c/ Canada* (<http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0674.pdf>).

⁵³⁴ Cf. NAFTA Free Trade Commission, *Notes of Interpretation of Certain Chapter 11 Provisions*, 31 juillet 2001 (http://www.sice.oas.org/tpd/nafta/Commission/CH11understanding_e.asp).

⁵³⁵ Cf. ALENA CNUDCI Indemnisation 31 mai 2002 *Pope & Talbot c/ Canada* (<http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0686.pdf>) § 17-69.

⁵³⁶ Cf. ALENA CIRDI Mécanisme supplémentaire 11 octobre 2002 *Mondev c/ Etats-Unis* (<http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita1076.pdf>) § 100-125 ; 22 novembre 2002 *United Parcel Service c/ Canada* (<http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0884.pdf>) § 97 ; CIRDI 9 janvier 2003 *ADF Group c/ Etats-Unis* (<http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0009.pdf>) § 175-178 ; CIRDI Mécanisme supplémentaire 26 juin 2003 *Loewen c/ Etats-Unis* (<http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0470.pdf>) § 124-128 ; CIRDI Mécanisme

Commission n'allait pas au-delà de la volonté des parties au traité, en particulier des Etats de nationalité⁵³⁷, voire ne constituait pas une modification non autorisée du traité⁵³⁸. Il est vrai que des sentences ALENA antérieures allaient dans le sens inverse, celui de l'autonomie du standard de traitement juste et équitable par rapport au droit coutumier⁵³⁹. Quoi qu'il en soit, le caractère authentique de la Note interprétative de même que son caractère obligatoire ne font pas vraiment de doutes. L'arbitre disposera, cependant, d'une certaine marge d'appréciation, principalement due au caractère indéterminé du droit coutumier en la matière⁵⁴⁰.

Le modèle américain de TBI prévoit lui aussi un mécanisme de recours à l'interprétation authentique, la mesure où, en vertu de son article 30 :

*« [...] 3. A joint decision of the Parties, each acting through its representative designated for purposes of this Article, declaring their interpretation of a provision of this Treaty shall be binding on a tribunal, and any decision or award issued by a tribunal must be consistent with that joint decision. »*⁵⁴¹

Ainsi, donnée dans des termes assez clairs avant la survenance d'un différend, une telle interprétation aura le mérite de faciliter le travail de l'organe juridictionnel saisi. Qu'en est-il si elle intervient alors qu'une instance est pendante devant un tribunal jugeant un différend transnational ? Là encore, cela n'impactera pas, semble-t-il, le caractère obligatoire, pour le juge, du texte interprétatif. Des observateurs ont, cependant, évoqué l'existence d'un risque de détournement par les parties au traité du mécanisme en question⁵⁴². Sauf à supposer que l'accord entre les parties soit intervenu de façon irrégulière, ce risque ne doit pas être surestimé. Tout au plus, peut-on trouver qu'un tel accord des Etats parties sur l'interprétation à donner à la disposition objet du litige ne correspond pas vraiment à la logique du règlement des différends d'investissement au sens strict, ne serait-ce qu'à cause de l'« irruption » de l'interétatique dans le transnational. Il ne faut, cependant, pas oublier que la possibilité offerte

supplémentaire 30 avril 2004 *Waste Management c/ Mexique* (<http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0900.pdf>) § 90-91 ; CNUDCI 12 janvier 2011 *Grand River Enterprises c/ United States* (<http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0384.pdf>) § 175-176.

⁵³⁷ Cf. C. SCHREUER & M. WEINIGER, *op. cit.*, p. 1201.

⁵³⁸ Cf. A. NEWCOMBE & LL. PARADELL, *op. cit.*, p. 274, § 6.23.

⁵³⁹ On pense, en particulier, ALENA CNUDCI 1ère sentence partielle 13 novembre 2000 *SD Myers c/ Canada* (<http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0747.pdf>) § 263.

⁵⁴⁰ Cf. A. NEWCOMBE & LL. PARADELL, *op. cit.*, p. 117, § 2.30.

⁵⁴¹ Cela est, en tous cas, vrai pour les modèles de 2004 et 2012.

⁵⁴² Cf. R. DOLZER & C. SCHREUER, *op. cit.*, p. 33 ; C. SCHREUER & M. WEINIGER, *op. cit.*, p. 1201.

à l'investisseur de participer, en tant que partie, à un procès d'essence internationale procède elle-même de la volonté des parties au traité, laquelle volonté sera déterminante, aux yeux du juge, en matière d'interprétation.

Une situation similaire s'est présentée dans l'affaire *CME c/ République tchèque*. En effet, après qu'une sentence partielle ait été rendue⁵⁴³, les Pays-Bas et la République tchèque, parties au traité pertinent, ont adopté, comme ce dernier le leur permettait, et ce après consultations, un texte interprétatif, une position commune, concernant un problème devant être abordé ultérieurement par le tribunal⁵⁴⁴. Le texte interprétatif en question n'était pas supposé être contraignant⁵⁴⁵. Quoi qu'il en soit, la sentence finale rendue dans cette affaire en tiendra compte⁵⁴⁶. On constate, là encore, une « irruption » de l'interétatique dans le transnational, ce qui renvoie à la remarque formulée, plus haut, au sujet du caractère déterminant de la volonté des parties au traité pour l'arbitre saisi sur son fondement. Il semble, d'ailleurs, très probable que, dans toutes les hypothèses similaires à l'affaire en question, l'interprétation authentique intervenant sur un point litigieux alors qu'un procès arbitral est pendant concernant un différend d'investissement a toutes les chances d'être prise en compte par l'arbitre, et ce que le texte en question ait été ou non voulu contraignant par les parties au traité pertinent.

En définitive, la détermination de la véritable intention des parties étant l'enjeu du processus d'interprétation des traités, l'interprétation donnée par ces dernières l'impactera de façon certaine. Cela étant, elle ne sera décisive que si elle est véritablement le reflet de l'intention que nous venons d'évoquer. De toute évidence, l'interprétation authentique remplira ce rôle, et ce que les parties au traité aient entendu ou non lui conférer un caractère obligatoire. Cela l'est beaucoup moins, quand il s'agit d'une interprétation unilatérale, à moins, bien sûr, que celle-ci ne soit confirmée par la ou les autres parties contractantes. La pratique en matière d'investissement fournit des illustrations notables, bien que rares, de ces deux hypothèses. Quoi qu'il en soit, il est beaucoup plus fréquent que les parties à un traité d'investissement confient la compétence d'interprétation de celui-ci à un tiers.

⁵⁴³ Cf. CNUDCI 13 septembre 2001 *CME c/ République tchèque* (<http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0178.pdf>) § 87-93, § 437, § 504.

⁵⁴⁴ Cf. A. NEWCOMBE & LL. PARADELL, *op. cit.*, p. 117, § 2.30.

⁵⁴⁵ Cf. C. SCHREUER & M. WEINIGER, *op. cit.*, p. 1199.

⁵⁴⁶ Cf. CNUDCI Sentence finale 14 mars 2003 *CME c/ République tchèque* (<http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0180.pdf>) § 87-93, § 437, § 504.

§ 2 — Compétence dévolue à un tiers désigné par les parties au traité

Les parties au traité, seuls sujets de droit international auxquels appartient le droit de l’interpréter authentiquement, ont également la possibilité de confier une compétence d’interprétation à un tiers⁵⁴⁷, le principal enjeu étant de conférer un caractère obligatoire à l’interprétation retenue⁵⁴⁸. Dans la pratique conventionnelle en matière d’investissements étrangers, le tiers en question est presqu’invariablement un organe arbitral, doté d’une compétence contentieuse. En effet, ladite compétence est habituellement attribuée dans le cadre d’un mécanisme de règlement des différends. Quelques précisions sont nécessaires. La première tient au fait que l’organe juridictionnel chargé par les parties au traité de l’interpréter interviendra forcément dans un contexte conflictuel : il s’agira, pour lui, d’exercer sa fonction juridictionnelle pour trancher un différend international. La définition de la notion de différend en droit international est bien connue : « un désaccord sur un point de droit ou de fait, une contradiction, une opposition de thèses juridiques ou d’intérêts entre deux personnes »⁵⁴⁹. Différends juridiques et différends politiques sont habituellement opposés. Dans la première hypothèse, les parties sont en désaccord sur l’application ou l’interprétation du droit existant⁵⁵⁰ alors que, dans la seconde, elles s’affrontent dans le but de le modifier⁵⁵¹. On sait ce qu’une telle distinction peut avoir d’artificiel, dans la mesure où, présentées devant un organe chargé de dire le droit en se fondant sur celui applicable en l’espèce, les prétentions des parties au différend seront forcément étayées par des arguments juridiques⁵⁵². Quoi qu’il en soit, le tiers compétent pour interpréter, en vertu du mécanisme de règlement des différends prévu, tranchera, sinon un différend juridique au sens strict, au moins l’aspect juridique d’un différend.

De plus, est international le différend qui oppose deux sujets de droit international⁵⁵³. La pratique conventionnelle en matière d’investissements et, plus précisément, les mécanismes de règlement des différends font coexister deux niveaux de relation, l’un horizontal, l’autre vertical. Le niveau horizontal est celui, interétatique, de la relation entre les parties

⁵⁴⁷ Cf. P. DAILLIER, M. FORTEAU & A. PELLET, *op. cit.*, pp. 280-282, § 166-167.

⁵⁴⁸ Cf., pour ce qui est de l’interprétation juridictionnelle, J. COMBACAU & S. SUR, *op. cit.*, pp. 177-178.

⁵⁴⁹ Cf. CPJI 30 aout 1924 *Concessions Mavrommatis en Palestine*, série A, n° 2, p. 11.

⁵⁵⁰ Cf. J. SALMON (dir.), *op. cit.*, entrée « Différend juridique ».

⁵⁵¹ Cf. J. SALMON (dir.), *op. cit.*, entrée « Différend politique ».

⁵⁵² *Ibidem*.

⁵⁵³ Cf. J. SALMON (dir.), *op. cit.*, entrée « Différend international ».

contractantes⁵⁵⁴. Le niveau vertical, quant à lui, met en présence l'un des Etats parties au traité et un investisseur ressortissant de l'autre Etat⁵⁵⁵. Il faut dire que les traités d'investissement prévoient, le plus souvent, la possibilité pour ce dernier d'en invoquer directement le bénéfice dans une instance juridictionnelle, instance au cours de laquelle il sera opposé à l'Etat de territorialité. Ce faisant, l'investisseur protégé accède à un certain degré de personnalité juridique internationale. Ainsi, aux deux niveaux évoqués, le différend concerné sera international : il opposera deux sujets de droit international dont les conceptions du sens à donner aux dispositions du traité pertinent sont divergentes.

Cela étant, nous avons vu plus haut que les clauses de règlement des différends concernant respectivement les deux niveaux de relation sont de natures différentes, en ce que les différends couverts ne sont pas définis de la même manière : l'arbitre saisi, au niveau interétatique, ne peut, en général, connaître que des différends concernant l'interprétation et l'application du traité pertinent alors qu'au niveau transnational, la clause compromissoire étant générale, l'organe arbitral éventuellement saisi peut être amené à interpréter le traité pour trancher le litige dont il est saisi. Aussi, même à ce stade, il est possible d'entrevoir certaines des difficultés susceptibles d'apparaître concernant, en particulier, la force à prêter aux interprétations adoptées, en tant que telles, les unes par rapport aux autres ou encore à l'égard d'un tiers au différend.

Argument a pu être tiré de ce genre de difficultés pour préconiser la mise en place d'un organe d'appel destiné à la réformation des sentences transnationales en matière d'investissement. En effet, il a été avancé qu'une telle mise en place pouvait contribuer à rendre la jurisprudence arbitrale plus cohérente et prévisible, ce qui améliorerait la sécurité juridique dont bénéficie l'investisseur. À ce désir d'uniformisation de la jurisprudence arbitrale correspond, en fait, le souhait d'une harmonisation de l'interprétation des traités d'investissement. Autant dire que l'organe d'appel en question serait compétent pour corriger l'interprétation retenue en « première instance ». Il faut, cependant, dire que cette approche telle qu'elle a, à ce jour, été défendue pose un certain nombre de problèmes. Il s'agit, en effet, d'une orientation qui apparaît presqu'exclusivement dans la pratique conventionnelle américaine. Aussi, l'uniformisation de la jurisprudence et, par conséquent, de l'interprétation

⁵⁵⁴ Cf. UNCTAD, *Dispute Settlement : State-State*, New-York/Genève, United Nations, 2003, UNCTAD/ITE/ITT/2003/1, viii+101 p. (http://unctad.org/en/Docs/iteiit20031_en.pdf).

⁵⁵⁵ Cf. UNCTAD, *Dispute Settlement : Investor-State*, New-York/Genève, United Nations, 2003, UNCTAD/ITE/ITT/30, viii+125 p. (http://unctad.org/en/Docs/iteiit30_en.pdf).

n'a véritablement de sens qu'au sein d'un réseau conventionnel qui prévoit la possibilité étudiée, ce qui est rare en l'état actuel du droit international positif. Une réflexion analogue a été menée dans le cadre du CIRDI. La logique, telle que défendue par Aron BROCHES, est bien connue : *procedure before substance*⁵⁵⁶. L'arrière-pensée l'est tout autant : dégager et consolider un corpus coutumier en matière d'investissement. Là encore, l'idée sera rapidement abandonnée, considérée comme prématuée. Au-delà de cet abandon, il y a lieu de constater que l'interprétation ne sera uniforme que si la pratique conventionnelle l'est également, au moins dans sa globalité. Or, tel n'est pas le cas. Ainsi, qu'elle soit pensée pour régler un différend dans le cadre d'un traité (A) ou à des fins d'uniformisation de la jurisprudence (B), la dévolution de la compétence d'interprétation à un organe juridictionnel posera toujours une difficulté en rapport, direct ou non, avec la cohérence des interprétations retenues.

A — Dévolution de la compétence d'interprétation à des fins de règlement des différends

Dans sa globalité, la pratique conventionnelle en matière d'investissements étrangers prévoit l'attribution de la compétence d'interprétation à un tiers pour le règlement des différends qui surviendraient entre les Etats parties de même qu'entre l'Etat d'accueil et l'investisseur étranger protégé⁵⁵⁷. Il va de soi que le tiers en question n'interviendra que dans la mesure où un règlement amiable entre les parties au différend aura été tenté sans succès⁵⁵⁸. Nous ne nous étendrons pas sur cet aspect de la question, sauf à signaler que dans l'hypothèse d'un différend interétatique, le règlement amiable devra, le plus souvent, être recherché par la voie diplomatique⁵⁵⁹ alors que, dans celle du différend d'investissement, les parties doivent, en général, être passées par l'étape de la conciliation⁵⁶⁰.

Passée cette étape, la compétence d'interprétation est attribuée à un organe juridictionnel. Il y a lieu, à ce stade, de signaler que les deux types de différends envisagés sont respectivement appréhendés dans deux clauses distinctes, comme pour souligner la différence

⁵⁵⁶ Cf. R. DOLZER & C. SCHREUER, *op. cit.*, p. 9.

⁵⁵⁷ Cf. UNCTC & ICC, *Bilateral Investment Treaties 1959-1991*, New-York, United Nations, 1992, v+46 p., p. 11-12.

⁵⁵⁸ Il s'agit, sans doute, d'une déclinaison de l'obligation de « règlement pacifique » des différends en tant qu'obligation de « négociation », au sens large (cf. R. RIVIER, *op. cit.*, pp. 559-560, § 713-715).

⁵⁵⁹ Cf. R. DOLZER & M. STEVENS, *op. cit.*, pp. 121-122.

⁵⁶⁰ Cf. R. DOLZER & M. STEVENS, *op. cit.*, pp. 122-124.

des approches correspondantes. Cela est d'autant plus remarquable que la logique suivie en la matière consiste à éloigner le contentieux de la relation interétatique et le rapprocher de la relation transnationale⁵⁶¹. Autant dire que le « gros » du contentieux, celui visé par la clause compromissoire générale du traité, sera abordé dans le cadre du règlement des différends d'investissement, les différends interétatiques relatifs à l'interprétation et à l'application du traité pertinent pouvant alors être perçus comme ayant une importance résiduelle⁵⁶². Pour autant, l'organe juridictionnel saisi sur le fondement du traité devra, dans tous les cas, dégager le sens des dispositions conventionnelles pertinentes afin de les appliquer à la résolution du litige, ce qui, potentiellement, peut poser au moins deux grands types de difficultés de nature à nuire à l'uniformité des interprétations concernant un traité donné. Le premier type de problèmes concerne la définition même du différend, le second la désignation de l'organe compétent pour interpréter.

Pour ce qui est de la définition du type de différends respectivement couverts par les clauses de règlement des différends, la situation est, bien entendu, différente selon qu'il s'agisse d'un différend interétatique ou d'un différend d'investissements au sens strict. Dans la première hypothèse, les différends en question sont presque systématiquement définis de façon restrictive et ne concernent que l'interprétation et/ou l'application du traité pertinent alors que, dans la seconde hypothèse, les différends visés sont, à quelques nuances d'ordre rédactionnel près, tous ceux susceptibles de survenir entre l'Etat d'accueil et l'investisseur étranger protégé à propos de l'investissement réalisé par ce dernier. Comme nous l'avons évoqué supra, la pratique conventionnelle en matière d'investissements étrangers traduit, à cet égard, une réelle volonté de rompre, au moins dans un premier temps, avec la logique de la protection diplomatique⁵⁶³. Cela étant, dans l'hypothèse particulière où les différends interétatiques couverts concernent à la fois l'interprétation et l'application du traité, le problème peut être celui du « chevauchement » des deux questions. En effet, un différend concernant l'application du traité peut nécessiter son interprétation. Inversement, l'application concrète d'une disposition du traité par l'un des Etats parties peut nécessiter une interprétation quand elle ne reflète pas, tout simplement, l'interprétation que ledit Etat en donne. Il s'ensuit que la définition donnée du différend couvert dans la relation interétatique n'exclut pas que le même problème d'interprétation se pose dans la relation transnationale. Ainsi, l'uniformité de

⁵⁶¹ Cf. R. DOLZER & C. SCHREUER, *op. cit.*, pp. 233-234.

⁵⁶² Cf. P. DAILLIER, M. FORTEAU & A. PELLET, *op. cit.*, pp. 968-969, § 528.

⁵⁶³ Cf. A. REINISCH & L. MALINTOPPI, « Methods of dispute resolution » in P. MUCHLINSKI, F. ORTINO & C. SCHREUER (dir.), *op. cit.*, pp. 691-720, p. 714.

l’interprétation, des interprétations, n’est pas garantie, un conflit entre les interprétations retenues aux deux niveaux restant possible.

En effet, nous savons que des différends concernant ou nécessitant l’interprétation d’un traité d’investissement peuvent exister entre un Etat partie et un investisseur protégé. Ces différends ont une nature incontestablement juridique, en ce sens qu’il s’agira, pour celui qui aura à les trancher, de déterminer le contenu d’une règle conventionnelle existante. La nature juridique du différend est d’ailleurs souvent une condition sine qua non de la compétence juridictionnelle de l’organe désigné par la clause conventionnelle en question. Dans le cas particulier du CIRDI, l’article 25 § 1 de la Convention de Washington dispose même :

*« La compétence du Centre s’étend aux différends d’ordre juridique entre un Etat contractant (ou telle collectivité publique ou tel organisme dépendant de lui qu’il désigne au Centre) et le ressortissant d’un autre Etat contractant qui sont en relation directe avec un investissement et que les parties ont consenti par écrit à soumettre au Centre [...]. »*⁵⁶⁴

Notons que la définition donnée du différend d’ordre juridique dans le Rapport des Administrateurs sur la Convention de Washington se rapproche de celle donnée dans la jurisprudence « généraliste »⁵⁶⁵ :

*« [...] L’expression ‘différends d’ordre juridique’ a été utilisée pour montrer clairement que si les conflits de droit relèvent de la compétence du Centre, il n’en est pas de même des simples conflits d’intérêts. Le différend doit concerner soit l’existence ou l’étendue d’un droit ou d’une obligation juridique, soit la nature ou l’étendue des réparations dues pour rupture d’une obligation juridique [...]. »*⁵⁶⁶

Ainsi, l’existence ou l’étendue d’une obligation conventionnelle de l’Etat d’accueil peut bien être débattue, en tant que telle, devant un tribunal CIRDI saisi sur le fondement d’un traité d’investissement.

Qu’adviendrait-il alors si la même question d’interprétation était posée dans deux procès pendants, l’un opposant deux Etats parties à un traité d’investissement alors que l’autre met

⁵⁶⁴ Cf. CIRDI, *Convention et Règlements du CIRDI*, Washington, CIRDI, 2006, 128 p., p. 18.

⁵⁶⁵ Cf. CPJI 30 août 1924 *Concessions Mavrommatis en Palestine*, série A, n° 2, p. 11 ; CIJ Exceptions préliminaires 27 février 1998 *Lockerbie*, Rec. 1998, p. 123, § 24 ; CIJ Exceptions préliminaires 10 février 2005 *Certains biens*, Rec. 2005, p. 18, § 24.

⁵⁶⁶ Cf. CIRDI, *op. cit.*, p. 44, § 26.

face à face l'un desdits Etats et un investisseur protégé ? On sait, en pareille hypothèse, qu'on ne peut parler ni de connexité au sens procédural du terme, ne serait-ce parce qu'il n'y a pas identité de parties au différend et de juridictions⁵⁶⁷, ni de litispendance, vu qu'il ne s'agit, par définition, pas du même litige⁵⁶⁸. Pour autant, il serait logique que la solution donnée par le juge saisi d'un différend interétatique concernant l'interprétation d'une disposition d'un traité d'investissement soit prise en compte par celui saisi d'un différend d'investissement à l'occasion duquel la même question se pose. Dans l'affaire *Lucchetti c/ Pérou*, le CIRDI avait été saisi sur le fondement du TBI Chili-Pérou. « En retour », pourrait-on dire, le Pérou fera jouer la clause de règlement des différends interétatiques du traité pertinent en saisissant l'arbitre compétent contre le Chili et en demandant au tribunal CIRDI saisi de se prononcer à statuer⁵⁶⁹, ce que ce dernier refusera⁵⁷⁰. Cette décision est, certes, compréhensible dans la mesure où il ne s'agissait pas, pour l'arbitre saisi du différend d'investissement, de cautionner une manœuvre très probablement dilatoire. Cela étant, un arbitre transnational aurait tort de se priver de la clarification qui résulterait de la décision rendue par l'organe juridictionnel compétent pour trancher les litiges interétatiques d'interprétation alors même que ce dernier tranche une question qui se pose également dans le différend entre Etat d'accueil et investisseur étranger.

Pour ce qui est des organes auxquels une compétence d'interprétation est attribuée, il faut, là encore, opérer une distinction entre ceux censés régler les différends interétatiques et ceux devant trancher les différends d'investissement. Dans le premier cas, on a, la plupart du temps, recours à l'arbitrage interétatique *ad hoc*⁵⁷¹. Ainsi, le règlement des différends entre Etats en matière d'investissements étrangers n'a pas vocation à s'écartier des constantes de l'arbitrage interétatique : ne s'agit-il pas, après tout, du règlement d'un « banal » différend entre Etats ? Logiquement, le tribunal arbitral saisi d'un différend d'interprétation devrait avoir comme droit applicable le traité pertinent lui-même mais aussi les règles coutumières régissant l'opération intellectuelle qu'il devra effectuer, et ce même en l'absence de

⁵⁶⁷ Cf. J. SALMON (dir.), *op. cit.*, entrée « Connexité ».

⁵⁶⁸ Cf. J. SALMON, *op. cit.*, entrée « Litispendance ».

⁵⁶⁹ Cf. R. DOLZER & C. SCHREUER, *op. cit.*, p. 234.

⁵⁷⁰ Cf. CIRDI Compétence 7 février 2005 *Lucchetti c/ Pérou* (<http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0275.pdf>), § 7-9.

⁵⁷¹ Cf. R. DOLZER & M. STEVENS, *op. cit.*, pp. 124-129 ; UNCTAD, *Dispute Settlement : State-State*, p. 26 (document pdf).

dispositions expresses dans le traité ou de précisions dans un éventuel compromis d'arbitrage⁵⁷².

Les choses sont moins évidentes en ce qui concerne les différends d'investissement. En effet, la compétence d'interprétation sera dévolue au moyen d'une clause qui donnera le choix à l'investisseur protégé entre plusieurs fors. Un nombre relativement limité de traités d'investissement prévoit la possibilité de saisir un tribunal de l'Etat d'accueil d'un différend l'opposant à ce dernier⁵⁷³, l'essentiel de la pratique conventionnelle prévoyant plutôt le recours à l'arbitrage transnational⁵⁷⁴. On perçoit très vite les limites de la première hypothèse, celle du recours aux tribunaux de l'Etat d'accueil. Le fait, en particulier, qu'un tribunal constitue un organe de l'Etat d'accueil, au sens du droit international, fragilisera de toute façon l'interprétation qu'il retiendra, surtout dans les hypothèses où le droit interne de l'Etat en question n'incorpore pas le traité pertinent⁵⁷⁵. Aussi, au moins pour cette raison, les investisseurs marquent une préférence très nette pour l'arbitrage transnational. Cette dernière modalité de règlement des différends présente, nous le savons, un certain nombre de particularités la distinguant de l'arbitrage interétatique classique⁵⁷⁶. Au-delà de la possibilité pour une personne privée étrangère d'attraire un Etat devant un organe arbitral pouvant appliquer le droit international, c'est la logique même qui diffère. Dans ce « contexte » procédural, le droit applicable peut déborder le seul droit international, tel qu'il s'applique dans les relations qu'entretiennent les sujets les moins contestés de cet ordre juridique, et contenir des règles qui régissent habituellement les rapports entre opérateurs économiques privés. Aussi est-il permis de s'interroger sur le fait de savoir si, en matière d'interprétation du traité d'investissement sur le fondement duquel il est saisi, l'approche adoptée par un tribunal arbitral transnational risque ou non d'être, à cause du droit applicable, fondamentalement différente de celle d'un autre tribunal saisi d'un différend interétatique.

Pour ce qui est du CIRDI, l'article 42 § 1 de la Convention de Washington dispose :

⁵⁷² Cf. R. DOLZER & M. STEVENS, *op. cit.*, pp. 128-129.

⁵⁷³ Cf. UNCTAD, *Dispute Settlement : Investor-State*, *op. cit.*, pp. 30-38 (document pdf).

⁵⁷⁴ Cf. R. DOLZER & C. SCHREUER, *op. cit.*, pp. 238-244.

⁵⁷⁵ Supposons, par exemple, que le traité n'aie pas encore été introduit dans l'ordre juridique interne de l'Etat de territorialité (cf. P. DAILLIER, M. FORTEAU & A. PELLET, *op. cit.*, pp. 251-254).

⁵⁷⁶ Cf. J. PAULSSON, « Arbitration Without Privity », FILJ/ICSID Review 1995, pp. 232-257 ; G. BURDEAU, « Nouvelles perspectives pour l'arbitrage dans le contentieux économique intéressant les Etats », Revue de l'arbitrage 1995, pp. 3-37 ; E. GAILLARD, « L'arbitrage sur le fondement des traités de protection des investissements », Revue de l'arbitrage 2003, pp. 853-875, pp. 858-863, § 8-13.

« *Le Tribunal statue sur le différend conformément aux règles de droit adoptées par les parties. Faute d'accord entre les parties, le Tribunal applique le droit de l'Etat contractant partie au différend — y compris les règles relatives aux conflits de lois — ainsi que les principes de droit international en la matière.* »⁵⁷⁷

Cette citation sera l'occasion d'un rappel, celui de la notion de consentement dissocié à l'arbitrage. En effet, dans la pratique CIRDI, il est admis que le consentement des parties se manifeste en deux temps, le premier étant celui d'une offre permanente d'arbitrage de la part de l'Etat, le second celui de l'acte introductif d'instance émanant de l'investisseur⁵⁷⁸. Quel sera le droit applicable par le tribunal saisi en pareil cas ? Le Professeur GAILLARD distingue deux hypothèses selon que le traité pertinent contienne ou non une disposition répondant de façon explicite à la question précédente⁵⁷⁹. Si oui, on considérera que les parties au différend ont, quoique de façon dissociée, « adopté » les règles de droit applicables aux parties, au sens de la première phrase du texte précité⁵⁸⁰. Il s'agit, toutefois, d'une hypothèse assez rare en pratique⁵⁸¹. Dans le cas contraire, le plus fréquent, s'applique la seconde phrase de l'article 42 § 1 de la Convention.

Jusqu'à une période récente, la doctrine et la jurisprudence arbitrale soutenaient que le rôle des fameux « principes de droit international en la matière » était de combler les lacunes du droit interne de l'Etat d'accueil ou de pallier la contrariété de ce dernier au droit international⁵⁸². La conséquence de cette manière de voir était qu'en dehors de cette lacune ou de cette contrariété le droit international ne pouvait être utilisé de façon autonome par l'arbitre. Aussi, quand résoudre le litige nécessitait que le traité fût interprété, l'opération d'interprétation elle-même ne pouvait, logiquement, avoir lieu que dans les limites jusqu'alors assignées au droit international, en tant qu'élément du droit applicable⁵⁸³. Sans préjuger de l'issue du procès arbitral, en pareil cas, on voit que la marge de manœuvre de l'arbitre transnational était moindre que pourrait l'être celle d'un tribunal arbitral saisi d'un différend interétatique. Depuis la sentence d'annulation rendue dans l'affaire *Wena c/ Egypte* en 2002,

⁵⁷⁷ Cf. CIRDI, *op. cit.*, p. 23.

⁵⁷⁸ Cf. G. BURDEAU, *op. cit.*, pp. 10-27, § 13-38.

⁵⁷⁹ Cf. E. GAILLARD, *La Jurisprudence du CIRDI*, *op. cit.*, pp. 457-458.

⁵⁸⁰ *Ibidem*. Cf. également E. GAILLARD & Y. BANIFATEMI, « The Meaning of “and” in Article 42(1), Second Sentence, of the Washington Convention: The Role of International Law in the ICSID Choice of Law Process », *FILJ/ICSID Review* 2003, pp. 375-410.

⁵⁸¹ Cf. A. NEWCOMBE & LL. PARADELL, *op. cit.*, pp. 79-83, § 2.4.

⁵⁸² Cf. E. GAILLARD & Y. BANIFATEMI, *op. cit.*, pp. 381-399.

⁵⁸³ *Ibidem*.

les arbitres CIRDI ont rompu avec l'approche évoquée plus haut : ils estiment désormais pouvoir appliquer le droit international « de façon autonome lorsque la règle appropriée relève de son champ d'application »⁵⁸⁴. En supposant qu'un tribunal arbitral CIRDI doive interpréter le traité sur le fondement duquel il a été saisi, il se donne, pour ainsi dire, les moyens de rapprocher son raisonnement de celui d'une juridiction internationale « basique ». Cela étant, si sa marge de manœuvre est accrue, rien ne l'oblige cependant à adopter la même approche méthodologique qu'un arbitre interétatique, ne serait-ce qu'à cause des particularités que peut présenter un litige transnational par rapport à un litige interétatique.

En dehors du cadre CIRDI proprement dit, l'arbitrage transnational peut présenter un autre visage. Souvenons-nous, en effet, que tous les Etats signataires de traités d'investissement ne sont pas parties à la Convention de Washington⁵⁸⁵. Dans certains cas, l'arbitrage va présenter un aspect institutionnel. Nous pensons, par exemple, aux cadres respectifs de la Chambre Internationale de Commerce et de la London Court of International Arbitration ou au Mécanisme supplémentaire du CIRDI⁵⁸⁶. Dans d'autres cas, il s'agira d'un arbitrage ad hoc s'appuyant sur un règlement d'arbitrage⁵⁸⁷, souvent celui de la Commission des Nations Unies pour le Droit Commercial International⁵⁸⁸. Dans tous les cas, l'arbitrage pourra être décrit, non sans un peu d'exagération, comme une adaptation des canons de l'arbitrage commercial international à une situation impliquant un Etat dans sa dimension souveraine. On retrouve alors les constantes de l'arbitrage commercial international en matière de droit applicable. Par exemple, aux termes de l'article 35 § 1 du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI :

« Le tribunal arbitral applique les règles de droit désignées par les parties comme étant celles applicables au fond du litige. À défaut d'une telle désignation par les parties, il applique la loi qu'il juge appropriée. »

Ainsi, dans l'hypothèse où les parties au différend n'auraient pas effectué le choix en question, même de façon « dissociée », l'arbitre saisi sur le fondement du traité bénéficiera

⁵⁸⁴ Cf. CIRDI Annulation 5 février 2002 *Wena c/ Egypte* (<http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0903.pdf>) § 40.

⁵⁸⁵ Cf. <https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/about/Pages/Database-of-Member-States.aspx> .

⁵⁸⁶ Cf. A. REINISCH & L. MALINTOPPI, *op. cit.*, pp. 704-709.

⁵⁸⁷ Cf. A. REINISCH & L. MALINTOPPI, *op. cit.*, pp. 710-712.

⁵⁸⁸ Cf. R. DOLZER & C. SCHREUER, *op. cit.*, p. 243 ; CNUDCI, *Règlement d'arbitrage de la CNUDCI (avec nouveau paragraphe 4 à l'article premier, adopté en 2013) - Règlement de la CNUDCI sur la transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités*, New-York, United Nations, 2014, v+41 p. (<http://www.uncitral.org/pdf/french/texts/arbitration/arb-rules-2013/UNCITRAL-Arbitration-Rules-2013-F.pdf>).

d'une assez grande liberté dans le choix de la règle de droit appropriée à son interprétation. Cela étant, rien ne garantit, là encore, que le raisonnement suivi sera teinté de considérations étrangères à une logique « purement droit international ».

De toute façon, pour clore le propos qui est le nôtre, rien ne garantit, en vérité, que l'interprétation d'une disposition matérielle donnée d'un traité d'investissement donné soit la même d'un organe juridictionnel à un autre. De plus, la pratique conventionnelle, que l'on sait difficile à unifier en cette matière, ne contribue pas, loin s'en faut, à l'unification de la jurisprudence internationale concernant, en particulier, le droit matériel. Cela fait sûrement partie des facteurs qui ont stimulé la réflexion sur une dévolution de la compétence d'interprétation à des fins d'uniformisation de la jurisprudence.

B — Dévolution de la compétence d'interprétation à des fins d'uniformisation de la jurisprudence

Nous entamerons ce propos en rappelant que la question de l'opportunité de la création d'un organe d'appel devant lequel seraient déférées les sentences transnationales a récemment été débattue⁵⁸⁹. Il faut, en effet, savoir que le modèle de TBI des Etats-Unis datant de 2004 prévoit une telle possibilité dans son annexe D, et ce dans les termes suivants :

*« Within three years after the date of entry into force of this Treaty, the Parties shall consider whether to establish a bilateral appellate body or similar mechanism to review awards rendered under Article 34 in arbitrations commenced after they establish the appellate body or similar mechanism. »*⁵⁹⁰

Ainsi, on retrouve cette disposition dans quelques traités conclus par les Etats-Unis, qu'il s'agisse de « simples » traités d'investissement ou alors d'accords de libre-échange⁵⁹¹. Parallèlement, l'idée d'un organe d'appel a aussi été évoquée dans le cadre du CIRDI⁵⁹². Dans

⁵⁸⁹ Cf. R. DOLZER & C. SCHREUER, *op. cit.*, pp. 35-36 ; A. H. QUERSHI, « An Appellate System In International Investment Arbitration ? » in P. MUCHLINSKI, F. ORTINO & C. SCHREUER (dir.), *op. cit.*

⁵⁹⁰ Cf. <http://www.state.gov/documents/organization/117601.pdf>. Notons que cette annexe n'apparaît pas dans le modèle de 2012 et ce même si ce dernier conserve un article 28 § 10 rédigé comme suit :

« In the event that an appellate mechanism for reviewing awards rendered by investor-State dispute settlement tribunals is developed in the future under other institutional arrangements, the Parties shall consider whether awards rendered under Article 34 should be subject to that appellate mechanism. [...] ».

⁵⁹¹ Cf. R. DOLZER & C. SCHREUER, *op. cit.*, p. 35.

⁵⁹² Cf., en particulier, ICSID Discussion Paper, *Possible Improvements of the Framework for ICSID Arbitration*, 22 octobre 2004

les deux cas, ses promoteurs arguaient et arguent encore du fait qu'un tel organe contribuerait de façon décisive à la cohérence et à l'uniformité de l'interprétation des traités d'investissement dans la jurisprudence arbitrale⁵⁹³. L'idée n'a cependant pas réussi à prospérer dans le système CIRDI et sa mise en œuvre reste circonscrite à la pratique conventionnelle américaine⁵⁹⁴. Cela étant, elle aura eu le mérite de soulever un certain nombre d'interrogations quant à l'amélioration des mécanismes de règlement des différends qui permettraient d'aboutir au résultat recherché en matière d'interprétation. Un organe d'appel des sentences arbitrales est-il le meilleur moyen de parvenir au résultat en question ? Quelles autres améliorations seraient envisageables ? Telles sont les questions sur lesquelles nous nous étendrons.

Les justifications de l'idée d'un organe d'appel sont diverses⁵⁹⁵. Ainsi, il a, par exemple, été noté que l'essor quantitatif du contentieux CIRDI risquait d'aboutir à une incohérence des décisions arbitrales les unes par rapport aux autres, d'où la nécessité de corriger les éventuels problèmes. Certains de nos développements précédents font d'ailleurs écho à cette remarque. De même, on a pu dire qu'il serait intéressant de reproduire, en matière d'investissements étrangers, l'expérience déjà menée dans le cadre de l'OMC.

Il faut toutefois garder un certain nombre de facteurs à l'esprit, facteurs dont certains ont été évoqués *supra*. Le premier facteur tient à la relative absence d'uniformité de la pratique conventionnelle elle-même. Ainsi, si la pratique est « standardisée », en ce sens que la grande majorité des traités d'investissement a plus ou moins la même ossature, le contenu normatif peut, quant à lui, varier d'un réseau conventionnel à l'autre et, au sein du même réseau, d'un traité à l'autre. Il s'ensuit que l'organe d'appel ne pourra produire un véritable effet uniformisateur de l'interprétation que dans le cadre du traité qui prévoit son existence. Autant dire que ce genre d'organe serait insuffisant à uniformiser l'interprétation dans le cadre du réseau conventionnel auquel appartient le traité, à plus forte raison au-delà dudit réseau. De plus, c'est là le deuxième facteur, l'uniformisation des interprétations retenues dans des sentences rendues pour trancher des différends d'investissement, pour peu que l'on y parvienne, n'est pas l'uniformisation de toutes les interprétations du traité pertinent. L'organe d'appel visé par l'annexe D du modèle américain de TBI de 2004 ne concerne que les

(<https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/resources/Documents/Possible%20Improvements%20of%20the%20Framework%20of%20ICSID%20Arbitration.pdf>), pp. 16-18 (document pdf).

⁵⁹³ Cf. A. H. QURESHI, *op. cit.*, p. 1157.

⁵⁹⁴ Cf. R. DOLZER & C. SCHREUER, *op. cit.*, p. 35.

⁵⁹⁵ Cf. A. H. QURESHI, *op. cit.*, p. 1157.

sentences transnationales. Un troisième facteur sera le mode de règlement juridictionnel des différends. En effet, pour les seuls différends d'investissement, nous savons qu'un choix est presque toujours offert entre plusieurs fors qui peuvent définir le droit applicable par eux de façon différente les uns par rapport aux autres, au moins sur certains points. Comme nous l'avons vu plus haut, cela peut avoir un impact, même de façon minime, le travail d'interprétation mené par l'arbitre.

Vu sous cet angle, l'existence d'un organe d'appel ne constituera-t-elle pas un constant rappel des défauts du mécanisme de règlement des différends transnationaux ? La proposition discutée dans le cadre du CIRDI, dont nous savons qu'elle a été abandonnée, prévoyait que le mécanisme d'appel créé en son sein concerne non seulement les deux formes d'arbitrage CIRDI, mais aussi les autres formes d'arbitrage visées par les clauses compromissoires générales des traités d'investissement⁵⁹⁶. En vérité, tout dépend de l'échelle à laquelle on souhaite uniformiser l'interprétation. Si l'on recherche l'uniformisation à l'échelle d'un traité donné, le recours à un organe d'appel apparaît comme une solution relativement viable, parmi d'autres solutions relativement viables. Dès que l'on quitte cette échelle, le résultat recherché ne peut être obtenu qu'en agissant non pas sur la sentence contenant l'interprétation mais sur le texte même à interpréter, en en uniformisant le contenu aux échelles supérieures, en particulier au niveau multilatéral. Or, nous savons à quel point cela est difficile en matière d'investissements étrangers.

D'autres idées analogues ont été avancées. On pense, par exemple, à celle de l'utilisation du mécanisme de règlement des différends et, par conséquent, l'organe d'appel de l'OMC en matière d'investissements étrangers⁵⁹⁷ ou alors à celle, un peu plus séduisante, d'une Chambre spéciale de la CIJ, sorte de « Cour suprême de l'investissement »⁵⁹⁸. Cette dernière idée est plus séduisante dans la mesure où l'autorité de la CIJ pourrait, à plus d'un titre, contribuer à uniformiser la jurisprudence arbitrale au niveau global, réserve faite des problèmes qui viennent d'être abordés. Plus précisément, il est très probable que les orientations méthodologiques, en particulier en matière d'interprétation, que prendrait la Cour concernant tel ou tel type de dispositions conventionnelles. On entrevoit, cependant, beaucoup d'obstacles pratiques à une telle solution, ne serait-ce qu'en termes de saisine ou de compétence juridictionnelle de la Cour. Pourtant, cette dernière serait le cadre institutionnel

⁵⁹⁶ Cf. ICSID Discussion Paper, *op. cit.*

⁵⁹⁷ Cf. A. H. QURESHI, *op. cit.*, pp. 1162-1165.

⁵⁹⁸ Cf. A. H. QURESHI, *op. cit.*, pp. 1165-1167.

rêvé pour une troisième solution préconisée par la doctrine, celle de la question préjudicelle, qui existe dans l'ordre juridique de l'Union européenne⁵⁹⁹. On voit très bien quel avantage il y aurait, pour un tribunal arbitral soucieux de bien dire le droit, à soumettre, avant de rendre sa décision, une question d'interprétation à une juridiction telle que la Cour, et ce pour certaines des raisons dont nous venons de faire état. Cela étant, il n'est pas exclu qu'une telle solution rencontre des résistances venant autant des Etats, qui pourraient par exemple voir dans un tel système une menace pour ce qui reste de leurs compétences souveraines en matière d'investissement, que des opérateurs économiques privés eux-mêmes, qui pourraient notamment estimer que l'organe de renvoi n'est pas assez sensible à leurs préoccupations concrètes.

Quoi qu'il en soit, aucune de ces solutions n'est vraiment praticable à ce jour, ne serait-ce, encore une fois, qu'à cause de l'absence d'uniformité de la pratique conventionnelle. Aussi, l'uniformisation des interprétations retenues par la jurisprudence, si uniformisation il peut y avoir, semble plus tributaire de la capacité des arbitres non seulement à tenir compte des précédents mais encore et surtout à harmoniser leurs applications respectives des règles méthodologiques d'interprétation.

Section 2 — Règles méthodologiques d'interprétation des dispositions conventionnelles

Aborder ce point de notre étude suppose d'emblée que l'on se place du point de vue du tiers à qui la compétence d'interprétation dudit traité a été dévolue par les parties. On appellera que le tiers en question est un organe ayant une fonction juridictionnelle et pouvant appliquer le droit international au règlement de différends couverts par le traité pertinent qui, lui-même, est un traité d'investissement. Avec un tel point de départ pour notre hypothèse, il convient de se poser deux questions, en ce qui concerne l'opération d'interprétation : celle des outils disponibles et celles des méthodes envisageables.

Les outils disponibles sont ce qu'il convient et que nous choisirons d'appeler les moyens d'interprétation⁶⁰⁰. Le droit international général, tel que reflété par la Convention de Vienne sur le droit des traités et la jurisprudence classique, connaît lesdits moyens. Les méthodes

⁵⁹⁹ Cf. *Règlement de procédure de la Cour de Justice de l'Union Européenne du 25 septembre 2012* (http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2012-10/rp_fr.pdf) articles 93 à 118.

⁶⁰⁰ Cf. P. DAILLIER, M. FORTEAU & A. PELLET, op. cit., pp. 284-287, § 169.

d'interprétation, en ce qu'elles constituent des modalités de recours aux moyens d'interprétation, sont également connues. L'intérêt des développements à venir est de cerner la mesure dans laquelle les enjeux qui façonnent les pratiques conventionnelle et arbitrale en matière d'investissements étrangers sont susceptibles d'orienter la démarche de l'interprète, tant pour ce qui est des moyens susceptibles d'être utilisés (§ 1) qu'en ce qui concerne la méthode choisie (§ 2).

§ 1 — Moyens d'interprétation susceptibles d'être utilisés par l'interprète

Le point de départ de ce propos sera la lettre des articles 31 et 32 de la Convention de Vienne sur le droit des traités⁶⁰¹. Le premier texte, intitulé « Règle générale d'interprétation », est rédigé comme suit :

- « 1. *Un traité doit être interprété de bonne foi suivant le sens ordinaire à attribuer aux termes du traité dans leur contexte et à la lumière de son objet et de son but.*
- 2. *Aux fins de l'interprétation d'un traité, le contexte comprend, outre le texte, préambule et annexes inclus :*
 - a) *Tout accord ayant rapport au traité et qui est intervenu entre toutes les parties à l'occasion de la conclusion du traité ;*
 - b) *Tout instrument établi par une ou plusieurs parties à l'occasion de la conclusion du traité et accepté par les autres parties en tant qu'instrument ayant rapport au traité.*
- 3. *Il sera tenu compte, en même temps que du contexte :*
 - a) *De tout accord ultérieur intervenu entre les parties au sujet de l'interprétation du traité ou de l'application de ses dispositions ;*
 - b) *De toute pratique ultérieurement suivie dans l'application du traité par laquelle est établi l'accord des parties à l'égard de l'interprétation du traité ;*
 - c) *De toute règle pertinente de droit international applicable dans les relations entre les parties.*
- 4. *Un terme sera entendu dans un sens particulier s'il est établi que telle était l'intention des parties. »*⁶⁰²

⁶⁰¹ Cf. articles 31 & 32 CVDT (<https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/Volume%201155/volume-1155-I-18232-French.pdf>).

Cette disposition, considérée comme une très bonne codification du droit coutumier en la matière⁶⁰³, donne les bases méthodologiques de l’interprétation. L’article suivant, quant à lui, est intitulé « Moyens complémentaires d’interprétation » et évoque la possibilité du recours, par l’interprète, à des outils complémentaires, au cas où la seule application de l’article 31 ne suffirait pas à dégager le sens de la règle conventionnelle interprétée. Il dispose :

« Il peut être fait appel à des moyens complémentaires d’interprétation, et notamment aux travaux préparatoires et aux circonstances dans lesquelles le traité a été conclu, en vue, soit de confirmer le sens résultant de l’application de l’article 31, soit de déterminer le sens lorsque l’interprétation donnée conformément à l’article 31 :

a) Laisse le sens ambigu ou obscur ; ou

*b) Conduit à un résultat qui est manifestement absurde ou déraisonnable. »*⁶⁰⁴

Grâce à ces deux textes, nous avons une idée relativement précise des moyens d’interprétation, en tant qu’« éléments de fond ou de forme pertinents pour la compréhension du texte » à interpréter. Ainsi, l’article 31 fait référence aux termes et au contexte du traité de même qu’à son objet et à son but. L’article 32 cite les travaux préparatoires et les circonstances de la conclusion du traité, l’énumération n’étant pas exhaustive. Les tribunaux arbitraux saisis gardent, pour la plupart, ces indications à l’esprit au moment d’interpréter le traité pertinent⁶⁰⁵. En effet, ils entament presque toujours leur démonstration par un rappel de la « règle générale d’interprétation »⁶⁰⁶. De plus, ils ne semblent pas exclure de recourir à des moyens complémentaires au sens de la Convention de Vienne⁶⁰⁷.

⁶⁰² Cf. Commentaire de l’article 31 par J.-M. SOREL in O. CORTEN & P. KLEIN (dir.), *Les Conventions de Vienne sur le droit des traités – Commentaire article par article*, Bruxelles, Bruylant, 2006, 3 Tomes, xxxix+2965 p., pp. 1289-1334.

⁶⁰³ Cf. J.-M. SOREL, *op. cit.*, pp. 1291-1292, § 2.

⁶⁰⁴ Cf. Commentaire de l’article 32 par Y. LE BOUTHILLIER in O. CORTEN & P. KLEIN (dir.), *op. cit.*, pp. 1339-1371.

⁶⁰⁵ Cf. CIRDI exceptions relatives à la compétence 29 mai 2009 *Bureau Veritas, Inspection, Valuation, Assessment and Control c/ Paraguay* (<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0103.pdf>) § 59 ; Compétence 2 juillet 2010 *Burlington Resources c/ Equateur* (<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0106.pdf>) § 104 ; Exceptions préliminaires 2 août 2010 *Pac Rim Cayman c/ Salvador* (<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0599.pdf>) § 115 ; CPA CNUDCI Sentence partielle 23 mai 2011 *HICEE c/ Slovaquie* (https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0404_0.pdf) § 115 ; CIRDI Comité *ad hoc* 1^{er} mars 2011 *Duke Energy International c/ Pérou* (<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw9309.pdf>) § 85.

⁶⁰⁶ Cf. R. DOLZER & C. SCHREUER, *op. cit.*, pp. 28-29.

⁶⁰⁷ Cf. R. DOLZER & C. SCHREUER, *op. cit.*, p. 29.

Une fois ces précisions faites, il peut être utile mener une réflexion plus profonde sur les moyens à la disposition de l'organe compétent pour interpréter un traité d'investissement. Nous avons, en effet, vu que le besoin d'interprétation pouvait, selon les dispositions conventionnelles en cause, être limité ou accentué. Nous avons également vu que l'opération d'interprétation d'une même disposition conventionnelle pouvait être menée sous des angles assez différents par des organes assez différents, ce qui, dans l'absolu, peut nuire à l'homogénéité des interprétations possibles. Il s'agit, maintenant, de recenser les moyens d'interprétation qui peuvent, dans la pratique conventionnelle en matière d'investissements étrangers telle que nous la connaissons, guider la démarche de l'arbitre. Il s'agit également et surtout d'identifier ceux desdits moyens de nature à lui permettre d'orienter la démarche en question, et ce sans pour autant anticiper sur notre propos concernant le choix de la méthode d'interprétation proprement dite. En effet, bien que les moyens d'interprétation soient indissociables les uns des autres, l'accent mis par l'interprète sur l'un ou plusieurs d'entre eux au détriment des autres peut mécaniquement favoriser tel ou tel type de solutions. Nous mènerons notre analyse desdits moyens en ayant ce qui précède à l'esprit, et ce qu'il s'agisse de ceux associés à la « règle générale d'interprétation » (A) ou de ceux utilisés à titre complémentaire (B).

A — Moyens associés à la « règle générale d'interprétation »

Quels sont les moyens associés à la « règle générale d'interprétation » ? Il s'agit des termes du traité pris dans leur sens ordinaire, de son contexte, de son objet et de son but ainsi que des « accords », « instruments », « pratiques » et « règles » visés aux deuxième et troisième paragraphes de l'article 31 de la Convention de Vienne⁶⁰⁸. Il est évident, à la lecture de ce texte, que les moyens en question sont interdépendants. Plus précisément, les termes du traité même pris dans leur sens ordinaire, comme l'exige la Convention de Vienne, le droit coutumier et la jurisprudence, doivent, pour les besoins de l'interprétation, être lus en tenant compte des autres éléments évoqués⁶⁰⁹. Il est d'ailleurs dit, dans le commentaire du Projet CDI d'articles de 1966 qui a débouché sur la Convention de Vienne, que le sens ordinaire d'un terme doit être déterminé non pas dans l'abstrait, mais dans le contexte du traité et

⁶⁰⁸ Cf. P. DAILLIER, M. FORTEAU & A. PELLET, *op. cit.*, pp. 284-286, § 169.

⁶⁰⁹ Cf. J.-M. SOREL, *op. cit.*, pp. 1309-1317, § 29-37.

compte tenu de son objet et de son but⁶¹⁰. Le quatrième paragraphe de l'article 31 permet, cependant, qu'un terme du traité soit pris dans un sens particulier s'il est établi que telle a été l'intention des parties⁶¹¹.

La jurisprudence internationale a, de son côté, eu l'occasion de mettre en lumière le fait que deux dispositions conventionnelles identiques ou analogues pouvaient être interprétées de façon différente en fonction, notamment, de leurs contextes, objets ou buts respectifs⁶¹². Les tribunaux arbitraux transnationaux dévient très peu de la « règle générale d'interprétation ». Dans l'affaire *MTD c/ Chili*, par exemple, le collège arbitral a eu à interpréter la clause de traitement juste et équitable contenue dans le traité pertinent⁶¹³. Après avoir cité le premier paragraphe de l'article 31, le tribunal arbitral saisi a entrepris de dégager le sens ordinaire des termes de la clause en question qu'il a par la suite rapproché de l'objet et du but du traité pertinent tels qu'ils apparaissent dans le préambule⁶¹⁴.

Quant à la notion de contexte, on sait qu'elle comprend tous les éléments cités dans l'article 31 § 2, à savoir le texte, le préambule, les éventuels annexes du traité ainsi que « tout accord ayant rapport au traité et qui est intervenu entre toutes les parties à l'occasion de la conclusion du traité » et « tout instrument établi par une ou plusieurs parties à l'occasion de la conclusion du traité et accepté par les autres parties en tant qu'instrument ayant rapport au traité ». Il semble qu'il faille, en toute hypothèse, distinguer la notion de « texte du traité » de celle, moins large et plus opérationnelle pour l'interprète, de « termes du traité pris dans leur sens ordinaire »⁶¹⁵, et ce même si, nous l'avons vu un peu plus haut, résister les « termes » dans leur seul « sens ordinaire » peut n'être que d'une utilité limitée quand il s'agit, par exemple, de dégager le contenu de standards conventionnels. Pour ce qui est des préambules des traités d'investissement, il existe une certaine « standardisation » du contenu de l'exposé des motifs⁶¹⁶, « standardisation » d'ailleurs plus marquée que celle du dispositif lui-même. Cela fait, de toute façon, écho à la façon dont est conçu le rôle assigné ces instruments :

⁶¹⁰ Cf. CDI, *Projet d'articles sur le droit des traités et commentaires*, Nations Unies (http://legal.un.org/docs/?path=/ilc/texts/instruments/french/commentaries/1_1_1966.pdf&lang=EF), p. 39 (document pdf ; commentaire de l'article 27), § 12.

⁶¹¹ Cf. CDI, *op. cit.*, p. 41 (document pdf), § 17.

⁶¹² Cf. CIJ Avis consultatif 3 mars 1950 *Compétence de l'Assemblée générale par l'admission d'un Etat aux Nations Unies*, Rec. 1950, p. 8 ; CIJ 12 novembre 1991 *Sentence arbitrale du 31 juillet 1989*, Rec. 1991, pp. 69-70, § 48.

⁶¹³ Cf. CIRDI 25 mai 2004 *MTD c/ Chili* (<http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0544.pdf>).

⁶¹⁴ § 112-115.

⁶¹⁵ Cf. P. DAILLIER, M. FORTEAU & A. PELLET, *op. cit.*, p. 284, § 169.

⁶¹⁶ Cf. R. DOLZER & M. STEVENS, *op. cit.*, pp. 20-23.

l'accent est presque toujours mis sur la « nécessaire » instauration d'un climat favorable à l'investissement étranger et le caractère bénéfique de ce genre d'opérations pour l'économie de l'Etat d'accueil⁶¹⁷. Ces déclarations générales, dont on sait qu'elles ne possèdent pas, en soi, de force obligatoire⁶¹⁸, sont cependant susceptibles d'être considérées comme autant d'indications permettant de dégager l'objet et le but du traité en question. Les annexes au traité de même que les accords visés à l'article 31 § 2 a) ont été évoqués dans des développements antérieurs consacrés à l'interprétation authentique. En conséquence, nous nous contenterons, ici, d'un renvoi à ce qui a été dit précédemment. Les instruments visés à l'article 31 § 2 b) correspondent à une situation analogue, en ce sens qu'ils sont établis au moment de la conclusion du traité et finissent par matérialiser un accord de volontés de l'ensemble des parties au traité.

Sont à utiliser en même temps que le contexte, les « accords », « pratiques » et « règles » visés à l'article 31 § 3 de la Convention de Vienne. La pratique ALENA fournit un exemple célèbre d'« accord ultérieur intervenu entre les parties au sujet de l'interprétation du traité », exemple que nous avons, là encore, abordé dans nos développements consacrés à l'interprétation authentique. Les « pratiques » visées à l'article 31 § 3 b) correspondent à une situation analogue à celle que nous venons de décrire. Cela étant, on a du mal à déterminer ce à quoi correspondraient de telles pratiques en matière d'investissements étrangers. Le parallèle a été fait, dans l'affaire *Enron c/ Argentine*, entre la prise en compte, pour les besoins de l'interprétation du traité pertinent, du texte d'autres traités conclus entre d'autres parties qui ont manifesté une intention identique et celle d'une « pratique ultérieurement suivie dans l'application du traité par laquelle est établi l'accord des parties à l'égard de l'interprétation du traité »⁶¹⁹. Nous ne sommes, cependant, pas sûrs que les deux situations soient comparables, ne serait-ce qu'en raison de l'absence de véritable unité de la pratique conventionnelle en matière d'investissements étrangers, absence d'unité qui a nécessairement un impact sur les moyens d'interprétation. L'interprète devra également tenir compte de « toute règle pertinente de droit international applicable dans les relations entre les parties ». Autant dire que le droit international général fera, de toute façon, partie intégrante sinon du droit applicable par un arbitre au règlement d'un différend d'investissement à l'occasion

⁶¹⁷ Cf. R. DOLZER & C. SCHREUER, *op. cit.*, pp. 22-24.

⁶¹⁸ Cf. P. DAILLIER, M. FORTEAU & A. PELLET, *op. cit.*, p. 146, § 73 ; CIJ 2^{ème} phase 18 juillet 1966 *Sud-Ouest Africain*, Rec. 1966, p. 34, § 50.

⁶¹⁹ Cf. CIRDI Compétence 14 janvier 2004 *Enron c/ Argentine* (<http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0290.pdf>) § 47.

duquel il devra interpréter le traité sur le fondement duquel il a été saisi, au moins des éléments dont il doit être tenu compte au moment de l'interprétation⁶²⁰.

Nous avons déjà évoqué le fait que les préambules des traités d'investissement pouvaient fournir des indications pour ce qui est de leur objet et de leur but. Aussi, sont-ils copieusement invoqués par les organes arbitraux saisis de différends d'investissement quand il s'agit d'interpréter le traité pertinent⁶²¹. Un autre élément pris en compte par la jurisprudence arbitrale pour déterminer l'objet et le but des traités est leur titre. On sait, en effet, que les idées de protection et de promotion se retrouvent le plus souvent dans les intitulés de ces traités⁶²². Par exemple, le collège arbitral saisi dans l'affaire *Siemens c/ Argentine* s'était en partie basé sur le titre du traité pertinent pour en déterminer l'objet et le but⁶²³. Il ne faut, cependant, pas exagérer la force probante de ces éléments. Plus précisément, le choix de leur rédaction correspond à des considérations diverses qui n'ont pas toutes à voir avec le besoin de clarifier le contenu des dispositions du traité. Aussi, convient-il, en matière d'investissements étrangers, de ne pas considérer titres et préambules comme les uniques reflets de l'objet et du but des traités et de ne pas en surestimer l'importance dans l'opération intellectuelle que constitue l'interprétation⁶²⁴.

En définitive, les moyens associés à la « règle générale d'interprétation », pris en eux-mêmes, semblent ne pas poser plus de difficultés en matière d'investissements étrangers que dans les autres domaines du droit international. Certes, on entrevoit l'éventualité de difficultés soulevées au moment de déterminer l'objet et le but des traités d'investissement interprétés. Quoi qu'il en soit, à ses premiers moyens d'interprétation peuvent s'ajouter d'autres éléments

⁶²⁰ Cf. A. NEWCOMBE & LL. PARADELL, *op. cit.*, pp. 109-110, § 2.26.

⁶²¹ Cf. R. DOLZER & C. SCHREUER, *op. cit.*, p. 29 ; CNUDCI 3 septembre 2001 *Lauder c/ République tchèque* (<http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0451.pdf>) § 292 ; CIRDI 25 mai 2004 *MTD c/ Chili* (<http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0544.pdf>) § 104 ; CIRDI Compétence 3 août 2004 *Siemens c/ Argentine* (<http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0788.pdf>) § 81 ; CIRDI 12 mai 2005 *CMS c/ Argentine* (<http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0184.pdf>) § 274 ; CIRDI 12 octobre 2005 *Noble Ventures c/ Roumanie* (<http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0565.pdf>) § 52 ; CNUDCI Compétence 19 septembre 2008 *Société Générale c/ République dominicaine* (<http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0798.pdf>) § 31-33 ; CIRDI Responsabilité 30 juillet 2010 *Vivendi c/ Argentine* (<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0826.pdf>) § 214-220.

⁶²² Cf. R. DOLZER & C. SCHREUER, *op. cit.*, pp. 29-30 ; A. NEWCOMBE & LL. PARADELL, *op. cit.*, pp. 113-116, § 2.29.

⁶²³ Cf. CIRDI Compétence 3 août 2004 *Siemens c/ Argentine* (<http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0788.pdf>) § 81.

⁶²⁴ Cf. M. SORNARAJAH, *The International Law on Foreign Investment*, Cambridge, Cambridge University Press, 2^{ème} édition, 2004, xxv+525 p., pp. 218-220.

dont l'utilisation permettra de confirmer ou de corriger l'interprétation menée conformément à l'article 31 de la Convention de Vienne. L'importance de ces moyens complémentaires apparaît de façon d'autant plus nette que le besoin d'interprétation de certaines normes, autour desquels le régime juridique de l'investissement étranger est articulé, est accentué.

B — Moyens complémentaires d'interprétation

Il convient, d'emblée, de préciser que l'utilisation des moyens complémentaires d'interprétation n'est possible que dans deux situations : quand il s'agit de « confirmer le sens résultant de l'application de l'article 31 » ou de « déterminer le sens lorsque l'interprétation donnée conformément à l'article 31 [...] laisse le sens ambigu ou obscur; ou [...] conduit à un résultat qui est manifestement absurde ou déraisonnable »⁶²⁵. C'est, d'ailleurs, à ce titre que l'on peut dire qu'ils interviennent à titre complémentaire. Le tribunal arbitral saisi dans l'affaire *Methanex c/ Etats-Unis* a eu l'occasion de le rappeler, à propos des travaux préparatoires⁶²⁶. De plus, les moyens en question ne sont pas listés de façon exhaustive, l'article 32 n'en donnant que deux exemples, à savoir les travaux préparatoires et les circonstances de conclusion du traité. L'interprète a donc la possibilité de recourir à d'autres moyens d'interprétation, toujours à titre complémentaire, ce qui, en vérité, lui donne une très grande marge de manœuvre⁶²⁷. En effet, la Convention de Vienne ne fournit pas de critères permettant de définir les moyens visés à l'article 32⁶²⁸. Aussi, l'arbitre peut-il, à notre sens, recourir à toute sorte d'éléments de forme ou de fond qu'il jugera plus ou moins pertinents⁶²⁹. Cela étant, les interprètes se satisfont largement des moyens cités dans le texte étudié⁶³⁰.

La notion de circonstances de la conclusion du traité recouvre tous les faits existant à cette époque et qui peuvent en éclairer le sens⁶³¹. L'Organe d'appel de l'OMC a eu l'occasion de juger que ces circonstances doivent être pertinentes, c'est-à-dire permettre de discerner les

⁶²⁵ Cf. Y. LE BOUTHILLIER, *op. cit.*

⁶²⁶ Cf. ALENA CNUDCI 3 août 2005 *Methanex c/ Etats-Unis* (<http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0529.pdf>) Partie II, Chapitre B, § 22.

⁶²⁷ Cf. Y. LE BOUTHILLIER, *op. cit.*, p. 1353, § 21, pp. 1366-1368, § 42-46.

⁶²⁸ *Ibidem*.

⁶²⁹ Notons, de plus, que les règles coutumières reflétées par la CVDT ne sont pas des normes de *jus cogens*, ce qui permet aux parties aux parties à un traité d'opter pour d'autres règles (cf. Y. LE BOUTHILLIER, *op. cit.*, § 1346, § 8).

⁶³⁰ Cf. Y. LE BOUTHILLIER, *op. cit.*, pp. 1353-1365, § 22-41.

⁶³¹ Cf. Y. LE BOUTHILLIER, *op. cit.*, p. 1363, § 39.

intentions communes des parties au moment de la conclusion du traité à interpréter⁶³². Vu sous cet angle, on peut tout à fait imaginer, en matière d'investissements étrangers, que figurent, parmi ces circonstances, des éléments concernant les degrés respectifs de prospérité économique des Etats parties au traité ou les rapports de force qui ont existé au moment de la négociation du traité et qui ont permis de façonner le contenu normatif de ses dispositions conventionnelles. Pour peu qu'ils fassent apparaître un déséquilibre, ces éléments sont de nature à orienter l'interprétation retenue, qui dépendra, alors, de l'objet et du but que seront prêtés au traité.

L'utilisation des travaux préparatoires pour les besoins de l'interprétation est, quant à elle, tributaire de leur accessibilité à l'interprète. Alors que ceux de la Convention de Washington ont été publiés et sont relativement accessibles, les documents retracant la négociation des traités d'investissement eux-mêmes ne sont, en général, pas disponibles⁶³³. À notre sens, cela ne facilite pas, loin s'en faut, la tâche de l'organe compétent, surtout quand il s'agit de corriger une interprétation obtenue en appliquant l'article 31 de la Convention de Vienne. On notera que, dans le cadre de l'ALENA, la Commission du libre-échange a porté les documents en question à la connaissance du public, et ce après que des protestations se soient élevées concernant l'égalité des armes des parties au procès arbitral⁶³⁴.

Au regard de ce qui précède, l'interprète aura, en matière d'investissements étrangers, l'essentiel des outils d'interprétation évoqués dans la Convention de Vienne à sa disposition. La jurisprudence arbitrale ne semble pas manifester le besoin de bouleverser l'approche traditionnelle en la matière, dans la mesure où les arbitres affichent un certain respect des directives des articles 31 & 32. Cela étant, on perçoit que des difficultés peuvent naître du recours à l'objet et au but des traités d'investissement, en tant qu'élément central de la « règle générale d'interprétation ». Plus précisément, la méthode d'interprétation retenue peut largement impacter l'issue du procès arbitral et le recours à l'objet et au but en tant qu'élément déterminant pour l'interprète.

⁶³² Cf. OMC Organe d'appel 12 septembre 2005 *Communautés européennes – classification douanière des morceaux de poulet désossés et congelés*, WT/DS286/AB/R ([https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S006.aspx?Query=\(%40Symbol%3d+wt%2fd%269%2f*\)&Language=FRENCH&Context=FomerScriptedSearch&languageUIChanged=true#](https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S006.aspx?Query=(%40Symbol%3d+wt%2fd%269%2f*)&Language=FRENCH&Context=FomerScriptedSearch&languageUIChanged=true#)), § 287-289 ; Y. LE BOUTHILLIER, *op. cit.*, pp. 1364-1365, § 41.

⁶³³ Cf. R. DOLZER & C. SCHREUER, *op. cit.*, p. 31 ; A. NEWCOMBE & LL. PARADELL, *op. cit.*, p. 113, § 2.28.

⁶³⁴ Cf. R. DOLZER & C. SCHREUER, *op. cit.*, p. 31.

§ 2 — Méthode d'interprétation choisie par l'interprète

Plus que les moyens d'interprétation eux-mêmes, c'est bien leur utilisation par l'interprète, suivant une méthode donnée, qui pèsera sur la solution adoptée. Certains auteurs remarquent que les choix méthodologiques opérés par les arbitres transnationaux ne sont pas aussi faciles à décrypter que peuvent le laisser penser la façon dont ils les annoncent. Ainsi, les Professeurs DOLZER et SCHREUER sont d'avis qu'il y a plutôt lieu de prêter attention à la démarche suivie qu'à celle annoncée, pour peu, bien sûr, que les deux démarches soient différentes l'une de l'autre⁶³⁵. Il est vrai que la « règle générale d'interprétation », telle qu'elle apparaît dans le Convention de Vienne, ne constitue pas plus une méthode d'interprétation qu'elle ne liste les méthodes envisageables⁶³⁶. Elle est plutôt perçue comme un compromis entre trois grandes méthodes que sont l'interprétation textuelle, centrée sur les termes du traité, l'interprétation subjective, axée sur la volonté des parties, et l'interprétation téléologique ou finaliste, prenant en considération le but que les parties sont supposées avoir assigné au traité⁶³⁷. La sentence *AAPL c/ Sri Lanka* propose, quant à elle, un rappel des règles méthodologiques à appliquer en matière d'interprétation des traités :

« *Rule (A) : 'The first general maxim of interpretation is that it is not allowed to interpret what has no need of interpretation. When a deed is worded in a clear and precise terms, when its meaning is evident and leads to no absurd conclusion, there can be no reason for refusing to admit the meaning which such deed naturally presents'* [...]]

Rule (B) : 'In the interpretation of treaties ... we ought not to deviate from the common use of the language unless we have very strong reasons for it (...) words are only designed to express the thoughts; thus the true signification of an expression in common use is the idea which custom has affixed to that expression' [...].

Rule (C) : In cases where the linguistic interpretation of a given text seems inadequate or the wording thereof is ambiguous, there should be recourse to the integral context of the Treaty in order to provide an interpretation that takes into consideration what is normally called: 'le sens général, l'esprit du Traité', or 'son économie générale' [...].

Rule (D) : In addition to the 'integral context', 'object and intent', 'spirit'. 'objectives', 'comprehensive construction of the treaty as a whole', recourse to the rules and principles of

⁶³⁵ Cf. R. DOLZER & C. SCHREUER, *op. cit.*, p. 30.

⁶³⁶ Cf. P. DAILLER, M. FORTEAU & A. PELLET, *op. cit.*, p. 283, § 168.

⁶³⁷ *Ibidem.*

international law has to be considered a necessary factor providing guidance within the process of treaty interpretation [...].

Rule (E) : ‘Nothing is better settled, as a canon of interpretation in all systems of law, than that a clause must be so interpreted as to give it a meaning rather than so as to deprive it of meaning [...]. This is simply an application of the more wider legal principle of ‘effectiveness’ which requires favouring the interpretation that gives to each treaty provision ‘effet utile’.

Rule (F) : ‘When there is need of interpretation of a treaty it is proper to consider stipulations of earlier or later treaties in relation to subjects similar to those treated in the treaty under consideration’[...]. Thus, establishing the practice followed through comparative law survey of all relevant precedents becomes an extremely useful tool to provide an authoritative interpretation. »⁶³⁸

Une fois ces précisions faites, il y a lieu de revenir sur l’objet de la réflexion qui va suivre. Les arbitres saisis dans l’affaire *Plama c/ Bulgarie* ont, en effet, mis en garde contre une surestimation de l’importance de l’objet et du but, en tant que moyens d’interprétation⁶³⁹. Pour autant, des tribunaux arbitraux ont montré une certaine propension à faire de l’objet et du but, tels que reflétés dans les titres et préambules des traités pertinents, un élément central de l’opération d’interprétation, ce qui profite mécaniquement aux investisseurs protégés. Aussi, les partisans de cette approche s’opposent à ceux d’une interprétation restrictive, que d’aucuns supposent plus protectrice de la souveraineté des Etats hôtes. Pour cette raison, nous choisirons de concentrer notre analyse des méthodes d’interprétation sur ce point précis, que nous considérons comme névralgique. En effet, bien que cette présentation des choses soit relativement schématique, on a peu de mal à comprendre l’enjeu du choix, par l’organe compétent, de la méthode d’interprétation : la solution apportée au différend concerné peut varier de façon plus ou moins radicale selon que l’interprétation de la disposition conventionnelle en cause sera axée sur les termes du traité (A) ou sur l’intention qui sera prêtée aux parties à ce même traité (B). Une analyse des tenants et aboutissants s’impose dans les deux cas.

⁶³⁸ Cf. CIRDI 27 juin 1990 *AAPL c/ Sri-Lanka* (<http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita1034.pdf>) § 40.

⁶³⁹ Cf. TCE CIRDI Compétence 8 février 2005 *Plama c/ Bulgarie* (<http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0669.pdf>) § 193.

A — Interprétation axée sur les termes du traité

Nous entamerons ce propos en citant le commentaire du Projet d'articles de 1966 précédemment évoqué. On peut y lire, au sujet du texte qui deviendra l'article 31 de la Convention de Vienne, que :

*« [...] cet article est fondé sur l'opinion selon laquelle il faut présumer que le texte est l'expression authentique de l'intention des parties et que, par suite, le point de départ de l'interprétation est d'élucider le sens du texte et non pas de rechercher ab initio quelles étaient les intentions des parties [...]. »*⁶⁴⁰

Une telle proposition est, immanquablement, à rapprocher de celle, de nos jours incontestable, selon laquelle la faculté pour un Etat de s'engager internationalement, notamment par la conclusion de traités, est un attribut de sa souveraineté⁶⁴¹. Or, en gardant les tenants et aboutissants du contenu normatif des dispositions conventionnelles présents à l'esprit, on se doute bien que les parties aux traités d'investissement, en particulier celles qui ont « vocation » à accueillir les investissements directs étrangers, entendent bien ne pas être juridiquement liées au-delà de ce à quoi elles ont consenti, et ce même en sachant que ce contenu normatif, défini de façon à donner une certaine liberté d'appréciation à l'interprète, apparaît, dans bien des cas, comme lapidaire. Aussi, ces Etats seront-ils plus enclins à défendre une interprétation axée sur les termes même du traité.

Il peut s'agir d'une interprétation textuelle stricto sensu, « consistant à rechercher le sens d'une disposition dans le texte même de l'instrument dont elle fait partie »⁶⁴². Les arbitres saisis dans l'affaire *AAPL* ont rappelé qu'une disposition conventionnelle au sens suffisamment évident n'a pas à faire l'objet d'une interprétation⁶⁴³. On retrouve un parti pris quasiment identique dans la sentence rendue sur la compétence dans l'affaire *Rompetro c/ Roumanie* :

« The Tribunal would in any case have great difficulty in an approach that was tantamount to setting aside the clear language agreed upon by the treaty Parties in favour of a wide-ranging policy discussion. Such an approach could not be reconciled with Article 31 of the

⁶⁴⁰ Cf. CDI, *op. cit.*, p. 39 (document pdf) § 11.

⁶⁴¹ Cf. CPJI 17 août 1923 *Vapeur Wimbledon*, série A, n° 8 (http://www.icj-cij.org/pcij/serie_A/A_01/03_Wimbledon_Arret_08_1923.pdf) p. 21 (document pdf).

⁶⁴² Cf. J. SALMON (dir.), *op. cit.*, entrée « Interprétation textuelle ».

⁶⁴³ Cf. CIRDI 27 juin 1990 *AAPL c/ Sri-Lanka*, § 40 (« Règle A »).

Vienna Convention on the Law of Treaties (which lays down the basic rules universally applied for the interpretation of treaties), according to which the primary element of interpretation is 'the ordinary meaning to be given to the terms of the treaty'. »⁶⁴⁴

De toutes façons, et c'est l'objet de la « Règle B » rappelée dans la sentence *AAPL*, il n'y a pas lieu de s'écartez du sens ordinaire des termes sans raisons sérieuses de le faire. Aucun partisan d'une interprétation simplement textuelle ne peut raisonnablement soutenir que cette méthode sera suffisante en toute hypothèse. Il est, malgré tout, nécessaire d'insister sur le fait que l'analyse des termes du traité est ce qui constitue la base de l'opération d'interprétation. En vérité, ladite opération doit, dans tous les cas, être axée sur les termes du traité.

À supposer, maintenant, que l'interprétation simplement textuelle montre ses limites, comme cela est le plus souvent le cas en matière d'investissements étrangers, en laissant subsister un doute quant au sens d'une disposition conventionnelle, il reste tout de même possible pour l'organe compétent d'axer son interprétation de ladite disposition sur les termes du traité. Il peut, en effet, s'appuyer sur l'adage *in dubio pars mitior est sequenda* (ci-après *in dubio mitius*) et procéder à une interprétation restrictive en « [présumant] que la partie en cause n'a pas accepté de s'engager au-delà de ce qui résulte incontestablement de l'expression de sa volonté »⁶⁴⁵. On retrouve ce principe d'interprétation exprimé dans des arrêts de la Cour Permanente de Justice Internationale. Ainsi, dans l'affaire des *Zones franches de la Haute Savoie et du Pays de Gex*, la Cour a-t-elle jugé que :

« [...] dans le doute, une limitation de la souveraineté doit être interprétée restrictivement [...]. »⁶⁴⁶

On retrouve également ce principe dans la pratique jurisprudentielle récente dans le cadre de l'OMC. L'Organe d'appel de l'OMC a, en particulier, jugé, dans l'affaire des *Mesures communautaires concernant les viandes et les produits carnés*, qu'il ne pouvait pas :

« [...] supposer à la légère que des Etats souverains ont eu l'intention de s'imposer à eux-mêmes une obligation plus lourde les forçant à se conformer à ces normes, directives et recommandations ou à les respecter, plutôt qu'une obligation moins contraignante. [...] »⁶⁴⁷

⁶⁴⁴ CIRDI Compétence 18 avril 2008 *Rompetro c/ Roumanie* (<http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0717.pdf>) § 85.

⁶⁴⁵ Cf. J. SALMON (dir.), *op. cit.*, entrée « Interprétation restrictive ».

⁶⁴⁶ Cf. CPJI 7 juin 1932 *Zones franches de la Haute Savoie et du Pays de Gex*, série A/B, n° 46 (http://www.icj-cij.org/pclf/serie_AB/AB_46/01_Zones_franches_Arret.pdf) p. 144 (document pdf).

Dans deux sentences transnationales très remarquées, rendues respectivement dans les affaires *SGS c/ Pakistan* et *Noble Ventures c/ Roumanie* à propos des clauses de couverture des traités pertinents, le tribunal CIRDI saisi a fait application de cette méthode. On retiendra le passage suivant, issue de la seconde sentence citée :

« [...] *Thus, an umbrella clause, when included in a bilateral investment treaty, introduces an exception to the general separation of States obligations under municipal and under international law. In consequence, as with any other exception to established general rules of law, the identification of a provision as an “umbrella clause” can as a consequence proceed only from a strict, if not indeed restrictive, interpretation of its terms and, more generally, in accordance with the well known customary rules codified under Article 31 of the Vienna Convention of the Law of Treaties [...].* »⁶⁴⁸

L'approche choisie dans ces deux affaires a été critiquée. Il a, notamment, été suggéré que sa conformité à la « règle générale d'interprétation » n'était pas établie⁶⁴⁹. Rien ne permet, cependant, d'avancer de façon catégorique que cette méthode d'interprétation est par définition contraire aux lignes directrices données par l'article 31 de la Convention de Vienne. Il peut très bien, dans le cadre de l'interprétation restrictive, être tenu compte des autres éléments cités dans le texte en question. De plus, rien n'interdit que l'interprétation retenue soit confirmée par le recours à des moyens complémentaires au sens de l'article 32. En revanche, dans l'hypothèse où le résultat obtenu serait insatisfaisant, toujours au sens de l'article 32, il conviendra de dépasser les approches étudiées, dans le but de déterminer l'intention véritable des parties au traité. Cela étant, les termes du traité sont censés rester l'axe de l'interprétation. Aussi, la question se pose-t-elle de savoir « ce qu'il faut penser » des méthodes d'interprétation qui, telles qu'appliquées par les organes compétents, seraient, en dernière analyse, axées sur les intentions prêtées aux parties.

⁶⁴⁷ Cf. OMC Organe d'appel 16 janvier 1998 *Mesures communautaires concernant les viandes et les produits carnés (hormones)*, WT/DS26/AB/R, WT/DS48/AB/R (https://www.wto.org/french/tratop_f/dispu_f/48abr.pdf) p. 85 (document pdf), § 165.

⁶⁴⁸ Cf. CIRDI 12 octobre 2005 *Noble Ventures c/ Roumanie* (<http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0565.pdf>) § 55.

⁶⁴⁹ Cf. R. DOLZER & C. SCHREUER, *op. cit.*, 171.

B — Interprétation axée sur les intentions prêtées aux parties

Il est indéniable que les intentions des parties comptent parmi les éléments centraux de l'opération d'interprétation, ne serait-ce que du fait que les termes du traité, dont il faut élucider le sens, en sont le résultat. Cela étant, la pratique conventionnelle en matière d'investissements étrangers, telle que reflétée dans les dispositifs des traités, fournit peu d'indications sur lesdites intentions. Aussi, l'interprète peut-il rapidement se retrouver contraint de dépasser les seuls termes du traité pertinent, fussent-ils pris dans leur sens ordinaire, et de s'aider d'autres moyens d'interprétation dans le but de trouver, ailleurs que dans le texte même, des indices de la volonté commune des parties contractantes. Il devra, quoi qu'il arrive, le faire si, au sens de l'article 32 de la Convention de Vienne, l'application de la « règle générale d'interprétation » :

- « [...] a) *Laisse le sens ambigu ou obscur; ou*
- b) Conduit à un résultat qui est manifestement absurde ou déraisonnable.* »

Il peut également avoir à le faire avant ce stade et recourir aux autres moyens associés à ladite « règle générale ». Or, la marge de manœuvre qui lui est laissée par le contenu normatif des dispositions conventionnelles s'accompagne du risque qu'il dépasse la volonté commune véritable des parties contractantes.

Les arbitres saisis dans l'affaire *Plama c/ Bulgarie* l'avaient déjà remarqué, en ce qui concerne la prise en compte de l'objet et du but du traité applicable, tels que reflétés dans son titre et son préambule, à des fins d'interprétation de la clause de la Nation la plus favorisée dudit traité :

« The object and purpose of the Bulgaria-Cyprus BIT are: 'the creation of favourable conditions for investments by investors of one Contracting Party in the territory of the other Contracting Party.' (Preamble, see also title which refers to 'mutual encouragement and protection of investments'). [...] Such statements are as such undeniable in their generality, but they are legally insufficient to conclude that the Contracting Parties to the Bulgaria-Cyprus BIT intended to cover by the MFN provision agreements to arbitrate in other treaties to which Bulgaria (and Cyprus for that matter) is a Contracting Party. Here, the Tribunal is mindful of Sir Ian Sinclair's warning of the 'risk that the placing of undue emphasis on the 'object and purpose' of a treaty will encourage teleological methods of interpretation

[which], in some of its more extreme forms, will even deny the relevance of the intentions of the parties. ' »⁶⁵⁰

La réalisation de ce risque nous apparaît d'autant moins souhaitable que titres et préambules, en plus de ne rien avoir de véritablement contraignant au plan juridique, sont, comme nous l'avons vu supra, rédigés en fonction de considérations diverses qui, pour certaines, sont étrangères à tout souci de clarifier le sens des dispositions conventionnelles. Aussi, axer l'interprétation d'une disposition sur l'objet et le but, seulement tels qu'ils sont reflétés à ces deux endroits, peut amener l'organe compétent à s'éloigner de son sens véritable. On ne peut, certes, nier que les traités d'investissement sont, dans une certaine mesure, voulus comme des instruments d'encadrement, de promotion et de protection juridique des investissements étrangers. On ne peut davantage donner aux préambules de ces traités un impact de nature à systématiquement orienter l'interprétation des dispositions conventionnelles dans le sens des intérêts de l'investisseur étranger. On pourrait même, non sans quelque malice, imaginer qu'une telle logique poussée à l'extrême puisse déboucher sur un résultat manifestement absurde ou déraisonnable au sens de l'article 32 de la Convention de Vienne. Il y a lieu, en la matière, de rechercher une approche équilibrée.

Quoi qu'il en soit, beaucoup de sentences transnationales reprennent l'approche décrite⁶⁵¹. Ainsi, dans l'affaire *Ronald Lauder c/ République tchèque*, le tribunal saisi partira de l'objet et du but du traité, tels qu'ils apparaissent dans son préambule, pour interpréter la clause de traitement juste et équitable :

« Article II(2)(a) of the Treaty sets forth that 'i]nvestments shall at all times be accorded fair and equitable treatments, (...)' . As with any treaty, the Treaty shall be interpreted by reference to its object and purpose, as well as by the circumstances of its conclusion (Vienna Convention on the Law of Treaties, Articles 31 and 32). The preamble of the Treaty states that the Parties agree 'that fair and equitable treatment of investment is desirable in order to

⁶⁵⁰ Cf. TCE CIRDI Compétence 8 février 2005 *Plama c/ Bulgarie* (<http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0669.pdf>) § 193.

⁶⁵¹ Cf., notamment, CNUDCI Sentence finale 3 septembre 2001 *Ronald Lauder c/ République tchèque* (<http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0451.pdf>) § 292 ; CIRDI 25 mai 2004 *MTD c/ Chili* (<http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0544.pdf>) § 104-105 ; CIRDI Compétence 3 août 2004 *Siemens c/ Argentine* (<http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0788.pdf>) § 80-81 ; CIRDI 12 mai 2005 *CMS c/ Argentine* (<http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0184.pdf>) § 274 ; CIRDI 12 octobre 2005 *Noble Ventures c/ Roumanie* (<http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0565.pdf>) § 52.

maintain a stable framework for investment and maximum effective utilization of economic resources'. [...] »⁶⁵²

On remarquera, au passage, que la notion de traitement juste et équitable figure dans le préambule du traité pertinent et est, notamment, associée à l'idée de maintien d'un environnement stable pour l'investissement. Ce genre d'associations peut, dans l'absolu, contribuer à éclairer l'interprète sur le sens de la clause de traitement juste et équitable, sans, pour autant, que cette contribution soit véritablement décisive.

Le tribunal CIRDI saisi dans l'affaire *Siemens c/ Argentine* se base, quant à lui, sur les titre et préambule du traité applicable, pour argumenter comme suit :

« [...] It is a treaty 'to protect' and 'to promote' investments. The preamble provides that the parties have agreed to the provisions of the Treaty for the purpose of creating favorable conditions for the investments of nationals or companies of one of the two States in the territory of the other State. Both parties recognize that the promotion and protection of these investments by a treaty may stimulate private economic initiative and increase the well-being of the peoples of both countries. The intention of the parties is clear. It is to create favorable conditions for investments and to stimulate private initiative. »⁶⁵³

Une autre méthode d'interprétation va encore plus loin que celle basée sur l'objet et le but du traité. Il s'agit de celle basée sur la règle dite de « l'effet utile »⁶⁵⁴. En vertu de cette règle, qui doit être rapprochée de l'adage *ut res magis valeat quam pereat*⁶⁵⁵, l'interprète doit supposer que les parties au traité ont élaboré la disposition à interpréter afin qu'elle s'applique et procéder de façon à ce qu'elle reçoive une application effective⁶⁵⁶. Cette méthode d'interprétation est liée à celle décrite précédemment, dans la mesure où la jurisprudence classique subordonne son utilisation à la compatibilité du résultat avec l'objet et le but du traité⁶⁵⁷. Elle comporte le même risque que la méthode précédente, en ce sens que l'interprète peut être amené à se faire sa propre idée de l'application efficace de la disposition à interpréter et, par extension, de sa finalité. Et, là encore, le résultat de ce type d'interprétation

⁶⁵² Cf. CNUDCI Sentence finale *Ronald Lauder c/ République tchèque* § 292.

⁶⁵³ Cf. CIRDI Compétence *Siemens c/ Argentine* § 81.

⁶⁵⁴ Cf. J. SALMON (dir.), *op. cit.*, entrée « Effet utile ».

⁶⁵⁵ Cf. J.-M. SOREL, *op. cit.*, p. 1326, § 52.

⁶⁵⁶ Cf. A. NEWCOMBE & LL. PARADELL, *op. cit.*, pp. 114-115, § 2.29.

⁶⁵⁷ Cf. P. DAILLIER, M. FORTEAU & A. PELLET, *op. cit.*, pp. 288-289, § 169 ; CPJI Compétence 26 juillet 1927 *Usine de Chorzów*, Série A, n° 9 (http://www.icj-cij.org/pcji/serie_A/A_09/28_Usine_de_Chorzow_Competence_Arret.pdf) p. 42 (document pdf).

penche mécaniquement en faveur de l'investisseur étranger, ce que n'a pas manqué de souligner le tribunal saisi dans l'affaire *SGS c/ Philippines*, voyant là quelque chose de tout à fait légitime⁶⁵⁸. En cela, il s'agit de l'exact opposé de l'interprétation restrictive, bon nombre de tribunaux arbitraux ayant eu à manifester leur préférence pour l'une au détriment de l'autre⁶⁵⁹.

La sentence partielle rendue dans l'affaire *Eureko c/ Pologne* fournit une très bonne illustration de la méthode étudiée. Devant interpréter une clause de couverture, le tribunal arbitral procède de la façon suivante :

« [...] *The context of Article 3.5 is a Treaty whose object and purpose is 'the encouragement and reciprocal protection of investment', a treaty which contains specific provisions designed to accomplish that end, of which Article 3.5 is one. It is a cardinal rule of the interpretation of treaties that each and every operative clause of a treaty is to be interpreted as meaningful rather than meaningless. [...]* »⁶⁶⁰

En vérité, quel que soit le choix méthodologique opéré par l'interprète, ce dernier est à la fois bénéficiaire et victime du besoin d'interprétation volontairement entretenue par les parties au traité quant au sens exact des dispositions concernant le traitement et la protection des investissements étrangers. Au vu des implications monumentales que peuvent avoir les dispositions en question sur l'exercice par un Etat d'accueil de ses compétences souveraines en matière économique, nous devons admettre que l'interprétation restrictive peut parfois s'avérer d'autant plus difficile à défendre que l'Etat en question n'aura pas pesé sur certains « détails » rédactionnels de nature à alimenter la prétention opposée. Cela étant concédé, nous persistons à penser que le fait pour l'organe compétent d'axer l'interprétation sur les « détails » en question peut revenir, si cette logique est poussée à l'extrême, à aller au-delà des véritables engagements des Etats parties, ce qui, en soi, n'est pas acceptable.

⁶⁵⁸ Cf. CIRDI Compétence *SGS c/ Philippines* § 116.

⁶⁵⁹ Cf. R. DOLZER & C. SCHREUER, op. cit., p. 30.

⁶⁶⁰ Cf. Sentence partielle 19 août 2005 *Eureko c/ Pologne* (http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0308_0.pdf) § 248.

Conclusion du Chapitre IV :

En tant qu'opération intellectuelle permettant de déterminer le contenu normatif des dispositions conventionnelles en matière de traitement et de protection, l'interprétation est au centre des enjeux qui caractérisent ce domaine du droit international. La souveraineté des Etats impliqués dans la relation d'investissement couverte par le traité pertinent faisant partie des enjeux en question, il est admis et acquis que les parties à celui-ci ont une compétence de principe pour ce qui est de son interprétation. Ainsi, la pratique internationale en matière d'investissements contient des exemples notables d'interprétations unilatérales dont le caractère décisif, loin d'être nié, n'est pas pourtant pas à surestimer, l'intérêt de ce type d'interprétations tenant à la force probante qui peut être la leur quand elles ne pâtissent pas du soupçon d'être émises pour influer l'issue d'un procès arbitral pendant. La pratique internationale dans la matière étudiée contient également des exemples d'aménagement du recours à l'interprétation authentique dont l'un, dans le cadre de l'ALENA, a copieusement attiré l'attention. Si l'interprétation authentique est la plus décisive de celles pouvant être émises par ou au nom de parties au traité, il est clair qu'elle n'est pas souvent rencontrée en pratique.

En effet, dans le domaine étudié, la compétence d'interprétation fait l'objet, de façon quasi-systématique d'une dévolution à un tiers, et ce par le biais des fameux dispositifs conventionnels de règlement des différends contenus dans les traités d'investissement. Le principal problème susceptible de se poser en pareille hypothèse découle du caractère triangulaire des relations couvertes, les différends transnationaux faisant l'objet d'une clause compromissoire générale alors que les différends strictement interétatiques font l'objet d'une clause compromissoire spéciale. Ainsi, le risque existe qu'une disposition donnée se retrouvant, dans une situation donnée, au centre à la fois d'un différend d'investissement et d'un différend interétatique pourrait recevoir deux interprétations différentes. Aussi, l'idée de la dévolution d'une compétence d'interprétations à des fins d'uniformisation de la jurisprudence a-t-elle pu être avancée. Cela étant, les particularités de cette matière font qu'elle n'a pas pu s'imposer à l'échelle globale : elle n'est praticable, comme nous l'avons vu *supra* que dans quelques réseaux conventionnels et n'a pas été retenue dans le cadre du CIRDI.

Pour ce qui est des règles méthodologiques censées guider la démarche de l'interprète de dispositions telles qui sont étudiées, il est également nécessaire de garder les enjeux soulevés par la détermination de leurs contenus normatifs à l'esprit. Ainsi, quand on s'intéresse aux

moyens d'interprétation tels qu'ils sont utilisés dans la pratique arbitrale en matière d'investissements, qu'il s'agisse de ceux correspondant à la « règle générale » ou de ceux qualifiés de « complémentaires » par le droit coutumier, on peut constater que, même si les tribunaux arbitraux invoquent le plus souvent les solutions classiques, l'importance que beaucoup de tribunaux peuvent accorder l'objet et au but des traités applicables, tels que perçus à la lecture des préambules, peut orienter l'interprétation dans un sens exagérément favorable à l'investisseur. On peut aboutir à une conclusion analogue quand cette même réflexion est menée sous l'angle de la méthode susceptible d'être choisie par l'interprète : le risque existe que l'interprétation soit basée des intentions prêtées aux parties et extrapolées au-delà des termes du traité.

Conclusion du Titre II de la Première Partie :

Le contenu des obligations internationales de l'Etat d'accueil d'un investissement étranger est essentiellement déterminé à partir des dispositions conventionnelles régissant le traitement et la protection dudit investissement, ce qui suppose que les dispositions concernées fassent l'objet d'une interprétation. Quand on s'intéresse dans l'absolu à ces dernières, on constate qu'il est possible de distinguer les dispositions amplifiant le besoin d'interprétation de celles qui le limitent. Celles du second type, qu'elles concernent le traitement ou la protection de l'investissement, peuvent être présentées comme étant des règles conventionnelles alors que celles du premier type sont ce qu'on appelle des standards conventionnels, les règles étant censées s'articuler autour des standards, dont elles combinent les lacunes. Ainsi, le caractère relativement plus précis du contenu normatif des dispositions conventionnelles telles que les clauses de traitement national, de traitement de la Nation la plus favorisée ou celles concernant les mesures de dépossession leur permet d'être perçues comme nécessitant un travail d'interprétation moindre par rapport à celui qu'impliquent respectivement les standards de traitement juste et équitable et de pleines et entières protection et sécurité. La parenté de ces derniers avec les standards coutumiers est plus évidente en matière de protection qu'en matière de traitement, le standard de pleines et entières protection et sécurité s'identifiant à celui de *due diligence* alors que celui de traitement juste et équitable a d'emblée développé une autonomie par rapport au droit international général en matière de condition des personnes et des biens étrangers.

Ce qui précède rend l'interprétation capitale pour ce qui est de la détermination du contenu des obligations internationales de l'Etat d'accueil. S'il existe dans la pratique en matière d'investissements étrangers, des hypothèses notables dans lesquelles une interprétation authentique est possible, la compétence d'interprétation est habituellement dévolue à un tiers exerçant une fonction juridictionnelle, et ce à des fins de règlement des différends, le tout sans que l'uniformité des interprétations soit garantie en pratique. L'application des règles méthodologiques régissant l'interprétation par les tiers compétents soulève d'autres enjeux, le risque étant à signaler d'une interprétation s'éloignant de la volonté véritable des parties au traité pertinent. En particulier, une exagération de l'importance de l'objet et du but du traité pertinent, tels qu'habituellement formulés, en pratique, dans les préambules, en tant qu'éléments de la « règle générale d'interprétation » est de nature à orienter mécaniquement cette opération intellectuelle dans un sens perçu comme favorable à l'investisseur partie au procès arbitral. De même, une interprétation extrapolant l'intention des parties au-delà des termes du traité nuirait à la qualité de la démarche de l'interprète.

Conclusion de la Première Partie :

L'identification des obligations internationales de l'Etat d'accueil d'un investissement étranger est une précaution à prendre au vu des particularités que peut présenter, dans l'ordre juridique international, la relation entre ledit Etat et l'investisseur personne privée. Il est, en effet, nécessaire de mener un recensement des sources formelles des obligations en question, et ce de façon à pouvoir les distinguer de celles qui ne sont pas à proprement parler internationales. De plus, les obligations étudiées étant essentiellement étant issues de la pratique conventionnelle et, plus précisément des dispositions matérielles régissant le traitement et la protection de l'investissement étranger, il convient de déterminer le contenu normatif de ces dernières.

Les principaux enseignements pouvant être tirés de l'opération de recensement évoquée sont de deux ordres. En opérant le recensement évoqué, on s'aperçoit que les obligations internationales de l'Etat d'accueil, quand elles sont formées par le biais de sources « traditionnelles » de droit international, sont essentiellement d'origine conventionnelle. S'il existe bien un droit coutumier de la condition des personnes et des biens étrangers dont certaines règles obligent l'Etat d'accueil de l'investissement étranger en tant que tel, il n'existe à proprement parler de droit coutumier de l'investissement étranger. En revanche, il existe un maillage de traités contenant des dispositions matérielles régissant le traitement et la protection de l'investissement, encore que de tels traités ne se conçoivent que dans des relations bilatérales ou plurilatérales. Quand on envisage la formation d'obligations internationales par un autre biais, celui de l'« internationalisation » du régime juridique de l'investissement concerné, on en arrive à la conclusion qu'un tel phénomène n'est censé intervenir qu'à la faveur de facteurs extrinsèques, eux-mêmes constitués par des dispositions produisant un tel effet, à commencer par la fameuse *umbrella clause*.

En s'intéressant à la détermination du contenu des obligations internationales de l'Etat d'accueil, on est d'emblée amené à distinguer, parmi les dispositions conventionnelles régissant le traitement et la protection de l'investissement étranger, celles qui limitent le besoin d'interprétation de celles qui amplifient ce dernier. Ces dernières, qui contiennent les standards conventionnels que sont les clauses de traitement juste et équitable et de protection et sécurité pleines et entières, sont les noyaux autour desquels sont censés s'articuler les premières et c'est à l'interprète que reviendra le rôle crucial d'en dégager le contenu. Ce dernier tire habituellement sa compétence des dispositifs conventionnels de règlement des différends. Dans le contexte particulier des différends transnationaux, l'application par

l’interprète des règles méthodologiques d’interprétation revêt une importance cruciale, elle-aussi, dans la mesure où, en plus de contribuer à étoffer le contenu normatif des dispositions conventionnelles interprétées, il pourra, en fonction de la prééminence donnée à tel ou tel moyen d’interprétation, aller au-delà de ce qu’a été la volonté initiale des parties au traité pertinent. Ce qui précède ne sera pas sans conséquence quant à la sanction, envisagée dans l’absolu, de l’inobservation, par l’Etat d’accueil, de ses obligations internationales.

Deuxième Partie

SANCTION DE L'INOBSERVATION PAR L'ÉTAT D'ACCUEIL DE SES OBLIGATIONS INTERNATIONALES

La seconde série de questions susceptibles de se poser dans le cadre de cette étude concerne la sanction de l'inobservation par l'Etat d'accueil des obligations internationales primaires évoquées *supra*. Cette série de questions concerne, en effet, des normes secondaires, au sens où H. L. A. HART entendait cette notion. Il est, certes, vrai qu'au moment où il s'est agi pour nous d'aborder les problèmes liés à l'identification des obligations internationales primaires de l'Etat d'accueil, il s'est avéré nécessaire de faire intervenir, dans notre analyse, des considérations concernant des normes que l'on peut qualifier de « procédurales » et que le dernier auteur cité désigne comme étant les « règles de changement », celles qui établissent comment des normes primaires peuvent, au sein d'un ordre juridique donné, être créées ou modifiées. Pour autant, les développements à suivre concerteront des normes secondaires liées à la sanction des obligations primaires par lesquelles l'Etat d'accueil seraient tenu en matière d'investissements étrangers, normes parmi lesquelles la Commission du droit international compte celles relatives aux conséquences juridiques d'un manquement de l'Etat à ses obligations primaires, à savoir celles relatives à sa responsabilité internationale.

Ces normes secondaires que sont celles régissant la responsabilité internationale de l'Etat pour fait internationalement illicite revêtent une importance particulière en matière d'investissements étrangers. À partir de quel moment peut-on parler d'illicéité, au regard du droit international, du comportement de l'Etat d'accueil de l'investissement protégé ? Quelles sont les conséquences juridiques de ladite illicéité ? Quelles sont, en pareille hypothèse, les modalités de la mise en œuvre de la responsabilité internationale de l'Etat ? Chacune de ces trois interrogations a amené, comme le reflètent en particulier les pratiques conventionnelle et arbitrale récentes, son lot de difficultés juridiques et de controverses, même si on peut tout à fait considérer que lesdites controverses sont moins virulentes que certaines de celles qui ont pu exister en matière de biens étrangers.

Ainsi, la jurisprudence arbitrale récente a illustré le fait que le déclenchement de la responsabilité internationale de l'Etat d'accueil est de nature à soulever un certain type de problématiques. De même, l'obligation de réparer, en tant que conséquence juridique de la responsabilité internationale de l'Etat étudié, constitue, en pratique, un enjeu non négligeable. Enfin, l'invocation de la responsabilité internationale dudit Etat présente des spécificités telles qu'elles contribuent à ce qu'il soit nécessaire d'y voir une évolution notable par rapport à ce que prévoit le droit commun coutumier en matière de mise en œuvre de la responsabilité

internationale de l'Etat. Il conviendra alors de s'intéresser à l'engagement de la responsabilité internationale de l'Etat d'accueil (Titre I) de même qu'au contenu et à la mise en œuvre de cette dernière (Titre II).

Titre I

ENGAGEMENT DE LA RESPONSABILITÉ INTERNATIONALE DE L'ÉTAT D'ACCUEIL

Un premier problème lié à la sanction des obligations internationales de l'Etat d'accueil d'un investissement étranger est celui de l'engagement de sa responsabilité internationale. La récente codification menée par la Commission du droit international des Nations Unies sur la question de la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite nous fournit un angle d'approche. Il convient ainsi de s'interroger sur le fait internationalement illicite de l'Etat d'accueil d'un investissement en tant que fait générateur de sa responsabilité internationale (Chapitre V) de même que quant aux circonstances pouvant exclure l'illicéité internationale du comportement dudit Etat (Chapitre VI).

Chapitre V

Fait générateur de la responsabilité internationale de l'Etat d'accueil

Le point de départ d'un tel propos est évident. Selon le droit coutumier, tel que reflété par le projet d'articles de la CDI consacré à la responsabilité pour fait internationalement illicite⁶⁶¹ :

« [...] *Tout fait internationalement illicite de l'Etat engage sa responsabilité internationale.* »⁶⁶²

Qu'est-ce qu'un fait internationalement illicite ? La réponse du droit coutumier, tel que formulé dans l'article 2 du projet d'articles est la suivante :

« [...] *Il y a fait internationalement illicite de l'Etat lorsqu'un comportement consistant en une action ou une omission :*

a) Est attribuable à l'Etat en vertu du droit international ; et

b) Constitue une violation d'une obligation internationale de l'Etat. »⁶⁶³

Nous ne nous étendrons pas sur la question de savoir en quoi une telle approche tranche avec des conceptions antérieures du mécanisme d'engagement de la responsabilité⁶⁶⁴. Nous verrons, en revanche, que, si la pratique jurisprudentielle internationale en matière d'investissements étrangers reste globalement fidèle aux solutions proposées par cette codification, établir l'existence d'un fait internationalement illicite de l'Etat d'accueil d'un investissement protégé implique de prendre en compte les spécificités du domaine étudié ainsi que de garder présentes à l'esprit les problématiques exposées dans les développements

⁶⁶¹ Cf. CDI, « Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa cinquante-troisième session (23 avril - 1^{er} juin et 2 juillet - 10 août 2001) », Document A/56/10, Annuaire CDI 2001, pp. 20-154 ; « Projet d'articles sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite et commentaires y relatifs » (http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/french/commentaries/9_6_2001.pdf) ; J. CRAWFORD, *Les articles de la C.D.I. sur la responsabilité de l'Etat – Introduction, texte et commentaires*, Paris, Pedone, 2003, xvi+462 p.. Prenons le temps de préciser que, si ce projet d'articles n'a pas débouché sur l'adoption d'un traité dans le cadre de l'ONU, son contenu est largement considéré, en particulier par la jurisprudence internationale, comme reflétant le droit coutumier la matière (cf. Cf. P. DAILLIER, M. FORTEAU & A. PELLET, *Droit international public*, Paris, LGDJ, 8^{ème} édition, 2009, 1709 p., pp. 852-911, § 470-497).

⁶⁶² Cf. CDI, « Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa cinquante-troisième session », *op. cit.*, pp. 33-35 ; « Projet d'articles sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite et commentaires y relatifs », *op. cit.*, pp. 6-11 (document pdf) ; J. CRAWFORD, *op. cit.*, pp. 93-97.

⁶⁶³ Cf. CDI, « Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa cinquante-troisième session », *op. cit.*, pp. 35-37 ; « Projet d'articles sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite et commentaires y relatifs », *op. cit.*, pp. 11-18 (document pdf) ; J. CRAWFORD, *op. cit.*, pp. 98-103.

⁶⁶⁴ Cf., notamment, J. CRAWFORD, *op. cit.*, pp. 1-71.

précédents. Rappelons, pour l'heure, les propositions que nous comptons développer. Le fait générateur de responsabilité internationale de l'Etat d'accueil de l'investissement, en tant qu'Etat d'accueil de l'investissement, restant le fait internationalement illicite, dont la qualification n'est pas affectée par le droit interne dudit Etat⁶⁶⁵ et relève du droit international, le fait internationalement illicite de l'Etat d'accueil reste un comportement à la fois attribuable à l'Etat d'accueil en vertu droit international (Section 1) et constituant un violation d'une obligation internationale (Section 2).

Section 1 — Comportement attribuable à l'Etat d'accueil en vertu du droit international

Pour que la responsabilité internationale de l'Etat d'accueil soit déclenchée par un comportement dénoncé par un investisseur, il faut d'abord que ledit comportement soit attribuable à l'Etat en question. C'est, en tout cas, ce que prévoit le droit coutumier tel que reflété par l'article 2 du projet d'articles⁶⁶⁶. Il convient de brièvement rappeler ce que recouvre le concept d'attribution. Nous partirons, pour ce faire, de la définition donnée dans le Dictionnaire SALMON :

*« Pour ce qui concerne la responsabilité internationale, rattachement à un sujet de droit international des actions ou des omissions des individus ou organes se trouvant sous son autorité ou agissant pour son compte. [...] »*⁶⁶⁷

Autant dire qu'attribuer, à des fins d'établissement de sa responsabilité dans l'ordre juridique international, un comportement à un Etat, en tant que sujet de droit international, revient à établir que ce comportement est bien celui dudit Etat. Or, particulièrement dans l'hypothèse qui nous intéresse, à savoir celle impliquant un Etat exerçant sa compétence territoriale sur un investisseur ou un investissement protégé par un traité d'investissement,

⁶⁶⁵ C'est, en tous cas, ce que reflète l'article 3 du projet d'articles (cf. CDI, « Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa cinquante-troisième session », *op. cit.*, pp. 37-39 ; « Projet d'articles sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite et commentaires y relatifs », *op. cit.*, pp. 18-24 [document pdf] ; J. CRAWFORD, *op. cit.*, pp. 103-108). Notons également, toujours pour ce qui est de la qualification du fait internationalement illicite, n'est, en toute logique, pas plus affectée par des qualifications venant d'autres droits internes.

⁶⁶⁶ Cf. CDI, « Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa cinquante-troisième session », *op. cit.*, pp. 35-37 ; « Projet d'articles sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite et commentaires y relatifs », *op. cit.*, pp. 11-18 (document pdf) ; J. CRAWFORD, *op. cit.*, pp. 98-103.

⁶⁶⁷ Cf. J. SALMON (dir.), *Dictionnaire de droit international public*, Bruxelles, Bruylants/AUF, 2001, xli+1198 p., entrée « Attribution ».

l'Etat concerné agit en tant que souverain dans son propre ordre juridique interne. Cette action, dans cet ordre juridique, est déployée selon diverses modalités, l'important étant qu'il s'agisse véritablement de l'action de l'Etat en tant que souverain. L'exercice de la souveraineté dans un tel contexte suppose la mise en œuvre des prérogatives correspondantes. On peut même s'avancer et dire que dès que l'on reconnaît la « Main de l'Etat » dans un comportement donné, quel qu'en soit l'auteur, on peut attribuer ledit comportement à l'Etat en question.

Qu'est-ce à dire ? Le droit coutumier de la responsabilité de l'Etat, tel que reflété par le projet d'articles, voit la « Main de l'Etat » dans les comportements impliquant l'exercice de prérogatives étatiques (§ 1). Cela est tout aussi vrai quand il s'agit de comportements d'organes de l'Etat que quand il s'agit ceux d'entités habilitées à exercer des prérogatives de puissance publique. Le droit coutumier de la responsabilité de l'Etat voit également la « Main de l'Etat » dans les comportements qui, n'étant pas de ceux précédemment évoqués, supposent tout de même l'existence d'une impulsion ou d'une approbation étatiques (§ 2), et ce que qu'il y ait eu « instruction », « direction » ou « contrôle » de sa part ou qu'il ait reconnu ou adopté lesdits comportements. Si la pratique en matière d'investissements, en particulier la pratique arbitrale, contient un certain nombre d'illustrations du premier groupe de cas de figures, le second groupe est moins fréquemment illustré.

§ 1 — Comportements impliquant l'exercice de prérogatives étatiques

Il va de soi que, dans la logique suivie par la CDI, les comportements les plus susceptibles d'être attribués à l'Etat dont la responsabilité internationale est recherchée sont ceux impliquant l'exercice de prérogatives étatiques⁶⁶⁸. En effet, c'est par le biais de l'exercice desdites prérogatives que l'Etat exerce ses compétences souveraines et, parmi celles-ci, sa compétence territoriale. C'est donc par ce même biais qu'il est le plus susceptible de violer une obligation internationale. Les comportements correspondants sont, en vérité, ceux qu'il est le plus facile de « rattacher » à l'Etat en question. Quels sont-ils ? L'article 4 du projet CDI codifie le principe selon lequel le comportement d'un organe de l'Etat est un comportement de l'Etat lui-même au regard du droit international. C'est d'autant plus

⁶⁶⁸ Ici, nous employons l'expression « prérogatives étatiques » dans un sens large : il s'agit ici autant des prérogatives du souverain, exercées par le biais d'organes, que de celles que ce dernier peut transférer à des entités distinctes et subordonnées par le biais d'une habilitation juridique ; Cf. J. SALMON (dir.), *Dictionnaire de droit international public*, entrée « Prérogatives de la puissance publique ».

compréhensible que les prérogatives étatiques sont, en principe et principalement, mises en œuvre par les organes en question. Cela étant, l'Etat a également la possibilité de confier l'exercice desdites prérogatives à des entités distinctes de ses organes. Le comportement de ces entités, en ce qu'elles exercent les prérogatives en question, est lui aussi considéré, au regard du droit coutumier tel que codifié dans l'article 5 du projet CDI, comme un comportement de l'Etat, qui en est le titulaire initial⁶⁶⁹.

Certaines implications de ces règles coutumières en matière d'investissements étrangers sont à préciser. En effet, tous les comportements de tous les organes de l'Etat d'accueil, au sens de l'article 4, seront, en principe, considérés comme des faits de ce dernier, ce qui rendra la contestation de l'attribution beaucoup plus difficile, voire, dans certains cas, impossible. Cela est, en partie, dû au fait que, l'investisseur et l'investissement étant soumis à la compétence territoriale de l'Etat en question, tous les aspects de l'activité de ce dernier agissant en tant que souverain sont susceptibles, sinon d'avoir sur eux un impact, au moins d'entrer « en contact » avec eux. Dans le même ordre d'idées, il sera difficile pour l'Etat de territorialité d'un investissement de contester le fait que le comportement d'une entité exerçant des prérogatives de puissance publique lui soit attribué. Il est d'ailleurs habituel que les Etats confient, dans ce domaine, ce genre de prérogatives à ce genre d'entités, ce qui n'enlève rien à la difficulté évoquée.

Pour autant, il est dans l'intérêt d'un Etat défendeur à un procès visant à trancher un différend d'investissement d'exploiter le moindre élément qui pourrait faire échec à l'attribution dans les deux hypothèses qui vont nous occuper. Aussi nous paraît-il nécessaire de s'attarder sur l'application concrète de cette règle générale en matière d'investissement. Cela nous donnera l'occasion de constater que, même si des prérogatives étatiques sont mises en œuvre dans les deux hypothèses, les difficultés juridiques ne sont pas les mêmes selon qu'il s'agit d'attribuer à l'Etat d'accueil d'un investissement le comportement de ses propres organes (A) ou celui d'entités qu'il a habilité à exercer des prérogatives de puissance publique (B).

⁶⁶⁹ Cf., par exemple, CIRDI *Jan de Nul & Dredging International*, § 155 au sujet de la Suez Canal Authority.

A — Comportements des organes de l'Etat d'accueil

L'article 4 du projet de la CDI, consacré au comportement des organes de l'Etat, sera le point de départ de ce propos. Il est ainsi rédigé :

« 1. Le comportement de tout organe de l'État est considéré comme un fait de l'État d'après le droit international, que cet organe exerce des fonctions législative, exécutive, judiciaire ou autres, quelle que soit la position qu'il occupe dans l'organisation de l'État, et quelle que soit sa nature en tant qu'organe du gouvernement central ou d'une collectivité territoriale de l'État.

2. Un organe comprend toute personne ou entité qui a ce statut d'après le droit interne de l'État. »⁶⁷⁰

On ne trouve pas, dans cette codification, de définition précise de la notion d'organe au sens où l'entend la CDI⁶⁷¹. Tout au plus sait-on, à la lecture de ce texte, que le droit interne d'un Etat peut aider à identifier l'un de ses organes, en particulier quand il est explicite ou précis sur ce point⁶⁷². Cela étant, l'attribution du comportement à l'Etat en question, en tant qu'opération intellectuelle, est menée en vertu du droit international⁶⁷³, ce qui nous ramène, plus ou moins, à la question de départ. Le commentaire du projet y apporte quelques éléments de réponse : serait un organe de l'Etat toute personne ou entité entrant dans l'organisation de

⁶⁷⁰ Cf. CDI, *op. cit.*, pp. 41-44 ; « Projet d'articles sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite et commentaires y relatifs », *op. cit.*, pp. 28-37 (document pdf) ; J. CRAWFORD, *Les articles de la C.D.I. sur la responsabilité de l'Etat – Introduction, texte et commentaires*, *op. cit.*, pp. 112-119.

⁶⁷¹ Le commentaire de ce texte indique, en effet, que l'expression « organe de l'Etat » doit être entendue « dans son acceptation la plus large » (cf. Commentaire de l'article 4, § 6) ; cf. également K. HOBÉR, « State Responsibility And Attribution » in P. MUCHLINSKI, F. ORTINO & C. SCHREUER (dir.), *The Oxford Handbook of International Investment Law*, Oxford University Press, 2008, lxv+1282 p., pp. 549-583, p. 555.

⁶⁷² Art. 4 § 2 Projet d'articles (cf. également Commentaire § 11) ; Cf., notamment, CIRDI 6 novembre 2008 *Jan de Nul & Dredging International* (<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0440.pdf>) § 160-161 où le tribunal saisi se réfère au droit interne de l'Etat défendeur pour déterminer si l'Agence en charge du Canal de Suez (*Suez Canal Authority*) avait ou non la qualité d'organe de l'Etat égyptien et CIRDI 12 novembre 2008 *LESI SpA. & ASTALDI SpA. c/ Algérie* (<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0457.pdf>) § 105 où le tribunal arbitral saisi écarte la qualité d'organe de l'Etat, au sens de l'article 4 du projet d'articles, de l'Agence nationale des barrages (cf. F. LATTY, « Arbitrage transnational et droit international général (2008) », *op. cit.*, p. 486, qui souligne, dans ces deux cas, que la démarche n'a pas été approfondie) ; Notons que des entités bénéficiant d'un relatif degré d'autonomie par rapport au gouvernement *lato sensu* ont récemment pu se voir qualifier d'« organe de l'Etat » par des tribunaux arbitraux (cf., par exemple, CIRDI 31 octobre 2012 *Deutsche Bank c/ Sri Lanka* [<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw1272.pdf>] § 402, en ce qui concerne la Banque centrale du Sri Lanka ; CIRDI Compétence, droit applicable et responsabilité 30 novembre 2012 *Electrabel c/ Hongrie* [<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw1071clean.pdf>] § 7.62, pour ce qui est de l'Autorité nationale de régulation de l'énergie ; cf. A. DE NANTEUIL, *op. cit.*, 2^{nde} édition, § 453, pp. 218-219 ; P. JACOB & F. LATTY, « Arbitrage transnational et droit international général [2012], AFDI 2012, pp. 605-652, pp. 629-630).

⁶⁷³ Cf. J. SALMON (dir.), *op. cit.*, entrée « Attribution ».

l'Etat et agissant en son nom⁶⁷⁴. Cette précision, rapprochée de la lettre de l'article 4 § 1 *in fine*, bien qu'elle clarifie les choses quant à notre interrogation de départ, soulève d'autres points nébuleux.

En effet, le fait que l'appartenance de l'organe à une collectivité territoriale de l'Etat d'accueil plutôt qu'à son « gouvernement central » n'exclue pas, en principe, l'attribution de son comportement à l'Etat concerné et, par extension, l'engagement de la responsabilité internationale de ce dernier⁶⁷⁵ pose, à notre sens, un certain nombre de difficultés d'ordre technique. On pense, en particulier, à des hypothèses dans lesquelles une collectivité territoriale d'un Etat partie à un traité d'investissement serait partie à un contrat avec un opérateur économique privé ressortissant d'un autre Etat partie et susceptible de bénéficier de la protection conventionnelle. Appréhender l'attribution du comportement d'un organe de l'une de ses collectivités territoriales *lato sensu* à l'Etat de territorialité de l'investissement, à des fins de qualification d'un éventuel fait internationalement illicite, suppose que l'on se demande, au préalable, si l'organe en question agit bien au nom de l'Etat concerné⁶⁷⁶. Ainsi, dans les hypothèses qui nous occupent, celles impliquant la conclusion d'un contrat entre une telle entité et un opérateur économique privé susceptible d'être protégé par le traité, il s'agit de savoir si l'entité en question, dans la relation contractuelle, engage l'Etat au sens du droit international et, serions-nous tentés d'ajouter, dans l'ordre juridique international.

On peut, dans un premier temps, avancer que tout est, d'abord et en principe, affaire de dévolution de compétence dans l'ordre juridique interne de l'Etat concerné : un organe d'une collectivité territoriale, contractant avec un opérateur économique privé étranger, n'engagera l'Etat lui-même que dans la mesure où ce dernier l'aura juridiquement habilité à le faire⁶⁷⁷. Cela étant, ce genre de contrat peut se voir reconnu, par voie conventionnelle, comme constituant un investissement. Ce sera, en particulier, le cas quand il y sera fait référence dans la disposition du traité définissant les investissements protégés ou alors quand il correspondra

⁶⁷⁴ Cf. Commentaire § 1.

⁶⁷⁵ Cf. Commentaire § 6 ; Notons que la jurisprudence arbitrale récente a eu l'occasion de rappeler le principe d'unité de l'Etat au regard du droit international (cf. ALENA CNUDCI Compétence et responsabilité 17 mars 2015 *William Clayton c/ Canada* [<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw4212.pdf>] § 593 ; P. JACOB, F. LATTY & A. DE NANTEUIL, « Arbitrage transnational et droit international général [2015] », pp. 857-909, pp. 897-882 ; A. DE NANTEUIL, *op. cit.*, 2^{nde} édition, 2017, § 450, pp. 216-217).

⁶⁷⁶ Cf. R. DOLZER & C. SCHREUER, *Principles Of International Investment Law*, Oxford, 2nd édition, 2012, xxxvi+417 p., pp. 218-219.

⁶⁷⁷ Une autre façon de formuler cette proposition serait de dire que tout contrat transnational d'investissement n'est pas un contrat d'Etat au sens strict, n'est pas conclu avec le souverain, et ce à moins que ce dernier l'habilite juridiquement à exercer, dans la relation contractuelle considérée, certaines des prérogatives correspondant à la souveraineté.

à la définition donnée. On pense, par exemple, à celles de ces dispositions qui font référence à des droits conférés à l'investisseur par le biais de contrats conclus avec une personne publique⁶⁷⁸. Pour autant, cela ne garantit pas que l'on puisse automatiquement attribuer n'importe quel engagement contractuel de la collectivité territoriale à l'Etat lui-même⁶⁷⁹. Autant dire qu'il n'est pas garanti que l'on puisse déduire, à la seule lecture de ce type de dispositions, que la collectivité territoriale, partie au contrat en question, a agi au nom de l'Etat et que le comportement éventuellement irrégulier de la première, dans la relation contractuelle, soit attribuable au second.

Toujours dans cette hypothèse, une difficulté technique supplémentaire peut apparaître concernant l'impact que pourrait avoir une *umbrella clause* sur l'opération d'attribution à des fins de qualification d'un fait internationalement illicite⁶⁸⁰. En effet, ce type de clauses, évoqué *supra*, compte parmi les facteurs extrinsèques d'« internationalisation » des engagements particuliers de l'Etat de territorialité pris envers l'investisseur : il sera tenu, en vertu de ce genre de dispositions, de l'obligation conventionnelle de respecter ces derniers. Là encore, se pose la question de savoir si le comportement de l'organe d'une collectivité territoriale, dont il n'est pas établi qu'il est compétent pour engager l'Etat de territorialité, peut être attribué à ce dernier à des fins de qualification d'un fait internationalement illicite. Plus précisément, un manquement de cette collectivité au contrat passé avec l'investisseur peut-il, en tant que tel, être attribué à l'Etat ? Nous avons préalablement mis l'accent sur les difficultés d'interprétation pouvant survenir à l'application d'une telle disposition. Ces difficultés sont, en partie, dues au fait que les rédactions peuvent être variables d'un traité à l'autre⁶⁸¹. Pour autant, la logique voudrait qu'un comportement de ce type ne puisse pas être attribué à l'Etat lui-même quand des prérogatives souveraines n'ont pas été mises en œuvre dans la relation contractuelle. C'est apparemment dans cette voie que s'oriente la jurisprudence arbitrale, bien que les fondements des solutions retenues semblent différents du

⁶⁷⁸ On pense, en particulier, aux fameuses « concessions accordées en vertu d'un contrat » qui font souvent partie des investissements protégés par les traités pertinents (cf. R. DOLZER & M. STEVENS, *Bilateral Investment Treaties*, La Haye/Boston/Londres, Martinus Nijhoff, 1995, xix+330 p., pp. 26-27).

⁶⁷⁹ On peut, tout au plus, dire que la nature spécifique d'un contrat transnational de concession ou, plus précisément, le fait qu'il s'agisse d'une concession opérée par le biais d'un contrat transnational pourrait amener à penser dans ce sens, ne serait-ce que le fait qu'une collectivité territoriale concède suppose la mise en œuvre d'une prérogative de puissance publique. Cela étant tous les contrats transnationaux conclus par une collectivité territoriale ne constituent pas automatiquement de telles concessions.

⁶⁸⁰ Cf. K. HOBÉR, *op. cit.*, pp. 575-582.

⁶⁸¹ Cf. R. DOLZER & C. SCHREUER, *op. cit.*, p. 218. Les auteurs abordent la question de l'attribution du comportement des collectivités territoriales d'Etat partie à un traité d'investissement et le fait que certains de ces traités rappellent la règle d'attribution étudiée.

nôtre⁶⁸². Il n'empêche qu'en amont de l'attribution du comportement incriminé se situe immanquablement la question de savoir si l'Etat d'accueil a confié l'exercice de prérogatives étatiques dans la relation contractuelle à la collectivité territoriale, question qui permettra de déterminer si celle-ci agit réellement en son nom. Cette question est en amont de l'opération intellectuelle d'attribution et se distingue de celle de savoir si une collectivité, compétente pour exercer des prérogatives étatiques dans la relation contractuelle, agit *ultra vires*.

Au-delà de ces premières considérations, une fois les doutes dissipés quant à la qualité d'organe de l'Etat de la personne ou de l'entité dont le comportement doit être attribué, la règle codifiée à l'article 4 du projet s'applique et le comportement de tout organe de l'Etat peut être considéré, d'après le droit international, comme un fait de ce dernier, et ce, en particulier, quelle que soit la fonction étatique exercée, que cette dernière soit centralisée ou non. Concernant le caractère indifférent de la fonction exercée, le principe est d'ailleurs globalement réaffirmé dans la jurisprudence arbitrale en matière d'investissements. Ainsi, des comportements d'organes étatiques exerçant des fonctions assez diverses ont été attribués à l'Etat d'accueil, et ce qu'il s'agisse, notamment, des fonctions législative, exécutive ou judiciaire⁶⁸³.

Qu'en est-il des activités menées par ces organes *de jure gestionis* ? Il faut tout d'abord rappeler le contenu de la distinction faite, en matière d'immunités de l'Etat, entre *acta jure imperii* et *acta jure gestionis*⁶⁸⁴. Les premiers comportements sont des manifestations de la souveraineté étatique alors qu'en adoptant les seconds les organes de l'Etat agissent comme de simples personnes privées⁶⁸⁵. À en lire le commentaire du projet d'articles, cette distinction n'influe en rien sur l'éventuelle attribution, à des fins de qualification d'un fait internationalement illicite, du comportement de l'organe à l'Etat lui-même⁶⁸⁶. C'est, en tous

⁶⁸² En effet, les sentences auxquelles nous faisons référence se sont plus basées sur une interprétation restrictive de la clause de couverture applicable, et ce de façon à ce que celle-ci ne se voit pas reconnaître pour effet automatique de transformer les violations du contrat en des violations du traité (cf., en particulier, CIRDI Compétence 6 août 2003 *SGS c/ Pakistan* [<http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0779.pdf>] § 166 ; le collège arbitral saisi parvient à cette conclusion tout en reconnaissant que les engagements visés par la clause de couverture applicable pouvaient comprendre ceux des collectivités territoriales ; A. DE NANTEUIL, *Droit international de l'investissement*, Paris, Pedone, 2017, 2^{nde} édition, 512 p., p. 156, § 327).

⁶⁸³ Cf., notamment, CIRDI Compétence 17 juillet 2003 *CMS c/ Argentine* (<http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0183.pdf>) § 108 ; CIRDI 29 juillet 2008 *Rumeli Telekom c/ Kazakhstan* (<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0728.pdf>) § 702-703 ; R. DOLZER & C. SCHREUER, *op. cit.*, pp. 217-218.

⁶⁸⁴ Cf. P. DAILLER, M. FORTEAU & A. PELLET, *op. cit.* p. 498, § 289.

⁶⁸⁵ Cf. J. SALMON (dir.), *op. cit.*, entrées « *Jure gestionis* » et « *Jure imperii* ».

⁶⁸⁶ Cf. Commentaire § 6.

cas, la règle qui semble prévaloir au niveau coutumier⁶⁸⁷. Peut-on, pour autant, la transposer, telle quelle, dans le domaine des investissements étrangers ? Il est, là encore, permis d'être plus réservé. En effet, la jurisprudence arbitrale semble distinguer les hypothèses dans lesquelles l'Etat agit en « simple cocontractant » de celles dans lesquelles il agit « en tant que puissance publique » et en tire des conséquences quant à la nature internationale ou non de la réclamation introduite et au caractère international ou contractuel de la responsabilité de l'Etat en question. C'est notamment le cas dans les affaires *Salini c/ Jordanie*⁶⁸⁸, *Impregilo c/ Pakistan*⁶⁸⁹, *Joy Mining c/ Egypte*⁶⁹⁰ ou *El Paso c/ Argentine*⁶⁹¹. Ainsi, dans l'hypothèse où l'Etat agit comme un simple cocontractant, donc *jure gestionis*, et non en tant que souverain, c'est-à-dire *jure imperii*, et qu'un différend concernant ce comportement est porté devant une instance arbitrale appliquant cette distinction, le tribunal saisi aura tendance à écarter l'existence d'une responsabilité internationale de l'Etat en question.

Cela dit, dans l'hypothèse inverse, il est nécessaire de revenir au droit commun de la responsabilité tel que reflété par l'article 7 du projet d'articles :

« *Le comportement d'un organe de l'État ou d'une personne ou entité habilitée à l'exercice de prérogatives de puissance publique est considéré comme un fait de l'État d'après le droit international si cet organe, cette personne ou cette entité agit en cette qualité, même s'il outrepasse sa compétence ou contrevient à ses instructions.* »⁶⁹²

Si l'on se réfère à la lettre de cet article ainsi qu'à son commentaire, l'attribution du comportement d'un organe agissant *ultra vires* à l'Etat ne jouera, cependant, que si l'organe agit en sa qualité officielle. Là encore, un comportement « privé » de l'organe en question ne saurait être attribué l'Etat en vertu de la règle étudiée. Ce qu'il convient, en fait, de retenir tient à ce que l'Etat ne peut, en principe, pas se prévaloir des subtilités de son organisation

⁶⁸⁷ *Ibidem*.

⁶⁸⁸ Cf. CIRDI Compétence 9 novembre 2004 *Salini c/ Jordanie* (<http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0735.pdf>) § 155.

⁶⁸⁹ Cf. CIRDI Compétence 22 avril 2005 *Impregilo c/ Pakistan* (<http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0422.pdf>) § 260.

⁶⁹⁰ Cf. CIRDI Compétence 6 août 2004 *Joy Mining c/ Egypte* (<http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0441.pdf>) § 72.

⁶⁹¹ Cf. CIRDI Compétence 27 avril 2006 *El Paso c/ Argentine* (http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0268_0.pdf) § 81.

⁶⁹² Cf. CDI, « Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa cinquante-troisième session », *op. cit.*, pp. 47-49 ; « Projet d'articles sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite et commentaires y relatifs », *op. cit.*, pp. 45-50 (document pdf) ; J. CRAWFORD, *op. cit.*, pp. 126-130.

interne pour ne pas se voir attribuer le comportement de l'un de ses organes⁶⁹³. Une fois cela dit, il est également nécessaire de garder à l'esprit qu'un tel comportement ne fera l'objet d'une telle attribution que s'il manifeste l'exercice d'une prérogative étatique. Cette proposition est valable en vertu du droit commun de la responsabilité et l'est d'autant plus en matière d'investissements étrangers⁶⁹⁴.

Il est d'ailleurs nécessaire, à ce stade, de préciser la définition de ce qui constitue un comportement attribuable à l'Etat de territorialité en matière d'investissements étrangers. Une indication est fournie par l'article 2 du projet d'articles, selon lequel le comportement visé consiste en une action ou une omission⁶⁹⁵. La pratique conventionnelle en matière d'investissements ne fournit pas de réponse directe à cette question. Cependant, le comportement étatique est, le plus souvent, envisagé dans les dispositions conventionnelles régissant le traitement et la protection en tant que « traitement » ou « mesure ». Doit-on considérer que le traité qui appréhende le comportement étatique de cette façon diffère, en matière d'investissements et sur le point étudié, des exigences du droit commun voire modifie ces dernières ? La réponse à cette question nécessite une définition de ces notions de « traitement » et de « mesure » non seulement telles qu'utilisées par la pratique conventionnelle mais aussi telles qu'appréhendées par la jurisprudence arbitrale. Que faut-il entendre par « traitement » ? Le tribunal CIRDI saisi des questions de compétence dans l'affaire *Siemens c/ Argentine* a défini cette notion comme suit :

« [...] ‘Treatment’ in its ordinary meaning refers to behavior in respect of an entity or a person [...] »⁶⁹⁶

Vu sous cet angle, le « traitement » est un comportement à l'égard d'une personne ou entité. La principale difficulté apparaît alors quand il s'agit de savoir si le comportement en question doit être spécifiquement dirigé vers un investisseur donné⁶⁹⁷. La logique de la protection conventionnelle voudrait que ce ne soit pas le cas. En effet, les obligations internationales que font naître les traités d'investissement dans le chef des Etats parties à

⁶⁹³ Cf. Commentaire § 2 renvoyant à l'article 2 du Projet d'articles ; R. DOLZER & C. DOLZER, *op. cit.*, p. 217.

⁶⁹⁴ Cf. R. DOLZER & C. SCHREUER, *op. cit.*, p. 218.

⁶⁹⁵ Cf. CDI, « Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa cinquante-troisième session », *op. cit.*, pp. 35-37 ; « Projet d'articles sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite et commentaires y relatifs », *op. cit.*, pp. 11-18 (document pdf) ; J. CRAWFORD, *op. cit.*, pp. 98-103.

⁶⁹⁶ Cf. CIRDI Compétence 3 août 2004 *Siemens c/ Argentine* (<http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0788.pdf>) § 85.

⁶⁹⁷ Cf. A. NEWCOMBE & LL. PARADELL, *Law and practice of investment treaties – Standards of treatment*, Kluwer, 2009, xxx+614 p., p. 182, § 4.21.

l’égard des investisseurs étrangers sont habituellement définies en des termes qui excluent une telle solution et il n’y a pas lieu de distinguer là où les dispositions conventionnelles ne distinguent pas. Or, nous savons que, dans la quasi-totalité de ces traités, les normes conventionnelles de traitement ne contiennent pas de distinctions concernant les investisseurs *a priori* protégés⁶⁹⁸. La jurisprudence arbitrale semble également rejeter cette solution⁶⁹⁹.

Pour ce qui est maintenant de la notion de « mesure », la question qui se pose est celle de savoir si une omission de l’Etat d’accueil peut être considérée comme en constituant une. L’idée de mesure implique non seulement celle d’un but recherché par l’Etat mais aussi celle d’une action étatique, plus précisément d’une utilisation « positive » d’une prérogative étatique⁷⁰⁰. Cette proposition est facilement vérifiable en ce qui concerne les mesures de dépossession *stricto sensu*⁷⁰¹. Qu’en est-il des mesures d’effet équivalant à une dépossession ? Une omission de la part de l’Etat d’accueil peut-elle être considérée comme l’une desdites mesures ? Des analystes ont pu se montrer séduits par une approche aussi extensive⁷⁰². Une telle approche n’est cependant pas satisfaisante, et ce pour diverses raisons. La première raison qui vient à l’esprit est que l’activité étatique sera entravée dans des proportions auxquelles les Etats parties peuvent difficilement avoir consenti. Cela aurait, en effet, des conséquences incontrôlables en termes d’indemnisation, en tant que condition de la licéité internationale de l’omission étatique. Une autre raison tient à ce que la rédaction même des dispositions conventionnelles concernant les mesures de dépossession, telle qu’habituellement

⁶⁹⁸ Les types d’investisseurs susceptibles d’être protégés sont, certes, divers et le sont même plus que ne le suggèrent les listes exemplatives contenues dans les dispositions définissant le champ d’application personnel des traités pertinents. Quoi qu’il en soit, le comportement de l’Etat hôte n’a pas à concerner spécifiquement un investisseur protégé pour que celui-ci puisse invoquer la violation d’une obligation internationale dudit Etat à son égard.

⁶⁹⁹ Pour être plus précis, la jurisprudence arbitrale n’est pas encore fixée quant au fait de savoir si l’application d’une *umbrella clause* est ou non limitée aux engagements pris directement par l’Etat à l’égard de l’investisseur demandeur au procès arbitral. Tout au plus, sait-on que des tribunaux CIRDI ont pu refuser d’étendre d’appliquer la clause de couverture du traité pertinent à des contrats conclus avec des entités distinctes de l’Etat lui-même (cf. CIRDI 14 juillet 2006 *Azurix c/ Argentine* [<http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0061.pdf>] § 384) ou du demandeur (cf. CIRDI 17 janvier 2007 *Siemens c/ Argentine* [<http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0790.pdf>] § 204 ; R. HAPP & N. RUBINS, *Digest of ICSID and Decisions 2003-2007*, Oxford, Oxford University Press, xxv+384 p., pp. 363-364). Ce sont des solutions justifiées par l’absence d’identité des parties au contrat et au différend. Pour ce qui est de l’attribution du comportement, dont la contrariété à l’*umbrella clause* est alléguée à des fins de responsabilité, à l’Etat hôte en pareille hypothèse, on peut admettre, en cas d’identité des parties, que le fait que le comportement soit dirigé spécifiquement vers l’investissement protégé n’est pas décisif (cf. A. NEWCOMBE & LL. PARADELL, *op. cit.*, p. 440, § 9.3).

⁷⁰⁰ Cf. J. SALMON (dir.), *op. cit.*, entrée « Mesure ».

⁷⁰¹ Cf. CIRDI Sentence finale 26 juillet 2001 *Armando Olguín c/ Paraguay* (<http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0586.pdf>) § 84.

⁷⁰² Cf. A. NEWCOMBE & LL. PARADELL, *op. cit.*, pp. 337-338.

rencontrée dans la pratique, tendrait à exclure l'approche évoquée plus haut et ce ne serait-ce qu'à cause du recours à la notion de « mesure »⁷⁰³.

Il ressort de ce qui précède que l'attribution, à des fins de qualification d'un fait internationalement illicite, d'un comportement de l'un de ses organes à un Etat soulève un certain nombre de difficultés spécifiques au domaine des investissements étrangers. Quoi qu'il en soit, les difficultés en question contribuent à souligner l'importance de l'exercice de prérogatives étatiques par l'organe en question dans l'opération d'attribution. L'exercice de ces prérogatives semble également important quand il s'agit d'attribuer des comportements d'entités autres que des organes au sens de l'article 4 du projet.

B — Comportements des entités exerçant des prérogatives de puissance publique

Ce sujet est, dans le projet d'articles, abordé à l'article 5, rédigé comme suit :

*« Le comportement d'une personne ou entité qui n'est pas un organe de l'Etat au titre de l'article 4, mais qui est habilitée par le droit de cet Etat à exercer des prérogatives de puissance publique, pour autant que, en l'espèce, cette personne ou entité agisse en cette qualité, est considéré comme un fait de l'Etat d'après le droit international. »*⁷⁰⁴

Ce texte a été analysé comme étant une prise en compte d'un phénomène de plus en plus visible en vertu duquel les Etats délèguent l'exercice de certaines de leurs compétences souveraines à des personnes ou entités qui ne font pas partie de leur organisation interne et, surtout, qui ne peuvent pas être considérées comme leurs organes au sens de l'article 4⁷⁰⁵. C'est bien parce qu'il ne s'agit pas d'organes de l'Etat que certaines difficultés vont apparaître avec beaucoup plus d'acuité que dans l'hypothèse précédemment étudiée⁷⁰⁶.

⁷⁰³ Notons qu'un tribunal arbitral a récemment eu l'occasion d'exclure un argument du demandeur au procès en vertu duquel la règle reflétée par l'article 2 du projet d'articles avait pour effet d'obliger l'Etat d'accueil à prévenir toute atteinte à l'investissement protégé (cf. CIRDI 18 juin 2010 *Gustav F W Hamester c/ Ghana* [<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0396.pdf>] § 173).

⁷⁰⁴ Cf. CDI, « Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa cinquante-troisième session », *op. cit.*, pp. 44-45 ; « Projet d'articles sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite et commentaires y relatifs », *op. cit.*, pp. 37-40 (document pdf) ; J. CRAWFORD, *op. cit.*, pp. 119-122.

⁷⁰⁵ Cf. Commentaire § 1 & 4.

⁷⁰⁶ Cf. Y. NOUVEL, « Les entités paraétatiques dans la jurisprudence du CIRDI » in C. LEBEN (dir.), *Le contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement – Nouveaux développements*, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2006, 396 p., pp. 25-51, pp. 34-41.

Ainsi en est-il, en particulier, de la définition même de la notion même de « prérogative de puissance publique » au sens où l'entend le droit coutumier, tel que reflété par le projet d'articles. Force est, sur ce point, de constater que ce dernier ne définit pas ladite notion⁷⁰⁷. De plus, celle-ci n'apparaît pas, à première vue, comme une simple traduction littérale de la notion de « *governmental authority* ». Quoi qu'il en soit, il est clair que ces deux expressions sont censées être synonymes⁷⁰⁸ et que leur sens exact sera déterminé au regard du droit international⁷⁰⁹. Or ce dernier, ne tenant pas compte des subtilités de tous les ordres juridiques internes, donnera toujours à la notion étudiée un contenu moins précis que dans les droits internes en question. Il semble admis qu'il faudrait, en dernière analyse, se référer aux droits internes pour déterminer ce qui constitue ou non une activité publique. Quel que soit ledit contenu, l'exercice de ces prérogatives semble, au regard du droit international général, être l'élément principal à prendre en compte dans l'opération d'attribution du comportement de ce genre d'entités à un Etat⁷¹⁰. Il peut, en effet, être soutenu que la qualité d'« émanation de l'Etat » ne conduit pas, en soi et de façon aussi automatique que celle d'organe de l'Etat, à l'attribution du comportement de la première au second : c'est bien, au regard du droit coutumier tel que reflété par le projet d'articles, le fait, pour l'entité habilitée à exercer des prérogatives étatiques, « d'agir en cette qualité » qui permet que le comportement en question soit attribué à l'Etat titulaire desdites prérogatives. Plus encore que dans le cadre de l'article 4 du projet, on distinguera les activités menées *de jure imperii* de celles menées *de jure gestionis* pour n'attribuer que les premières à l'Etat⁷¹¹.

Pour autant, la jurisprudence arbitrale en matière d'investissements étrangers ne tranche pas de façon aussi nette. Il semble, en effet, que des tribunaux aient été tentés d'aller au-delà d'une analyse strictement fonctionnelle et centrée sur le comportement à attribuer en y ajoutant des considérations supplémentaires⁷¹². Ainsi, la structure même de l'entité, le degré

⁷⁰⁷ Cette notion n'est pas plus définie dans le commentaire de l'article.

⁷⁰⁸ Cette expression est effectivement celle utilisée dans le texte en langue anglaise rédigé comme suit : « Article 5. *Conduct of persons or entities exercising elements of governmental authority* »

The conduct of a person or entity which is not an organ of the State under article 4 but which is empowered by the law of that State to exercise elements of the governmental authority shall be considered an act of the State under international law, provided the person or entity is acting in that capacity in the particular instance. »

⁷⁰⁹ C'est, en tous cas, la conclusion que l'on peut tirer du fait de rapprocher la règle coutumière, reflétée par l'article 3, selon laquelle la qualification d'un fait comme internationalement illicite relève du droit international et le fait que les spécificités du droit interne de l'Etat dont la responsabilité est recherchée pour ce qui est des modalités de l'habilitation juridique ne sont pas décisives (cf. Commentaire § 6).

⁷¹⁰ Cf. Y. NOUVEL, *op. cit.*, pp. 34-37.

⁷¹¹ Cf. Commentaire, § 5.

⁷¹² Cf., notamment, F. LATTY, « Arbitrage transnational et droit international général (2008) », *op. cit.*, pp. 487-489, au sujet des sentences *LESI SpA. & ASTALDI SpA.* et *Jan de Nul & Dredging International*.

de contrôle exercé sur elle par l'Etat d'accueil ainsi que sa mission, envisagée dans l'absolu, sont autant d'éléments qui ont pu être pris en considération par les arbitres dans l'opération d'attribution⁷¹³. C'est, en tous cas, une tendance remarquée dans certaines sentences récentes, en particulier dans les affaires *Maffezini c/ Espagne*⁷¹⁴, *Salini c/ Maroc*⁷¹⁵ ou *Noble Ventures c/ Roumanie*⁷¹⁶. Une telle approche nous paraît s'écarte de façon assez dangereuse du droit coutumier tel que reflété par le projet d'articles, ne serait-ce qu'en ce qu'elle revient, dans les faits, à « courber » le régime des entités étudiées de façon à le rapprocher de celui des organes *stricto sensu* de l'Etat.

Se pose également la question de l'habilitation juridique elle-même. Doit-elle revêtir une forme particulière ? Le commentaire du projet d'articles reste assez vague sur ce point : il suffirait que « le droit interne de l'Etat autorise l'entité en question à exercer certaines prérogatives de puissance publique »⁷¹⁷. On imagine bien que le droit international ne prend pas en compte les modalités particulières de l'habilitation telles qu'elles peuvent apparaître dans les différents droits internes. Un autre facteur de complication peut, cependant, apparaître, comme cela a été le cas dans l'affaire *Maffezini c/ Espagne*. En effet, en l'espèce, un agent d'une société pouvant être considérée comme une émanation de l'Etat espagnol a obtenu, sans le consentement de l'investisseur, un débit à son profit du compte bancaire de ce dernier. Un tel comportement était-il attribuable à l'Espagne ? L'un des principaux arguments retenus, dans la sentence rendue le 13 novembre 2000 par le tribunal saisi, est exprimé comme suit :

« [...] Moreover, the manner in which the private banks conducted themselves in this case with regard to the loan, can be explained in large measure only because of their recognition that SODIGA's order and instructions were entitled to be honored because of the public functions it performed in Galicia. [...] »⁷¹⁸

⁷¹³ Cf. R. DOLZER & C. SCHREUER, *op. cit.*, pp. 222-225.

⁷¹⁴ CIRDI Compétence 25 janvier 2000 *Maffezini c/ Espagne* (<http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0479.pdf>) § 77.

⁷¹⁵ Cf. CIRDI Compétence 23 juillet 2001 *Salini c/ Maroc* (cf. E. GAILLARD, *La Jurisprudence du CIRDI*, Paris, Pedone, 2004, v+1105 p., pp. 621-636) § 30-35.

⁷¹⁶ Cf. CIRDI 12 octobre 2005 *Noble Ventures c/ Roumanie* (<http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0565.pdf>) § 79-80.

⁷¹⁷ Cf. Commentaire, § 5.

⁷¹⁸ Cf. CIRDI 13 novembre 2000 *Maffezini c/ Espagne* (<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0481.pdf>) § 78.

Autant dire que, selon ce tribunal, le comportement de l'agent peut être attribué à l'Etat espagnol du fait qu'il a, en définitive, été perçu comme le simple exercice d'une prérogative de puissance publique. Pour autant, la question a-t-elle été posée de la véritable habilitation juridique de l'émanation à procéder à ce genre d'opérations quitte à admettre, par la suite, qu'il s'agit d'un comportement *ultra vires*? La perception que l'on peut, « de l'extérieur », avoir de l'existence de cette habilitation est-elle, en soi, déterminante voire même pertinente? Il nous semble qu'il est plus conforme au droit coutumier de déterminer *a priori* si l'entité dont le comportement est analysé est juridiquement autorisée à exercer des prérogatives étatiques. Il convient de respecter la logique du droit international général, quitte à adapter l'application de règle codifiée à l'article 5 aux difficultés juridiques que l'on peut rencontrer, en matière d'investissements étrangers, au moment de la détermination en question.

En définitive, l'exercice effectif de prérogatives étatiques sera, en toute logique, un élément de l'attribution à l'Etat d'accueil du comportement de l'un de ses organes ou d'une entité paraétatique. Il est vrai que, dans le cas des organes *stricto sensu*, l'élément en question interviendra pour permettre d'identifier ceux des comportements qui, ne correspondant pas à une activité étatique, ne peuvent pas être considérés comme attribuables à l'Etat. La jurisprudence arbitrale l'a plus ou moins reconnu. Pour ce qui des entités paraétatiques, le phénomène devrait être plus marqué, en ce sens qu'il suffit qu'elles agissent « en cette qualité », c'est-à-dire qu'elles exercent des compétences qui leur sont déléguées, pour que les comportements en question leur soient attribuables. On remarque, néanmoins, une tendance jurisprudentielle à l'élargissement des conditions de cette attribution, élargissement dont la principale conséquence pourrait, à terme, être l'alignement des règles concernant les organes sur celles concernant les entités paraétatiques. Adopter une approche exagérément structurelle dans le second cas n'est cependant pas souhaitable, en ce que, comme nous l'avons fait remarquer plus haut, elle s'écarte excessivement du droit international général⁷¹⁹. Cela étant, l'exercice d'une *governmental authority* par un de ses organes ou par une entité paraétatique

⁷¹⁹ Cf. A. DE NANTEUIL, *Droit international de l'investissement*, *op. cit.*, § 463, pp. 223-224. Encore faut-il préciser le sens à donner à l'adjectif « structurel ». En effet, il a été remarqué que les sentences *LESI SpA. & ASTALDI SpA. et Jan de Nul & Dredging International* ont, chacune à sa façon, dégagé deux critères cumulatifs de l'attribution à l'Etat d'accueil du comportement d'une entité paraétatique, l'un « structurel », correspondant au fait que l'entité doit juridiquement être habilitée à exercer des prérogatives de puissance publique, l'autre « fonctionnel », correspondant à la nature « gouvernementale » du comportement en question (cf. F. LATTY, « Arbitrage transnational et droit international général [2008] », *op. cit.*, pp. 487-489). Ainsi, le critère « structurel » en question revient, dans l'absolu, à vérifier l'existence de ladite habilitation au profit de l'entité concernée de façon à ce que la règle reflétée par l'article 5 du projet d'articles puisse ou non être appliquée, ce qui, en soi, ne heurte aucunement la logique. Néanmoins, le « centre de gravité » de cette opération d'attribution reste, à notre sens, la nature « gouvernementale » du comportement considéré.

n'est pas, dans l'absolu, le seul élément pouvant déclencher l'attribution d'un comportement à un Etat. D'autres comportements, émanant, ceux-là, de personnes privées, peuvent, en effet, en faire l'objet quand ils traduisent l'existence d'une impulsion ou d'une approbation étatiques.

§ 2 — Comportements supposant l'existence d'une impulsion ou d'une approbation étatiques

Il est, comme nous l'avons vu plus haut, relativement simple d'attribuer à un Etat un comportement impliquant l'exercice d'une prérogative de puissance publique. En effet, qu'il s'agisse de l'activité d'un organe de l'Etat ou de celle d'une entité paraétatique, l'attribution est en grande partie rendue possible par le fait qu'à travers lesdites activités s'exerce la souveraineté étatique. Qu'en est-il des comportements qui n'impliquent pas un tel exercice ? Ces comportements sont essentiellement de nature privée et ne peuvent pas, en principe, être attribués à un Etat. Cela étant, dans certaines circonstances, le comportement de personnes ou de groupes de personnes ne correspondant pas aux hypothèses précédemment étudiées peut être attribué à un Etat. Dans lesdites circonstances, il n'y a pas d'activité étatique à proprement parler mais plutôt une activité, menée par une ou des personnes ou entités privées, supposant l'existence d'une impulsion ou d'une approbation étatiques. Ce sont les situations respectivement visées par les articles 8 et 11 du projet d'articles. Si l'on devait présenter les choses de façon schématique, on dirait que les premiers comportements sont susceptibles d'être attribués à l'Etat selon les instructions, sous la direction ou sous le contrôle duquel ont agi leurs auteurs, alors que les seconds le seront si et dans la mesure où ils ont été reconnus ou adoptés par l'Etat en question comme étant siens.

Plusieurs précisions sont alors nécessaires. Concernant, tout d'abord, les auteurs des comportements étudiés, il convient de rappeler que ce sont des personnes, des groupes de personnes privées, physiques ou morales, dont le comportement ne correspond pas, d'un point de vue juridique, à la mise en œuvre d'une *governmental authority*. Cela n'est, cependant, pas sans poser un certain nombre de difficultés. Qu'en est-il, par exemple, quand l'Etat d'accueil est présent au capital d'une entité privée bien que celle-ci ne soit pas visée par l'article 5 du projet ? Comment établir, en pareil cas, que l'entité en question a agi pour le compte de l'Etat d'accueil quand on sait, par hypothèse, qu'aucune prérogative de puissance publique n'a été mise en œuvre ? Concernant, ensuite, les comportements sur lesquels porte l'opération

d’attribution, ceux-ci peuvent être de natures extrêmement diverses, et ce qu’il s’agisse des comportements visés par l’article 8 ou de ceux visés par l’article 11. Il convient, cependant, de distinguer ces derniers comportements de ceux par lesquels l’Etat d’accueil manque à son obligation de vigilance⁷²⁰. En effet, d’un point de vue technique, l’angle d’approche est différent : que l’on parle d’instructions, de direction, de contrôle, de reconnaissance ou d’adoption d’un comportement privé, c’est bien ledit comportement qui fera l’objet de l’opération d’attribution.

La pratique jurisprudentielle en matière d’investissements étrangers s’est relativement peu intéressée à ces deux cas de figure. Cela explique le caractère peu abondant de la littérature juridique à ce sujet. Cela étant, les spécificités de cette matière laissent entrevoir des difficultés potentielles. Lesdites spécificités peuvent tenir aux personnes privées susceptibles d’interagir avec l’investisseur ou dont le comportement est susceptible d’avoir un impact sur l’investissement. Dans certains cas, en particulier si la personne privée concernée est une personne morale, il sera nécessaire de rentrer dans des considérations relativement techniques pour établir l’existence d’une direction ou d’un contrôle étatique. Les spécificités peuvent également tenir aux types de comportements susceptibles d’être reconnus ou adoptés par un Etat tenu par un traité d’investissement. La principale difficulté sera, pour un arbitre saisi, de déterminer si l’Etat a réellement reconnu ou adopté, au sens où pourrait l’entendre le droit coutumier, un comportement éventuellement litigieux, tout en se sachant tenu par un ensemble d’obligations conventionnelles restreignant sa compétence territoriale. Dans le cas d’une impulsion étatique (A), les modalités de cette dernière nous semblent constituer l’axe le plus intéressant. Dans le cas d’une approbation étatique (B), nous adopterons une démarche similaire et nous nous concentrerons sur les modalités de ladite approbation.

A — Comportements selon les instructions, sous la direction ou sous le contrôle de l’Etat d’accueil

Le point de départ de notre propos sera bien évidemment l’article 8 du projet d’articles, en vertu duquel :

« Le comportement d’une personne ou d’un groupe de personnes est considéré comme un fait de l’Etat d’après le droit international si cette personne ou ce groupe de personnes, en

⁷²⁰ Cf. P. DAILLIER, M. FORTEAU & A. PELLET, *op. cit.*, pp. 860-861, § 473.

*adoptant ce comportement, agit en fait sur les instructions ou les directives ou sous le contrôle de cet État. »*⁷²¹

Il s'agit d'une exception à la règle, elle aussi coutumière, selon laquelle un Etat ne peut se voir attribuer le comportement de personnes privées, et ce surtout quand le comportement en question ne correspond pas à une activité étatique à proprement parler⁷²². Dans le cas couvert par ladite exception, les personnes privées en question agissent sous l'impulsion de l'Etat, ce qui rend l'attribution possible. Encore faut-il que cette impulsion soit suffisante et que la preuve en soit rapportée. Rappelons seulement que la jurisprudence classique fournit des exemples de ce cas de figure. On en pense, en particulier, aux affaires *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua*⁷²³, *Tadic*⁷²⁴, ou *Loizidou c/ Turquie*⁷²⁵. Si l'approche retenue de l'impulsion étatique et de sa preuve varie d'une affaire à l'autre, les problèmes juridiques posés sont assez similaires : l'attribution à un Etat du comportement, dommageable à un autre Etat, d'un groupe de personnes privées dont il est allégué qu'il a été instigué et impulsé par le premier. Le problème juridique en matière d'investissements étrangers est légèrement différent : l'attribution à l'Etat d'accueil du comportement, dommageable à l'investisseur ou à l'investissement protégé, de personnes ou de groupes de personnes privées, dont il est allégué qu'elles ont agi pour le compte dudit Etat. Quand on rapproche cette spécificité des conditions d'application de la règle étudiée, on entrevoit le point auquel l'attribution, en tant qu'opération intellectuelle, peut, dans cette hypothèse, s'avérer difficile.

En effet, le commentaire du projet d'articles souligne que le comportement d'une personne privée concernée par l'article 8 « *ne peut être attribué à l'Etat que si ce dernier a dirigé ou contrôlé l'opération elle-même et que le comportement objet de la plainte faisait partie intégrante de cette opération, [le principe d'attribution ne s'étendant pas] aux comportements dont le lien avec l'opération considérée n'était qu'incident ou périphérique, et qui échappaient à la direction ou au contrôle de l'Etat* »⁷²⁶. La jurisprudence classique montre

⁷²¹ Cf. CDI, « Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa cinquante-troisième session », *op. cit.*, pp. 49-51 ; « Projet d'articles sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite et commentaires y relatifs », *op. cit.*, pp. 50-56 (document pdf) ; J. CRAWFORD, *op. cit.*, pp. 130-135.

⁷²² Cf. J CRAWFORD, *op. cit.*, p. 109, § 3, citant un passage du Rapport rendu par le Comité de juristes de la SDN dans l'affaire *Tellini*.

⁷²³ Cf. CIJ Fond 27 juin 1986 *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*, Rec. 1986, p. 62 & pp. 64-65, § 109 & 115.

⁷²⁴ Cf. TPIY Chambre d'appel 15 juillet 1999 *Tadić* (<http://www.icty.org/x/cases/tadic/acjug/fr/tad-991507f.pdf>) § 117.

⁷²⁵ Cf. CEDH Fond 18 décembre 1996 *Loizidou c/ Turquie*, Rec. 1996-VI, pp. 2235-2236, § 56.

⁷²⁶ Cf. Commentaire, § 3.

que de telles exigences sont difficiles à satisfaire en pratique⁷²⁷. Elle montre également que les fondements des solutions retenues peuvent varier en fonction de considérations qui ne tiennent pas toutes de la science juridique⁷²⁸. Le principe de base reste, cependant, le même. Il faut, par conséquent, établir l'existence d'instructions, d'une direction ou d'un contrôle de la part de l'Etat sur toute l'opération dont est censé faire partie le comportement incriminé.

Ce principe de base vaut, de toute évidence, en matière d'investissements étrangers⁷²⁹. Or, en plus des entités paraétatiques, auxquelles il peut déléguer des prérogatives de puissance publique, l'Etat d'accueil de l'investissement peut « agir à travers » d'autres personnes privées, et ce sans qu'il s'agisse d'une activité étatique à proprement parler. On trouve, parmi les personnes privées en question, des personnes morales sur lesquelles l'Etat exerce une certaine forme de contrôle⁷³⁰. On pense, en particulier, à l'hypothèse dans laquelle l'Etat est un actionnaire de l'une de ces personnes morales. La question qui se pose alors est la suivante : l'existence d'un tel contrôle est-elle suffisante pour opérer l'attribution ? Si l'on en croit le commentaire du projet d'articles, la réponse est assurément négative :

« [...] *Dès lors que l'on considère que les sociétés, même si elles appartiennent à l'État et sont en ce sens soumises à son contrôle, ont un statut séparé, leur comportement dans l'exécution de leurs activités n'est pas prima facie attribuable à l'État, à moins qu'elles n'exercent des prérogatives de puissance publique au sens de l'article 5. [...]* »⁷³¹

Or, on sait, par hypothèse, que tel ne sera pas le cas. Si tel n'est pas le cas, on voit toute la difficulté qu'il peut y avoir à « relier » les activités de ce type de personnes morales, fussent-elles contrôlées par l'Etat d'accueil d'un investissement, et les activités de ce même Etat ...

⁷²⁷ Cf., en particulier, les problèmes posés par le comportement des personnes contrôlées par l'Etat (Commentaire, § 6).

⁷²⁸ Cf. Commentaire, § 7. Il est clair qu'apprécier les faits déterminant chaque cause peut impliquer, dans l'hypothèse étudiée, de prendre en compte des données tenant, par exemple, au contexte politique régnant sur le territoire de l'Etat d'accueil voire, dans une optique plus générale, les implications géopolitiques supposées de l'action de l'Etat dont la responsabilité est recherchée.

⁷²⁹ Cf., notamment, CIRDI *Jan de Nul & Dredging International c/ Egypte*, § 173 reprenant la notion de « contrôle effectif » tel qu'employée par la CIJ dans l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* (F. LATTY, « Arbitrage transnational et droit international général [2008] », *op. cit.*, p. 490).

⁷³⁰ Cf., notamment, CIRDI 8 octobre 2009 *EDF (Services) Limited c/ Roumanie* (<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0267.pdf>) § 209-214 ; A. DE NANTEUIL, *Droit international de l'investissement*, *op. cit.*, 2^{nde} édition, § 463, p. 224. Notons toutefois que, selon la jurisprudence arbitrale récente, la possession du capital par l'Etat d'accueil ne suffit pas à établir l'existence dudit contrôle (cf. CIRDI 10 mars 2014 *Tulip Real Estate Investment Netherlands c/ Turquie* [<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw3126.pdf>] § 304).

⁷³¹ Cf. Commentaire, § 6.

en tant qu'hôte dudit investissement⁷³². Il n'est, certes, pas exclu que ces sociétés puissent, par leurs actions ou activités, avoir un impact sur celles de l'investisseur ou l'investissement lui-même d'une façon aussi « intense » ou décisive que pourrait le faire l'Etat, dans la mise en œuvre de ses prérogatives souveraines. Cela étant, et ce même si une telle hypothèse se réalise, l'opération d'attribution du comportement litigieux à l'Etat d'accueil sera, en définitive, d'autant moins aisée que la nature même de l'activité d'une société visée par l'article 8 du projet d'articles la rend plus difficilement attribuable, la difficulté en question se situant en amont de celle, déjà évoquée, de la preuve d'une impulsion exercée par l'Etat sur l'opération globale dans laquelle est intégré le comportement incriminé. Nous pouvons même rajouter, sans trop anticiper sur des développements ultérieurs, qu'en supposant l'attribution acquise l'existence d'une violation par l'Etat d'accueil de l'une de ses obligations conventionnelles sera, elle-aussi, difficile à établir, ne serait-ce que du fait du contenu normatif desdites obligations.

Quant à l'impulsion étatique proprement dite, on imagine bien que l'Etat, n'agissant pas, par définition, par le biais de l'un de ses organes ou d'une entité paraétatique, la donnera d'une façon beaucoup moins ostensible. Or, le droit coutumier, tel que reflété par le projet d'articles et son commentaire, a des exigences relativement restrictives. Ainsi, le commentateur du projet remarque que les notions d'« instructions », de « directives » et de « contrôle » sont dissociées comme pour montrer les trois formes que peut revêtir l'impulsion⁷³³. En conséquence, il suffit d'établir l'existence, en l'espèce, de l'une desdites formes d'impulsion étatique pour que l'attribution à l'Etat concerné soit possible. Rapprochons cette idée de celle, également formulée dans le commentaire, selon laquelle « *un État peut, s'il donne des orientations précises à un groupe de personnes ou exerce un contrôle sur ce groupe, devenir effectivement responsable du comportement de ce groupe* »⁷³⁴. Nous avons vu, plus haut, que la jurisprudence classique n'était pas encore solidifiée pour ce qui est de la méthode de preuve de l'impulsion, celle retenue variant selon les faits d'espèce. Il a récemment été souligné, en matière d'investissements étrangers, que le choix de cette méthode pouvait être effectué d'une façon et selon des considérations qui diffèrent de celles ayant court dans d'autres domaines du droit international⁷³⁵. Il reste que,

⁷³² Cf. CIRDI *Tulip Real Estate Investment Netherlands c/ Turquie*, § 304.

⁷³³ Cf. Commentaire, § 1. Notons toutefois que, dans ce passage, les formes d'impulsion étatiques sont regroupées en deux groupes : celui comprenant les « instructions », d'une part, celui comprenant les « directives » ou le « contrôle », d'autre part.

⁷³⁴ Cf. Commentaire, § 7.

⁷³⁵ Cf. R. DOLZER & C. SCHREUER, *op. cit.*, p. 222.

toute spécificité de la matière mise à part, les exigences du droit coutumier pour ce qui est de l’attribution de comportements impulsés par un Etat restent les mêmes et l’arbitre saisi ne pourra pas faire l’impasse sur la preuve de l’existence de l’impulsion, quelle que soit d’ailleurs la forme de celle-ci.

La pratique jurisprudentielle reste assez peu fournie sur ce point, ce qui ne permet d’avoir un recul suffisant. Tout au plus avons-nous pu faire un tour d’horizon des difficultés techniques susceptibles d’apparaître dans certaines des hypothèses les plus susceptibles d’être rencontrées en matière d’investissements étrangers. Il est clair que l’Etat d’accueil, en ce qu’il est tenu par des obligations conventionnelles d’un type particulier, voit sa marge de manœuvre limitée non seulement par le droit international, mais aussi par le bon sens. En supposant, en effet, qu’un Etat souhaite atteindre un investisseur ou un investissement protégé par le biais d’une ou de plusieurs personnes privées n’étant pas habilitées à exercer une *governmental authority*, encore faudrait-il que l’opération concernée soit d’une envergure assez vaste pour être efficace mais assez discrète pour que l’Etat ne soit pas visiblement impliqué. Autant dire, que la réalisation d’un tel cas de figure est, en pratique, très peu plausible. Celui envisagé dans l’article 11 du projet l’est encore moins.

B — Comportements reconnus ou adoptés par l’Etat d’accueil comme étant sien

L’article 11 du projet d’articles est rédigé comme suit :

« *Un comportement qui n'est pas attribuable à l'État selon les articles précédents est néanmoins considéré comme un fait de cet État d'après le droit international si, et dans la mesure où, cet État reconnaît et adopte ledit comportement comme étant sien.* »⁷³⁶

L’hypothèse de départ, telle qu’elle apparaît en tous cas dans la lettre de l’article 11, est assez claire : le comportement dont il est allégué qu’il est attribuable en vertu de la règle codifiée dans ce texte ne l’est pas en vertu des autres règles d’attribution. Vu sous l’angle du droit international général comme sous celui de la pratique internationale en matière d’investissements étrangers, la logique de cette règle d’attribution est tout à fait compréhensible. En effet, il n’est pas absurde qu’un comportement qui n’a pas été initié par

⁷³⁶ Cf. CDI, « Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa cinquante-troisième session », *op. cit.*, pp. 55-56 ; « Projet d’articles sur la responsabilité de l’Etat pour fait internationalement illicite et commentaires y relatifs », *op. cit.*, pp. 66-70 (document pdf) ; J. CRAWFORD, *op. cit.*, pp. 144-147.

l'Etat ou qui n'est pas intervenu en son nom ou pour son compte soit « approuvé » *a posteriori* par ledit Etat. Il n'est pas plus absurde que la forme de cette approbation puisse justifier l'attribution du comportement en question à l'Etat. Il va de soi, à la lecture du texte de l'article 11, que l'auteur initial du comportement objet de notre hypothèse de départ est une personne ou un groupe de personnes privées qui ne sont pas juridiquement habilitées par l'Etat concerné à exercer des prérogatives de puissance publique⁷³⁷. Aussi, les remarques faites *supra* concernant les difficultés juridiques susceptibles de naître du caractère privé, de la personne comme de l'activité, restent pertinentes.

Quelle forme l'« approbation » *ex post facto* par l'Etat d'un comportement incriminé doit-elle revêtir pour justifier l'attribution en vertu du texte étudié ? Il doit y avoir « reconnaissance » et « adoption » du comportement par l'Etat « comme étant le sien ». Ainsi, il semble y avoir un degré d'« approbation » étatique en deçà duquel il n'est pas techniquement possible d'envisager l'attribution d'un comportement à l'Etat⁷³⁸. Il est, en tous cas, sûr que le seul fait pour l'Etat en question de prendre acte de l'existence d'une situation de fait est insuffisant et le terme « approbation » lui-même traduit, à l'instar d'autres termes utilisés notamment dans la jurisprudence classique, une démarche elle-aussi insuffisante à déclencher la responsabilité internationale de l'Etat⁷³⁹. Là encore, la logique est compréhensible dans la mesure où l'on conçoit mal qu'un Etat puisse se voir attribuer un comportement qu'il n'a pas sans équivoque fait sien. L'Etat se retrouve néanmoins dans une situation relativement risquée. En effet, en supposant que l'« approbation » étatique d'un comportement ne permette pas l'application de la règle codifiée à l'article 11, rien n'empêche, dans l'absolu, que ladite « approbation » constitue en soi un fait internationalement illicite. On pense, évidemment, à l'hypothèse dans laquelle ladite « approbation » constituerait une violation de l'obligation de vigilance incombant à tout souverain territorialement compétent⁷⁴⁰. On entrevoit, également, des situations dans lesquelles, en matière d'investissements étrangers, une telle « approbation » pourrait être considérée comme

⁷³⁷ Cf. Commentaire, § 2.

⁷³⁸ Cf. Commentaire, § 6.

⁷³⁹ Cf. CIJ 24 mai 1980 *Personnel diplomatique et consulaire des Etats-Unis à Téhéran*, Rec. 1980, p. 3.

⁷⁴⁰ Cf. J. SALMON (dir.), *op. cit.*, entrée « Obligation de vigilance » ; L'hypothèse serait celle d'une violation de l'aspect « répression » de l'obligation de vigilance.

constituant une violation des standards de traitement et de protection que sont celui de traitement juste et équitable ou celui de protection et de sécurité pleines et entières⁷⁴¹.

Un autre aspect de la règle étudiée mérite d'être souligné. Il s'agit de l'importante nuance reflétée par les mots « *si, et dans la mesure où* », mots qui montrent que l'Etat peut, en quelque sorte, « moduler » son « approbation » en ne reconnaissant et en n'adoptant que pour partie le comportement litigieux comme étant le sien, la reconnaissance et l'adoption en question devant, là encore, être sans équivoque⁷⁴². Quand on rapproche cet élément de notre hypothèse de départ, dans laquelle le comportement à attribuer n'a pas pu l'être en vertu d'autres règles que celle actuellement étudiée, on se rend compte que l'article 11 peut être difficile appliquer à un Etat attentif à cet aspect du droit coutumier comme d'ailleurs au contenu normatif de ses obligations internationales. C'est probablement l'une des principales raisons pour lesquelles la pratique arbitrale en matière d'investissements étrangers compte, encore aujourd'hui, aussi peu d'exemples d'application de cette règle⁷⁴³. En définitive, les comportements ne supposant qu'une impulsion ou une approbation étatique seront, à la différence de ceux impliquant véritablement l'exercice de prérogatives étatiques, toujours plus difficiles à attribuer à l'Etat d'accueil d'un investissement, la relation de fait entre les auteurs initiaux, n'exerçant pas de prérogatives de puissance publique, et l'Etat étant très compliquée à établir, et ce pour des raisons qui ne sont pas toutes juridiques.

Section 2 — Comportement constituant une violation par l'Etat d'accueil d'une obligation internationale

Pour peu qu'un comportement donné ait, à des fins d'établissement de la responsabilité internationale d'un Etat, été attribué à ce dernier, encore faut-il, toujours au regard du droit coutumier, que ledit comportement soit constitutif d'une violation du droit international. Cela étant, le fait qu'un comportement de l'Etat constitue une violation de ses obligations internationales suffit à ce que sa responsabilité internationale soit engagée, avec tout ce que cela implique en termes de conséquences juridiques. La « matière » étudiée amène son lot de

⁷⁴¹ Le centre de gravité d'une telle hypothèse serait alors le standard de protection et sécurité pleines et entières, en tant qu'obligation de vigilance. Il conviendrait de distinguer selon le degré d'autonomie de ce standard, au sein du dispositif du traité pertinent, par rapport à celui de traitement juste et équitable.

⁷⁴² Cf. Commentaire, § 8.

⁷⁴³ Cf., toutefois, CIRDI 28 juillet 2015 *Bernhard von Pezold c/ Zimbabwe* [https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7095_0.pdf] § 449, sentence dans laquelle le tribunal saisi a estimé, quoique de façon peu motivée, que la règle reflétée par l'article 11 du projet d'articles ne trouvait pas à s'appliquer ; A. DE NANTEUIL, *op. cit.*, 2^{nde} édition, § 463 bis, p. 225.

questionnements spécifiques. En effet, nous avons examiné plus haut ce qui a trait à la formation des obligations internationales de l'Etat d'accueil en matière d'investissements étrangers, et ce qu'il s'agisse des procédés dits « traditionnels » ou de l'« internationalisation » du régime juridique de l'investissement protégé. Nous avons également vu ce en quoi la détermination du contenu normatif des dispositions matérielles des traités d'investissement pouvait poser des difficultés. Une analyse menée sous l'angle de la responsabilité internationale implique, quitte à garder ce qui précède à l'esprit, de plus s'interroger sur ce qui a trait à la violation proprement dite.

Ainsi, s'il y a, au regard du droit coutumier, « violation d'une obligation internationale par un Etat lorsqu'un fait dudit Etat n'est pas conforme à ce qui est requis de lui en vertu de cette obligation », et ce « quelle que soit l'origine ou la nature de celle-ci », déterminer l'existence d'une telle violation par l'Etat d'accueil d'un investissement protégé va supposer deux choses (§ 1). Il faudra d'abord avoir la certitude qu'il existe une véritable obligation internationale pouvant avoir été violée par l'Etat d'accueil, ce qui, dans le cas précis d'une « internationalisation » par voie conventionnelle, suppose que cette dernière ait vraiment eu lieu. En plus, « dans tous les cas », même si la nature de l'obligation internationale violée est, en principe, indifférente, le contenu normatif de la disposition conventionnelle invoquée doit permettre une détermination adéquate de « ce qui est requis » de l'Etat d'accueil, de façon à ce que l'existence ou non d'une violation du droit international soit établie.

Au-delà de ce qui concerne l'existence même de la violation alléguée, il faudra être attentif aux modalités possibles de la violation alléguée (§ 2), celle-ci pouvant, dans l'absolu, présenter diverses caractéristiques, et ce que le fait soit achevé ou continu, simple ou composite. Chacune de ces modalités possibles présente des implications dans le domaine qui nous intéresse, ne serait-ce, justement, qu'en raison des problématiques, décrites *supra*, inhérentes au contenu normatif des dispositions conventionnelles invoquées.

§ 1 — Existence d'une violation par l'Etat d'accueil d'une obligation internationale

Selon le droit coutumier, tel que reflété par l'article 2 du projet d'articles, la violation par l'Etat, du fait du comportement qui lui a été attribué, de l'une de ses obligations internationales constitue le deuxième élément du fait internationalement illicite en tant que fait générateur de sa responsabilité. On sait quel a été le caractère novateur de cette approche,

en ce que cette dernière s'écarte, au moins en principe, du schéma civiliste, centré sur le lien de causalité entre faute commise et dommage subi, qui semblait précédemment imprégner le droit commun : il suffit que l'Etat viole le droit international pour engager sa responsabilité⁷⁴⁴.

C'est à ce stade qu'intervient la question de savoir en quoi consiste une violation du droit international. La réponse fournie par l'article 12 est la suivante :

*« Il y a violation d'une obligation internationale par un État lorsqu'un fait dudit État n'est pas conforme à ce qui est requis de lui en vertu de cette obligation, quelle que soit l'origine ou la nature de celle-ci. »*⁷⁴⁵

Nous avons eu l'occasion d'aborder, dans certains des développements précédents, les questions posées par la détermination de « ce qui est requis » de l'Etat d'accueil en matière d'investissements, c'est-à-dire le contenu normatif des dispositions conventionnelles régissant le traitement et la protection des investissements étrangers ainsi que leur interprétation, en particulier par les arbitres transnationaux. L'article 12 *in fine* mérite, cependant, que l'on s'y attarde. En effet, l'origine ou la nature d'une obligation internationale ne change, en principe, rien à l'existence de sa violation par l'Etat obligé. Si rien ne permet de contester l'application de ce principe en matière d'investissements étrangers, certaines difficultés techniques, tenant respectivement à l'origine et à la nature de l'obligation violée, peuvent, cependant, susciter quelques interrogations. Ainsi, la jurisprudence récente distinguant les réclamations contractuelles des réclamations conventionnelles montre que la source de l'obligation violée peut s'avérer insuffisante à distinguer la responsabilité internationale pour violation du traité d'investissement et d'une simple responsabilité interne contractuelle (A). De même, les obligations de l'Etat d'accueil n'étant pas toutes de la même nature ou du même type, cette nature ou ce type a nécessairement un impact sur l'opération qui consiste à déterminer l'existence de l'illicéité internationale en la matière (B).

⁷⁴⁴ Cf. P. DAILLIER, M. FORTEAU & A. PELLET, *op. cit.*, pp. 854-855. Un tribunal arbitral a récemment tenté une réintroduction du dommage en tant qu'élément déterminant du fait génératrice (cf. ALENA CNUDCI 31 mars 2010 *Merrill & Ring Forestry c/ Canada* [<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0504.pdf>] § 243-246) sans que cela ait véritablement convaincu la doctrine (cf. F. LATTY, « Arbitrage transnational et droit international général [2010] », AFDI 2010, pp. 607-654, pp. 635-637).

⁷⁴⁵ Cf. CDI, « Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa cinquante-troisième session », *op. cit.*, pp. 57-60 ; « Projet d'articles sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite et commentaires y relatifs », *op. cit.*, pp. 72-81 (document pdf) ; J. CRAWFORD, *op. cit.*, pp. 149-156.

A — Illicéité internationale du comportement de l'Etat d'accueil et origine de l'obligation violée

En vertu du droit commun de la responsabilité internationale, l'origine, la source de l'obligation internationale violée par un Etat n'a aucune incidence sur l'existence même de ladite violation⁷⁴⁶. L'origine de l'obligation n'est, en particulier, censée avoir aucun effet sur le régime de la responsabilité encourue par l'Etat⁷⁴⁷. Autant dire qu'à un procédé donné de formation d'une obligation internationale ne correspond pas un régime spécifique de responsabilité. Cela vaut, en principe, dans toutes les « matières » du droit international, à moins, bien sûr, que ne soit prévue une *lex specialis* concernant ce point précis. Est-ce le cas en matière d'investissements étrangers ? La réponse est clairement négative : rien dans la pratique internationale en ce domaine ne permet d'appuyer un tel point de vue. Cela étant, nous savons que les obligations de l'Etat d'accueil de l'investissement peuvent se former par voie d'« internationalisation » conventionnelle d'un engagement, notamment contractuel, pris dans son ordre juridique interne vis-à-vis de l'investisseur.

Une telle « internationalisation » peut, comme nous l'avons vu plus haut, intervenir par le biais d'une *umbrella clause*⁷⁴⁸. Elle peut aussi intervenir, quoique de façon moins directe, par le biais de la clause de traitement juste et équitable ou par celui de la disposition concernant les mesures d'effet équivalant à une dépossession. Nous savons également qu'il existe, dans la jurisprudence arbitrale en matière d'investissement, une tendance relativement récente à différencier les réclamations contentieuses de l'investisseur selon qu'elles sont fondées sur le traité d'investissement ou sur un contrat dont on supposera qu'il les lie à l'Etat défendeur⁷⁴⁹. L'une des idées à la base de cette distinction se trouve exprimée dans la sentence d'annulation rendue par le Comité *ad hoc* dans l'affaire *Vivendi c/ Argentine* :

« [...] whether there has been a breach of the BIT and whether there has been a breach of contract are different questions. Each of these claims will be determined by reference to its

⁷⁴⁶ Cf. F. LATTY, « Conditions d'engagement de la responsabilité de l'Etat d'accueil » in C. LEBEN (dir.), *Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational*, Paris, Pedone, 2015, xviii+1141 p., pp. 415-461, pp. 433-436 ; Commentaire, § 3.

⁷⁴⁷ Cf. Commentaire, § 4.

⁷⁴⁸ Cf. P. JACOB, F. LATTY & A. DE NANTEUIL, « Arbitrage transnational et droit international général (2013) », AFDI 2013, pp. 429-486, pp. 451-452.

⁷⁴⁹ Cf., notamment, A. DE NANTEUIL, *op. cit.*, pp. 147-161, § 302-335 ; I. FADLALLAH « La distinction *treaty claims – contract claims* et la compétence de l'arbitre CIRDI : faisons-nous fausse route ? » in C. LEBEN (dir.), *Le contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement – Nouveaux développements*, *op. cit.*, pp. 205-218.

own proper or applicable law—in the case of the BIT, by international law; in the case of the Concession Contract, by the proper law of the contract, in other words, the law of Tucumán. »⁷⁵⁰

Autrement dit, la question de la responsabilité internationale conventionnelle de l'Etat d'accueil est, en principe, distincte de celle de sa responsabilité interne contractuelle⁷⁵¹.

Pour autant, nous avons vu, *supra*, que l'*umbrella clause* posait, dans le cadre de cette distinction, un problème qui est celui de l'étendue de la couverture. C'est un problème que nous avons commencé à aborder sous l'angle de la portée de l'engagement conventionnel de l'Etat d'accueil. Vu sous l'angle du droit de la responsabilité, il s'agit de déterminer ce qui est requis de l'Etat d'accueil, au sens de l'article 12 du projet, par la clause de couverture dans l'hypothèse où l'engagement consolidé est contractuel. Le facteur de complication réside dans le fait que l'engagement étatique consolidé par l'*umbrella clause* est « simplement » contractuel, en ce que le contrat d'investissement n'est pas, en soi, un procédé de formation d'obligations internationales pour l'Etat d'accueil. Certes, une partie de la difficulté est évacuée du seul fait que l'obligation internationale à prendre en compte est celle née de la clause de couverture. Cependant, cette obligation internationale conventionnelle couvre-t-elle ou non tout l'engagement contractuel ? L'enjeu, en matière de responsabilité, est, en fait, double. Le contrat entier peut-il, à la faveur de la couverture conventionnelle, être considéré comme une « origine » de l'obligation internationale en question ? Le contrat peut-il être pris en considération dans l'intégralité de ses stipulations pour déterminer ce qui est requis de l'Etat d'accueil au titre de l'*umbrella clause* du traité ?

Pour ce qui est du premier enjeu, savoir si le contrat peut être considéré comme une « origine » de l'obligation internationale dont la violation est alléguée, on partira encore une fois du principe selon lequel même une « internationalisation » conventionnelle réalisée par le biais d'une clause de respect des engagements est insuffisante à faire d'un contrat d'investissement, entre un Etat et un investisseur protégé, un acte juridique international *stricto sensu*. Cela étant, le fait que la jurisprudence arbitrale oscille encore entre les approches restrictive et extensive de la portée de la clause n'est pas de nature à dissiper les

⁷⁵⁰ Cf. CIRDI Annulation 3 juillet 2002 *Vivendi c/ Argentine* (<http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0210.pdf>) § 96.

⁷⁵¹ Cf. CIRDI Annulation *Vivendi c/ Argentine* § 95 ; E. GAILLARD, *op. cit.*, pp. 752-765.

ambiguités telles que celle qui apparaît dans le passage suivant de la sentence *SGS c/ Philippines*, sentence emblématique du courant prônant l'approche extensive :

« [...] To summarize the Tribunal's conclusions on this point, Article X(2) makes it a breach of the BIT for the host State to fail to observe binding commitments, including contractual commitments, which it has assumed with regard to specific investments. But it does not convert the issue of the extent or content of such obligations into an issue of international law. That issue (in the present case, the issue of how much is payable for services provided under the CISS Agreement) is still governed by the investment agreement. [...] »⁷⁵²

Ainsi, tout ce qui concerne l'étendue ou le contenu des engagements contractuels couverts est régi par le contrat en question et non par le traité. Dans le cadre de l'approche extensive, cela signifie deux choses. Les plans respectifs de la responsabilité conventionnelle et de la responsabilité contractuelle sont effectivement distincts : le « conventionnel » est régi par le traité, le « contractuel » par le contrat. Cependant, l'obligation conventionnelle étant de respecter le contrat, « ce qui est requis » de l'Etat d'accueil sera, selon cette logique, déterminé par un renvoi au contrat, renvoi qui lui fera jouer le rôle de véritable « origine » de ladite obligation⁷⁵³. Dans les développements précédents, nous avons manifesté une certaine préférence pour l'approche restrictive en ce qu'elle s'accommodeait mieux de la souveraineté étatique. Rares seront, en effet, les hypothèses où un Etat, partie à une négociation censée déboucher sur un traité d'investissement et hostile à la théorie de l'« internationalisation » intrinsèque du contrat d'investissement, acceptera que le contrat couvert par une *umbrella clause* joue un tel rôle.

Pour ce qui est du second enjeu, savoir si l'intégralité des dispositions du contrat doit être prise en considération pour déterminer « ce qui est requis » de l'Etat d'accueil, nous avons déjà isolé, plus haut, des éléments de réponse dans ceux de nos développements concernant, en particulier, les méthodes d'interprétation susceptibles d'être choisies par l'interprète. Certaines de ces méthodes sont axées sur les termes du traité, et dans l'hypothèse qui nous occupe, de la clause de couverture alors que d'autres le sont sur les intentions prêtées aux

⁷⁵² Cf. CIRDI Compétence 29 juillet 2004 *SGS c/ Philippines* (<http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0782.pdf>) § 127.

⁷⁵³ Cf., par exemple, CIRDI Sentence finale 11 décembre 2013 *Micula c/ Roumanie* [<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw3036.pdf>] § 415-418 ; P. JACOB, F. LATTY & A. DE NANTEUIL, « Arbitrage transnational et droit international général (2013) », *op. cit.*, pp. 451-452.

parties au traité, dont l'Etat d'accueil de l'investissement. Quoi qu'il en soit, il appartient aux Etats négociant le contenu de leurs obligations conventionnelles, sous réserve, bien sûr, de leur véritable pouvoir de négociation, de le définir de façon à ce qu'il reflète le plus fidèlement possible la volonté qui est la leur. Si tel est le cas, cela peut éventuellement orienter l'interprète vers le choix d'une méthode qui traduira moins l'opposition décrite plus haut. Dans l'hypothèse de l'*umbrella clause*, la rédaction de la disposition conventionnelle en question est censée conditionner la portée du renvoi fait au contrat et, selon son degré de précision, élargir ou restreindre la marge d'appréciation de l'interprète. Dans tous les cas, l'adage *in dubio mitius* nous semble devoir s'appliquer.

Il ressort de ce qui précède que l'« origine » de l'obligation conventionnelle, dont il s'agit de déterminer si elle a été violée par l'Etat d'accueil de l'investissement, peut parfois, quoique de façon assez indirecte, peser sur l'établissement de l'existence d'une violation de ladite obligation. Cela peut, en particulier, arriver quand la rédaction ou l'interprétation d'une clause de couverture laisse penser que « ce qui est requis » de l'Etat d'accueil peut être déterminé par un simple renvoi aux engagements contractuels envers l'investisseur en supposant que ces derniers soient tous couverts. Pour autant, l'« origine », en tant que procédé de formation d'obligations dans l'ordre juridique internationale, n'est pas à prendre en compte dans la recherche de la responsabilité. Il convient, en fait, de distinguer la source formelle de l'obligation conventionnelle de ce qui en a façonné le contenu pour surmonter la difficulté décrite plus haut.

B — Illicéité internationale du comportement de l'Etat d'accueil et nature de l'obligation violée

Le droit commun de la responsabilité internationale de l'Etat, tel que reflété par l'article 12 du projet, est assez clair concernant le rapport entre illicéité internationale et nature de l'obligation internationale. Nous serions d'ailleurs tentés de résumer les choses comme suit : une violation du droit international est une violation du droit international, et ce quel que soit le type d'obligation internationale en question⁷⁵⁴. Cela ne fait que confirmer, en tous cas sur ce point, la jurisprudence classique⁷⁵⁵. Pour ce qui est des différentes natures ou des différents

⁷⁵⁴ Cf. P. DAILLER, M. FORTEAU & A. PELLET, *op. cit.*, pp. 859-862, § 473.

⁷⁵⁵ Cf. CIJ 25 septembre 1997 *Projet Gabčíkovo-Nagymaros*, Rec. 1997, p. 38, § 47 ; SA 30 avril 1990 *Rainbow Warrior*, RSA vol. XX, p. 251, § 75.

types possibles d'obligations internationales, on sait qu'une distinction est habituellement opérée entre obligations de résultat et de comportement sans que son contenu précis soit réellement établi⁷⁵⁶. Le texte du projet d'articles ne reprend, d'ailleurs, pas cette distinction⁷⁵⁷. Pour autant, quand il s'agira de déterminer l'existence ou non d'une violation du droit international par un Etat, la nature de l'obligation internationale en question aura immanquablement un effet sur la façon dont l'opération intellectuelle sera menée. En effet, la nature de l'obligation est un indicateur de « ce qui est requis » de l'Etat en ce qu'elle découle de son contenu normatif. Nous savons qu'en matière d'investissements étrangers, en ce qui concerne, plus précisément, les dispositions des traités d'investissement qui régissent le traitement et la protection, il est possible d'opérer une distinction entre celles qui limitent le besoin d'interprétation et celles qui, au contraire, en amplifient la nécessité. On peut légitimement se demander si, vue sous l'angle du droit de la responsabilité internationale, ladite distinction coïncide avec celle entre obligations de résultat et de comportement.

Un rappel est, à ce stade, nécessaire. La distinction évoquée a son origine dans le droit interne de certains Etats de tradition civiliste, la France étant le premier Etat nous venant à l'esprit. En droit français, l'obligation de résultat est, tout simplement, celle de parvenir à un résultat déterminé⁷⁵⁸ alors que l'obligation de comportement ou de moyens est celle d'« apporter ses soins et ses capacités dans un domaine particulier »⁷⁵⁹. Ainsi, dans le premier cas, le fait que le résultat n'ait pas été atteint contribue, en principe, à l'engagement de la responsabilité du débiteur, alors que, dans le second cas, il est nécessaire que la preuve soit apportée que le débiteur n'a pas déployé les fameux soins et capacités.

Imprégné de la pensée de Roberto AGO, le précédent projet d'articles de la CDI concernant la responsabilité internationale de l'Etat reprendra cette distinction, mais en lui donnant un sens différent⁷⁶⁰. Ainsi, en vertu de cette approche, il y avait violation d'une obligation de résultat « si par le comportement adopté, l'Etat [n'assurait] pas le résultat

⁷⁵⁶ Cf. P. DAILLIER, M. FORTEAU & A. PELLET, *op. cit.*, pp. 239-240, § 139, pp. 859-862, § 473 ; Commentaire, § 11.

⁷⁵⁷ Cf. P. DAILLIER, M. FORTEAU & A. PELLET, *op. cit.*, pp. 860, § 473 ; J. CRAWFORD, *op. cit.*, pp. 25-27.

⁷⁵⁸ Cf. G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, Paris, PUF/Quadrige, 4^{ème} édition, 2003, xxi+951 p., entrée « Obligation de résultat ».

⁷⁵⁹ Cf. J. SALMON (dir.), *op. cit.*, entrées « Obligation de comportement » et « Obligation de moyen ».

⁷⁶⁰ Cf. CDI, « Rapport de la Commission à l'Assemblée générale sur les travaux de sa quarante-huitième session », Annuaire de la Commission du droit international 1996, Volume II, 2^{ème} partie (A/CN.4/SER.A/1996/Add.1), p. 64.

requis »⁷⁶¹ et violation d'une obligation « d'adopter un comportement spécifiquement déterminé lorsque le comportement de l'Etat [n'était] pas conforme à celui requis de lui »⁷⁶². Comme nous l'avons laissé entendre plus haut, cette approche, vivement critiquée par la doctrine, ne réapparaîtra pas dans le projet de 2001. Aussi, le critère de cette distinction, dont on sait qu'elle peut s'avérer utile en pratique, est-il assez difficile à dégager en droit international, la doctrine ne semblant pas plus fixée, sur ce point, que la jurisprudence⁷⁶³.

Cela étant, nous avons observé, plus haut, que les obligations conventionnelles de l'Etat d'accueil en matière de traitement et de protection de l'investissement étranger peuvent être formulées de deux manières. La première façon de faire est de formuler l'obligation sous forme d'une règle conventionnelle requérant de l'Etat qu'il fasse ou ne fasse pas quelque chose de relativement déterminé. On pense, évidemment, aux normes de traitement national ou de traitement de la Nation la plus favorisée de même qu'à celle définissant les conditions de la licéité internationale d'une mesure de dépossession. L'autre façon de faire est de formuler l'obligation sous forme de standard, c'est-à-dire en raisonnant en termes de niveau de qualité du comportement de l'Etat, sachant que le contenu normatif de la disposition conventionnelle a vocation à être défini au fur et à mesure de son application concrète. On pense, évidemment aux standards de traitement juste et équitable et de protection et sécurité pleines et entières. Cette distinction entre manières de faire coïncide-t-elle avec celle entre obligations de résultat et obligations de comportement ? On observe, en tous cas, quelque chose d'assez intéressant à la lecture du *Vocabulaire juridique* de Gérard CORNU, pris en tant que reflet de la tradition juridique française, à l'entrée « obligation de moyens »⁷⁶⁴. On constate que cette notion est immédiatement rapprochée de celle d'« obligation générale de prudence et de diligence »⁷⁶⁵, et ce avant qu'elle soit définie. Or, nous savons qu'il existe, en droit international coutumier, une obligation de vigilance incombant au souverain territorialement compétent, obligation née d'une norme dont il est acquis qu'il s'agit d'un standard. Nous savons également qu'il existe un lien de parenté entre ladite norme coutumière et le standard de protection et sécurité pleines et entières. Une telle observation ne suffit, évidemment, pas à pencher de façon décisive dans le sens d'une coïncidence entre les deux distinctions. Pour autant, quand il s'agit de déterminer « ce qui est requis » de l'Etat d'accueil

⁷⁶¹ Cf. art. 20 Projet d'articles 1996.

⁷⁶² Cf. art. 21 Projet d'articles 1996.

⁷⁶³ Cf. P. DAILLER, M. FORTEAU & A. PELLET, *op. cit.*, pp. 859-862, § 473.

⁷⁶⁴ Cf. G. CORNU (dir.), *op. cit.*, « Obligation de moyens ».

⁷⁶⁵ *Ibidem*.

à des fins d'établissement de l'existence de l'illicéité internationale, les difficultés techniques sont plus ou moins les mêmes quelle que soit la distinction sur laquelle l'on est amené à se baser : il n'est, en fait, question que de détermination du contenu normatif de l'obligation internationale en question.

La jurisprudence arbitrale en matière d'investissements étrangers fournit des illustrations du fait que la détermination de l'existence d'une violation par l'Etat d'accueil de l'une de ses obligations conventionnelles subit évidemment l'impact du contenu normatif de cette dernière. Il est clair que celles des obligations conventionnelles de l'Etat d'accueil qui peuvent être rapprochées de l'idée que l'on se fait traditionnellement des obligations de résultat définissent « ce qui est requis » de lui de façon assez précise pour que l'établissement de leur violation ne soit pas source d'immenses difficultés techniques. Les difficultés d'interprétation des dispositions conventionnelles mises à part, il s'agira simplement de comparer le comportement de l'Etat d'accueil à « ce qui est requis » de lui par la disposition conventionnelle concernée. Cela sera, à peu de détails près, vrai qu'il soit question de traitement national, de traitement de la Nation la plus favorisée ou de conditions de licéité internationale d'une mesure de dépossession. La situation est très différente quand il s'agit d'obligations conventionnelles pouvant être rapprochées des obligations de comportement dans leur acception traditionnelle, en particulier dans le cas du traitement juste et équitable. En effet, le fait même qu'il s'agisse d'un standard influe sur la détermination de l'illicite. De plus, la jurisprudence arbitrale concernant ce standard montre à quel point il est encore compliqué pour les arbitres d'en dégager une définition abstraite pérenne⁷⁶⁶. Cela a, en particulier, été tenté dans la sentence *Tecmed c/ Mexique*. Le collège arbitral, centrant la définition donnée sur les attentes légitimes de l'investisseur protégé de même que sur une certaine conception de la bonne foi, a procédé comme suit :

« The Arbitral Tribunal considers that this provision of the Agreement, in light of the good faith principle established by international law, requires the Contracting Parties to provide to international investments treatment that does not affect the basic expectations that were taken into account by the foreign investor to make the investment. The foreign investor expects the host State to act in a consistent manner, free from ambiguity and totally transparently in its relations with the foreign investor, so that it may know beforehand any and all rules and regulations that will govern its investments, as well as the goals of the relevant policies and

⁷⁶⁶ Cf. R. DOLZER & C. SCHREUER, op. cit., pp. 142-144.

administrative practices or directives, to be able to plan its investment and comply with such regulations. Any and all State actions conforming to such criteria should relate not only to the guidelines, directives or requirements issued, or the resolutions approved thereunder, but also to the goals underlying such regulations. The foreign investor also expects the host State to act consistently, i.e. without arbitrarily revoking any preexisting decisions or permits issued by the State that were relied upon by the investor to assume its commitments as well as to plan and launch its commercial and business activities. The investor also expects the State to use the legal instruments that govern the actions of the investor or the investment in conformity with the function usually assigned to such instruments, and not to deprive the investor of its investment without the required compensation. In fact, failure by the host State to comply with such pattern of conduct with respect to the foreign investor or its investments affects the investor's ability to measure the treatment and protection awarded by the host State and to determine whether the actions of the host State conform to the fair and equitable treatment principle. Therefore, compliance by the host State with such pattern of conduct is closely related to the above-mentioned principle, to the actual chances of enforcing such principle, and to excluding the possibility that state action be characterized as arbitrary [...] »⁷⁶⁷

On sait que, par la suite, les tribunaux arbitraux qui ont eu à aborder cette question n'ont pas tous repris cette définition⁷⁶⁸. La détermination de « ce qui requis » de l'Etat d'accueil par une clause de traitement juste et équitable est autrement plus problématique quand, dans les faits, il s'agit, pour le juge, de simultanément appliquer la norme à une situation concrète et en dégager le contenu normatif. Le risque, pour l'Etat défendeur, est que le juge aille au-delà de ce qui aurait été consenti par les parties au traité, de ce que lesdites parties ont consenti à requérir l'une de l'autre. C'est, notamment, le cas quand des concepts sont ponctuellement associés par l'arbitre à celui de traitement juste et équitable, de façon à déterminer, dans un cas concret s'il y a eu violation par l'Etat défendeur de son obligation. On pense à ceux de stabilité⁷⁶⁹ ou de transparence⁷⁷⁰. Ainsi, la détermination de l'illicéité est tributaire de celle de « ce qui est requis » de l'Etat par celui qui devra appliquer et, par conséquent, interpréter la disposition conventionnelle. Autant dire que le pouvoir d'interprétation de l'arbitre va peser

⁷⁶⁷ Cf. CIRDI 29 mai 2003 *Tecmed c/ Mexique* (<http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0854.pdf>) § 154.

⁷⁶⁸ Cf. R. DOLZER & C. SCHREUER, *op. cit.*, pp. 143-144.

⁷⁶⁹ Cf. R. DOLZER & C. SCHREUER, *op. cit.*, pp. 145-149.

⁷⁷⁰ Cf. R. DOLZER & C. SCHREUER, *op. cit.*, pp. 149-152 ; A. NEWCOMBE & LL. PARAELL, *op. cit.*, pp. 291-294.

de tout son poids sur la détermination d'une violation par un Etat d'accueil d'une clause conventionnelle de traitement juste et équitable.

Il ressort de ce qui précède que, les obligations conventionnelles de l'Etat d'accueil n'ayant pas toutes la même nature, la détermination de l'illicéité internationale du comportement dudit Etat se fera de façon plus ou moins difficile selon qu'il s'agisse d'une règle conventionnelle ou d'un standard. Dans les deux cas, il s'agira de comparer ledit comportement à « ce qui est requis » par la norme concernée. Cela étant, alors que cette comparaison s'avère relativement aisée dans la première hypothèse, elle se heurte à une complication dans la seconde hypothèse : la nature même de l'obligation, puisqu'il s'agit d'un standard, dont le contenu normatif a été défini, à dessein, pour amplifier la nécessité d'interprétation, met l'interprète dans une position lui permettant, éventuellement, d'extrapoler le contenu en question. L'établissement de l'existence de l'illicéité internationale peut alors s'en trouver facilitée. Pour autant, les problèmes posés par les modalités de la violation ne sont pas évacués, loin s'en faut.

§ 2 — Modalités de la violation par l'Etat d'accueil d'une obligation internationale

Se demander quelles peuvent être les modalités de la violation par l'Etat d'accueil d'une obligation internationale revient à simultanément se poser les questions du « quand » et du « comment ». En effet, selon l'article 13 du projet d'articles :

*« Le fait de l'État ne constitue pas une violation d'une obligation internationale à moins que l'État ne soit lié par ladite obligation au moment où le fait se produit. »*⁷⁷¹

Ce texte codifie l'essentiel de la pratique internationale sur ce point et énonce un principe simple : un Etat ne peut être considéré comme ayant violé l'une de ses obligations internationales que si cette dernière était en vigueur à son égard au moment du fait concerné. Ce principe est, évidemment, à rapprocher de l'article 28 de la Convention de Vienne sur le droit des traités, consacré au principe de non-rétroactivité des traités, en vertu duquel :

« À moins qu'une intention différente ne ressorte du traité ou ne soit par ailleurs établie, les dispositions d'un traité ne lient pas une partie en ce qui concerne un acte ou fait antérieur

⁷⁷¹ Cf. CDI, « Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa cinquante-troisième session », *op. cit.*, pp. 60-62 ; « Projet d'articles sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite et commentaires y relatifs », *op. cit.*, pp. 81-86 (document pdf) ; J. CRAWFORD, *op. cit.*, pp. 157-161.

à la date d'entrée en vigueur de ce traité au regard de cette partie ou une situation qui avait cessé d'exister à cette date. »⁷⁷²

Il est clair, vu sous cet angle, que ce principe, en tant qu'élément du droit intertemporel⁷⁷³, semble régler le problème du « quand » et s'appliquer à toutes les obligations internationales, même celles qui sont impératives.

Pour autant, le fait de l'Etat, en soi-même, peut revêtir diverses formes. Il peut également être envisagé en tant que tel ou faisant partie d'un ensemble d'agissements de l'Etat. *A priori*, ces considérations, en ce qu'elles concernent le « comment », sont censées ne pas être décisives pour l'établissement de l'existence d'une violation du droit international. Néanmoins, certaines modalités du fait de l'Etat soulèvent des questions de droit intertemporel, en ce qu'il s'agit à la fois d'établir le « comment », à savoir ce en quoi consiste le fait, et le « quand », c'est-à-dire le moment auquel ce fait constitue une violation du droit international. La pratique en matière d'investissements étrangers est une illustration comme une autre de ces difficultés juridiques. En effet, nombreuses seront les hypothèses dans lesquelles les problèmes de « quand » et de « comment » peuvent se poser et les tribunaux arbitraux ont souvent à en connaître. Plusieurs facteurs y contribuent. On pense, en particulier, au contenu de l'obligation violée, au moment auquel elle est entrée en vigueur et à la forme que revêt la violation alléguée. Nous avons vu ce en quoi la détermination de « ce qui est requis » de l'Etat d'accueil de l'investissement, à des fins de responsabilité internationale pouvait ne pas être aisée. On constatera dans les développements à suivre qu'établir qu'un fait de l'Etat d'accueil constitue ou non une violation de l'une de ses obligations conventionnelles ne présente pas le même degré de difficulté selon qu'il s'agisse d'un fait achevé ou d'un fait continu (A) ou selon qu'il s'agisse d'un fait simple ou composite (B).

⁷⁷² Cf. Convention de Vienne du 23 mai 1969 sur le droit des traités (<https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/Volume%201155/volume-1155-I-18232-French.pdf>).

⁷⁷³ Cf. J. SALMON (dir.), *op. cit.*, entrée « Droit intertemporel » (« Ensemble de principes ou de règles qui, dans un ordre juridique, précisent les conditions d'application des normes dans le temps, tant pour déterminer à quel moment une norme donnée est applicable que pour déterminer l'époque à laquelle il faut se placer pour en déterminer le sens, lorsque ce dernier a évolué [...] ») ; SA M. HUBER 4 avril 1928 *Ile de Palmas*, RSA vol. II, pp. 845-846. La jurisprudence arbitrale transnationale en matière d'investissements étrangers a eu l'occasion de rappeler ce principe général du droit intertemporel (cf., notamment, CIRDI 8 mai 2008 *Victor Pey Casado c/ Chili* [<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0638.pdf>] § 466 ; F. LATTY, « Arbitrage transnational et droit international général [2008] », AFDI 2008, pp. 467-512, p. 483).

A — Caractère achevé ou continu du fait de l'Etat d'accueil

Le point de départ de ce propos sera la lettre de l'article 14 du projet, intitulé « Extension dans le temps de la violation d'une obligation internationale » :

« 1. *La violation d'une obligation internationale par le fait de l'Etat n'ayant pas un caractère continu a lieu au moment où le fait se produit, même si ses effets perdurent.*

2. *La violation d'une obligation internationale par le fait de l'Etat ayant un caractère continu s'étend sur toute la période durant laquelle le fait continue et reste non conforme à l'obligation internationale.*

3. *La violation d'une obligation internationale requérant de l'Etat qu'il prévienne un événement donné a lieu au moment où l'événement survient et s'étend sur toute la période durant laquelle l'événement continue et reste non conforme à cette obligation.* »⁷⁷⁴

Les paragraphes 1 & 2 distinguent selon que la violation d'une obligation internationale est intervenue par le biais d'un fait achevé ou d'un fait continu. On remarque que ces deux types de faits ne sont pas définis par l'article. Tel n'est d'ailleurs pas sa raison d'être : l'angle d'approche reste celui du droit intertemporel. Cela étant, c'est en fonction du caractère achevé ou continu du fait de l'Etat que l'on déterminera le moment auquel l'illicéité intervient. Ainsi, quand le fait est achevé, on considère que la violation intervient seulement « au moment où [il] se produit »⁷⁷⁵, et ce même s'il continue à produire des effets⁷⁷⁶, alors que, dans l'hypothèse du fait continu, la violation est censée intervenir sur toute la durée du fait⁷⁷⁷, et ce seulement pendant le temps où l'Etat est tenu par l'obligation internationale concernée⁷⁷⁸. La distinction concernée est admise par la doctrine⁷⁷⁹ et est largement assise dans la jurisprudence internationale⁷⁸⁰.

Le commentaire du projet nous donne quelques indications quant aux types d'hypothèses dans lesquelles fait achevé ou fait continu sont susceptibles d'être rencontrés. James

⁷⁷⁴ Cf. CDI, « Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa cinquante-troisième session », *op. cit.*, pp. 62-65 ; « Projet d'articles sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite et commentaires y relatifs », *op. cit.*, pp. 87-95 (document pdf) ; J. CRAWFORD, *op. cit.*, pp. 161-168.

⁷⁷⁵ Cf. Commentaire, § 2.

⁷⁷⁶ *Ibidem.*

⁷⁷⁷ Cf. Commentaire, § 3.

⁷⁷⁸ *Ibidem.*

⁷⁷⁹ Cf. Commentaire, § 5.

⁷⁸⁰ Cf. Commentaire, § 8-13.

CRAWFORD remarque, en particulier, qu'ils peuvent tous les deux se produire en matière d'expropriation :

« [...] Si une expropriation a lieu conformément à la loi, avec pour conséquence que le titre de propriété concerné est cédé, l'expropriation proprement dite constitue alors un fait achevé. Toutefois, la situation peut être différente en présence d'une occupation de facto, 'rampante' ou déguisée. À titre exceptionnel, une juridiction peut légitimement refuser de reconnaître une loi ou un décret, la conséquence étant alors que le déni d'un statut, d'un droit de propriété ou de la possession d'un bien qui en résulte peut donner lieu à un fait illicite continu. »⁷⁸¹

L'auteur renvoie, pour étayer cette remarque, à deux arrêts relativement célèbres de la Cour européenne des droits de l'Homme, rendus dans les affaires *Papamichalopoulos*⁷⁸² et *Loizidou*⁷⁸³, dans lesquelles il était question d'expropriation rampante. On voit, dès ce stade, l'intérêt qu'il pourrait y avoir, pour un investisseur protégé par un traité et recherchant la responsabilité de l'Etat d'accueil sur le fondement de la disposition concernant les mesures de dépossession, à alléguer d'une violation continue de ladite disposition : si le fait est continu et qu'il a débuté avant l'entrée en vigueur, la violation existera, tout de même, dans la période « durant laquelle le fait continue et reste non conforme à l'obligation internationale ». Aussi, on peut craindre, dans certains cas, des manœuvres destinées à contourner le principe de non-rétroactivité des obligations conventionnelles⁷⁸⁴. Cela étant, la jurisprudence arbitrale en matière d'investissements a plusieurs fois manifesté son ferme attachement à ce principe comme le montre, en particulier, la sentence finale rendue en 2002 dans l'affaire *Mondev c/ Etats-Unis d'Amérique* rendue dans le cadre de l'ALENA :

« [...] The basic principle is that a State can only be internationally responsible for breach of a treaty obligation if the obligation is in force for that State at the time of the alleged breach. The principle is stated both in the Vienna Convention on the Law of Treaties and in the ILC's Articles on State Responsibility, and has been repeatedly affirmed by international tribunals. There is nothing in NAFTA to the contrary. [...] »⁷⁸⁵

⁷⁸¹ Cf. Commentaire, § 4.

⁷⁸² Cf. CEDH 24 juin 1993 *Papamichalopoulos c/ Grèce*, Série A, n° 260-B.

⁷⁸³ Cf. CEDH *Loizidou c/ Turquie*, Rec. 1996-VI, p. 2216.

⁷⁸⁴ Cf. F. LATTY, « Arbitrage transnational et droit international général (2008) », *op. cit.*, p. 484.

⁷⁸⁵ Cf. ALENA CIRDI Mécanisme supplémentaire 11 octobre 2002 *Mondev c/ Etats-Unis d'Amérique* (<http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita1076.pdf>) § 68.

Il faut aussi signaler que la jurisprudence appliquera des règles de droit intertemporel différentes selon qu'il s'agisse de compétence ou de fond. Ainsi en a-t-il été, par exemple, dans l'affaire *SGS c/ Philippines*⁷⁸⁶. De ce ferme attachement découle la solution rendue adoptée en 2008 par le tribunal saisi dans l'affaire *Victor Pey Casado c/ Chili* et qui refuse d'appliquer les dispositions du traité pertinent à un décret d'expropriation intervenu antérieurement à son entrée en vigueur et de considérer le fait en question comme continu :

*« En l'espèce, l'expropriation litigieuse, qui a débuté avec les saisies effectuées par l'armée en 1973, s'est achevée avec l'entrée en vigueur du décret n°165 du 10 février 1975 qui a prononcé le transfert de propriété des biens des sociétés CPP S.A. et EPC Ltda à l'Etat. À cette date, l'expropriation était consommée, quelle que soit l'appréciation que l'on peut porter sur sa licéité. Aussi le Tribunal considère que l'expropriation dont se plaignent les demanderesses doit être qualifiée d'acte instantané, antérieur à la date d'entrée en vigueur de l'API. Cette analyse est conforme à la position de principe de la Cour européenne des droits de l'homme qui considère l'expropriation comme un acte instantané et qui ne crée pas une situation continue de 'privation d'un droit'. »*⁷⁸⁷

En revanche, il a estimé que lesdites dispositions étaient applicables *ratione temporis* à d'autres actes allégués par les parties, eux postérieurs à l'entrée en vigueur du traité⁷⁸⁸.

Cela étant, les tribunaux arbitraux ont eu l'occasion d'identifier un fait continu ou d'en écarter la qualification dans d'autres cas que celui d'une dépossession. Ainsi, dans l'affaire *SGS c/ Philippines*, où la violation alléguée était celle d'une *umbrella clause*, le tribunal a considéré que le non paiement de sommes dues au titre d'un contrat couvert constituait un exemple de violation continue de l'obligation concernée⁷⁸⁹. Dans l'affaire *Impregilo c/ Pakistan*, le tribunal saisi de la compétence estimera, pour sa part, que :

*« [...] the acts in question had no 'continuing character' within the meaning of Article 14; they occurred at a certain moment and their legality must be determined at that moment, and not by reference to a Treaty which entered into force at a later date. »*⁷⁹⁰

⁷⁸⁶ Cf. CIRDI Compétence *SGS c/ Philippines*, § 166-167 ; R. DOLZER & C. SCHREUER, *op. cit.*, pp. 36-38.

⁷⁸⁷ Cf. CIRDI 8 mai 2008 *Victor Pey Casado c/ Chili* (<http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0638.pdf>) § 608.

⁷⁸⁸ Cf. CIRDI *Victor Pey Casado c/ Chili*, § 612.

⁷⁸⁹ Cf. CIRDI Compétence *SGS c/ Philippines*, § 167.

⁷⁹⁰ Cf. CIRDI Compétence *Impregilo c/ Pakistan*, § 312-313.

Le paragraphe 3 traite, quant à lui, d'une situation particulière sous un angle particulier : celui de la violation des obligations de prévention d'un évènement donné. En pareil cas, la violation est considérée comme s'étendant sur toute la période où le fait n'est pas conforme à l'obligation concernée. Le standard de protection et de sécurité pleines et entières, en ce qu'il s'agit d'une obligation de vigilance, est bien visé par ce texte⁷⁹¹. En pareil cas, la distinction entre faits achevés et continus ne semble pas influer sur l'établissement de la violation de ce genre d'obligations : les mêmes principes de droit intertemporel s'appliqueront et le standard conventionnel ne produira pas d'effet rétroactif, à moins qu'il ressorte clairement de la disposition concernée que les parties au traité ont souhaité le contraire. Aussi, ce propos peut-il être conclu par le simple rappel que le fait achevé ne sera pris en considération que si l'obligation est en vigueur et que le fait continu ne le sera que pendant que l'obligation est en vigueur. Même si le fait composite peut être considéré comme une forme de fait continu, la distinction l'opposant au fait simple pose, quant à elle, d'autres types de difficultés.

B — Caractère simple ou composite du fait de l'Etat d'accueil

Au titre de l'article 15 du projet, consacré aux violations constituées par un fait composite :

« 1. La violation d'une obligation internationale par l'État à raison d'une série d'actions ou d'omissions, définie dans son ensemble comme illicite, a lieu quand se produit l'action ou l'omission qui, conjuguée aux autres actions ou omissions, suffit à constituer le fait illicite.

*2. Dans un tel cas, la violation s'étend sur toute la période débutant avec la première des actions ou omissions de la série et dure aussi longtemps que ces actions ou omissions se répètent et restent non conformes à ladite obligation internationale. »*⁷⁹²

À en lire le commentaire de cet article, ce texte traite d'un type particulier de violations d'une obligation internationale constituées par un fait continu et ne ferait que contribuer à préciser la distinction existant entre ce type de violations et celles constituées par un fait achevé⁷⁹³. Aussi, les solutions applicables, par principe, à tous les faits illicites continus le sont aux violations du droit international constituées par un fait composite, en particulier les

⁷⁹¹ Cf. Commentaire, § 14.

⁷⁹² Cf. CDI, « Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa cinquante-troisième session », *op. cit.*, pp. 65-67 ; « Projet d'articles sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite et commentaires y relatifs », *op. cit.*, pp. 95-100 (document pdf) ; J. CRAWFORD, *op. cit.*, pp. 168-172.

⁷⁹³ Cf. Commentaire, § 1-2.

règles basiques de droit intertemporel. Plus précisément, le paragraphe 2 laisse entendre que la « première des actions ou omissions de la série » intervient, par hypothèse, à un moment où l'obligation concernée est en vigueur. Pour autant, le fait illicite composite étant défini comme une « série d'actions ou d'omissions, définie dans son ensemble comme illicite », il est, en toute logique, susceptible d'être opposé au fait illicite dit « simple » ou individuel qui, lui, tiendrait « en un bloc ». James CRAWFORD note que :

« [...] *Les faits composites sont plus que les autres susceptibles de donner lieu à des violations continues, mais des faits simples peuvent aussi causer des violations continues.* [...] »⁷⁹⁴

Il montre, ce faisant, que la distinction étudiée ici ne coïncide pas avec celle analysée un peu plus haut.

En matière d'investissements étrangers, la dépossession rampante semble être considérée comme l'une des meilleures illustrations du fait illicite composite⁷⁹⁵. Ainsi, dans sa sentence rendue en 2007, dans l'affaire *Siemens c/ Argentine*, le tribunal saisi a présenté les choses de la façon suivante :

« [...] 263. *By definition, creeping expropriation refers to a process, to steps that eventually have the effect of an expropriation. If the process stops before it reaches that point, then expropriation would not occur. This does not necessarily mean that no adverse effects would have occurred. Obviously, each step must have an adverse effect but by itself may not be significant or considered an illegal act. The last step in a creeping expropriation that tilts the balance is similar to the straw that breaks the camel's back. The preceding straws may not have had a perceptible effect but are part of the process that led to the break.*

264. *We are dealing here with a composite act in the terminology of the Draft Articles. Article 15 of the Draft Articles provides the following:*

'(1) The breach of an international obligation by a State through a series of actions or omissions defined in aggregate as wrongful occurs when the action or omission occurs which, taken with the other actions or omissions, is sufficient to constitute the wrongful act'.

265. *As explained in the ILC's Commentary on the Draft Articles:*

⁷⁹⁴ Cf. Commentaire, § 4.

⁷⁹⁵ Pour un effort de définition du fait illicite composite par un tribunal arbitral transnational, cf., notamment, CNUDCI/LCIA Exceptions préliminaires sur la compétence 19 septembre 2008 *Société Générale c/ République dominicaine* (<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0798.pdf>) § 91 ; F. LATTY, « Arbitrage transnational et droit international général (2008) », *op. cit.*, p.484.

‘Paragraph 1 of Article 15 defines the time at which a composite act ‘occurs’ as the time at which the last action or omission occurs which, taken with the other actions or omissions, is sufficient to constitute the wrongful act, without it necessarily having to be the last of the series.’

266. *The concept could not be better explained. [...] »*⁷⁹⁶

Des faits illicites composites ont également été identifiés par les tribunaux arbitraux dans d’autres hypothèses que celle d’une dépossession rampante. C’est le cas dans l’affaire *El Paso c/ Argentine*, où le tribunal saisi a estimé, dans une sentence rendue en 2011, être en présence d’une « violation rampante du standard de traitement juste et équitable »⁷⁹⁷. Dans la sentence évoquée *supra* rendue dans l’affaire *Victor Pey Casado c/ Chili*, le collège arbitral, après avoir écarté l’existence en l’espèce d’une expropriation réalisée par le biais d’un fait illicite composite, avait également identifié un fait composite violant le standard conventionnel de traitement juste et équitable⁷⁹⁸.

En définitive, les règles du droit de la responsabilité concernant les faits illicites continus et, parmi eux, les faits illicites composites ne permettent aucun détournement des règles du droit intertemporel⁷⁹⁹. Quelle que soit la modalité identifiée de la violation, celle-ci n’existera en tant que telle que dans la mesure où l’obligation elle-même existe. Peu importe, en vérité, que le fait illicite soit achevé, simple, continu ou composite. Peu importe également qu’il soit instantané ou qu’il s’étende dans le temps. Il ressort de ce qui précède que, sur ce point, les arbitres tranchant des différends transnationaux sont peu enclins à s’écarter des solutions classiques.

⁷⁹⁶ Cf. CIRDI 17 janvier 2007 *Siemens c/ Argentine* (<http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0790.pdf>).

⁷⁹⁷ Cf. CIRDI 31 octobre 2011 *El Paso c/ Argentine* (<http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0270.pdf>) § 515-519.

⁷⁹⁸ Cf. CIRDI Victor Pey Casado c/ Chili, § 650-674.

⁷⁹⁹ En effet, les arbitres montrent une certaine vigilance sur ce point (cf. notamment CPA CNUDCI Compétence 18 juillet 2013 *ST-AD c/ Bulgarie* [<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw3113.pdf>] § 332 ; P. JACOB, F. LATTY & A. DE NANTEUIL, « Arbitrage transnational et droit international général [2013] », op. cit., pp. 454-455)

Conclusion du Chapitre V :

Le fait génératrice de la responsabilité internationale de l'Etat d'accueil d'un investissement objet d'une protection conventionnelle telle qu'étudiée dans ces développements n'est pas plus difficile à appréhender que dans une autre branche du droit international et présente relativement peu de spécificités par rapport aux solutions proposées par le droit international général. L'identification de la « Main de l'Etat », dans son interaction avec l'investissement, pose, en pratique, relativement peu de difficultés. On la reconnaît dans les comportements impliquant l'exercice de prérogatives étatiques, soit par des organes de l'Etat d'accueil, soit par d'autres entités juridiquement habilitées à les exercer, ces dernières « bénéficiant », cependant, d'une certaine tendance qu'ont les tribunaux à élargir les conditions d'attribution les concernant, en utilisant notamment le critère du contrôle en dehors de son contexte. La « Main de l'Etat » est également reconnaissable donne une impulsion aux comportements de personnes ou d'entités qui ne lui sont pas « naturellement » attribuables. On parle d'« instructions », de « direction » ou de « contrôle » et la pratique internationale peut facilement illustrer ce groupe de cas de figure. Bien que la « Main de l'Etat » puisse, dans l'absolu, être identifiée dans des hypothèses où celui reconnaît ou adopte des comportements de personnes ou d'entités telles que celles que nous venons d'évoquer, il semble, en revanche, que ce cas de figure a été trop peu rencontré en pratique pour que nous puissions avoir un recul suffisant à ce sujet.

En ce qui concerne l'aspect « violation du droit international » du fait internationalement illicite de l'Etat, apparaissent quelques répercussions de certaines problématiques liées à l'identification des obligations internationales, de « ce qui est requis de lui » quand il s'agit de déterminer l'existence ou non d'une violation par l'Etat d'accueil de l'une de ses obligations internationales. Ainsi, la question de la formation d'obligations internationales de l'Etat par le biais d'une « internationalisation » conventionnelle du régime juridique de l'investissement protégé peut peser sur la détermination de l'existence ou non d'une violation par l'Etat d'accueil de l'une de ses obligations internationales, et ce tout en sachant que l'origine de ladite obligation est, en principe, indifférente. De même, les problématiques inhérentes à la détermination du contenu normatif des dispositions conventionnelles en matière de traitement et de protection, dont on sait qu'elle influe sur la nature des obligations concernées, s'invitent dans celle de l'existence ou non d'une violation par l'Etat d'accueil de l'une desdites obligations, le tout en sachant que la nature est, en principe, indifférente. D'autres

répercussions ont été constatées, quoique dans une moindre mesure, pour ce qui est des modalités possibles de la violation, les principales difficultés tenant au « quand » et au « comment » de la violation. Cela étant, comme nous l'avons plus, si lesdites difficultés peuvent être liées au contenu normatif prêté par l'interprète à certaines dispositions, la pratique jurisprudentielle ne s'écarte pas vraiment des solutions fournies par le droit intertemporel. La possible exclusion de l'illicéité internationale du fait de l'Etat d'accueil appelle, quant à elle, d'autres interrogations.

Chapitre VI

Circonstances excluant l'illicéité internationale du comportement de l'Etat d'accueil

Comment définir la notion de « circonstance excluant l'illicéité » ? Choisissons de partir de la définition suivante :

« *Circonstances qui ont pour effet de rendre temporairement inopérante l'obligation internationale dont la violation est alléguée. [...] Ces circonstances présentent donc le caractère d'une exception qui, lorsqu'elle peut être soulevée, enlève le caractère d'illicéité du comportement donné. [...]* »⁸⁰⁰

Le mécanisme de l'exclusion de l'illicéité est bien connu : « [...] ces circonstances excluent l'illicéité d'un comportement déterminé ; mais elles laissent pleinement subsister l'obligation violée à la charge de l'auteur du manquement »⁸⁰¹, les auteurs de cette citation rajoutant que « si les circonstances le permettent (et si l'obligation s'y prête), celui-ci devra s'en acquitter à nouveau »⁸⁰². Les circonstances excluant l'illicéité retenues par la Commission du droit international, dans le cadre du projet d'articles sont, elles-aussi, bien connues : il s'agit du consentement (article 20), de la légitime défense (article 21), des contre-mesures (article 22), de la force majeure (article 23), de la détresse (article 24) et de l'état de nécessité (article 25).

En ce qu'elles constituent également des modalités de sanction de l'internationalement illicite, les contre-mesures seront abordées dans des développements ultérieurs⁸⁰³. En ce qu'il

⁸⁰⁰ Cf. J. SALMON (dir.), *Dictionnaire de droit international public*, Bruxelles, Bruylant/AUF, 2001, xli+1198 p., entrée « Circonstances excluant l'illicéité ».

⁸⁰¹ Cf. P. DAILLIER, M. FORTEAU & A. PELLET, *Droit international public*, Paris, LGDJ, 8ème édition, 2009, 1709 p., pp. 873-878, § 480-482, p. 874, § 480.

⁸⁰² *Ibidem*.

⁸⁰³ Prenons ici le temps de préciser que les développements ultérieurs en question concernent les contre-mesures accessibles à l'Etat de nationalité de l'investisseur protégé en tant que réponse à l'illicéité du comportement de l'Etat d'accueil dudit investissement. Envisagées en tant que moyen de défense potentiel de ce dernier Etat dans un procès arbitral transnational, les contre-mesures soulèvent d'autres questions. Ainsi, une telle excuse serait difficilement admissible, du fait que la contre-mesure alléguée serait dirigée vers un investisseur protégé et non vers son Etat de nationalité. Or, comme cela a pu être souligné, il serait difficile, en pareil contexte, de prêter un acte internationalement illicite à l'investisseur, ce qui pourtant constitue une condition de validité de l'invocation de cette circonstance excluant l'illicéité (A. DE NANTEUIL, *op. cit.*, § 858, pp. 424-425). De plus, le raisonnement adopté par le collège arbitral saisi dans l'affaire *Archer Daniels Midlands c/Mexique* (cf. ALENA CIRDI 21 novembre 2007 [https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0037_0.pdf] § 168-

est très peu plausible qu'elle soit invoquée dans le domaine étudié, la détresse ne fera pas l'objet d'une analyse profonde de notre part. Il nous semble plutôt nécessaire de distinguer deux grands groupes d'hypothèses dans lesquelles l'illicéité internationale du comportement de l'Etat d'accueil peut être exclue : les situations d'urgence se prêtant à une telle exclusion (Section 1) et le consentement d'une victime, au sens où l'entend le droit coutumier, à la commission du fait illicite allégué (Section 2).

Section 1 — Exclusion de l'illicéité du comportement de l'Etat d'accueil en situation d'urgence

Dans l'absolu, l'illicéité du comportement de l'Etat hôte peut, d'après le droit coutumier tel que reflété par le projet d'articles, être exclue dans des situations d'urgence. Ces situations, ces circonstances, nous le savons, sont définies de façon restrictive. Il s'agit de la force majeure (article 23), de la détresse (article 24) et de l'état de nécessité (article 25). La pratique arbitrale en matière d'investissements ne contient pas encore d'illustration de l'invocation de la détresse en tant que circonstance excluant l'illicéité, ce qui explique que la littérature concernant cette question soit quasiment inexistante. Il est, certes, vrai que les conditions de son invocation se prête peu au succès de cette dernière dans le domaine qui nous intéresse⁸⁰⁴. En effet, l'article 24 est rédigé comme suit :

« 1. L'illicéité du fait d'un État non conforme à une obligation internationale de cet État est exclue si l'auteur dudit fait n'a raisonnablement pas d'autre moyen, dans une situation de détresse, de sauver sa propre vie ou celle de personnes qu'il a la charge de protéger.

2. Le paragraphe 1 ne s'applique pas :

a) Si la situation de détresse est due, soit uniquement soit en conjonction avec d'autres facteurs, au comportement de l'Etat qui l'invoque ; ou

*b) Si ledit fait est susceptible de créer un péril comparable ou plus grave. »*⁸⁰⁵

181) ne semble pas devoir être retenu, en ce sens qu'il n'y a pas lieu de voir dans les obligations conventionnelles de l'Etat d'accueil des obligations uniquement dûes à celui de nationalité.

⁸⁰⁴ Cf. F. LATTY, « Conditions d'engagement de la responsabilité de l'Etat d'accueil » in C. LEBEN (dir.), *Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational*, Paris, Pedone, 2015, xviii+1141 p., pp. 415-461, pp. 460-461.

⁸⁰⁵ Cf. CDI, « Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa cinquante-troisième session (23 avril - 1er juin et 2 juillet - 10 août 2001) », Document A/56/10, Annuaire CDI 2001, pp. 20-154, pp. 83-85 ; « Projet d'articles sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite et commentaires y relatifs » (http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/french/commentaries/9_6_2001.pdf) pp. 202-207 (document pdf) ; J.

Pour ce qui est des deux circonstances restantes, à savoir la force majeure et l'état de nécessité, la récente crise économique argentine et le contentieux arbitral qui en a découlé fournissent matière à réflexion. Pour autant, cela ne veut pas dire que toutes les questions ou difficultés techniques pouvant naître de l'application de cet aspect du droit coutumier à la matière qui nous occupe ont été appréhendée de façon décisive. Plus précisément, si la pratique jurisprudentielle en matière de force majeure (§ 1) est, d'un point de vue quantitatif, moins importante que celle concernant l'état de nécessité (§ 2), elle donne, dans les deux cas, du relief à l'idée d'un risque, qui subsiste, que l'interprète aille au-delà de la mission qui lui est confiée et se prononce, au moment de déterminer si les conditions d'invocation de la circonstance excluant l'illicéité concernée sont remplies, sur l'« orthodoxie » du comportement de l'État hôte.

§ 1 — Exclusion de l'illicéité du comportement de l'Etat d'accueil en situation de force majeure

L'illicéité du comportement de l'Etat d'accueil peut être exclue dans des circonstances où l'exécution de l'obligation internationale concernée est rendue matériellement impossible. C'est en tous cas ce que prévoit le droit coutumier tel que reflété par l'article 23 du projet d'articles⁸⁰⁶. Quelques remarques sont nécessaires à ce stade. Dans les développements à venir, la force majeure sera envisagée en tant que circonstance excluant l'illicéité prévue par le droit commun coutumier de la responsabilité. Ainsi, il sera nécessaire de distinguer « cette » force majeure de celle correspondant à un principe général de droit que l'on peut, éventuellement, prévoir, tout en l'assortissant d'aménagements spécifiques, dans le cadre d'un contrat transnational⁸⁰⁷. Il sera également nécessaire de distinguer la force majeure connue en droit de la responsabilité, laissant techniquement subsister l'obligation violée, de la situation visée par l'article 61 de la Convention de Vienne sur le droit des traités, censée contribuer à mettre fin à un traité⁸⁰⁸.

CRAWFORD, *Les articles de la C.D.I. sur la responsabilité de l'Etat – Introduction, texte et commentaires*, Paris, Pedone, 2003, xvi+462 p., pp. 208-213.

⁸⁰⁶ Cf. CDI, « Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa cinquante-troisième session, *op. cit.*, pp. 80-83 ; « Projet d'articles sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite et commentaires y relatifs », *op. cit.*, pp. 136-142 (document pdf) ; J. CRAWFORD, *op. cit.*, pp. 203-208.

⁸⁰⁷ Cf. R. DOLZER & C. SCHREUER, *Principles of International Investment Law*, Oxford, OUP, 2ème édition, 2012, xxxvi+417 p., p. 187 ; A. NEWCOMBE & LL. PARADELL, *Law and practice of investment treaties – Standards of treatment*, Kluwer, 2009, xxx+614 p., p. 514, § 10.20 ; Commentaire, § 8.

⁸⁰⁸ Cf. A. NEWCOMBE & LL. PARADELL, *op. cit.*, p. 515, § 10.20 ; Commentaire, § 4. Ce texte est rédigé

Une fois ces premières précisions faites, il convient de s'interroger sur les situations dans lesquelles il est le plus plausible que la force majeure soit invoquée. En s'interrogeant de la sorte, on constate, dans un premier temps, qu'il est rare qu'elle soit invoquée par un Etat partie à un traité d'investissement, en particulier dans le cadre d'un procès arbitral. Pour autant, l'excuse de force majeure a été évoquée dans le contentieux argentin⁸⁰⁹. En effet, l'Argentine, qui devait faire face à une crise économique, avait adopté des mesures violant ses obligations au titre de plusieurs traités d'investissement. C'est sans doute l'une des raisons pour lesquelles, deuxième constat, cette question connaît un récent regain d'intérêt dans la littérature spécialisée. Cela étant, cette dernière, s'appuyant semble-t-il sur la jurisprudence classique, s'oriente largement vers une approche restrictive de la force majeure, notamment en l'excluant, presque par principe, en cas de crise économique. Or, dans le contexte économique actuel, où les effets de la crise semblent de plus en plus peser sur les choix souverains des pays développés à économie de marché, on est en droit de se demander si une telle approche ne mérite pas d'être affinée.

En attendant que la jurisprudence arbitrale en matière d'investissements soit plus fournie, les solutions applicables seront celles du droit commun, telles que reflétées par le projet d'articles et la jurisprudence classique. Ainsi, c'est à l'aide des données de ce droit commun que l'on déterminera les conditions que doit remplir l'Etat d'accueil d'un investissement pour invoquer la force majeure, conditions qu'il s'agira de confronter aux spécificités de la matière (A). Le deuxième temps de l'analyse consistera alors à s'interroger quant aux chances que l'excuse invoquée par l'Etat d'accueil soit admise par un arbitre tranchant un différend transnational en matière d'investissement (B).

comme suit :

« Article 61. SURVENANCE D'UNE SITUATION RENDANT L'EXÉCUTION IMPOSSIBLE

1. *Une partie peut invoquer l'impossibilité d'exécuter un traité comme motif pour y mettre fin ou pour s'en retirer si cette impossibilité résulte de la disparition ou destruction définitives d'un objet indispensable à l'exécution de ce traité. Si l'impossibilité est temporaire, elle peut être invoquée seulement comme motif pour suspendre l'application du traité.*

2. *L'impossibilité d'exécution ne peut être invoquée par une partie comme motif pour mettre fin au traité, pour s'en retirer ou pour en suspendre l'application si cette impossibilité résulte d'une violation, par la partie qui l'invoque, soit d'une obligation du traité, soit de toute autre obligation internationale à l'égard de toute autre partie au traité. »* (<https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/Volume%201155/volume-1155-I-18232-French.pdf>).

⁸⁰⁹ Cf., en particulier, pour une liste des affaires pendantes ou non dans le cadre du CIRDI, <https://icsid.worldbank.org/apps/icsidweb/cases/pages/advancedsearch.aspx?rmtly=ST4> .

A — Invocation de la force majeure par l'Etat d'accueil

L'article 23 du projet d'articles présente la force majeure, en tant que circonstance excluant l'illicéité, et les conditions de son invocation comme suit :

« 1. L'illicéité du fait d'un État non conforme à une obligation internationale de cet État est exclue si ce fait est dû à la force majeure, consistant en la survenance d'une force irrésistible ou d'un événement extérieur imprévu qui échappe au contrôle de l'État et fait qu'il est matériellement impossible, étant donné les circonstances, d'exécuter l'obligation.

2. Le paragraphe 1 ne s'applique pas:

a) Si la situation de force majeure est due, soit uniquement soit en conjonction avec d'autres facteurs, au comportement de l'État qui l'invoque; ou

*b) Si l'État a assumé le risque que survienne une telle situation. »*⁸¹⁰

Il est précisé, dans le commentaire du projet, que la force majeure :

*« [...] désigne une situation où l'État considéré est effectivement contraint d'agir d'une manière qui n'est pas conforme à ce que lui impose une obligation internationale à sa charge. »*⁸¹¹

De plus, toujours selon le commentaire du projet d'articles :

« [...] le comportement de l'État qui sinon serait internationalement illicite est involontaire ou à tout le moins ne procède en aucune manière d'un choix librement opéré. »

⁸¹²

Si l'on s'en tient à l'article 23 § 1, trois conditions cumulatives doivent, en principe, être remplies pour que l'invocation de la force majeure par l'Etat d'accueil soit admise : la survenance d'une force irrésistible ou d'un événement imprévu, le fait que cette force ou cet événement échappe au contrôle de l'Etat concerné et l'impossibilité matérielle en résultant, pour ce dernier, d'exécuter l'obligation violée en l'espèce⁸¹³.

⁸¹⁰ Cf. CDI, « Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa cinquante-troisième session », *op. cit.*, pp. 80-83 ; « Projet d'articles sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite et commentaires y relatifs », *op. cit.*, pp. 136-142 (document pdf) ; J. CRAWFORD, *op. cit.*, pp. 203-208.

⁸¹¹ Cf. Commentaire, § 1.

⁸¹² *Ibidem.*

⁸¹³ Cf. Commentaire, § 2.

Pour ce qui est de la première condition citée, celle-ci aide à comprendre que la réaction de l'Etat ne procède pas à proprement parler d'un choix, comme cela peut être le cas en situation de nécessité⁸¹⁴. Ledit Etat se retrouve, au contraire, à devoir adopter un comportement internationalement illicite, et ce de façon « involontaire ». Ce comportement doit, au titre de la première condition, intervenir dans deux types d'hypothèses : la survenance d'une force irrésistible ou celle d'un évènement extérieur imprévu. Il est assez facile de trouver des illustrations du premier cas de figure, dans le droit commun comme en matière d'investissements étrangers, et ce qu'il s'agisse ou non de phénomènes causés par la main de l'homme. Ce que ces illustrations ont en commun est que, comme cela est souligné dans le commentaire du projet d'articles :

« [...] la situation doit être à ce point irrésistible que l'Etat en cause n'a pas vraiment la possibilité d'échapper à ses effets. »⁸¹⁵

Ainsi le degré d'irrésistibilité requis ne soulève que très peu de difficultés, du moins à ce stade. Nous verrons par la suite que ce degré d'irrésistibilité doit correspondre à ce qui est requis au titre des deuxième et troisième conditions.

De même en est-il du deuxième cas de figure, à savoir la survenance d'un évènement extérieur imprévu. Il convient, toutefois, de rajouter le droit coutumier n'exige pas une imprévisibilité absolue. En effet, à en croire le commentaire, l'évènement extérieur ne doit pas avoir été d'une nature aisément prévisible par l'Etat invoquant la force majeure⁸¹⁶. Dans le cas particulier des crises économiques, nous savons que leur caractère brutal contribue à les caractériser. De plus, dans le cas où elles ont été induites par le fonctionnement des marchés boursiers ou les répercussions à grande échelle d'opérations de spéculation, les Etats peuvent avoir des difficultés à anticiper les réactions en chaîne en résultant. Il en sera de même, quoique dans une moindre mesure, dans le cas de décisions prises, au niveau macroéconomique, par des Etats dont la situation économique rejaillit sur les autres ou par les grandes organisations financières. Si l'on prend l'exemple de la crise argentine, la dévaluation du real brésilien et la montée du dollar américain sont présentés comme des évènements sinon

⁸¹⁴ Cf. A. NEWCOMBE & LL. PARADELL, *op. cit.*, p. 515, § 10.20.

⁸¹⁵ Cf. Commentaire, § 3.

⁸¹⁶ Cf. Commentaire, § 2.

déclencheurs en tous cas aggravateurs de la situation⁸¹⁷. Or, ce sont des décisions souveraines dont la prise n'est pas nécessairement susceptible d'être anticipée par les autres Etats.

Certains aspects de la deuxième condition, la nécessité que la force ou l'évènement échappe au contrôle de l'Etat, ont été abordés plus haut. Nous pensons en particulier au fait que le comportement du souverain invoquant la force majeure revêt un caractère involontaire et au degré d'imprévisibilité exigé par le droit coutumier. Que les phénomènes en question soient ou non dus à l'action humaine, comme cela a été évoqué *supra*, la condition étudiée semble devoir être rapprochée de l'obligation de *due diligence*, en particulier dans son aspect « prévention », à la charge de l'Etat de territorialité et sa réalisation contribuera, à notre sens, à éviter que cette dernière soit violée. Une autre manière de formuler cette idée serait de dire que le fait qu'un Etat soumis au type de contrainte né de la combinaison de deux premières conditions visées par l'article 23 § 1 ne signifie pas, par hypothèse, qu'il a violé l'obligation coutumière. L'excuse de force majeure, en tant que circonstance excluant l'illicéité, telle qu'elle est appréhendée par le droit international général, ne saurait, certes, être admise que si les conditions de son invocation sont toutes réunies. Pour autant, dans le cas de la *due diligence* coutumière et, par extension, dans celui du standard conventionnel de protection et de sécurité pleines et entières, la réalisation des deux premières conditions visées à l'article 23 § 1 constitue une exception à la règle. Cela semble, en tous cas, être admis dans une assez large mesure⁸¹⁸. Il nous semble cependant permis d'être moins affirmatif en ce qui concerne les autres obligations, coutumières ou conventionnelles, formulées sous la forme d'un standard de l'Etat d'accueil d'un investissement.

La troisième condition occupe vraisemblablement une position centrale dans l'admissibilité de l'invocation de la force majeure. En effet, elle symbolise à elle seule la volonté qui a été celle de la CDI de faire en sorte que cette circonstance excluant l'illicéité ne soit pas trop facilement admissible. Ainsi, le droit coutumier, tel que reflété par l'article 23 § 1, exige, en plus des deux conditions précédemment évoquées, que les circonstances rendent matériellement impossibles l'exécution par l'Etat de l'obligation dont la violation est alléguée. Pour l'essentiel, on doit retenir qu'il ne suffit pas que l'exécution de l'obligation de

⁸¹⁷ Cf. A. A. ESCOBAR, « Argentina's Multiplication of Investor-State Arbitration Proceedings » in C. LEBEN (dir.), *Le contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement – Nouveaux développements*, Louvain-la-Neuve, 2006, 396 p., pp. 219-236, pp. 221-225.

⁸¹⁸ Cf. R. DOLZER & C. SCHREUER, *op. cit.*, p. 161 ; R. DOLZER & M. STEVENS, *Bilateral Investment Treaties*, La Haye/Boston/Londres, Martinus Nijhoff, 1995, xix+330 p., pp. 60-61 ; CIJ 20 juillet 1989 *Elettronica Sicula*, Rec. 1989, p. 65, § 108.

l'Etat ait été « simplement » rendue difficile par la survenance de la force ou de l'évènement échappant à son contrôle : en pareil cas, la force majeure ne peut être valablement invoquée⁸¹⁹. La jurisprudence classique illustre notamment le fait que de « simples » difficultés économiques éprouvées par un Etat ne dispensent pas ce dernier d'exécuter ses obligations au nom de la force majeure quand subsiste une possibilité matérielle d'exécution. On pense, en particulier, à l'affaire de l'*Indemnité russe*⁸²⁰. Il y a cependant lieu de préciser que rien n'interdit, par hypothèse, qu'une crise économique ait des effets d'une gravité telle que l'exécution par un Etat de certaines de ses obligations internationales en soit impossible.

Cela étant, en supposant que les conditions énoncés dans l'article 23 § 1 sont réunies, l'application de ce texte est « neutralisée » par la survenance des deux situations décrites à l'article 23 § 2, à savoir si la situation de force majeure est due à l'Etat ou si ce dernier en assumé le risque. Pour ce qui est de la première de ces situations, il est souligné dans le commentaire que :

*« [pour] que la disposition de l'alinéa a du paragraphe 2 s'applique, il ne suffit pas que l'État qui invoque la force majeure ait contribué à la situation d'impossibilité matérielle: il faut que la situation de force majeure soit «due» au comportement de l'État qui l'invoque. C'est ainsi que la force majeure peut être invoquée dans des situations où un État a pu, à son insu, contribuer à la survenance de l'impossibilité matérielle en faisant quelque chose qui considéré a posteriori, aurait pu être fait différemment mais qui a été fait de bonne foi et n'a pas rendu l'événement moins imprévu. Selon l'alinéa a du paragraphe 2, le rôle de l'État dans la survenance de la force majeure doit être fondamental. »*⁸²¹

La question qui se pose alors est celle de savoir sur quelles bases ou à partir de quel moment un agissement erroné de bonne foi peut être différencié d'un agissement erroné de mauvaise foi, en particulier en matière économique. En effet, en dehors des hypothèses dans lesquelles un Etat a manifestement ou ostensiblement manqué à la fois de discernement et de transparence, notions qui doivent certainement être définies, dans les choix qui ont mené à la réalisation des conditions décrites à l'article 23 § 1 du projet, sur quels critères peut-on ou doit-on se baser pour tirer ce genre de conclusions ? L'« orthodoxie », en cette matière, peut-elle même être définie ? Il est à craindre que cette « orthodoxie », aux yeux de ceux auxquels

⁸¹⁹ Cf. Commentaire, § 3 (où il est, notons-le, fait référence aux situations de crise économique).

⁸²⁰ Cf. SA 11 novembre 1912 *Indemnité russe*, RSA vol. XI, pp. 421-447, p. 443 ; Commentaire, § 7.

⁸²¹ Cf. Commentaire, § 9.

il revient de déterminer l'existence d'une situation de force majeure, ne soit, dans le cadre de procès arbitraux en matière d'investissement, pas toujours définie de la façon la plus scientifiquement objective qui soit.

L'admission de l'invocation par un Etat de la force majeure est rendue impossible par le fait qu'il en a assumé le risque. Quelle forme cette assumption peut-elle revêtir ? Le commentaire de ce texte nous fournit un élément de réponse :

*« L'alinéa b du paragraphe 2 traite des situations dans lesquelles l'État a déjà accepté le risque que survienne la force majeure, dans le cadre de l'obligation elle-même, ou encore par son comportement ou par un acte unilatéral. [...] Une fois qu'un État a accepté d'assumer la responsabilité d'un risque donné, il ne peut alors invoquer la force majeure pour se soustraire à sa responsabilité. Mais le risque doit être assumé sans équivoque et à l'égard de ceux auxquels l'obligation est due. »*⁸²²

Les illustrations desdites situations dans la pratique conventionnelle en matière d'investissements sont quasiment inexistantes. On conçoit d'ailleurs difficilement qu'un Etat se prive lui-même, et ce dès l'étape de la négociation, de la possibilité d'invoquer la force majeure dans les hypothèses où elle surviendrait. Si tel était pourtant le cas, la doctrine souligne le fait que ce choix doit avoir été opéré sans équivoque⁸²³. C'est une autre manière de dire qu'il ne se présume pas. Or, les obligations de l'Etat d'accueil en matière de traitement et de protection, telles qu'habituellement formulées dans les traités d'investissement, ne laissent rien transparaître de tel.

On voit d'ores et déjà toutes les difficultés qu'un Etat pourrait avoir à invoquer cette circonstance excluant l'illicéité, en droit commun comme en matière d'investissements étrangers, de façon inconsidérée. Cela correspond, nous l'avons évoqué *supra*, à l'« esprit » de cette codification. C'est d'ailleurs l'une des raisons pour lesquelles l'excuse de force majeure n'a été que très rarement invoqué en matière d'investissement et que son traitement par la jurisprudence arbitrale reste résiduel. Pour autant, le contentieux argentin soulève un certain nombre de questions quant à la propension que pourraient avoir les tribunaux arbitraux saisis de cette question à ne pas admettre l'existence d'une situation de force majeure née de la situation économique d'un Etat en matière d'investissements étrangers.

⁸²² Cf. Commentaire, § 10.

⁸²³ *Ibidem*.

B — Admission de la force majeure par l'arbitre transnational

Comme nous l'avons dit *supra*, les cas d'invocation de la force majeure par un Etat d'accueil dans un procès arbitral en matière d'investissement sont très rares. Cela fait que les opportunités pour les arbitres transnationaux saisis de différends d'investissements de se prononcer sur la question sont au moins aussi rares⁸²⁴. Deux de ces rares opportunités ont été fournies dans le cadre de la série de procès arbitraux intentés contre l'Argentine sur le fondement du traité d'investissement la liant aux Etats-Unis d'Amérique. Il s'agit respectivement des affaires *Enron* et *Sempra Energy*. Il convient, d'ores et déjà, de signaler que, dans les sentences concernées, la question du caractère invocable ou non de la force majeure, en tant que circonstance excluant l'illicéité internationale du comportement de l'Etat, est abordée en marge du raisonnement du tribunal, quand ce dernier se prononce sur la validité des arguments avancés par le gouvernement argentin pour justifier des violations de contrats. Ainsi, dans l'affaire *Enron*, le tribunal saisi prend le temps de souligner que :

« [...] at least as the theory of “imprevisión” is expressed in the concept of force majeure, this other concept requires, under Article 23 of the Articles on State Responsibility, that the situation should in addition be the occurrence of an irresistible force, beyond the control of the State, making it materially impossible in the circumstances to perform the obligation. [...] »⁸²⁵

Le tribunal saisi dans l'affaire *Sempra* soulignera la même chose dans des termes quasiment identiques :

« [...] insofar as the theory of “imprévision” is expressed in the concept of force majeure, this other concept requires, under Article 23 of the Articles on State Responsibility, that the situation involve the occurrence of an irresistible force, beyond the control of the State, making it materially impossible under the circumstances to perform the obligation. [...] »⁸²⁶

Quels enseignements pouvons-nous déjà retirer de ce qui précède ? La première chose évidente est que les arbitres se placent sur le terrain du droit commun de la responsabilité tel

⁸²⁴ Cf. A. K. BJORKLUND, « Emergency Exceptions : State of Necessity and Force Majeure » in P. MUCHLINSKI, F. ORTINO & C. SCHREUER (dir.), *The Oxford Handbook of International Investment Law*, Oxford University Press, 2008, lxv+1282 p., pp. 459-523, p. 461.

⁸²⁵ Cf. CIRDI 22 mai 2007 *Enron c/ Argentine* (<http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0293.pdf>) § 217.

⁸²⁶ Cf. CIRDI 28 septembre 2007 *Sempra c/ Argentine* (<http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0770.pdf>) § 246.

que reflété par le projet d'articles. Ainsi, en apparence, il n'était pas question pour eux de contribuer au développement d'une *lex specialis* à ce sujet. Il reste, par conséquent, opportun de raisonner sur la base du droit commun, tel que reflété notamment par la jurisprudence classique. Or, celle-ci n'exclut pas, à proprement parler, la force majeure en cas de crise économique : elle exclut simplement qu'une difficulté économique ne rendant pas absolument impossible l'exécution par un Etat de l'une de ses obligations internationales puisse déboucher sur la validité de l'invocation par cet Etat de l'excuse de force majeure. C'est, par exemple, ce qui, selon certains analystes, semble ressortir de l'arrêt rendu par la CPJI dans l'affaire des *Emprunts serbes*⁸²⁷, l'impossibilité pouvant résulter d'aspects techniques tenant au contenu de l'obligation⁸²⁸.

Cela étant, la rareté des invocations de cette circonstance excluant l'illicéité en matière d'investissements s'explique aussi par le fait que les juges ou arbitres saisis auront toujours tendance, conformément à l'esprit de la règle, telle que codifiée par la CDI, à interpréter celle-ci de façon restrictive. Ces invocations seront d'autant plus rares que les formulations habituelles des obligations internationales des Etats hôtes en matière d'investissements étrangers ne se prêtent que très peu à la reconnaissance d'une impossibilité matérielle absolue de leur exécution, et ce même quand les traités prévoient l'existence d'hypothèses dans lesquelles il y serait fait exception pour des raisons tenant notamment à des intérêts vitaux des Etats concernés. Le contentieux argentin est d'ailleurs une illustration du propos qui précède. Pour autant, il y a lieu de se demander si les tribunaux ne seront pas enclins à systématiquement écarter l'excuse de force majeure au nom de la préservation d'une certaine idée de la sécurité juridique dont devrait bénéficier un investisseur ou de la façon dont un Etat devrait exercer sa souveraineté en matière économique. Aucune réponse définitive ne peut être fournie en l'état actuel de la pratique jurisprudentielle concernant cette circonstance excluant l'illicéité. On pourra, tout au plus, conclure ce propos en admettant que la force majeure, en tant que circonstance excluant l'illicéité, sera difficilement invocable en matière d'investissements étrangers. Les chances, pour un Etat d'accueil dans la situation de l'Argentine, d'obtenir gain de cause sont de toutes façons plus grandes s'il invoque l'Etat de nécessité.

⁸²⁷ Cf. CPJI 12 juillet 1929 *Emprunts serbes et brésiliens*, série A, n° 20/21 (http://www.icj-cij.org/picj/serie_A/A_20/62_Empreunts_Serbes_Arret.pdf).

⁸²⁸ Cf. A. K. BJORKLUND, *op. cit.*, p. 501.

§ 2 — Exclusion de l'illicéité du comportement de l'Etat d'accueil en situation de nécessité

L'illicéité du comportement d'un Etat peut également être exclue quand celui-ci participe d'une volonté pour ce dernier de sauvegarder un intérêt essentiel contre un péril imminent et grave. Cette situation est envisagée dans l'article 25 du projet, consacré à l'état de nécessité. Il convient d'ores et déjà de souligner qu'alors que la force majeure est à l'origine d'agissements de l'Etat considérés *a posteriori* comme involontaires, l'état de nécessité débouche, en principe, sur des comportements réputés volontaires de l'Etat, participant, justement, de la volonté évoquée plus haut de sauvegarder l'intérêt en question contre le péril concerné. Bien que cette circonstance excluant l'illicéité soit plus fréquemment invoquée, en matière d'investissements étrangers, que la force majeure, l'invocation de l'état de nécessité reste relativement exceptionnelle, au moins d'un point de vue quantitatif. Cela étant, la jurisprudence arbitrale, en particulier dans le cadre du CIRDI, a eu l'occasion de se prononcer sur la validité de l'invocation, par un Etat d'accueil, de la nécessité. Elle l'a fait dans le cadre d'un contentieux assez sensible, celui de la crise argentine. Il s'agit, certes, d'une jurisprudence peu fournie et encore plastique, en termes de solutions retenues. Quoi qu'il en soit, les particularités de la situation de départ mettent en relief un certain nombre des enseignements qu'il est possible de tirer des sentences concernées.

Le premier enseignement à tirer de ce qui précède est que la circonstance excluant l'illicéité étudiée dans ce propos est beaucoup plus « accessible », à un Etat d'accueil qui se trouverait dans la situation de l'Argentine, que la force majeure, ne serait-ce que parce nul ne conteste véritablement que la santé économique dudit Etat constitue l'un de ses intérêts essentiels. Une fois cela dit, il convient de remarquer que les conditions d'invocation de l'état de nécessité sont, en toute logique, censées refléter l'état d'esprit de la CDI au moment de la rédaction du projet d'articles, ce dernier pouvant être résumé dans les termes suivants : ne pas encourager un recours intempestif à cette notion tout en permettant à un Etat qui se retrouve réellement dans le type de situations visé de pouvoir effectivement l'invoquer⁸²⁹. Autant dire que les conditions d'invocation de l'état de nécessité sont définies de façon restrictive, et ce même si la restriction a été voulue « raisonnable »⁸³⁰. Nous verrons, par la suite, que l'un des aspects essentiels du caractère restrictif des conditions d'invocation de l'état de nécessité tient

⁸²⁹ Cf., pour une brève présentation de l'« état d'esprit » de la Commission, A. K. BJORKLUND, *op. cit.*, pp. 467-471.

⁸³⁰ Cf. P. DAILLIER, M. FORTEAU & A. PELLET, *op. cit.*, p. 878, § 482.

à leur caractère cumulatif : toutes les conditions énoncées par l'article 25 du projet doivent être remplies pour qu'un Etat puisse l'invoquer de façon valable. Un autre aspect essentiel de la restriction est que ce dernier Etat n'est pas le seul juge du fait que lesdites conditions soient remplies ou non, loin s'en faut. Ces deux aspects nous aident à percevoir le deuxième grand enseignement à tirer de la jurisprudence arbitrale sur cette question, dans son état actuel. En effet, la crainte manifestée *supra* quant au risque omniprésent d'un manque de rigueur scientifique dans l'analyse de la réponse du défendeur face à l'urgence, de l'« orthodoxie » de son comportement, est, quelle que soit l'issue, confirmée de façon beaucoup plus nette dans certaines sentences célèbres rendues à ce sujet⁸³¹. Or, il nous semble nécessaire que, sur des points cruciaux, tels que le fait de savoir si le comportement adopté par l'Etat défendeur était le seul moyen de faire face à la situation, le raisonnement adopté par les tribunaux traduise, en tous points, le cheminement intellectuel correspondant au contenu de la règle coutumière appliquée.

Ainsi, nous nous proposons de décortiquer, selon une démarche analogue à celle que nous avons adoptée dans les développements précédents, les conditions d'invocation de l'état de nécessité en veillant à les confronter aux spécificités d'une situation telle que celle de l'Argentine (A). Ce premier temps de l'analyse sera suivi d'une réflexion menée sur la démarche conduisant les arbitres transnationaux à admettre ou à rejeter l'état de nécessité tel qu'invoqué par l'Etat défendeur (B).

A — Invocation de l'état de nécessité par l'Etat d'accueil

Le point de départ de ce propos sera la lettre de l'article 25 du projet, intitulé « Etat de nécessité », aux termes duquel :

« 1. *L'État ne peut invoquer l'état de nécessité comme cause d'exclusion de l'illicéité d'un fait non conforme à l'une de ses obligations internationales que si ce fait :*

- a) Constitue pour l'État le seul moyen de protéger un intérêt essentiel contre un péril grave et imminent ; et*
- b) Ne porte pas gravement atteinte à un intérêt essentiel de l'État ou des États à l'égard desquels l'obligation existe ou de la communauté internationale dans son ensemble.*

⁸³¹ Certains raisonnements adoptés dans des sentences citées ont d'ailleurs récemment fait l'objet de critiques drastiques de la part de comités *ad hoc*.

2. *En tout cas, l'état de nécessité ne peut être invoqué par l'État comme cause d'exclusion de l'illicéité :*

a) *Si l'obligation internationale en question exclut la possibilité d'invoquer l'état de nécessité; ou*

b) *Si l'État a contribué à la survenance de cette situation. »*⁸³²

Un observateur remarquera, de prime abord, la rédaction négative de ce texte. Cette dernière s'inscrit, de toute évidence, dans la logique, décrite plus haut, qui a été celle de la CDI de restreindre le plus possible les conditions d'invocation de l'état de nécessité. En effet, on peut lire, dans le commentaire de cet article, que :

« [...] la possibilité d'exciper d'une telle circonstance est soumise à des conditions rigoureuses. Cela se trouve reflété à l'article 25. En particulier, pour bien marquer le caractère exceptionnel de l'état de nécessité et le souci de ne pas le voir invoquer abusivement, l'article 25 est formulé négativement ('Un État ne peut invoquer ... que si') »⁸³³.

Le caractère cumulatif des conditions fixées par le texte étudié constitue un autre facteur de restriction. Cela ressort, bien évidemment, de la lettre de l'article 25 mais aussi de la jurisprudence classique. Nous pensons, en particulier, à un célèbre arrêt rendu par la CIJ dans l'affaire du *Projet de Gabčíkovo-Nagymaros*⁸³⁴. Rapproché du type d'urgences auquel s'adresse la règle coutumière en question, le caractère cumulatif des conditions d'invocation de cette circonstance excluant l'illicéité a, effectivement, pour première conséquence logique que le fait pour un Etat de rencontrer une situation d'urgence ne suffit pas, en soi, à lui permettre d'invoquer l'état de nécessité de façon valable⁸³⁵.

Il est d'abord nécessaire qu'un intérêt essentiel de l'Etat soit en jeu. La détermination du caractère essentiel de l'intérêt en question n'est pas problématique en soi. Les intérêts susceptibles d'être invoqués sont d'ailleurs assez variés, et ce même dans le domaine qui nous occupe. D'après le commentaire de l'article :

⁸³² Cf. CDI, « Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa cinquante-troisième session », *op. cit.*, pp. 85-90 ; « Projet d'articles sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite et commentaires y relatifs », *op. cit.*, pp. 149-162 (document pdf) ; J. CRAWFORD, *op. cit.*, pp. 214-224.

⁸³³ Cf. Commentaire, § 14.

⁸³⁴ Cf. CIJ 25 septembre 1997 *Projet de Gabčíkovo-Nagymaros*, Rec. 1997, p. 40, § 51.

⁸³⁵ Cf. CIJ AC 9 juillet 2004 *Conséquences juridiques de l'édification dans le territoire palestinien occupé*, Rec. 2004, pp. 194-195, § 140.

« [il] peut s'agir d'intérêts propres à l'État et à ses ressortissants, comme d'intérêts de la communauté internationale dans son ensemble. »⁸³⁶

De plus, à en croire le Rapport du Professeur AGO, lesdits intérêts peuvent tout aussi bien avoir trait :

« [à] l'existence de l'Etat lui-même, [à] sa survie politique ou économique, [au] maintien de la possibilité de fonctionnement de ses services essentiels, [à] la conservation de sa paix intérieure, [à] la survie d'une partie de sa population, [à] la conservation écologique de son territoire ou d'une partie de son territoire, etc. »⁸³⁷

Dans l'hypothèse qui nous occupe, celle d'un Etat accueillant un investissement et invoquant l'état de nécessité, il s'agit d'autant d'exemples d'intérêts essentiels susceptibles d'être mis en avant. Nous noterons, en particulier, qu'il est admis que la survie économique dudit Etat constitue l'un de ces intérêts.

Le fait que l'un de ces intérêts soit en jeu peut, cependant, ne pas suffire à permettre une invocation valide de l'excuse étudiée. Le droit coutumier, tel que reflété par l'article 25 du projet, exige, en effet, qu'il soit menacé par un péril grave et imminent. Cette condition appelle, évidemment, quelques remarques. Il y a, d'emblée, lieu de constater qu'elle sera d'un maniement délicat. En effet, le commentaire du projet souligne un paradoxe en la matière. D'un côté, il est précisé qu' :

« [il] ne suffit pas [...] que le péril soit simplement appréhendé ou qu'il ait un caractère éventuel. »⁸³⁸

De l'autre, il est concédé que :

« [par] définition, l'état de nécessité suppose que le péril ne s'est pas encore matérialisé. »⁸³⁹

Ajoutons, à ce qui précède, que l'Etat invoquant l'excuse n'est pas le seul juge de ce que les conditions de l'invocation sont effectivement remplies et nous commençons à percevoir ce

⁸³⁶ Cf. Commentaire, § 15.

⁸³⁷ Cf. CDI, « Rapport de la Commission à l'Assemblée générale sur les travaux de sa trente-deuxième session », Vol. 2, 2^{ème} partie (UN Doc A/CN.4/SER.A/1980Add.1 [Part 2]), p. 34.

⁸³⁸ Cf. Commentaire, § 16.

⁸³⁹ *Ibidem*.

que lesdites conditions ont de restrictif, et ne serait-ce qu'à cause du rôle que jouera l'autorité chargée d'appliquer la règle dans la détermination de l'existence du péril requis.

En supposant, maintenant, que l'on soit en présence d'un intérêt de l'Etat pouvant être considéré comme essentiel et qu'il s'agit de protéger contre un péril dont il est admis qu'il a les caractères de gravité et d'imminence requis, encore faut-il, pour que l'état de nécessité soit invoqué de façon valable, que le comportement dont ledit Etat souhaite que l'illicéité soit exclue ait été le seul moyen de la protection voulue. Le commentaire du projet, s'appuyant par la suite sur la jurisprudence classique, précise que :

« [l'] excuse est irrecevable si d'autres moyens (par ailleurs licites) sont disponibles, même s'ils sont plus onéreux ou moins commodes. »⁸⁴⁰

Ici réside une grande part de la difficulté. L'existence de l'état de nécessité n'étant pas *self-judging* en vertu du droit coutumier⁸⁴¹, trancher la question de savoir si les agissements concernés sont conformes aux exigences de l'article 25 § 1 a) nécessitera, dans certaines hypothèses, une appréhension du « contexte » qui, elle-même, suppose une prise de position quant à l'« orthodoxie » du comportement étatique. Qu'il existe des moyens licites de faire face à une situation d'urgence ne signifie pas pour autant que la mise en œuvre de l'un quelconque desdits moyens permettra de protéger un intérêt essentiel contre un péril grave et imminent, au sens du texte étudié. Or, sur des sujets tels que la survie économique d'un Etat, il n'est pas inenvisageable que les approches de spécialistes divergent quant à la solution concrète à adopter en pareille situation. Aussi, une attention particulière doit être portée par les arbitres à la motivation des décisions retenues en la matière.

La condition énoncée dans l'alinéa b) de l'article 25 § 1 rajoute au caractère restrictif des exigences de la règle coutumière étudiée. En effet, il est exigé, pour que l'invocation de l'état de nécessité soit valable, que le comportement dont il s'agit d'exclure l'illicéité :

« [ne] porte pas gravement atteinte à un intérêt essentiel de l'État ou des États à l'égard desquels l'obligation existe ou de la communauté internationale dans son ensemble. »

Il est précisé, dans le commentaire, que :

⁸⁴⁰ Cf. Commentaire, § 15.

⁸⁴¹ Cf. A. K. BJORKLUND, *op. cit.*, pp. 503-505, p. 504 ; CIJ *Projet de Gabčíkovo-Nagymaros*, § 51.

« [...] *le poids de l'intérêt invoqué doit être tel qu'il l'emporte sur toutes les autres considérations, non seulement du point de vue de l'État auteur du fait dont il s'agit, mais selon une appréciation raisonnable des intérêts en présence, qu'ils soient individuels ou collectifs.* [...] »⁸⁴²

Notons, au passage, qu'il semble que le comportement concerné par l'invocation de l'excuse étudiée puisse, dans l'absolu, porter atteinte à un intérêt d'un autre Etat voire de la communauté internationale dans son ensemble, et ce pour peu que l'atteinte portée ne soit pas grave au sens de l'article 25 § 1 b). Qu'en est-il des intérêts des investisseurs protégés par les traités d'investissement violés ? Doivent-ils être pris en compte au titre de l'article 25 § 1 b) ? Rien ne l'interdit, à notre sens. Cela étant, une « appréciation raisonnable des intérêts en présence »⁸⁴³ se prête peu à une surévaluation des intérêts d'un investisseur par rapport à ceux de l'Etat d'accueil de l'investissement.

Le deuxième paragraphe de l'article 25 énonce une deuxième série de conditions, elles aussi présentées comme d'application générale. Il s'agit de conditions « négatives », d'exceptions, en ce sens que leur réalisation neutralise celle du premier paragraphe de l'article étudié. Au titre de l'alinéa a) de l'article 25 § 2, l'invocation de l'état de nécessité peut être exclue par l'obligation internationale concernée. Il est précisé, dans le commentaire, que ce texte :

« [...] *vise les cas où la possibilité d'invoquer l'état de nécessité par l'obligation internationale en cause est exclue explicitement ou implicitement.* »⁸⁴⁴

Les exemples sont connus et abondamment cités : celui de l'exclusion, explicite ou non, de la nécessité dans les conventions humanitaires. La plupart du temps, les traités d'investissement ne contiennent pas de dispositions explicites concernant les circonstances excluant l'illicéité ou de dispositions empêchant, toujours de façon explicite, leur invocation. La question a récemment été posée de savoir si la possibilité d'invoquer l'état de nécessité pouvait être considérée comme exclue de façon implicite⁸⁴⁵. L'un des arguments avancés en

⁸⁴² Cf. Commentaire, § 17.

⁸⁴³ *Ibidem.*

⁸⁴⁴ Cf. Commentaire, § 19.

⁸⁴⁵ Cf. A. DE NANTEUIL, *Droit international de l'investissement*, Paris, Pedone, 2017, 2^{nde} édition, 512 p., p. 422, § 851 ; CNUDCI Sentence finale 24 décembre 2007 *BG Group c/ Argentine* (<http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0081.pdf>) § 409. Il s'agissait, en l'espèce du TBI entre la Royaume Uni et l'Argentine (<http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/126>)

faveur d'une réponse affirmative consiste à dire que l'objet et le but de ces traités, en soi, excluent cette invocation. Cette approche ne semble pas avoir prospéré en doctrine comme dans la jurisprudence⁸⁴⁶.

L'article 25 § 2 b) énonce une seconde condition « négative », en vertu de laquelle un Etat ne peut invoquer l'état de nécessité s'il a contribué à la survenance de la situation concernée. Le commentaire de l'article précise, cependant, que :

*« [l']alinéa b du paragraphe 2 n'interdit à l'État d'invoquer la nécessité que si sa contribution à la survenance de la situation de nécessité est substantielle et non pas simplement accessoire ou secondaire. »*⁸⁴⁷

Un problème analogue à celui, évoqué plus haut, de la détermination des « moyens » adéquats peut alors se poser, dans la mesure où le caractère substantiel ou non de la contribution de l'Etat à la survenance peut également se retrouver au centre de considérations tenant à l'« orthodoxie » de la façon qu'il a d'exercer ses compétences souveraines. Ces considérations sont, là encore, susceptibles d'aboutir à des solutions différentes d'un tribunal à un autre. Le contentieux argentin fournit, d'ailleurs, une intéressante illustration des problèmes concrets qui peuvent se poser, en matière d'investissements étrangers, quand la survie économique d'un Etat est en jeu et qu'il invoque l'état de nécessité.

B — Admission de l'état de nécessité par l'arbitre transnational

Comme nous l'avons maintes fois souligné plus haut, la question de l'état de nécessité a été abordée de façon frontale dans le contentieux argentin, en ce sens que les tribunaux arbitraux saisis se sont clairement prononcés sur la validité de l'invocation de cette circonstance excluant l'illicéité, et ce au regard du droit coutumier, tel que reflété par l'article 25 du projet⁸⁴⁸. Ils l'ont fait en tenant compte du caractère cumulatif des conditions fixées par le droit coutumier, leur démarche consistant à vérifier si, en l'espèce, ces dernières étaient toutes remplies⁸⁴⁹. Cela étant, on a pu constater que, si les hypothèses de départ sont

⁸⁴⁶ Cf. A. DE NANTEUIL, *op. cit.*, p. 422, § 851 ; A. NEWCOMBE & LL. PARADELL, *op. cit.*, pp. 520-521, § 10-22.

⁸⁴⁷ Cf. Commentaire, § 20.

⁸⁴⁸ Cf. A. NEWCOMBE & LL. PARADELL, *op. cit.*, pp. 517-522, § 10.22 ; R. DOLZER & C. SCHREUER, *op. cit.*, pp. 184-187.

⁸⁴⁹ *Ibidem*.

quasiment identiques d'une affaire à l'autre, les solutions retenues montrent la difficulté qu'il pouvait y avoir à mener cette vérification d'une façon totalement satisfaisante. Pour bien le comprendre, il convient d'effectuer quelques rappels.

Les tribunaux arbitraux CIRDI saisis dans les affaires concernées l'ont été, nous le savons, sur le fondement d'un TBI conclu entre l'Argentine et les Etats-Unis d'Amérique. Il convient également de rappeler que ledit traité contient un article XI rédigé comme suit :

*« This Treaty shall not preclude the application by either Party of measures necessary for the maintenance of public order, the fulfillment of its obligations with respect to the maintenance or restoration of international peace or security, or the Protection of its own essential security interests. »*⁸⁵⁰

Pour ce qui est des faits de l'espèce, les rappels à effectuer sont les suivants : dans le but d'attirer les investissements américains dans le secteur gazier, l'Etat argentin avait notamment indexé sa monnaie, le peso, de même que le tarif du transport du gaz, sur le dollar américain. Il a cependant dû revenir sur cette indexation au plus fort des difficultés économiques qu'il traversait depuis la fin des années 1990, portant, ce faisant, un coup à la rentabilité de l'investissement réalisé, dans ce secteur, par des investisseurs américains.

Comment les tribunaux arbitraux ont-ils appréhendé la vérification de l'existence de l'état de nécessité dans les affaires dont ils étaient respectivement saisis ? Dans l'essentiel des affaires concernées, le collège arbitral a conclu que l'invocation par l'Argentine de l'état de nécessité n'était pas valide, en l'espèce. Cela a, notamment, été le cas dans les affaires *CMS*, *Enron* et *Sempra*. Pour autant, l'affaire *LG&E* retiendra l'attention, dans la mesure où le tribunal prendra le contre-pied quasi-exact des décisions précédemment évoquées. Une fois cela dit, force est de constater que les principaux enseignements sont à tirer de la façon dont il a été démontré, dans chaque cas, que les conditions ont été remplies ou non.

Même si le caractère hautement préoccupant de la situation argentine n'a fait l'objet d'aucune contestation de la part des arbitres respectivement saisis de ces affaires, il n'a pas toujours semblé acquis qu'un intérêt essentiel de l'Etat argentin était en jeu. Ainsi, dans l'affaire *CMS*, le tribunal concédera t-il que :

⁸⁵⁰ Cf. TBI Argentine – Etats-Unis d'Amérique (<http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/127>).

*« The need to prevent a major breakdown, with all its social and political implications, might have entailed an essential interest of the State in which case the operation of the state of necessity might have been triggered. »*⁸⁵¹

Celui saisi dans l'affaire *LG&E* prendra, quant à lui, fermement position dans ce sens, s'appuyant, notamment, sur la description faite d'un intérêt essentiel faite dans le rapport AGO :

*« The essential interests of the Argentine State were threatened in December 2001. It faced an extremely serious threat to its existence, its political and economic survival, to the possibility of maintaining its essential services in operation, and to the preservation of its internal peace. [...] »*⁸⁵²

Dans les affaires *Enron & Sempra*, la démarche suivie a, en revanche, été de reconnaître la « sévérité » de la crise subie par l'Etat argentin sans, pour autant, admettre que l'un de ses intérêts essentiels était en cause. Les choses seront, d'ailleurs, en des termes assez similaires d'une décision à l'autre, exemple pouvant être pris de la sentence *Enron* :

*« The Tribunal has no doubt that there was a severe crisis and that in such context it was unlikely that business could have continued as usual. Yet, the argument that such a situation compromised the very existence of the State and its independence so as to qualify as involving an essential interest of the State is not convincing. [...] »*⁸⁵³

Quelques remarques sont nécessaires, à ce stade. On voit, tout d'abord, que les deux dernières décisions évoquées sous-estiment ouvertement la nature de l'intérêt en cause. S'agit-il d'exclure que l'on soit en présence d'un problème de « survie économique » ou d'exclure la « survie économique » des intérêts considérés comme essentiels au sens du droit coutumier ? Quelle que soit la réponse apportée à cette question, il convient de garder à l'esprit que celle de savoir si un intérêt essentiel de l'Etat est concerné n'est pas la même que celle de savoir si cet intérêt est menacé par un péril grave et imminent. Or, il y a, dans ces décisions, une sorte de confusion entre ces deux problèmes, la confusion consistant à écarter

⁸⁵¹ Cf. CIRDI 12 mai 2005 *CMS c/ Argentine* (<http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0184.pdf>) § 319.

⁸⁵² Cf. CIRDI Responsabilité 3 octobre 2006 *LG&E c/ Argentine* (<http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0460.pdf>) § 257.

⁸⁵³ Cf. CIRDI 22 mai 2007 *Enron c/ Argentine* (<http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0293.pdf>) § 306.

l'argument fondé sur la nature de l'intérêt en cause en recourant à un argument tendant plus à démontrer l'absence d'un péril. On peut supposer qu'il s'agit de la manifestation d'une approche exagérément restrictive de l'état de nécessité en matière économique, approche qui nous apparaît, à cette étape du raisonnement des tribunaux concernés, injustifiée. La démarche suivie dans l'affaire *CMS* semble, à cet égard, plus adéquate. Le choix qui a été celui du tribunal saisi dans l'affaire *LG&E* a consisté à démontrer l'existence, en l'espèce, d'un intérêt essentiel de l'Argentine. Il a, en particulier, commencé par rappeler que :

*« [...] economic, financial or those interests related to the protection of the State against any danger seriously compromising its internal or external situation, are also considered essential interests. »*⁸⁵⁴

L'existence d'un « péril grave et imminent » n'a été reconnue dans aucune des décisions citées qui ont écarté l'existence de l'état de nécessité en l'espèce. Les tribunaux arbitraux selon lequel l'Etat argentin ne protégeait pas un intérêt essentiel ont logiquement exclu l'existence du genre de péril exigé par l'article 25 du projet. Ainsi, dans l'affaire *Enron* comme dans l'affaire *Sempra*⁸⁵⁵, l'idée avancée a été la suivante :

*« While the government had the duty to prevent the worsening of the situation and could not simply leave events to follow their own course, there is no convincing evidence that the events were out of control or had become unmanageable. »*⁸⁵⁶

Quant aux arbitres saisis dans l'affaire *CMS*, dont nous rappellerons qu'ils ont admis qu'un intérêt essentiel de l'Argentine était en jeu, ils ont adopté une approche quasiment identique, quoique moins tranchée en apparence. Selon le collège arbitral :

*« [...] the situation was difficult enough to justify the government taking action to prevent a worsening of the situation and the danger of total economic collapse. But neither does the relative effect of the crisis allow here for a finding in terms of preclusion of wrongfulness. »*⁸⁵⁷

Dans l'affaire *LG&E*, le tribunal, nous le savons, a, sur ce point précis, statué dans le sens opposé, et ce dans les termes suivants :

⁸⁵⁴ Cf. CIRDI Responsabilité *LG&E c/ Argentine*, § 251.

⁸⁵⁵ Cf. CIRDI *Sempra c/ Argentine*, § 349.

⁸⁵⁶ Cf. CIRDI *Enron c/ Argentine*, § 307.

⁸⁵⁷ Cf. CIRDI *CMS c/ Argentine*, § 322.

*« The essential interests of the Argentine State were threatened in December 2001. It faced an extremely serious threat to its existence, its political and economic survival, to the possibility of maintaining its essential services in operation, and to the preservation of its internal peace. »*⁸⁵⁸

La principale remarque à faire, à cette étape de l'analyse, concerne la démonstration du caractère ou de l'absence de caractère « grave et imminent » du péril concerné. Nous constatons l'existence d'un péril n'est pas contestée dans son principe. Elle ne l'est dans aucune des sentences citées. Cela étant, statuer sur la réalisation de cette condition suppose de confronter les faits de l'espèce aux exigences du droit coutumier sur ce point précis. Or, rien de tel n'apparaît dans ces décisions arbitrales. La décision *LG&E*, en particulier, qui certes contient un rappel de certains éléments des règles applicables à ce problème, n'aborde aucunement la question de la gravité et de l'imminence. Cela est de nature à entretenir une certaine forme d'ambiguité, d'autant plus que, selon lui :

*« While this analysis concerning Article 25 of the Draft Articles on State Responsibility alone does not establish Argentina's defense, it supports the Tribunal's analysis with regard to the meaning of Article XI's requirement that the measures implemented by Argentina had to have been necessary either for the maintenance of public order or the protection of its own essential security interests. »*⁸⁵⁹

Ladite ambiguïté n'est d'ailleurs pas étrangère au fait que, dans les affaires *CMS* et *Sempra*, un Comité *ad hoc* a eu à souligner ce qu'il pouvait y avoir de contestable dans une interprétation de ce fameux article XI au regard des règles coutumières en matière d'état de nécessité⁸⁶⁰ ou dans la méconnaissance de la spécificité de cette disposition conventionnelle par rapport au droit coutumier⁸⁶¹.

Le comportement adopté par l'Etat argentin était-il le seul moyen de faire face à la situation d'urgence concernée ? Le point de départ du raisonnement du tribunal saisi dans l'affaire *CMS* a été formulé comme suit :

⁸⁵⁸ Cf. CIRDI Responsabilité *LG&E c/ Argentine*, § 257.

⁸⁵⁹ Cf. CIRDI Responsabilité *LG&E c/ Argentine*, § 258.

⁸⁶⁰ Cf. CIRDI Comité *ad hoc* 25 septembre 2007 *CMS c/ Argentine* (<http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0187.pdf>) § 124-125.

⁸⁶¹ Cf. CIRDI Comité *ad hoc* 29 juin 2010 *Sempra c/ Argentina* (<http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0776.pdf>) § 131.

« [...] *This is indeed debatable. The views of the parties and distinguished economists are wide apart on this matter, ranging from the support of those measures to the discussion of a variety of alternatives, including dollarization of the economy, granting of direct subsidies to the affected population or industries and many others. Which of these policy alternatives would have been better is a decision beyond the scope of the Tribunal's task, which is to establish whether there was only one way or various ways and thus whether the requirements for the preclusion of wrongfulness have or have not been met.* »⁸⁶²

Après avoir tracé les contours de ce qu'il estime être sa mission, le collège arbitral conclura en disant que :

« [the] *International Law Commission's comment to the effect that the plea of necessity is excluded if there are other (otherwise lawful) means available, even if they may be more costly or less convenient,' is persuasive in assisting this Tribunal in concluding that the measures adopted were not the only steps available.* »⁸⁶³

Les points de départ et les conclusions des raisonnements respectivement tenus dans les affaires *Enron* et *Sempra* sont similaires et assez proches de celui adopté dans l'affaire précédemment citée. Ainsi, dans l'affaire *Sempra*, le tribunal part du même constat que celui décrit plus haut :

« [...] *whether the measures taken under the Emergency Law were the 'only way' to achieve this result, and whether no other alternative was available, are questions on which the parties and their experts are profoundly divided [...].* »⁸⁶⁴

Le dernier temps du raisonnement est également articulé autour du rôle du tribunal, tel que délimité par ce dernier :

« [...] *it is not the task of the Tribunal to substitute its view for the Government's choice between economic options. It is instead the Tribunal's duty only to determine whether the choice made was the only one available, and this does not appear to have been the case.* »⁸⁶⁵

⁸⁶² Cf. CIRDI *CMS c/ Argentine*, § 323.

⁸⁶³ Cf. CIRDI *CMS c/ Argentine*, § 324.

⁸⁶⁴ Cf. CIRDI *Sempra c/ Argentine*, § 350.

⁸⁶⁵ Cf. CIRDI *Sempra c/ Argentine*, § 351.

Les arbitres saisis dans l'affaire *LG&E* n'ont pas adopté la même méthode et se sont contentés d'avancer l'idée selon laquelle :

*« [in] this circumstances, an economic recovery package was the only means to respond to the crisis. Although there may have been a number of ways to draft the economic recovery plan, the evidence before the Tribunal demonstrates that an across-the-board response was necessary, and the tariffs on public utilities had to be addressed. »*⁸⁶⁶

Démontrer que le comportement incriminé est ou n'est pas le « seul moyen » de faire face à l'urgence est, de toute évidence, délicat pour un arbitre. Il s'agit, pour ce dernier, de prouver qu'il existe ou qu'il n'existe pas de moyens internationalement licites de faire face à la situation d'urgence et de le faire de façon viable. Autant dire qu'à notre sens, la viabilité de ces moyens doit, dans l'hypothèse qui nous occupe, constituer le cœur de la démonstration. Ainsi, apparaissent les limites de la conception qu'ont de leur rôle les arbitres saisis dans les affaires *CMS*, *Enron* et *Sempra*. Cela nous semble constituer un « moyen comme un autre » d'esquiver la difficulté de ladite démonstration⁸⁶⁷. Le tribunal saisi dans l'affaire *LG&E* a lui aussi choisi d'évacuer cet aspect de la démonstration. En vérité, contrairement à ce qui a pu être avancé dans les trois premières sentences citées, il s'agit bien, en définitive, de se prononcer sur un choix souverain de l'Etat invoquant l'état de nécessité. Partant de là, et ce surtout si la motivation est insuffisante sur le point étudié, rien n'empêche un tribunal de ne se prononcer qu'à propos de l'« orthodoxie » du comportement étatique incriminé, négligeant, ce faisant, tout ce qui a trait à sa conformité au droit international.

La question de savoir si le TBI applicable excluait, en soi, l'invocation de l'état de nécessité a été survolée dans les sentences étudiées. Dans la sentence *CMS*, la position adoptée consiste à dire que :

« [...] in the absence of such profoundly serious conditions it is plainly clear that the Treaty will prevail over any plea of necessity. However, if such difficulties, without being catastrophic in and of themselves, nevertheless invite catastrophic conditions in terms of

⁸⁶⁶ Cf. CIRDI Responsabilité *LG&E c/ Argentine*, § 257.

⁸⁶⁷ C'est d'ailleurs ce que semble avoir remarqué et critiqué le Comité *ad hoc* dans l'affaire *Enron c/ Argentine*, en évoquant la prise en compte de l'efficacité attendue des mesures dans l'appréciation du critère du « seul moyen » (cf. CIRDI Comité *ad hoc* 30 juillet 2010 *Enron c/ Argentine* [<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0299.pdf>] § 371 ; cf. F. LATTY, « Arbitrage transnational et droit international général [2010], *op. cit.*, p. 645).

*disruption and disintegration of society, or are likely to lead to a total breakdown of the economy, emergency and necessity might acquire a different meaning. »*⁸⁶⁸

Les arbitres saisis dans les affaires *Enron* et *Sempra* n'ont, quant à eux, manifesté aucun doute au sujet de la possibilité pour l'Etat argentin d'invoquer l'état de nécessité. Ils abordent, cependant, la question sous l'angle de la compatibilité de cette invocation avec les exigences du droit coutumier telles que reflétées par l'article 25 § 1 b) :

*« [...] it does not appear that the Government's invocation of Article XI or of a state of necessity generally would be taken by the other party to mean that such impairment arises. »*⁸⁶⁹

L'approche adoptée sera, bien entendu, différente dans la sentence *LG&E*. Les arbitres se contenteront, en effet, de souligner que :

*« [the] inclusion of an article authorizing the state of necessity in a Bilateral Investment Treaty constitutes the acceptance, in the relations between States, of the possibility that one of them may invoke the state of necessity. »*⁸⁷⁰

La réalisation de cette condition ne posait pas, en soi, de problèmes particuliers. Même les collèges arbitraux ayant écarté la validité des arguments de l'Argentine semblent hermétiques à l'idée selon laquelle l'objet et le but du traité applicable exclut l'invocation de l'état de nécessité⁸⁷¹. La question la plus compliquée à s'être posée, en « périphérie », a été celle de l'articulation du droit conventionnel et du droit coutumier, plus précisément celle de l'article XI et des règles coutumières concernant l'état de nécessité, et celle, sous-jacente, de l'autonomie de l'un par rapport aux autres⁸⁷². Il apparaît, d'ailleurs, et de façon assez évidente, que l'article XI constitue une *lex specialis* par rapport aux règles coutumières concernées, avec tout ce que cela implique en termes de résolution d'un conflit entre norme générale et norme particulière⁸⁷³.

⁸⁶⁸ Cf. CIRDI *CMS c/ Argentine*, § 354.

⁸⁶⁹ Cf. CIRDI *Sempra c/ Argentine*, § 390.

⁸⁷⁰ Cf. CIRDI Responsabilité *LG&E c/ Argentine*, § 255.

⁸⁷¹ Cf. A. DE NANTEUIL, *op. cit.*, § 851.

⁸⁷² Cf. A. K. BJORKLUND, *op. cit.*, pp. 493-494.

⁸⁷³ Cf. A. K. BJORKLUND, *op. cit.*, p. 495.

L'Argentine a-t-elle contribué à la survenance de la crise économique subie par elle au sens de l'article 25 § 2 b) ? Pour les arbitres saisis dans les affaires *CMS*, *Enron* et *Sempra*, la réponse est positive. Dans l'affaire *CMS*, les choses sont présentées de la façon suivante :

*« [...] The crisis was not of the making of one particular administration and found its roots in the earlier crisis of the 1980s and evolving governmental policies of the 1990s that reached a zenith in 2002 and thereafter. Therefore, the Tribunal observes that government policies and their shortcomings significantly contributed to the crisis and the emergency and while exogenous factors did fuel additional difficulties they do not exempt the Respondent from its responsibility in the matter. »*⁸⁷⁴

Dans les affaires *Enron* et *Sempra*, l'approche choisie est de mettre en relief le principe selon lequel « nul ne peut se prévaloir de ses propres turpitudes » puis de relativiser l'impact qu'ont eu les facteurs exogènes sur la situation de l'Etat argentin. Ainsi, dans la sentence *Enron*, le raisonnement est le suivant :

« [...] Although each party claims that the factors precipitating the crisis were either endogenous or exogenous, the truth seems to be somewhere in between with both kind of factors having intervened, as in the end it has been so recognized by both the Government of Argentina and international organizations and foreign governments. [...] »

*This means that to an extent there has been a substantial contribution of the State to the situation of necessity and that it cannot be claimed that the burden falls entirely on exogenous factors. This has not been the making of a particular administration as it is a problem that had been compounding its effects for a decade, but still the State must answer as a whole. »*⁸⁷⁵

La sentence *LG&E* arrive évidemment à une conclusion diamétralement opposée, laquelle conclusion est uniquement reflétée par une formule lapidaire qui n'est accompagnée d'aucune tentative de démonstration :

*« [...] There is no serious evidence in the record that Argentina contributed to the crisis resulting in the state of necessity. [...] »*⁸⁷⁶

⁸⁷⁴ Cf. CIRDI *CMS c/ Argentine*, § 329.

⁸⁷⁵ Cf. CIRDI *Enron c/ Argentine*, § 311-312.

⁸⁷⁶ Cf. CIRDI Responsabilité *LG&E c/ Argentine*, § 257.

Quelle que soit la solution retenue, l'absence de démonstration sur ce point a fait l'objet de sérieuses critiques, en particulier doctrinaires⁸⁷⁷. Nous avons signalé, plus haut, qu'il existait des facteurs exogènes de nature, sinon à provoquer, au moins à amplifier, de façon décisive, les difficultés économiques de l'Argentine. Minimiser l'importance de ces derniers ou avancer que l'Argentine n'a pas contribué à la survenance de la situation d'urgence rencontrée suppose une démonstration autrement plus détaillée que celles observées de la part des tribunaux qui ont pris l'un ou l'autre parti. Cela est d'autant plus vrai qu'il est admis que la contribution doit pouvoir être considérée comme substantielle, ce qui n'est ni vraiment démontré, ni vraiment exclu. Ce caractère substantiel doit pouvoir être visiblement « quantifié » de façon à ce que la solution retenue apparaisse comme juridiquement justifiée. Autrement, il s'agira juste pour les arbitres de se positionner, d'un point de vue idéologique, sur les choix économiques de l'Argentine.

D'autres affaires étant encore pendantes, le contentieux n'est pas encore épousé⁸⁷⁸. Nous constatons, cependant, que la jurisprudence sur ce point semble appelée à s'affiner. En effet, les sentences d'annulation rendues contribueront certainement à mettre les futurs collèges arbitraux en garde contre la réalisation des risques que nous venons d'évoquer. Il est, en tous cas, souhaitable que le raisonnement d'un arbitre statuant sur l'état de nécessité puisse être « tracé », en particulier sur les points cruciaux dont nous avons parlé *supra*. Quoi qu'il arrive, l'état de nécessité reste une circonstance excluant l'illicéité beaucoup plus « maniable », pour un Etat se trouvant dans la situation de l'Argentine, que la force majeure. L'article XI du TBI applicable en l'espèce fournissait un élément supplémentaire au défendeur à l'appui de sa démonstration. On s'oriente vers une reconnaissance de plus en plus nette de son autonomie par rapport à la règle codifiée dans l'article 25 du projet⁸⁷⁹. En pareille hypothèse, on peut dire que deux circonstances excluant l'illicéité auraient pu être invoquées, et ce avec de raisonnables chances de succès : l'état de nécessité, nous l'avons vu, mais aussi le consentement de la victime, au sens de l'article tel qu'envisagé à l'article 20 du projet.

⁸⁷⁷ Cf. A. NEWCOMBE & LL. PARADELL, *op. cit.*, p. 519.

⁸⁷⁸ Cf. <http://investmentpolicyhub.unctad.org/ISDS/CountryCases/8?partyRole=2> .

⁸⁷⁹ Cf., en particulier, pour une distinction entre les moyens de défense fondés sur la règle présentée comme primaire issue de l'article XI du TBI Argentine-Etats-Unis d'Amérique appréhendé en tant que clause de sauvegarde et ceux fondés sur la règle coutumière secondaire reflétée par l'article 25 du projet d'articles, CIRDI 5 septembre 2008 *Continental Casualty Company c/ Argentine* (<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0228.pdf>) § 162-181 ; F. LATTY, « Arbitrage transnational et droit international général (2008) », *op. cit.*, p. 492.

Section 2 — Exclusion de l'illicéité consentie par la victime du comportement de l'Etat d'accueil

Le caractère triangulaire de la relation d'investissement de même que l'accès, certes limité, aménagé, dans ce cadre, pour l'investisseur protégé à une forme de justice arbitrale appliquant le droit international doit nous amener à considérer le consentement de la « victime », en tant que circonstance excluant l'illicéité, d'une façon différente par rapport au droit commun de la responsabilité. En effet, nous aurons le temps de revenir sur le fait que, si l'investisseur protégé est, par hypothèse, la « victime concrète » du fait internationalement illicite allégué, il est également, du fait du degré de personnalité juridique internationale qui lui est habituellement conféré par les traités d'investissement, une « victime abstraite », en ce sens qu'il est également créancier de l'obligation internationale invoquée par lui. Il s'ensuit que la question de son consentement, au sens de l'article 20 du projet d'articles, doit se poser en même temps que celle de celui de l'Etat de nationalité.

Cela étant, les spécificités du domaine étudié, de même que l'absence, en la matière, d'illustrations d'un certain type d'hypothèses de consentement à la commission du fait internationalement illicite, contribuent à ce que cette circonstance excluant l'illicéité n'ait pas encore été véritablement appréhendée tant la pratique arbitrale que par la doctrine. Il est, pour autant, possible d'entrevoir des difficultés juridiques potentielles, lesquelles trouvent leur source principale dans les spécificités évoquées. Ainsi, les exceptions introduites, dans les traités d'investissement, au jeu « normal » des dispositions conventionnelles en matière de traitement et de protection constituent, à notre sens, autant d'expressions du consentement de l'Etat de nationalité de l'investisseur à la commission d'un fait internationalement illicite (§ 1). Pour ce qui est de l'hypothèse du consentement de l'investisseur, la survenance de ce dernier n'est pas exclue dans l'absolu, ses modalités restant à déterminer avec précision (§ 2).

§ 1 — Consentement exprimé par l'Etat de nationalité de l'investisseur

La règle coutumière reflétée par l'article 20 du projet s'applique indiscutablement à des rapports interétatiques. En vertu de celle-ci :

« *Le consentement valide de l'État à la commission par un autre État d'un fait donné exclut l'illicéité de ce fait à l'égard du premier État pour autant que le fait reste dans les limites de ce consentement.* »⁸⁸⁰

James CRAWFORD précise qu'il s'agit du droit qu'ont les Etats de « *dispenser le débiteur de l'exécution d'une obligation qui leur est due individuellement, ou, de manière générale, d'autoriser un comportement qui, à défaut d'une telle autorisation, serait illicite à leur égard* »⁸⁸¹. Il rajoute que :

« [dans] *de tels cas, l'obligation primaire continue de régir les relations entre les deux États, mais elle est déplacée pour l'occasion considérée ou aux fins du comportement particulier en raison du consentement donné.* »⁸⁸²

Comment un tel consentement est-il exprimé en matière d'investissements étrangers ? Il apparaît, bien évidemment, dans les traités d'investissement, sous la forme de dispositions autorisant l'Etat d'accueil à prendre des mesures dans certaines hypothèses ou dans certains domaines, mesures qui, en dehors desdites hypothèses ou desdits domaines, seraient illicites au regard du traité concerné⁸⁸³. Cette façon de faire ne s'est pas imposée dans la pratique conventionnelle, au moins d'un point de vue quantitatif. La pratique américaine en la matière de même que des traités multilatéraux notables, comme l'ALENA ou le Traité sur la Charte de l'énergie, attirent cependant l'attention sur le recours à ce genre de dispositions.

Il s'agit, *a priori*, de « banales » exceptions prévues aux obligations existantes en matière de traitement et de protection. Cependant, à y regarder de plus près et en envisageant le problème sous l'angle du droit de la responsabilité, ces dispositions posent plus de difficultés

⁸⁸⁰ Cf. CDI, « Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa cinquante-troisième session », *op. cit.*, pp. 76-78 ; « Projet d'articles sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite et commentaires y relatifs », *op. cit.*, pp. 125-130 (document pdf) ; J. CRAWFORD, *op. cit.*, pp. 194-198.

⁸⁸¹ Cf. Commentaire, § 2.

⁸⁸² *Ibidem*.

⁸⁸³ Il s'agit, ici, de voir le consentement de l'Etat de nationalité comme une manifestation de volonté introduisant une exception à la règle concernée par l'illicéité devant être exclue (cf. P. DAILLIER, M. FORTEAU & A. PELLET, *op. cit.*, p. 875, § 481). Rien n'interdit, à notre sens, que, dans le cadre de sa relation conventionnelle avec l'Etat hôte de l'investissement, l'Etat de nationalité « autorise un comportement qui, à défaut d'une telle autorisation, serait illicite à [son] égard » (cf. Commentaire, § 2). Ainsi vu, le consentement peut très bien intervenir *a priori* et de façon « valide » et exclure, dans certaines hypothèses déterminées à l'avance, l'illicéité d'un comportement contraire à une disposition conventionnelle régissant le traitement ou la protection d'un investissement couvert. Hormis ce cas de figure, sur lequel nous nous appesantirons, l'idée d'un consentement donné, au sens de l'article 20, par l'Etat de nationalité de l'investisseur, à un comportement de l'Etat d'accueil qui serait contraire à une disposition du traité pertinent est peu plausible (cf. F. LATTY, *op. cit.*, pp. 458-459 ; A. NEWCOMBE & LL. PARADELL, *op. cit.*, pp. 511, § 10.19).

juridiques potentielles que l'on pourrait imaginer. Ce sont ces mêmes difficultés qui seront rencontrées par l'arbitre transnational qui aura à se prononcer sur la validité de l'invocation par l'Etat d'accueil de cette circonstance excluant l'illicéité. Elles sont, principalement de deux ordres. Le premier type de difficultés va apparaître au moment de vérifier si les conditions de l'invocation de cette excuse, à savoir l'existence d'un consentement valide de l'Etat de nationalité à un fait de l'Etat de territorialité, sont remplies dans l'absolu. Le second type de difficultés concerne, quant à lui, l'interprétation à donner au consentement exprimé par l'Etat de nationalité. On pense, en particulier, au fait de savoir si les exceptions en question sont *self-judging*. Alors que les difficultés du premier type sont largement surmontables, celles du second type sont liées à des enjeux autrement plus délicats, tenant essentiellement à la question de savoir s'il convient, en matière d'investissements étrangers, d'interpréter ces exceptions d'une façon restrictive. Avant de nous intéresser à cette épineuse question (B), il convient de revenir la manifestation du consentement, en tant que circonstance excluant l'illicéité, en matière d'investissements étrangers (A).

A — Manifestation du consentement de l'Etat de nationalité à un comportement de l'Etat d'accueil

La pratique internationale en matière d'investissements étrangers ne contient pas vraiment d'exemples d'un consentement donné par l'Etat au moment où le fait est commis. Le consentement de l'Etat de nationalité de l'investisseur à un fait quelconque de l'Etat d'accueil est généralement exprimé *a priori* dans le traité s'appliquant à l'investissement, et ce sous la forme d'exceptions aux dispositions en régissant le traitement et la protection⁸⁸⁴. Nous avons laissé entendre *supra* que la pratique conventionnelle n'était pas majoritairement orientée dans ce sens mais qu'il arrivait que des traités d'investissement voire des accords de libre-échange abordant la question des investissements contiennent ce type d'exceptions, en particulier, dans les pratiques américaine et canadienne⁸⁸⁵. On retrouve également ce type de dispositions dans l'ALENA ainsi que dans le Traité sur la Charte de l'énergie⁸⁸⁶. Ce sont des exceptions expresses, qui apparaissent soit dans le corps du traité soit dans des annexes.

⁸⁸⁴ Cf. A. NEWCOMBE & LL. PARADELL, *op. cit.*, pp. 481-509, § 10.1-10.15.

⁸⁸⁵ Cf. A. NEWCOMBE & LL. PARADELL, *op. cit.*, pp. 482-483, § 10.2.

⁸⁸⁶ Cf. A. NEWCOMBE & LL. PARADELL, *op. cit.*, pp. 506-509, § 10.11-10.15.

Comment les comportements autorisés sont-ils définis ? Il est surtout question, dans ces traités, d'autoriser le comportement étatique concerné dans certaines hypothèses, dans certains domaines ou en vue de remplir certains objectifs. Ainsi, ces exceptions peuvent concerner des enjeux tels que la sécurité nationale de l'Etat d'accueil, le maintien de l'ordre public ou la protection de l'environnement. Elles peuvent également s'appliquer à des secteurs considérés comme étant d'une importance stratégique ou à des types de mesures spécifiques. Certaines exceptions concernent des mesures existantes au moment de la conclusion du traité, qui lui sont contraires et dont ce dernier autorise la perpétuation, alors que d'autres s'appliquent à des comportements futurs⁸⁸⁷. Autant dire que ce sont ces hypothèses, domaines ou objectifs qui constituent, au sens de l'article 20 du projet, les limites du consentement exprimé et en fonction desquels les logiques respectives des exceptions concernées peuvent différer les unes des autres.

L'article XI du TBI USA-Argentine, cité plus haut, fournit un exemple déjà célèbre d'exception concernant la sécurité nationale. Ce texte correspond à une constante de la pratique américaine en matière d'investissements. On constate ainsi que, comme celui de 2004, le récent modèle américain de TBI, datant de 2012, conserve l'exception étudiée, quoique sous une forme différente que dans l'article précité :

« Nothing in this Treaty shall be construed:

- 1. to require a Party to furnish or allow access to any information the disclosure of which it determines to be contrary to its essential security interests; or*
- 2. to preclude a Party from applying measures that it considers necessary for the fulfilment of its obligations with respect to the maintenance or restoration of international peace or security, or the protection of its own essential security interests. »*⁸⁸⁸

Les accords de libre-échange conclus par les Etats-Unis d'Amérique contiennent également ce type de dispositions conventionnelles⁸⁸⁹. En dehors de la pratique américaine, on retrouve dans certains ALE, probablement du fait de leur évidente coloration « commerce international », des exceptions concernant la sécurité nationale directement inspirées du

⁸⁸⁷ Cf. A. NEWCOMBE & LL. PARADELL, *op. cit.*, pp. 484-485, § 10.3.

⁸⁸⁸ Cf. art. 18 Modèle 2004 (<http://www.state.gov/documents/organization/117601.pdf>) & Modèle 2012 (<https://ustr.gov/sites/default/files/BIT%20text%20for%20ACIEP%20Meeting.pdf>). Notons tout de même une subtilité rédactionnelle par rapport au texte de 2012 avec l'emploi de la formule « *that it considers necessary* » (cf. A. NEWCOMBE & LL. PARADELL, *op. cit.*, p. 490).

⁸⁸⁹ Cf. A. NEWCOMBE & LL. PARADELL, *op. cit.*, pp. 490-491, § 10.4.

GATT et des accords OMC⁸⁹⁰. Or, d'un « environnement » à l'autre, la formulation des exceptions et, par conséquent, leur portée peuvent varier. Par exemple, les exceptions de sécurité nationale contenues dans les traités à coloration « investissements étrangers » ne contiennent habituellement pas de liste exemplificative ou exhaustive d'intérêts visés, comme cela peut être le cas dans les ALE concernés⁸⁹¹.

Un autre type notable d'exceptions, quoique peu répandu dans la pratique conventionnelle en matière d'investissements étrangers, regroupe d'ailleurs les exceptions générales inspirées des articles XX du GATT ou XIV du GATS. Pour mémoire, l'article XX du GATT dispose :

« Sous réserve que ces mesures ne soient pas appliquées de façon à constituer soit un moyen de discrimination arbitraire ou injustifiable entre les pays où les mêmes conditions existent, soit une restriction déguisée au commerce international, rien dans le présent Accord ne sera interprété comme empêchant l'adoption ou l'application par toute partie contractante des mesures :

- a) nécessaires à la protection de la moralité publique ;*
- b) nécessaires à la protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux ou à la préservation des végétaux ;*
- c) se rapportant à l'importation ou à l'exportation de l'or ou de l'argent ;*
- d) nécessaires pour assurer le respect des lois et règlements qui ne sont pas incompatibles avec les dispositions du présent Accord, tels que, par exemple, les lois et règlements qui ont trait à l'application des mesures douanières, au maintien en vigueur des monopoles administrés conformément au paragraphe 4 de l'article II et à l'article XVII, à la protection des brevets, marques de fabrique et droits d'auteur et de reproduction et aux mesures propres à empêcher les pratiques de nature à induire en erreur ;*
- e) se rapportant aux articles fabriqués dans les prisons ;*
- f) imposées pour la protection de trésors nationaux ayant une valeur artistique, historique ou archéologique ;*
- g) se rapportant à la conservation des ressources naturelles épuisables, si de telles mesures sont appliquées conjointement avec des restrictions à la production ou à la consommation nationales ;*
- h) prises en exécution d'engagements contractés en vertu d'un accord intergouvernemental sur un produit de base qui est conforme aux critères soumis aux [parties contractantes] et non*

⁸⁹⁰ *Ibidem.*

⁸⁹¹ Cf. A. NEWCOMBE & LL. PARADELL, *op. cit.*, pp. 497-498, § 10.7.

désapprouvés par elles ou qui est lui-même soumis aux [parties contractantes] et n'est pas désapprouvé par elles ;

i) comportant des restrictions à l'exportation de matières premières produites à l'intérieur du pays et nécessaires pour assurer à une industrie nationale de transformation les quantités essentielles desdites matières premières pendant les périodes où le prix national en est maintenu au-dessous du prix mondial en exécution d'un plan gouvernemental de stabilisation, sous réserve que ces restrictions n'aient pas pour effet d'accroître les exportations ou de renforcer la protection accordée à cette industrie nationale et n'aillettent pas à l'encontre des dispositions du présent Accord relatives à la non-discrimination ;

*j) essentielles à l'acquisition ou à la répartition de produits pour lesquels se fait sentir une pénurie générale ou locale; toutefois, lesdites mesures devront être compatibles avec le principe selon lequel toutes les parties contractantes ont droit à une part équitable de l'approvisionnement international de ces produits, et les mesures qui sont incompatibles avec les autres dispositions du présent Accord seront supprimées dès que les circonstances qui les ont motivées auront cessé d'exister. Les [parties contractantes] examineront, le 30 juin 1960 au plus tard, s'il est nécessaire de maintenir la disposition du présent alinéa. »*⁸⁹²

L'article XIV du GATS est, quant à lui, rédigé comme suit :

« Sous réserve que ces mesures ne soient pas appliquées de façon à constituer soit un moyen de discrimination arbitraire ou injustifiable entre les pays où des conditions similaires existent, soit une restriction déguisée au commerce des services, aucune disposition du présent accord ne sera interprétée comme empêchant l'adoption ou l'application par tout Membre de mesures :

- a) nécessaires à la protection de la moralité publique ou au maintien de l'ordre public ;*
- b) nécessaires à la protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux ou à la préservation des végétaux ;*
- c) nécessaires pour assurer le respect des lois ou réglementations qui ne sont pas incompatibles avec les dispositions du présent accord, y compris celles qui se rapportent :*
 - i) à la prévention des pratiques de nature à induire en erreur et frauduleuses ou aux moyens de remédier aux effets d'un manquement à des contrats de services ;*

⁸⁹² Cf. https://www.wto.org/french/docs_f/legal_f/gatt47_02_f.htm#articleXX .

- ii) à la protection de la vie privée des personnes pour ce qui est du traitement et de la dissémination de données personnelles, ainsi qu'à la protection du caractère confidentiel des dossiers et comptes personnels ;
- iii) à la sécurité ;
- d) incompatibles avec l'article XVII, à condition que la différence de traitement vise à assurer l'imposition ou le recouvrement équitable ou effectif d'impôts directs pour ce qui est des services ou des fournisseurs de services d'autres Membres ;
- e) incompatibles avec l'article II, à condition que la différence de traitement découle d'un accord visant à éviter la double imposition ou de dispositions visant à éviter la double imposition figurant dans tout autre accord ou arrangement international par lequel le Membre est lié. »⁸⁹³

Il semble que le Canada soit le seul pays à l'avoir intégré dans son modèle de TBI. Ce genre de dispositions est un peu moins rare dans les ALE, certains de ces accords appliquant les exceptions étudiées à la question des investissements. On imagine aisément qu'il soit, en général, difficile d'imposer ce type d'exceptions au niveau de la négociation d'un TBI, ne serait-ce qu'à cause de la diminution potentielle de la protection conventionnelle recherchée pour les investissements mais aussi des éventuels problèmes d'interprétation.

À cet égard, les exceptions s'appliquant à des secteurs, à des mesures ou même à des obligations spécifiques sont d'un maniement plus aisés. L'exemple emblématique de ce type d'exceptions concerne les mesures fiscales. Ainsi, l'article 2103 § 1 de l'ALENA prévoit-il que :

« [sauf] pour ce qui est indiqué au présent article, aucune disposition du présent accord ne s'appliquera aux mesures fiscales. »⁸⁹⁴

De même, au titre de l'article 21 § 1 du Traité sur la Charte de l'énergie :

« À moins que le présent article n'en dispose autrement, aucune disposition du présent traité ne crée des droits ni impose des obligations en ce qui concerne les mesures fiscales des

⁸⁹³ Cf. https://www.wto.org/french/docs_f/legal_f/26-gats_01_f.htm#ArticleXIV .

⁸⁹⁴ Cf. <https://www.nafta-sec-alena.org/Accueil/Textes-l%C3%A9gaux/Accord-de-libre-%C3%A9change-nord-am%C3%A9ricain?mvid=1&secid=bdc5298e-bf65-49dc-a542-1b14ce9f73a5#A2103> .

*parties contractantes. En cas d'incompatibilité entre le présent article et toute autre disposition du traité, le présent article prévaut, dans la mesure où il y a incompatibilité. »*⁸⁹⁵

Cela étant, on constate, dans ces mêmes cas comme dans d'autres, le caractère général de l'exception est atténué par une application spécifique de certaines obligations concernant le traitement et la protection à certains aspects de la question. Ainsi, dans le cadre de l'ALENA, des dispositions telles que celles concernant les mesures de dépossession⁸⁹⁶ ou les prescriptions de résultat⁸⁹⁷ s'appliquent-elles aux mesures fiscales.

Ce bref tour d'horizon des exceptions susceptibles d'être rencontrées dans la pratique conventionnelle en matière d'investissements étrangers nous permet de voir la forme que peut revêtir le consentement de l'Etat de nationalité de l'investisseur, en tant que circonstance excluant l'illicéité du comportement de l'Etat d'accueil de l'investissement. Cela étant, on ne peut, de toute évidence, concevoir lesdites exceptions comme ayant été conçues, lors de la négociation du texte du traité concerné, pour vider la protection conventionnelle de sa substance. Doit-on pour autant conclure qu'elles sont vouées à être interprétées de façon restrictive ? La réponse à cette question suppose la prise en compte de plusieurs facteurs que la jurisprudence arbitrale n'a pas encore eu l'opportunité d'analyser dans leur intégralité. Le nœud du problème se situera autour de la marge de manœuvre qui est véritablement celle de l'Etat d'accueil invoquant la règle reflétée par l'article 20 du projet, la question de la validité de l'invocation étant liée aux limites du consentement de l'Etat de nationalité.

B — Interprétation du consentement exprimé par l'Etat de nationalité

Le point de départ de ce propos sera l'idée selon laquelle le consentement de l'Etat de nationalité ne peut être valablement invoqué en tant que circonstance excluant l'illicéité que dans la mesure où le comportement concerné reste dans ses limites. L'article 20 du projet ne dit pas autre chose. Nous avons vu quelques manifestations possibles de ce dernier dans les développements précédents. L'arbitre transnational saisi d'un différend d'investissement et devant déterminer la validité de l'invocation devra, pour ce faire, interpréter la disposition conventionnelle constituant l'expression du consentement.

⁸⁹⁵ Cf. <http://www.energycharter.org/fileadmin/DocumentsMedia/Legal/ECT-fr.pdf> .

⁸⁹⁶ Cf. article 1110 ALENA.

⁸⁹⁷ Cf. article 1106 ALENA.

L'un des problèmes d'interprétation à s'être manifestés avec le plus acuité, notamment au sujet de l'exception concernant la sécurité nationale que constitue l'article XI du TBI USA-Argentine, est celui de savoir dans quelle mesure on peut considérer une exception comme *self-judging*. Dans l'affaire *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua*, la CIJ, jugeant sur le fond, a eu à se prononcer sur le caractère *self-judging* de l'exception de sécurité contenue dans le Traité d'amitié entre les Etats-Unis et le Nicaragua. Elle a exclu ce caractère en raisonnant de la façon suivante :

*« Que la Cour soit compétente pour déterminer si des mesures prises par l'une des Parties relève d'une exception ressort également a contrario de ce que le texte de l'article XXI du traité n'a pas repris le libellé antérieur de l'article XXI de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce. Cette disposition du GATT, prévoyant des exceptions au jeu normal de l'Accord général, précise que celui-ci ne sera pas interprété comme empêchant une partie contractante de prendre 'toutes mesures qu'elle estimera nécessaires à la protection des intérêts essentiels de sa sécurité', dans des domaines comme la fission nucléaire, les armements, etc. Le traité de 1956 fait simplement état au contraire des mesures 'necessaires' et non pas de celles considérées comme telles par une partie. »*⁸⁹⁸

Autant dire que le caractère *self-judging* d'une exception dépendra en grande partie, sous réserve de la bonne foi de l'Etat prenant les mesures, des termes dans lesquels la disposition concernée est rédigée. Si cette dernière contient une formule de type « toutes les mesures *qu'il estime* nécessaires », elle a le caractère en question et non dans le cas contraire⁸⁹⁹.

Vu sous cet angle, l'article XI du TBI USA-Argentine ne peut pas être considéré comme *self-judging* et c'est à cette conclusion que l'essentiel des tribunaux arbitraux, saisis dans le cadre du contentieux argentin et ayant eu à aborder cette question sont arrivés. Ainsi, dans l'affaire *LG&E*, il a été procédé de la façon suivante :

« Certainly, the language of the BIT does not specify who should decide what constitutes essential security measures – either Argentina itself, subject to a review under a good faith standard, or the Tribunal. Based on the evidence before the Tribunal regarding the

⁸⁹⁸ Cf. CIJ Fond 27 juin 1986 *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*, Rec. 1986, p. 116, § 222.

⁸⁹⁹ Cf. A. NEWCOMBE & LL. PARADELL, *op. cit.*, pp. 492-495, § 10.5 ; A. DE NANTEUIL, *op. cit.*, pp. 412-413, § 834.

*understanding of the Parties in 1991 at the time the Treaty was signed, the Tribunal decides and concludes that the provision is not self-judging. »*⁹⁰⁰

Nous observons, cependant, que la pratique américaine s'est, par la suite, orientée vers le recours à la formule évoquée plus haut, en particulier dans les exceptions de sécurité, rendant ces dernières *self-judging*. Quelle sera, en pareil cas, la marge de manœuvre laissée à l'interprète ? Le collège arbitral saisi dans l'affaire *LG&E* précise que, selon lui :

*« Were the Tribunal to conclude that the provision is self-judging, Argentina's determination would be subject to a good faith review anyway, which does not significantly differ from the substantive analysis presented here. »*⁹⁰¹

Il a, néanmoins, été remarqué qu'une telle position priverait la formule analysée de son effet utile⁹⁰². Rajoutons à ceci qu'en vertu d'une telle position, le tribunal peut être amené à aller au-delà de la volonté des parties au traité applicable qui, pour le coup, est explicite concernant le caractère *self-judging* de l'exception. On conçoit tout à fait qu'une disposition conventionnelle de ce type doive être exécutée de bonne foi, comme l'exige le droit coutumier, tel que reflété par la Convention de Vienne sur le droit des traités⁹⁰³. Cela étant, analyser si ladite exécution a été réalisée de bonne foi est une opération intellectuelle différente de celle consistant à déterminer si l'Etat s'appuyant sur une exception de sécurité nationale, comme sur toute autre exception, est le seul juge de la nécessité des mesures prises : la première analyse évoquée se situera immanquablement en aval de la seconde.

Une autre série de problèmes d'interprétation concerne les exceptions formulées sur le modèle du GATT ou du GATS. Ces problèmes ne sont, certes, pas posés avec la même acuité que celui précédemment étudié, dans la mesure où les tribunaux arbitraux n'y ont pas encore été véritablement confrontés⁹⁰⁴. Cela étant, l'articulation de ces exceptions générales avec certaines dispositions conventionnelles en matière de traitement et de protection peut amener à se demander quelle sera, dans l'hypothèse concernée, la véritable portée du consentement exprimé. Pour présenter les choses de manière schématique, il s'agit de savoir si les exceptions en question doivent ou non être interprétées de façon restrictive.

⁹⁰⁰ Cf. CIRDI Responsabilité *LG&E c/ Argentine*, § 212.

⁹⁰¹ Cf. CIRDI Responsabilité *LG&E c/ Argentine*, § 214.

⁹⁰² Cf. A. NEWCOMBE & LL. PARADELL, *op. cit.*, p. 494, § 10.5.

⁹⁰³ Cf. article 26 CVDT (<https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/Volume%201155/volume-1155-I-18232-French.pdf>).

⁹⁰⁴ Cf. A. NEWCOMBE & LL. PARADELL, *op. cit.*, pp. 503-506, p. 503, § 10.10.

Il est vrai, nous l'avons vu plus haut, que le jeu de ce type de dispositions peut être « neutralisé », en ce sens que des normes conventionnelles de traitement ou de protection pourront être conçues comme faisant « exception à l'exception ». Toutefois, en dehors de ces hypothèses, la question pourra se poser, pour l'arbitre saisi, de savoir s'il y a lieu de transposer, afin de résoudre le problème juridique auquel il est confronté, la logique « GATT-OMC » en matière d'investissements étrangers. Nous pensons, en particulier, aux principes d'interprétation dégagés par la jurisprudence OMC auquel des auteurs proposent d'avoir recours⁹⁰⁵. On a peu de mal à imaginer les frictions qui pourraient, par exemple, résulter d'une interprétation qui méconnaîtrait la « logique » et surtout l'objet et le but d'un TBI. Ces frictions auraient bien sûr vocation à être moins intenses dans le cas d'un ALE même si ce dernier contient des dispositions spécifiquement consacrées aux investissements. Il s'agit, sans doute, de l'une des principales raisons pour lesquelles ce type d'exceptions ne se retrouve que dans un nombre relativement peu élevé de traités d'investissement. Quoi qu'il en soit, si l'exception existe et est rédigée en des termes assez clairs permettant de déterminer sa portée, en tant que telle et au regard d'autres dispositions matérielles, il est logique que les arbitres s'en tiennent à la volonté exprimée par les parties.

Ainsi, dans le cadre de la relation interétatique née de la conclusion d'un traité d'investissement, il arrive que le consentement de la victime de la violation d'une obligation internationale puisse être invoqué en tant que circonstance excluant l'illicéité. Il s'agit, de toute façon, du schéma du droit commun de la responsabilité internationale de l'Etat, l'Etat de nationalité de l'investisseur étant le créancier de l'obligation violée et l'Etat d'accueil de l'investissement son débiteur. Les choses peuvent être perçues comme compliquées par le fait que l'investisseur protégé par un traité d'investissement se voit reconnaître l'aptitude d'en invoquer les dispositions devant un organe juridictionnel appliquant le droit international. Autant dire que l'investisseur se voit, à cet égard, reconnaître un certain degré de personnalité juridique internationale. Il est pourtant admis que le droit commun de la responsabilité ne prend pas en considération le consentement d'une entité non étatique. Est-ce à dire que le consentement exprimé par l'investisseur ne peut, *a priori*, pas être invoqué en tant que circonstance excluant l'illicéité ? Il y a, en tous cas, lieu de se demander s'il peut ou non être pris en compte pour conclure à l'absence de responsabilité étatique.

⁹⁰⁵ Cf. A. NEWCOMBE & LL. PARADELL, *op. cit.*, p. 504, § 10.10.

§ 2 — Consentement exprimé par l'investisseur victime du comportement de l'Etat d'accueil

Selon James CRAWFORD, bien que « l'article 20 du projet n'envisage que le consentement d'un État à un comportement par ailleurs contraire à une obligation internationale [, le] droit international peut aussi *prendre en considération* le consentement d'entités non étatiques comme des sociétés ou des particuliers »⁹⁰⁶. On remarque ainsi qu'il n'est pas exclu que le consentement exprimé par l'investisseur victime d'un comportement de l'Etat d'accueil puisse, en vertu d'une *lex specialis*, être invoqué en tant que circonstance excluant l'illicéité. Le pas en question n'est cependant pas franchi de façon claire. Nous remarquons, en particulier, que l'exemple pris par cet auteur, pour étayer son propos, concerne un mécanisme de mise en œuvre de la responsabilité et non l'exclusion de l'illicéité au stade de son engagement. Il est vrai que la pratique en matière d'investissements étrangers, conventionnelle comme jurisprudentielle, ne consacre pas cette possibilité, du moins à première vue. Tout au plus, sait-on que l'investisseur ne devrait pas pouvoir arguer, devant l'arbitre transnational, de ses propres turpitudes dans les relations juridiques qui le lient à l'Etat d'accueil de l'investissement.

Deux éléments, que nous avons précédemment abordés, peuvent, toutefois, amener à s'interroger quant au caractère envisageable ou non d'un consentement de l'investisseur à l'illicite, au sens du droit de la responsabilité internationale. Le premier tient au degré de personnalité juridique reconnu par les traités d'investissement aux investisseurs étrangers protégés, ces derniers pouvant même directement, et ce sur le fondement des dispositions conventionnelles qui les protègent, saisir un organe juridictionnel appliquant le droit international. Le second concerne le fait qu'un engagement pris par l'Etat à l'égard de l'investisseur, en particulier dans le cadre d'un contrat transnational, peut, en particulier par le biais de la clause dite « de couverture », faire l'objet d'une « internationalisation » par le biais du traité d'investissement applicable. On peut, ainsi, voir l'investisseur comme une sorte de créancier des obligations internationales concernées.

Serait-il alors possible de procéder à une inversion de la perspective et de considérer qu'une manifestation de volonté de l'investisseur concernant un comportement de l'Etat d'accueil peut en exclure l'illicéité internationale ou, au moins, contribuer à exonérer ledit Etat de sa responsabilité internationale ? Si l'on considère que cette possibilité n'est pas

⁹⁰⁶ Cf. Commentaire, § 10.

exclue, en tous cas par la doctrine, il y a lieu de dissiper les doutes existants sur deux points cruciaux. Il est, en premier lieu, nécessaire de déterminer si l'investisseur est apte à consentir, dans l'ordre juridique international, au comportement de l'Etat d'accueil de manière à en exclure l'illicéité internationale (A). Il est également nécessaire d'examiner la ou, éventuellement, les façons dont le droit international peut, en matière d'investissements étrangers, prendre en considération une manifestation de volonté dudit investisseur de manière à écarter la responsabilité de l'Etat d'accueil (B).

A — Aptitude de l'investisseur à consentir au comportement de l'Etat d'accueil

Il ne fait pas de doute qu'en matière d'investissements étrangers, la pratique conventionnelle reconnaît quasi-systématiquement aux personnes privées protégées un statut de sujet de droit international, en leur permettant de poursuivre l'Etat d'accueil devant un organe arbitral, et ce sur le fondement des dispositions du traité applicable⁹⁰⁷. Cependant, il ne fait également aucun doute que la personnalité juridique accordée aux investisseurs dans ces hypothèses, en plus d'être dérivée, est limitée. Un auteur a exprimé cette idée de la façon suivante :

*« [...] L'entreprise ne peut donc se voir attribuer que des droits et des obligations limités par rapport à ceux détenus par l'Etat qui est le seul sujet bénéficiaire de la plénitude des droits et des obligations en droit international. L'entreprise est destinataire de normes juridiques déterminées et non pas des normes juridiques du droit international. [...] De plus, de la reconnaissance d'une personnalité juridique limitée à l'entreprise, il ne découle pas un quelconque droit de participation à l'élaboration des normes juridiques internationales. [...] Le seul véritable droit qui découle du statut de sujet de droit limité que se voit reconnaître l'entreprise dans certaines circonstances spécifiques dans le domaine du droit international des investissements est celui d'entreprendre un recours contre un Etat devant un tribunal international. Dès lors, cette personnalité juridique internationale est non seulement limitée, mais également fonctionnelle [...]. »*⁹⁰⁸

Partant de là, deux questions se posent. La première est celle de savoir si la personnalité de l'investisseur lui permet de consentir au comportement de l'Etat d'accueil de façon à exclure

⁹⁰⁷ Nous aurons l'occasion d'y revenir.

⁹⁰⁸ Cf. P. DUMBERRY, « L'entreprise, sujet de droit international ? Retour sur la question à la lumière des développements récents du droit international des investissements », RGDIP 2004-I, pp. 103-122, pp. 115-116.

l'illicéité internationale de ce dernier. La seconde consiste à se demander s'il est possible, sur ce point, de raisonner par analogie avec ce que prévoit le droit coutumier, tel que reflété par l'article 20 du projet d'articles.

Pour ce qui est de la première question, nous avons vu *supra* que cette possibilité n'était pas écartée par la doctrine. En conséquence, on peut partir, sans trop extrapolier, du principe selon lequel consentir au comportement de l'Etat d'accueil ne dépasse pas les limites de la personnalité juridique susceptible d'être reconnue à un investisseur. Si l'on admet ce qui précède, on admet, par la même occasion, qu'il peut, dans une certaine mesure, modifier l'ordonnancement juridique international de façon à exclure l'illicéité internationale d'un comportement étatique et cela nous amène à la seconde question.

En effet, la transposition de la règle de l'article 20 du projet à l'hypothèse qui nous occupe ne sera pas sans poser de difficultés nouvelles par rapport à celle du droit commun, qui implique une relation interétatique. L'illustration donnée de cette situation dans le commentaire de l'article 20 est d'ailleurs, à cet égard, de nature à induire en erreur. James CRAWFORD souligne que :

*« [la] mesure dans laquelle les investisseurs peuvent déroger aux règles de protection diplomatique par un accord préalable prête depuis longtemps à controverse, mais la Convention de Washington de 1965 prévoit que, pour un investisseur, le fait de consentir à l'arbitrage au sens de la Convention suspend le droit de protection diplomatique de l'Etat dont l'investisseur est ressortissant. »*⁹⁰⁹

Or, l'éventuelle suspension, du fait du consentement dissocié de l'investisseur à l'arbitrage CIRDI, du droit pour l'Etat de nationalité d'exercer son droit de protection diplomatique en tant que mécanisme de mise en œuvre de la responsabilité internationale de l'Etat d'accueil ne signifie pas que l'investisseur a consenti au comportement, bien au contraire. Nous serions bien plus enclins à supposer que le consentement en question est constitué par une manifestation de volonté qui sera « internationalisée » par le biais du traité d'investissement applicable. Autant dire que, si le comportement dont il s'agit d'exclure l'illicéité doit rester dans les limites du consentement exprimé par l'investisseur, ce dernier doit, quant à lui, être intervenu dans les limites de la personnalité juridique reconnue par voie conventionnelle.

⁹⁰⁹ Cf. Commentaire, § 10.

L'exigence de la validité du consentement, telle qu'évoquée dans l'article 20 du projet, semble devoir être envisagée d'une autre manière puisque nous sommes en présence d'un sujet dérivé du droit international, avec tout ce que cela peut impliquer comme conséquences juridiques. S'il s'agit d'une manifestation de volonté « internationalisée », la validité de ladite manifestation dépendra à la fois celle de l'acte qui la contient et de la mesure dans laquelle le traité applicable autorise l'investisseur à modifier l'ordonnancement juridique international, mesure difficile à déterminer dans l'absolu. C'est à ce stade qu'il convient d'effectuer un parallèle entre la question qui nous occupe et l'absence de validité d'une clause CALVO insérée, par exemple, dans un contrat transnational⁹¹⁰. Il est, en effet, vrai que l'investisseur ne peut pas renoncer à une prérogative qui ne lui est pas reconnue, à savoir le droit de protection diplomatique⁹¹¹. Néanmoins, rien n'exclut que l'investisseur consente, dans l'acte concerté contenant l'engagement « internationalisé » de l'Etat d'accueil, à certains comportements de la part de ce dernier. Ce consentement prendrait alors la forme d'exceptions audit engagement.

Cela étant, si l'investisseur peut exprimer un consentement à la violation par l'Etat d'accueil de l'une de ses obligations internationales, il ne le peut, en toute logique, que parce que et dans la mesure où il est destinataire desdites normes, sa personnalité juridique internationale étant limitée. Or, nous l'avons vu plus haut, il peut être soutenu que, dans le cas précis de la consolidation des engagements particuliers d'un Etat vis-à-vis d'un investisseur par le biais d'un acte concerté tel qu'un contrat transnational, tout le contenu du contrat n'a pas automatiquement vocation à être « internationalisé » par voie conventionnelle. Ainsi, on peut concevoir une double limite au consentement de l'investisseur. La première tient à ce que le traité d'investissement, en ce qu'il définit de façon limitative les obligations de l'Etat d'accueil pouvant être invoquées par l'investisseur, limite également, *a priori*, la portée d'un éventuel consentement de ce dernier. De plus, deuxième limite, si l'on admet que la consolidation d'un engagement particulier de l'Etat d'accueil n'aboutit pas nécessairement à l'« internationalisation » totale de l'acte qui le contient, on admet également que le consentement de l'investisseur doit se « situer » dans les limites de ce qui est susceptible d'être « internationalisé ».

⁹¹⁰ Cf. notamment, pour une étude détaillée de cette question, K. LIPSTEIN, « The Place Of The Calvo Clause In International Law », BYIL 1945, pp. 130-145.

⁹¹¹ Cf. P. DAILLIER, M. FORTEAU & A. PELLET, *op. cit.*, pp. 910-911.

À ce jour, ni la pratique conventionnelle ni la pratique jurisprudentielle en matière d'investissements étrangers ne confirme ou n'infirme les idées qui précèdent. Le problème étudié n'a, de plus, pas encore été traité en profondeur par la doctrine. Pour autant, l'idée d'une possibilité pour un investisseur d'exprimer un consentement excluant l'illicéité d'un éventuel comportement de l'Etat d'accueil ne peut être rejetée en bloc. Cette possibilité nous semble tributaire d'une modalité de l'« internationalisation » conventionnelle qui n'apparaît pas systématiquement dans les traités d'investissement. De plus, nous avons observé, à l'occasion de développements antérieurs, que la portée de ce type d'« internationalisation » prête encore à controverse. À notre sens, la pratique conventionnelle ne se prête pas, en dehors de cette hypothèse, à ce qu'une manifestation de volonté de la part de l'investisseur constitue une circonstance excluant l'illicéité au sens où l'entend le droit commun. Cela étant, rien n'empêche, dans l'absolu, que ladite manifestation soit « prise en considération » par le droit international de façon à écarter la responsabilité de l'Etat d'accueil.

B — Prise en considération d'une manifestation de volonté de l'investisseur de manière à écarter la responsabilité de l'Etat d'accueil

En supposant que l'on ne soit pas dans la situation, décrite plus haut, dans laquelle l'illicéité du comportement de l'Etat d'accueil est exclue par la manifestation de la volonté de l'investisseur, comment cette dernière peut-elle être « prise en considération par le droit international » de façon à écarter la responsabilité de l'Etat d'accueil ? Cette interrogation constitue le point de départ de ce propos. Encore faut-il, cependant, définir ce que l'on entend par « écarter la responsabilité de l'Etat d'accueil ». Nous avons, en effet, vu *supra* que le caractère limité et fonctionnel de la personnalité juridique habituellement reconnue aux investisseurs dans la pratique conventionnelle se prête moins qu'en vertu du droit commun à l'invocation du consentement en tant que circonstance excluant l'illicéité. Plus précisément, cette possibilité ne semble pouvoir être envisagée que dans l'hypothèse où le consentement de l'investisseur est « internationalisé » par une clause de couverture. Autant dire qu'en dehors de ce cas de figure, la neutralisation de la responsabilité de l'Etat d'accueil ne peut pas avoir lieu en amont de son engagement.

Une telle neutralisation est-elle possible en aval ? Le passage du commentaire du projet d'articles cité dans les développements précédents et concernant la Convention de Washington ouvre une piste de réflexion. Il est, certes, insuffisant à illustrer une situation dans

laquelle le consentement de l'investisseur exclurait l'illicéité, et ce dans la mesure où, comme nous l'avons remarqué plus haut, c'est déjà, d'un point de vue technique, la mise en œuvre de la responsabilité qui est concernée et non son engagement. C'est précisément sur ce point qu'il y a lieu de s'interroger. En effet, l'article 45 du projet, intitulé « Renonciation au droit d'invoquer la responsabilité », est rédigé comme suit :

« *La responsabilité de l'État ne peut pas être invoquée si :*

- a) L'État lésé a valablement renoncé à la demande ; ou*
- b) L'État lésé doit, en raison de son comportement, être considéré comme ayant valablement acquiescé à l'abandon de la demande. »*⁹¹²

En raisonnant par analogie, on peut, dès lors, se poser la question de savoir si et par quels moyens un investisseur peut valablement « renoncer à la demande » ou « être considéré comme ayant valablement acquiescé à l'abandon de la demande ».

Pour ce qui est de savoir si un investisseur peut valablement renoncer à la demande, il y a lieu de partir du fait que l'investisseur se voit reconnaître un certain degré de personnalité juridique internationale par la pratique conventionnelle dont l'élément principal est le droit de recourir à l'arbitrage transnational afin d'invoquer les dispositions du traité dont il est le destinataire. On voit, là encore, qu'il n'est pas possible de raisonner par simple analogie avec la « clause CALVO » en ce que l'investisseur est destinataire des dispositions qu'il invoque et qu'il est véritablement, et vertu du traité qui le protège, titulaire du droit d'invoquer lesdites dispositions, à l'inverse de ce qui s'applique à la protection diplomatique.

Deux difficultés se font jour à ce stade. La première tient aux caractéristiques de l'arbitrage transnational tel qu'il est mis en œuvre en matière d'investissements. Il convient, cependant, de souligner que, dans ce contexte, le consentement de l'investisseur à l'offre d'arbitrage contenue dans le traité d'investissement se manifeste au moment de la saisine de l'organe arbitral. C'est ce qu'exprime l'idée de consentement dissocié à l'arbitrage⁹¹³. Ainsi décrit, le caractère dissocié de ce consentement constitue un avantage stratégique pour l'investisseur, qui conserve l'initiative du déclenchement de la procédure arbitrale. Il est, en conséquence, peu plausible en pratique qu'il renonce à ce droit. Une telle renonciation entrerait-elle, de toute façon dans les limites de la personnalité juridique habituellement reconnue à

⁹¹² Cf. https://icsid.worldbank.org/ICSID/StaticFiles/basicdoc-fra/CRR_French-final.pdf.

⁹¹³ Cf. notamment G. BURDEAU, « Nouvelles perspectives pour l'arbitrage dans le contentieux économique intéressant les Etats », Revue de l'arbitrage 1995, pp. 3-37, pp. 10-27.

l’investisseur ? Pour les raisons que nous venons de décrire et au vu de la raison d’être des traités d’investissement, la pratique conventionnelle ne s’attarde pas sur cette possibilité. Doit-on, pour autant, en conclure qu’elle n’existe pas ? Rien dans la pratique conventionnelle ne permet de le penser. Nous aurions, de plus, tendance à penser qu’à partir du moment où la manifestation de volonté valant renonciation au droit d’invoquer la responsabilité de l’Etat d’accueil est « internationalisée » de façon valide, il n’y a pas, *a priori*, lieu de refuser de la prendre en considération.

Encore faut-il pouvoir identifier la forme que prendrait une telle manifestation de volonté. La pratique internationale en la matière n’en fournit quasiment pas d’exemples. La logique voudrait qu’une telle manifestation apparaisse dans un acte juridique susceptible d’être couvert par le traité. On pense, bien entendu, aux hypothèses dans lesquelles l’existence et le contenu d’une *umbrella clause* permettent d’atteindre un tel résultat. Or, ce type de dispositions conventionnelles est axé sur l’engagement de l’Etat d’accueil vis-à-vis de l’investisseur. Nous pensons pouvoir en déduire que ladite renonciation pour être « internationalisée » doit intervenir en corrélation avec un engagement de l’Etat d’accueil. En tous cas, la pratique conventionnelle, en l’état actuel, n’aménage pas, dans l’ordre juridique international, la possibilité pour un investisseur de renoncer unilatéralement à invoquer la responsabilité de l’Etat d’accueil. Une renonciation opérée de cette façon ne pouvant pas, d’un point de vue technique, être « internationalisée », elle ne pourra pas produire l’effet voulu dans l’ordre juridique international.

Conclusion du Chapitre VI :

Il ressort de ce qui précède que, dans le cadre de la pratique internationale en matière d'investissements étrangers, l'appréhension des circonstances excluant l'illicéité du comportement d'un Etat, celui qui, dans notre hypothèse d'étude, reçoit l'investissement et est tenu par le traité pertinent en tant qu'Etat d'accueil, est rendue plus difficile que dans des domaines moins spécialisés du droit international par divers facteurs. Ainsi, la jurisprudence arbitrale concernant les répercussions contentieuses de la crise argentine met en relief les difficultés que l'interprète peut rencontrer au moment de qualifier l'une des situations d'urgence pouvant déboucher sur l'exclusion de l'illicéité. Elle illustre aussi, à notre sens, le risque omniprésent qui existe qu'une telle opération de qualification, menée en méconnaissant même partiellement la logique du droit coutumier telle que reflétée par le projet d'articles, soit plus basée sur des considérations idéologiques que sur des considérations juridiques à proprement parler. Nous avons pu le voir quand il était question de l'invocation de la force majeure par l'Etat argentin. Nous avons également pu le constater en analysant des sentences rendues dans des affaires où ce même Etat avait invoqué l'état de nécessité.

Les problématiques concernant le consentement des victimes du fait internationalement illicite allégué ont été abordées d'une façon différente, et ce ne serait-ce qu'en raison du fait que cette hypothèse reste, à ce jour, insuffisamment illustrée par la pratique internationale dans la matière étudiée. Elles n'en revêtent pas moins un intérêt sur le plan intellectuel, dans la mesure où les spécificités de ladite matière amènent à réfléchir sur la relation d'investissement elle-même. Ainsi, nous avons vu que les Etats pouvaient, en prévoyant *a priori* des exceptions conventionnelles au jeu normal des dispositions consacrées au traitement et à la protection des investissements couverts, exprimer un consentement à la commission d'un éventuel fait internationalement illicite, lequel consentement est techniquement susceptible, au sens du droit coutumier, d'exclure l'illicéité du comportement en question. De plus, rien n'exclut, dans l'absolu, que l'investisseur, en tant que sujet de droit international dérivé de la relation conventionnelle entre son Etat national et l'Etat d'accueil de l'investissement, puisse consentir à l'internationalement illicite, les modalités d'un tel consentement restant encore à préciser.

Conclusion du Titre I de la Deuxième Partie :

En s'intéressant dans l'absolu à l'engagement de la responsabilité internationale de l'Etat d'accueil de l'investissement étranger, on arrive relativement bien à faire le départ entre ceux des aspects du fait générateur qui ne posent pas de difficultés spécifiques ou inédites et ceux qui en posent. Ainsi, pour autant que le reflète la pratique jurisprudentielle en la matière, l'attribution d'un comportement à l'Etat d'accueil à des fins d'établissement de sa responsabilité internationale se révèle souvent moins problématique que ne peut l'être la détermination de l'existence d'une violation, par ledit Etat adoptant ledit comportement, de l'une de ses obligations conventionnelles. La « Main de l'Etat » n'est pas moins reconnaissable en matière d'investissements étrangers qu'elle ne l'est dans d'autres domaines du droit international, qu'il s'agisse de comportements de ses organes au sens où l'entend le droit coutumier ou de comportements supposant une impulsion ou une approbation étatiques. La qualification du fait de l'Etat d'accueil comme internationalement illicite renvoie, en revanche, des problématiques spécifiques à la matière étudiée, comme celle de l'« internationalisation » conventionnelle du régime juridique de l'investissement protégé ou celle du contenu normatif des dispositions conventionnelles tel que défini par les parties au traité applicable, et ce tout en sachant que ni l'origine ni la nature de l'obligation violée ne sont censées peser sur la qualification évoquée, mais aussi, quoique dans une moindre mesure, au « quand » au « comment » de la violation, les tribunaux arbitraux restant assez proches des solutions « généralistes » fournies par le droit intertemporel.

Ajoutons à ce qui précède que l'exclusion de l'illicéité internationale du comportement de l'Etat d'accueil est, en matière d'investissements étrangers, susceptible d'être compliquée par divers facteurs. Comme l'illustre la jurisprudence arbitrale récente, les situations d'urgence pouvant constituer des circonstances excluant l'illicéité, à savoir la force majeure et l'état de nécessité, peuvent, en pratique, donner lieu à des qualifications méconnaissant la logique du droit coutumier ou basée sur des considérations plus idéologiques que juridiques. De plus, les exceptions conventionnelles au jeu normal des dispositions matérielles peuvent éventuellement permettre aux Etats de nationalité des investisseurs protégés de consentir à la commission d'un fait internationalement illicite. Les développements récents de la jurisprudence arbitrale autorisent à imaginer une hypothèse dans laquelle les investisseurs protégés, susceptibles qu'ils sont d'être tenus par des obligations internationales dans le cadre de la personnalité juridique fonctionnelle qui leur est reconnue, pourraient consentir de la

sorte. Toutes les spécificités évoquées doivent être gardées à l'esprit au moment de l'analyse du contenu et de la mise de la responsabilité internationale de l'Etat d'accueil.

Titre II

CONTENU ET MISE EN ŒUVRE DE LA RESPONSABILITÉ INTERNATIONALE DE L’ÉTAT D’ACCUEIL

Concernant respectivement le contenu et la mise en œuvre de la responsabilité internationale de l'Etat d'accueil d'un investissement étranger, les principaux enjeux font relativement peu de doutes. Pour ce qui est du contenu de la responsabilité, la réparation du préjudice causé par le fait internationalement illicite de l'Etat d'accueil doit faire l'objet d'une attention particulière (Chapitre VII). En ce qui concerne la mise en œuvre de la responsabilité, la question de l'invocation de celle-ci est celle qui doit être considérée comme centrale (Chapitre VIII).

Chapitre VII

Réparation du préjudice causé par le fait internationalement illicite de l'Etat d'accueil

En tant que conséquence de la responsabilité internationale d'un Etat pour fait internationalement illicite, l'obligation de réparer incombant, au regard du droit coutumier tel que reflété par le projet d'articles, à l'Etat responsable ne fait l'objet d'aucune contestation : ce dernier est tenu de réparer le préjudice causé par la violation du droit international dont il est l'auteur. Cela est vrai tant pour ce qui est du droit commun que dans des domaines plus spécialisés du droit international, les investissements étrangers constituant l'un de ces domaines. Où la question de la réparation du préjudice causé par le fait internationalement illicite de l'Etat d'accueil puise-t-elle alors sa spécificité ? Nous pouvons répondre à cette question par une proposition anodine, du moins en apparence : le préjudice à réparer, celui causé par le fait internationalement illicite, au sens où l'entend le droit coutumier, est celui subi par l'investisseur protégé par le traité applicable. Il convient, cependant, de donner à ce préjudice le relief qui est le sien.

Premièrement, il ne s'agit pas de prendre appui sur un dommage concret subi par une personne privée dans un ordre juridique interne et, par conséquent, lointain par rapport à l'ordre juridique international, qui produirait dans ce dernier un écho dont il sera tenu compte pour réparer le préjudice causé à l'Etat d'origine de la personne privée concernée par le fait internationalement illicite : il s'agit de réparer un préjudice au sens strict causé, dans l'ordre juridique international, par un fait internationalement illicite à l'investisseur protégé par un traité d'investissement qui lui confère une personnalité juridique internationale fonctionnelle. Deuxièmement, c'est ce même préjudice, causé à un sujet de droit international dans l'ordre juridique international, qui sera l'objet de l'obligation de réparer née de l'engagement de la responsabilité internationale, et ce, prenons le temps de le préciser, indépendamment du préjudice subi par l'Etat de nationalité et causé par le même fait : les deux préjudices, s'ils peuvent être perçus comme interdépendants, sont bien distincts. Autant dire que le préjudice subi par l'investisseur et faisant l'objet de cette hypothèse d'étude peut être abordé en tant que « préjudice causé par le fait internationalement illicite » (Section 1) de même qu'en tant qu'objet de la réparation intégrale incombant à l'Etat d'accueil (Section 2).

Section 1 — Le préjudice subi par l'investisseur, en tant que « préjudice causé par le fait internationalement illicite »

Le droit coutumier, tel que reflété par le projet d'articles consacré à la responsabilité, est clair quand il s'agit de déterminer l'assiette de l'obligation de réparer, en tant qu'élément du contenu de la responsabilité : le préjudice objet de la réparation est celui causé par le fait internationalement illicite. Ce qui précède amène, bien entendu, quelques remarques ou rappels. Rappelons que, sur ce point particulier comme sur d'autres, le projet d'articles illustre une perception « renouvelée » tant du déclenchement de la responsabilité internationale de l'Etat que du rôle de la réparation. Ainsi, il n'est pas faux de dire que, si la responsabilité internationale d'un Etat est engagée dans la seule mesure où ce dernier viole une obligation internationale par laquelle il est tenu, la réparation, elle, ne peut, dans l'absolu, intervenir que dans la mesure où le fait international illicite, que l'on supposera établi, a causé un préjudice. Le préjudice en question est bien celui causé, dans l'hypothèse visée par le droit commun, à l'Etat créancier de l'obligation internationale violée.

Cela étant, et il s'agit de l'une des spécificités les plus remarquables du droit international en matière d'investissements étrangers, l'Etat de nationalité n'est pas l'unique sujet de droit international susceptible de subir, dans l'ordre juridique international, un préjudice causé par une violation d'un traité d'investissement. En effet, la pratique conventionnelle en la matière est massivement orientée dans le sens d'une personnalité juridique internationale, certes fonctionnelle, confiée à l'investisseur protégé par le traité pertinent : cet investisseur est lui aussi, dans l'ordre juridique international, un créancier des obligations internationales de l'Etat d'accueil. Ainsi, dans l'hypothèse d'une violation par l'Etat d'accueil de l'une des obligations conventionnelles concernées, c'est le préjudice subi par cet investisseur, sujet de droit international, créancier dans l'ordre juridique international, qui servira de base à l'obligation de réparer née de la responsabilité engagée par le fait internationalement illicite. Il n'est plus nécessaire de recourir à la fiction juridique connue en matière de protection diplomatique : en tant que « préjudice causé par le fait internationalement illicite », le préjudice subi, dans l'ordre juridique international, par l'investisseur protégé l'est de façon immédiate (§ 1) et directe (§ 2).

§ 1 — Caractère immédiat du préjudice

On qualifie habituellement d'immédiat un « préjudice résultant de l'atteinte à un intérêt juridiquement protégé d'un sujet de droit international »⁹¹⁴. La notion de « préjudice immédiat » est opposée à celle de « préjudice médiat », censé résulter « de l'atteinte à un intérêt juridiquement protégé des personnes privées et qui se mue en un dommage affectant un sujet de droit international »⁹¹⁵. Dans le premier cas, les choses sont assez faciles à concevoir : le préjudice résulte, de façon basique, de la violation d'une norme de droit international créant un droit au profit d'un sujet de droit international. Dans le second cas, la mécanique est différente en ce que le préjudice causé par le fait internationalement illicite n'est celui de l'Etat et, par conséquent, celui d'un sujet de droit international que grâce au recours à une fiction juridique qui permet d'y voir une atteinte à l'un de ses droits subjectifs dans l'ordre juridique international.

Ladite fiction est reflétée par un *dictum* célèbre de la CPJI, dans l'affaire des *Concessions Mavrommatis en Palestine* :

« [...] *C'est un principe élémentaire du droit international que celui qui autorise l'État à protéger ses nationaux lésés par des actes contraires au droit international commis par un autre État, dont ils n'ont pu obtenir satisfaction par les voies ordinaires. En prenant fait et cause pour l'un des siens, en mettant en mouvement, en sa faveur, l'action diplomatique ou l'action judiciaire internationale, cet État fait, à vrai dire, valoir son droit propre, le droit qu'il a de faire respecter en la personne de ses ressortissants, le droit international.* [...] »⁹¹⁶

Elle est également reflétée par le projet d'articles de la CDI consacré à la protection diplomatique, datant de 2006, dont l'article premier, consacré à la définition de l'institution et au champ d'application du texte, est rédigé comme suit :

« *Aux fins du présent projet d'articles, la protection diplomatique consiste en l'invocation par un État, par une action diplomatique ou d'autres moyens de règlement pacifique, de la responsabilité d'un autre État pour un préjudice causé par un fait internationalement illicite*

⁹¹⁴ Cf. J. SALMON (dir.), *Dictionnaire de droit international public*, Bruxelles, Bruylant/AUF, 2001, xli+1198 p., entrée « Dommage immédiat ».

⁹¹⁵ Cf. J. SALMON (dir.), *op. cit.*, entrée « Dommage médiat ».

⁹¹⁶ Cf. CPJI 30 août 1924 *Concessions Mavrommatis en Palestine* (http://www.icj-cij.org/pcij/serie_A/A_02/06_Mavrommatis_en_Palestine_Arret.pdf) p. 14 (document pdf).

dudit État à une personne physique ou morale ayant la nationalité du premier État en vue de la mise en œuvre de cette responsabilité. »⁹¹⁷

Ainsi, cette notion de préjudice médiat subi par l'Etat correspond encore au droit positif. De même, la raison d'être de cette fiction juridique demeure, à savoir l'absence, en principe, de personnalité juridique internationale des personnes privées et d'accès à la réclamation internationale. Enfin, l'existence de cette fiction juridique n'exclut en rien que les sujets originaires de l'ordre juridique international que sont les Etats s'accordent ponctuellement pour conférer la qualité de sujets dérivés dudit ordre à des personnes privées. C'est d'ailleurs, comme nous l'avons vu plus haut, ce qui se passe en matière d'investissements étrangers, domaine dans lequel des personnes privées sont le plus souvent destinataires directs de normes conventionnelles sur lesquelles elles peuvent fonder des réclamations contentieuses à l'encontre des Etats d'accueil.

Qu'en est-il, alors, du dommage subi par l'investisseur protégé par un traité d'investissement du fait de la violation de ce dernier par l'Etat d'accueil ? On serait tenté, à l'instar de beaucoup d'auteurs, d'écartier la fiction juridique décrite plus haut. Ce serait, cependant, perdre de vue que, la protection diplomatique mise en retrait, en tant que mécanisme de mise en œuvre de la responsabilité de l'Etat d'accueil, le droit de l'Etat de nationalité au respect du droit international en la personne de son ressortissant ne disparaît pas pour autant. Ainsi, le préjudice est bien subi de façon immédiate par l'investisseur mais correspond encore à un dommage subi de façon médiat par son Etat de nationalité, lui-même distinct de celui également immédiat subi par ce dernier du fait de la violation du traité. Le domaine des investissements étrangers bouleverse, à cet égard, le « schéma » proposé par le droit commun de la responsabilité et celui de la protection diplomatique : le dommage causé à l'investisseur par la violation du traité qui le protège, en tant que fait internationalement illicite, est bien un dommage causé à un sujet de droit international (A), dommage qui fait naître à son profit un intérêt à agir dans l'ordre juridique international (B).

⁹¹⁷ Cf. CDI, « Rapport de la Commission à l'Assemblée générale sur les travaux de sa cinquante-huitième session », Document A/CN.4/SER.A/2006/Add.1 (Part 2), Annuaire CDI 2006, pp. 21-56, pp. 25-26 ; « Projet d'articles sur la protection diplomatique et commentaires y relatifs » (http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/french/commentaries/9_8_2006.pdf) pp. 4-9 (document pdf).

A — Un préjudice subi par un sujet de droit international

Quel est le sens du terme « préjudice » tel qu’employé dans l’article 31 du projet sur la responsabilité⁹¹⁸ ? Le commentaire de ce texte fournit quelques éléments de réponse :

« [...] *La notion de ‘préjudice’, définie au paragraphe 2, doit être entendue comme englobant tout dommage causé par le fait illicite. Conformément à ce paragraphe, en particulier, le ‘préjudice’ comprend tout dommage matériel ou moral ainsi causé. Cette formulation vise à être à la fois exhaustive, en ce sens qu’elle englobe le dommage tant matériel que moral entendu au sens large, et limitative dans la mesure où elle exclut de simples préoccupations abstraites ou les intérêts généraux d’un État qui n’est pas individuellement atteint par la violation. Par dommage ‘matériel’, on entend le dommage causé à des biens ou à d’autres intérêts de l’État ou de ses nationaux susceptible d’être évalué en termes pécuniaires. Par dommage ‘moral’, on vise les souffrances causées à l’individu, la perte d’êtres chers ou une injure personnelle associée à une intrusion dans le domicile ou une atteinte à la vie privée. Il comprend le dommage causé aux intérêts juridiques d’un État en tant que tels, que ce dommage puisse ou non être considéré comme un dommage ‘moral’.* [...] »⁹¹⁹

Autant dire, et cela ne correspond à rien de « nouveau », que le dommage concret subi, du fait d’une violation du droit international, par une personne privée, matériel ou moral, peut être pris en compte pour déterminer la réparation due. C’est, en tous cas, ce que prévoit le droit commun⁹²⁰. C’est également l’une des propositions qui ne font, en ce domaine, l’objet d’aucune contestation⁹²¹. Cela étant, le passage cité *supra* ne nous éclaire pas totalement sur le contenu de la notion de préjudice telle qu’elle est appréhendée par le droit de la responsabilité. En effet, dans ce contexte, l’idée de préjudice causé par un fait internationalement illicite suppose celle d’une atteinte à ce qui est protégé par le droit

⁹¹⁸ Cf. CDI, « Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa cinquante-troisième session (23 avril – 1er juin et 2 juillet – 10 août 2001) », Document A/56/10, Annuaire CDI 2001, pp. 20-154, pp. 97-100 ; « Projet d’articles sur la responsabilité de l’Etat pour fait internationalement illicite et commentaires y relatifs » (http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/french/commentaries/9_6_2001.pdf) pp. 181-190 (document pdf) ; J. CRAWFORD, *Les articles de la C.D.I. sur la responsabilité de l’Etat – Introduction, texte et commentaires*, Paris, Pedone, 2003, xvi+462 p., pp. 241-248.

⁹¹⁹ Cf. Commentaire, § 5.

⁹²⁰ *Ibidem*.

⁹²¹ Cf. R. DOLZER & C. SCHREUER, *Principles of International Investment Law*, Oxford, OUP, 2^{ème} édition, 2012, xxxvi+417 p., p. 295.

international. On peut même aller plus loin en disant qu'une telle idée suppose la nécessité d'une telle atteinte⁹²².

Dans l'hypothèse où un particulier est la victime concrète d'un fait internationalement illicite sans être le destinataire direct de la norme violée, la fiction juridique justifiant le recours à la protection diplomatique joue pleinement son rôle, qui est de répondre à l'atteinte portée à un droit de l'Etat, celui de voir le droit international respecté en la personne de son ressortissant. Ainsi, le préjudice au sens de l'article 31 du projet sur la responsabilité sera bien celui subi par l'Etat, préjudice dont on sait qu'il est médiat, en ce qu'il a été porté atteinte à une prérogative de ce dernier existant dans l'ordre juridique international. Le particulier, bien que victime concrète du fait internationalement illicite, ne subit pas de préjudice au sens du droit de la responsabilité, et ce du fait qu'il n'a pas, en tant que personne, d'intérêt juridiquement protégé, dans l'ordre juridique international, par la norme violée⁹²³.

De récents développements jurisprudentiels proposent une conception élargie du rôle de la protection diplomatique, laquelle ne servirait plus seulement à mettre en œuvre le droit exclusif de l'Etat de nationalité décrit dans l'arrêt *Mavrommatis* mais permettrait également de faire valoir les droits de son ressortissant victime du fait internationalement illicite⁹²⁴. Nous pensons aux arrêts rendus par la CIJ dans les affaires *Lagrand*⁹²⁵ et *Avena*⁹²⁶. En effet, il est question, dans ces deux affaires, de « droits individuels » découlant de l'article 36 § 1 de la Convention de Vienne sur les relations consulaires pouvant être invoqués par l'Etat national devant la CIJ⁹²⁷. Pour autant, ces mêmes droits individuels ne sont pas invocables par leurs

⁹²² Cf. Commentaire, § 6.

⁹²³ Cf. P. DAILLIER, M. FORTEAU & A. PELLET, *Droit international public*, Paris, LGDJ, 8ème édition, 2009, 1709 p., pp. 881-883, § 485, l'idée à retenir étant que, « [dans] le domaine de la responsabilité, les sujets de droit international ne peuvent invoquer un fait illicite pour fonder leur action que si ce fait a porté atteinte à un droit juridiquement protégé, un droit dont ils sont titulaires ». Ce qui est vrai pour un sujet de droit international l'est, *a fortiori*, pour une personne privée dénuée de personnalité juridique internationale.

⁹²⁴ Cf. Commentaire de l'article premier du projet sur la protection diplomatique, § 4.

⁹²⁵ Cf. CIJ 27 juin 2001 *Lagrand*, Rec. 2001, pp. 466-517.

⁹²⁶ Cf. CIJ 31 mars 2004 *Avena et autres ressortissants mexicains*, Rec. 2004, pp. 12-73.

⁹²⁷ Cf., pour une traduction en langue française de ce texte, <https://www.admin.ch/opc/fr/classified-compilation/19630069/index.html#a36>. Le § 1 de cet article est rédigé comme suit :

« [...] 1. Afin que l'exercice des fonctions consulaires relatives aux ressortissants de l'Etat d'envoi soit facilité :
a. Les fonctionnaires consulaires doivent avoir la liberté de communiquer avec les ressortissants de l'Etat d'envoi et de se rendre auprès d'eux. Les ressortissants de l'Etat d'envoi doivent avoir la même liberté de communiquer avec les fonctionnaires consulaires et de se rendre auprès d'eux ;
b. Si l'intéressé en fait la demande, les autorités compétentes de l'Etat de résidence doivent avertir sans retard le poste consulaire de l'Etat d'envoi lorsque, dans sa circonscription consulaire, un ressortissant de cet Etat est arrêté, incarcéré ou mis en état de détention préventive ou toute autre forme de détention. Toute communication adressée au poste consulaire par la personne arrêtée, incarcérée ou mise en état de détention

destinataires dans l'ordre juridique international, et ce quand bien même seraient-ils perçus comme des droits de l'homme⁹²⁸. Autant dire, là encore, que l'étranger victime du fait internationalement illicite ne subit pas le préjudice en tant que sujet de droit international. En effet, la Convention appliquée dans ces affaires est insuffisante à l'élever à cette dignité.

La situation habituelle de l'investisseur protégé par un traité d'investissement se situe évidemment en dehors de l'hypothèse de droit commun, un investisseur étant bien plus qu'un particulier. Comme nous l'avons maintes fois vu plus haut, l'investisseur est un sujet de droit international. Il a, certes, une personnalité juridique limitée, et ce à divers égards, mais il s'agit bien d'une personne dans l'ordre juridique international⁹²⁹. C'est une personne parce que le traité lui donne des droits subjectifs dans l'ordre juridique international. C'est une personne parce qu'il peut invoquer ces droits dans l'ordre juridique international par le biais d'une réclamation contentieuse. Ainsi, la violation d'une disposition conventionnelle créant un droit à son profit occasionne, en soi, un préjudice puisqu'il est porté atteinte à l'un de ses intérêts juridiquement protégés et c'est bien ce préjudice qu'il s'agira de réparer intégralement.

Cela étant, l'existence du préjudice subi par l'investisseur, en tant que sujet de droit international, dépendra, en toute logique, de la mesure dans laquelle l'intérêt lésé est juridiquement protégé par le traité. On pense, en particulier, à certaines des problématiques induites par les violations contractuelles dont il s'agit de savoir si elles correspondent ou non à des violations conventionnelles. En pareil cas, on peut poser, sans s'avancer de façon exagérée, le principe selon lequel seul le préjudice subi dans l'ordre juridique international est l'objet de l'obligation de réparation intégrale. Ainsi, les violations contractuelles qui ne constituent pas ou ne correspondent pas à des violations conventionnelles ne causent pas, par

préventive ou toute autre forme de détention doit également être transmise sans retard par lesdites autorités. Celles-ci doivent sans retard informer l'intéressé de ses droits aux termes du présent alinéa ;

c. Les fonctionnaires consulaires ont le droit de se rendre auprès d'un ressortissant de l'Etat d'envoi, qui est incarcéré, en état de détention préventive ou toute autre forme de détention, de s'entretenir et de correspondre avec lui et de pourvoir à sa représentation en justice. Ils ont également le droit de se rendre auprès d'un ressortissant de l'Etat d'envoi qui, dans leur circonscription, est incarcéré ou détenu en exécution d'un jugement. Néanmoins, les fonctionnaires consulaires doivent s'abstenir d'intervenir en faveur d'un ressortissant incarcéré ou mis en état de détention préventive ou toute autre forme de détention lorsque l'intéressé s'y oppose expressément. [...] »

⁹²⁸ Cf. P. DAILLER, M. FORTEAU & A. PELLET, *op. cit.*, p. 724, § 422.

⁹²⁹ Cf. Commentaire de l'article premier du projet d'articles concernant la protection diplomatique, § 4 (et ce même s'il convient d'être prudent quant au parallèle établi entre les droits consulaires dont il était question dans les affaires évoquées et les droits subjectifs que l'investisseur protégé tient des traités d'investissement) ; P. DUMBERRY, *op. cit.*.

définition, de préjudice devant être pris en compte pour déterminer le mode ou le *quantum* de la réparation due par l'Etat d'accueil⁹³⁰.

De même, réfléchir en termes de « victime concrète » du fait internationalement illicite est rendu inutile par l'existence, au profit de l'investisseur bénéficiant de la protection conventionnelle, d'un intérêt juridiquement protégé au sens du droit international. Le préjudice subi peut évidemment être matériel ou moral, ce qui va, là encore, permettre de déterminer le mode de réparation approprié. Le « concret » n'est cependant pris en compte que dans la mesure où l'intérêt juridiquement protégé de l'investisseur, entendu de façon limitative, est atteint. Tout ce qui se situe en dehors de cette hypothèse et qui n'est pas concerné par le traité d'investissement applicable semble devoir être écarté du processus menant à la réparation intégrale. Rien n'interdit, pour autant, que ces éléments soient pris en compte pour établir l'existence d'un préjudice médiat subi par l'Etat de nationalité, si toutefois ce dernier a la possibilité de l'invoquer⁹³¹. Il serait alors question du dommage concret subi par le simple particulier par opposition à l'investisseur protégé par le traité.

Ainsi, le préjudice né de la violation du traité d'investissement applicable par l'Etat d'accueil est subi de façon immédiate par l'investisseur protégé en tant que sujet de droit international. Le fait que l'investisseur ait cette qualité permet, en effet, d'envisager le dommage en question comme une atteinte à un intérêt juridiquement protégé qui serait le sien dans l'ordre juridique international, et ce sans avoir à prendre le droit de l'Etat de nationalité à ce que le droit international soit respecté en la personne de son ressortissant en considération. Le recours aux notions de « victime concrète » ou de « dommage concret » s'avère, en conséquence, inutile : l'objet de la réparation de la réparation intégrale due par l'Etat d'accueil sera le préjudice subi par l'investisseur, sujet de droit international, mais, serions-nous tentés d'ajouter, seulement ce préjudice. Un autre aspect important du caractère immédiat du préjudice subi par l'investisseur est la naissance d'un intérêt pour ce dernier à agir.

⁹³⁰ C'est, en tous cas, ce qui nous semble découler de la distinction entre les plans respectifs de la responsabilité internationale conventionnelle et de la responsabilité interne contractuelle qui, elle-même résulte de la distinction entre réclamations conventionnelles et contractuelles (cf. notamment A. DE NANTEUIL, *Droit international de l'investissement*, Paris, Pedone, 2017, 2^{nde} édition, 512 p., pp. 147-161, § 302-335).

⁹³¹ Nous reviendrons ultérieurement sur cette question.

B — Un préjudice faisant naître un intérêt à agir dans l'ordre juridique international

Comment définir la notion d'intérêt à agir ? On peut, d'ores et déjà, rappeler que l'intérêt à agir contribue à conditionner la recevabilité de la réclamation du sujet de droit international victime du fait international illicite. Il s'agit de l'« intérêt juridique qui fonde l'action en justice et en commande la recevabilité »⁹³². Le préjudice, en tant qu'atteinte à un intérêt juridiquement protégé résultant du fait international illicite, permet donc d'établir l'existence de l'intérêt à agir. Cela a pu, pour ce qui est des relations interétatiques, être expliqué dans les termes suivants :

*« Un Etat a intérêt pour agir dans une instance internationale – ou, plus largement, dispose d'une 'action', même hors du cadre contentieux – s'il allègue la violation d'un droit subjectif dont il se prétend personnellement titulaire, autrement dit s'il existe entre lui et l'Etat prétendument débiteur de l'obligation un lien de droit [...]. »*⁹³³

Comme nous l'avons vu plus haut, le droit commun, ne reconnaissant pas de personnalité ou de capacité juridique internationale aux particuliers, ne leur donne pas « accès » à l'intérêt à agir dans le procès international, et ce même dans le cas où ils seraient, en tant qu'étrangers, les victimes concrètes d'une violation du droit international de la part de l'Etat de territorialité. En pareil cas, le titulaire en est, en principe, l'Etat de nationalité. Il en résulte que, même si le particulier bénéficie de « droits individuels » au sens des arrêts *Lagrand* et *Avena*, l'atteinte concrète à ces derniers ne suffit toujours pas, pour des raisons exposées *supra*, à lui conférer l'intérêt pour agir, d'où l'utilité de la fiction juridique décrite plus haut.

La situation est différente si la personne privée se voit reconnaître, en plus de droits subjectifs, l'accès à la réclamation internationale en cas de violation de ces derniers, comme cela est le plus souvent le cas en matière d'investissements étrangers. Ainsi, parce que le préjudice est subi de façon immédiate par un sujet de droit international, ce dernier est titulaire de l'intérêt à agir dans l'ordre juridique international. Cela étant, nous savons que les Etats ne reconnaissent qu'un degré limité de personnalité juridique internationale aux investisseurs. Ils limitent, en particulier, les modalités de l'« action » dont la réclamation

⁹³² J. SALMON (dir.), *Dictionnaire de droit international public*, Bruxelles, Bruylant, 2001, xli+1198 p., entrée « Intérêt à agir (ou intérêt pour agir) ».

⁹³³ Cf. J. COMBACAU & S. SUR, *Droit international public*, Paris, Montchrestien, 2008, 8^{ème} édition, xxvi+818 p., p. 531.

internationale prendra la forme⁹³⁴. Ce qu'il importe, à ce stade, de souligner tient à ce que l'investisseur a, dans l'hypothèse qui nous occupe, subi un préjudice immédiat et qu'il a, en tant que victime à la fois « abstraite » et « concrète », accès à l'« action », et ce bien qu'il ne s'agisse pas d'un plein accès.

Notons également que ledit accès est, au moins jusqu'à un certain point de la mise en œuvre de la responsabilité de l'Etat d'accueil, privilégié par rapport à la protection diplomatique. La pratique conventionnelle montre la volonté qui est habituellement celle des rédacteurs des traités d'investissement de faire de la relation transnationale – entre l'Etat d'accueil et l'investisseur – le « centre de gravité » du mécanisme de règlement des différends. Ainsi, les clauses prévoyant la possibilité pour l'investisseur de recourir à l'arbitrage transnational pour invoquer une atteinte portée à l'un de ses droits subjectifs seront, nous l'avons vu *supra* rédigées de façon à s'appliquer à tous les différends susceptibles de naître du traité alors que celles se rapportant aux différends interétatiques ne concerneront que ceux relatifs à l'interprétation et à l'application dudit traité. Ainsi, réserver la clause compromissoire générale aux différends transnationaux revient, en quelque sorte et dans une certaine mesure, à priver l'Etat de nationalité de l'« action » que le préjudice immédiat causé par la violation du traité applicable lui permettrait, dans l'absolu, de mener, réduisant ainsi les hypothèses dans lesquelles cet Etat aurait intérêt pour agir.

Le préjudice causé à l'investisseur par la violation du traité d'investisseur doit, ainsi être considéré comme un préjudice immédiat, en ce qu'il est subi par un sujet de droit international. En conséquence, ledit investisseur bénéficie d'un intérêt pour agir dans l'ordre juridique international, action qui lui est même facilitée par le droit conventionnel. Cela étant établi, envisager le dommage subi par l'investisseur en tant que « préjudice causé par le fait internationalement illicite » suppose également de s'intéresser à son caractère direct, car ce dernier contribue à en conditionner la réparation.

⁹³⁴ Cf., notamment, pour une présentation plus ou moins détaillée des mécanismes conventionnels de règlement des différends, UNCTAD, *Dispute Settlement : State-State*, New-York/Genève, United Nations, 2003 (UNCTAD/ITE/ITT/2003/1), viii+101 p. ; R. DOLZER & C. SCHREUER, *Principles of International Investment Law*, Oxford, Oxford University Press, 2^{nde} édition, 2012, xxxvi+417 p., pp. 235-312 ; R. DOLZER & M. STEVENS, *Bilateral Investment Treaties*, La Haye/Boston/Londres, ICSID/Kluwer Law/Martinus Nijhoff, 1995, xx+330 p., pp. 129-156.

§ 2 — Caractère direct du préjudice

La notion de « préjudice direct » peut être définie en ces termes :

*« Est dommage direct celui qui découle nécessairement de l'acte illicite : il suffit donc que soit démontré que tel préjudice est relié par un rapport de cause à effet au fait illicite, qu'il existe entre eux un lien de causalité certain même s'il est éloigné (certains auteurs parlent d'une causalité transitive). En l'absence d'un tel lien, la responsabilité de l'auteur du fait internationalement illicite est engagée du seul fait de l'existence de celui-ci, mais aucune conséquence pratique n'en découle. »*⁹³⁵

Ainsi, l'idée dominante est celle d'un lien de causalité directe, bien qu'il faille entendre le terme « causalité » dans un sens assez large⁹³⁶, entre le fait internationalement illicite et le préjudice. C'est, en tous cas, ce qui ressort de la lettre de l'article 31 du projet d'articles concernant la responsabilité, en particulier de son § 2 au titre duquel :

*« Le préjudice comprend tout dommage, tant matériel que moral, résultant du fait internationalement illicite de l'État. »*⁹³⁷

Il reste, de plus, largement défendable que le caractère indirect d'un préjudice fait obstacle à sa réparation, plus précisément à son évaluation et, par conséquent, à son indemnisation.

En matière d'investissements étrangers, comme dans les autres domaines du droit international, l'indemnisation est le mode de réparation privilégié, ne serait-ce qu'à cause du caractère économique de l'activité encadrée par les traités. Or, pour que l'évaluation financière de l'atteinte à l'intérêt juridiquement protégé de l'investisseur et son indemnisation soient possibles, il est nécessaire que le caractère direct du préjudice soit établi. Cela étant, l'existence de ce lien de causalité est, en toute logique, fonction du contenu de l'obligation primaire dont il est allégué que la violation a causé un préjudice. Cela est particulièrement vrai en matière d'investissements étrangers, domaine dans lequel le besoin d'interprétation de la norme en question est, dans certains cas, amplifié par le recours à des standards conventionnels.

⁹³⁵ Cf. P. DAILLIER, M. FORTEAU & A. PELLET, *op. cit.*, p. 883, § 486.

⁹³⁶ Cf. CDI, « Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa cinquante-troisième session », *op. cit.*, pp. 97-100 ; « Projet d'articles sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite et commentaires y relatifs », *op. cit.*, pp. 181-190 (document pdf) ; J. CRAWFORD, *op. cit.*, pp. 241-248.

⁹³⁷ Cf. Commentaire, § 10.

Ainsi sont définis les deux temps forts de notre analyse : pour pouvoir être considéré comme direct, le préjudice subi par l'investisseur doit être lié au fait internationalement illicite par un lien de causalité, exigence dont il est nécessaire de préciser les contours (A), sachant que l'existence de ce lien de causalité sera appréciée de façon différente selon l'obligation dont la violation est alléguée (B).

A — Un préjudice lié au fait internationalement illicite par un lien de causalité

La réparation d'un préjudice subi par un sujet de droit international n'est, en principe, envisagée que dans la mesure où ledit préjudice a été causé par le fait internationalement illicite, c'est-à-dire dans la mesure où il résulte de celui-ci. C'est, en particulier, ce qu'il ressort de l'article 31 du projet d'articles, en tant que reflet du droit international coutumier. Cela étant, la notion de causalité ne semble pas devoir être entendue de façon stricte. D'ailleurs, d'après le commentaire de l'article 31 :

*« L'imputation du préjudice ou de la perte à un fait illicite est en principe un processus juridique et pas seulement historique ou causal. [...] »*⁹³⁸

De plus, la causalité établie doit refléter un lien entre le fait illicite et le préjudice, lien qui rendrait le second assez proche du premier. Divers termes sont employés, à cet égard, pour exprimer la présence ou, au contraire, l'absence d'un tel lien. Ainsi, comme cela est dit dans le commentaire :

*« [dans] certains cas, c'est le caractère 'direct' du préjudice qui est visé, dans d'autres sa 'prévisibilité' ou sa 'proximité'. »*⁹³⁹

On peut également parler de la « certitude » du préjudice. Quoi qu'il en soit, la détermination du lien de causalité entre le fait illicite et le préjudice semblent impliquer des considérations différentes selon que l'on place dans la perspective d'un droit interne ou dans celle du droit international. Le recours, en particulier, à la notion de causalité transitive contribue à rendre cette question relativement floue⁹⁴⁰.

⁹³⁸ *Ibidem.*

⁹³⁹ *Ibidem.*

⁹⁴⁰ Si la pertinence, d'un point de vue « philosophie du droit », du recours à cette notion n'est pas *a priori* exclue, il est permis de s'interroger sur la façon dont elle peut être employée dans le contexte étudié (Cf. T. WÄLDE & B. SABAHI, « Compensation, Damages, and Valuation » in P. MUCHLINSKI, F. ORTINO & C. SCHREUER

La jurisprudence arbitrale en matière d'investissements étrangers fait, sans surprise, écho à ce qui est admis par la jurisprudence classique. On peut, par exemple, lire, dans la deuxième sentence rendue sur le fond dans l'affaire *AMCO c/ Indonésie* :

« *En droit international, il est clair que le dommage causé par des actes illicites ouvre droit à réparation. [...] Comme en droit indonésien, le préjudice doit avoir été causé par l'acte fautif et avoir été prévisible. Un préjudice non hypothétique est réparable.* »⁹⁴¹

De même, le collège arbitral saisi dans l'affaire *AAPL c/ Sri Lanka* reprendra à son compte une solution classique de la façon suivante :

« [...] *Le principe de base établi de longue date à cet égard a été clairement formulé par Max Huber en 1925 dans l'affaire Melilla-Ziat, Ben Kiran : 'Le dommage éventuellement remboursable ne pourrait être que le dommage direct, à savoir la valeur des marchandises détruites ou disparues' [...] .* »⁹⁴²

Une sentence récente, rendue dans l'affaire *Biwater Gauff c/ Tanzanie*, que la charge de la preuve du lien de causalité incombe, logiquement, au demandeur⁹⁴³, ce après quoi le collège arbitral saisi souligne la nécessité qu'un tel lien soit établi pour que des dommages et intérêts soient accordés⁹⁴⁴.

La question peut se poser, à ce stade, de la prise en compte et, par conséquent, de la réparation du préjudice dit « futur ». Il s'agit, par hypothèse, d'un préjudice dont il sera allégué qu'il a été causé par le fait internationalement illicite. En matière d'investissements étrangers, il n'est pas inenvisageable qu'un demandeur à un procès arbitral transnational réclame la réparation d'un préjudice subi du fait de la perte de profits futurs⁹⁴⁵. Une telle réparation ne va pas à l'encontre du droit coutumier tel que reflété par le projet d'articles. En effet, celui-ci prévoit que le manque à gagner peut être indemnisé. Ce qu'il y a, ici, lieu de remarquer tient à ce que la réparation d'un préjudice futur nécessite également l'existence du

(dir.), *The Oxford Handbook of International Investment Law*, Oxford, OUP, 1^{ère} édition, 2008, lxv+1282 p., pp. 1048-1124, pp. 1093-1095).

⁹⁴¹ Cf. CIRDI Fond 5 juin 1990 *AMCO c/ Indonésie*, § 172 (extraits en langue française in E. GAILLARD, *La Jurisprudence du CIRDI*, Paris, Pédone, 2004, vi+1105 p., pp. 301-311, p. 307).

⁹⁴² Cf. 27 juin 1990 *AAPL c/ Sri Lanka*, § 88 (extraits en langue française in E. GAILLARD, op. cit., p. 331).

⁹⁴³ Cf. CIRDI 24 juillet 2008 *Biwater Gauff c/ Tanzanie* (<http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0095.pdf>) § 800.

⁹⁴⁴ Cf. CIRDI *Biwater Gauff c/ Tanzanie*, § 805 ; E. GAILLARD, *La Jurisprudence du CIRDI*, vol. II, Paris, Pedone, 2010, v+750 p., pp. 501-508 (extraits en langue française), p. 508.

⁹⁴⁵ Cf. R. DOLZER & C. SCHREUER, *op. cit.*, p. 295.

lien de causalité étudié⁹⁴⁶. En particulier, la jurisprudence arbitrale, même peu abondante, semble stable en ce qui concerne l'exigence du caractère certain du préjudice en question⁹⁴⁷.

Une fois cela dit, on constate que la jurisprudence en matière d'investissements étrangers ne contribue pas plus que le reste de la jurisprudence internationale à donner une définition précise et unique de la causalité. Autant dire que la reconnaissance du caractère direct ou non du préjudice allégué dépendra en grande partie de l'espèce et devra être appréhendée au cas par cas. L'élément essentiel susceptible d'influer sur la façon dont la causalité sera appréhendée sera le contenu de l'obligation primaire violée.

B — Une causalité appréhendée différemment selon l'obligation primaire violée

Nous savons que par « préjudice », il faut entendre « atteinte à un intérêt juridiquement protégé ». Nous savons que par « intérêt juridiquement protégé », il faut entendre « droit subjectif ». Nous savons, enfin, que les droits subjectifs étudiés sont ceux de l'investisseur étranger en tant que sujet de droit international, c'est-à-dire dans l'ordre juridique international. Or les droits subjectifs en question naissent de dispositions conventionnelles qui n'obligent pas toutes les Etats parties à un traité d'investissement de la même façon. Aussi, du contenu de l'obligation internationale va dépendre l'existence ou non de sa violation par l'Etat d'accueil. Le projet d'articles est assez clair à ce sujet⁹⁴⁸. Il y a lieu de réfléchir de façon analogue pour ce qui est du préjudice lui-même. Il est admis que, sans préjudice, la responsabilité de l'Etat auteur du fait illicite ne peut pas connaître de mise en œuvre concrète, puisque l'obligation de réparer n'a pas de fondement⁹⁴⁹. En matière d'investissements étrangers, peut-être plus qu'ailleurs, le préjudice au sens strict subi par l'investisseur dépend également du contenu de l'obligation primaire violée, et ce ne serait-ce que parce qu'elle définit le droit subjectif objet de l'atteinte.

Nous avons précédemment opéré une distinction entre les règles conventionnelles qui limitent le besoin d'interprétation et les standards conventionnels qui amplifient ledit besoin. Règles et standards conventionnels définissent ce qui est exigé de l'Etat d'accueil et c'est en

⁹⁴⁶ Cf. Commentaire de CIRDI *AAPL c/ Sri Lanka in E.* GAILLARD, *op. cit.*, 2004, p. 342.

⁹⁴⁷ Cf. R. DOLZER & C. SCHREUER, *op. cit.*, p. 295 ; ALENA CIRDI Mécanisme supplémentaire Responsabilité et principes relatifs au *quantum* 22 mai 2012 *Mobil Investments Canada & Murphy Oil Corp c/ Canada* [<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw1145.pdf> ; extraits] § 473-478.

⁹⁴⁸ Cf. article 12.

⁹⁴⁹ Cf. article 31.

fonction de ces exigences que l'existence d'une violation sera ou non établie. La question qui se pose à nous est de savoir dans quelle mesure de telle ou telle violation du traité par l'Etat d'accueil résulte un préjudice, susceptible d'être financièrement évalué et indemnisé. Il semble aller de soi que plus la règle conventionnelle est précise plus la violation est facile à établir. Ainsi, l'existence d'une atteinte à un intérêt juridiquement protégé de l'investisseur est assez facile à relier à la violation par l'Etat d'accueil d'une clause de traitement national ou de traitement de la Nation la plus favorisée, et ce pour peu que l'existence de ladite violation soit acquise. Il suffit, dans ces hypothèses, que le traitement accordé à l'investisseur soit différent de celui requis par le traité applicable. La « vraie » difficulté technique, observée par certains analystes, tiendra à l'absence de méthode définie pour ce qui est de l'évaluation financière du préjudice.

Pour ce qui est des standards conventionnels, la donne est compliquée par le fait que le contenu des normes en question a vocation à être défini au moment de leur application concrète. C'est en particulier le cas du standard conventionnel de traitement juste et équitable dont la jurisprudence détermine progressivement le contenu, déterminant ainsi les contours de l'intérêt juridiquement protégé par la disposition concernée⁹⁵⁰. Comme il s'agit d'un standard, la licéité du comportement de l'Etat d'accueil sera appréciée au regard d'un seuil qualitatif en deçà duquel ledit comportement ne doit pas se situer. Ainsi l'existence d'une violation de ce genre de dispositions sera plus difficile à établir que dans l'hypothèse précédente. Quant à l'intérêt juridiquement protégé faisant l'objet de l'atteinte alléguée, il sera lui aussi plus difficile à identifier dans la mesure où, comme nous l'avons remarqué plus haut, la jurisprudence assume un rôle de définition progressive, au fur et à mesure des situations concrètes rencontrées, du contenu du standard. Autant dire que l'établissement du lien de causalité a toutes les chances d'être compliqué par ce qui précède.

Un dernier facteur de complication tient à ce qu'un même préjudice subi par l'investisseur bénéficiant de la protection conventionnelle peut être la résultante d'un comportement qui, en lui-même, constitue une violation de plusieurs dispositions conventionnelles⁹⁵¹. Rien dans cette idée n'est particulièrement choquant d'un point de vue intellectuel. Cela étant, la coexistence des règles et des standards conventionnels n'est pas de nature, loin s'en faut, à

⁹⁵⁰ Cf. R. DOLZER & C. SCHREUER, op. cit., pp. 142-160 ; A. NEWCOMBE & LL. PARADELL, *Law and practice of investment treaties – Standards of treatment*, Austin/Boston/Chicago/New-York/Pays-Bas, Kluwer Law International, 2009, xxx+614 p., pp. 257-298.

⁹⁵¹ T. WÄLDE & B. SABAHI, op. cit., p. 1094.

simplifier l'établissement du voire des liens de causalité entre le fait internationalement illicite et les préjudices subis. En effet, si plusieurs dispositions sont violées, plusieurs droits, donc plusieurs intérêts juridiquement protégés de l'investisseur sont atteints et il y a bien plusieurs préjudices, lesdits préjudices étant distincts les uns des autres. Ainsi, dans l'hypothèse d'école où une mesure étatique constituerait, à la fois, une expropriation rampante et un traitement injuste et inéquitable, on doit, à notre sens, conclure que, dans l'ordre juridique international, l'investisseur a subi deux préjudices, vu que deux intérêts juridiquement protégés par le traité d'investissement applicable ont été atteints par ladite mesure. Cette conclusion nous semble appropriée, et ce même si les deux préjudices en question ne se traduisent, dans l'ordre juridique interne de l'Etat d'accueil, que par un seul « dommage concret » ou une seule « perte ».

Il ressort de ce qui précède que le préjudice subi par l'investisseur peut être appréhendé, à des fins d'établissement et de mise en œuvre de la responsabilité internationale de l'Etat d'accueil, comme un « préjudice causé par le fait internationalement illicite » commis par ce dernier. En effet, il s'agit d'un préjudice subi par l'investisseur en tant que sujet de droit international. À ce titre, le schéma diffère de celui du droit commun, articulé autour d'une fiction juridique permettant le recours par l'Etat de nationalité à la protection diplomatique : ici, le dommage subi par l'investisseur est appréhendé dans l'ordre juridique international et peut être considéré comme immédiat. Cela étant, pour que ce préjudice soit considéré comme « causé par le fait internationalement illicite » de l'Etat d'accueil, la preuve doit être apportée de son caractère direct, c'est-à-dire de ce qu'il existe entre le fait et le préjudice un lien de causalité, le terme « causalité » pouvant être entendu de façon assez large. Cette « causalité » pourra alors être appréciée de façon différente selon l'obligation conventionnelle dont la violation est alléguée. Quoi qu'il en soit, en matière d'investissements étrangers, ce préjudice, immédiat et direct, sera l'objet de la réparation intégrale incombant à l'Etat d'accueil.

Section 2 — Le préjudice subi par l'investisseur, en tant qu'objet de la réparation intégrale incombant à l'Etat d'accueil

En tant qu'objet de la réparation intégrale incombant à l'Etat d'accueil, auteur, par hypothèse, d'un fait internationalement illicite, le préjudice causé à l'investisseur protégé par la violation concernée du traité pertinent peut, dans l'absolu, être réparé selon diverses modalités connues du droit coutumier, tel que reflété par le projet d'articles concernant la

responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite, à savoir la restitution, la satisfaction ou l'indemnisation. Cela étant, les spécificités du domaine étudié, celles dues principalement à la nature des activités et opérations économiques protégées, amènent à se poser certaines questions quant à la transposition du droit commun, sur ce point précis, à la matière qui nous occupe. Pour le comprendre, il faut constamment garder à l'esprit que l'obligation de réparer, telle qu'existant à la charge de l'Etat responsable, est une obligation de réparer intégralement, de restauration du *statu quo ante*. Ainsi, les questions à se poser seront toutes dans la dépendance de celle de savoir comment restaurer ledit *statu quo* en matière d'investissements étrangers.

L'investissement est, en soi, une opération de nature économique et les acteurs privés de ce domaine, de même que leurs « soutiens institutionnels » tendent à présenter et concevoir, de façon certes compréhensible, l'indemnisation comme étant le mode de réparation à privilégier alors que le droit commun coutumier érige la restitution, modalité non financière de la réparation, en tant que principe. Aussi, il convient de s'intéresser à la façon dont le mode de réparation approprié est déterminé dans la pratique internationale en matière d'investissements étrangers (§ 1). Cela étant, l'indemnisation étant le mode de réparation auquel il est le plus souvent recouru dans ladite pratique, la détermination du quantum de la réparation est une question incontournable (§ 2).

§ 1 — Détermination du mode de réparation approprié

« *L'État responsable est tenu de réparer intégralement le préjudice causé par le fait internationalement illicite.* »

Ainsi se trouve formulé, à l'article 31 § 1 du projet, le principe de l'obligation de réparation intégrale. La question qui se pose, à ce stade, est celle de la détermination de la forme que peut ou doit prendre ladite réparation. L'article 34 du projet, consacré aux formes de réparation, énonce la règle suivante :

« *La réparation intégrale du préjudice causé par le fait internationalement illicite prend la forme de restitution, d'indemnisation et de satisfaction, séparément ou conjointement [...].* »⁹⁵²

Sur le plan des principes, les modes de réparation ne sont pas interchangeables. En effet, celui qui est considéré comme correspondant au but prêté à la réparation est la restitution, au sens de l'article 35 du projet, et les deux autres ne sont censés intervenir que dans des cas où ladite restitution est insuffisante à réparer le dommage causé par le fait internationalement illicite conformément à ce qu'exige le droit de la responsabilité. Cependant, sur le plan pratique, la *restitution in integrum* peut souvent, d'un point de vue « technique », s'avérer difficile à mettre en œuvre, le *statu quo ante* ne pouvant pas être rétabli. Pour ce qui est, en particulier, des préjudices matériels, il est plus fréquent que ces derniers, dans la mesure où ils sont susceptibles d'être évalués financièrement, fassent l'objet d'une indemnisation, en tant que méthode de réparation intégrale.

Ainsi, le préjudice causé à l'investisseur par le fait internationalement illicite, parce qu'il est le plus souvent susceptible d'évaluation financière et que la remise des choses en l'état est le plus souvent inenvisageable, fera l'objet d'une réparation financière (B). Cela ne veut pas, pour autant, dire que le préjudice subi par l'investisseur, en tant que sujet de droit international, ne peut pas faire l'objet d'une réparation non financière (A).

A — Réparation non financière du préjudice

Le droit commun de la responsabilité connaît deux modes non financiers de réparation du préjudice causé par le fait internationalement illicite : la restitution et la satisfaction. La restitution, en ce qu'il s'agit de rétablir le *statu quo ante*, à savoir « *la situation qui existait avant que le fait illicite ne soit commis* »⁹⁵³, constitue la finalité de principe de la réparation

⁹⁵² Cf. CDI, « Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa cinquante-troisième session », *op. cit.*, pp. 101-102 ; « Projet d'articles sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite et commentaires y relatifs », *op. cit.*, pp. 194-196 (document pdf) ; J. CRAWFORD, *op. cit.*, pp. 252-254.

⁹⁵³ Cf. article 35, consacré à la restitution et rédigé comme suit :

« *L'État responsable du fait internationalement illicite a l'obligation de procéder à la restitution consistant dans le rétablissement de la situation qui existait avant que le fait illicite ne soit commis, dès lors et pour autant qu'une telle restitution :*

a) N'est pas matériellement impossible ;
b) N'impose pas une charge hors de toute proportion avec l'avantage qui dériverait de la restitution plutôt que de l'indemnisation. »

intégrale dudit préjudice. La jurisprudence classique a consacré cette solution. On pense, en particulier, à ce *dictum* de la CPJI tranchant l'affaire *Usine de Chorzów* :

« [La] réparation doit, autant que possible, effacer toutes les conséquences de l'acte illicite et rétablir l'état qui aurait vraisemblablement existé si ledit acte n'avait pas été commis. »⁹⁵⁴

Quant à la satisfaction, en tant que mode de réparation, celle-ci n'est, au regard du droit commun, supposée intervenir que « *dans la mesure où il ne peut pas être réparé par la restitution ou l'indemnisation* »⁹⁵⁵. Il y est habituellement recouru pour réparer les dommages moraux subis par un Etat, mais cela est assez marginal en matière d'investissements étrangers⁹⁵⁶.

Il est vrai que la restitution est, en principe, la modalité de mise en œuvre de l'obligation de réparation intégrale incombant à un Etat auteur d'un fait internationalement illicite ayant causé un préjudice à un autre sujet de droit international⁹⁵⁷. Il est tout aussi vrai que le recours à ce mode de réparation peut s'avérer difficile voire matériellement impossible⁹⁵⁸. Le droit coutumier, tel que reflété par le projet, prévoit d'ailleurs l'hypothèse dans laquelle la restitution est matériellement impossible ou impose une charge hors de toute proportion avec l'avantage qui en dériverait par rapport à celui qui dériverait de l'indemnisation. En pareil cas, il doit être recouru à l'indemnisation.

Ainsi, l'indemnisation est, en pratique, le mode de réparation le plus utilisé. Cela vaut dans tous les domaines du droit international, et ce même s'il a été remarqué qu'il est relativement fréquent que les Etats préfèrent le recours à la restitution⁹⁵⁹. En matière d'investissements étrangers, certaines critiques ont été formulées concernant la primauté, en théorie, de la restitution, opposée à la primauté pratique de l'indemnisation⁹⁶⁰. De telles critiques se font l'écho d'arguments pouvant être avancés par les investisseurs qui doivent potentiellement faire face aux conséquences du fait internationalement illicite de l'Etat d'accueil sur leurs

⁹⁵⁴ Cf. CPJI Fond 13 septembre 1928 *Usine de Chorzów* (http://www.icj-cij.org/pcij/serie_A/A_17/54_Usine_de_Chorzow_Fond_Arret.pdf) p. 88 (document pdf).

⁹⁵⁵ Cf. article 37.

⁹⁵⁶ Cf. R. DOLZER & C. SCHREUER, *op. cit.*, 293-294.

⁹⁵⁷ Cf. P. DAILLIER, M. FORTEAU & A. PELLET, *op. cit.*, pp. 891-892, § 490.

⁹⁵⁸ Cf. R. DOLZER & C. SCHREUER, *op. cit.*, p. 294 ; Commentaire de l'article 35, § 4 *in* J. CRAWFORD, *op. cit.*, p. 256.

⁹⁵⁹ Cf. T. WÄLDE & B. SABAHI, *op. cit.*, pp. 1058-1062, pp. 1060-1061.

⁹⁶⁰ *Ibidem*.

activités économiques et sont, logiquement, enclins à préférer l’indemnisation. Certains traités d’investissement semblent refléter lesdites préoccupations. Ainsi en est-il, par exemple, de l’article 1135 § 1 de l’ALENA qui dispose :

« Lorsqu’il rend une sentence finale à l’encontre d’une Partie, un tribunal pourra accorder uniquement, séparément ou en combinaison :

- a) des dommages pécuniaires, et tout intérêt applicable ;*
- b) la restitution de biens, auquel cas l’ordonnance disposera que la Partie contestante pourra verser des dommages pécuniaires, et tout intérêt applicable, en remplacement d’une restitution. »*⁹⁶¹

De plus, il arrive que des Etats hôtes contestent la compétence, qui pourrait être celle des tribunaux arbitraux saisis de différends d’investissements, en particulier dans le cadre du CIRDI, d’ordonner une réparation non financière, argument étant tiré de la première phrase de l’article 54 § 1 de la Convention de Washington, laquelle est rédigée comme suit :

*« Chaque Etat contractant reconnaît toute sentence rendue dans le cadre de la présente Convention comme obligatoire et assure l’exécution sur son territoire des obligations pécuniaires que la sentence impose comme s’il s’agissait d’un jugement définitif d’un tribunal fonctionnant sur le territoire dudit Etat. »*⁹⁶²

Malgré tout, les tribunaux arbitraux n’excluent pas le recours à la restitution en tant que mode de réparation du préjudice subi par l’investisseur. Ainsi, dans l’affaire *Micula c/ Roumanie*, le tribunal se prononce de la façon suivante :

*« Under the ICSID Convention, a tribunal has the power to order pecuniary or non-pecuniary remedies, including restitution, i.e., re-establishing the situation which existed before a wrongful act was committed. [...] The fact that restitution is a rarely ordered remedy is not relevant at this stage of the proceedings. [...] »*⁹⁶³

Il est vrai que tout fait internationalement illicite commis par l’Etat d’accueil d’un investissement en violation du traité d’investissement applicable ne débouche pas

⁹⁶¹ Cf. <https://www.nafta-sec-alena.org/Accueil/Textes-1%c3%a9gaux/Accord-de-libre-%c3%a9change-nord-am%c3%a9ricain?mvid=1&secid=539c50ef-51c1-489b-808b-9e20c9872d25#A1135> .

⁹⁶² Cf. https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/resources/Documents/2006%20CRR_French-final.pdf .

⁹⁶³ Cf. CIRDI Compétence et admissibilité 24 septembre 2008 *Micula c/ Roumanie* (<http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0530.pdf>) § 166.

nécessairement sur une perte économique pour l'investisseur protégé, d'où l'utilité des modes de réparation non financière. Le tribunal CIRDI, saisi dans l'affaire *Biwater Gauff c/ Tanzanie* et se prononçant quant à l'existence en l'espèce d'une expropriation, ne dit pas autre chose :

« [...] *There may have been a substantial interference with an investor's rights, so as to amount to an expropriation, even if that interference has been overtaken by other events, such that no economic loss actually results, or the interference simply cannot be quantified in financial terms. In such circumstances, there may still be scope for a non-compensatory remedy for the expropriation (e.g. injunctive, declaratory or restitutary relief).* »⁹⁶⁴

Nous remarquons, toutefois, quelques « flottements » terminologiques dans la pratique arbitrale en la matière. Ainsi, un collège arbitral récemment saisi dans l'affaire *Occidental Petroleum Company c/ Equateur* a jugé utile de préciser le sens qu'il convenait de donner à certaines notions. Il s'est surtout agi, pour le tribunal, de dissiper les doutes qui peuvent naître de l'emploi indifférencié, par le demandeur, des notions de restitution, de restitution en nature, de *restitutio in integrum* et de *specific performance*. Sa conclusion sur ce point a été la suivante :

« [Since] *restitutio in integrum* is used sometimes synonymously with full reparation and sometimes – and in fact more frequently – with restitution in kind, the Tribunal, in the circumstances, will use the expression 'specific performance' in relation to the Claimants' request for the reinstatement of their acquired rights [...] unless of course a reference is made to the submissions of the parties or international decisions using the expression 'restitutio in integrum' in either one of the two possible meanings. »⁹⁶⁵

Comment la restitution, en tant que mode de réparation non financière du préjudice subi, s'opère-t-elle en matière d'investissements étrangers ? Pour ce qui est des modalités de la restitution, il semble possible, dans l'absolu, de distinguer les cas où la restitution ne revêt qu'un aspect matériel et ceux qui impliquent la modification d'une situation juridique. C'est, en tous cas, ce qui ressort du commentaire du projet d'articles :

« *La restitution peut prendre la forme d'une restitution matérielle, ou d'une restitution de territoire, de personnes ou de biens, ou bien encore d'une annulation d'un acte juridique,*

⁹⁶⁴ Cf. CIRDI *Biwater Gauff c/ Tanzanie* (<http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0095.pdf>) § 465.

⁹⁶⁵ Cf. CIRDI Mesures conservatoires 17 août 2007 *Occidental Petroleum Company c/ Equateur* (<http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0576.pdf>) § 74.

voire d'une combinaison de ces différentes hypothèses. [...] Le terme 'restitution juridique' est parfois employé dans le cas où l'exécution de la restitution requiert ou suppose la modification d'une situation juridique, soit dans le cadre du système juridique de l'État responsable, soit dans le cadre de ses relations juridiques avec l'État lésé. Les hypothèses de restitution juridique sont l'abrogation, l'annulation ou la modification d'une disposition constitutionnelle ou législative promulguée en violation d'une règle du droit international, l'annulation ou le réexamen d'un acte administratif ou d'une décision judiciaire pris illégalement à l'encontre de la personne ou des biens d'un étranger, ou l'exigence que des mesures soient prises (dans la mesure permise par le droit international) pour annuler un traité. [...] »⁹⁶⁶

Rien n'exclut, cependant, une combinaison des aspects matériel et juridique de la restitution, l'important étant que le préjudice concerné soit réparé conformément aux exigences du droit international. Cela dépend, de toute évidence, du contenu de l'obligation internationale violée ainsi que du fait illicite lui-même.

Les tribunaux CIRDI ont, comme nous l'avons évoqué *supra*, affirmé qu'ils étaient compétents pour ordonner une réparation non financière. Ainsi, des réparations non financières peuvent être ordonnées comme cela a été le cas dans l'affaire *ATA c/ Jordanie*. Le tribunal saisi dans cette dernière affaire a, ainsi, ordonné qu'il soit mis fin de façon définitive et inconditionnelle à la procédure engagée devant les tribunaux jordaniens concernant le contrat objet du différend⁹⁶⁷.

La notion de *specific performance* mérite, à ce stade, d'être à nouveau évoquée. Cette expression de langue anglaise traduit à la fois les notions d'exécution forcée et d'exécution intégrale, la seconde notion s'appliquant aux contrats⁹⁶⁸. Il peut naître une ambiguïté de ce qui précède. Si la *specific performance* est envisagée en tant que modalité de la restitution, il s'agit de réparer le préjudice causé par le fait internationalement illicite de l'Etat d'accueil, plus précisément par la violation par ledit Etat du traité d'investissement par les dispositions duquel il est lié. Aussi, dans l'hypothèse où un manquement de l'Etat d'accueil à ses engagements contractuels peut être analysé comme constituant une violation des dispositions

⁹⁶⁶ Cf. Commentaire de l'article 35 in J. CRAWFORD, *op. cit.*, p. 257.

⁹⁶⁷ Cf. CIRDI 18 mai 2010 *ATA c/ Jordanie* (<http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0043.pdf>) § 129-132.

⁹⁶⁸ Cf. B. DHUICQ & D. FRISON, *Dictionnaire de l'anglais juridique*, Paris, Langue Pour Tous/Business Management Series, 2004, 652 p., entrée « *specific performance* ».

conventionnelles pertinentes, l'idée qu'une exécution forcée desdits engagements puisse aboutir à une *restitutio in integrum* ne peut pas être rejetée de façon catégorique. En dehors de cette hypothèse, si l'on doit distinguer les violations conventionnelles de celles simplement contractuelles et ne débouchant pas sur une responsabilité internationale, on doit également distinguer, ne serait-ce que d'un point de vue conceptuel, l'exécution d'une obligation conventionnelle, qui se traduit, dans l'ordre juridique interne de l'Etat de territorialité, par celle d'un engagement contractuel, de l'exécution d'un engagement contractuel qui n'est pas « répercuté » dans l'ordre juridique international.

Ainsi, la réparation non financière en matière d'investissements étrangers n'est habituellement envisagée que sous l'angle de la restitution au sens de l'article 35 du projet d'articles. Cela étant, les tribunaux arbitraux saisis ne l'ordonnent qu'assez rarement, et ce bien qu'ils affirment en avoir la compétence. La spécificité de cette matière, comme nous l'avons vu *supra*, fait que la réparation financière est, en pratique, prépondérante, la restitution n'étant pas suffisante à réparer le préjudice subi par l'investisseur.

B — Réparation financière du préjudice

Le point de départ de ce propos sera le premier paragraphe de l'article 36 du projet d'articles consacré à l'indemnisation en tant que mode de réparation, en vertu duquel :

« *L'État responsable du fait internationalement illicite est tenu d'indemniser le dommage causé par ce fait dans la mesure où ce dommage n'est pas réparé par la restitution.* »⁹⁶⁹

En quoi l'indemnisation consiste-t-elle ? Celle-ci peut être définie comme l'« *opération qui consiste dans le versement d'une somme d'argent pour réparer le dommage subi par la victime d'un fait illicite* »⁹⁷⁰. Au titre du second paragraphe de l'article précité, la somme d'argent versée au titre de l'indemnisation est censée « [couvrir] tout dommage susceptible d'évaluation financière, y compris le manque à gagner dans la mesure où celui-ci est établi ». Ainsi, on peut non seulement dire que l'indemnisation est le moyen de la réparation financière du préjudice subi du fait de la violation du droit international, mais aussi que l'indemnisation, en tant que mode de réparation, ne « sert » qu'à réparer les dommages susceptibles

⁹⁶⁹ Cf. CDI, « Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa cinquante-troisième session », *op. cit.*, pp. 105-113 ; « Projet d'articles sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite et commentaires y relatifs », *op. cit.*, pp. 203-224 (document pdf) ; J. CRAWFORD, *op. cit.*, pp. 260-277.

⁹⁷⁰ Cf. J. SALMON (dir.), *op. cit.*, entrée « Indemnisation ».

d'évaluation financière. Le commentaire du projet exclut, en effet, le préjudice moral subi par les Etats de ceux susceptibles d'être indemnisés au regard du droit de la responsabilité internationale⁹⁷¹.

Si la restitution bénéficie, en tant que modalité de principe de la réparation du préjudice causé par un fait internationalement illicite, d'une prééminence au niveau théorique, l'indemnisation, nous l'avons évoqué plus haut, est le mode de réparation le plus utilisé dans la pratique. En effet, elle est censée intervenir « *dans la mesure où* [ludit préjudice] *n'est pas réparé par la restitution* ». Or, comme cela est, en particulier, remarqué dans le commentaire du projet d'articles, la restitution est souvent impraticable. Elle peut, tout d'abord, l'être au sens où cela est entendu dans l'article 35 § 2 du projet d'articles, c'est-à-dire matériellement impossible ou imposant une charge hors de toute proportion avec l'avantage qui dériverait de la restitution plutôt que de l'indemnisation. Les Etats ont également la possibilité de choisir, dans leurs relations, d'exclure la restitution en tant que mode de réparation au profit de l'indemnisation⁹⁷². De plus, dans la mesure où la restitution serait insuffisante à atteindre l'objectif premier de la réparation au sens du droit international général, à savoir le rétablissement du *statu quo ante*, l'indemnisation peut intervenir pour en combler les lacunes.

Il convient, à ce stade, de rappeler que, si l'indemnisation est l'un des modes de la réparation au sens où le droit international la requiert, autrement dit du retour au *statu quo ante*, celle-ci peut également intervenir dans le cadre d'accords d'indemnisation forfaitaire⁹⁷³. Nous ne nous étendrons pas sur la nature juridique de ce type d'accords. Disons tout au plus que, selon qu'ils sont conclus dans une relation interétatique ou dans une relation transnationale, ces accords sont plus ou moins susceptibles de produire des effets dans l'ordre juridique international. Nous prendrons, en revanche, un peu d'avance sur certains de nos développements à venir concernant le *quantum* de la réparation en soulignant le fait que l'indemnisation forfaitaire, par définition, s'affranchit des exigences du droit international général en matière de calcul de l'indemnité, cette dernière, en ce qu'elle ne permet pas de couvrir l'intégralité du préjudice subi, ayant plus un caractère atténuateur que vraiment réparateur.

⁹⁷¹ Cf. Commentaire, § 1.

⁹⁷² Cela peut, en particulier, être convenu dans le cadre d'un traité d'investissement excluant expressément la restitution ou les modes non financiers de réparation en général. Rien n'interdit, dans l'absolu, de prévoir une *lex specialis* à ce sujet.

⁹⁷³ Cf., pour ce qui est des accords passés en matière de biens étrangers, D. CARREAU & P. JUILLARD, *Droit international économique*, Paris, Dalloz, 3ème édition, 2007, xi+744 p., § 1460-1469, pp. 548-552.

En matière d'investissements étrangers, la question peut, dans l'absolu, se poser de savoir si tous les préjudices subis par l'investisseur *en tant que tel* sont susceptibles d'être réparés en ayant recours à l'indemnisation. En effet, comme nous l'avons plus haut, d'une obligation internationale conventionnelle de l'Etat d'accueil protégeant l'investisseur étranger naît un intérêt juridiquement protégé de ce dernier. Or, nous savons que les traités d'investissement contiennent habituellement des dispositions matérielles créant des obligations aux natures et aux contenus divers. Ainsi, si l'on conçoit aisément qu'une mesure équivalant à une expropriation illicite au regard du droit international peut générer un préjudice pour l'investisseur, lequel préjudice ne pouvant pas, par hypothèse, être réparé par le biais de la restitution, les choses sont beaucoup moins claires en ce qui concerne d'autres violations des traités d'investissement. On pense, en particulier, aux violations de standards tels que celui du traitement juste et équitable ou celui de protection et sécurité pleines et entières.

Comment raisonner en pareille situation ? Le premier élément de réponse est connu : l'indemnisation n'a vocation à réparer que les préjudices susceptibles d'évaluation financière. Autre élément de réponse, la définition des notions d'« investissement » et d'« investisseur », telles qu'elles apparaissent dans la pratique conventionnelle⁹⁷⁴, est de nature à conforter l'analyste dans l'idée que l'intérêt juridique éventuellement atteint par la violation de l'une des dispositions matérielles concernant le traitement et la protection est, de toutes façons, un intérêt de nature économique et, en cela, susceptible d'une évaluation financière.

Qu'en est-il du préjudice moral subi par l'investisseur *en tant que tel* ? Dans une sentence rendue en 2008, le tribunal arbitral CIRDI saisi de l'affaire *Desert Line c/ Yémen* a reconnu la possibilité pour un tribunal CIRDI d'octroyer des dommages et intérêts pour préjudice moral et ce sur le fondement d'un TBI :

« The Respondent has not questioned the possibility for the Claimant to obtain moral damages in the context of the ICSID procedure. Even if investment treaties primarily aim at protecting property and economic values, they do not exclude, as such, that a party may, in exceptional circumstances, ask for compensation for moral damages. It is generally accepted

⁹⁷⁴ Cf. R. DOLZER & M. STEVENS, *op. cit.*, pp. 25-42 ; R. DOLZER & C. SCHREUER, *op. cit.*, pp. 44-78 ; UNCTAD, *Scope and definition* (UNCTAD/ITE/IIT/11 [vol. II]), New-York/Genève, United Nations, 1999, x+80 p..

*in most legal systems that moral damages may also be recovered besides pure economic damages. There are indeed no reasons to exclude them. »*⁹⁷⁵

Il est, en particulier, vrai que les standards conventionnels de traitement, en ce qu'ils s'appliquent aussi à la personne de l'investisseur, tels qu'ils apparaissent habituellement dans la pratique conventionnelle, ouvrent, à notre sens, la voie à la reconnaissance de l'idée qu'un investisseur envisagé en tant que tel puisse subir une atteinte dans ceux de ses intérêts qui sont juridiquement protégés par lesdits standards⁹⁷⁶. Une telle atteinte, un tel préjudice peut tout à fait faire l'objet d'une indemnisation. La principale difficulté sera de « quantifier », d'évaluer financièrement de façon à ce que l'indemnité octroyée répare conformément à ce qui est exigé par le droit international. Cette difficulté est évoquée dans la sentence précitée :

*« The Arbitral Tribunal knows that it is difficult, if not impossible, to substantiate a prejudice of the kind ascertained in the present award. Still, as it was held in the Lusitania cases, non-material damages may be very real, and the mere fact that they are difficult to measure or estimate by monetary standards makes them none the less real and affords no reason why the injured person should not be compensated, ' [...] »*⁹⁷⁷

Quoi qu'il en soit, la jurisprudence arbitrale contient très peu de cas d'octroi d'une indemnisation à un investisseur pour préjudice extra patrimonial. Les arbitres sont, en effet, le plus souvent réticents à les octroyer, de même qu'ils sont réticents à octroyer des dommages et intérêts punitifs⁹⁷⁸. On peut tout à fait imaginer qu'ils refusent, le plus souvent, de s'encombrer de l'opération consistant à déterminer le montant de l'indemnité censée réparer l'éventuel préjudice extra patrimonial alors même que la détermination du *quantum* de la réparation du préjudice matériel, patrimonial, subi par l'investisseur présente, en soi, un certain nombre de difficultés.

⁹⁷⁵ Cf. CIRDI 6 février 2008 *Desert Line c/ Yémen* (http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0248_0.pdf) § 289.

⁹⁷⁶ La jurisprudence arbitrale récente semble se consolider dans le sens d'une admission de principe de l'octroi de dommages-intérêts à l'investisseur pour préjudice moral, et ce même si cela n'est censé intervenir que dans des conditions exceptionnelles (cf., en particulier, CIRDI 28 mars 2011 *Lemire c/ Ukraine* [<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0454.pdf>] § 333 ; CIRDI 8 avril 2013 *Arif c/ Moldavie* [<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw1370.pdf>] § 592).

⁹⁷⁷ Cf. CIRDI *Desert Line c/ Yémen*, § 286.

⁹⁷⁸ Cf. R. DOLZER & C. SCHREUER, *op. cit.*, p. 295.

§ 2 — Détermination du *quantum* de la réparation

Le but de la réparation, telle qu'elle est envisagée dans le droit international coutumier tel que reflété par le projet d'articles, est, nous l'avons vu *supra*, de rétablir la situation existant avant que le fait illicite ne soit commis. Nous avons une idée relativement claire de ce que cela implique quand la restitution est praticable et permet, à elle seule, la *restitutio in integrum*. Que se passe-t-il quand il est nécessaire de recourir à l'indemnisation ? Le problème est, à notre sens, le même que l'indemnisation intervienne pour compléter un recours à la restitution qui serait insuffisant à réparer le préjudice subi ou qu'il y soit recouru en tant qu'unique mode de réparation : il s'agit de la détermination du montant de l'indemnité.

En matière d'investissements étrangers, les intérêts juridiquement protégés par les obligations conventionnelles en matière de traitement et de protection sont habituellement définis de telle sorte que les préjudices subis par les investisseurs puissent faire l'objet d'une évaluation financière. Cette remarque nous donne l'occasion de rappeler que le préjudice objet de la réparation dans le domaine étudié est celui subi par l'investisseur protégé en tant que sujet de droit international dérivé de la volonté des Etats parties au traité pertinent. Ainsi, il s'agit, comme nous l'avons expliqué plus haut, d'un dommage subi *personnellement* par l'investisseur dont ce dernier peut lui-même rechercher la réparation devant un tribunal arbitral appliquant le droit international comme cela lui est permis dans le cadre du traité d'investissement. Il est souligné, dans le commentaire du projet d'articles, que le domaine de la protection diplomatique fournit un certain nombre d'indications concernant les méthodes d'évaluation financière du préjudice en cas d'atteinte aux personnes, de prise de biens ou d'atteinte auxdits biens⁹⁷⁹.

Que faut-il prendre en compte pour évaluer financièrement le préjudice subi par l'investisseur ? Il va quasiment de soi que la perte éprouvée par l'investisseur de même que le gain manqué par ce dernier seront des éléments déterminants dans le calcul du montant de l'indemnité à verser, ne serait-ce que parce qu'ils contribuent à quantifier le préjudice subi. Cela étant, la nature du préjudice subi ou allégué par un investisseur pouvant varier d'une espèce à l'autre, il est tout à fait concevable, si l'on cherche une solution « objective » et non d'opportunité, qu'il puisse exister diverses méthodes d'évaluation dudit préjudice, méthodes à chacune desquelles correspond un critère de calcul (A). Cela étant, le montant de

⁹⁷⁹ Cf. Commentaire, § 16.

l’indemnisation est également susceptible d’être impacté par divers éléments distincts de ceux pris en compte dans les méthodes d’évaluation précitées (B).

A — Méthodes d’évaluation du préjudice subi

Il est clair que le choix d’une méthode d’évaluation du préjudice subi répond à diverses préoccupations. La méthode choisie doit, en particulier, permettre à l’indemnisation, envisagée en tant que mode de réparation, d’atteindre la finalité que lui prête le droit international général, à savoir la *restitutio in integrum*. La doctrine remarque d’ailleurs une évolution de jurisprudence arbitrale vers un plus grand degré de motivation des sentences octroyant des dommages et intérêts ainsi que vers un caractère plus « objectif » des solutions retenues⁹⁸⁰.

La méthode choisie doit, de plus, correspondre au « type de perte ». Que faut-il entendre par « type de perte » ? Il faut d’abord rappeler que, dans le domaine des investissements, le préjudice pris en compte sera essentiellement un préjudice patrimonial. C’est, en tous cas, ce qui ressortira le plus souvent de la définition, par les instruments conventionnels applicables, de l’intérêt qu’ils protègent juridiquement de même que de la définition de la protection juridique proprement dite. Il convient aussi de garder à l’esprit que le préjudice, en tant qu’atteinte à un intérêt juridiquement protégé, est censé être le résultat d’une violation du droit international, plus précisément d’une violation de l’une des dispositions du traité pertinent en matière de traitement et de protection. Ainsi, comme cela a déjà été évoqué plus haut, la « nature » du préjudice peut varier selon la règle enfreinte.

Pour ce qui est du « type de perte », le commentaire du projet d’articles nous indique que :

« *L’estimation est basée sur la perte subie par le requérant aux droits patrimoniaux duquel il a été porté atteinte. Cette perte est normalement évaluée par rapport à des catégories de dommages précises : i) indemnisation au titre de la valeur en capital ; ii) indemnisation pour manque à gagner et iii) indemnisation au titre des dépenses accessoires.* »⁹⁸¹

Il est d’ores et déjà possible d’opérer, « à chaud », d’autres distinctions entre les méthodes proposées par l’auteur du commentaire. On peut, en particulier, distinguer lesdites méthodes

⁹⁸⁰ Cf. T. WÄLDE & B. SABAH, *op. cit.*, pp. 1062-1063.

⁹⁸¹ Cf. Commentaire, § 21.

selon qu'elles envisagent l'estimation en amont ou aval du préjudice qu'il s'agit de réparer. Ainsi, comme cela a pu être remarqué en doctrine :

« [...] Some techniques rely on historic cost accounting and book value of the investment. More recent techniques do not look backwards, but forwards: they attempt to estimate the market value of the investment based upon the ability to generate profit in the future. [...] »⁹⁸²

Le « type de perte » sera, de toute façon, fonction de la « nature » de l'intérêt juridiquement protégé par le traité pertinent. Plus précisément, le « type de perte » sera largement fonction du type d'investissement voire même, dans certaines hypothèses, du type d'investisseur. Ainsi, il n'est pas difficile de concevoir qu'une violation donnée du traité d'investissement donné impacte différemment un investisseur personne physique et un investisseur personne morale. De même, il est possible d'admettre qu'une violation donnée du traité d'investissement puisse déboucher sur un « type de perte » différent selon la nature de l'investissement protégé.

La perte subie par l'investisseur peut se prêter à une indemnisation au titre de la *valeur au capital*⁹⁸³. De quoi s'agit-il ? Il s'agit d'évaluer la perte au regard du reflet le plus fidèle de la valeur financière de l'investissement atteint, en tant qu'actif voire en tant que « bien » protégé, par la violation du traité pertinent. Comment ladite valeur est-elle calculée ? Il semble admis que le critère de calcul est celui de la « valeur loyale marchande »⁹⁸⁴. Ainsi, et cela est plus facile dans l'hypothèse d'une mesure de dépossession, la valeur de l'investissement atteint par une violation du traité qui le protège sera calculée en fonction de la valeur qui est la sienne dans le marché dont il « fait partie ». Or, l'approche basée sur l'évaluation de la *fair market value* présente, dans l'absolu, un certain nombre d'inconvénients, et ce pour peu que la nature de l'investissement atteint voire du marché sur lequel il se situe ne permette pas de « comparaison de ce qui est comparable ». C'est, par exemple, ce qui est mis en relief dans le commentaire de l'article 36 du projet :

« [...] la méthode employée pour évaluer la 'valeur loyale et marchande' dépend de la nature de l'actif considéré. Lorsque le bien en question (ou un bien comparable) fait l'objet

⁹⁸² Cf. T. WÄLDE & B. SABAH, *op. cit.*, pp. 1062-1063.

⁹⁸³ Cf. Commentaire, § 22.

⁹⁸⁴ Cf. A. NEWCOMBE & LL. PARADELL, *op. cit.*, pp. 383-384, § 7.39. Prenons, toutefois, le temps de préciser que l'hypothèse d'étude est celle d'une indemnisation appelée à intervenir en tant que réparation du dommage causé par un fait internationalement illicite et non en tant que condition de la licéité internationale d'une mesure de dépossession. Cf. également A. NEWCOMBE & LL. PARADELL, *op. cit.*, pp. 385-387, § 7.41.

d'un commerce libre sur le marché libre, sa valeur peut être calculée plus aisément. [...] Lorsque le bien réel faisant l'objet d'une réclamation est unique ou inhabituel [...], ou qu'il ne fait pas l'objet sur le marché de transactions fréquentes, ou encore qu'il n'a pas fait l'objet de transactions récentes, il est plus difficile d'en déterminer la valeur. [...] »⁹⁸⁵

D'autres analyses, plus récentes et spécialisées, soulignent que le caractère volatile d'un marché donné peut compliquer la démarche d'évaluation :

« [...] Benchmarking against comparable transactions may yield an objective value, but markets are not rational: they can move within quite short periods between extreme highs and extreme lows, resulting inter alia from the divergent application of forward-looking methods in assessing the value of the respective assets. [...] »⁹⁸⁶

Ces mêmes analyses mettent l'accent sur l'importance de la période prise comme référence pour effectuer la comparaison⁹⁸⁷, ce qui nous semble faire écho à des problématiques concernant la date critique⁹⁸⁸. Cela étant, justement, l'avantage habituellement prêté à la méthode de la valeur loyale et marchande est qu'elle reflète plus l'« état du marché » et ses éventuelles fluctuations que pourrait le faire une méthode ne prenant en compte que des considérations comptables⁹⁸⁹.

Pour autant, la méthode dite de la « valeur comptable nette », qui consiste à calculer « la différence entre le montant total de l'actif de l'entreprise et le montant total du passif tel qu'il apparaît dans ses livres comptables »⁹⁹⁰, se voit reconnaître un certain nombre de mérites. Ainsi, comme cela est souligné dans le commentaire du projet d'articles :

« [La méthode de la « valeur comptable nette »] offre plusieurs avantages : les chiffres peuvent être calculés objectivement par rapport aux coûts marchands ; ils sont généralement tirés de livres récents et ils sont basés sur des données produites et utilisées par le requérant à des fins autres que celles touchant la réclamation. [...] »⁹⁹¹

⁹⁸⁵ Cf. Commentaire, § 22.

⁹⁸⁶ Cf. T. WÄLDE & B. SABAHY, *op. cit.*, p. 1070.

⁹⁸⁷ Cf. T. WÄLDE & B. SABAHY, *op. cit.*, p. 1071.

⁹⁸⁸ Cf. J. SALMON (dir.), *op. cit.*, entrée « Date critique » (sens B).

⁹⁸⁹ Cf. T. WÄLDE & B. SABAHY, *op. cit.*, p. 1072.

⁹⁹⁰ Cf. Commentaire, § 24.

⁹⁹¹ *Ibidem*.

À cette méthode, ainsi qu'à ses variantes, on prête également le mérite, appréciable à notre sens, de l'objectivité et surtout de l'imperméabilité à un éventuel parti pris par la partie plaignante, ou ses experts, à un procès arbitral. Elle est, en effet, perçue comme la plus objective possible⁹⁹². On peut d'ailleurs opposer, de façon schématique, les méthodes qui permettent de déterminer la valeur de remplacement d'un investissement atteint, par exemple, par une dépossession internationalement illicite « telle qu'elle est » et celles visant à déterminer ladite valeur « telle qu'elle aurait pu être », et ce sans même avoir à se placer sous l'angle du manque à gagner. Ainsi, la méthode de la valeur comptable nette et ses variantes feraient évidemment partie des premières alors que celle de la *fair market value* serait clairement l'une des secondes.

Cela étant, l'écoulement du temps, qui détermine le montant du passif, est censé induire, pendant la période envisagée dans l'estimation, une dépréciation de la « valeur comptable nette » de l'investissement estimé, et ce indépendamment de toute violation du traité⁹⁹³. Une telle dépréciation intervient en tant que correctif permettant de tenir compte de l'inflation mais peut constituer un obstacle à une estimation fidèle de la « véritable » valeur de remplacement⁹⁹⁴. De plus, il est reproché à cette méthode de méconnaître le contexte de l'indemnisation ou même, de façon plus générale, le contexte dans lequel évolue l'investissement et les risques auxquels il est confronté⁹⁹⁵.

Lesdits risques sont, dans une certaine mesure, pris en compte par la technique dite « des flux monétaires actualisés »⁹⁹⁶. Il s'agit d'une méthode présentée comme « moderne »⁹⁹⁷. En quoi ladite méthode consiste-t-elle ? Elle peut être décrite comme suit :

« *The 'net present value of discounted future cash flow method' [...] estimates future cash flows; it then applies a 'discount rate' reflecting cost of capital and risk [...] to estimated future income streams to identify the present value.* »⁹⁹⁸

Les éléments « coût du capital » et « risque » sont donc pris en considération pour « calculer » les revenus que générerait l'investissement dans le futur ou, pour reprendre la

⁹⁹² Cf. T. WÄLDE & B. SABAHI, *op. cit.*, p. 1072.

⁹⁹³ Cf. A. NEWCOMBE & LL. PARADELL, *op. cit.*, pp. 390-391, § 7.43.

⁹⁹⁴ *Ibidem*.

⁹⁹⁵ *Ibidem*.

⁹⁹⁶ Cf. Commentaire, § 26.

⁹⁹⁷ Cf. T. WÄLDE & B. SABAHI, *op. cit.*, pp. 1074-1075

⁹⁹⁸ Cf. T. WÄLDE & B. SABAHI, *op. cit.*, p. 1074.

formule utilisée dans la sentence rendue sur le fond dans l'affaire *SPP c/ Egypte*, « déterminer la valeur actuelle des revenus futurs que l'on s'attend à voir engendrer par l'investissement »⁹⁹⁹. Ainsi décrite, cette méthode, appliquée au calcul de l'indemnité, revient à spéculer sur la valeur dudit investissement et ce alors que les éléments entrant en ligne de compte dans le calcul opéré sont, presque par définition, imprévisibles.

Les tribunaux arbitraux manifestent une certaine prudence vis-à-vis de l'emploi de cette méthode¹⁰⁰⁰. L'important est que l'existence de profits futurs soit démontrée de façon assez convaincante¹⁰⁰¹, l'aspect spéculatif de la méthode devant autant que possible être atténué¹⁰⁰². Cette technique d'évaluation suscite également une certaine forme de méfiance de la part de certains analystes, toujours à cause de son aspect spéculatif¹⁰⁰³. Cette méfiance se comprend d'autant plus que la méthode des flux monétaires actualisés est, si l'on s'en tient au commentaire du projet d'articles, censée s'appliquer aux pertes de capital distinguées, en tant que telles, du manque à gagner. Autrement dit, quand il s'agit de calculer la valeur de l'actif atteint par la violation du traité pertinent, l'utilisation de la technique étudiée est tributaire de la preuve faite, de façon convaincante, du profit futur. Or, on conçoit bien que ladite preuve ne peut pas être apportée pour tout type d'investissement, pour tous les « éléments » d'un même investissement voire quel que soit le préjudice subi par l'investisseur ou l'investissement.

Le droit coutumier, tel que reflété par le projet d'articles, est clairement positionné en faveur de la prise en compte du manque à gagner dans le calcul de l'indemnité réparatrice : le manque à gagner fait partie des dommages susceptibles d'évaluation financière¹⁰⁰⁴. Il peut être défini comme étant la « part du préjudice matériel indemnisable correspondant au profit que pouvait raisonnablement espérer de l'utilisation d'un bien ou d'une somme d'argent la victime d'un fait internationalement illicite et dont elle a été privée en raison de ce fait »¹⁰⁰⁵.

Le *lucrum cessans* est une notion connue en droit interne français, le manque à gagner

⁹⁹⁹ Cf. CIRDI Fond 20 mai 1992 *SPP c/ Egypte*, § 184 (extraits traduits en langue française *in* E. GAILLARD, *op. cit.*, 2004, pp. 363-379, p. 371).

¹⁰⁰⁰ Cf. A. NEWCOMBE & LL. PARADELL, *op. cit.*, pp. 389-390.

¹⁰⁰¹ Cf. CIRDI 20 août 2007 *Vivendi c/ Argentine* (<http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0215.pdf>) § 8.3.8.

¹⁰⁰² Cf. ALENA CIRDI Mécanisme supplémentaire 30 août 2000 *Metalclad c/ Mexique* (<http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0510.pdf>) § 121.

¹⁰⁰³ Cf. T. WÄLDE & B. SABAHI, *op. cit.*, pp. 1074-1075 ; Commentaire, § 26.

¹⁰⁰⁴ Cf. article 36 § 2.

¹⁰⁰⁵ Cf. J. SALMON (dir.), *op. cit.*, entrée « Manque à gagner ».

constituant l'un des éléments du préjudice matériel¹⁰⁰⁶. L'indemnisation du gain manqué remplit, nous le voyons, le même rôle en droit international : compléter la somme représentant la perte éprouvée, le *damnum emergens*, de façon à ce que le total de l'indemnité remplisse la fonction qui lui est assignée par le droit international, à savoir la *restitutio in integrum*. C'est la raison principale pour laquelle, pour être indemnisé, le manque à gagner doit être établi.

Si l'on s'en tient au commentaire du projet d'articles, il y a lieu de distinguer trois types de perte de profits :

« [...] *premièrement, la perte découlant de biens productifs de revenus subie au cours d'une période où le titre de propriété n'était pas mis en cause, par opposition à la perte de jouissance temporaire* ; *deuxièmement, la perte de profits découlant de biens productifs de revenus subie entre la date de l'expropriation du titre et celle du règlement du litige et troisièmement, la perte de profits futurs, cas dans lequel une indemnité pour manque à gagner est octroyée au titre des profits anticipés après la date du règlement du litige.* »¹⁰⁰⁷

En fonction du type de perte de profits concerné, l'indemnisation du *lucrum cessans* posera certaines difficultés. La première desdites difficultés tient à ce que, comme la doctrine a pu le souligner, l'idée même d'indemnisation de gain manqué s'inscrit dans une logique « historique », opposée à une logique « spéculative »¹⁰⁰⁸. Plus précisément, le manque à gagner s'inscrit, dans les méthodes s'appuyant sur la valeur de l'actif telle que reflétée par les écritures comptables, en tant que correctif permettant le calcul de sa valeur au moment de l'indemnisation. En revanche, le recours à cette notion dans le contexte de méthodes faisant intervenir celle de profits futurs fait naître un risque de double indemnisation.

Dans le cas où le gain manqué est dû à une perte de jouissance temporaire du bien, la jouissance pouvant être définie comme le droit d'en percevoir les revenus¹⁰⁰⁹, l'indemnisation du gain manqué pose peu de problèmes : il s'agit juste du gain qu'aurait généré l'actif concerné en vertu d'une possession non contestée, et ce pendant l'interruption de ladite jouissance. Dans l'hypothèse où le gain manqué est dû à une atteinte illicite au droit de propriété d'un bien productif de revenus, la situation est relativement facile à appréhender. Il

¹⁰⁰⁶ Cf. G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, Paris, PUF/Quadrige, 4^{ème} édition, 2003, xxi+951 p., entrée « *Lucrum cessans* ».

¹⁰⁰⁷ Cf. Commentaire, § 26.

¹⁰⁰⁸ Cf. T. WÄLDE & B. SABAHI, *op. cit.*, p. 1066.

¹⁰⁰⁹ Cf. G. CORNU (dir.), *op. cit.*, entrée « *Jouissance* » (Sens 1 a).

convient, selon la jurisprudence classique, d'indemniser le manque à gagner pour une période n'allant pas au-delà de la date de règlement du litige¹⁰¹⁰.

Le risque de double indemnisation est surtout présent dans le cas où l'intérêt juridiquement protégé est d'origine contractuelle, l'indemnité pour gain manqué étant octroyée au titre de profits futurs. Pour mieux le comprendre, il convient de se souvenir que l'investissement est habituellement appréhendé comme une opération à long terme¹⁰¹¹. Ainsi, dans l'hypothèse d'un contrat transnational d'investissement dont la violation correspondrait à une violation du traité pertinent, le risque peut être décrit comme suit :

*« Carrying-over the lucrum cessans ('lost profits') concept into the world of modern, future-oriented valuation methodology [...] very easily results in multiple recovery: the value based on historic costs [...], the going concern/market value based on future net income streams, and, if the future income is not discounted by the risk factor, a third measure of the value. »*¹⁰¹²

Quoi qu'il en soit, la jurisprudence arbitrale affiche une certaine prudence sur ce point. Ainsi, par exemple, le tribunal saisi dans l'affaire *Aucoven c/ Venezuela* part du principe selon le manque à gagner doit présenter un degré suffisant de certitude pour justifier son indemnisation¹⁰¹³.

Le dernier aspect de l'indemnisation à aborder, à ce stade de notre propos, concerne la prise en compte des dépenses accessoires. Cette question est rapidement abordée dans le commentaire du projet d'articles¹⁰¹⁴. Elle ne pose pas de difficultés particulières, en doctrine comme dans la pratique arbitrale. L'important est que lesdites dépenses aient été engagées dans le but de contribuer à la réparation du préjudice subi. Elles ne sont, en principe, prises en compte dans le calcul de l'indemnité que dans cette mesure.

Ainsi, diverses méthodes peuvent être employées pour calculer la perte de valeur de l'investissement née de la violation du traité. Le choix desdites méthodes sera plus ou moins pertinent selon le type d'investissement ou le type de violation ayant amené au préjudice.

¹⁰¹⁰ Cf. Commentaire, § 30.

¹⁰¹¹ Cf. R. DOLZER & C. SCHREUER, *op. cit.*, p. 60.

¹⁰¹² Cf. T. WÄLDE & B. SABAHI, *op. cit.*, pp. 1066-1067.

¹⁰¹³ Cf. CIRDI 23 septembre 2003 *Aucoven c/ Venezuela* (<http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw6354.pdf>) § 351.

¹⁰¹⁴ Cf. Commentaire, § 34.

Certaines méthodes se basent plus sur le coût « historique » de l’investissement alors que les autres consistent à se projeter plus ou moins loin dans un futur hypothétique pour déterminer la valeur qu’auraient eu les actifs atteints par le fait internationalement illicite sans la survenance de ce dernier. De plus, la prise en compte du manque à gagner, en tant que préjudice susceptible d’évaluation financière, est admise par le droit international général. Cette prise en compte peut poser problème quand il s’agit d’octroyer une indemnité pour gain manqué dû à la perte de profits futurs. Nous avons plus haut que la jurisprudence appréhende ce type d’indemnités avec une relative prudence. Enfin, les dépenses accessoires, en ce qu’elles ont été engagées pour faire face aux manifestations du préjudice, peuvent également être indemnisées. Divers éléments peuvent, cependant, affecter le montant de la réparation ainsi déterminé.

B — Eléments affectant le montant de la réparation

Le montant de l’indemnité due peut être affecté de diverses façons. Il peut, en particulier, l’être en aval, des intérêts étant dus sur la somme due au principal. Il peut également l’être en amont quand les circonstances conduisent à le diminuer ou, au contraire, à l’augmenter. Cela ne doit cependant pas faire oublier la logique qui s’applique à ces deux groupes d’hypothèses : il s’agit, là encore, de permettre la réparation intégrale du préjudice subi. Quand il est question d’intérêts, il n’est pas question d’autre chose, nous le verrons plus bas, que de réparer le préjudice supplémentaire né de l’indisponibilité de la somme due au principal au titre de la réparation du préjudice initialement subi. Quand il est question de circonstances conduisant à diminuer ou à augmenter le montant de l’indemnité, il est question de voir en quoi lesdites circonstances contribuent à amplifier ou atténuer l’atteinte à l’intérêt juridiquement protégé concerné et pèsent, par conséquent sur le calcul de l’indemnité.

L’article 38 du projet, consacré aux intérêts est rédigé comme suit :

« 1. Des intérêts sur toute somme principale due en vertu du présent chapitre sont payables dans la mesure nécessaire pour assurer la réparation intégrale. Le taux d’intérêt et le mode de calcul sont fixés de façon à atteindre ce résultat.

2. *Les intérêts courrent à compter de la date à laquelle la somme principale aurait dû être versée jusqu'au jour où l'obligation de payer est exécutée.* »¹⁰¹⁵

Comment définir la notion d'« intérêts » ? Ceux-ci, dans le cadre du droit de la responsabilité internationale, peuvent être définis comme étant « [l'élément] de l'indemnisation du dommage qui vise à couvrir forfaitairement le préjudice résultant de l'indisponibilité d'une somme d'argent »¹⁰¹⁶. Diverses distinctions permettent habituellement de distinguer les différents types d'intérêts. On distingue, en particulier, les intérêts simples, qui s'ajoutent à un capital fixe, des intérêts composés, qui s'ajoutent à un capital qui a déjà produit des intérêts¹⁰¹⁷. La solution classique, en particulier en matière de responsabilité de l'Etat pour dommages causés aux étrangers, consiste à écarter l'allocation d'intérêts composés, considérés comme étant de nature à déboucher sur une indemnité excédant la réparation intégrale¹⁰¹⁸. Ces derniers ne seront alloués que s'il est prouvé que la composition des intérêts est indispensable pour que la *restitutio in integrum* soit réalisée. La pratique arbitrale récente en matière d'investissements étrangers semble, dans l'ensemble, plus favorable aux intérêts composés, sans pour autant s'écarter de la proposition précédente¹⁰¹⁹. Il est vrai que le type d'intérêts alloués peut être différent selon la façon dont l'investisseur fait face à l'indisponibilité de la somme principale ou même selon le type de violation concerné.

Pour ce qui est du calcul des intérêts ainsi que de leur taux, le droit coutumier tel que reflété par le projet d'articles ne fixe pas de règle générale. Certes, en toute logique, leur choix est subordonné à une seule et unique finalité, à savoir la réparation intégrale. Pour autant, comme cela est souligné dans le commentaire du projet, « il n'existe pas d'approche uniforme, au niveau international, aux questions de quantification et de fixation des intérêts qui sont alloués »¹⁰²⁰. C'est, avant tout, une question d'espèce. En matière d'investissements étrangers, il n'y a pas de constante pour ce qui est du choix du taux d'intérêt¹⁰²¹. Les investisseurs mènent leurs activités économiques de façons diverses et les solutions retenues

¹⁰¹⁵ Cf. CDI, « Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa cinquante-troisième session », *op. cit.*, pp. 115-117 ; « Projet d'articles sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite et commentaires y relatifs », *op. cit.*, pp. 230-237 (document pdf) ; J. CRAWFORD, *op. cit.*, pp. 282-287.

¹⁰¹⁶ Cf. J. SALMON (dir.), *op. cit.*, entrée « Intérêts (exclusivement au pluriel) » (sens B).

¹⁰¹⁷ Cf. G. CORNU (dir.), *op. cit.*, entrées « Intérêts simples » et « Intérêts composés ».

¹⁰¹⁸ Cf. Commentaire, § 8-9 ; T. WÄLDE & B. SABAHI, *op. cit.*, p. 1107.

¹⁰¹⁹ Cf. T. WÄLDE & B. SABAHI, *op. cit.*, p. 1107 ; R. DOLZER & C. SCHREUER, *op. cit.*, p. 298.

¹⁰²⁰ Cf. Commentaire, § 10.

¹⁰²¹ Cf. T. WÄLDE & B. SABAHI, *op. cit.*, pp. 1107-1108.

en termes de taux d'intérêt le sont tout autant¹⁰²². Cela étant, il est possible de s'appuyer sur le taux d'intérêt tel que déterminé dans tel ou tel système juridique ou alors d'avoir recours à des taux interbancaires ou à des taux d'emprunts internationaux.

Le droit coutumier, tel que reflété par le projet d'articles, détermine les dates initiale et terminale, la première étant celle « à laquelle la somme principale aurait dû être versée », la seconde celle à laquelle « l'obligation de payer est exécutée ». Pour ce qui est de la date initiale, l'angle change, de toute évidence, selon l'obligation conventionnelle violée, en tous cas selon la doctrine¹⁰²³. Dans l'hypothèse d'une dépossession internationalement illicite, la date initiale semble devoir être la date de la dépossession elle-même. Quand la dépossession est rampante, résultant d'une violation du contrat d'investissement, il s'agirait de la date à laquelle le contrat a cessé d'être économiquement viable, date qui sera souvent difficile à déterminer en pratique. Dans l'hypothèse de la violation d'un contrat couvert par une *umbrella clause*, ce serait la date à laquelle l'indemnité est due en vertu de la *lex contractus*. Hormis ces hypothèses, la solution serait la suivante :

« [...] the relevant date should be when the states becomes aware or should have become aware that a serious case of breach of the treaty exist. [...] »¹⁰²⁴

Dans chacun de ces cas de figure, il convient de garder à l'esprit que la date initiale est celle à laquelle la réparation est censée être due, celle à laquelle le fait internationalement illicite est constitué.

Un autre élément pouvant affecter le montant de la réparation financière est la contribution de la victime du fait internationalement illicite au préjudice. L'article 39 prévoit, en effet, que :

« [pour] déterminer la réparation, il est tenu compte de la contribution au préjudice due à l'action ou à l'omission, intentionnelle ou par négligence, de l'État lésé ou de toute personne ou entité au titre de laquelle réparation est demandée. »¹⁰²⁵

¹⁰²² Cf. Commentaire, § 10.

¹⁰²³ Cf. T. WÄLDE & B. SABAHI, *op. cit.*, pp. 1108-1109.

¹⁰²⁴ Cf. T. WÄLDE & B. SABAHI, *op. cit.*, p. 1109.

¹⁰²⁵ Cf. CDI, « Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa cinquante-troisième session », *op. cit.*, pp. 117-118 ; « Projet d'articles sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite et commentaires y relatifs », *op. cit.*, pp. 237-239 (document pdf) ; J. CRAWFORD, *op. cit.*, pp. 288-290.

Quelles formes ladite contribution peut-elle revêtir ? Pour présenter les choses de façon schématique, cette contribution peut aller, comme le souligne le commentaire du projet d'articles, du manquement, de la part de la victime du fait internationalement illicite, à une certaine forme de *due diligence* jusqu'à l'action ou l'omission volontaire¹⁰²⁶. Les tribunaux arbitraux saisis en matière d'investissements reconnaissent la compétence qui est la leur de réduire le montant de l'indemnité due au principal à l'investisseur victime du fait internationalement illicite¹⁰²⁷, et ce pour les raisons évoquées plus haut. La doctrine souligne, quant à elle, que l'appréciation des circonstances conduisant à cette réduction peut s'avérer difficile en cas de crise économique subie par l'Etat d'accueil, la question se posant de l'étendue du devoir qu'aurait l'investisseur de redéployer son investissement ou de renégocier le contrat¹⁰²⁸.

Cela étant, s'il est admis que des éléments peuvent contribuer à diminuer la réparation due, la question se pose de savoir si d'autres éléments peuvent produire l'effet inverse. Une telle question ne semble, selon la doctrine, devoir se poser que dans deux cas de figure : celui d'une dépossession internationalement illicite et celui de la violation d'une clause contractuelle de stabilisation que l'on supposera couverte par une *umbrella clause*¹⁰²⁹. En principe, aucune de ces deux situations n'est, en soi, de nature à produire un tel effet : tout dépendra de l'intérêt juridiquement protégé atteint ainsi que de l'étendue de ladite atteinte. Ainsi, rien n'interdit, dans le second cas de figure évoqué, que la violation d'un même contrat puisse être analysée comme une violation non seulement de la clause de couverture, mais aussi, selon les rédactions respectives du traité et du contrat de même que les circonstances de l'espèce, d'autres dispositions conventionnelles comme la norme de traitement juste et équitable ou celle concernant les mesures de dépossession.

¹⁰²⁶ Cf. Commentaire, § 1.

¹⁰²⁷ Cf. T. WÄLDE & B. SABAHI, op. cit., p. 1096.

¹⁰²⁸ *Ibidem*.

¹⁰²⁹ Cf. T. WÄLDE & B. SABAHI, op. cit., pp. 1099-1101.

Conclusion du Chapitre VII :

Il ressort de ce qui précède qu’aux fins de mise en œuvre de l’obligation de réparer, celle incombant à l’Etat d’accueil en conséquence de son fait internationalement illicite, par hypothèse une violation du traité d’investissement applicable, le préjudice subi par l’investisseur protégé peut être envisagé, au sens où cela est entendu par le droit coutumier en tant que « préjudice causé » par le fait illicite en question. Pour les mêmes raisons, ce même préjudice peut, en tant que tel, être envisagé en tant qu’objet de la réparation intégrale incombant à l’Etat responsable. Il peut s’agir, en effet d’un préjudice immédiat, dans la mesure où il est subi par l’investisseur en tant que sujet de droit international – avec tout ce que cela peut comporter comme nuances – et qu’il fait naître un intérêt à agir dans l’ordre juridique international au profit de ce même investisseur – là encore, avec tout ce que cela peut comporter comme nuances. Il peut également s’agir d’un préjudice direct pour peu qu’il soit lié au fait internationalement illicite de notre hypothèse par un lien de causalité satisfaisant les exigences du droit international, étant entendu que la causalité, elle-même entendue dans un sens assez large, est appréhendée différemment selon l’obligation primaire violée.

En tant qu’objet de la réparation intégrale incombant à l’Etat d’accueil, le préjudice subi par l’investisseur fera le plus souvent l’objet d’une réparation financière, et ce même si une réparation non financière, sous la forme d’une restitution n’est pas exclue dans l’absolu. La détermination du *quantum* de la réparation du préjudice étudié soulève, quant à elle, des questions techniques assez complexes quand il s’agit de sélectionner une méthode d’évaluation, l’enjeu de cette opération intellectuelle étant, comme nous l’avons vu plus, de parvenir à un résultat qui reflète la réparation intégrale exigée par le droit international et le choix de telle ou telle méthode pouvant lourdement peser sur le montant de l’indemnité. Ce n’est cependant pas le seul élément de nature à affecter le montant de la réparation financière, des intérêts, simples ou composés, pouvant, par exemple, être payés sur la somme principale ou la contribution de l’investisseur au préjudice pouvant conduire à la diminution du montant de l’indemnité.

Si la réparation du préjudice causé par le fait internationalement illicite de l’Etat d’accueil doit principalement être abordée sous l’angle du préjudice subi par l’investisseur, l’invocation proprement dite de la responsabilité internationale dudit Etat doit, quant à elle, être

appréhendée de façon prendre en compte tous les titulaires du droit d'invocation de même que toutes les modalités de son exercice.

Chapitre VIII

Invocation de la responsabilité internationale de l'Etat d'accueil

En ce qu'elle participe, au sens du droit coutumier tel que reflété par les codifications émanant de la Commission du droit international, de la mise en œuvre de la responsabilité internationale d'un Etat pour fait internationalement illicite, la question de l'invocation de la responsabilité internationale de l'Etat d'accueil en matière d'investissements étrangers est centrale. En effet, l'invocation de l'internationalement illicite en conditionne la sanction. On peut considérer que c'est dans cet aspect précis de la pratique conventionnelle en matière d'investissements étrangers que se concentre quelques-uns des enjeux les plus importants de ce domaine du droit international. Une visite méthodique dudit aspect achèvera de nous en convaincre.

Deux questions vont alors se poser à nous, à savoir celles des titulaires du droit d'invoquer la responsabilité de l'Etat d'accueil et celle des modalités d'une telle invocation, questions que nous aborderons successivement. Nous constaterons, en déterminant les titulaires du droit d'invocation, que la pratique internationale en matière d'investissements étrangers bouleverse doublement les solutions classiques, dans la mesure où l'investisseur dispose d'un tel droit, lequel est mis avant au détriment de l'étendue de celui de son Etat de nationalité (Section 1). De plus, en brossant un tableau des modalités de l'invocation, nous verrons que, si le règlement des différends d'investissement occupe une place centrale dans les mécanismes conventionnels de règlement des différends, la protection diplomatique peut intervenir en renfort de l'arbitrage transnational (Section 2).

Section 1 — Titulaires du droit d'invoquer la responsabilité internationale de l'Etat d'accueil

Au regard de la pratique conventionnelle en matière d'investissements étrangers, un Etat d'accueil tenu par un traité d'investissement est, dans le cadre d'une « relation d'investissement » et dans l'ordre juridique international, l'obligé à la fois de l'Etat national de l'investisseur protégé et de ce dernier. Ce sont, en principe, autant de titulaires du droit d'invoquer la responsabilité de l'Etat débiteur, et ce dans la mesure où ce dernier aurait à leurs

yeux violé ses obligations internationales à leurs égards respectifs. Il s'agit là d'une première spécificité dont nous avons traité certains aspects dans des développements antérieurs.

D'autres spécificités sont mises en relief quand l'analyste se conforme à la logique du droit coutumier, tel que reflété, en particulier, dans l'article 42 du projet d'articles de la CDI sur la responsabilité, pour ce qui est de déterminer dans quelle mesure tel ou tel sujet de droit international impliqué dans la « relation d'investissement » est titulaire du droit d'invoquer la responsabilité de l'Etat d'accueil de l'investissement protégé. En effet, le fait que l'investisseur protégé soit, en tant que créancier des obligations internationales de l'Etat d'accueil, au centre de la relation étudiée invite à raisonner en termes de « sujet de droit international lésé » voire carrément en termes d'« investisseur lésé », en gardant, bien sûr, à l'esprit que ce dernier est envisagé en tant que sujet de droit international. Ainsi, pour pouvoir invoquer la responsabilité internationale de l'Etat d'accueil, l'investisseur protégé doit non seulement être lésé mais encore doit-il, pour ce faire, accéder ou pouvoir accéder à la réclamation internationale (§ 1).

On pourrait, de prime abord, penser que raisonner, pour ce qui est de l'Etat de nationalité, en termes d'« Etat lésé » simplifierait l'appréhension de cette question. Il n'en est rien. En effet, en supposant que l'Etat national de l'investisseur protégé soit un « Etat lésé » dans l'hypothèse étudiée, ce qui, en soi, ne pose pas de grandes difficultés juridiques, le droit d'invocation qui est le sien subit des restrictions pensées de façon à permettre à l'investisseur protégé, au centre de la « relation d'investissement », d'invoquer la responsabilité internationale de l'Etat d'accueil (§ 2).

§ 1 — Droit pour l'investisseur étranger d'invoquer la responsabilité internationale de l'Etat d'accueil

La pratique conventionnelle en matière d'investissements étrangers accorde habituellement, à la personne pouvant être qualifiée d'investisseur au regard du traité pertinent, le droit d'invoquer la responsabilité internationale de l'Etat d'accueil de l'investissement concerné. La question qui se pose, à ce moment de notre étude, est celle de l'analogie qu'il est ou non possible de faire avec ce que prévoit le droit coutumier, tel que reflété par l'article 42 du projet d'articles, en ce qu'il détermine le titulaire de principe du droit d'invocation d'un Etat auteur d'un fait internationalement illicite. Présentée de façon

schématique, le principe peut être décomposé en deux propositions. En vertu de la première proposition, un Etat est en droit d'invoquer la responsabilité d'un autre Etat quand il est lésé par la conduite de ce dernier. En vertu de la seconde proposition, un Etat est lésé par la conduite d'un autre Etat quand ce dernier viole une obligation internationale due au premier.

Si l'on doit procéder par analogie et appliquer ce qui précède à l'investisseur, il est nécessaire de garder à l'esprit que l'investisseur, certes, jouit d'une personnalité juridique internationale mais que celle-ci, au contraire de celle d'un Etat, est limitée parce que fonctionnelle. Les limites à ladite personnalité sont définies, nous l'avons vu *supra*, dans le cadre des relations conventionnelles entre l'Etat de nationalité et celui de territorialité. Ces deux Etats définiront les obligations de l'Etat d'accueil envers l'investisseur étranger. Ils définiront également les conditions dans lesquelles une personne privée peut être qualifiée d'investisseur, sachant que seul un investisseur bénéficie des « garanties » découlant habituellement des traités d'investissement.

Une analogie avec le droit coutumier suppose, en outre, de rappeler que, l'invocation de la responsabilité internationale impliquant une action dans l'ordre juridique international, l'aptitude de l'investisseur étranger à réclamer dans ledit ordre juridique ne va pas de soi, et ce contrairement à ce qui vaut pour un Etat. Ainsi, l'accès que peut avoir l'investisseur étranger à la réclamation internationale, en tant qu'élément de la personnalité internationale dérivée de la volonté étatique, sera habituellement limité par la volonté des parties au traité d'investissement. Rajoutons à cela que l'option le plus souvent offerte par les clauses de règlement des traités à l'investisseur en cas de différend transnational est de nature à soulever quelques interrogations quant au fait de savoir si chacune de ses branches mène à une « vraie » réclamation internationale. Autant dire que, pour pouvoir être considérée comme titulaire du droit d'invoquer la responsabilité internationale d'un Etat partie à un traité d'investissement auquel son Etat de nationalité est également partie, une personne privée étrangère doit non seulement pouvoir être qualifiée d'investisseur étranger lésé (A), mais aussi avoir accès, voire même, accéder à la réclamation internationale (B).

A — Un investisseur étranger lésé par le fait internationalement illicite commis par l'Etat d'accueil

Dans la pratique conventionnelle en matière d'investissements étrangers, seule une personne privée ayant, au regard du traité censé la protéger, la qualité d'investisseur étranger et considérée comme lésée par le fait internationalement illicite de l'Etat de territorialité peut être titulaire du droit d'invoquer la responsabilité de ce dernier. Deux groupes de conditions viennent ainsi d'être évoqués : celles tenant à la qualité d'investisseur étranger et celles concernant l'existence d'une obligation due à l'investisseur en question et violée par son débiteur.

Détaillons, dans un premier temps, les conditions tenant à la qualité d'investisseur étranger¹⁰³⁰. La personne privée protégée par un traité d'investissement est avant tout, et surtout avant d'être un investisseur, une personne privée étrangère, c'est-à-dire d'une nationalité différente de celle de l'Etat d'accueil tout en étant de celle d'un Etat partie au traité pertinent. Ici semble s'arrêter l'analogie entre les règles qui s'appliqueraient en matière d'investissements et le droit commun de la responsabilité internationale en cas de dommage subi par une personne privée étrangère. En effet, les exigences concernant la nationalité de la personne privée protégée sont non seulement déterminées par le traité contenant les règles matérielles mais aussi, en particulier quand il est recouru à l'arbitrage CIRDI sur le fondement de ce dernier, au traité régissant l'arbitrage lui-même. Ce qui précède contribue, de plus, à rendre ces mêmes exigences sensiblement différentes selon que cette même personne privée est une personne physique ou une personne morale.

Prenons d'abord le temps de rappeler que la nationalité, en tant que lien juridique entre un Etat et une personne, permet l'exercice de la compétence personnelle du premier à l'égard de la seconde¹⁰³¹. Plus précisément, ce lien subordonne la seconde au premier et la détermination de la nationalité est, en principe, de la compétence exclusive de l'Etat concerné. Cette solution a été consacrée par la jurisprudence classique. Ainsi, la CIJ, statuant sur le fond dans l'affaire

¹⁰³⁰ Cf. notamment, pour une présentation détaillée de cette question, R. DOLZER & M. STEVENS, *Bilateral Investment Treaties*, La Haye/Boston/Londres, ICSID/Kluwer Law/Martinus Nijhoff, 1995, xx+330 p., pp. 31-42 ; R. DOLZER & C. SCHREUER, *Principles of International Investment Law*, Oxford, Oxford University Press, 2^{nde} édition, 2012, xxxvi+417 p., pp. 44-60 ; UNCTAD, *Scope and Definition*, New-York/Genève, United Nations, 1999 (UNCTAD/ITE/IIT/11 [vol. II]), x+80 p., pp. 10-13, pp. 32-44 ; E. C. SCHLEMMER, « *Investment, Investor, Nationality and Shareholders* » in P. MUCHLINSKI, F. ORTINO & C. SCHREUER (dir.), *The Oxford Handbook of International Investment Law*, Oxford, OUP, 1^{ère} édition, 2008, lxv+1282 p., pp. 49-88

¹⁰³¹ Cf. P. DAILLIER, M. FORTEAU & A. PELLET, *Droit international public*, Paris, LGDJ, 8^{ème} édition, 2009, 1709 p., pp. 547-556, § 322-327.

Nottebohm, réaffirme que « [le] droit international laisse à chaque Etat le soin de déterminer l’attribution de sa propre nationalité »¹⁰³². Une fois cela dit, les difficultés susceptibles d’apparaître tiennent moins à la détermination proprement dite de la nationalité qu’à l’opposabilité à d’autres sujets de droit international de la nationalité alléguée. De plus, le caractère exclusif de la compétence décrite plus haut n’exclut pas que le juge, au sens large, contrôle si le lien de nationalité « existe » réellement, cette question n’étant traditionnellement pas exclue de sa compétence.

Pour ce qui est des personnes physiques, le droit commun prévoit que chaque Etat est libre de déterminer les critères de l’octroi de sa nationalité comme il l’entend¹⁰³³. Cela étant, et ce conformément aux solutions classiques évoquées plus haut, l’admission, par un organe disant le droit, de l’opposabilité d’une nationalité alléguée à un autre sujet de droit international est subordonnée à l’existence d’un véritable rattachement fondant ladite nationalité¹⁰³⁴. En matière d’investissements, les solutions proposées par le droit coutumier sont globalement complétées par la *lex specialis* que peut constituer le cadre conventionnel d’un investissement. Les définitions du « national » données dans les traités d’investissement sont assez variables¹⁰³⁵ et, par moments, assez extensives¹⁰³⁶ mais renvoient systématiquement, c’est compréhensible, au droit de l’Etat concerné. Néanmoins, quand il est recouru au système CIRDI pour le règlement des différends transnationaux sur le fondement d’un traité d’investissement, les exigences concernant la nationalité de la personne physique souhaitant bénéficier de la protection conventionnelle sont plus restrictives¹⁰³⁷. Ainsi, la Convention de Washington définit-elle, en son article 25 § 2 a), comme étant un « ressortissant d’un autre Etat contractant » :

« [...] toute personne physique qui possède la nationalité d’un Etat contractant autre que l’Etat partie au différend à la date à laquelle les parties ont consenti à soumettre le différend à la conciliation ou à l’arbitrage ainsi qu’à la date à laquelle la requête a été enregistrée

¹⁰³² Cf. CIJ 2^{nde} phase 6 avril 1955 *Nottebohm* , Rec.1955, p. 23.

¹⁰³³ Cf. P. DAILLIER, M. FORTEAU & A. PELLET, *op. cit.*, p. 548, § 323.

¹⁰³⁴ Cf. P. DAILLIER, M. FORTEAU & A. PELLET, *op. cit.*, pp. 548-549, § 323.

¹⁰³⁵ Cf. R. DOLZER & M. STEVENS, *op. cit.*, pp. 32-33.

¹⁰³⁶ Cf. UNCTAD, *Scope and Definition*, *op. cit.*, pp. 35-36.

¹⁰³⁷ Cf. E. C. SCHLEMMER, *op. cit.*, pp. 70-71.

[...] à l'exclusion de toute personne qui, à l'une ou à l'autre de ces dates, possède également la nationalité de l'Etat contractant partie au différend ; »¹⁰³⁸

Autant dire qu'en pareil cas, la personne physique entendant se prévaloir du bénéfice de la protection conventionnelle devant un tribunal CIRDI ne peut le faire que si les Etats parties au traité pertinent sont également parties à la Convention de Washington et si elle n'a pas, en plus de celle de son Etat d'origine, la nationalité de l'Etat d'accueil.

La jurisprudence CIRDI apporte, quant à elle, un certain nombre d'enseignements. Les tribunaux CIRDI réaffirment, tout d'abord, la compétence qui est la leur pour ce qui est du contrôle de l'existence d'un lien de nationalité allégué. Ainsi, dans l'affaire *Soufraki c/ Emirats Arabes Unis*, le collège arbitral effectue-t-il le rappel suivant :

« *It is accepted in international law that nationality is within the domestic jurisdiction of the State, which settles, by its own legislation, the rules relating to the acquisition (and loss) of its nationality. [...]. But it is no less accepted that when, in international arbitral or judicial proceedings, the nationality of a person is challenged, the international tribunal is competent to pass upon that challenge. [...]* »¹⁰³⁹

Ce rappel est d'autant plus important qu'en l'espèce le demandeur avait produit plusieurs certificats, émanant des autorités italiennes, censés attester qu'il avait la nationalité italienne. Il se trouve cependant, et le tribunal l'a découvert, que ce même demandeur, ayant acquis la nationalité canadienne, avait perdu la nationalité alléguée¹⁰⁴⁰. Il s'ensuit qu'il ne pouvait pas invoquer le TBI Italie-Emirats Arabes Unis¹⁰⁴¹. Nous remarquons ici que le collège arbitral saisi a été au-delà des preuves fournies par le demandeur, lesquelles preuves étant pourtant dotées d'une valeur probante non négligeable. Nous remarquons aussi, à l'instar d'autres analystes, que le tribunal arbitral n'a pas jugé utile de procéder à l'examen permettant de déterminer la nationalité effective ou dominante, ce qui, en soi, peut apparaître comme un indice du fait que les tribunaux CIRDI sont enclins à prendre leurs distances avec les solutions classiques quand le « pragmatisme » l'exige. Il semble que le « pragmatisme » en

¹⁰³⁸ Cf. CIRDI, *Convention et Règlements du CIRDI*, Washington, CIRDI, 2006, 128 p. (https://icsid.worldbank.org/en/Documents/resources/2006%20CRR_French-final.pdf).

¹⁰³⁹ Cf. CIRDI 7 juillet 2004 *Soufraki c/ Emirats Arabes Unis* (<http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0799.pdf>) § 55.

¹⁰⁴⁰ Cf. CIRDI *Soufraki c/ Emirats Arabes Unis*, § 52 ; R. DOLZER & C. SCHREUER, op. cit., pp. 45-46.

¹⁰⁴¹ Cf. <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/1715> ; CIRDI *Soufraki c/ Emirats Arabes Unis*, § 24, § 52-82.

question consiste, pour les arbitres CIRDI, à se limiter à examiner si les conditions requises en ce qui concerne la nationalité de l'investisseur personne physique contenus dans le cadre conventionnel de l'investissement sont en l'espèce remplies, pour que le tribunal soit compétent et pour que le traité pertinent s'applique. Peu importe, alors, que ledit cadre soit moins exigeant que le droit commun, en particulier pour ce qui est de l'exigence d'effectivité de la nationalité telle qu'elle apparaît dans la jurisprudence classique.

Un tel positionnement a également et généralement été adopté quand il s'est agi de répondre aux arguments avancés par les Etats défendeurs concernant l'absence d'effectivité de la nationalité des demandeurs, en particulier dans les cas où ces derniers avaient, en plus de la nationalité contestée, celle d'un autre Etat que l'Etat d'accueil. Tel a, par exemple, été le cas dans les affaires *Olguín c/ Paraguay*¹⁰⁴², *Micula c/ Roumanie* ou *Fakes c/ Turquie*. Ainsi, le tribunal arbitral saisi dans l'affaire *Micula c/ Roumanie* affirme que la solution retenue dans l'affaire *Nottebohm* par la CIJ « [...] cannot be read to allow or require that a State disregard an individual's single nationality on the basis of the fact that this individual has not resided in the country of his nationality for a period of time »¹⁰⁴³. L'examen du caractère effectif de la nationalité de l'investisseur n'est, cependant, pas exclu de façon catégorique et automatique. L'exclusion dudit examen n'est, en particulier, pas catégorique, un arbitre pouvant s'autoriser à y recourir dans certaines circonstances, comme cela a été évoqué dans l'affaire *Fakes c/ Turquie*, et ce de la façon suivante :

« *This is not to say that the effective nationality test never has any bearing in the context of ICSID arbitration. One might envisage several instances when its application could be justified in light of the particular circumstances of a given case. Broches observed that 'there was a general recognition that in the course of ruling on their competence Commissions and Tribunals might have to decide whether a nationality of convenience, or a nationality acquired involuntarily by an investor could or should be disregarded.'* »¹⁰⁴⁴

Les arbitres CIRDI prennent également leurs distances avec l'examen de l'effectivité quand l'investisseur demandeur a aussi la nationalité de l'Etat d'accueil¹⁰⁴⁵. Nous avons, en

¹⁰⁴² Cf. CIRDI 26 juillet 2001 *Olguín c/ Paraguay* (<http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0586.pdf>) § 60-62.

¹⁰⁴³ Cf. CIRDI Compétence 24 septembre 2008 *Micula c/ Roumanie* (<http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0530.pdf>) § 103.

¹⁰⁴⁴ Cf. CIRDI 14 juillet 2010 *Fakes c/ Turquie* (<http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0314.pdf>) §77.

¹⁰⁴⁵ Cf. R. DOLZER & C. SCHREUER, *op. cit.*, pp. 46-47.

effet, vu plus haut que l'article 25 § 2 a) de la Convention de Washington exclut les personnes privées se trouvant dans ce cas de figure du bénéfice de la saisine des tribunaux CIRDI. En pareille situation, ces derniers semblent enclins à rejeter l'argument du demandeur selon lequel la nationalité de l'Etat d'accueil est ineffective. Ainsi, dans l'affaire *Champion Trading c/ Egypte*, affaire dans laquelle trois des demandeurs avaient la nationalité égyptienne, le collège arbitral a estimé que :

*« This question need not be addressed by this Tribunal. What is relevant for this Tribunal is that the three individual Claimants, in the documents setting up the vehicle of their investment, used their Egyptian nationality without any mention of their US nationality. [...] The mere fact that this investment in Egypt by the three individual Claimants was done by using, for whatever reason and purpose, exclusively their Egyptian nationality clearly qualifies them as dual nationals within the meaning of the Convention and thereby based on Article 25 (2)(a) excludes them from invoking the Convention. »*¹⁰⁴⁶

Seule compte, en pareil cas, l'existence ou non d'un lien de nationalité avec l'Etat d'accueil. Tout autre rattachement est indifférent. La sentence rendue au sujet de la compétence dans l'affaire *Feldman c/ Mexique* se situe clairement dans cette logique, le tribunal arbitral s'exprimant dans les termes suivants :

*« [...] under general international law, citizenship rather than residence or any other geographic affiliation is the main connecting factor between a state and an individual. Residence, even permanent or otherwise authorized or officially certified residence, only fulfills a subsidiary function which, as a matter of principle, does not amount to, or compete with, citizenship. In particular, in matters of standing in international adjudication or arbitration or other form of diplomatic protection, citizenship rather than residence is considered to deliver, subject to specific rules, the relevant connection. »*¹⁰⁴⁷

Pour ce qui est des personnes morales et, en particulier, des sociétés, la question se pose d'une façon sensiblement différente. Le droit international général, tel que reflété par la jurisprudence classique, propose les solutions suivantes :

¹⁰⁴⁶ Cf. CIRDI 27 octobre 2006 *Champion Trading c/ Egypte* (<http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0147.pdf>) p. 17.

¹⁰⁴⁷ Cf. CIRDI Compétence 6 décembre 2000 *Feldman c/ Mexique* (<http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0317.pdf>) § 30.

« Lorsqu'il s'agit d'établir un 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 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. [...] . Néanmoins des liens plus étroits ou différents sont parfois considérés comme nécessaires pour qu'un droit de protection diplomatique existe. Ainsi certains Etats ont pour pratique d'accorder leur protection diplomatique à une société constituée selon leur loi uniquement lorsque le siège social, la direction ou le centre de contrôle de cette société se trouve sur leur territoire ou lorsque la majorité ou une partie substantielle des actions appartient à leurs ressortissants. C'est dans ces cas seulement, a-t-on dit, qu'existe entre la société et l'Etat en question un lien de rattachement effectif comme celui qui est bien connu dans d'autres domaines du droit international. Toutefois, sur le plan particulier de la protection diplomatique des personnes morales, aucun critère absolu applicable au lien effectif n'a été accepté de manière générale. Les critères que l'on a retenus ont un caractère relatif et l'on a parfois mis en balance les liens d'une société avec un Etat et ses liens avec un autre. À cet égard l'on s'est référé à l'affaire Nottebohm et en fait les Parties l'ont fréquemment mentionnée au cours de la procédure. Toutefois, étant donné les aspects de droit et de fait que présente la protection en l'espèce, la Cour estime qu'il ne saurait y avoir d'analogie avec les questions soulevées ou la décision prise en cette affaire. »¹⁰⁴⁸

Le projet d'articles de la CDI consacré à la protection diplomatique « complète » la solution donnée dans l'affaire *Barcelona Traction* en prévoyant, dans son article 9, l'hypothèse dans laquelle « [...] la société est placée sous la direction de personnes ayant la nationalité d'un autre État ou d'autres États et n'exerce pas d'activités importantes dans l'Etat où elle a été constituée, et que le siège de l'administration et le contrôle financier de cette société sont tous deux situés dans un autre État [...] »¹⁰⁴⁹. En pareille hypothèse, ce dernier serait l'Etat de nationalité aux fins de la protection diplomatique. On perçoit, ici, que le droit coutumier, tel que reflété par ce qui précède, a été, dans un premier temps, méfiant à l'égard du critère du contrôle de même qu'à celui du critère du lien effectif. Il s'est heurté, ce

¹⁰⁴⁸ Cf. CIJ 2^{nde} phase 5 février 1970 *Barcelona Traction* , Rec. 1970, p. 42, § 70.

¹⁰⁴⁹ Cf. CDI, « Rapport de la Commission à l'Assemblée générale sur les travaux de sa cinquante-huitième session », Document A/CN.4/SER.A/2006/Add.1 (Part 2), Annuaire CDI 2006, pp. 21-56, pp. 36-38 ; « Projet d'articles sur la protection diplomatique et commentaires y relatifs » (http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/french/commentaries/9_8_2006.pdf) pp. 33-36 (document pdf).

faisant, à des critiques tenant au fait qu'une telle solution – en particulier, le caractère rigide du critère retenu – méconnait la « réalité » des opérations économiques concernées impliquant des sociétés¹⁰⁵⁰. Le projet CDI semble intervenir en réponse auxdites critiques.

C'est également le cas de la pratique conventionnelle en matière d'investissements, qui évacue certaines des difficultés évoquées. Les traités d'investissement, tout d'abord, formalisent l'accord des parties sur le choix du ou des critères à retenir pour déterminer la nationalité de l'investisseur personne morale protégé¹⁰⁵¹. Ils n'adoptent, certes, pas tous les mêmes critères, les plus utilisés en pratique étant ceux de l'incorporation et du siège social¹⁰⁵². Il arrive également que le critère retenu par un traité d'investissement soit différent selon que l'investisseur personne morale a la nationalité de l'une ou l'autre des parties¹⁰⁵³. De plus, la Convention de Washington prévoit, dans son article 25 § 2 b), la possibilité pour les parties au différend transnational de s'accorder pour considérer comme ressortant de l'Etat de nationalité « *toute personne morale qui possède la nationalité de l'Etat contractant partie au différend* [à la date à laquelle les parties à ce dernier ont consenti à le soumettre à la conciliation ou à l'arbitrage] » et ce « *en raison du contrôle exercé sur elle par des intérêts étrangers* ».

Dans quel contexte les parties au différend peuvent-elles parvenir à un tel accord aux fins de l'article 25 § 2 b) ? Si la logique des rédacteurs de la Convention de Washington semble centrée sur une hypothèse contractuelle transnationale¹⁰⁵⁴, l'évolution de la matière axée, quant à elle, sur une hypothèse conventionnelle interétatique laisse moins d'opportunité à l'Etat d'accueil et au demandeur de conclure l'accord concerné. Aussi, de la même manière que les traités d'investissement contiennent habituellement une offre d'arbitrage CIRDI destinée à être acceptée par les personnes privées invoquant lesdits traités, ces derniers comportent également des dispositions permettant à des sociétés constituées sur le territoire d'un Etat partie mais contrôlées par des nationaux d'un autre Etat partie d'être considérées comme ayant la nationalité du second, et ce aux fins de l'article 25 § 2 b) de la Convention de

¹⁰⁵⁰ Cf. Commentaire, § 4-6.

¹⁰⁵¹ Cf. R. DOLZER & M. STEVENS, *op. cit.*, pp. 34-36.

¹⁰⁵² Cf. R. DOLZER & C. SCHREUER, *op. cit.*, p. 47.

¹⁰⁵³ *Ibidem*.

¹⁰⁵⁴ Cf. CIRDI, « Rapport des Administrateurs de la Banque internationale pour la reconstruction et le développement sur la Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre Etats et ressortissants d'autres Etats », § 23-24 ; R. DOLZER & C. SCHREUER, *op. cit.*, p. 51.

Washington¹⁰⁵⁵. Les dispositions de ce type sont, elles aussi, destinées à être acceptées par l'investisseur.

La jurisprudence arbitrale CIRDI contient quelques illustrations et précise les conditions d'application de l'article 25 § 2 b) de la Convention de Washington. L'application de ce texte est, par exemple, illustrée dans l'affaire *Micula c/ Roumaine* où, combinée à celle du traité pertinent en l'espèce, permet à trois sociétés demanderesses, incorporées en Roumanie mais contrôlées par des nationaux suédois, d'être elles-mêmes considérées comme des nationaux suédois¹⁰⁵⁶. Pour ce qui est des conditions d'application de l'article 25 § 2 b), et ce que l'on soit dans l'hypothèse contractuelle transnationale – comme dans les affaires *Klöckner c/ Cameroun*¹⁰⁵⁷, *SOABI c/ Sénégal*¹⁰⁵⁸ ou *LETCO c/ Liberia*¹⁰⁵⁹ – ou dans celle conventionnelle interétatique – comme dans l'affaire *Aucoven c/ Venezuela*¹⁰⁶⁰ –, les tribunaux CIRDI subordonnent le bénéfice du texte concerné à l'existence d'un véritable contrôle par des intérêts étrangers, l'existence d'un accord entre les parties au différend n'étant pas, en soi, suffisante.

La protection des actionnaires pose une autre série de difficultés. Comment le droit international commun appréhende-t-il la notion d'actionnariat dans le contexte de la mise en œuvre de la responsabilité étatique ? La solution jurisprudentielle classique en la matière est celle retenue par la CIJ dans l'affaire *Barcelona Traction*. Selon la Cour, le droit international peut, de façon à « définir le droit applicable », « reconnaître » des institutions de droit interne et ce en raison de l'importance de leur rôle dans les divers Etats où elles existent et de leur impact sur les relations internationales¹⁰⁶¹. Les sociétés sont de ces institutions. Le droit international distingue, parmi les sociétés, celles disposant « d'une personnalité morale indépendante » de celles n'en disposant pas¹⁰⁶². Pour ce qui est de la société anonyme, « dont le capital est composé d'actions » et qui compte parmi les sociétés du premier type évoqué, sa

¹⁰⁵⁵ Cf. R. DOLZER & C. SCHREUER, *op. cit.*, p. 51.

¹⁰⁵⁶ Cf. CIRDI Compétence *Micula c/ Roumanie*, § 107-116.

¹⁰⁵⁷ Cf. CIRDI 21 octobre 1983 *Klöckner c/ Cameroun* in E. GAILLARD, *La Jurisprudence du CIRDI*, Paris, Pédone, 2004, vi+1105 p., pp. 81-114 (extraits en langue française), pp. 83-85.

¹⁰⁵⁸ Cf. CIRDI Compétence 1^{er} août 1984 *SOABI c/ Sénégal* in E. GAILLARD, *op. cit.*, pp. 37-42 (extraits en langue française), § 28-46.

¹⁰⁵⁹ Cf. CIRDI 31 mai 1986 *LETCO c/ Liberia* in E. GAILLARD, *op. cit.*, pp. 201-208 (extraits en langue française), pp. 202-204.

¹⁰⁶⁰ Cf. CIRDI Compétence 27 septembre 2001 *Aucoven c/ Venezuela* (<http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw6352.pdf>) § 105-134.

¹⁰⁶¹ Cf. CIJ Fond *Barcelona Traction*, § 37-38.

¹⁰⁶² Cf. CIJ Fond *Barcelona Traction*, § 40.

personnalité juridique est « indépendante », c'est-à-dire distincte de celle de ses actionnaires¹⁰⁶³. Ainsi, si rien n'exclut qu'un préjudice subi par la société, dans ses droits, puisse produire des conséquences concrètes sur la situation de l'actionnaire, ce dernier, ayant une personnalité juridique distincte, ne tire pas, dans l'ordre juridique où sa personnalité existe, de droit à la réparation du préjudice initial si ses droits et intérêts propres n'ont pas été atteints. C'est un raisonnement analogue qui permet à la Cour de conclure que l'actionnaire ne peut pas, en pareilles circonstances, bénéficier d'une réclamation diplomatique visant à obtenir la réparation du préjudice subi par la société¹⁰⁶⁴. La CIJ identifie cependant deux hypothèses dans lesquelles la règle générale cesse de s'appliquer. Dans la première hypothèse, la société en question a cessé d'exister¹⁰⁶⁵. Dans la seconde hypothèse, l'Etat de nationalité de la société n'a pas la qualité pour agir et introduire une réclamation diplomatique, parce qu'il est lui-même à l'origine du préjudice « initial »¹⁰⁶⁶.

L'article 11 du projet d'articles de la CDI sur la protection diplomatique reste globalement dans le sillage de cette solution :

« Un État de nationalité des actionnaires d'une société ne peut exercer sa protection diplomatique à l'égard desdits actionnaires lorsqu'un préjudice est causé à la société que :

- a) Si la société a cessé d'exister d'après la loi de l'État où elle s'est constituée pour un motif sans rapport avec le préjudice ; ou*
- b) Si la société avait, à la date du préjudice, la nationalité de l'État qui est réputé en être responsable et si sa constitution dans cet État était une condition exigée par ce dernier pour qu'elle puisse exercer ses activités dans le même État. »*¹⁰⁶⁷

La jurisprudence classique souligne que, si le droit coutumier ne permet pas aux actionnaires de bénéficier de la protection diplomatique pour des dommages subis par la société, cette possibilité peut être aménagée dans le cadre de traités bilatéraux ou multilatéraux¹⁰⁶⁸. C'est bien ce qui a lieu en matière d'investissements étrangers. L'hypothèse

¹⁰⁶³ Cf. CIJ Fond *Barcelona Traction*, § 41.

¹⁰⁶⁴ Cf. CIJ Fond *Barcelona Traction*, § 44.

¹⁰⁶⁵ Cf. CIJ Fond *Barcelona Traction*, § 65-68 ; J. CHARPENTIER, « L'affaire de la *Barcelona Traction* devant la Cour Internationale Justice (arrêt du 5 février 1970) », AFDI 1970, pp. 307-328, p. 309.

¹⁰⁶⁶ Cf. Fond *Barcelona Traction*, § 92.

¹⁰⁶⁷ Cf. CDI, « Rapport de la Commission à l'Assemblée générale sur les travaux de sa cinquante-huitième session », *op. cit.*, pp. 39-42 ; « Projet d'articles sur la protection diplomatique et commentaires y relatifs », *op. cit.*, pp. 39-47 (document pdf).

¹⁰⁶⁸ Cf. CIJ Exceptions préliminaires 24 mai 2007 *Ahmadou Sadio Diallo*, Rec. 2007, p. 615, § 90 ; Commentaire, § 11-12.

sera la suivante : une société incorporée sur le territoire de l'Etat d'accueil dont un, des ou les actionnaires sont ressortissants d'un autre ou de l'autre Etat partie au traité pertinent. Les traités d'investissements permettent habituellement aux actionnaires dans cette hypothèse d'accéder à la protection conventionnelle et de bénéficier du dispositif conventionnel de règlement des différends transnationaux en tant que tels en définissant l'actionnariat ou d'autres formes de participation à une société « locale » comme un investissement¹⁰⁶⁹. En effet, une grande majorité d'instruments considèrent l'action comme un type d'avoir ou de participation à une société susceptible d'être protégé en tant qu'investissement, alors que d'autres, comme l'ALENA, protègent également l'actionnaire mais surtout dans la mesure où l'actionnariat implique un contrôle de notre hypothétique société « locale »¹⁰⁷⁰.

Quoi qu'il en soit, la jurisprudence arbitrale en matière d'investissements fournit un certain nombre d'illustrations de ce cas de figure et va habituellement dans le sens de la rédaction de la disposition conventionnelle pertinente définissant l'investissement en ce qu'elle y assimile l'actionnariat ou d'autres formes de participation dans une société locale. On pense, en particulier, à un passage de la sentence concernant la compétence dans l'affaire *CMS c/ Argentine* rédigé comme suit :

*« The Tribunal [...] finds no bar in current international law to the concept of allowing claims by shareholders independently from those of the corporation concerned, not even if those shareholders are minority or non-controlling shareholders. [...] »*¹⁰⁷¹

Supposons, maintenant, que notre hypothétique société locale ait plusieurs actionnaires, tous protégés de façon analogue par un traité d'investissement différent. Comme n'ont pas manqué de le souligner des analystes, des difficultés pratiques sont susceptibles de se poser dans ce cas de figure, qu'il s'agisse de la multiplication des recours distincts d'actionnaires¹⁰⁷² ou du caractère concurrent du recours de la société elle-même¹⁰⁷³, si cette dernière peut, en particulier, bénéficier du jeu de l'article 25 § 2 b) de la Convention de Washington.

Nous venons d'effectuer un rapide tour d'horizon de ce que peut être un investisseur étranger éventuellement susceptible d'invoquer la responsabilité internationale de l'Etat

¹⁰⁶⁹ Cf. R. DOLZER & C. SCHREUER, *op. cit.*, p. 57.

¹⁰⁷⁰ *Ibidem*.

¹⁰⁷¹ Cf. CIRDI Compétence 17 juillet 2003 *CMS c/ Argentine* (<http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0183.pdf>) § 48.

¹⁰⁷² Cf. R. DOLZER & C. SCHREUER, *op. cit.*, p. 60.

¹⁰⁷³ *Ibidem*.

d'accueil. Cependant, pour que l'on puisse réellement parler d'investisseur « lésé » et poursuivre l'analogie tentée avec la substance de l'article 42 du projet d'articles concernant la responsabilité, il est nécessaire que l'obligation dont la violation est alléguée soit due à l'investisseur. Il convient là encore de délimiter notre hypothèse de départ, quitte à légèrement prendre de l'avance sur des développements ultérieurs. L'article 42 du projet d'articles distingue dans ses alinéas *a*) et *b*) l'hypothèse où l'obligation internationale violée est due à cet Etat individuellement de celle où cette dernière est due à un groupe d'Etat ou à la communauté internationale dans son ensemble et que la violation en question atteint l'Etat ou est de nature à modifier radicalement la situation de tous les Etats créanciers. Le caractère limité de la personnalité juridique internationale de l'investisseur dans la pratique internationale en matière d'investissements ne permet pas que la règle énoncée par cet article soit transposée « telle quelle ». La question peut, d'abord, se poser de savoir si l'obligation due à l'investisseur lui est due « individuellement ». En effet, le commentaire de l'article 42 parle, dans un premier temps, de « droit individuel à l'exécution d'une obligation, de la même manière qu'un Etat partie à un traité bilatéral a un tel droit vis-à-vis de l'autre Etat partie »¹⁰⁷⁴, ce qui peut laisser penser que c'est l'existence d'un accord de volontés entre deux sujets de droit international qui conditionne celle du droit en question. Une clarification intervient, cependant, plus bas dans le commentaire :

« [...] *Le terme 'individuellement' indique qu'en la circonstance, l'exécution de l'obligation était due à cet Etat.* [...] »¹⁰⁷⁵

Plus haut, nous avons exploré certains des contours de la personnalité juridique internationale de l'investisseur, occasion à laquelle nous avons pu établir que le préjudice causé à l'investisseur par le fait internationalement illicite lui était causé de façon directe et immédiate. En vertu de cette personnalité juridique internationale, l'investisseur a habituellement la possibilité, nous le savons, d'invoquer les dispositions matérielles du traité pertinent devant un organe arbitral appliquant le droit international. Autant dire que l'exécution des obligations concernées est due, par l'Etat d'accueil, à l'investisseur protégé. Cela étant, le terme « individuellement » suppose également, en toute logique, que l'investisseur, en tant que créancier des obligations conventionnelles, soit « individualisé », ce qui, dans la pratique conventionnelle en matière d'investissements, n'est pas le cas. Les traités d'investissement, en tant qu'instruments protégeant et encourageant l'investissement, ne sont

¹⁰⁷⁴ Cf. Commentaire, § 5.

¹⁰⁷⁵ Cf. Commentaire, § 6.

pas censés s'appliquer à des investisseurs et des investissements spécifiquement désignés mais bien à toutes les personnes privées, biens et avoirs entrant dans leurs champs d'application *ratione personae* et *ratione materiae*. Le caractère limité de la personnalité juridique internationale de l'investisseur permet encore moins la transposition à notre hypothèse de travail de l'alinéa *b*). Il est vrai que l'idée de « communauté internationale» a évolué dans un sens permettant l'inclusion au sein de cette notion des personnes privées ayant un certain degré de personnalité juridique internationale. Cela étant, celle de l'investisseur n'excédant pas le cadre fixé par l'instrument qui le protège, on voit mal comment il pourrait, en particulier, se prévaloir d'une obligation due à la «communauté internationale dans son ensemble».

En vérité, pour que l'on puisse parler d'investisseur «lésé», il suffit que l'obligation internationale due à cette personne privée remplissant les conditions requises pour être protégée en tant qu'investisseur ait été violée par l'Etat débiteur de ladite obligation. Une personne privée se trouvant dans ce cas de figure a, autrement dit, le droit d'invoquer la responsabilité de l'Etat d'accueil. Un degré de capacité internationale est, dans la pratique en matière d'investissements, accordé à l'investisseur, lui permettant de mettre en œuvre son droit d'invocation, par le biais d'une réclamation, par essence, internationale.

B — Un investisseur étranger ayant accès à la réclamation internationale contre l'Etat d'accueil

Dans son avis consultatif rendu dans l'affaire *Réparation des dommages subis au service des Nations Unies*, la CIJ conclut son raisonnement concernant l'existence d'une personnalité juridique internationale de l'ONU de la façon suivante :

« [...] Cela signifie que l'organisation est un sujet de droit international, qu'elle a capacité d'être titulaire de droits et devoirs internationaux et qu'elle a capacité de se prévaloir de ses droits par voie de réclamation internationale. »¹⁰⁷⁶

Qu'entendre par « réclamation internationale » ? Au sens où elle semble avoir été entendue par la Cour, cette expression désigne une « action par laquelle un [sujet de droit international] s'adresse à un autre [sujet de droit international] pour protester contre des agissements qu'il

¹⁰⁷⁶ Cf. CIJ AC 11 avril 1949 *Réparation des dommages subis au service des Nations Unies*, Rec. 1949, p. 179.

estime contraire à ses droits et demander la reconnaissance de ces derniers »¹⁰⁷⁷. Emanant d'un Etat, une telle réclamation peut ou non prendre la forme d'une « action judiciaire ». Les Etats peuvent, en effet, grâce à la plénitude de leur compétence et à condition qu'ils respectent l'obligation de règlement pacifique des différends, régler les différends qui les opposent de diverses manières qui n'impliquent pas toutes de recours à la justice internationale¹⁰⁷⁸. Sujet dérivé de droit international, l'investisseur ne bénéficie pas de la même latitude. Sa possibilité d'invoquer la responsabilité internationale de l'Etat d'accueil, en tant que telle, est encadrée, au sein des traités d'investissement, par les dispositions consacrées au règlement des différends transnationaux et lui permettant de saisir un organe arbitral appliquant les règles conventionnelles pertinentes au règlement des litiges qui lui sont soumis. Elle l'est également dans le cadre de la jurisprudence des tribunaux arbitraux transnationaux, et ce grâce à la distinction entre la responsabilité internationale conventionnelle de l'Etat d'accueil de sa responsabilité contractuelle de droit interne.

Les traités d'investissement contiennent habituellement une clause compromissoire générale permettant aux parties à ce type de différends, nés desdits traités, de les soumettre à un organe arbitral¹⁰⁷⁹. L'« environnement » arbitral le plus souvent choisi est celui du CIRDI¹⁰⁸⁰. Ce dernier bénéficie de sa vocation « naturelle » à trancher les différends d'investissement¹⁰⁸¹. Ainsi, la présence d'une « clause CIRDI » dans un traité d'investissement participe à rendre la protection offerte par ce dernier plus efficace et attrayante aux yeux des investisseurs. Le fait que ladite protection soit indiscutablement internationale, rapproché de l'article 42 § 1 de la Convention de Washington et de la lecture qui en est faite par la jurisprudence arbitrale récente, permet de consolider la place du droit international, même articulé avec les règles du droit interne de l'Etat d'accueil, au sein du droit applicable par les arbitres. Il convient, cependant, de préciser le propos qui précède. L'article 42 § 1 de la Convention de Washington est rédigé comme suit :

¹⁰⁷⁷ Cf. J. SALMON (dir.), *Dictionnaire de droit international public*, Bruxelles, Bruylant, 2001, xli+1198 p., entrée « Réclamation ».

¹⁰⁷⁸ Cf. P. DAILLIER, M. FORTEAU & A. PELLET, *op. cit.*, pp. 919-921, § 501.

¹⁰⁷⁹ Cf. UNCTAD, *Dispute Settlement : Investor-State*, New-York/Genève, United Nations, 2003 (UNCTAD/ITE/ITT/30), viii+125 p., pp. 34-44.

¹⁰⁸⁰ Cf., pour une présentation de l'« environnement » CIRDI, A. REINISCH & L. MALINTOPPI, « Methods of dispute resolution » in P. MUCHLINSKI, F. ORTINO & C. SCHREUER (dir.), *op. cit.*, pp. 691-720, pp. 698-707.

¹⁰⁸¹ Cf. A. DE NANTEUIL, *op. cit.*, p. 29, § 40-42.

*« Le Tribunal statue sur le différend conformément aux règles de droit adoptées par les parties. Faute d'accord entre les parties, le Tribunal applique le droit de l'Etat contractant partie au différend - y compris les règles relatives aux conflits de lois - ainsi que les principes de droit international en la matière. »*¹⁰⁸²

Concernant la première phrase de cet article, on admet aujourd’hui la possibilité d’une adoption dissociée des règles de droit applicables, validée par la saisine du CIRDI par l’investisseur protégé sur le fondement d’un traité pertinent définissant lesdites règles¹⁰⁸³. Encore faut-il que le traité pertinent contienne effectivement des indications sur le droit applicable. Certains traités d’investissement, en ayant une clause de droit applicable et en y incluant le droit international, permettent que l’on puisse considérer qu’il y a eu choix, au sens du texte évoqué, en faveur du droit international. On pense, en particulier, à des traités régionaux comme l’ALENA¹⁰⁸⁴ et la Traité sur la Charte de l’Energie¹⁰⁸⁵ qui abordent la question du droit applicable en tant que telle. La doctrine a, en outre, repéré la présence de TBI qui font du droit international, sous « diverses formes » - à savoir le traité pertinent lui-même, les principes de droit international ou les règles de droit internationales applicables - , un élément du droit applicable ou carrément le droit applicable lui-même¹⁰⁸⁶. L’existence et la rédaction de ces dispositions conventionnelles sur le droit applicable revêtent, dans cette hypothèse, une importance certaine pour ce qui est du caractère international de la réclamation de l’investisseur qu’elles peuvent contribuer à consolider. On pourrait franchir le pas en avançant qu’en invoquant une ou plusieurs dispositions matérielles du traité qui le protège à l’appui de sa requête, l’investisseur manifeste, de toute façon et ce même en l’absence de clause de droit applicable, son consentement à ce que ledit traité soit le droit applicable au règlement du différend. Ni la doctrine ni la jurisprudence ne semble encore s’être orientée dans ce sens.

Quoi qu’il en soit, l’hypothèse décrite plus haut reste marginale en pratique et, le plus souvent, c’est la deuxième phrase de l’article 42 § 1 de la Convention de Washington qui trouve à s’appliquer. Or, en vertu de ce texte, à défaut d’accord des parties au différend sur le

¹⁰⁸² Cf. http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/icsid/staticfiles/basicdoc-fra/crr_french-final.pdf .

¹⁰⁸³ Cf. CIRDI Comité *ad hoc* 5 février 2002 *Wena c/ Egypte* (<http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0903.pdf>) § 37-46, § 40.

¹⁰⁸⁴ Cf. article 1131 ALENA (<https://www.nafta-sec-alena.org/Accueil/Textes-l%C3%A9gaux/Accord-de-libre-%C3%A9change-nord-am%C3%A9ricain?mvid=1&secid=539c50ef-51c1-489b-808b-9e20c9872d25>).

¹⁰⁸⁵ Cf. article 26 § 6 TCE (<http://www.energycharter.org/fileadmin/DocumentsMedia/Legal/ECT-fr.pdf>).

¹⁰⁸⁶ Cf. O. SPIERMANN, « Applicable Law » in P. MUCHLINSKI, F. ORTINO & C. SCHREUER (dir.), *op. cit.*, pp. 89-118, p. 107.

droit applicable, le tribunal CIRDI qui en est saisi « applique le droit de l'Etat contractant partie au différend - y compris les règles relatives aux conflits de lois - ainsi que les principes de droit international en la matière ». Le sens donné à ce passage par la jurisprudence et la doctrine a récemment évolué et l'on peut dire que cette évolution a plus ou moins suivi celle de la pratique internationale en matière d'investissements¹⁰⁸⁷. Initialement, le droit international s'est vu attribuer une « fonction suppléative ou corrective ». Cette fonction ne trouverait à s'exercer qu'en cas de lacunes du droit interne de l'Etat d'accueil ou quand celui-ci est contraire au droit international¹⁰⁸⁸. C'est, en tous cas, la solution qui avait été retenue par les comités *ad hoc* dans les affaires *Klöckner c/ Cameroun*¹⁰⁸⁹ et *Amco c/ Indonésie*¹⁰⁹⁰. Il faut, cependant, préciser que, dans ces deux affaires, l'arbitre n'a pas été saisi sur le fondement d'un traité mais sur celui d'une clause CIRDI au sein d'un contrat transnational d'investissement, et ce en l'absence de traité de couverture. Nous avons, plus haut, vu les difficultés qu'il peut, en l'absence d'un tel traité, y avoir à justifier, sur un plan conceptuel, l'internationalisation voire même l'internationalité intrinsèque de ce type de contrats. De plus, à cette époque, l'essor quantitatif de la pratique conventionnelle en matière d'investissements ainsi que des saisines du CIRDI sur ce fondement n'était pas encore notable. L'évolution de la pratique internationale en matière d'investissements étrangers aidant, les tribunaux CIRDI ont été amenés à reconstruire la fonction du droit international au sein du droit applicable en l'absence de choix de parties au différend. Le Comité *ad hoc* saisi dans l'affaire *Wena c/ Egypte* marque une première étape, à cet égard, comme le reflète le passage suivant :

« *What is clear is that the sense and meaning of the negotiations leading to the second sentence of Article 42(1) allowed for both legal orders to have a role. The law of the host State can indeed be applied in conjunction with international law if this is justified. So too international law can be applied by itself if the appropriate rule is found in this other ambit.* »¹⁰⁹¹

¹⁰⁸⁷ Cf. E. GAILLARD, *op. cit.*, 2004, pp. 715-716.

¹⁰⁸⁸ Cf. E. GAILLARD & Y. BANIFATEMI, « The Meaning of “and” in Article 42(1), Second Sentence, of the Washington Convention: The Role of International Law in the ICSID Choice of Law Process », *FILJ/ICSID Review* 2003, pp. 375-410, pp. 381-399.

¹⁰⁸⁹ Cf. CIRDI Comité *ad hoc* 3 mai 1985 *Klöckner c/ Cameroun* in E. GAILLARD, *op. cit.*, 2004, pp. 163-176 (extraits en langue française).

¹⁰⁹⁰ Cf. CIRDI Comité *ad hoc* 16 mai 1986 *Amco c/ Indonésie* in E. GAILLARD, *op. cit.*, 2004, pp. 177-189 (extraits en langue française).

¹⁰⁹¹ Cf. CIRDI Comité *ad hoc* 5 février 2002 *Wena c/ Egypte* (<http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0903.pdf>) § 40.

Les arbitres saisis dans l'affaire *Aucoven c/ Venezuela* ont également franchi ce pas, bien qu'en l'espèce ils l'ont été sur le fondement d'un contrat et non celui d'un traité. Ils l'ont fait en estimant « qu'il n'y a pas de raison, dans la présente affaire, compte tenu spécialement du fait que l'on se trouve en présence d'un arbitrage fondé sur un contrat et non sur un traité, d'aller au-delà des fonctions corrective et suppléative du droit international »¹⁰⁹², laissant entendre que cela serait possible dans l'hypothèse d'une saisine ayant un fondement conventionnel. Depuis ces deux décisions, la jurisprudence CIRDI n'a pas varié sur ce point. On pense, en particulier, aux affaires *CMS c/ Argentine*¹⁰⁹³ et *LG&E c/ Argentine*¹⁰⁹⁴.

Les traités d'investissement peuvent également donner la possibilité aux investisseurs protégés de saisir des organes arbitraux dans d'autres cadres que celui du CIRDI *stricto sensu*, et ce qu'il s'agisse du Mécanisme supplémentaire du CIRDI ou de tribunaux arbitraux constitués conformément à d'autres règlements d'arbitrage tels que ceux de la CCI, de la CNUDCI ou de la Cour Internationale d'Arbitrage de Londres¹⁰⁹⁵. Les traités d'investissements peuvent de même aménager, au sein de leurs dispositions consacrées au règlement des différends transnationaux, un recours aux tribunaux de l'Etat d'accueil¹⁰⁹⁶. La question à se poser dans la première hypothèse est celle de savoir dans quelle mesure la réclamation introduite devant de tels organes est réellement internationale. Tout dépendra alors du droit applicable par l'arbitre au règlement du litige soumis. On peut, là encore, raisonner en termes de choix dissocié si le traité pertinent contient des dispositions explicites choisissant le droit international. Qu'en sera-t-il dans le cas contraire ? Sans trop anticiper sur des développements ultérieurs, on peut avancer plusieurs choses. On peut d'abord dire que, dans la mesure où un investisseur saisit l'arbitre de la violation alléguée des droits qu'un traité lui accorde dans l'ordre juridique international, il recherche de façon certaine la mise en œuvre de la responsabilité internationale de l'Etat défendeur. On peut ensuite rappeler qu'en vertu du principe *jura novit curia*, tel qu'il se trouve reflété par divers règlements d'arbitrage, comme celui de la CNUDCI¹⁰⁹⁷ ou celui de la CCI¹⁰⁹⁸, l'arbitre a la possibilité de « nourrir »

¹⁰⁹² Cf. CIRDI 23 septembre 2003 *Aucoven c/ Venezuela* (<http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw6354.pdf>) § 102.

¹⁰⁹³ Cf. CIRDI 12 mai 2005 *CMS c/ Argentine* (<http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0184.pdf>) § 115.

¹⁰⁹⁴ Cf. CIRDI Responsabilité 3 octobre 2006 *LG&E c/ Argentine* (<http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0460.pdf>) § 95.

¹⁰⁹⁵ Cf. R. DOLZER & C. SCHREUER, *op. cit.*, pp. 241-245 ; A. REINISCH & L. MALINTOPPI, *op. cit.*, pp. 707-712.

¹⁰⁹⁶ Cf. A. REINISCH & L. MALINTOPPI, *op. cit.*, pp. 694-698.

¹⁰⁹⁷ Cf. article 35 § 1 Règlement d'arbitrage de la CNUDCI 2010 (<https://www.uncitral.org/pdf/french/texts/arbitration/arb-rules-revised/arb-rules-revised-f.pdf>).

ses conclusions de règles puisées dans d'autres « pans » du droit international, pour peu qu'il les considère comme applicable en l'espèce. On peut enfin remarquer, dans l'absolu, que cela va dans le sens de l'efficacité de la protection accordée à l'investisseur par les dispositions du traité, l'arbitrage en matière d'investissements manifestant ainsi sa singularité par rapport l'arbitrage commercial international.

Dans les cas où le dispositif conventionnel consacré au règlement des différends transnationaux ouvre un recours aux tribunaux de l'Etat d'accueil, on peut également s'interroger sur le caractère véritablement international de la réclamation de l'investisseur qui les saisirait sur ce fondement. Le tribunal interne saisi le sera, certes, de la violation d'obligations internationales incombant à l'Etat d'accueil. Il ne s'agira cependant pas de justice internationale. Un tribunal interne étant un organe de l'Etat au sens du droit coutumier de la responsabilité, il n'est, par définition, pas indépendant de l'Etat d'accueil. De plus, ledit Etat ayant la maîtrise de son ordonnancement juridique, il est peu probable qu'il se laisse imposer une solution qui le désavantage. Quoi qu'il en soit, quand cette possibilité existe, le recours aux tribunaux de l'Etat de territorialité est habituellement ouvert dans le cadre d'une disposition conventionnelle proposant une option de compétence irrévocable, la fameuse disposition *fork in the road*¹⁰⁹⁹. L'option évoquée a, en général, deux branches, à savoir le recours à l'arbitrage transnational et celui aux juridictions locales, ces deux possibilités étant définitivement exclusives l'une de l'autre¹¹⁰⁰. On imagine aisément qu'une telle disposition a, quelles que soient les « arrière-pensées » à l'origine de son inclusion dans un traité d'investissement, pour effet mécanique d'inciter l'investisseur protégé, soucieux de pleinement bénéficier de sa qualité de sujet dérivé du droit international et souhaitant mettre en œuvre la responsabilité internationale de l'Etat d'accueil, à recourir l'arbitrage transnational et non aux tribunaux internes quand le choix lui est donné.

L'accès de l'investisseur étranger à la réclamation internationale est également encadré, ou plutôt délimité par la distinction qu'établit la jurisprudence arbitrale transnationale, surtout la jurisprudence CIRDI, en distinguant, en matière d'investissements, les réclamations fondées

¹⁰⁹⁸ Cf. article 21 § 1 Règlement d'arbitrage de la CCI 2012 (https://www.google.fr/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKEwidiP6F0d_RAhVJDsAKHSjKBEYQFggjMAI&url=http%3A%2F%2Fwww.iccwbo.org%2FData%2FDocuments%2FBuisness-Services%2FDispute-Resolution-Services%2FMediation%2FRules%2F2012-Arbitration-Rules-and-2014-Mediation-Rules-FRENCH-version%2F&usg=AFQjCNEZ5jIMhsQDyLglhxITG5hVDskDsA&bvm=bv.145063293,d.ZGg).

¹⁰⁹⁹ Cf. R. DOLZER & C. SCHREUER, *op. cit.*, pp. 267-268.

¹¹⁰⁰ *Ibidem*.

sur le traité, les réclamations conventionnelles, des réclamations fondées sur le contrat, les réclamations contractuelles¹¹⁰¹. Précisons que quand on parle de « fondement », on parle, bien sûr, de fondement sur lequel la saisine de l'organe arbitral par l'investisseur a lieu. Tentons un bref rappel de l'évolution de la jurisprudence CIRDI sur ce point. Décrite à grands traits, l'hypothèse de base est la suivante : un investisseur protégé, dont l'investissement est réalisé par le biais d'un contrat transnational, saisit le CIRDI sur le fondement du traité, le contrat contenant une clause attributive de compétence pouvant entrer en conflit avec celle du traité. C'est dans cette hypothèse qu'il s'est avéré nécessaire pour les arbitres CIRDI de dégager des principes permettant de résoudre les conflits potentiels entre les clauses concernées. C'est à partir de la décision rendue par le Comité *ad hoc* saisie dans l'affaire *Wena c/ Egypte* que l'impact de cette distinction sur le droit applicable par l'arbitre a été précisé. Le Comité partira ainsi de l'idée selon laquelle :

*« [...] the subject matter of the lease agreements submitted to Egyptian law was different from the subject matter brought before ICSID arbitration under the IPPA. [...] »*¹¹⁰²

De cette idée, il déduira qu'il ne peut pas y avoir eu, de la part des parties au différend, de choix de droit applicable au sens de l'article 42 § 1 de la Convention de Washington¹¹⁰³, ce qui donne, comme nous l'avons vu plus haut, la possibilité à l'arbitre d'appliquer le droit international de façon autonome. Le Comité *ad hoc* saisi dans l'affaire *Vivendi c/ Argentine* ira, quant à lui, un peu plus loin dans l'explication :

« In accordance with this general principle [...], whether there has been a breach of the BIT and whether there has been a breach of contract are different questions. Each of these claims will be determined by reference to its own proper or applicable law - in the case of the

¹¹⁰¹ Cf., notamment, B. M. CREMADES & D. J. A. CAIRNS, « Contract and treaty claims and choice of forum in foreign investment disputes » in N. HORN (dir.), *Arbitrating Foreign Investment Disputes – Procedural and Substantive Legal Aspects*, La Haye, Kluwer Law International, 2004, xxxi+535 p., pp. 325-351 ; I. FADLALLAH, « La distinction treaty claims – contract claims et la compétence de l'arbitre CIRDI : faisons-nous fausse route ? » in C. LEBEN (dir.), *Le contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement – Nouveaux développements*, Anthemis, 2006, 396 p., pp. 205-218 ; « La distinction Treaty claims – Contract claims » in C. LEBEN (dir.), *Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational*, Paris, Pedone, 2015, xvii+1141 p., pp. 759-772.

¹¹⁰² Cf. CIRDI Comité *ad hoc Wena c/ Egypte*, § 36.

¹¹⁰³ *Ibidem*.

BIT, by international law; in the case of the Concession Contract, by the proper law of the contract, in other words, the law of Tucumán. [...] »¹¹⁰⁴

Ce qu'il faut retenir, à ce stade, c'est que les « demandes conventionnelles » sont en principe distinguées, par une jurisprudence aujourd'hui constante, des « demandes contractuelles ». Plus précisément, les droits invoqués existant dans des ordres juridiques différents selon l'acte fondant la demande, le droit applicable à celle-ci et le type de responsabilité recherchée par l'investisseur seront également différents. Si l'on devait risquer une présentation schématique des *contract claims*, on pourrait dire qu'elles sont fondées sur un contrat, qu'elles visent à invoquer des prérogatives contractuelles et qu'il s'agit de rechercher la responsabilité contractuelle de droit interne du cocontractant personne publique. Les *treaty claims* sont, quant à elles, fondées un traité, et visent à invoquer des dispositions dudit traité et de même qu'à rechercher la responsabilité internationale conventionnelle de l'Etat d'accueil, à la fois partie au traité et au différend. Autant souligner à nouveau que seule la demande conventionnelle peut être considérée comme une réclamation internationale.

Cela étant, la distinction entre ces deux types de demandes peut, en pratique, paraître difficile à pratiquer. Comme nous l'avons vu plus haut, la couverture des contrats par un traité d'investissement varie d'un réseau conventionnel à l'autre, voire, au sein d'un réseau donné, d'un traité à l'autre. Nous savons également que l'internationalisation conventionnelle du contrat peut intervenir par le biais de diverses dispositions, lesquelles ont, en principe, des effets « internationalisant » d'intensités diverses, intensités elles-mêmes modulées par les rédactions choisies. Ainsi, pour peu que les dispositions en question soient interprétées de façon extensive par les arbitres saisis sur le fondement du traité, l'impression peut être que la frontière décrite plus haut est, pour le moins, poreuse. On se souvient, en particulier, que dans l'affaire *SGS c/ Philippines*, le tribunal CIRDI défend, à l'instar du collège arbitral saisi dans les affaires *RFCC*¹¹⁰⁵ et *Salini c/ Maroc*¹¹⁰⁶, l'idée selon laquelle une clause de règlement des différends transnationaux rédigée en termes généraux permet au juge du traité de connaître des demandes contractuelles, le tout indépendamment du jeu d'une *umbrella clause*¹¹⁰⁷. Une

¹¹⁰⁴ Cf. CIRDI Comité *ad hoc* 3 juillet 2002 *Vivendi c/ Argentine* (<http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0210.pdf>) § 96.

¹¹⁰⁵ Cf. CIRDI Compétence 16 juillet 2001 *RFCC c/ Maroc* (<http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0225.pdf>) § 67-69.

¹¹⁰⁶ Cf. CIRDI Compétence 30 juillet 2001 *Salini c/ Maroc* (<http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0738.pdf>) § 59-64.

¹¹⁰⁷ Cf. CIRDI Compétence 29 janvier 2004 *SGS c/ Philippines* (<http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0782.pdf>) § 130-135.

solution analogue sera, notamment, retenue dans l'affaire *Impregilo c/ Pakistan*¹¹⁰⁸. Il semble, cependant, qu'il faille plus voir, dans ce courant jurisprudentiel, une volonté, sinon d'intensifier, au moins de faire produire son effet maximal à l'internationalisation conventionnelle telle qu'elle est prévue par le traité pertinent. Une telle volonté est compréhensible pour peu que sa « traduction » n'excède pas l'intention qui était celle des parties au traité.

§ 2 — Droit pour l'Etat de nationalité d'invoquer la responsabilité internationale de l'Etat d'accueil

La mise au premier plan, par la pratique conventionnelle, du droit pour l'investisseur protégé d'invoquer la responsabilité internationale de l'Etat d'accueil s'accompagne de la mise en retrait de celui de l'Etat de nationalité. Il s'agit, comme nous l'avons évoqué *supra*, de pallier ce qui, dans la logique et le fonctionnement de la protection diplomatique, était perçu comme un défaut par les opérateurs économiques privés intervenant à l'étranger : le fait qu'ils n'aient pas, au sein du mécanisme de droit commun, l'initiative de la réclamation internationale, cette dernière appartenant, en principe, à l'Etat de nationalité. Ainsi, la pratique conventionnelle a progressivement neutralisé la protection diplomatique, en tant que moyen privilégié de règlement des différends internationaux en matière d'investissements étrangers.

Cela ne fait pas, pour autant, disparaître le droit qui est celui de l'Etat de nationalité d'invoquer la responsabilité de l'Etat d'accueil. En effet, en tant que partie au traité d'investissement et, par conséquent, créancier des obligations de l'Etat de territorialité, l'Etat dont l'investisseur a la nationalité est lésé par toute violation dudit traité de la part de son cocontractant, et ce au sens de l'article 42 du projet d'articles sur la responsabilité. De façon plus globale, l'accès qu'a l'investisseur protégé à la réclamation internationale *stricto sensu* n'existe qu'à la faveur du lien juridique existant entre les parties au traité et la sanction des obligations en résultant dans la relation interétatique passe par la subsistance du droit d'invocation existant au profit de l'Etat de nationalité : l'existence de cette relation interétatique est essentielle à la protection conventionnelle de l'investisseur.

¹¹⁰⁸ Cf. CIRDI Compétence 22 avril 2005 *Impregilo c/ Pakistan* (<http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0422.pdf>) § 198.

Ainsi, si les parties au traité acceptent, dans l'hypothèse où elles ont le rôle de l'Etat de nationalité, de restreindre le droit qui est le leur d'invoquer la responsabilité de l'Etat d'accueil pendant la phase transnationale du différend d'investissement (A), de façon à permettre à l'investisseur d'agir, elles le « retrouvent » pleinement quand le différend d'investissement rentre dans sa phase interétatique (B) et qu'il s'agit de renforcer l'efficacité de la phase précédente.

A — Un droit restreint pendant la phase transnationale du différend d'investissement

Qu'entendons-nous ici par l'expression « différend d'investissement » ? Nous savons ce qu'est un différend, au sens où ce terme est traditionnellement entendu dans le cadre du droit international : « un désaccord sur un point de droit ou de fait, une contradiction, une opposition de thèses juridiques ou d'intérêts entre deux personnes »¹¹⁰⁹ ou, plus précisément, deux sujets de droit. Nous savons également que les traités d'investissement contiennent une ou des dispositions consacrées au règlement des différends. Au sein de ces dispositifs conventionnels, coexistent deux clauses compromissoires, l'une générale, l'autre spéciale, l'une censée concerner les différends susceptibles de naître du traité pertinent, l'autre concernant les seuls différends relatifs à l'application et à l'interprétation dudit traité.

Nous avons maintes fois évoqué le fait que les différends visés par les clauses compromissoires générales des traités d'investissement sont le plus souvent soumis à un organe arbitral transnational. Plus précisément, les différends concernés sont exclusivement transnationaux, en ce sens qu'ils opposent les investisseurs protégés aux Etats de territorialité. Ces différends sont ceux que nous choisirons d'appeler « différends d'investissement », sans que cette définition coïncide totalement avec celle de « différend en relation directe avec un investissement », utilisée à des fins de détermination de la compétence du CIRDI. Les différends visés par la clause compromissoire spéciale sont, quant à eux, exclusivement interétatiques et nous les désignerons comme tels.

Nous avons, de plus, précédemment souligné le fait que les différends respectivement visés par les deux types de clauses peuvent soulever, à partir des mêmes faits d'espèces, les mêmes

¹¹⁰⁹ Cf. CPJI 30 août 1924 *Concessions Mavrommatis en Palestine* (http://www.icj-cij.org/pcji/serie_A/A_02/06_Mavrommatis_en_Palestine_Arret.pdf) p. 11.

problèmes quant à l'interprétation et à l'application d'un traité pertinent ainsi que les difficultés susceptibles d'en résulter. Il s'agira, en particulier et surtout dans le cas où compétence est donnée au CIRDI par la clause compromissoire générale, de différends juridiques. Il convient, en effet, de rappeler que les différends couverts par la clause compromissoire spéciale, en ce qu'ils concernent l'interprétation et/ou l'application du traité, sont juridiques par définition. Ajoutons à cela qu'en vertu de l'article 25 de la Convention de Washington la compétence du CIRDI est limitée aux « différends d'ordre juridique » entre investisseurs étrangers ressortissants d'un Etat contractant et un autre Etat contractant.

En gardant ce qui précède à l'esprit, nous faisons le choix de désigner sous le nom de « phase transnationale » du différend d'investissement celle qui va de l'acceptation, par l'investisseur protégé, de l'offre faite dans la clause compromissoire générale du traité applicable jusqu'au moment où l'Etat de nationalité sera à nouveau autorisé à exercer la protection diplomatique, l'Etat de territorialité ne s'étant pas conformé à la sentence rendue. On pense évidemment et en particulier à la lettre de l'article 27 § 1 de la Convention de Washington, en vertu duquel :

« [...] Aucun Etat contractant n'accorde la protection diplomatique ou ne formule de revendication internationale au sujet d'un différend que l'un de ses ressortissants et un autre Etat contractant ont consenti à soumettre ou ont soumis à l'arbitrage dans le cadre de la présente Convention, sauf si l'autre Etat contractant ne se conforme pas à la sentence rendue à l'occasion du différend. [...] »¹¹¹⁰

Au sens du droit commun de la responsabilité internationale tel que reflété par l'article 42 du projet d'articles de la CDI, l'Etat de nationalité est et reste l'Etat lésé, dans la mesure où, dans le cas de figure qui nous occupe, l'obligation internationale dont la violation est alléguée lui est due. Le commentaire du projet d'articles parle, quant à lui, de « droit individuel à l'exécution d'une obligation »¹¹¹¹. L'Etat lésé a, à ce titre, le droit d'invoquer la responsabilité conventionnelle de l'Etat d'accueil et c'est en tant que souverain qu'il peut, par le biais du traité applicable, choisir d'y consentir des aménagements pour garantir l'efficacité de l'environnement conventionnel de l'investissement, et ce de la même manière qu'il consentirait des aménagements à des compétences souveraines « de base » telles que sa compétence territoriale. L'article 17 du projet d'articles de la CDI concernant la protection

¹¹¹⁰ Cf. https://icsid.worldbank.org/en/Documents/resources/2006%20CRR_French-final.pdf .

¹¹¹¹ Cf. Commentaire, § 5.

diplomatique envisage d'ailleurs clairement cette hypothèse en prévoyant que ledit projet ne s'applique que « dans la mesure où il est compatible avec des règles spéciales du droit international, telles que des dispositions conventionnelles relatives à la protection des investissements »¹¹¹². On voit, en tous cas, qu'en pratique l'Etat de nationalité ne renonce pas véritablement à son droit d'invocation, lequel subsiste en toute logique, et ce habituellement grâce aux clauses compromissoires spéciales des traités d'investissement. Il renonce juste, pendant la phase transnationale du différend, à son droit, entendu de façon stricte, d'exercer sa protection diplomatique pour préjudice causé, par une violation du traité pertinent, à son national investisseur.

La restriction que consent l'Etat d'accueil à son droit d'invocation est largement tributaire de sa volonté de laisser la phase transnationale se dérouler sans qu'il intervienne. Nous savons, en effet, que rien ne lui interdit de saisir l'organe compétent en vertu du traité pour trancher les différends interétatiques relatifs à l'interprétation ou à l'application du traité pertinent, et ce pendant que l'arbitre saisi du différend transnational l'est de questions analogues si ce n'est identiques. Pour autant, les modalités formelles de l'invocation sont restreintes par rapport à ce qui est possible d'après le droit international commun. Ainsi, alors que ce dernier permet, dans le cadre de la protection diplomatique, une mise en œuvre de tous les moyens de règlement pacifique¹¹¹³, la pratique internationale en matière d'investissements, en plus d'encadrer la nature du différend susceptible d'être tranché, limite ce type d'invocation à l'arbitrage interétatique *ad hoc*. L'Etat de nationalité ne retrouve la plénitude de son droit d'invocation que si le différend d'investissement rentre dans une phase interétatique.

B — Un droit pleinement retrouvé pendant la phase interétatique du différend d'investissement

Dans l'hypothèse où la clause compromissoire générale du traité applicable donne compétence au CIRDI, que celui-ci a été saisi et que l'on se retrouve que le cas de figure décrit à l'article 27 § 1 *in fine* de la Convention de Washington, l'Etat de nationalité retrouve la possibilité d'exercer la protection diplomatique au profit de l'investisseur demandeur. Il

¹¹¹² Cf. CDI, « Rapport de la Commission à l'Assemblée générale sur les travaux de sa cinquante-huitième session », *op. cit.*, pp. 52-53 ; « Projet d'articles sur la protection diplomatique et commentaires y relatifs », *op. cit.*, pp. 72-73 (document pdf).

¹¹¹³ Cf. P. DAILLIER, M. FORTEAU & A. PELLET, *op. cit.*, § 496, p. 909.

retrouve, plus globalement, la possibilité de formuler des revendications au sujet de différends que ses ressortissants ont consenti à soumettre ou ont soumis à l'arbitrage CIRDI.

Une précision, ou plutôt un rappel, s'impose à ce stade. Le droit d'invocation restreint dont bénéficie l'Etat d'origine de l'investisseur pendant la phase transnationale du différend d'investissement s'exerce sur un plan non seulement distinct de celui du différend interétatique, tel que visé par la clause compromissoire spéciale, mais aussi parallèle à ce dernier, en ce sens qu'il ne doit pas, en principe, y avoir d'intersection de ces deux plans. C'est, en particulier, la logique présente dans l'article 27 § 1 précité¹¹¹⁴. Ce droit restreint ne concerne que la relation bilatérale entre l'Etat de nationalité et l'Etat d'accueil et non celle, transnationale, entre ce dernier Etat et l'investisseur protégé. Les différends dans l'une ou l'autre de ces deux relations sont, par hypothèse, distincts, et ce, rappelons-le, même si les mêmes problèmes juridiques ou des problèmes juridiques analogues sont posés aux arbitres respectivement saisis.

Une fois la phase transnationale du différend d'investissement terminée, ce dernier rentre dans une phase interétatique pendant laquelle le droit d'invocation que retrouve l'Etat d'origine s'inscrit dans une relation sinon triangulaire en tous cas tripartite. Il s'agit d'une relation tripartite puisque la protection diplomatique éventuellement exercée interviendrait « en soutien » de la réclamation internationale de l'investisseur contre l'Etat d'accueil. On remarquera, au passage, que, dans ce cas de figure, l'Etat de nationalité invoquera la responsabilité de l'Etat d'accueil pour préjudice, au sens strict, causé à l'investisseur dans l'ordre juridique international. En effet, comme nous l'avons vu *supra*, le préjudice subi par l'investisseur protégé est bien, au sens où l'entend le droit coutumier tel que reflété par le projet d'articles sur la responsabilité, un « préjudice causé par un fait internationalement illicite » et faisant naître un intérêt à agir à son profit. Ainsi, une réclamation internationale initialement introduite, dans le cadre d'une relation transnationale, par l'investisseur protégé peut être endossée par son Etat national.

Le caractère réellement triangulaire de la relation dans laquelle s'inscrit le droit d'invocation étudié dans ces développements est, en revanche, plus discutable, ne serait-ce qu'en vertu du fait qu'en aucun cas l'investisseur n'a l'initiative du déclenchement de la protection diplomatique, celle-ci correspondant, pour reprendre la formule employée par la CPJI dans l'affaire *Concessions Mavrommatis en Palestine*, à un « droit propre », à faire

¹¹¹⁴ Cf., en particulier, « Rapport des Administrateurs sur la Convention », § 33.

respecter le droit international en la personne de son ressortissant, de l'Etat habilité à l'exercer¹¹¹⁵. L'Etat est libre d'exercer ou non sa protection diplomatique en faveur de son ressortissant investisseur mais, s'il choisit de le faire, il fera non seulement valoir le fameux « droit propre » que nous venons d'évoquer, mais aussi celui que ledit ressortissant tient du traité et dont la sentence transnationale rendue devait garantir le respect en même temps que l'exécution, par l'Etat défendeur, des obligations internationales correspondantes.

Section 2 — Modalités de l'invocation de la responsabilité internationale de l'Etat d'accueil

Dans la pratique conventionnelle en matière d'investissements étrangers, les mécanismes de règlement des différends que l'on rencontre dans les traités sont pensés pour contourner les difficultés posées par le fait que l'Etat national a seul, en vertu des règles de droit coutumier concernant la protection des étrangers, l'initiative du déclenchement de la protection diplomatique, protection diplomatique dont nous savons, toujours selon le droit international général, qu'elle est la modalité de droit commun de l'invocation de la responsabilité de l'Etat de territorialité. Ainsi, à la restriction, étudiée *supra*, du droit d'invocation de l'Etat national de l'investisseur protégé pendant la phase transnationale du différend d'investissement, correspond une mise au premier plan de l'invocation de la responsabilité internationale de l'Etat d'accueil par l'investisseur protégé. Pour autant, cela ne signifie, nous le savons, ni que la protection diplomatique est totalement et définitivement écartée ni qu'une réclamation internationale de l'Etat d'origine de l'investisseur est exclue avant la phase interétatique du différend d'investissement.

En effet, dans la phase transnationale du différend d'investissement, l'invocation de la responsabilité internationale de l'Etat de territorialité aura lieu en dehors du mécanisme de la protection, envisagé en tant que modalité de droit commun de la mise en œuvre de la responsabilité d'un Etat pour fait internationalement illicite (§ 1). Toutefois, au second plan de la réclamation internationale à laquelle l'investisseur étranger protégé se voit aménager un accès par le biais du traité pertinent, subsiste, dans le cadre du même traité, une possibilité pour l'Etat de nationalité de réclamer dans l'ordre juridique international, car il s'agit bien d'une « vraie » réclamation internationale. La protection diplomatique redevient, en revanche, accessible sur le différend d'investissement rentre dans une phase interétatique (§ 2), ce qui,

¹¹¹⁵ Cf. CPJI *Concessions Mavrommatis en Palestine*, p. 12.

en plus d'accroître potentiellement l'efficacité des mécanismes conventionnels de règlement d'investissement, élargit potentiellement l'accès aux modalités de sanction de l'internationalement illicite en matière d'investissements étrangers.

§ 1 — Invocation de la responsabilité internationale de l'Etat d'accueil en dehors du mécanisme de la protection diplomatique

Il est largement admis que les modalités d'invocation de la responsabilité internationale d'un Etat en matière d'investissements étrangers s'écartent des solutions classiques du droit international général. Elles s'en écartent principalement pendant la phase transnationale du différend d'investissement, celle pendant laquelle l'Etat de nationalité ne peut pas recourir à la protection diplomatique, en tant que mécanisme de mise en œuvre de la responsabilité internationale de l'Etat d'accueil. Pendant ladite phase, l'investisseur protégé et l'Etat dont il est ressortissant peuvent, l'un et l'autre, réclamer dans l'ordre juridique international, et ce dans le cadre des relations qui les lient respectivement à l'Etat d'accueil. La particularité de la pratique en matière d'investissements étrangers réside surtout dans les mécanismes qu'elle met à la disposition des réclamants.

Pour le comprendre, raisonnons en termes de règlement des différends. Le principe d'une obligation générale de règlement pacifique des différends, en tant que corollaire de celui de non recours à la force¹¹¹⁶, est admis comme étant une norme impérative du droit international coutumier¹¹¹⁷. Hormis cette limite, les sujets originaires du droit international sont, en principe, libres de choisir la façon dont ils souhaitent régler les différends qui les opposent à d'autres sujets de droit international¹¹¹⁸. Ils sont également libres, comme nous l'avons vu dans les développements précédents, d'aménager cette liberté par le biais d'engagements conventionnels et, en tant que souverains, ils peuvent donner à des entités qu'ils ont élevées à la qualité de sujet de droit international un accès aux modes de règlement des différends correspondant au degré de personnalité juridique qui leur a été accordé.

En matière d'investissements étrangers, la préférence est donnée, pendant la phase transnationale du différend d'investissements, aux modes juridictionnels de règlement des différends internationaux. Cela est visible quand on prend connaissance de la pratique

¹¹¹⁶ Cf. CIJ Fond 27 juin 1986 *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua* Rec. 1986, p. 145, § 290.

¹¹¹⁷ Cf. CIJ Fond *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua*, p. 100, § 190.

¹¹¹⁸ Cf. P. DAILLIER, M. FORTEAU & A. PELLET, *op. cit.*, pp. 919-921, § 501.

conventionnelle et des dispositifs de règlement des différends proposés, lesquels dispositifs optent tous pour le règlement juridictionnel. La réclamation internationale émanant de l'investisseur ne peut être que contentieuse, ce dernier n'ayant, en vertu de la clause compromissoire générale, accès qu'à l'arbitrage transnational, c'est-à-dire à une seule modalité du règlement des différends par voie juridictionnelle (A). De plus, quand le différend d'investissement est encore dans sa phase transnationale, la réclamation de l'Etat de nationalité, dont on sait qu'elle doit être distincte de celle de l'investisseur et fondée sur la clause compromissoire spéciale, est elle-aussi restreinte à une modalité de règlement juridictionnel qui est l'arbitrage interétatique *ad hoc* (B).

A — Réclamation internationale émanant de l'investisseur étranger

La réclamation émanant de l'investisseur étranger et pouvant être qualifiée d'internationale ne peut, dans le cadre de la pratique conventionnelle en matière d'investissements, être introduite que dans le cadre d'un certain type de procédure arbitrale. Le degré limité de personnalité juridique internationale qui lui est habituellement accordé ne lui permet pas, en effet, de recourir aux modes non juridictionnels de règlement des différends qui l'opposeraient à l'Etat d'accueil. Certes, il peut, dans l'absolu, être recouru, par l'Etat de nationalité, à ces modes de règlement des différends pour trancher un différend d'investissement, pour peu que ce dernier soit entré dans sa phase interétatique. Il n'empêche que l'investisseur n'a pas accès à la réclamation internationale en dehors de la phase transnationale et qu'il ne pourra, durant celle-ci, invoquer la responsabilité internationale conventionnelle de l'Etat de territorialité que dans le cadre fixé par le traité le protégeant.

Quelles sont les caractéristiques du type d'arbitrage dans le cadre duquel la réclamation internationale de l'investisseur étranger est introduite ? Il s'agit d'une forme d'arbitrage que l'on peut qualifier d'« obligatoire », en ce sens qu'« elle autorise le déclenchement unilatéral de la procédure d'arbitrage lorsque survient un litige »¹¹¹⁹. L'engagement d'arbitrage est, en particulier dans le cadre du CIRDI, limité aux différends juridiques en relation avec un investissement protégé¹¹²⁰. Le consentement des parties est exprimé de façon « dissociée », la saisine par l'investisseur de l'organe étant ce qui le parfaît. On peut, d'ailleurs, qualifier ce

¹¹¹⁹ Cf. P. DAILLIER, M. FORTEAU & A. PELLET, *op. cit.*, p. 968, § 528.

¹¹²⁰ Cf. article 25 Convention CIRDI.

type d'arbitrage d'unilatéral, dans la mesure où seul l'investisseur a l'initiative de l'introduction de l'instance¹¹²¹.

Le contexte procédural de la réclamation internationale de l'investisseur étranger est celui d'un engagement d'arbitrage obligatoire. Notons que, techniquement, cet engagement est celui des Etats parties au traité d'investissement et que la personnalité juridique internationale de l'investisseur ne lui permet pas d'y participer. La technique conventionnelle utilisée pour matérialiser ledit engagement est, nous le savons, celle de la clause compromissoire. Celle-ci consiste, en général, pour les Etats parties à un traité, à s'engager à soumettre un ou plusieurs types de différends à l'un des modes de règlement juridictionnel des différends qu'elle désigne. La particularité de la clause compromissoire générale, telle qu'elle apparaît habituellement dans la pratique internationale en matière d'investissements, tient à ce que l'engagement qu'elle matérialise concerne une relation, celle entre l'Etat éventuellement défendeur et l'investisseur étranger protégé éventuellement demandeur, qui n'est pas interétatique. Encore une fois, si l'engagement des parties au traité pertinent profite à la personne privée protégée, cette dernière ne peut pas juridiquement manifester une volonté lui permettant d'y participer. En revanche, quand survient le différend d'investissement, c'est bien l'investisseur et l'investisseur seul qui déclenche unilatéralement le procès arbitral.

En matière d'investissements étrangers, l'engagement d'arbitrage, à l'instar du champ de la compétence *ratione materiae* de l'organe arbitral désigné, est habituellement limité. L'arbitre saisi sur le fondement de la clause compromissoire générale du traité pertinent ne peut, de toute évidence, être saisi que des différends couverts par la lettre de cette dernière¹¹²². Nous savons que ce type de clauses couvre traditionnellement tous les différends « nés du fait du traité »¹¹²³. Si l'on devait définir le différend d'investissements au sens strict habituellement donné à cette notion dans la pratique, il serait nécessaire de préciser qu'il s'agit d'un différend juridique suffisamment en rapport avec un investissement protégé pour être tranché par l'arbitre saisi. On trouve des traités d'investissement dans lesquels l'exigence de la nature juridique est formulée dans les termes suivants :

¹¹²¹ Pour être plus précis, le consentement des parties à l'arbitrage ne peut être qualifié « dissocié » que dans les hypothèses où il est parfait par la saisine par l'investisseur de l'organe arbitral. Tel n'est pas le cas quand les parties consentent par le biais d'un *direct agreement* (cf. R. DOLZER & C. SCHREUER, op. cit., pp. 254-264).

¹¹²² Cf. R. DOLZER & C. SCHREUER, *op. cit.*, p. 245.

¹¹²³ Cf. UNCTAD, *Dispute Settlement : Investor-State*, op. cit., pp. 48-50.

« *Each Contracting Party hereby consents to submit any legal dispute arising between that Contracting Party and an investor of the other Contracting Party concerning an investment of that investor in the territory of the former Contracting Party to the [ICSID] [...] »*¹¹²⁴

Pour autant, ladite exigence ne trouve pleinement sa force que dans la mesure où la clause compromissoire renvoie à l'arbitrage CIRDI, en supposant, bien sûr, que l'Etat défendeur et l'Etat de nationalité de l'investisseur demandeur sont tous les deux parties à la Convention de Washington. Cette dernière, en son article 25 § 1, limite la compétence des tribunaux CIRDI aux « différends d'ordre juridique ». Comment cette notion est-elle définie dans la pratique du Centre ? D'après la jurisprudence CIRDI, il s'agit d'abord d'un différend. En effet, le collège arbitral saisi, par exemple, dans l'affaire *Mihaly c/ Sri Lanka* décrit l'existence d'un différend comme faisant partie des éléments permettant d'établir la compétence *ratione materiae* du Centre au regard de l'article 25 § 1 de la Convention de Washington¹¹²⁵. Celui saisi dans l'affaire *Railroad Development Corp c/ Guatemala* définit la notion de la façon suivante :

« [The] *Tribunal retains the concept of dispute as a conflict of views on points of law or fact which requires sufficient communication between the parties for each to know the other's views and oppose them.* »¹¹²⁶

On peut dire, à ce sujet, que, pour ce qui a trait au concept ainsi qu'à la détermination du moment de la survenance du différend, les tribunaux CIRDI s'éloignent très peu des solutions classiques.

En ce qui concerne la nature juridique du différend en tant que condition *ratione materiae*, il convient d'abord de rappeler la position exprimée dans le Rapport des Administrateurs sur la Convention de Washington : pour être considéré comme étant « d'ordre juridique », « le différend doit concerner l'existence ou l'étendue d'un droit ou d'une obligation juridique, soit la nature ou l'étendue des réparations dues pour rupture d'une obligation juridique »¹¹²⁷. Un tel différend, pour reprendre une formule utilisée par le tribunal saisi dans l'affaire *AMT c/*

¹¹²⁴ Cf., par exemple, TBI Pays Bas-Biélorussie (<http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/313>).

¹¹²⁵ Cf. CIRDI 15 mars 2002 *Mihaly c/ Sri Lanka* (<http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0532.pdf>)

¹¹²⁶ Cf. CIRDI Compétence 18 mai 2010 *Railroad Development c/ Guatemala* (<http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0704.pdf>) § 129.

¹¹²⁷ Cf. Rapport des Administrateurs sur la Convention, § 26.

Zaïre, « [appelle] des solutions de droit »¹¹²⁸. Il a déjà été remarqué par la doctrine que les tribunaux ont tendance à exclure les moyens avancés par les Etats défendeurs, en vertu desquels les différends soumis sont d'ordre économique et/ou politique et non d'ordre juridique, et ce dans la mesure où les prétentions desdits Etats sont rédigées et présentées « *in legal terms* »¹¹²⁹. Plusieurs remarques sont à faire, à ce stade. Nous savons qu'un même différend international peut, dans l'absolu, avoir à la fois une dimension politique - en ce qu'il s'agit pour les protagonistes d'obtenir la modification d'une situation de fait ou de droit - et juridique¹¹³⁰. En supposant que les autres conditions de sa compétence sont réunies, un tribunal CIRDI n'est censé être compétent qu'en ce qui concerne la dimension juridique du différend. Cela étant, le domaine des investissements étrangers regorge d'hypothèses dans lesquelles peuvent apparaître ces litiges « multidimensionnels », en particulier à cause du caractère souvent sensible des enjeux propres à chaque espèce. D'ailleurs, si un tel domaine existe, c'est pour permettre l'appréhension du « sensible » par des organes arbitraux appliquant le droit international. Or, le « sensible » n'est appréhendé que sous l'angle juridique, ce qui, théoriquement, interdit la prise en compte de considérations d'opportunité.

Une autre caractéristique de cet engagement arbitral tient à ce que, dans le cadre du CIRDI, il ne concerne que les différends « en relation directe avec un investissement ». Comme nous l'avons évoqué plus haut, les parties aux traités d'investissement définissent l'objet, de même que l'étendue de la protection conventionnelle accordée aux personnes privées couvertes, de façon restrictive. Ainsi, lesdits traités contiennent habituellement des dispositions qui permettent d'identifier les opérations économiques qui, qualifiées *a priori* d'investissements, sont protégées par eux. Une autre question est celle de savoir si le litige soumis à un tribunal CIRDI est bien « en relation directe avec un investissement » au sens de la Convention de Washington. La jurisprudence CIRDI a eu l'occasion de préciser, comme dans l'affaire *Fedax c/ Venezuela*, que ce n'est pas le caractère direct de l'investissement lui-même qui est exigé mais celui de la relation du différend avec celui-ci :

« [...] the text of Article 25(1) establishes that the 'jurisdiction of the Centre shall extend to any legal dispute arising directly out of an investment' It is apparent that the term 'directly' relates in this Article to the 'dispute' and not to the 'investment'. It follows that

¹¹²⁸ Cf. CIRDI 21 février 1997 *AMT c/ Zaïre* (<http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0028.pdf>) § 5.06.

¹¹²⁹ Cf. R. DOLZER & C. SCHREUER, *op. cit.*, p. 246.

¹¹³⁰ Cf. P. DAILLIER, M. FORTEAU & A. PELLET, *op. cit.*, pp. 959-960, § 524.

jurisdiction can exist even in respect of investments that are not direct, so long as the dispute arises directly from such transaction. [...] »¹¹³¹

N'oublions cependant pas de préciser que le litige doit être en relation directe avec une opération pouvant être qualifiée d'investissement. Cela veut dire que l'opération économique concernée par le différend doit être un investissement « au sens de la Convention de Washington ». Il est vrai que cette dernière ne contient pas de définition de ladite notion. Il n'empêche qu'une définition « objective », en ce sens qu'une volonté contraire ou différente des parties au différend ne peut s'y substituer, a été développée dans la jurisprudence du CIRDI. Nul n'est besoin de retracer l'évolution de cette jurisprudence de façon exhaustive, sauf à en souligner certains traits saillants. Disons d'abord que l'idée de critères de la notion d'investissement au sens de la Convention de Washington s'est développée dans deux affaires : *Fedax c/ Venezuela* puis *Salini c/ Maroc*. La sentence rendue concernant la compétence dans la dernière affaire énonce lesdits critères de la façon suivante :

« La doctrine considère généralement que l'investissement suppose des apports, une certaine durée d'exécution du marché et une participation aux risques de l'opération [...]. La lecture du préambule de la Convention permet d'y ajouter le critère de la contribution au développement économique de l'Etat d'accueil de l'investissement. »¹¹³²

Les « critères *Salini* » font, cependant l'objet d'une contestation croissante, en particulier de la part des tribunaux CIRDI, et ce au point que l'on ne puisse pas totalement conclure à leur pérennité¹¹³³. Les critiques faites à la définition objective sont, telles qu'exprimées dans des sentences ultérieures, de divers ordres, allant de sa non-conformité à la lettre de la Convention de Washington¹¹³⁴ à l'absence de prise en compte de la volonté du demandeur en tant qu'auteur de l'opération économique concernée en passant sa rigidité et son étroitesse intrinsèques¹¹³⁵ et le caractère imprévisible des résultats auxquels elle est susceptible de

¹¹³¹ Cf. CIRDI Compétence 11 juillet 1997 *Fedax c/ Venezuela* (http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0315_0.pdf) § 24.

¹¹³² Cf. CIRDI Compétence 23 juillet 2001 *Salini c/ Maroc* in E. GAILLARD, *La Jurisprudence du CIRDI*, Paris, Pédone, 2004, vi+1105 p., pp. 621-636, p. 634, § 53.

¹¹³³ Cf. R. DOLZER & C. SCHREUER, *op. cit.*, pp. 66-74.

¹¹³⁴ Cf. CIRDI 24 juillet 2008 *Biwater Gauff c/ Tanzanie* (<http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0095.pdf>) § 317 ; Comité *ad hoc* 16 avril 2009 *Malaysian Historical Salvors c/ Malaisie* (<http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0497.pdf>) § 57.

¹¹³⁵ Cf. CIRDI 13 mars 2009 *RSM c/ Grenade* (<http://www.italaw.com/documents/RSMvGrenadaAward.pdf>) § 255.

mener¹¹³⁶. On peut également profiter du propos qui est le nôtre pour s'interroger sur la pertinence, d'un point de vue juridique voire simplement intellectuel, du critère de contribution au développement économique. S'agit-il d'ailleurs d'une condition *sine qua non* de la compétence *ratione materiae* du CIRDI ? Autant dire que la définition de la notion d'investissement au sens de la Convention garde encore, en l'état actuel de pratique, un caractère relativement plastique et est moins praticable que cela ne serait souhaitable.

Comme tout engagement d'arbitrage, celui que nous étudions a un caractère volontaire, en ce sens que l'arbitrage nécessite un consentement des parties au différend exprimé de façon à les lier dans l'ordre juridique international. En fonction du degré de personnalité juridique internationale qui est le sien, une partie à un différend transnational aura plus ou moins de latitude pour manifester le consentement en question. Comment l'Etat d'accueil exprime-t-il le sien dans la pratique internationale en matière d'investissements ? Il peut, certes, l'exprimer de diverses manières. On pense d'abord aux clauses compromissoires contenues dans les contrats transnationaux d'investissement ainsi qu'aux compromis d'arbitrage conclus directement avec l'investisseur. C'est une solution classique¹¹³⁷. La jurisprudence CIRDI admet, depuis une période relativement récente, l'idée qu'un Etat puisse formuler une « offre de consentement à l'arbitrage » par le biais d'une loi au sens large. C'est le cas de figure illustré dans des affaires comme *SPP c/ Egypte*¹¹³⁸ ou *Tradex c/ Albanie*¹¹³⁹, pour ne citer qu'elles. Cela étant, il reste possible, en l'absence de traité de couverture, de douter du caractère international de la réclamation de l'investisseur, ne serait-ce qu'en raison du caractère par hypothèse « non-international » des prérogatives invoquées. Un tel doute n'est pas permis quand l'investisseur répond à une offre d'arbitrage contenue dans un traité d'investissement, en tant que seul vrai facteur d'internationalisation du régime juridique de l'investissement protégé. En effet, depuis l'affaire *AAPL c/ Sri Lanka*¹¹⁴⁰, l'idée que la compétence du CIRDI puisse résulter de l'acceptation, par l'investisseur demandeur, de

¹¹³⁶ Cf. CIRDI 30 juillet 2009 *Pantechniki c/ Albanie* (<http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0618.pdf>) § 43.

¹¹³⁷ Elle correspond, en tous cas, à la logique qui prévalait avant l'essor de la pratique conventionnelle en matière d'investissement et qui est à l'origine de la Convention de Washington (cf., pour une présentation du consentement par *direct agreement*, R. DOLZER & C. SCHREUER, *op. cit.*, pp. 254-255 ; C. SCHREUER, « Consent to arbitration » in P. MUCHLINSKI, F. ORTINO & C. SCHREUER (dir.), *op. cit.*, pp. 830-867, pp. 832-833).

¹¹³⁸ Cf. CIRDI Compétence 14 avril 1988 *SPP c/ Egypte* in E. GAILLARD, *op. cit.*, 2004, pp. 347-357 (extraits en langue française).

¹¹³⁹ Cf. CIRDI Compétence 24 décembre 1996 *Tradex c/ Albanie* in E. GAILLARD, *op. cit.*, 2004, pp. 493-501 (extraits en langue française).

¹¹⁴⁰ Cf. CIRDI 27 juin 1990 *AAPL c/ Sri Lanka* in E. GAILLARD, *op. cit.*, 2004, pp. 323-332.

l'offre d'arbitrage formulée, par l'Etat d'accueil, dans le traité pertinent est largement admise. Ce qu'il convient de souligner, à ce stade de notre propos, tient au fait que le consentement exprimé par les parties au différend, dans les deux dernières hypothèses évoquées, est dissocié : une offre d'arbitrage émanant de l'Etat d'accueil et acceptée par l'investisseur quand il saisit l'arbitre. Précisons que cette évolution majeure de l'arbitrage transnational ne tranche pas avec la logique initiale de la Convention de Washington, cette dernière n'exigeant pas, selon le Rapport des Administrateurs, « que le consentement des deux parties soit exprimé dans le même acte »¹¹⁴¹.

On peut avancer que, dans le cas où l'investisseur protégé introduit une réclamation internationale, l'idée de consentement dissocié correspond au fait que le degré de personnalité juridique internationale qui lui est reconnu ne lui permet pas de consentir d'une autre manière dans l'ordre juridique international. Pour autant, ce type d'arbitrage offre un avantage stratégique non négligeable à l'investisseur protégé. En effet, le consentement à l'arbitrage n'est parfait qu'au moment où l'offre étatique d'arbitrage est acceptée par ledit investisseur. Cette acceptation ne revêt qu'une seule forme : la saisine de l'organe arbitral. Il s'ensuit que l'Etat d'accueil n'a pas l'initiative de la saisine. La doctrine a largement appréhendé cette approche du consentement à l'arbitrage telle qu'elle a été développée par la jurisprudence. Les concepts d'*arbitration without privity*¹¹⁴² et d'« arbitrage transnational unilatéral »¹¹⁴³ sont utilisés pour décrire ce type d'arbitrage et c'est en grande partie parce que, malgré l'existence d'un consentement, il n'y a pas de *privity*, c'est-à-dire de « lien de droit » dans l'ordre juridique international entre les parties au différend que l'arbitrage est unilatéral. Notons que le « lien de droit » en question est, dans notre hypothèse, absent à la fois dans l'ordre juridique interne de l'Etat d'accueil, vu qu'il n'existe pas de lien contractuel entre les deux parties au différend, et dans l'ordre juridique international, et ce pour des raisons que nous avons maintes fois évoqué. Il a été remarqué que l'essor quantitatif de l'arbitrage CIRDI s'est produit dans la foulée de l'évolution étudiée, le caractère unilatéral de cet arbitrage ayant encouragé, ajouté à d'autres facteurs, les saisines fondées sur les traités d'investissement¹¹⁴⁴. Ce même caractère unilatéral témoigne, de toute façon, de la relation asymétrique existant

¹¹⁴¹ Cf. § 24.

¹¹⁴² Cf. J. PAULSSON, « Arbitration Without Privity », *FILJ/ICSID Review* 1995, pp. 232-257.

¹¹⁴³ Pour reprendre la formule employée de W. BEN HAMIDA (cf. *L'arbitrage transnational unilatéral : réflexions sur une procédure réservée à l'initiative d'une personne privée contre une personne publique* [dir. : Pr. P. FOUCHARD], Thèse, Paris Panthéon-Assas, 728 p.).

¹¹⁴⁴ Cf. C. LEBEN, « L'évolution du droit international des investissements : un rapide survol », in C. LEBEN (dir.), *Le contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement*, *op. cit.*, pp. 9-21, pp. 14-21, p. 19.

entre les parties au différend. Elle est d'abord asymétrique parce que seule l'une desdites parties est souveraine. Elle est également asymétrique dans la mesure où, en fonction du contenu ou de l'étendue des obligations conventionnelles de la partie souveraine, celle-ci voit son pouvoir normatif menacé par la perspective d'un procès arbitral, ce qui donne, dans les faits, à l'investisseur protégé la possibilité de peser de façon non négligeable sur l'exercice de compétences souveraines qui, même limitées par le traité pertinent, n'ont pas été totalement abandonnées par l'Etat d'accueil. Il va de soi que ce dernier n'est pas totalement « démuni » face à l'initiative procédurale dont dispose l'investisseur protégé et que tout dépend de l'étendue des limitations consenties par lui à sa compétence territoriale. Il peut, par exemple, être avancé que l'Etat peut attirer l'investisseur devant ses propres tribunaux si l'investisseur « refuse d'accepter » la compétence du CIRDI en cas de litige. Il n'a cependant pas l'initiative de la réclamation internationale en cas de différend d'investissement.

B — Réclamation internationale émanant de l'Etat de nationalité

En dehors du cadre de la protection diplomatique, la réclamation internationale émanant de l'Etat de nationalité de l'investisseur protégé est elle-aussi, en ce qu'elle est fondée sur la clause compromissoire spéciale du traité d'investissement, une réclamation essentiellement contentieuse. Il est, certes, vrai que certains traités prévoient des « consultations » entre Etats parties aux traités d'investissement en tant que mode de règlement des différends relatifs à l'interprétation et l'application des dispositions conventionnelles¹¹⁴⁵. Lesdits traités sont cependant plus rares que ceux faisant de la consultation un moyen par les Etats contractants de « faire le point » sur les questions concernées, et ce préalablement à la survenance d'un éventuel litige¹¹⁴⁶. Une fois cet hypothétique différend survenu, la pratique conventionnelle en matière d'investissements étrangers, dans sa grande majorité, présente la négociation comme un préalable obligatoire à la saisine de l'organe arbitral compétent, allant, ce faisant, dans le sens de l'obligation coutumière faite aux Etats de négocier¹¹⁴⁷, elle-même corollaire de celle de règlement pacifique des différends¹¹⁴⁸. Pour permettre le respect de ladite obligation, les

¹¹⁴⁵ Cf. R. DOLZER & M. STEVENS, *op. cit.*, p. 121.

¹¹⁴⁶ Cf. R. DOLZER & M. STEVENS, *op. cit.*, pp. 121-122.

¹¹⁴⁷ Cf. UNCTAD, *Dispute Settlement : State-State*, New-York/Genève, United Nations, 2003 (UNCTAD/ITE/ITT/2003/1), viii+101 p., p. 30 ; pour une présentation générale de l'obligation coutumière de négocier, P. DAILLER, M. FORTEAU & A. PELLET, *op. cit.*, pp. 924-927, § 504.

¹¹⁴⁸ Cf. CIJ 20 février 1969 *Plateau continental de la Mer du Nord*, Rec. 1969, p. 47, § 86.

traités d’investissement peuvent fixer un délai minimal, souvent de 6 mois, pendant lequel il doit être recouru à ce mode diplomatique de règlement des différends¹¹⁴⁹.

En supposant, maintenant, que la négociation n’ait pas permis aux parties au traité d’investissement de régler le différend visé par la clause compromissoire spéciale qui les oppose, il peut être recouru au mode de règlement juridictionnel prévu, à savoir l’arbitrage *ad hoc*. Est *ad hoc* un « organe créé pour exercer une fonction déterminée et en principe temporaire »¹¹⁵⁰. Dans le cas du type d’arbitrage présentement étudié, l’organe est constitué dans le but de trancher un différend donné, survenu entre les Etats parties et visé par la clause compromissoire spéciale. Ce différend, nous l’avons dit *supra*, est et doit être distinct du différend visé par la clause compromissoire générale, de façon à ce qu’une réclamation internationale introduite sur ce fondement par l’Etat de nationalité ne revienne pas, pour ce dernier, à exercer sa protection diplomatique au profit de l’investisseur protégé. Ce qui précède nous permet d’avancer, pour cette dernière raison, que les conditions de recevabilité de cette demande ne sont, justement, pas les mêmes que dans le cas où l’Etat de nationalité exercerait ladite protection. On peut tout à fait imaginer une telle réclamation soit valablement introduite alors, par exemple, qu’un investisseur protégé n’a pas préalablement épuisé les voies de recours internes. On peut également avancer que l’introduction de cette demande n’est pas tributaire de l’existence préalable d’un préjudice concret subi par un investisseur protégé, puisqu’il s’agit pour l’Etat demandeur de faire valoir des prérogatives qui sont les siennes, fussent les questions abordées limitées à l’interprétation et à l’application du traité.

S’il s’agit, là encore, d’un engagement d’arbitrage obligatoire, les parties au différend, elles-mêmes, par hypothèse, toutes les deux parties au traité pertinent, expriment simultanément leur consentement à l’arbitrage. Aucun des Etats concernés n’étant, *a priori*, exclu de l’initiative de la réclamation fondée sur la clause compromissoire spéciale, l’Etat d’accueil peut lui aussi, dans l’absolu, réclamer, comme ce fut le cas dans l’affaire *Lucchetti c/ Pérou*¹¹⁵¹, ce dernier Etat ayant cherché, en l’espèce, obtenir un sursis à statuer dans le procès arbitral transnational en cours¹¹⁵². Le caractère international de la réclamation de l’Etat de nationalité fait beaucoup moins de doute que celui de celle de l’investisseur étranger, et ce bien que peu de traités d’investissements précisent le droit applicable au règlement de ces

¹¹⁴⁹ Cf. R. DOLZER & M. STEVENS, *op. cit.*, p. 123.

¹¹⁵⁰ Cf. J. SALMON (dir.), *op. cit.*, entrée « *Ad hoc* ».

¹¹⁵¹ Cf. CIRDI 7 février 2005 *Lucchetti c/ Pérou* (<http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0275.pdf>).

¹¹⁵² Cf. CIRDI *Lucchetti c/ Pérou*, § 7 & 9.

différends interétatiques. Ces derniers sont habituellement, et dans leur immense majorité, tranchés en vertu du droit international ou, plus précisément, des règles juridiques internationales qui régissent les relations entre les Etats en tant que parties au traité pertinent. Dans des hypothèses largement marginales d'un point de vue quantitatif, des traités prévoient, de façon explicite, la prise en compte voire l'applicabilité du droit de l'Etat de territorialité à la résolution du litige interétatique¹¹⁵³ ou alors la possibilité pour le tribunal saisi de statuer *ex aequo et bono* en cas d'accord des parties au différend¹¹⁵⁴. En pareils cas, il y a lieu de systématiquement s'interroger sur la mesure dans laquelle, même si rien n'autorise à exclure cette possibilité dans l'absolu, se référer au droit de l'Etat d'accueil ou trancher en équité peut permettre de démêler des difficultés juridiques tenant à l'interprétation ou à l'application du traité en question.

Ainsi, quand le différend d'investissement est encore dans sa phase transnationale et que l'Etat de nationalité n'a pas accès à la protection diplomatique, en tant que modalité de droit commun de la mise en œuvre de la responsabilité internationale de l'Etat d'accueil, le règlement juridictionnel est privilégié. La réclamation internationale de l'investisseur, mise au premier plan des dispositifs conventionnels consacrés au règlement des différends au sein des traités d'investissements, est, toutefois limité à un certain type d'arbitrage international, à savoir l'arbitrage transnational unilatéral. La réclamation internationale de l'Etat de nationalité, quant à elle, limitée aux différends concernant l'interprétation et/ou l'application du traité pertinent et voulue distincte de la réclamation de l'investisseur protégé, est limitée à l'arbitrage *ad hoc*, les procédés diplomatiques ne se voyant réservé qu'une place résiduelle une fois le différend survenu. Une fois le différend d'investissement rentré dans sa phase interétatique et la possibilité pour l'Etat de nationalité de recourir à la protection diplomatique restaurée, la perspective de l'invocation de la responsabilité internationale de l'Etat atteint la plénitude de son caractère dissuasif.

¹¹⁵³ Cf. R. DOLZER & M. STEVENS, *op. cit.*, p. 129.

¹¹⁵⁴ Cf. UNCTAD, *Dispute Settlement : State-State*, *op. cit.*, pp. 19-20.

§ 2 — Invocation de la responsabilité internationale de l'Etat d'accueil dans le cadre de la protection diplomatique

Supposons que la clause compromissoire générale du traité d'investissement applicable donne compétence au CIRDI, que ce dernier soit saisi, sur ce fondement, par l'investisseur protégé et que l'Etat défendeur ne se conforme pas à la sentence rendue. C'est bien le cas de figure envisagé par la lettre de l'article 27 § 1 de la Convention de Washington, en vertu duquel, rappelons-le :

« [aucun] Etat contractant n'accorde la protection diplomatique ou ne formule de revendication internationale au sujet d'un différend que l'un de ses ressortissants et un autre Etat contractant ont consenti à soumettre ou ont soumis à l'arbitrage [CIRDI], sauf si l'autre Etat contractant ne se conforme pas à la sentence rendue à l'occasion du différend. »¹¹⁵⁵

En pareil cas, l'Etat de nationalité retrouve la possibilité, maintes fois évoquée plus haut, de recourir à la protection diplomatique au profit de son national protégé par le traité d'investissement. Il a choisi, en tant que souverain partie à la Convention de Washington, de ne pas exercer ce droit propre qui est le sien en vertu du droit coutumier, et ce tant que le différend d'investissement est dans sa phase transnationale. Une fois avéré ou constaté le refus de la part de l'Etat d'accueil, anciennement défendeur au procès arbitral ayant débouché sur la sentence CIRDI, de se conformer à cette dernière, le différend concerné, à l'origine transnational, rentre dans une phase interétatique, mais seulement pour peu que l'Etat de nationalité décide d'endosser la réclamation, déjà internationale par hypothèse, de son national. En effet, un tel endossement reste à la discrétion de ce dernier Etat. Cela étant, la préexistence d'un traité d'investissement peut être perçue comme un indice d'une éventuelle volonté de l'Etat de ne pas laisser l'investisseur « livré à lui-même » face à un éventuel comportement internationalement illicite de l'Etat de territorialité.

La protection conventionnelle tire, alors, une énorme part de son caractère dissuasif pour l'Etat d'accueil et attractif pour les flux d'investissements de ce que la protection diplomatique soit rendue possible par la non-exécution de la sentence CIRDI. En effet, si le différend d'investissement rentre dans sa phase interétatique et que la réclamation internationale de l'investisseur est endossée par son Etat de provenance, la protection conventionnelle elle-même en tire une efficacité accrue, ne serait-ce que du fait que la

¹¹⁵⁵ Cf. https://icsid.worldbank.org/en/Documents/resources/2006%20CRR_French-final.pdf .

protection diplomatique intervienne « en renfort » des mécanismes de règlement des différends prévus par le traité pertinent (A). De plus, la phase interétatique du différend d’investissement restaure la latitude qui est celle de l’Etat de nationalité pour ce qui est du choix du mode de règlement des différends et, par la même occasion, élargit l’accès qui est, « en temps normal », le sien aux modalités de sanction de l’internationalement illicite en matière d’investissements étrangers (B).

A — Une efficacité potentiellement accrue des mécanismes conventionnels de règlement des différends d’investissement

De façon quasi-systématique, les mécanismes conventionnels de règlement des différends d’investissement donnent, comme nous le savons, à l’investisseur protégé la possibilité d’introduire une réclamation internationale devant un tribunal arbitral désigné comme compétent par la clause compromissoire générale du traité pertinent. Il y aura, nous l’avons également vu *supra*, moins de doutes quant au caractère international de ladite réclamation si cette dernière est porté devant le CIRDI sur le fondement du traité. C’est bien cette réclamation internationale qui sera endossée par l’Etat de nationalité exerçant sa protection diplomatique, ce qui appelle au moins deux remarques.

Première remarque, l’Etat d’origine de l’investisseur précédemment demandeur au procès arbitral transnational réclame « pour deux ». Pour le comprendre, il convient de partir de la lettre de l’article 1 du projet d’articles concernant la protection diplomatique, selon lequel :

*« [celle-ci] consiste en l’invocation par un État, par une action diplomatique ou d’autres moyens de règlement pacifique, de la responsabilité d’un autre État pour un préjudice causé par un fait internationalement illicite dudit État à une personne physique ou morale ayant la nationalité du premier État en vue de la mise en œuvre de cette responsabilité. »*¹¹⁵⁶

L’Etat de nationalité invoque, dans l’hypothèse qui est la nôtre, la responsabilité internationale de l’Etat de territorialité pour préjudice causé par un fait internationalement illicite à l’investisseur bénéficiant de la protection conventionnelle, protection dont il tire des droits dans l’ordre juridique international. Se trouve ainsi évacuée la question, soulevée dans

¹¹⁵⁶ Cf. CDI, « Rapport de la Commission à l’Assemblée générale sur les travaux de sa cinquante-huitième session », *op. cit.*, pp. 25-26 ; « Projet d’articles sur la protection diplomatique et commentaires y relatifs » (http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/french/commentaries/9_8_2006.pdf) pp. 4-9 (document pdf).

le cadre du droit commun depuis quelques années, de savoir si, ce faisant, l'Etat réclamant, en cette occurrence, fait ou non valoir les droits de la personne protégée : c'est exactement ce qui se passe dans la phase interétatique du différend d'investissement. C'est essentiellement le cas pour deux raisons : l'existence des droits subjectifs concernés dans l'ordre juridique international et le caractère déjà international de la réclamation endossée. L'Etat protecteur fait, toujours dans le cas de figure étudié, valoir lesdits droits en plus du sien propre à voir le droit international, en particulier le traité d'investissement, respecté en la personne de ses ressortissants. Une autre façon de présenter les choses serait de dire que c'est dans la phase interétatique du différend d'investissement que l'Etat réclamant peut, à nouveau, pleinement se comporter comme le créancier « primaire » de toutes les obligations conventionnelles à la charge de l'Etat d'accueil. La réclamation fondée sur la clause compromissoire générale se voit alors donner une « seconde vie » tandis que la protection diplomatique exercée par l'Etat de nationalité pallie les insuffisances de la réclamation fondée sur la clause compromissoire spéciale.

Une autre remarque, sous forme d'interrogations, concerne les conditions d'exercice de la protection diplomatique dans la phase interétatique du différend d'investissement. L'invocation par l'investisseur étranger de la responsabilité internationale conventionnelle de l'Etat d'accueil ayant déjà débouché sur une décision juridictionnelle rendue sur le fond, peut-on ou non considérer comme acquis le fait que lesdites conditions sont remplies ? Comment doit-on, en pareil cas, appréhender la condition de nationalité ou celle de l'épuisement des voies de recours internes ? S'il est bien question de protection diplomatique, cette dernière n'est pas celle de droit commun. Notre opinion est qu'il faut, là encore, tenir compte du fait que, dans cette hypothèse, quand l'Etat d'origine de l'investisseur protégé par le traité choisit de réclamer, il le fait « pour deux », c'est-à-dire pour deux sujets de droit international, dont lui-même. Quelles conséquences pouvons-nous en tirer ? L'investisseur n'est un sujet de droit international que dans la mesure où il est protégé par le traité et il n'est protégé par le traité que dans la mesure où il remplit les conditions lui permettant de bénéficier de la protection conventionnelle, conditions parmi lesquelles on compte celles tenant à la nationalité. Ainsi, nous pensons qu'il y a lieu de raisonner conformément à l'adage *lex specialis derogat generali*¹¹⁵⁷ et de rechercher les conditions tenant à la nationalité de l'investisseur bénéficiant de ce type de protection diplomatique dans le traité d'où cette personne privée tire, justement, sa qualité d'investisseur. De même, la réclamation endossée est une réclamation internationale

¹¹⁵⁷ Cf. J. SALMON (dir.), *op. cit.*, entrée « *Lex specialis derogat generali* ».

qui a été portée devant le CIRDI. On peut ainsi reprendre à notre compte, concernant la réclamation endossée par opposition à celle résultant de l'endossement, une analyse de l'article 26 de la Convention de Washington faite dans le Rapport des Administrateurs, article rédigé comme suit :

*« Le consentement des parties à l'arbitrage dans le cadre de la présente Convention est, sauf stipulation contraire, considéré comme impliquant renonciation à l'exercice de tout autre recours. Comme condition à son consentement à l'arbitrage dans le cadre de la présente Convention, un Etat contractant peut exiger que les recours administratifs ou judiciaires internes soient épuisés. »*¹¹⁵⁸

L'analyse précitée est la suivante :

*« On peut présumer que quand un Etat et un investisseur s'entendent pour recourir à l'arbitrage et ne se réservent pas le droit de recourir à d'autres modes de règlement ou n'exigent pas l'épuisement préalable d'autres voies de recours, l'intention des parties est de recourir à l'arbitrage à l'exclusion de tout autre mode de règlement. Cette règle d'interprétation figure expressément dans la première phrase de l'article 26. Pour qu'il soit bien clair que l'intention n'est pas de modifier les règles de droit international concernant l'épuisement des recours internes, la deuxième phrase reconnaît expressément aux Etats le droit d'exiger l'épuisement préalable desdits recours. »*¹¹⁵⁹

Autant dire que, même dans l'hypothèse l'épuisement des recours internes était exigé préalablement à la réclamation endossée, il semble que le respect, au moment où la protection diplomatique est exercée, de ladite exigence n'est pas problématique en soi. Il est d'autant moins problématique qu'en vertu du droit coutumier, tel que reflété par l'article 15 e) du projet d'articles consacré à la protection diplomatique, les recours internes n'ont pas à être épuisés quand l'Etat dont la responsabilité internationale est invoquée a renoncé à exiger qu'il en soit ainsi¹¹⁶⁰. Précisons et rappelons, tout de même, que les manifestations d'une telle renonciation sont, dans le cas de figure étudié, à rechercher dans l'absence de formulation de l'exigence en question dans le traité fondant la réclamation endossée. Ainsi, c'est d'une protection diplomatique « améliorée » et « prête à l'emploi » dont bénéficiera l'investisseur

¹¹⁵⁸ Cf. https://icsid.worldbank.org/en/Documents/resources/2006%20CRR_French-final.pdf.

¹¹⁵⁹ Cf. « Rapport des Administrateurs sur la Convention », § 32.

¹¹⁶⁰ Cf. CDI, « Rapport de la Commission à l'Assemblée générale sur les travaux de sa cinquante-huitième session », *op. cit.*, pp. 45-51 ; « Projet d'articles sur la protection diplomatique et commentaires y relatifs » (http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/french/commentaries/9_8_2006.pdf) pp. 58-68 (document pdf).

protégé, en supposant bien sûr que son Etat d'origine la mette en œuvre. Certes, ce dernier garde l'initiative de cette mise en œuvre. Cela étant, l'investisseur peut davantage s'attendre à en bénéficier quand il bénéficie déjà de la protection conventionnelle et qu'une sentence a été rendue à l'encontre de l'Etat d'accueil. Tout ce qui précède contribue à illustrer en quoi la perspective de l'exercice de ce type de protection diplomatique contribue à renforcer l'efficacité potentielle des dispositifs conventionnels consacrés au règlement des différends. Ce renforcement s'accompagne d'un élargissement de l'accès que l'Etat de nationalité avait initialement, durant la phase transnationale du différend d'investissement, aux modalités de sanction de l'internationalement illicite.

B — Un accès potentiellement élargi aux modalités de sanction de l'internationalement illicite en matière d'investissements étrangers

Quand le différend d'investissement entre dans sa phase interétatique, la protection diplomatique redevient accessible à l'Etat de nationalité et, avec celle-ci, tous les « autres moyens de règlement pacifique » auxquels il ne lui était pas possible d'avoir recours. Ainsi, la réclamation interétatique visant à trancher le différend d'investissement peut être introduite par le biais d'une action contentieuse qui ne sera pas limitée aux seules questions d'interprétation et d'application du traité pertinent. Encore faut-il que l'Etat d'accueil consente au déclenchement du recours contentieux, quel qu'il soit. Si tel est le cas, la question se pose de savoir devant quel type d'organe il est le plus approprié de présenter ledit recours. Il est, à notre sens, souhaitable qu'un tel litige soit tranché dans un contexte plus généraliste, tel que celui d'un arbitrage « classique » ou celui de la CIJ, ne serait-ce que pour prendre en compte le fait que le différend d'investissement est devenu interétatique.

Dans le cas contraire, celui le plus souvent rencontré en pratique quand le droit commun est applicable, il est recouru à des modes non juridictionnels de règlement des différends. Ceux-ci peuvent ou non impliquer l'intervention d'un tiers. Ainsi, les Etats peuvent tenter la négociation diplomatique directe, et ce quelles que soient les modalités de cette dernière, le but étant de parvenir à une résolution concertée du litige concerné¹¹⁶¹. Notons, à ce stade, que ladite négociation, portant sur une réclamation initialement introduite sur le fondement de la clause compromissoire générale du traité, permettra aux Etats en litige d'aborder les questions

¹¹⁶¹ Cf. P. DAILLIER, M. FORTEAU & A. PELLET, *op. cit.*, p. 927, § 505.

relatives à son interprétation et à son application de façon, là encore, moins encadrée que si elle était fondée sur la clause compromissoire spéciale.

Rien n'interdit l'intervention d'un tiers, dont le rôle serait de faciliter la concertation, d'aider dans la recherche d'une solution ou d'en proposer une aux parties au différend. Ces modes de règlement des différends sont connus : bons offices, médiation¹¹⁶², enquête¹¹⁶³ et conciliation¹¹⁶⁴. Ce qu'il importe ici de relever tient à ce que, si la réclamation internationale endossée est initialement celle d'un investisseur protégé, celle résultant de l'endossement permet une véritable confrontation des prétentions des parties au traité en ce qui concerne, en particulier, le contenu des obligations conventionnelles qu'elles ont assumées par le biais du traité. C'est une dimension qui est, par nature, absente du procès arbitral transnational, l'investisseur ne pouvant qu'invoquer les droits subjectifs dérivés de la relation conventionnelle entre les parties au traité.

Les modes de règlement non juridictionnels peuvent être, comme ceux que nous venons d'évoquer, cantonnés à un cadre interétatique ou être utilisés dans le cadre d'institutions internationales, en particulier celles ayant une vocation économique. Il est vrai que, pour diverses raisons, les Etats sont souvent amenés à interagir au sein de ce genre d'institutions, que ces dernières opèrent dans un cadre régional ou global. Parce qu'elles sont spécialisées, ces organisations peuvent fournir un cadre convenable au règlement non juridictionnel du type de différend étudié, qui peut présenter des aspects techniques requérant une attention particulière. Cette question ne suscite pas encore l'intérêt de la doctrine, les illustrations de ce cas de figure étant encore rares, en pratique. Il n'est, cependant, pas difficile de concevoir, à titre d'exemple, qu'un Etat partie à la Convention de Washington n'a pas nécessairement intérêt à refuser d'appliquer une sentence CIRDI, ne serait-ce que s'il est, par la suite, appelé à solliciter une institution financière internationale comme la Banque Mondiale. Dans le même ordre d'idées, il aurait plus intérêt à se « plier » aux solutions éventuellement proposées dans ce genre de cadre, fussent-elles non contraignantes d'un point de vue juridique.

Le recours à la force armée étant, de nos jours, prohibé en droit international, il ne peut constituer une mise en œuvre de la responsabilité internationale d'un Etat ou une sanction valable de l'internationalement illicite. En conséquence, rien de semblable à la pratique dite

¹¹⁶² Cf. P. DAILLIER, M. FORTEAU & A. PELLET, *op. cit.*, p. 929-930, § 507.

¹¹⁶³ Cf. P. DAILLIER, M. FORTEAU & A. PELLET, *op. cit.*, p. 930-932, § 508.

¹¹⁶⁴ Cf. P. DAILLIER, M. FORTEAU & A. PELLET, *op. cit.*, p. 932-934, § 509.

de la « diplomatie de la canonnière » ne peut avoir cours en matière d’investissements étrangers. Il peut, en revanche, être recouru à la contrainte non armée. Ainsi, l’Etat de nationalité peut prendre des mesures de rétorsion en réponse au comportement internationalement illicite de l’Etat d’accueil – comportement dont nous rappelons que l’illicéité a, par hypothèse, déjà été reconnu dans la sentence CIRDI non exécutée – de même qu’à cette dernière non-exécution. Il s’agit de mesures licites en elles-mêmes pour peu qu’un « seuil de licéité » ne soit pas dépassé¹¹⁶⁵. Ledit « seuil de licéité » est, bien entendu, un standard, son contenu normatif n’étant pas fermement déterminé par le droit international général¹¹⁶⁶. L’objectif poursuivi par l’auteur des mesures de rétorsion ainsi que l’intensité auront, à cet égard, une importance particulière pour déterminer si lesdites mesures sont admissibles : elles ne doivent constituer qu’une réponse à l’internationalement illicite et ne peuvent ni être utilisées « pour contraindre un autre Etat à subordonner l’exercice de ses droits souverains et pour obtenir de lui des avantages de quelque ordre que ce soit »¹¹⁶⁷, ni être « démesurées » par rapport à leur logique initiale¹¹⁶⁸. La portée du comportement internationalement illicite de l’Etat d’accueil a également son importance, en particulier pour évaluer le caractère démesuré ou non de la rétorsion.

Il peut également être recouru à des contre-mesures, celles-ci pouvant être définies comme des « mesures prises par un Etat en vue de faire respecter ses intérêts au cas où ceux-ci seraient lésés par un autre Etat ». Lesdites mesures correspondent à des comportements qui, envisagés dans l’absolu, sont contraires au droit international mais dont l’illicéité est exclue par la coutume internationale si elles interviennent à raison d’un fait internationalement illicite. C’est d’ailleurs ce que reflète l’article 22 du projet d’articles de la CDI sur la responsabilité de l’Etat pour fait internationalement illicite¹¹⁶⁹, projet d’articles qui les classe à la fois parmi les circonstances excluant l’illicéité et les modalités de mise en œuvre de la responsabilité internationale de l’Etat. L’illicéité ne sera exclue que dans les rapports entre

¹¹⁶⁵ Cf. P. DAILLIER, M. FORTEAU & A. PELLET, *op. cit.*, pp. 1056-1057.

¹¹⁶⁶ *Ibidem*.

¹¹⁶⁷ Cf., en particulier, point 2 Résolution 2131 (XX) AGNU « Déclaration sur l’inadmissibilité de l’intervention dans les affaires intérieures des Etats et la protection de leur indépendance et de leur souveraineté » ([http://www.un.org/fr/documents/view_doc.asp?symbol=A/RES/2131\(XX\)](http://www.un.org/fr/documents/view_doc.asp?symbol=A/RES/2131(XX))).

¹¹⁶⁸ Elle doit, en effet, conserver un caractère de réciprocité (cf. J. SALMON [dir.], *op. cit.*, entrée « Rétorsion »).

¹¹⁶⁹ Cf. CDI, « Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa cinquante-troisième session (23 avril - 1er juin et 2 juillet - 10 août 2001) », Document A/56/10, Annuaire CDI 2001, pp. 20-154, pp. 79-80 ; « Projet d’articles sur la responsabilité de l’Etat pour fait internationalement illicite et commentaires y relatifs » (http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/french/commentaries/9_6_2001.pdf) pp. 133-136 (document pdf) ; J. CRAWFORD, *Les articles de la C.D.I. sur la responsabilité de l’Etat – Introduction, texte et commentaires*, Paris, Pedone, 2003, xvi+462 p., pp. 200-203.

l’Etat de nationalité et l’Etat d’accueil, auteur du fait internationalement illicite. De plus, les contre-mesures sont encadrées par le droit coutumier, en particulier en ce qui concerne leur objet – qui doit n’être que d’« amener [l’Etat responsable] à s’acquitter des obligations qui lui incombent » du fait de sa responsabilité¹¹⁷⁰ –, leurs diverses limites – tenant, entre autres, à leur caractère temporaire ou à leur proportionnalité au préjudice causé par le fait internationalement illicite – et les conditions de leur utilisation.

¹¹⁷⁰ Cf. article 49 al. 1^{er} Projet d’articles sur la responsabilité de l’Etat pour fait internationalement illicite.

Conclusion du Chapitre VIII :

Il ressort de ce qui précède que, pour ce qui est de l'invocation de la responsabilité internationale de l'Etat d'accueil, la pratique internationale en matière d'investissements étrangers fait de la réclamation internationale de l'investisseur protégé le centre de gravité des mécanismes de règlement des différends prévus par les traités d'investissement. En effet, l'« investisseur lésé », en tant que titulaire par excellence du droit d'invocation de la responsabilité internationale de l'Etat d'accueil, éclipse, en tout cas pendant la phase transnationale d'un éventuel différend d'investissement, l'« Etat lésé », dont le droit d'invocation est restreint, du moins à cette étape. Encore faut-il, pour qu'une telle éclipse ait lieu, qu'il y ait véritablement réclamation internationale de la part de l'investisseur protégé, dont nous savons que l'accès à ce type de réclamations est tout aussi limité que l'étendue de la personnalité juridique qu'il tire de la protection conventionnelle. De plus, si une telle éclipse a lieu, le phénomène ne durera que pour autant que le différend d'investissement ne connaisse qu'une phase transnationale : du moment qu'il entre dans une phase interétatique, l'Etat de nationalité retrouve pleinement son droit d'invoquer la responsabilité internationale de l'Etat d'accueil.

Quoiqu'il en soit, si l'on aborde cette question sous l'angle des modalités de l'invocation de la responsabilité internationale de l'Etat d'accueil, c'est encore la réclamation internationale de l'investisseur qui constitue le centre de gravité des mécanismes conventionnels de règlement des différends en matière d'investissements étrangers. Elle en constitue le centre de gravité en dehors du mécanisme de la protection diplomatique, celle-ci étant exclue pendant la phase transnationale du différend d'investissement, et ce bien que l'Etat de nationalité dispose d'une réclamation internationale fondée sur le traité pertinent. Elle en constitue également le centre de gravité dans le cadre de la protection diplomatique, envisagée en tant que modalité de mise en œuvre de la responsabilité internationale de l'Etat d'accueil dans la phase interétatique du différend d'investissement : il s'agira bien là d'un endossement de la réclamation internationale de l'investisseur protégé par son Etat d'origine, et ce avec tout ce que cela peut impliquer en termes d'accroissement du caractère dissuasif et, par conséquent, de l'efficacité des mécanismes de règlement des différends étudiés et d'élargissement de l'accès aux modalités de sanction de l'internationalement illicite, l'Etat de nationalité pouvant à nouveau, en principe, réclamer « comme bon lui semble ».

Conclusion du Titre II de la Deuxième Partie :

En matière d'investissements étrangers, il semble plus facile de percevoir que les caractères centraux, en termes respectivement de contenu et de mise en œuvre de la responsabilité internationale, de l'obligation de réparer à la charge de l'Etat d'accueil responsable et de l'invocation de la responsabilité de ce dernier que d'autres pans du droit international. Ainsi, pour ce qui est de la réparation du préjudice causé par le fait internationalement illicite de l'Etat d'accueil, l'obligation correspondante occupe une place centrale parmi les conséquences de la responsabilité et, plus précisément, le préjudice subi par l'investisseur protégé est, à proprement parler, le « préjudice causé par le fait internationalement illicite ». Il s'agit, à ce titre, d'un préjudice immédiat et direct qui constitue le véritable objet de la réparation intégrale incombant à l'Etat d'accueil. C'est un préjudice qui fera essentiellement l'objet d'une réparation financière, laquelle est susceptible de susciter un bon nombre de difficultés technique en termes de détermination du *quantum*, ce qui n'empêche pas, dans l'absolu, d'envisager une restitution.

L'invocation de la responsabilité internationale de l'Etat d'accueil de l'investissement étranger a, quant à elle, pour élément central la réclamation internationale de l'investisseur protégé telle qu'aménagée par les dispositifs conventionnels consacrés au règlement des différends, l'« investisseur lésé » étant le titulaire par excellence du droit d'invocation. Plus précisément, celui de l'« Etat lésé » est éclipsé tant que le différend d'investissement est dans sa phase transnationale, quitte à ce que ledit Etat retrouve son droit d'invocation si le différend évoqué connaît une phase interétatique. Quand le différend d'investissement est dans sa phase transnationale, on peut considérer que l'invocation intervient en dehors du mécanisme de la protection diplomatique, la réclamation internationale dont dispose l'investisseur protégé étant au premier plan par rapport à celle dont dispose, toujours au regard des dispositifs conventionnels de règlement des différends tels qu'habituellement rédigés, son Etat de nationalité. Dans l'hypothèse d'un différend d'investissement entrant dans sa phase interétatique, l'Etat de nationalité retrouve l'accès à la protection diplomatique, ce qui lui permet d'endosser la réclamation de l'« investisseur lésé », ce qui rend les mécanismes de règlement de différends plus dissuasifs dans l'absolu.

Conclusion de la Deuxième Partie :

La sanction de l'inobservation par l'Etat d'accueil de ses obligations internationales relatives à l'investissement protégé soulève, en réalité, deux grandes questions, celle de l'engagement de la responsabilité internationale de l'Etat concerné d'une part, celles regroupées de son contenu et de sa mise en œuvre d'autre part. L'étude du fait générateur de ladite responsabilité nous révèle que l'attribution d'un comportement à l'Etat d'accueil pose des problèmes autrement moins complexes à l'Etat d'accueil que la qualification du fait attribué comme constitué comme constituant une violation par ledit Etat de ses obligations conventionnelles, et ce ne serait-ce qu'à cause des problématiques spécifiques soulevées par la détermination de « ce qui est requis de lui » ou l'« internationalisation » conventionnelle de même que, dans une moindre mesure, par le « quand » et le « comment » de la violation alléguée. Pour ce qui est de l'exclusion de l'illicéité internationale du comportement de l'Etat d'accueil, on a pu constater que, dans le cadre des situations d'urgence que sont l'état de nécessité et la force majeure, le risque est très présent, comme le reflète la pratique jurisprudentielle récente, d'une intrusion de considérations plus idéologiques que juridiques dans l'opération de qualification de la circonstance concernée. On a également pu constater que, même si la pratique internationale sur ce point est encore assez peu fournie, le consentement de la victime n'est pas à négliger en tant que circonstance excluant l'illicéité, les traités d'investissement pouvant contenir des exceptions au jeu normal des dispositions matérielles, exceptions auxquelles ont, par hypothèse, consenti les Etats de nationalité et auxquelles il n'est pas exclu que des investisseurs protégés y consentent également, et ce dans le cadre de la personnalité juridique fonctionnelle qui leur est habituellement reconnue.

L'obligation de réparer est l'enjeu principal de la responsabilité internationale de l'Etat d'accueil, et ce d'autant plus que le préjudice subi par l'investisseur est, à proprement parler, le « préjudice causé par le fait internationalement illicite », au sens où l'entend le droit coutumier, un préjudice immédiat, un préjudice direct, un préjudice objet de la réparation intégrale incombant à l'Etat d'accueil. À ce titre, la détermination du *quantum* de la réparation financière est le véritable enjeu en pratique, et ce même si une réparation non financière ne peut, dans l'absolu, être exclue. L'invocation de la responsabilité de l'Etat de territorialité est celui des aspects de sa mise en œuvre qui a le plus de relief, du fait des spécificités du domaine étudié. En effet, l'investisseur protégé est le principal titulaire du droit d'invocation, son Etat de nationalité bénéficiant tout de même d'un droit d'invocation restreint pendant la

phase transnationale du différend d'investissement. Les modalités de l'invocation présentent, elles-aussi, un intérêt certain, dans la mesure où la réclamation internationale de l'investisseur protégé, qui intervient en dehors du mécanisme de la protection diplomatique, peut faire l'objet d'un endossement par son Etat de nationalité dans l'hypothèse où le différend d'investissement entrerait dans sa phase interétatique.

Conclusion générale :

S'intéresser à la question de la licéité internationale du comportement de l'Etat en matière d'investissements étrangers supposait de s'interroger quant à la mesure dans laquelle la compétence territoriale est limitée par le droit international en pareille hypothèse, le droit international étant envisagé comme un ensemble comprenant des normes primaires ainsi que des normes secondaires. Ainsi, deux types problèmes étaient, à notre sens, susceptibles d'être soulevés : ceux liés à l'identification des obligations internationales primaires de l'Etat d'accueil et ceux liés à la sanction de l'inobservation par ce même Etat desdites obligations. Il était logique, pour aborder le premier type de problèmes, de mener un recensement des sources potentielles des obligations internationales de l'Etat d'accueil concernant l'investissement étranger, ce après quoi il convenait de réfléchir en termes de détermination du contenu de ces obligations. Quant au second type de problèmes, il était clair que les interrogations les plus importantes concernaient la responsabilité internationale de l'Etat d'accueil pour violation de ses éventuelles obligations internationales concernant l'investissement protégé. Aussi, après nous être intéressés à l'engagement même de la responsabilité internationale de l'Etat étudié, nous avons choisi d'approfondir les deux aspects les plus importants de ce qui a respectivement trait au contenu et la mise en œuvre de ladite responsabilité, à savoir la réparation du préjudice correspondant, causé par le fait internationalement illicite de l'Etat d'accueil, et l'invocation de cette responsabilité.

Recenser les sources des obligations internationales primaires de l'Etat d'accueil nous a permis de dégager quelques caractéristiques du droit international en matière d'investissements étrangers. La place du processus coutumier dans la formation d'obligations internationales à la charge de l'Etat d'accueil de l'investissement reste, de nos jours, réduite. En effet, le contenu du droit coutumier de la condition des étrangers est encore incertain sur des points pourtant cruciaux, et ce du fait que le processus coutumier n'a jamais été finalisé de façon à trancher certaines controverses. De plus, le glissement opéré, dans la pratique internationale, de la notion de « bien étranger » vers celle d'« investissement étranger » n'a ni suffi ni contribué à permettre que se développe un droit coutumier de l'investissement étranger, et ce essentiellement à cause de l'absence d'élément matériel de la coutume. Ainsi les obligations internationales de l'Etat d'accueil se forment essentiellement par le biais conventionnel. Pour autant, la pratique conventionnelle en la matière souffre, nous le savons, de l'absence de consensus global quant au contenu à donner à un éventuel droit matériel à

portée universelle. Il en résulte, comme le reflète la pratique, que cette question ne peut, jusqu'à maintenant, pas faire l'objet d'un traité à vocation universelle qui l'aborderait de façon frontale. Aussi, les obligations internationales de l'Etat d'accueil procèdent le plus souvent de la pratique conventionnelle bilatérale ou régionale en matière d'investissements étrangers, telle qu'elle se manifeste, en particulier, dans les traités d'investissement mais aussi dans les accords de libre-échange.

La fameuse « internationalisation » du régime juridique de l'investissement étranger, en tant que mode alternatif de formation d'obligations internationales à la charge de l'Etat d'accueil de l'investissement étranger, ne peut d'ailleurs intervenir que par le biais de dispositions des traités qui viennent d'être évoqués, l'idée d'une « internationalisation » intrinsèque dudit régime juridique devant, à notre sens, être rejetée. Pour autant, le caractère divers de la pratique conventionnelle de même que le caractère évolutif, sur ce point, de la jurisprudence arbitrale, ne permettent pas d'avoir d'idées arrêtées sur la portée des engagements conventionnels de l'Etat d'accueil.

La détermination du contenu normatif des dispositions conventionnelles des traités d'investissement qui concernent spécifiquement le traitement et la protection a, quant à elle, soulevé des questions qui sont essentiellement relatives à l'interprétation de ces dernières. En abordant, dans un premier temps, ces questions sous l'angle des dispositions conventionnelles elles-mêmes, nous avons mis en relief ce que l'on peut considérer comme étant l'une des constantes de la pratique en la matière. En effet, on constate, au sein de cette dernière, une standardisation des dispositions qui nous a amenés à distinguer selon que ces dernières limitent ou amplifient le besoin d'interprétation. Ainsi, les normes contenues dans les premières sont rédigées comme des règles conventionnelles, par opposition aux standards que l'on rencontre dans les secondes, le but des rédacteurs de ces traités étant vraisemblablement que les normes limitant le besoin d'interprétation s'articulent autour de celles qui l'amplifient, et ce pour en combler les lacunes. Ces dernières, nous l'avons vu, sont censées constituer le noyau du dispositif conventionnel, lequel, à notre sens, traduit le plus souvent un désir des rédacteurs de stimuler une agrégation de règles coutumières autour des standards conventionnels en matière de traitement et de protection.

Aborder, dans un second temps, ces questions sous l'angle de l'opération intellectuelle elle-même nous a permis de dégager une autre série de constats reflétant les enjeux inhérents à ce domaine du droit international. Pour ce qui est de la ou des compétences d'interprétation

du traité d'investissement pertinent, celle, de principe, des parties au traité garde, malgré quelques illustrations notables comme dans le cadre particulier de l'ALENA, une place assez marginale dans la pratique, la compétence d'interprétation dévolue à un tiers, par le biais des mécanismes conventionnels de règlement des différends, occupant, elle, une place centrale. Pour ce qui est des règles méthodologiques d'interprétation, telles qu'appliquées par les tribunaux arbitraux compétents, nous avons pu constater l'existence d'un risque, très présent en pratique, qu'une importance exagérée soit donnée à l'objet et au but des traités pertinents, tels que perçus au regard de la lettre des préambules, et ce éventuellement au détriment de la véritable volonté des parties aux traités, telle que reflétée, par les termes de ces derniers.

Traiter un sujet tel que celui de la licéité internationale du comportement de l'Etat en matière d'investissements étrangers supposant immanquablement de s'intéresser à la sanction de l'internationalement illicite correspondant, il nous a fallu nous pencher sur la question de l'engagement de la responsabilité internationale de l'Etat d'accueil en pareille hypothèse. Si l'aspect « attribution du fait à l'Etat d'accueil » pose relativement peu de difficultés insurmontables d'un point de vue intellectuel et fournit peu de solutions spécifiques au domaine étudié, l'aspect « violation du droit international » cristallise les répercussions des problématiques posées par la détermination de « ce qui est requis » de l'Etat en question. On pense, en particulier, à l'« internationalisation » conventionnelle du régime juridique de l'investissement protégé ainsi qu'au contenu normatif des normes conventionnelles de traitement et de protection tel que défini par la lettre des traités. Au-delà de ces quelques points, la jurisprudence arbitrale ne semble pas dévier des solutions adoptées dans d'autres domaines du droit international.

C'est plutôt la question des circonstances excluant l'illicéité du comportement de l'Etat d'accueil qui soulève ou est susceptible de soulever des difficultés spécifiques par rapport à d'autres branches moins spécialisées du droit international. Ainsi, pour ce qui est l'exclusion de l'illicéité internationale du comportement de l'Etat d'accueil en situation d'urgence, nous avons pu constater que la jurisprudence arbitrale a, dans le cadre du contentieux né de la récente crise argentine, adopté des solutions qui nous ont amené, en dernière analyse, à souligner le risque qu'une qualification de la force majeure ou de l'état de nécessité s'écarte de façon inopportun des solutions classiques en la matière, et ce au regard de considérations plus idéologiques ou politiques que strictement juridiques. De même, bien que ces cas de figure soient encore insuffisamment illustrés dans la pratique arbitrale, nous avons envisagé

l'hypothèse d'une exclusion de l'illicéité consentie par la victime du comportement de l'Etat d'accueil. Une telle exclusion est, à notre sens, possible venant de l'Etat de nationalité, qui peut consentir à des exceptions conventionnelles au jeu normal des dispositions de fond, tout comme elle l'est venant de l'investisseur protégé, les modalités du consentement restant à préciser.

Cela est d'autant plus intéressant que le fait de réfléchir sur l'obligation de réparer, en tant qu'élément du contenu de la responsabilité internationale de l'Etat d'accueil, nous a permis de mettre en lumière une importante spécificité du domaine étudié : le préjudice subi par l'investisseur protégé est bien, au sens où cela est entendu dans le cadre du droit coutumier de la responsabilité internationale de l'Etat, le « préjudice causé par le fait internationalement illicite ». De même, il constitue l'objet de la réparation intégrale incombant à l'Etat responsable. C'est un préjudice immédiat et direct subi par une personne privée dans l'ordre juridique international. Il se prête évidemment plus à une réparation financière, la réparation non financière n'étant pas exclue dans l'absolu. La mise en œuvre de sa réparation financière est susceptible de générer des difficultés techniques non négligeables, les exigences du droit coutumier en termes de *quantum* de la réparation devant être conciliées avec les données concrètes de l'espèce.

L'invocation de la responsabilité internationale de l'Etat d'accueil, en ce qu'elle permet la mise en œuvre de cette dernière, reste, cependant, l'aspect le plus intéressant et spécifique du domaine étudié, et ce pour deux raisons. La première, aujourd'hui indiscutable, tient à ce que le droit d'invocation a deux titulaires : l'investisseur protégé, lésé par l'éventuel fait internationalement illicite de l'Etat d'accueil et bénéficiant d'un accès à la réclamation internationale contre ce dernier, ainsi que l'Etat de nationalité, dont le droit est certes restreint pendant la phase transnationale du différend d'investissement mais pleinement retrouvé pendant sa phase interétatique. Il s'ensuit, comme cela est désormais admis, qu'il existe deux contextes possibles d'invocation de la responsabilité internationale, lesquels sont à distinguer selon qu'il peut ou non être recouru à la protection diplomatique. Ainsi, quand la protection diplomatique n'est pas accessible à l'Etat de nationalité de l'investisseur protégé, ce dernier dispose tout de même d'une réclamation dont la possibilité lui est habituellement aménagée par les mécanismes conventionnels de règlement des différends, cette réclamation se situant, toutefois, systématiquement au second plan, en vertu desdits mécanismes, par rapport à la réclamation dont dispose l'investisseur. La perspective d'une protection diplomatique

redevenue accessible accroît potentiellement l'efficacité des mécanismes conventionnels évoqués et élargit, là encore potentiellement, l'accès aux modalités de sanction de l'illicite en matière d'investissements étrangers, le plus intéressant étant qu'à ce stade précis du différend, c'est bien la réclamation de l'investisseur protégé, en tant que sujet de droit international dérivé, qui est susceptible d'être endossée par son Etat de nationalité.

Il s'agit de constats qui peuvent, de prime abord, sembler abstraits par rapport à l'évolution conjointe des réalités économiques comme géopolitiques – auxquelles sont confrontés les opérateurs économiques privés bénéficiant des traités étudiés, les Etats concernés de même que leurs populations et opinions publiques respectives – et de la pratique internationale en la matière. En effet, le clivage Nord-Sud, qui a, un temps, servi de grille de lecture à ceux désireux de réellement comprendre la « logique » gouvernant ce domaine du droit international, ne suffit plus à remplir un tel rôle. De même, les récentes négociations, tentées à l'échelon plurilatéral, d'instruments de libre-échange contenant des dispositions en matière d'investissements étrangers amènent à se demander si la fameuse difficulté que rencontrent encore les Etats à s'accorder sur le contenu d'un droit matériel conventionnel à vocation globale en la matière ne sera pas dépassée dans un futur relativement proche. On pense, en particulier, à la négociation du Traité de libre-échange transatlantique¹¹⁷¹.

Penser à cette dernière négociation nous amène, cependant, à douter de ce que la pratique internationale soit réellement prévisible, à court ou moyen terme, dans le domaine étudié. Ainsi, il est encore difficile de prévoir les répercussions sur ladite pratique qu'aura la politique étrangère qui sera effectivement menée par les Etats-Unis d'Amérique, dont on sait qu'ils contribuent à en « donner le la ». De même, la conclusion du traité évoqué serait éventuellement de nature à libérer, hors de la boîte de Pandore que semble constituer cette négociation, au moins d'un point de vue technique, une série de difficultés et problématiques inédites en matière d'investissements étrangers¹¹⁷². Aussi, il nous semble pertinent et prudent d'avancer que l'observateur de la pratique internationale en matière d'investissements

¹¹⁷¹ Notons, cependant, la récente entrée en vigueur provisoire, depuis le 21 septembre 2017, du Traité de libre-échange entre l'Union européenne et le Canada (Accord économique global et commercial [AECG ou CETA], adopté le 28 octobre 2016 par le Conseil de l'Union européenne ; <http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-10973-2016-INIT/fr/pdf> ; http://www.lepoint.fr/economie/ceta-ce-que-dit-le-rapport-d-experts-sur-le-traite-entre-l-ue-et-le-canada-21-09-2017-2158797_28.php).

¹¹⁷² Cf. CJUE Avis 2/15 16 mai 2017 *Avis rendu en vertu de l'article 218 TFUE* ; cf. également http://www.lemonde.fr/economie/article/2017/05/16/libre-échange-pas-de-competence-exclusive-de-l-ue-sur-les-accords-de-nouvelle-génération_5128392_3234.html?xtmc=investissements_competence_exclusive_ue&xtcr=1 .

étrangers n'a pas de véritable visibilité sur les évolutions futures des questions traitées tout au long de cette étude.

Bibliographie :

Ouvrages :

- D. ALLAND, *Droit international public*, Paris, PUF, 2000, 807 p..
- J. BASDEVANT (dir.), *Dictionnaire de terminologie du droit international public*, Sirey, 1960, 755 p..
- W. BEN HAMIDA & F. COULEE (dir.), *Convergences et contradictions du droit des investissements et des droits de l'homme : une approche contentieuse*, Paris, Pedone, 2017, 368 p..
- D. CARREAU & P. JUILLARD, *Droit international économique*, Paris, Dalloz, 3^{ème} édition, 2007, xi+744 p. ; D. CARREAU, P. JUILLARD, R. BISMUTH & A. HAMANN, *Droit international économique*, Paris, Dalloz, 6^{ème} édition, 2017, vii+941 p..
- J. COMBACAU & S. SUR, *Droit international public*, Paris, Montchrestien, 2008, 8^{ème} édition, xxvi+818 p..
- G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, Paris, PUF/Quadrige, 4^{ème} édition, 2003, xxi+951 p..
- O. CORTEN & P. KLEIN (dir.), *Les Conventions de Vienne sur le droit des traités – Commentaire article par article*, Bruxelles, Bruylant, 2006, 3 Tomes, xxxix+2965 p..
- J. CRAWFORD, *Les articles de la C.D.I. sur la responsabilité de l'Etat – Introduction, textes et commentaires*, Paris, Pedone, 2003, xvi+461 p..
- P. DAILLER, M. FORTEAU & A. PELLET, *Droit international public*, Paris, LGDJ, 8^{ème} édition, 2009, 1709 p..
- O. DANIC, *L'émergence d'un droit international des investissements – Contribution des traités bilatéraux d'investissement et de la jurisprudence du CIRDI* (vol. 1), thèse dactylographiée, Université de Paris-Ouest, Nanterre-La Défense, 2012, 935 p..
- B. DHUICQ & D. FRISON, *Dictionnaire de l'anglais juridique*, Paris, Langue Pour Tous/Business Management Series, 2004, 652 p..
- R. DOLZER & C. SCHREUER, *Principles of International Investment Law*, Oxford, Oxford University Press, 2^{nde} édition, 2012, xxxvi+417 p..
- R. DOLZER & M. STEVENS, *Bilateral Investment Treaties*, La Haye/Boston/Londres, ICSID/Kluwer Law/Martinus Nijhoff, 1995, xx+330 p..
- P.-M. DUPUY, *Droit international public*, Paris, Dalloz, 9^{ème} édition, 2008, xxvii+879 p. ; P.-M. DUPUY & Y. KERBRAT, *Droit international public*, Paris, Dalloz, 13^{ème} édition, 2016, xxx+920 p..
- E. GAILLARD, *La Jurisprudence du CIRDI*, Paris, Pédone, 2004, vi+1105 p. ; *La Jurisprudence du CIRDI*, vol. II, Paris, Pedone, 2010, v+750 p..
- R. HAPP & N. RUBINS, *Digest of ICSID awards and decisions 2003-2007*, Oxford University Press, 2009, xxv+384 p..

- H. L. A. HART, *The Concept of Law*, Oxford, Oxford University Press, 3^{ème} édition, 2012, lv+333 p. ; *Le concept de droit*, Bruxelles, Publications des Facultés Universitaires Saint-Louis, 1^{ère} édition, 1976, 311 p..
- N. HORN & S. KRÖLL (dir.), *Arbitrating Foreign Investment Disputes – Procedural and Substantive Legal Aspects*, Studies in Transnational Economic Law, vol. 19, La Haye, Kluwer Law International, 2004, xxxi+535 p..
- C. LEBEN (dir.), *Le contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement – Nouveaux développements*, Anthemis, 2006, 396 p. ; *Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational*, Paris, Pedone, 2015, xvii+1141 p..
- S. MANCIAUX, *Investissements étrangers et arbitrage entre Etats et ressortissants d'autres Etats – Trente années d'activité du CIRDI*, Paris, Litec, 2004, xiii+727 p..
- P. MUCHLINSKI, F. ORTINO & C. SCHREUER (dir.), *The Oxford Handbook of International Investment Law*, Oxford, OUP, 1^{ère} édition, 2008, lxv+1282 p..
- A. DE NANTEUIL, *Droit international de l'investissement*, Paris, Pedone, 1^{ère} édition, 2014, 431 p. ; *Droit international de l'investissement*, Paris, Pedone, 2^{ème} édition, 2017, 512 p..
- A. NEWCOMBE & LLUIS PARAELL, *Law and practice of investment treaties – Standards of treatment*, Austin/Boston/Chicago/New-York/Pays-Bas, Kluwer Law International, 2009, xxx+614 p..
- R. RIVIER, *Droit international public*, Paris, PUF, 1^{ère} édition, 2012, xix+623 p..
- S. ROBERT-CUENDET (dir.), *Droit des investissements internationaux – Perspectives croisées*, Bruxelles, Bruylant, 2017, 672 p..
- A. H. ROTH, *The minimum standard of international law applied to aliens*, Leiden, Sijthoff, 1949, 194 p..
- J. SALMON (dir.), *Dictionnaire de droit international public*, Bruxelles, Bruylant, 2001, xli+1198 p..
- C. SCHREUER, *The ICSID Convention : A Commentary*, Cambridge University Press, 1^{ère} édition, 2001, 1466 p..
- J.-M. SOREL (dir.), *Le droit international économique à l'aube du XXI^e siècle*, Paris, Pedone, 2009, 269 p..
- M. SORNARAJAH, *The International Law on Foreign Investment*, Cambridge, Cambridge University Press, 2^{ème} édition, 2004, xxv+525 p..
- S. TOUZE, *La protection des droits des nationaux à l'étranger – Recherches sur la protection diplomatique*, Paris, Pedone, 2007, xiii+513 p..
- T. W. WALDE, *Nouveaux horizons pour le droit international des investissements dans le contexte de la mondialisation de l'économie – Études de questions spécifiques*, Cours et travaux n°2, Paris, Pédone/IHEI, 2004, 78 p..

- A. ZIMMERMANN, C. TOMUSCHAT, K. OELLERS-FRAHM, C. J. TAMS & T. THIENEL (dir.), *The statute of the international court of justice : a commentary*, Oxford/New-York, Oxford University Press, 1^{ère} édition, 2006, xxxiv+1577 p..

Articles :

- P. ACCONCI, « Most-favoured-nation treatment » in P. MUCHLINSKI, F. ORTINO & C. SCHREUER, *The Oxford Handbook of International Investment Law*, Oxford, Oxford University Press, 2008, lxv+1282 p., pp. 363-406.
- S. D. AMARASINHA & J. KOKOTT, « Multilateral investment rules revisited » in P. MUCHLINSKI, F. ORTINO & C. SCHREUER (dir.), op. cit., pp. 119-153.
- R. AMOUSSOU-GUENOU, « Les investissements étrangers au Kenya », CJFE 1996, n° 4, pp. 721-729.
- J.-P. ANDRIEUX, « Le dispositif marocain d'encouragement à l'investissement – La Charte de l'investissement », CJFE 1996, n° 5, pp. 913-926.
- S. K. B. ASANTE, « Droit international et investissements », in M. BEDJAOUI (dir.), *Droit international : Bilan et perspectives*, Paris, Pedone, tome 2, 1361 p..
- R. BACHAND, « Les mécanismes de règlement des différends relatifs aux investissements – l'ALENA comme modèle ? », <http://www.ieim.uqam.ca/IMG/pdf/Invests.pdf>, 44 p..
- M.A. BEKHECHI, « L'investissement et le droit : Réflexion sur le nouveau 'code' algérien – Décret législatif 93-12 », Droit et Pratique du Commerce International 1993, t. 20, n° 1, pp. 133-162.
- W. BEN HAMIDA, « La clause relative au respect des engagements dans les traités d'investissement » in C. LEBEN (dir.), *Le contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement – Nouveaux développements*, Anthemis, 2006, 396 p., pp. 53-105 ; « La clause de libre transfert », RGDI 2015 (Dossier « Les techniques conventionnelles du droit international des investissements »), pp. 145-177.
- R. L. BINDSCHEDLER, « La protection de la propriété privée en droit international public », RCADI 1956-II, vol. 90, pp. 173-306.
- A. K. BJORKLUND, « Emergency Exceptions : State of Necessity and Force Majeure » in P. MUCHLINSKI, F. ORTINO & C. SCHREUER (dir.), *The Oxford Handbook of International Investment Law*, Oxford University Press, 2008, lxv+1282 p., pp. 459-523.
- E. BORCHARD, « The 'minimum standard' of the treatment of aliens », ASIL Proceedings 1939, pp. 51-63.
- G. BURDEAU, « Nouvelles perspectives pour l'arbitrage dans le contentieux économique intéressant les Etats », Revue de l'arbitrage 1995, pp. 3-37 ; G. BASTID BURDEAU, « La clause de protection et de sécurité pleine et entière », RGDI 2015 (Dossier « Les techniques conventionnelles du droit international des investissements »), pp. 87-101.

- G. CAHIN, «La clause de couverture (dite *umbrella clause*) », RGDIP 2015 (Dossier « Les techniques conventionnelles du droit international des investissements »), pp. 103-143 ; « Droit international coutumier et traités d’investissement – aspects méthodologiques » in F. POIRAT, R. MAISON & J. MATRINGE (dir.), *Droit international et culture juridique : mélanges offerts à Charles Leben*, Paris, Pedone, 2015, 591 p., pp. 17-44.
- D. CARREAU, « Investissements », Répertoire International Dalloz, 1998 ; « Investissements », Répertoire International Dalloz, 2008.
- J. CAZALA, « La clause de respect des engagements » in C. LEBEN (dir.), *Droit international des investissements et de l’arbitrage transnational*, Paris, Pedone, 2015, xvii+1141 p., pp. 347-373 ; « Les standards indirects de traitement : traitement de la Nation la plus favorisée et traitement national » in C. LEBEN (dir.), *Droit international des investissements et de l’arbitrage transnational*, Paris, Pedone, 2015, xviii+1141 p., pp. 265-286.
- B. M. CREMADES & D. J. A. CAIRNS, « Contract and Treaty Claims and Choice of Forum in Foreign Investment Disputes » in N. HORN (dir.), *Arbitrating Foreign Investment Disputes – Procedural and Substantive Legal Aspects*, La Haye, Kluwer Law International, 2004, xxxi+535 p., pp. 325-351.
- C. CREPET DAIGREMONT, « Traitement national et traitement de la nation la plus favorisée dans la jurisprudence arbitrale récente relative à l’investissement international » in C. LEBEN (dir.), *Le contentieux arbitral transnational relatif à l’investissement*, Anthemis, 2006, 396 p., pp. 107-162.
- P. DUMBERRY, « L’entreprise, sujet de droit international ? Retour sur la question à la lumière des développements récents du droit international des investissements », RGDIP 2004-I, pp. 103-122.
- P.-M. DUPUY & Y. RADI, « Le droit de l’expropriation directe et indirecte » in C. LEBEN (dir.), *Droit international des investissements et de l’arbitrage transnational*, op. cit., pp. 375-414.
- R.-J. DUPUY, « Coutume sage et coutume sauvage », in Mélanges ROUSSEAU, Paris, Pedone, 1974, 346 p., pp. 75-87.
- A. A. ESCOBAR, « Argentina’s Multiplication of Investor-State Arbitration Proceedings » in C. LEBEN (dir.), *Le contentieux arbitral transnational relatif à l’investissement – Nouveaux développements*, Louvain-la-Neuve, 2006, 396 p., pp. 219-236.
- I. FADLALLAH, « La distinction treaty claims – contract claims et la compétence de l’arbitre CIRDI : faisons-nous fausse route ? » in C. LEBEN (dir.), *Le contentieux arbitral transnational relatif à l’investissement*, op. cit., pp. 205-218 ; « La distinction Treaty claims – Contract claims » in C. LEBEN (dir.), *Droit international des investissements et de l’arbitrage transnational*, op. cit., pp. 759-772.
- E. GAILLARD, « La distinction des principes généraux du droit et des usages du commerce international » in Mélanges BELLET, Litec, Paris, 1991, 534 p. pp. 203-217 ; « L’arbitrage sur le fondement des traités de protection des investissements », *Revue de l’arbitrage* 2003, pp. 853-875.

- E. GAILLARD & Y. BANIFATEMI, « The Meaning of “and” in Article 42(1), Second Sentence, of the Washington Convention: The Role of International Law in the ICSID Choice of Law Process », *FILJ/ICSID Review* 2003, pp. 375-410.
- B. GOLDMAN, « Frontières du droit et *lex mercatoria* », *Archives de philosophie du droit* 1964, pp. 177-192.
- T. GRIERSON-WEILER & I. A. LAIRD, « Standards Of Treatment » in P. MUCHLINSKI, F. ORTINO & C. SCHREUER (dir.), *op. cit.*, pp. 259-304.
- K. HOBÉR, « State Responsibility And Attribution » in P. MUCHLINSKI, F. ORTINO & C. SCHREUER (dir.), *The Oxford Handbook of International Investment Law*, Oxford University Press, 2008, lxv+1282 p., pp. 549-583.
- F. HORCHANI, « Le Code tunisien d’incitations aux investissements », *JKI* 1998, pp. 67-91.
- P. JACOB & F. LATTY, « Arbitrage transnational et droit international général (2011) », *AFDI* 2011, pp. 534-595 ; « Arbitrage transnational et droit international général (2012) », *AFDI* 2012, pp. 607-652.
- P. JACOB, F. LATTY & A. DE NANTEUIL, « Arbitrage transnational et droit international général (2013) », *AFDI* 2013, pp. 429-486 ; « Arbitrage transnational et droit international général (2014) », *AFDI* 2014, pp. 545-617 ; « Arbitrage transnational et droit international général (2015) », *AFDI* 2015, pp. 857-909.
- J.-M. JACQUET, « Contrat d’Etat », *Jurisclasseur Droit International*, fasc. 565-60.
- P. JUILLARD, « Le réseau français des conventions bilatérales d’investissement : à la recherche d’un droit perdu ? », *Droit et Pratique du Commerce International* 1987, pp. 9-61 ; « Contrats d’Etat et investissement » in H. CASSAN (dir.), *Contrats internationaux et pays en développement*, Economica, 1989, 279 p. ; « L’évolution des sources du droit des investissements », *RCADI* 1994-IV, vol. 250, pp. 9-216 ; « Le nouveau modèle américain de traité bilatéral sur l’encouragement et la protection réciproques des investissements (2004) », *AFDI* 2004, pp. 669-682.
- J.-F. LALIVE, « Contrats entre Etats ou entreprises étatiques et personnes privées », *RCADI* 1983-III, vol. 181, pp. 9-284.
- F. LATTY, « Arbitrage transnational et droit international général (2008) », *AFDI* 2008, pp. 467-512 ; « Arbitrage transnational et droit international général (2009) », *AFDI* 2009, pp. 683-726 ; « Arbitrage transnational et droit international général (2010) », *AFDI* 2010, pp. 607-654 ; « Conditions d’engagement de la responsabilité de l’Etat d’accueil » in C. LEBEN (dir.), *Droit international des investissements et de l’arbitrage transnational*, Paris, Pedone, 2015, xviii+1141 p., pp. 415-461 ; « Discrète mais envahissante : la clause de libre exploitation », *RGDIP* 2015 (Dossier « Les techniques conventionnelles du droit international des investissements »), pp. 179-195.
- C. LEBEN, « L’évolution du droit international des investissements » in *SFDI*, *Un accord multilatéral sur l’investissement : d’un forum à l’autre ?*, Paris, Pedone, 1999, 140 p., pp. 7-32 ; « La théorie du contrat d’Etat et l’évolution du droit international des investissements », *RCADI* 2003, vol.

302, pp. 199-386 ; « L'évolution du droit international des investissements : un rapide survol », in C. LEBEN (dir.), *Le contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement*, op. cit., pp. 9-21 ; « La liberté normative de l'Etat et la question de l'expropriation indirecte » in C. LEBEN (dir.), *Le contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement*, op. cit., pp. 163-183.

- K. LIPSTEIN, « The Place Of The Calvo Clause In International Law », BYIL 1945, pp. 130-145.
- P. MAYER, « Le Mythe de 'l'ordre juridique de base' ou 'grundlegung' » in Mélanges GOLDMAN, Litec, 1982, XVI+429 p., 199-216 ; « La neutralisation du pouvoir normatif de l'Etat en matière de contrats d'Etat », JDI 1986, pp. 5-78.
- M. MENANT, « Une autre approche de l'investissement en Afrique australe : La Namibie », CJFE 1996, n° 4, pp. 731-738.
- B.A. N'GANGA, « Essai et commentaires sur le code congolais des investissements étrangers de 1992 », Revue du droit des pays d'Afrique 2003, n° 842, pp. 5-20.
- A. DE NANTEUIL, « La clause d'indemnisation », RGDIP 2015 (Dossier « Les techniques conventionnelles du droit international des investissements »), pp. 215-242.
- Y. NOUVEL, « Les mesures équivalant à une expropriation dans la pratique récente des tribunaux arbitraux », RGDIP 2002, pp. 78-102 ; « Les entités paraétatiques dans la jurisprudence du CIRDI » in C. LEBEN (dir.), *Le contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement – Nouveaux développements*, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2006, 396 p., pp. 25-51 ; « Les standards de traitement : le traitement juste et équitable, la sécurité pleine et entière » in C. LEBEN (dir.), *Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational*, op. cit., pp. 287-345 ; « Classification cursive des règles de fond issues des traités bilatéraux d'investissements », RGDIP 2015 (Dossier « Les techniques conventionnelles du droit international des investissements »), pp. 7-18.
- J. PAULSSON, « Arbitration Without Privity », FILJ/ICSID Review 1995, pp. 232-257.
- J. PAULSSON & Z. DOUGLAS, « Indirect expropriation in investment treaty arbitrations » in N. HORN (dir.), *Arbitrating Foreign Investment Disputes – Procedural and Substantive Legal Aspects*, Kluwer Law International, xxxi+535 p., pp. 145-158.
- A. PELLET, « Adieu Philippines : Remarques sur la distinction entre les réclamations conventionnelles et contractuelles dans le droit de l'investissement international » in J.-M. SOREL (dir.), *Le droit international économique à l'aube du XXI^e siècle*, Paris, Pedone, 2009, 269 p., pp. 97-110.
- A. H. QUERSHI, « An Appellate System In International Investment Arbitration ? » in P. MUCHLINSKI, F. ORTINO & C. SCHREUER (dir.), op. cit., pp. 1154-1170.
- A. REINISCH, « Expropriation » in P. MUCHLINSKI, F. ORTINO & C. SCHREUER (dir.), op. cit., pp. 407-458.

- A. REINISCH & L. MALINTOPPI, « Methods of dispute resolution » in P. MUCHLINSKI, F. ORTINO & C. SCHREUER (dir.), *op. cit.*, pp. 691-720.
- S. ROBERT-CUENDET, « Crise ou renouveau du droit des investissements internationaux – Réflexions sur l'objet des mécanismes de protection des investisseurs étrangers », RGDIP 2016, pp. 545-578 ; « Spécificités et priviléges dans le droit international de la protection des investisseurs étrangers » in S. ROBERT-CUENDET (dir.), *Droit des investissements internationaux – Perspectives croisées*, *op. cit.*, 2017, pp. 247-297.
- A. ROTH, « Les règles internationales concernant le traitement des étrangers », RCADI 1931-1, pp. 322-412.
- R. SAID, « Algérie – Le code des investissements », CJFE 2001, n° 1, pp. 5-20.
- J. W. SALACUSE, « Towards a Global Treaty on Foreign Investment : The Search for a Grand Bargain » in N. HORN & S. KRÖLL (dir.), *Arbitrating Foreign Investment Disputes – Procedural and Substantive Legal Aspects*, Studies in Transnational Economic Law vol. 19, La Haye, Kluwer Law International, 2004, xxxi+535 p., pp. 51-88.
- C. SANTULLI, « Le traitement juste et équitable : stipulation particulière ou principe général de bonne conduite », RGDIP 2015 (Dossier « Les techniques conventionnelles du droit du droit international des investissements »), pp. 69-85.
- E. C. SCHLEMMER, « Investment, Investor, Nationality and Shareholders » in P. MUCHLINSKI, F. ORTINO & C. SCHREUER (dir.), *The Oxford Handbook of International Investment Law*, Oxford, OUP, 1^{ère} édition, 2008, lxv+1282 p., pp. 49-88.
- C. SCHREUER, « Consent to arbitration » in P. MUCHLINSKI, F. ORTINO & C. SCHREUER, *The Oxford Handbook of International Investment Law*, Oxford, OUP, 1^{ère} édition, 2008, lxv+1282 p., pp. 830-867.
- C. SCHREUER & M. WEINIGER, « A doctrine of precedent ? » in P. MUCHLINSKI, F. ORTINO & C. SCHREUER, *op. cit.*, pp. 1188-1206.
- H. W. SHAWCROSS, « Le problème des investissements à l'étranger en droit international », RCADI 1961, vol. I, t. 102, pp. 365-394.
- O. SPIERMANN, « Applicable Law » in P. MUCHLINSKI, F. ORTINO & C. SCHREUER (dir.), *op. cit.*, pp. 89-118.
- D. TAPIN & P. DJEDJE, « Burkina Faso : code des investissements », CJFE 1996, n° 4, pp. 709-719.
- D. TAPIN & A. ZEBI, « Côte d'Ivoire : le nouveau code des investissements », CJFE 1996, n° 4, pp. 699-708.
- C. VADCAR, « Régime applicable à l'investissement direct étranger en droits français et étrangers », Jurisclasseur Droit International, fasc. 565-52 ; « Droit de l'investissement – Vers un droit international de l'investissement direct étranger ? », Juriclasseeur Droit International, Fasc. 565-56.

- S. VASCIANNIE, « The Fair and Equitable Treatment Standard in International Investment Law and Practice », *British Yearbook of International Law*, pp. 99-164.
- A. VERDROSS, « Les règles internationales concernant le traitement des étrangers », *RCADI* 1931-3, pp. 322-412.
- T. W. WÄLDE & B. SABAHI, « Compensation, Damages and Valuation » in P. MUCHLINSKI, F. ORTINO & C. SCHREUER (dir.), *op. cit.*, pp. 1049-1124.
- P. WEIL, « Problèmes relatifs aux contrats passés entre un Etat et un particulier », *RCADI* 1969-III, vol. 128, pp. 95-240 ; « Les clauses de stabilisation ou d'intangibilité insérées dans les accords de développement économique » in *Mélanges ROUSSEAU*, Pédone, Paris, 1974, xxviii+346 p., pp. 301-328 ; « Droit international et contrats d'Etat », in *Mélanges REUTER*, Pedone, 1981, 584 p., pp. 549-582.
- F. WEISS, « Chapter 6 - Trade and investment » in P. MUCHLINSKI, F. ORTINO & C. SCHREUER (dir.), *op. cit.*, pp. 182-223.
- K. WEISSBERG & M.-A. NGWE, « L'incitation à l'investissement au Cameroun », *Cahiers juridiques et fiscaux de l'exportation* 1996, n° 4, pp. 685-697.

Documents officiels :

- CCI/ICC, *Règlement d'arbitrage – Règlement de médiation*, ICC, Paris, 2015, 90 p..
- CDI/ILC, « Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa vingt-cinquième session », *Annuaire CDI* 1973, vol. II, 2^{ème} partie ; « Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa trentième session », *Annuaire CDI* 1978, vol. II, 2^{ème} partie, Document A/CN.4/SER.A/1978/Add.1 (Part 2) ; « Rapport de la Commission à l'Assemblée générale sur les travaux de sa trente-deuxième session », Vol. II, 2^{ème} partie, Document A/CN.4/SER.A/1980/Add.1 (Part 2) ; « Rapport de la Commission à l'Assemblée générale sur les travaux de sa quarante-huitième session », *Annuaire CDI* 1996, vol. II, 2^{ème} partie, Document A/CN.4/SER.A/1996/Add.1 ; « Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa cinquante-troisième session », *Annuaire CDI* 2001, vol. II, 2^{ème} partie, Document A/56/10 ; « Rapport de la Commission à l'Assemblée générale sur les travaux de sa cinquante-huitième session », Document A/CN.4/SER.A/2006/Add.1 (Part 2), *Annuaire CDI* 2006.
- CIRDI/ICSID, *Possible Improvements of the Framework for ICSID Arbitration*, 22 octobre 2004 ; *Convention et Règlements du CIRDI*, Washington, CIRDI, 2006, 128 p..
- CNUDCI, *Règlement d'arbitrage de la CNUDCI (avec nouveau paragraphe 4 à l'article premier, adopté en 2013) - Règlement de la CNUDCI sur la transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités*, New-York, United Nations, 2014, v+41 p..
- CNUCED/UNCTAD, *International Investment Instruments : A Compendium Vol. 1* (UNCTAD/DTCI/30[Vol.I]), New-York/Genève, United Nations, 1996, 371 p. ; *International*

Investment Instruments : A Compendium, Vol. 2 (UNCTAD/DTCI/30[Vol.II]), New-York/Genève, United Nations, 1996, 577 p. ; *Most-Favoured-Nation Treatment*, New-York/Genève, 1999 (UNCTAD/ITE/IIT/10 [Vol. III]), 57 p. ; *Scope and Definition*, New-York/Genève, United Nations, 1999 (UNCTAD/ITE/IIT/11 [vol. II]), x+80 p. ; *Fair and Equitable Treatment*, New York/Genève, United Nations, 1999 (UNCTAD/ITE/IIT/11 [Vol. III]), viii+76 p. ; *National Treatment*, New-York/Genève, 1999, (UNCTAD/ITE/IIT/11 [Vol. IV]), 94 p. ; *International Investment Instruments : A Compendium, Vol. 5*, New York, United Nations, 2000, 486 p. ; *Taking of property*, New York/Genève, United Nations, 2000 (UNCTAD/ITE/ITT/15), ix+70 p. ; *Dispute Settlement : State-State*, New-York/Genève, United Nations, 2003 (UNCTAD/ITE/ITT/2003/1), viii+101 p. ; *Dispute Settlement : Investor-State*, New-York/Genève, United Nations, 2003 (UNCTAD/ITE/ITT/30), viii+125 p. ; *International investment agreements : key issues vol. I*, New-York/Genève, United Nations, 2004 (UNCTAD/ITE/ITT/2004/10), xxvi+392 p. ; *The REIO exception in MFN treatment clauses*, New York/Genève, 2004 (UNCTAD/ITE/IIT/2004/7), viii+84 p. ; *Most-Favoured-Nation Treatment*, New-York/Genève, 2010 (UNCTAD/DIAE/IA/2010/1), 157 p. ; *Fair and Equitable Treatment – A Sequel*, New York/Genève, United Nations, 2012 (UNCTAD/DIAE/IA/2011/5), xvii+137 p..

- UNCTC/ICC, *Bilateral Investment Treaties 1959-1991*, New-York, United Nations, 1992, ST/CT/136, v+45 p..

Jurisprudence :

CPJI/CIJ :

- CPJI 17 août 1923 *Vapeur Wimbledon*
- CPJI 30 août 1924 *Concessions Mavrommatis en Palestine*
- CPJI 7 septembre 1927 *Lotus*
- CPJI Fond 13 septembre 1928 *Usine de Chorzów*
- CPJI 22 juillet 1929 *Emprunts serbes et brésiliens*
- CPJI 7 juin 1932 *Zones franches de la Haute Savoie et du Pays de Gex*
- CIJ AC 11 avril 1949 *Réparation des dommages subis au service des Nations Unies*
- CIJ Avis consultatif 3 mars 1950 *Compétence générale de l'Assemblée générale par l'admission d'un Etat aux Nations Unies*
- CIJ 20 novembre 1950 *Droit d'asile*
- CIJ Exceptions préliminaires 21 mars 1959 *Interhandel*
- CIJ 2ème phase 18 juillet 1966 *Sud-Ouest Africain*
- CIJ 20 février 1969 *Plateau continental de la Mer du Nord*
- CIJ 2^{nde} phase 5 février 1970 *Barcelona Traction*
- CIJ Fond 20 décembre 1974 *Essais nucléaires*
- CIJ 24 mai 1980 *Personnel diplomatique et consulaire des Etats-Unis à Téhéran*

- CIJ Fond 27 juin 1986 *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*
- CIJ 20 juillet 1989 *Elettronica Sicula*
- CIJ 12 novembre 1991 *Sentence arbitrale du 31 juillet 1989*
- CIJ AC 8 juillet 1996 *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*
- CIJ 25 septembre 1997 *Projet Gabčíkovo-Nagymaros*
- CIJ Exceptions préliminaires 27 février 1998 *Lockerbie*
- CIJ 31 mars 2004 *Avena et autres ressortissants mexicains*
- CIJ 27 juin 2001 *Lagrand*
- CIJ AC 9 juillet 2004 *Conséquences juridiques de l'édification dans le territoire palestinien occupé*
- CIJ Exceptions préliminaires 10 février 2005 *Certains biens*

CIRDI :

- CIRDI 21 octobre 1983 *Klöckner c/ Cameroun*
- CIRDI Compétence 1^{er} août 1984 *SOABI c/ Sénégal*
- CIRDI Fond 5 juin 1990 *AMCO c/ Indonésie*
- CIRDI 27 juin 1990 *AAPL c/ Sri Lanka*
- CIRDI Fond 20 mai 1992 *SPP c/ Egypte*
- CIRDI 21 février 1997 *AMT c/ Zaïre*
- CIRDI Compétence 11 juillet 1997 *Fedax c/ Venezuela*
- CIRDI Compétence 25 janvier 2000 *Maffezini c/ Espagne*
- CIRDI Compétence 6 décembre 2000 *Feldman c/ Mexique*
- CIRDI Compétence 9 janvier 2001 *Loewen*
- CIRDI Compétence 23 juillet 2001 *Salini c/ Maroc*
- CIRDI Sentence finale 26 juillet 2001 *Armando Olguín c/ Paraguay*
- CIRDI Comité *ad hoc* 5 février 2002 *Wena c/ Egypte*
- CIRDI Comité *ad hoc* 3 juillet 2002 *Vivendi c/ Argentine*
- ALENA CIRDI 9 janvier 2003 *ADF Group c/ Etats-Unis*
- CIRDI 29 mai 2003 *Tecmed c/ Mexique*
- CIRDI Compétence 6 août 2003 *SGS c/ Pakistan*
- CIRDI Compétence 14 janvier 2004 *Enron c/ Argentine*
- CIRDI Compétence 29 janvier 2004 *SGS c/ Philippines*
- CIRDI 25 mai 2004 *MTD c/ Chili*
- CIRDI 7 juillet 2004 *Soufraki c/ Emirats Arabes Unis*
- CIRDI Compétence 3 août 2004 *Siemens c/ Argentine*
- CIRDI Compétence 6 août 2004 *Joy Mining c/ Egypte*
- CIRDI Compétence 29 novembre 2004 *Salini c/ Jordanie*

- CIRDI Compétence 7 février 2005 *Lucchetti c/ Pérou*
- TCE CIRDI Compétence 8 février 2005 *Plama c/ Bulgarie*
- CIRDI Compétence 22 avril 2005 *Impregilo c/ Pakistan*
- CIRDI Compétence 11 mai 2005 *Sempra Energy International c/ Argentine*
- CIRDI 12 mai 2005 *CMS c/ Argentine*
- CIRDI Compétence 17 juin 2005 *Gas Natural c/ Argentine*
- CIRDI 12 octobre 2005 *Noble Ventures c/ Roumanie*
- CIRDI Compétence 21 octobre 2005 *Aguas del Tunari c/ Bolivie*
- CIRDI Compétence 27 avril 2006 *El Paso c/ Argentine*
- CIRDI Responsabilité 3 octobre 2006 *LG & E c/ Argentine*
- CIRDI 14 juillet 2006 *Azurix c/ Argentine*
- CIRDI Objections préliminaires 27 juillet 2006 *Pan American c/ Argentine*
- CIRDI 27 octobre 2006 *Champion Trading c/ Egypte*
- CIRDI 6 février 2007 *Siemens c/ Argentine*
- CIRDI 20 août 2007 *Vivendi c/ Argentine*
- CIRDI Comité *ad hoc* 25 septembre 2007 *CMS c/ Argentine*
- CIRDI 28 septembre 2007 *Sempra c/ Argentine*
- CIRDI 6 février 2008 *Desert Line c/ Yémen*
- CIRDI Compétence 18 avril 2008 *Rompetro c/ Roumanie*
- CIRDI 8 mai 2008 *Victor Pey Casado c/ Chili*
- CIRDI 29 juillet 2008 *Rumeli Telekom c/ Kazakhstan*
- CIRDI 26 juillet 2008 *Biwater Gauff c/ Tanzanie*
- CIRDI 5 septembre 2008 *Continental Casualty Company c/ Argentine*
- CIRDI Compétence 24 septembre 2008 *Micula c/ Roumanie*
- CIRDI 6 novembre 2008 *Jan de Nul & Dredging International*
- CIRDI 12 novembre 2008 *LESI SpA. & ASTALDI SpA. c/ Algérie*
- CIRDI Exceptions relatives à la compétence 29 mai 2009 *Bureau Veritas, Inspection, Valuation, Assessment and Control c/ Paraguay*
- CIRDI 8 octobre 2009 *EDF (Services) Limited c/ Roumanie*
- CIRDI 18 mai 2010 *ATA c/ Jordanie*
- CIRDI Compétence 18 mai 2010 *Railroad Development c/ Guatemala*
- CIRDI 18 juin 2010 *Gustav F W Hamester c/ Ghana*
- CIRDI Comité *ad hoc* 29 juin 2010 *Sempra c/ Argentine*
- CIRDI Compétence 2 juillet 2010 *Burlington Resources c/ Equateur*
- CIRDI 14 juillet 2010 *Fakes c/ Turquie*
- CIRDI Comité *ad hoc* 30 juillet 2010 *Enron c/ Argentine*
- CIRDI Exceptions préliminaires 2 août 2010 *Pac Rim Cayman c/ Salvador*

- CIRDI Comité *ad hoc* 1^{er} mars 2011 *Duke Energy International c/ Pérou*
- CIRDI 28 mars 2011 *Lemire c/ Ukraine*
- CIRDI 31 octobre 2011 *El Paso c/ Argentine*
- CIRDI 22 août 2012 *Daimler c/ Argentine*
- CIRDI 31 octobre 2012 *Deutsche Bank c/ Sri Lanka*
- CIRDI Compétence, droit applicable et responsabilité 30 novembre 2012 *Electrabel c/ Hongrie*
- CIRDI 8 avril 2013 *Arif c/ Moldavie*
- CIRDI 21 mai 2013 *Convial Callao c/ Pérou*
- CIRDI Sentence finale 11 décembre 2013 *Micula c/ Roumanie*
- CIRDI 10 mars 2014 *Tulip Real Estate Investment Netherlands c/ Turquie*
- CIRDI 28 juillet 2015 *Bernhard von Pezold c/ Zimbabwe*
- CIRDI 8 décembre 2016 *Urbaser c/ Argentine*

Mécanisme supplémentaire du CIRDI :

- ALENA CIRDI Mécanisme supplémentaire 30 août 2000 *Metalclad c/ Mexique*
- ALENA CIRDI Mécanisme supplémentaire 11 octobre 2002 *Mondev c/ Etats-Unis*
- ALENA CIRDI Mécanisme supplémentaire 22 novembre 2002 *United Parcel Service c/ Canada*
- ALENA CIRDI Mécanisme supplémentaire 26 juin 2003 *Loewen c/ Etats-Unis*
- ALENA CIRDI Mécanisme supplémentaire 30 avril 2004 *Waste Management c/ Mexique*
- ALENA CIRDI Mécanisme supplémentaire Responsabilité et principes relatifs au *quantum* 22 mai 2012 *Mobil Investments Canada & Murphy Oil Corp c/ Canada*

Autres mécanismes d'arbitrage tranchant des différends d'investissement :

- ALENA CNUDCI Sentence intérimaire 26 juin 2000 *Pope & Talbot c/ Canada*
- ALENA CNUDCI 1^{ère} sentence partielle 13 novembre 2000 *SD Myers c/ Canada*
- CNUDCI Sentence finale 3 septembre 2001 *Lauder c/ République tchèque*
- ALENA CNUDCI Indemnisation 31 mai 2002 *Pope & Talbot c/ Canada*
- CNUDCI Sentence finale 14 mars 2003 *CME c/ République tchèque*
- ALENA CNUDCI 3 août 2005 *Methanex c/ Etats-Unis*
- CNUDCI Sentence finale 24 décembre 2007 *BG Group c/ Argentine*
- CNUDCI Compétence 19 septembre 2008 *Société Générale c/ République dominicaine*
- ALENA CNUDCI 31 mars 2010 *Merrill & Ring Forestry c/ Canada*
- ALENA CNUDCI 12 janvier 2011 *Grand River Enterprises c/ United States*
- CPA CNUDCI Compétence 18 juillet 2013 *ST-AD c/ Bulgarie*

- ALENA CNUDCI Compétence et responsabilité 17 mars 2015 *William Clayton c/ Canada*

Sentences *ad hoc* :

- SA 11 novembre 1912 *Indemnité russe*
- SA 1^{er} mai 1925 *Biens britanniques au Maroc*
- SA 15 octobre 1926 *L. F. H. Neer & Pauline Neer*
- SA 2 novembre 1926 *Harry Roberts*
- SA 14 mars 1927 *Williams H. Faulkner*
- SA 3 juin 1927 *George W. Hopkins*
- SA 4 avril 1928 *Ile de Palmas*
- SA 18 octobre 1928 *William T. Way*
- SA 28 août 1951 *Petroleum Development Ltd c/ Cheikh d'Abu Dhabi*
- SA 1er juin 1953 *Ruler of Qatar c/ International Marine Oil Company*
- SA 23 août 1958 *Aramco c/ Arabie Saoudite*
- SA 17 juillet 1965 *Interprétation de l'accord aérien du 6 février 1948*
- SA 19 janvier 1977 *Texaco-Calasiatic c/ Libye*
- SA 24 mars 1982 *Aminoil c/ Koweït*
- SA 30 avril 1990 *Rainbow Warrior*
- Sentence partielle 19 août 2005 *Eureko c/ Pologne*

Autres organes de règlement des différends :

- Groupe Spécial 7 février 1984 Administration de la Loi sur l'examen de l'investissement étranger
- OMC Organe d'appel 16 janvier 1998 *Mesures communautaires concernant les viandes et les produits carnés (hormones)*
- OMC Organe d'appel 12 septembre 2005 *Communautés européennes – classification douanière des morceaux de poulet désossés et congelés*
- TPIY Chambre d'appel 15 juillet 1999 *Tadić*
- CEDH Fond 18 décembre 1996 *Loizidou c/ Turquie*
- CEDH 24 juin 1993 *Papamichalopoulos c/ Grèce*

Index :

A

ALE, 69, 71, 72, 147, 281, 284, 288
ALENA, 62, 64, 65, 67, 69, 71, 99, 146, 147, 154, 166, 186, 189, 199, 244, 279, 280, 284, 285, 319, 352, 356, 393, 399
AMI, 52, 62, 63, 64, 65, 71, 93
Attribution, 401

C

Circonstances excluant l'illicéité, 251
CIRDI, 32, 56, 57, 59, 90, 94, 104, 105, 106, 109, 113, 139, 144, 163, 171, 173, 174, 175, 176, 177, 178, 179, 180, 194, 197, 199, 217, 262, 269, 291, 319, 320, 321, 324, 343, 344, 345, 346, 349, 350, 355, 356, 357, 358, 359, 361, 363, 364, 365, 369, 371, 372, 373, 374, 375, 379, 380, 382, 384, 385, 397, 398, 400

Contenu normatif des dispositions

conventionnelles, 117

Contract claims, 400
Contrat d'Etat, 84, 401
Convention de Washington, 56, 57, 83, 89, 90, 173, 175, 177, 189, 291, 293, 319, 344, 345, 347, 349, 350, 352, 355, 356, 360, 364, 365, 371, 372, 373, 375, 379, 382, 384

Coutume, 400

E

Engagement, 95
Etat de nécessité, 261, 263
Expropriation, 402

F

Formation traditionnelle, 34

I

Internationalisation, 77, 91
Interprétation, 35, 165, 192, 195, 285, 409

M

Mécanisme supplémentaire, 177, 358
Moyens complémentaires, 183, 188

P

Processus coutumier, 33, 45
Protection, 269

Q

quantum de la réparation, 307, 316, 323, 325, 326, 338, 394

R

Réclamation internationale, 369, 376
Règle générale, 182
Réparation, 300, 317, 322, 354

S

Souveraineté, 42, 43

T

TBI, 50, 51, 53, 54, 56, 62, 64, 65, 69, 70, 71, 72, 73, 93, 105, 106, 108, 109, 167, 174, 178, 179, 269, 274, 277, 281, 284, 286, 288, 324, 345, 356
Traité sur la Charte de l'Energie, 66, 356
Traitement, 400
Traitement national, 400

Table de matières

Page	
Intitulé
Plan détaillé	3
<u>Chapitre introductif</u>	
§ 1 -	L'Etat d'accueil de l'investissement étranger dans la société internationale
A -	L'Etat d'accueil de l'investissement étranger dans une société internationale appréhendée de façon « traditionnelle »
1 -	L'Etat d'accueil de l'investissement étranger en tant que membre de la société internationale
2 -	L'Etat d'accueil de l'investissement étranger en tant que titulaire de la souveraineté
B -	L'Etat d'accueil de l'investissement étranger face à la souveraineté d'autres Etats.....
1 -	L'Etat d'accueil de l'investissement étranger tenu par les règles régissant la société internationale.....
2 -	L'Etat d'accueil de l'investissement étranger tenu en tant que tel par des obligations primaires.....
§ 2 -	L'Etat d'accueil de l'investissement étranger dans une société internationale appréhendée de façon « moderne ».....
A -	L'Etat d'accueil de l'investissement étranger face à d'autres membres de la société internationale.....
1 -	L'Etat d'accueil de l'investissement étranger face à des organisations internationales.....
2 -	L'Etat d'accueil de l'investissement étranger face à des personnes privées étrangères
B -	L'Etat d'accueil de l'investissement étranger face à de nouvelles sources de règles obligatoires dans la société internationale
1 -	Des règles obligatoires nées dans de nouveaux ordres juridiques
2 -	Des règles obligatoires nées par le biais d'un nouveau type d'actes juridiques
Première Partie –	
<i>Titre I -</i>	IDENTIFICATION DES OBLIGATIONS INTERNATIONALES DE L'ÉTAT D'ACCUEIL.....
<i>Chapitre I -</i>	28
Section 1 -	<i>RECENSEMENT DES SOURCES DES OBLIGATIONS INTERNATIONALES DE L'ÉTAT D'ACCUEIL</i>
§ 1 -	30
A -	La formation d'obligations internationales par le biais des sources traditionnelles du droit international
B -	31
§ 2 -	Formation non conventionnelle des obligations internationales de l'Etat d'accueil.....
A -	32
B -	Processus coutumier en matière de biens étrangers
C -	33
D -	Formation traditionnelle de la norme coutumière
E -	34
F -	Formation « moderne » de la norme coutumière
G -	40
H -	Processus coutumier en matière d'investissements étrangers
I -	45
J -	Elément matériel du processus coutumier
K -	47
L -	Elément psychologique du processus coutumier
M -	51
N -	Formation conventionnelle des obligations internationales de l'Etat d'accueil.....
O -	53
P -	Pratique conventionnelle multilatérale
§ 1 -	54

<u>A -</u>	Instruments spécifiquement consacrés aux investissements étrangers	55
<u>B -</u>	Instruments contenant des dispositions matérielles concernant l'investissement étranger	64
<u>§ 2 -</u>	Pratique conventionnelle bilatérale.....	68
<u>A -</u>	Typologie des instruments conventionnels	69
<u>B -</u>	Orientations de la pratique conventionnelle.....	71
	<u>Conclusion du Chapitre I</u>	73
<u>Chapitre II -</u>	La formation d'obligations internationales par le biais de l'« internationalisation » du régime juridique de l'investissement étranger	75
<u>Section 1 -</u>	Facteurs intrinsèques d'« internationalisation » du régime juridique de l'investissement étranger	76
<u>§ 1 -</u>	« Internationalisation » du contrat d'Etat.....	77
<u>A -</u>	Contrat soumis au droit international.....	79
<u>B -</u>	Contrat source de droit international.....	83
<u>§ 2 -</u>	« Internationalisation » des lois & réglementations de l'Etat d'accueil..	91
<u>A -</u>	Garanties substantielles et procédurales issues du droit interne	92
<u>B -</u>	Engagement international par le biais du droit interne	95
<u>Section 2 -</u>	Facteurs extrinsèques d'« internationalisation » du régime juridique de l'investissement étranger	98
<u>§ 1 -</u>	Engagements conventionnels de l'Etat d'accueil.....	99
<u>A -</u>	Jeu de la clause dite « de couverture ».....	100
<u>B -</u>	Effet « internationalisant » de certaines autres dispositions conventionnelles	102
<u>§ 2 -</u>	Portée des engagements conventionnels de l'Etat d'accueil.....	104
<u>A -</u>	Approche restrictive.....	106
<u>B -</u>	Approche extensive.....	109
	<u>Conclusion du Chapitre II</u>	112
	<u>Conclusion du Titre I de la Première Partie</u>	114
<u>Titre II -</u>	DÉTERMINATION DU CONTENU DES OBLIGATIONS INTERNATIONALES DE L'ÉTAT D'ACCUEIL	116
<u>Chapitre III -</u>	Contenu normatif des dispositions conventionnelles régissant le traitement et la protection de l'investissement étranger.....	117
<u>Section 1 -</u>	Dispositions conventionnelles limitant le besoin d'interprétation	118
<u>§ 1 -</u>	Règles conventionnelles de traitement.....	119
<u>A -</u>	Clause de traitement national.....	121
<u>B -</u>	Clause de traitement de la Nation la plus favorisée	125
<u>§ 2 -</u>	Règles conventionnelles de protection.....	128
<u>A -</u>	Conditions de la licéité internationale d'une mesure de dépossession	131
<u>B -</u>	Calcul de l'indemnisation à l'occasion d'une mesure de dépossession	136
<u>Section 2 -</u>	Dispositions conventionnelles amplifiant la nécessité d'interprétation	139
<u>§ 1 -</u>	Standard de traitement	140
<u>A -</u>	Standard de traitement juste et équitable	141
<u>B -</u>	Parenté entre traitement juste et équitable et traitement minimum international	145
<u>§ 2 -</u>	Standard de protection	148

<u>A -</u>	Standard de protection et sécurité pleines et entières	149
<u>B -</u>	Parenté entre protection et sécurité pleines et entières et <i>due diligence</i>	153
	Conclusion du Chapitre III.....	156
<u>Chapitre IV -</u>	Interprétation des dispositions conventionnelles régissant le traitement et la protection de l'investissement étranger.....	158
<u>Section 1 -</u>	Compétences d'interprétation des dispositions conventionnelles.....	159
<u>§ 1 -</u>	Compétence de principe des parties au traité.....	160
<u>A -</u>	Interprétation émanant d'une seule des parties au traité	161
<u>B -</u>	Interprétation émanant de l'ensemble des parties au traité	165
<u>§ 2 -</u>	Compétence dévolue à un tiers désigné par les parties au traité	169
<u>A -</u>	Dévolution de la compétence d'interprétation à des fins de règlement des différends	171
<u>B -</u>	Dévolution de la compétence d'interprétation à des fins d'uniformisation de la jurisprudence	178
<u>Section 2 -</u>	Règles méthodologiques d'interprétation des dispositions conventionnelles	181
<u>§ 1 -</u>	Moyens d'interprétation susceptibles d'être utilisés par l'interprète	182
<u>A -</u>	Moyens associés à la « règle générale d'interprétation ».....	184
<u>B -</u>	Moyens complémentaires d'interprétation.....	188
<u>§ 2 -</u>	Méthode d'interprétation choisie par l'interprète	190
<u>A -</u>	Interprétation axée sur les termes du traité	192
<u>B -</u>	Interprétation axée sur les intentions prêtées aux parties.....	195
	<u>Conclusion du Chapitre IV</u>	199
	<u>Conclusion du Titre II de la Première Partie</u>	201
	<u>Conclusion de la Première Partie</u>	202
<u>Deuxième Partie -</u>	SANCTION DE L'INOBSERVATION PAR L'ÉTAT D'ACCUEIL DE SES OBLIGATIONS INTERNATIONALES	204
<u>Titre I -</u>	ENGAGEMENT DE LA RESPONSABILITÉ INTERNATIONALE DE L'ÉTAT D'ACCUEIL.....	207
<u>Chapitre V -</u>	Fait générateur de la responsabilité internationale de l'Etat d'accueil ...	208
<u>Section 1 -</u>	Comportement attribuable à l'Etat d'accueil en vertu du droit international	209
<u>§ 1 -</u>	Comportements impliquant l'exercice de prérogatives étatiques	210
<u>A -</u>	Comportements des organes de l'Etat d'accueil	212
<u>B -</u>	Comportements des entités exerçant des prérogatives de puissance publique	219
<u>§ 2 -</u>	Comportements supposant l'existence d'une impulsion ou d'une approbation étatiques	223
<u>A -</u>	Comportements selon les instructions, sous la direction ou sous le contrôle de l'Etat d'accueil	224
<u>B -</u>	Comportements reconnus ou adoptés par l'Etat d'accueil comme étant sien	228
<u>Section 2 -</u>	Comportement constituant une violation par l'Etat d'accueil d'une obligation internationale	230
<u>§ 1 -</u>	Existence d'une violation par l'Etat d'accueil d'une obligation internationale	231
<u>A -</u>	Illicéité internationale du comportement de l'Etat d'accueil et origine de l'obligation violée	233

<u>B -</u>	Illicéité internationale du comportement de l'Etat d'accueil et nature de l'obligation violée	236
<u>§ 2 -</u>	Modalités de la violation par l'Etat d'accueil d'une obligation internationale	241
<u>A -</u>	Caractère achevé ou continu du fait de l'Etat d'accueil	243
<u>B -</u>	Caractère simple ou composite du fait de l'Etat d'accueil	246
	<u>Conclusion du Chapitre V</u>	249
<u>Chapitre VI -</u>	Circonstances excluant l'illicéité internationale du comportement de l'Etat d'accueil	251
<u>Section 1 -</u>	Exclusion de l'illicéité du comportement de l'Etat d'accueil en situation d'urgence	252
<u>§ 1 -</u>	Exclusion de l'illicéité du comportement de l'Etat d'accueil en situation de force majeure	253
<u>A -</u>	Invocation de la force majeure par l'Etat d'accueil	255
<u>B -</u>	Admission de la force majeure par l'arbitre transnational	260
<u>§ 2 -</u>	Exclusion de l'illicéité du comportement de l'Etat d'accueil en situation de nécessité	262
<u>A -</u>	Invocation de l'état de nécessité par l'Etat d'accueil	263
<u>B -</u>	Admission de l'état de nécessité par l'arbitre transnational	268
<u>Section 2 -</u>	Exclusion de l'illicéité consentie par la victime du comportement de l'Etat d'accueil	278
<u>§ 1 -</u>	Consentement exprimé par l'Etat de nationalité de l'investisseur	278
<u>A -</u>	Manifestation du consentement de l'Etat de nationalité à un comportement de l'Etat d'accueil	280
<u>B -</u>	Interprétation du consentement exprimé par l'Etat de nationalité	285
<u>§ 2 -</u>	Consentement exprimé par l'investisseur victime du comportement de l'Etat d'accueil	289
<u>A -</u>	Aptitude de l'investisseur à consentir au comportement de l'Etat d'accueil	290
<u>B -</u>	Prise en considération d'une manifestation de volonté de l'investisseur de manière à écarter la responsabilité de l'Etat d'accueil	293
	<u>Conclusion du Chapitre VI</u>	296
	<u>Conclusion du Titre I de la Deuxième Partie</u>	297
<u>Titre II -</u>	<i>CONTENU ET MISE EN ŒUVRE DE LA RESPONSABILITÉ INTERNATIONALE DE L'ÉTAT D'ACCUEIL</i>	299
<u>Chapitre VII -</u>	Réparation du préjudice causé par le fait internationalement illicite de l'Etat d'accueil	300
<u>Section 1 -</u>	Le préjudice subi par l'investisseur, en tant que « préjudice causé par le fait internationalement illicite »	301
<u>§ 1 -</u>	Caractère immédiat du préjudice	302
<u>A -</u>	Un préjudice subi par un sujet de droit international	304
<u>B -</u>	Un préjudice faisant naître un intérêt à agir dans l'ordre juridique international	308
<u>§ 2 -</u>	Caractère direct du préjudice	310
<u>A -</u>	Un préjudice lié au fait internationalement illicite par un lien de causalité	311
<u>B -</u>	Une causalité appréhendée différemment selon l'obligation primaire violée	313
<u>Section 2 -</u>	Le préjudice subi par l'investisseur, en tant qu'objet de la réparation intégrale incombant à l'Etat d'accueil	315

<u>§ 1 -</u>	Détermination du mode de réparation approprié	316
<u>A -</u>	Réparation non financière du préjudice	317
<u>B -</u>	Réparation financière du préjudice	322
<u>§ 2 -</u>	Détermination du <i>quantum</i> de la réparation.....	326
<u>A -</u>	Méthodes d'évaluation du préjudice subi	327
<u>B -</u>	Eléments affectant le montant de la réparation.....	334
	<u>Conclusion du Chapitre VII</u>	338
Chapitre VIII -		
Section 1 -		
<u>§ 1 -</u>	Invocation de la responsabilité internationale de l'Etat d'accueil	340
	Titulaires du droit d'invoquer la responsabilité internationale de l'Etat d'accueil.....	340
<u>A -</u>	Droit pour l'investisseur étranger d'invoquer la responsabilité internationale de l'Etat d'accueil	341
<u>B -</u>	Un investisseur étranger lésé par le fait internationalement illicite commis par l'Etat d'accueil	343
<u>§ 2 -</u>	Un investisseur étranger ayant accès à la réclamation internationale contre l'Etat d'accueil	354
	Droit pour l'Etat de nationalité d'invoquer la responsabilité internationale de l'Etat d'accueil	362
<u>A -</u>	Un droit restreint pendant la phase transnationale du différend d'investissement.....	363
<u>B -</u>	Un droit pleinement retrouvé pendant la phase interétatique du différend d'investissement.....	365
Section 2 -		
<u>§ 1 -</u>	Modalités de l'invocation de la responsabilité internationale de l'Etat d'accueil.....	367
	Invocation de la responsabilité internationale de l'Etat d'accueil en dehors du mécanisme de la protection diplomatique	368
<u>A -</u>	Réclamation internationale émanant de l'investisseur étranger.....	369
<u>B -</u>	Réclamation internationale émanant de l'Etat de nationalité.....	376
<u>§ 2 -</u>	Invocation de la responsabilité internationale de l'Etat d'accueil dans le cadre de la protection diplomatique	379
	Une efficacité potentiellement accrue des mécanismes conventionnels de règlement des différends d'investissement	380
<u>A -</u>	Un accès potentiellement élargi aux modalités de sanction de l'internationalement illicite en matière d'investissements étrangers	383
<u>B -</u>	<u>Conclusion du Chapitre VIII</u>	387
	<u>Conclusion du Titre II de la Deuxième Partie</u>	388
	<u>Conclusion de la Deuxième Partie</u>	389
Conclusion générale		391
Bibliographie		397
Index		410
Table des matières		411