université de BORDEAUX

THÈSE PRÉSENTÉE

POUR OBTENIR LE GRADE DE

DOCTEUR DE L'UNIVERSITÉ DE BORDEAUX

ÉCOLE DOCTORALE DE DROIT (ED N°41)
SPÉCIALITÉ DROIT PUBLIC

Par **Abédjinan Sandrine TANON LOPES**

LE DROIT DES INVESTISSEMENTS INTERNATIONAUX VU PAR LA CIJ ET LE CIRDI

Sous la direction de Madame le Professeur Leila LANKARANI

Soutenue le 20 décembre 2016

Membres du jury :

Madame Geneviève BASTID BURDEAU
Professeur émérite en droit public de l'Ecole de droit de la Sorbonne à l'Université Paris I Panthéon Sorbonne, ***rapporteur***
Monsieur Walid BEN HAMIDA,
Maître de conférences en droit privé à l'Université d'Evry Val-d'Essonne, ***rapporteur***
Monsieur Arnaud DE NANTEUIL,
Professeur en droit public à l'Université de Paris Est Créteil (Paris 12)
Monsieur Loïc GRARD,
Professeur en droit public à l'Université de Bordeaux
Madame Leila LANKARANI,
Professeur en droit public à l'Université de Franche-Comté, ***directrice de thèse***

L’Université de Bordeaux n’entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses. Ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur.

L’auteure informe que, sauf indication contraire, les traductions ont été effectuées par ses soins.

A mes parents,
A Neil, Noah et Lya.

REMERCIEMENTS

Je tiens à exprimer toute ma gratitude à Madame le Professeur Leila LANKARANI pour sa confiance et sa disponibilité. Ses conseils avisés et sa rigueur ont été une source d'enrichissement intellectuel et un précieux guide tout au long de ces années de recherche.

Je remercie les enseignants qui ont contribué, sous diverses formes, à l'aboutissement de ce travail, en particulier Messieurs les Professeurs Loïc GRARD, Fabrice HOURQUEBIE, Ferdinand MELIN-SOUCRAMANIEN et Baptiste TRANCHANT.

Je souhaite également témoigner toute ma reconnaissance à ma famille bordelaise, qui, par sa présence et son soutien, a participé à la réalisation de ce travail de recherche. Merci à ceux qui sont là depuis le départ et à ceux qui ont pris le train en marche. Je tiens tout particulièrement à remercier les familles COULIBALY, GUERAULT et GUILLAUMETTE ainsi que mes chères sœurs Inès, Seynabou, Sylvia et Sylvie. Ce travail est, parce que je vous ai.

Mes remerciements vont aussi à mes amis. Merci à Djamal, Iris, Jennifer et Olivier pour leurs relectures attentives. Merci à Andy, Aude, Bastien, Elisabeth, Julie, Julien, Lina, Marie, Marion et Nicolas pour leur assistance.

J'adresse mes remerciements à ma famille si loin de mes yeux, mais si proche par son soutien indéfectible et sa confiance inébranlable en moi tout au long de ces années.

Pour finir, je tiens à remercier les membres et le personnel administratif du CRDEI, du CERCCLE et de l'Ecole doctorale de droit, et en particulier, Mesdames Dominique MARMIÉ, Martine PORTILLO, Elisabeth TOURNAN, Corinne VEYSSIERE et Florence QUÉRÉ, pour leur assistance, leur soutien et leur bienveillance.

LISTE DES PRINCIPALES ABRÉVIATIONS ET ACRONYMES

ACDI	Annuaire de la Commission du droit international
AFDI	Annuaire français de droit international
AIDI	Annuaire de l'Institut de droit international
AJIL	American journal of international law
ALENA	Accord de libre échange Nord-Américain
ASDI	Annuaire suisse de droit international
BDE	Bulletin de droit économique
BYIL	British yearbook of international law
CDI/ILC	Commission du droit international / International law commission
CIJ	Cour internationale de justice
CIRDI	Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements
CJIL	Chinese journal of international law
CNPF	Clause de la nation la plus favorisée
CNUCED	Conférence des Nations Unies pour le commerce et le développement
CPJI	Cour permanente de justice internationale
EJIL	European journal of international law
FILJ	Foreign investment law journal
HJIL	Harvard journal of international law
IDI	Institut de droit international
IISD	International Institute for sustainable development
IJIL	Indian journal of international law
ILA	International law association
ILM	International legal materials
ILR	International law reports
ITN	Investment treaty news
JDI	Journal du droit international (Clunet)
JIDS	Journal of international dispute settlement
JIEL	Journal of international economic law
JWIT	The journal of world investment and trade
LGDJ	Librairie générale de droit et de jurisprudence

OCDE	Organisation de coopération et de développement
ONU / UN	Organisation des Nations Unies / United Nations
RBDI	Revue belge de droit international
RCADI	Recueil des cours de l'Académie de droit international (La Haye)
RCDI	Revue critique de droit international
RDAI	Revue de droit des affaires internationales
Rec.	Recueil de jurisprudence
Req.	Requête
Rev. Ar.	Revue de l'arbitrage
RGDIP	Revue générale de droit international public
RIDE	Revue internationale de droit économique
RQDI	Revue québécoise de droit international
SFDI	Société française pour le droit international
TBI	Traité bilatéral d'investissement
TDM	Transnational dispute management
TJE	Traitement juste et équitable
TN	Traitement national
TNPF	Traitement de la nation la plus favorisée
TPIY	Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie

SOMMAIRE

PARTIE I : LES REGLES PRIMAIRES DU DROIT DES INVESTISSEMENTS INTERNATIONAUX POSEES PAR LA COUR PARTIELLEMENT RECONDUITES PAR LES TRIBUNAUX CIRDI 27

TITRE I : AU REGARD DES REGLES DE TRAITEMENT DE LA NATION LA PLUS FAVORISEE ET DE TRAITEMENT NATIONAL 31

CHAPITRE I : ADOPTION RELATIVE DES REGLES DE MISE EN ŒUVRE DE LA CLAUSE NPF CONSACRÉES PAR LA COUR 35

CHAPITRE II : ADOPTION RELATIVE DE L'APPROCHE DU TRAITEMENT NATIONAL RETENUE PAR LA COUR 99

TITRE II : AU REGARD DES REGLES TJE, DE PROTECTION ET DE SECURITE ET DU STANDARD MINIMUM DE TRAITEMENT 129

CHAPITRE I : ADHESION RELATIVE A LA JURISPRUDENCE DE LA COUR QUANT A LA NATURE ET A LA PORTEE DE L'OBLIGATION CONTENUE DANS LA CLAUSE DE PROTECTION ET DE SECURITE 134

CHAPITRE II : ADHESION RELATIVE A LA JURISPRUDENCE DE LA COUR SUR LE CONTENU DU STANDARD MINIMUM DE TRAITEMENT ET SES RAPPORTS AVEC LES REGLES TJE ET DE PROTECTION 153

TITRE III : AU REGARD DES REGLES RELATIVES A L'EXPROPRIATION ... 189

CHAPITRE I : CONCORDANCE PARTIELLE QUANT AU CONCEPT D'EXPROPRIATION INDIRECTE VU PAR LA COUR 193

CHAPITRE II : REPRISE LIMITEE DES CRITERES ET CONDITIONS DE LA LICEITE DE L'EXPROPRIATION JUGES PAR LA COUR 221

PARTIE II : LES REGLES SECONDAIRES APPLIQUEES AU DROIT DES INVESTISSEMENTS INTERNATIONAUX PAR LES TRIBUNAUX CIRDI PARTIELLEMENT EMPRUNTEES A LA COUR 245

TITRE I : AU REGARD DES REGLES D'ADJUDICATION 251

CHAPITRE I : ADHESION IMPARFAITE A LA JURISPRUDENCE DE LA COUR QUANT A LA MISE EN ŒUVRE DE CERTAINS ASPECTS *RATIONE MATERIAE* ET *RATIONE VOLUNTATIS* DE LA COMPETENCE 259

CHAPITRE II : ADHESION IMPARFAITE A LA JURISPRUDENCE DE LA COUR QUANT A LA DETERMINATION DE LA QUALITE D'INVESTISSEUR INTERNATIONALEMENT PROTEGEABLE 281

TITRE II : AU REGARD DES REGLES DE RECONNAISSANCE 329

CHAPITRE I : REMISE EN CAUSE PARTIELLE DES REGLES CONCERNANT LE DROIT APPLICABLE AUX LITIGES RELATIFS AUX INVESTISSEMENTS INTERNATIONAUX VUES PAR LA COUR 333

CHAPITRE II : RECONDUCTION ET REMISE EN CAUSE DES RAPPORTS ENTRE LA COUTUME ET LE TRAITE SELON LA COUR 355

TITRE III : AU REGARD DES REGLES DE LA RESPONSABILITE INTERNATIONALE DE L'ETAT 371

CHAPITRE I : REPRODUCTION PARTIELLE DE LA JURISPRUDENCE DE LA COUR SUR L'ATTRIBUTION 377

CHAPITRE II : REPRODUCTION SUBSTANTIELLE DE LA JURISPRUDENCE DE LA COUR SUR LES CONDITIONS DE MISE EN ŒUVRE DES EXCUSES ET JUSTIFICATIFS AUX MANQUEMENTS AUX REGLES PRIMAIRES 405

INTRODUCTION

Le projet de mener une étude sur *Le droit des investissements internationaux vu par la CIJ et le CIRDI* est parti de deux constats. D'une part, alors qu'il apparaît comme une discipline à l'importance grandissante dont nombre de praticiens et universitaires francophones ont fait leur spécialité, aucune étude de portée générale de langue française n'était exclusivement consacrée au droit des investissements internationaux. D'autre part, dans les études qui lui sont dédiées, le droit des investissements internationaux est largement présenté au travers de la jurisprudence, cette jurisprudence étant principalement celle des tribunaux arbitraux réglant les différends relatifs aux investissements internationaux, notamment, par interprétation et application d'accords internationaux relatifs aux investissements internationaux.

Ces constats mettaient en exergue, à notre sens, deux lacunes. La première, la « lacune doctrinale »[1], n'a commencé que très récemment à être corrigée avec la parution d'un manuel puis d'un recueil dédiés l'un, au « droit international de l'investissement »[2], et l'autre, au « droit international des investissements et de l'arbitrage transnational »[3]. Ces ouvrages viennent confirmer l'actualité de la deuxième lacune. Bien que l'importance de la jurisprudence en la matière ait conduit à affirmer « qu'elle se présente véritablement comme une composante à part entière de l'ensemble normatif qu'est le droit de l'investissement »[4], la jurisprudence sur les investissements internationaux apparaît toujours essentiellement comme celle développée par les tribunaux arbitraux. La jurisprudence de la Cour internationale de justice (CIJ) y est reléguée à une place secondaire. Elle est présentée au travers de l' « autorité morale » de la Cour, comme porteuse de « précieuses indications » pour les arbitres : « Sans être donc une « source » à proprement parler, la jurisprudence des cours universelles peut s'avérer, en certaines hypothèses, porteuse d'un éclairage précieux »[5]. Ainsi, dans les études consacrées au droit des investissements internationaux, ce n'est qu'à titre incident que la jurisprudence de la CIJ est, parfois, abordée, et ce, généralement, lorsque les tribunaux arbitraux s'y sont eux-mêmes référés. Or, il y a de solides raisons de traiter de la

[1] LEBEN (Ch.) (Dir.), *Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational*, Paris : Pedone, 2015, *Préface*, p. XIII.
[2] DE NANTEUIL (A.), *Droit international de l'investissement*, Paris : Pedone, 2014.
[3] LEBEN (Ch.) (Dir.), *Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational*, *op. cit.*
[4] DE NANTEUIL (A.), *Droit international de l'investissement*, *op. cit.*, p. 126.
[5] *Ibid.*, pp. 127-128.

jurisprudence de la Cour comme partie intégrante de la jurisprudence en matière d'investissements internationaux.

Premièrement, dans l'examen des règles substantielles du droit des investissements internationaux, la jurisprudence de la Cour de la Haye apparaît comme un passage obligé à certains égards. Le droit des investissements internationaux ne date pas dans sa genèse et ses problématiques de l'époque de l'institution des instances arbitrales dédiées au règlement des différends relatifs aux investissements internationaux. Les problématiques juridiques relatives aux investissements internationaux avaient déjà été soulevées d'une manière ou d'une autre devant la Cour, qui, lorsqu'elle a pu se prononcer, a posé des règles et dégagé des principes en la matière. Plus précisément, la Cour a connu de questions substantielles du droit des investissements internationaux dans le cadre de l'interprétation et de l'application des traités d'amitié, de commerce et de navigation et plus largement dans le cadre de la définition du régime juridique de la condition des étrangers et de leurs biens, à travers le mécanisme de la protection diplomatique.

Or, il est possible de relever une identité entre la notion de bien et la notion d'investissement telle qu'entendue notamment dans les traités bilatéraux relatifs aux investissements de « la multiplication [desquels] est né le droit contemporain de l'investissement »[6].

En effet, l'appréhension du champ du droit des investissements internationaux – qui se définit comme les « principes et règles, de droit interne comme de droit international, qui régissent le régime juridique des investissements effectués par les ressortissants d'un Etat sur le territoire d'un autre État »[7] – passe par une détermination du sens de la notion d'investissement. L'investissement, avant tout une notion économique[8], est également une notion juridique[9]. Les définitions juridiques[10] de l'investissement ont une portée

[6] *Ibid.*, p. 11.
[7] JUILLARD (P.), « L'évolution des sources du droit des investissements », *R.C.A.D.I.*, Tome 250, 1994, p. 21.
[8] La notion économique d'investissement n'est pas aisée à saisir comme en témoigne l'étude de Denis TERSEN et Jean-Luc BRICOUT sur *L'investissement international* : TERSEN (D.), BRICOUT (J.L.), *L'investissement international*, Paris : A. Colin, 1996. Selon ces auteurs, la libéralisation des échanges de biens et de capitaux ainsi que les mouvements d'intégration régionale ont entraîné une explosion quantitative de l'investissement international et avec elle, une complexité et une maturité de l'investissement international qui s'est mondialisé (du point de vue géographique) et globalisé (du point de vue des secteurs de l'économie et de catégories d'entreprises). Dès lors, pour ces auteurs, « L'aphorisme prêté à André Siegfried parlant des Chinois, « personne ne sait combien ils sont, mais il est sûr qu'ils sont très nombreux », peut aisément être transposé à l'investissement direct étranger. En effet, les statisticiens, les économistes, les responsables économiques ne s'accordent pas sur sa définition, son appréhension quantitative, ses motivations, mais tous reconnaissent qu'il est devenu un phénomène économique majeur ». (p. 3.).
[9] Le droit n'est pas épargné par les difficultés liées à la définition de l'investissement rencontrées dans la science économique : « C'est une banalité de dire que s'il est abondamment utilisé, il n'apparaît aucune définition

fonctionnelle[11]. La *fonction* des définitions de l'investissement dans les traités bilatéraux d'investissement (TBI), sources premières du droit des investissements internationaux contemporain, est de délimiter le champ d'application des TBI, de préciser les éléments susceptibles de bénéficier du régime juridique qu'ils définissent. Ces instruments retiennent généralement une conception extensive de la notion d'investissement[12].

C'est cette conception extensive qui a conduit la doctrine à souligner, à juste titre, que la notion d'investissement dans ces traités se confond en réalité avec la notion de bien. En effet, le terme investissement a été présenté comme une expression de l'effort d'adaptation aux progrès de la science économique après la seconde guerre mondiale. L'investissement, du fait

---

généralement acceptée en droit positif du mot « investissement » ». (MATRINGE (J.), « La notion d'investissement », *in* LEBEN (Ch.) (Dir.), *Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational*, *op. cit.*, p. 136.)

[10] La définition juridique de l'investissement est problématique notamment dans l'ordre juridique international, les droits nationaux disposant de leurs définitions de l'investissement international. La diversité des définitions dans les ordres juridiques nationaux explique, selon Patrick JUILLARD, l'absence de définition consensuelle de l'investissement international en droit international : « Les orientations économiques divergent ; leurs traductions juridiques diffèrent. (…) Les causes d'opposition, nombreuses et variées, entre les intérêts des Etats souverains en cette matière…entraînent une pluralité – on serait tenté d'écrire une multiplicité – de définitions. Et, comme le souligne avec bonheur G. Delaume, cette pluralité ou cette multiplicité, comme l'on voudra, a rendu impossible, l'élaboration conventionnelle d'une définition internationale de l'investissement international par induction à partir des Droits nationaux » (JUILLARD (P.), « Chronique de droit international économique – Investissements privés », *AFDI*, 1994, Tome 250 (V), p. 773.).

[11] CARREAU (D.), JUILLARD (P.), *Droit international économique*, Paris : Dalloz, 5e édition, 2013, p. 467 ; GILLES (A.), *La définition de l'investissement international : essai sur un concept juridique incertain*, Thèse de doctorat, Sous la direction de SOREL (J-M), Université Panthéon-Sorbonne, Paris, 2010, pp. 110-124 et 151-184 ; JUILLARD (P.), « Chronique de droit international économique – Investissements privés », *op. cit.*, *p*. 775-776 ; MATRINGE (J.), « La notion d'investissement », *op. cit.*, pp. 136-137.

La définition de l'investissement est ainsi au service de l'*énoncé juridique* qui la contient : « Pour chaque énoncé – (…) – l'utilisation du mot a une fin ou utilité bien spécifique dans un cadre déterminé qui n'est pas reproductible à l'identique. Les énoncés législatifs et conventionnels d'une part et juridictionnels d'autre part ne se réfèrent jamais à une notion *a priori* de l'investissement ». (MATRINGE (J.), « La notion d'investissement », *op. cit.*, p. 136)

Ainsi, l'on a pu parler de « définitions nécessairement relatives » (GILLES (A.), *La définition de l'investissement international : essai sur un concept juridique incertain*, *op. cit.*, p. 97), de l'investissement, d'une « approche « pragmatique » ou « fonctionnelle » » (MATRINGE (J.), « La notion d'investissement », *op. cit.*, p. 137) de la définition de l'investissement.

[12] A titre d'exemple, la clause type des accords français de protection et d'encouragement réciproques des investissements sur la définition de l'investissement se lit comme il suit :

« Le terme " investissement " désigne tous les avoirs, tels que les biens, droits et intérêts de toutes natures et, plus particulièrement mais non exclusivement :

- les biens meubles et immeubles, ainsi que tous autres droits réels tels que les hypothèques, privilèges, usufruits, cautionnements et tous droits analogues ;
- les actions, primes d'émission et autres formes de participation, même minoritaires ou indirectes, aux sociétés constituées sur le territoire de l'une des Parties contractantes ;
- les obligations, créances et droits à toutes prestations ayant valeur économique ;
- les droits de propriété intellectuelle, commerciale et industrielle tels que les droits d'auteur, les brevets d'invention, les licences, les marques déposées, les modèles et maquettes industrielles, les procédés techniques, le savoir-faire, les noms déposés et la clientèle ;
- les concessions accordées par la loi ou en vertu d'un contrat, notamment les concessions relatives à la prospection, la culture, l'extraction ou l'exploitation de richesses naturelles, y compris celles qui se situent dans la zone maritime des Parties contractantes. ».

du mouvement et de la durée qu'il implique, est une « notion dynamique », venue remplacer la notion de bien, « notion statique »[13], mais pour désigner « quelque chose de plus précis »[14] dans l'ensemble plus vaste que constituent les biens, dans le droit économique d'après-guerre. Cependant, la notion d'investissement a failli à cette mission de délimitation d'une certaine catégorie de biens qui lui avait été assignée en se voyant attribuer un sens large par les TBI.

En définitive, la notion d'investissement dans ces instruments n'est pas différente de celle de bien, comme le souligne la doctrine :

« A y regarder de plus près, on s'apercevra que ces instruments bilatéraux sont en réalité consacrés non pas au traitement et à la protection des investissements internationaux, mais au *traitement et à la protection des biens étrangers* – en ce compris les investissements internationaux »[15] ;

« [L]es listes d'investissements dans les TBI constituent plutôt des listes d'actifs. Elles ne sauraient être considérées comme des catalogues d'« investissements ». Ce sont des énumérations de « biens des étrangers » »[16] ;

« La définition généralement adoptée des investissements « protégés » correspond ainsi largement à la catégorie des biens étrangers protégés par le droit international du XIXème siècle, au détriment de l'idée initiale que l'investissement n'était pas tant un apport figé qu'une opération économique. »[17].

Cette confusion entre la notion de bien et celle d'investissement dans les TBI ne surprend guère quand on se réfère aux « racines communes » des TBI comme le remarque Arnaud DE NANTEUIL[18]. Les TBI ont pour "ancêtres" les traités d'amitié, de commerce et de navigation. Ainsi, Patrick JUILLARD suggère que les TBI constituent une expression de la « substitution par éclatement » des traités d'amitié, de commerce et de navigation : « une vision affinée des relations économiques de caractère international a provoqué l'éclatement des anciens modèles (Traités F.C.N.) qui ne suffisaient plus à définir en termes satisfaisants le statut des étrangers, et à leur remplacement par des accords de portée spécifique – parmi lesquels les conventions sur l'élimination des doubles impositions et les conventions sur

[13]JUILLARD (P.), « L'évolution des sources du droit des investissements », *op. cit.*, p. 24.
[14] MATRINGE (J.), « La notion d'investissement », *op. cit.*, p. 137.
[15] JUILLARD (P.), « Chronique de droit international économique – Investissements privés », *op. cit.*, p. 776. Italiques dans l'original. Patrick JUILLARD a écrit ailleurs que : « les principes de traitement et de protection, tels qu'ils se sont formés, ont été purement et simplement transposés du domaine des biens étrangers au domaine des investissements internationaux ». JUILLARD (P.), « L'évolution des sources du droit des investissements », *op. cit.*, p. 25.
[16] SILVA ROMERO (E.), « Observations sur la notion d'investissement après la sentence Phoenix », *Les Cahiers de l'Arbitrage*, 2010/4, § 15.
[17] MATRINGE (J.), « La notion d'investissement », *op. cit.*, pp. 146-147.
[18] DE NANTEUIL (A.), *Droit international de l'investissement*, *op. cit.*, p. 43.

l'encouragement des investissements revêtent une importance considérable. Ce phénomène de substitution par éclatement est révélateur : il conduit à penser que ce que nous appelons accord international sur l'encouragement des investissements internationaux remplace en droit et en fait, les dispositions des anciens modèles qui définissaient le statut juridique des biens étrangers en territoire national »[19]. Par ailleurs, la plupart des modèles de TBI ont eux-mêmes pour modèle le Projet de convention de l'OCDE sur la protection des biens étrangers adopté en 1967, qui comme son nom l'indique, porte sur les biens étrangers[20].

Ainsi, le droit des investissements internationaux ou « *what we now think of as investment protection law* »[21], constitue le prolongement, « *the modern field* », du droit de la protection des biens des étrangers[22] que la Cour de la Haye a largement contribué à définir. De ce point de vue, il n'est pas judicieux de mettre à l'écart la jurisprudence de la Cour dans l'étude du droit des investissements internationaux. Autrement dit, au regard des rapports entre les notions de *biens* et d'*investissements* et entre les TBI et les traités d'amitié, de commerce et de navigation d'une part, au regard du rôle de la Cour dans l'interprétation des traités d'amitié et dans la définition du régime des biens des étrangers d'autre part, il est permis de considérer la jurisprudence de la Cour comme porteuse d'un héritage en matière de règles substantielles du droit des investissements internationaux.

Deuxièmement, le rôle général de la Cour dans la consécration, le développement et l'interprétation du fonctionnement de l'ordre juridique international à travers les règles juridictionnelles, procédurales, d'interprétation ou encore de responsabilité internationale, est indéniable. Or, certaines de ces règles se présentent comme des chapitres incontournables dans l'étude du droit des investissements internationaux, comme en témoignent les tables des matières des ouvrages de portée générale dédiés au droit des investissements internationaux[23] ou encore les thèmes de certaines études[24] ou chroniques[25] portant sur la matière.

---

[19] JUILLARD (P.), « Chronique de droit international économique – Investissements privés », *op. cit.*, p. 776.
[20] DE NANTEUIL (A.), *Droit international de l'investissement*, *op. cit.*, pp. 43-44 ; JUILLARD (P.), « Chronique de droit international économique – Investissements privés », *op. cit.*, p. 776.
[21] CRAWFORD (J.), « Investment arbitration and the ILC articles on state responsibility », *ICSID Review*, Vol 25 (1), 2010, p. 127.
[22] *Ibidem.*
[23] Voir, entre autres, DOLZER (R.), SCHREUER (C.), *Principles of International Investment Law*, New-York: Oxford University Press, 2e edition, 2012; MUCHLINSKI (P.), ORTINO (F.), SCHREUER (C.), *The Oxford Handbook of International Investment Law*, New-York: Oxford University Press, 2008; DE NANTEUIL (A.), *Droit international de l'investissement*, Paris : Pedone, 2014; LEBEN (Ch.) (dir.), *Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational*, Paris : Pedone, 2015.
[24] Voir par exemple CRAWFORD (J.), « Investment arbitration and the ILC articles on state responsibility », *op. cit.*
[25] Voir par exemple LATTY (F.), JACOB (P.), DE NANTEUIL (A.), Arbitrage transnational et droit international général, *AFDI* (depuis 2008).

Ainsi, l'importance de la jurisprudence de la Cour pour le droit des investissements internationaux ne se limite pas aux seuls principes et règles d'ordre substantiel qu'elle a pu dégager concernant la condition des étrangers et leurs biens. Elle s'étend également à des règles générales du droit international précisées par la Cour et qui trouvent leur expression dans le cadre du droit des investissements internationaux, notamment en faisant figure de thèmes récurrents dans le contentieux des investissements internationaux.

Cet héritage – hétérogène – de la Cour pertinent pour le droit des investissements internationaux a participé à dicter l'approche par laquelle il a été jugé opportun d'appréhender notre thème de recherche. Une étude sur *Le droit des investissements internationaux vu par la CIJ et le CIRDI* aurait pu inviter *a priori* à répondre à la simple question de savoir comment la CIJ, d'une part, et le CIRDI, d'autre part, conçoivent les points de droit relatifs aux investissements internationaux. Au-delà de cette interrogation qui conduit à une approche descriptive étanche qui s'inscrirait difficilement dans l'esprit d'un travail de thèse, il convient d'explorer le thème sous un angle analytique et à travers une approche comparative. La Cour sera le levier de comparaison et la jurisprudence des tribunaux CIRDI sera mise à l'épreuve de la jurisprudence de la Cour.

Comme le souligne, à juste titre, Walid BEN HAMIDA, « Plusieurs dispositions du droit actuel des investissements peuvent être éclairées et explorées par un retour à l'histoire du droit international. Par des emprunts au fonds commun que forment la doctrine du droit international classique, les précédents jurisprudentiels et les principes consolidés par les différents droits nationaux, il deviendra possible de forger un droit des investissements convenable et ancré. Nous oublions souvent de sentir la magie du moment passé et pourtant, c'est elle qui bâtit le scénario de notre présent… »[26]. C'est en vue de déterminer le *scénario du présent* à travers *la magie du moment passé* en ce qui concerne une question se rapportant aux clauses de la nation la plus favorisée en droit des investissements internationaux que l'auteur lui-même a entrepris une étude tendant à « situer la[dite] question (…) à travers l'histoire »[27], notamment, par une analyse de décisions de la CIJ.

Ian LAIRD et José Antonio RIVAS ont, eux aussi, saisi l'importance de la jurisprudence de la Cour de la Haye en tant que partie intégrante de la compréhension du droit des investissements internationaux. A cet effet, ils dispensent un cours intitulé *Investment treaty arbitration, public international law, and landmark judgments of the ICJ*, programmé

[26] BEN HAMIDA (W.), « Clause de la nation la plus favorisée et mécanisme de règlement des différends : que dit l'histoire ? », *JDI (Clunet)*, n°4, Octobre-Novembre-Décembre 2007, doc. 10, p. 1162.
[27] *Ibid.*, p. 1139.

en 2016 à la Faculté de droit de l'Université de Georgetown. On lit dans la description de ce cours que :

« *International investment law remains moored to its foundations in public international law ("PIL"). (...). The substantive obligations…arose and took shape against the background of PIL practice, including cases of the ICJ and the PCIJ. Furthermore, the principles of State responsibility applied by arbitrators in Investor-State cases are those drafted by the International Law Commission ("ILC") of the United Nations as applied and developed by the ICJ. (...) Thus, although the Investor-State system represents a step away from the traditional State-to State remedies of PIL, any understanding of this system requires and is bolstered by familiarity with the ICJ and the principles which guide its jurisprudence*. (…). *The objective of the seminar is to provide students interested in investment treaty arbitration and/or PIL with a solid grounding in the landmark judgments of the ICJ and other relevant PIL instruments … which together provide the foundation for the rules and principles which guide investment treaty arbitration*. »[28].

Pour sa part, Arnaud DE NANTEUIL notant que la protection diplomatique est l'un des premiers mécanismes de « protection des biens des étrangers…ayant posé les bases du système contemporain »[29] du droit des investissements internationaux, que les jurisprudences autres qu'arbitrales, y compris celle de la CIJ, « ont participé à leur manière à la définition du régime juridique de l'investissement international »[30], est convaincu que « le droit contemporain de l'investissement (…) ne peut assurément [être] compr[is] sans conserver un œil avisé sur ses origines anciennes »[31].

L'intérêt et la pertinence de notre approche ne s'en retrouvent que davantage confortés. Ainsi, l'étude entreprise sur *Le droit des investissements internationaux vu par la CIJ et le CIRDI* passera par **la question de savoir si les tribunaux CIRDI puisent dans les jalons posés par la Cour de la Haye en matière de droit des investissements internationaux ou s'en départissent**.

La question ainsi retenue du thème de recherche sera traitée dans un cadre dont certaines limites s'imposent d'elles-mêmes. D'abord, une limite *ratione personae* : les

[28] Extrait de « *Course description and syllabus-spring 2016* », « S*eminar on Investment treaty arbitration, public international law, and landmark judgments of the ICJ* », par Ian LAIRD et José Antonio RIVAS. URL : https://www.law.georgetown.edu/academics/academic-programs/graduate-programs/current-students/upload/Investment-Treaty-Arbitration-Public-International-Law-and-Landmark-Judgments-of-the-ICJ-Laird-Rivas.pdf

[29] DE NANTEUIL (A.), *Droit international de l'investissement*, *op. cit.*, p. 11.

[30] *Ibid.*, p. 130.

[31] *Ibid.*, p. 11

raisonnements juridiques et les solutions jurisprudentielles exploitées dans le cadre de l'analyse comparée seront ceux de la Cour de la Haye – entendue tant de la CIJ que de sa devancière la CPJI – et des tribunaux constitués sous l'égide du CIRDI. Le choix du CIRDI pour "représenter" l'arbitrage dit d'investissements dans la présente étude au détriment d'autres mécanismes d'arbitrage – tels que l'arbitrage *ad hoc* en application notamment du règlement de la CNUDCI, la Cour permanente d'arbitrage, la cour d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale, l'institut d'arbitrage de la Chambre de commerce de Stockholm, la cour d'arbitrage de la London court of international arbitration – s'explique par la combinaison de plusieurs éléments. Ces éléments confèrent au CIRDI une « place éminente »[32] dans le paysage des mécanismes d'arbitrages relatifs aux investissements internationaux. Le cadre institutionnalisé dans lequel s'insèrent les tribunaux constitués sous l'égide du CIRDI[33] , le caractère spécialisé de la compétence du CIRDI[34] , la transparence , avec l'obligation de publication *a minima* des raisonnements juridiques et la publication des sentences avec le consentement des parties[35], la place réservée au CIRDI dans la plupart des accords sur les investissements internationaux qui lui confèrent compétence sur les différends relatifs aux investissements dans le cadre de ces accords[36], sont autant d'éléments qui concourent à poser le CIRDI comme l'instance arbitrale de référence en matière de règlement des différends relatifs aux investissements internationaux.

Le cadre du champ d'investigations se réduit encore si l'on considère la limite *ratione materiae* commandée par l'approche comparative retenue : les jurisprudences de la Cour et des tribunaux CIRDI ne pourront faire l'objet d'une analyse comparative que sur les problématiques juridiques relatives aux investissements internationaux sur lesquelles elles se sont toutes les deux, explicitement ou implicitement, principalement ou incidemment, prononcées. Pour autant, nous ne prétendons pas à l'exhaustivité et n'excluons pas que,

[32] MANCIAUX (S.), *Investissements étrangers et arbitrage entre Etats et ressortissants d'autres Etats : Trente années d'activités du CIRDI*, Paris : Litec, 2004, p. 606.
[33] *Cf.* les articles 1 à 16 de la Convention de Washington instituant le CIRDI.
[34] Article 25 (1) de la Convention de Washington instituant le CIRDI : 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. Lorsque les parties ont donné leur consentement, aucune d'elles ne peut le retirer unilatéralement.
[35] Article 48 (4) du règlement d'arbitrage du CIRDI : « Le Centre ne publie pas la sentence sans le consentement des parties. Toutefois, le Centre inclut dans les meilleurs délais dans ses publications des extraits du raisonnement juridique adopté par le Tribunal. »
[36] Comme en témoignent le nombre d'affaires portées devant le CIRDI. Début novembre 2016, le site Internet du CIRDI répertoriait 215 affaires pendantes devant des tribunaux CIRDI.

malgré nos efforts d'investigations, certaines problématiques traitées concurremment aient pu nous échapper.

Deux autres précisions sur le champ matériel de la recherche, concernant la jurisprudence de la Cour qui sera exploitée, méritent ici d'être faites. Sur la jurisprudence de la Cour concernant les étrangers et leurs biens : si le rôle de la Cour dans l'interprétation des traités d'amitié, de commerce et de navigation constitue un élément clé de l'importance de sa jurisprudence pour le droit des investissements internationaux, la définition du régime juridique de la condition des étrangers et de leurs biens par la Cour n'est pas passée uniquement par l'interprétation et l'application de ces instruments conventionnels. La Cour a eu l'occasion d'appliquer et d'interpréter tant des contrats entre Etats et personnes privées étrangères que des règles coutumières. Ce sont là autant de sources du droit dont l'appréciation par la Cour lui a permis de poser des principes et des règles pertinents pour le droit contemporain des investissements internationaux. La jurisprudence de la Cour fondée sur ces différentes sources entrera donc logiquement dans le champ de la recherche.

Sur la jurisprudence de la Cour concernant les règles de contentieux international faisant figure de chapitres incontournables du droit des investissements internationaux : en cette matière, il sera tenu compte de la jurisprudence de la Cour sur la condition des étrangers et de leurs biens, mais pas seulement. En effet, les principes et règles de droit international public posés par la Cour en matière de contentieux international ne varient pas d'une matière à une autre, étant entendu qu'ils peuvent être écartés en présence de règles spéciales dans telle ou telle matière. Par conséquent, le champ de la recherche s'étendra à la jurisprudence de la Cour en matière de contentieux international portant sur des matières autres que la condition des étrangers et de leurs biens.

Enfin, une limite *ratione temporis*, qui ne découle pas logiquement des termes du thème de la recherche, a été fixée notamment pour la jurisprudence des tribunaux CIRDI. En effet, la diversité des problématiques que nous avons recensées comme champ d'intervention commune de la Cour et des tribunaux CIRDI en droit des investissements internationaux, ajoutée à l'abondance des sentences et décisions CIRDI traitant de ces problématiques, ont conduit à fixer une limite temporelle à la prise en compte de ces sentences et décisions. Ainsi, les dernières sentences et décisions du CIRDI exploitées datent de mars 2015. Une telle délimitation est nécessairement arbitraire mais répond à un souci d'efficacité, la nécessité de passer objectivement de la phase de la récolte des données à celle de l'exploitation des données sans s'imposer un va-et-vient entre les deux phases. Va-et-vient qui, sur un champ

d'investigations embrassant plusieurs problématiques et incluant une jurisprudence qui a pu être qualifiée de « *moving target* »[37], peut commander de renouveler l'analyse à l'infini, mais également repousser à l'infini la livraison des résultats de l'analyse dans le temps.

C'est dans ce cadre triplement délimité qu'il s'agira de confronter les jurisprudences de la Cour et des tribunaux CIRDI sur les questions juridiques relatives aux investissements internationaux.

Une telle confrontation soulève indéniablement des questions connexes auxquelles l'analyse permettra de répondre en filigrane et qui constituent autant d'intérêts de la recherche. Ainsi, répondre à la question de savoir si les tribunaux CIRDI puisent dans les jalons posés par la Cour en droit des investissements internationaux ou s'en départissent, sera l'occasion de vérifier s'il existe *une* jurisprudence internationale harmonieuse en droit des investissements internationaux. Il sera par la même possible de constater l'existence ou non d'un droit des investissements internationaux, ensemble cohérent de règles.

Par ailleurs, l'étude apportera, à n'en point douter, une réponse à l'interrogation relative à l'utilisation par une juridiction internationale des précédents issus de la jurisprudence d'une autre juridiction internationale. Cette problématique a d'ailleurs fait l'objet d'une étude doctrinale concernant les deux instances au cœur de nos recherches. Dans une logique axée sur le dialogue entre la CIJ et les tribunaux CIRDI, Alain PELLET a adopté une approche similaire à celle que nous avons retenue dans un article intitulé *La jurisprudence de la Cour internationale de justice dans les sentences CIRDI*[38]. Plus précisément, dans cette étude, il a apprécié « le poids de la jurisprudence de la CIJ dans le raisonnement des arbitres »[39] du CIRDI, « l'intensité du recours à la jurisprudence de la Cour et des usages qu'en font les tribunaux CIRDI »[40], les différentes « méthodes…de recours à la jurisprudence de la CIJ »[41] par les tribunaux CIRDI. Ces questions liées à celle à laquelle nous nous proposons de répondre explicitement trouveront assurément leurs réponses de façon implicite tout au long des développements.

Enfin, l'étude permettra de mettre en lumière la portée de l'héritage que constitue la jurisprudence de la Cour de la Haye pour le droit des investissements internationaux.

---

[37] Voir KJOS (H. E.), *Applicable law in investor-state arbitration*: *The interplay between national and international law*, Oxford, U.K.: Oxford University press, 2013, p. VI.
[38] PELLET (A.), « La jurisprudence de la Cour internationale de justice dans les sentences CIRDI », *JDI Clunet*, janvier-février-mars 2014, n°1/2014, pp. 5-32.
[39] *Ibid., p. 5.*
[40] *Ibid.*, p. 20.
[41] *Ibidem.*

A la question que suscite l'objet d'étude, il est possible d'apporter la réponse suivante en tant que résultat de la recherche entreprise : **les tribunaux CIRDI ne reprennent que partiellement la jurisprudence de la Cour en matière de droit des investissements internationaux**. En effet, pour chacune des questions sur lesquelles les jurisprudences de la Cour et des tribunaux CIRDI ont été confrontées, en même temps que certaines solutions retenues par les tribunaux CIRDI s'analysent en une adoption des règles et principes posés par la Cour, d'autres s'en départissent.

Ce résultat se vérifie pour les deux strates de l'héritage de la Cour pertinent pour le droit des investissements internationaux : tant en ce qui concerne les règles substantielles du droit des investissements internationaux que pour ce qui est des règles générales du droit international faisant figure de thèmes récurrents dans le contentieux des investissements internationaux. De ce fait, il a paru adéquat de présenter le résultat de la recherche en s'appuyant sur cette dichotomie.

Cependant, si certaines questions sur lesquelles les jurisprudences de la Cour et des tribunaux CIRDI ont été confrontées ne présentent pas de difficultés à être regroupées sous le vocable de règles substantielles, la catégorie des règles générales du droit international précisées par la Cour et renvoyant à des thèmes récurrents du contentieux des investissements internationaux est, quant à elle, difficile à qualifier. Elle comprend tant des règles juridictionnelles et procédurales que des règles d'interprétation et de responsabilité internationale. Ainsi, et dans un souci de simplifier la présentation générale du résultat de la recherche, il a été jugé opportun de se fonder sur la dichotomie opérée par H.L.A. HART entre règles primaires (règles qui « prescrivent (…) d'accomplir ou de s'abstenir de certains comportements »[42]) et règles secondaires (règles qui « déterminent la façon dont les règles primaires peuvent être définitivement identifiées, édictées, abrogées ou modifiées, et le fait de leur violation définitivement établi »[43]). Si ce choix a pour but de faciliter le regroupement des questions non substantielles sous le vocable de règles secondaires, il a, par ailleurs, le mérite de correspondre à la logique dans laquelle s'inscrit l'étude, à savoir un effort de contribution à la correction des lacunes qui l'ont suscitée. Se posant comme une réflexion de portée générale en langue française sur le droit des investissements internationaux, il est pertinent que l'étude appréhende le droit des investissements internationaux comme un

[42] HART (H. L. A.), *Le concept de droit.* H.L.A. Hart, traduit de l'anglais par VAN DE KERCHOVE (M.), avec la collaboration de VAN DROOGHENBROECK (J.) et CELIS (R.), Bruxelles : facultés universitaires Saint-Louis, 1976, p. 105.
[43] *Ibid.*, pp. 119-120.

système juridique. Or, comme le note Charles LEBEN, « Tout système de droit, si on accepte la présentation classique de Hart, est constitué par l'agencement des 'règles primaires' (règles d'obligations entre les sujets de droit) et de 'règles secondaires' qui organisent la production, le changement et 'l'adjudication' des règles primaires »[44]. Certes, H.L.A. HART, à la lumière de sa théorie, a contesté la juridicité du droit international[45], mais, comme le souligne Pierre-Marie DUPUY, une telle conclusion procède d'« une singulière méconnaissance [du] contenu »[46] de l'ordre juridique international. De ce fait, l'on ne peut que s'associer à Pierre-Marie DUPUY pour « pardonner tout de même bien volontiers à un si bon auteur d'avoir tellement malmené une discipline qu'il ignorait, tant il a finalement permis d'en faciliter l'analyse »[47].

Ainsi, c'est dans le cadre de la théorie normative du droit proposée par H.L.A. HART que sera inséré le résultat de la recherche : la conclusion selon laquelle les tribunaux CIRDI ne reprennent que partiellement la jurisprudence de la Cour en matière de droit des investissements internationaux sera présentée au regard des règles primaires du droit des investissements internationaux ainsi qu'au regard des règles secondaires appliquées au droit des investissements internationaux**.**

Plus précisément, il sera démontré, d'une part, que les règles primaires du droit des investissements internationaux posées par la Cour sont partiellement reconduites par les tribunaux CIRDI (Partie I), et d'autre part, que les règles secondaires appliquées au droit des investissements internationaux par les tribunaux CIRDI sont partiellement empruntées à la Cour (Partie II).

Mais encore, reste-t-il à préciser que la démonstration de la reconduction partielle et de l'emprunt partiel passe nécessairement par la mise en exergue aussi de l'écart partiel existant entre les deux jurisprudences. Cette double démonstration nécessaire à la présentation du résultat de la recherche se ressentira dans les structurations internes de nos deux axes de présentation.

---

[44] LEBEN (Ch.), « Une nouvelle controverse sur le positivisme en droit international public », *Droits, Revue française de théorie juridique*, n° 5, 1987, p. 130.
[45] *Ibid.*, pp. 253-279.
[46] DUPUY (P.-M.), « L'unité de l'ordre juridique international », *R.C.A.D.I.*, Tome 297, 2002, p. 76.
[47] *Ibid.*, p. 77.

PARTIE I : LES REGLES PRIMAIRES DU DROIT DES INVESTISSEMENTS INTERNATIONAUX POSEES PAR LA COUR PARTIELLEMENT RECONDUITES PAR LES TRIBUNAUX CIRDI

Dans sa *Classification cursive des règles de fond issues des traités bilatéraux d'investissements*[48], Yves NOUVEL distingue entre les règles qui ressortissent :

-Du « traitement indéterminé : le traitement établi par renvoi à un autre traitement »[49] ;

-Du « traitement relativement déterminé : le traitement établi par référence à un standard »[50] ; et

-Du « traitement précisément déterminé : le traitement établi par indication d'une prestation spécifique »[51].

Dans la première catégorie, l'auteur range les clauses de traitement national, les clauses de la nation la plus favorisée et les clauses de couverture ; dans la seconde, les clauses de sécurité pleine et entière et les clauses de traitement juste et équitable (TJE) ; et, enfin, dans la troisième, diverses clauses telles que les clauses de transparence, les clauses de libre transfert ou encore les clauses d'expropriation.

Il y a là autant de règles qui « prescrivent…d'accomplir ou de s'abstenir de certains comportements »[52]. Le droit des investissements internationaux regorge donc à n'en point douter de règles primaires. Cependant, comme l'indique l'intitulé de l'article d'Yves NOUVEL, il s'agit de règles issues de TBI. Ce sont en effet les règles primaires d'origine conventionnelle qui figurent presque systématiquement dans les TBI. Les règles primaires en droit des investissements internationaux ne sont pas que d'origine conventionnelle. Le standard minimum de traitement est une règle primaire d'origine coutumière qui trouve également à s'appliquer en la matière.

L'étude des jurisprudences de la Cour de la Haye et des tribunaux CIRDI a permis de déterminer que parmi ces règles coutumières et conventionnelles, certaines seulement ont fait l'objet d'une analyse à la fois de la Cour et du CIRDI. Il s'agit, au regard de la classification opérée par Yves NOUVEL des règles de traitement indéterminé contenues dans les clauses de traitement national et les clauses de la nation la plus favorisée, des règles de traitement relativement déterminé (les clauses de sécurité pleine et entière et les clauses TJE) et seulement des règles de traitement déterminé que constituent les clauses d'expropriation. A cela s'ajoute le standard minimum de traitement.

---

[48] NOUVEL (Y.), « Classification cursive des règles de fond issues des traités bilatéraux d'investissements », *in* NOUVEL (Y.), SANTULLI (C.), BASTID BURDEAU (G.), et *al.*, « les techniques conventionnelles du droit international des investissements », [version écrite des exposés présentés lors de la journée d'études organisée par l'IHEI, Institut des Hautes Etudes Internationales de l'Université Paris II (Panthéon-Assas) le 19 juin 2014], *RGDIP*, Tome 119, n°1, 2015, pp. 7-18.
[49] *Ibid.*, p. 8.
[50] *Ibid.*, p.11.
[51] *Ibid.*, p.15.
[52] HART (H. L. A.), *Le concept de droit, op. cit.,* p. 105.

Le regroupement de ces différentes règles primaires sur lesquelles il a été donné de relever que la Cour et les tribunaux CIRDI se sont conjointement prononcés, conduit à adopter une structure tripartite pour procéder à la confrontation des jurisprudences de la Cour et des tribunaux CIRDI dont il ressort une harmonie partielle.

En effet, pour chaque strate de ce cadre, le résultat de la confrontation s'avère le même : la confirmation partielle de la jurisprudence de la Cour par les tribunaux CIRDI. Ainsi, c'est au regard, d'une part des règles de traitement de la nation la plus favorisée et de traitement national (Titre I), puis et d'autre part, des règles TJE, de protection et de sécurité et du standard minimum de traitement (Titre II), et enfin au regard des règles relatives à l'expropriation (Titre III) qu'il faut établir l'harmonie partielle qui se dégage de cette analyse comparative entre les vues de la CIJ et du CIRDI sur lesdites règles.

TITRE I : AU REGARD DES REGLES DE TRAITEMENT DE LA NATION LA PLUS FAVORISEE ET DE TRAITEMENT NATIONAL

Les obligations de traitement national et de traitement de la nation la plus favorisée (NPF) sont des obligations conventionnelles qu'on retrouve notamment dans les traités de commerce, les conventions d'établissement et les accords internationaux relatifs aux investissements.

Ces obligations garantissent à l'étranger un traitement non moins favorable que celui que l'Etat hôte accorde à ses nationaux (traitement national) ou à d'autres étrangers (traitement NPF).

En dépit de la simplicité de formulation qui caractérise globalement les clauses contenant de telles obligations, leur interprétation n'a pas manqué de soulever des difficultés.

Ces difficultés ont été expérimentées par la Cour de la Haye avant de l'être par les tribunaux CIRDI.

Au regard, d'une part, des règles et principes dégagés par la Cour en ce qui concerne le traitement national et le traitement NPF et, d'autre part, de la jurisprudence des tribunaux CIRDI en la matière, il apparaît que les tribunaux CIRDI n'adoptent que relativement l'approche du traitement national (Chapitre II) ainsi que les règles de mise en œuvre de la clause NPF (Chapitre I) consacrées par la Cour.

CHAPITRE I : ADOPTION RELATIVE DES REGLES DE MISE EN ŒUVRE DE LA CLAUSE NPF CONSACRÉES PAR LA COUR

Le traitement NPF est d'abord apparu sous la forme de « promesses unilatérales »[53] dès le XIe siècle avant de prendre corps dans des traités bilatéraux à partir du XVe siècle pour devenir une pratique courante au XVIIe siècle notamment avec les traités d'amitié, de commerce et de navigation[54]. Si l'intégration de la clause NPF dans des instruments conventionnels laisse à penser qu'elle est « octroyée d'une manière synallagmatique »[55], il n'en a pas toujours été ainsi. C'est le cas notamment dans les traités de capitulation où la clause NPF était stipulée de façon unilatérale[56], à la charge du seul Etat capitulaire.

En 1949, le Secrétaire Général des Nations-Unies, constatant que les interprétations divergentes de la clause NPF continuent à soulever des difficultés[57], a exprimé la nécessité de « *reconsider the view expressed by the League of Nations Committee of Experts that the subject* (…) *can be best dealt with by way of bilateral agreements* »[58].

C'est en 1967, au regard de l'intérêt exprimé pour la problématique et des interrogations qu'elle suscitait que la Commission du droit international (CDI) décide d'inscrire le thème de la clause de la nation la plus favorisée dans le droit des traités dans son programme de travail, ce qui déboucha en 1978 sur un projet d'articles sur les clauses NPF[59].

Selon ce projet, la clause NPF 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. »[60]. Quant au traitement NPF, il renvoie,

---

[53] Commission du droit international, « Premier rapport sur la clause de la nation la plus favorisée », par Mr. Endre USTOR, Rapporteur Spécial, Document A/CN.4/213, *Annuaire de la Commission du droit international*, 1969, vol. II, p. 165.

[54] Pour l'histoire de la clause de la nation la plus favorisée, voir Commission du droit international, « Premier rapport sur la clause de la nation la plus favorisée », *op. cit.*, pp. 165-175; voir également CNUCED, « Most-favoured-nation treatment: a sequel», *UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II*, New York and Geneva: United Nations, 2010, pp. 9 ss.

[55] VIGNES (D.), « La clause de la nation la plus favorisée et la pratique contemporaine : problèmes posés par la Communauté économique européenne », *R.C.A.D.I.*, Tome 130, 1970, p. 320.

[56] Pour un aperçu de l'idée de « L'Etat concédant [comme] seul débiteur de l'obligation d'accorder le traitement de la nation la plus favorisée », voir CRÉPET DAIGREMONT (C.), *La clause de la nation la plus favorisée*, Paris : Pedone, 2015, pp. 45-50.

[57] Commission du droit international, « Survey of International Law in Relation to the Work of Codification of the International Law Commission: Preparatory work within the purview of article 18, paragraph 1 of the International Law Commission - Memorandum submitted by the Secretary-General», 1949, document A/CN.4/1/Rev.1, p. 52.

[58] *Ibid.*, pp. 52-53.

[59] Commission du droit international, « Projet d'articles sur les clauses de la nation la plus favorisée et commentaires », *Rapport de la Commission sur les travaux de sa trentième session*, Document A/33/10, pp.19-83.

[60] Article 4 du projet d'articles.

selon le même projet d'articles au « traitement accordé par l'Etat concédant à l'Etat bénéficiaire, ou à des personnes ou des choses se trouvant dans un rapport déterminé avec cet Etat, non moins favorable que le traitement conféré par l'Etat concédant à un Etat tiers ou à des personnes ou des choses se trouvant dans le même rapport avec cet Etat tiers »[61]. Ainsi, comme pour le traitement national, le traitement NPF garantit l'égalité de traitement comme un minimum, l'étranger devant jouir d'un traitement *au moins aussi favorable* que, donc un traitement *au moins égal* à, celui des autres étrangers.

Le *projet d'articles de la CDI sur la clause de la nation la plus favorisée* n'a de toute évidence pas épuisé les questions soulevées par la problématique de la clause NPF. L'idée de travaux supplémentaires sur ce thème a été suggérée en 2006 par le Groupe de travail sur le programme de travail à long terme de la CDI et a été favorablement accueillie. La CDI a ainsi inscrit le sujet de « la clause de la nation la plus favorisée » à son programme de travail à long terme et institué, en 2009, un groupe d'étude sur le sujet, qui a été présidé par M. Donald McRAE à partir de 2012 et, en l'absence de celui-ci, par M. Mathias FORTEAU.

Le droit des investissements internationaux n'est pas étranger à ce regain d'intérêt pour la thématique de la clause NPF. Comme le souligne le *Rapport final du groupe d'étude sur la clause de la nation la plus favorisée*[62], « la décision de la Commission de se pencher à nouveau sur la question de la clause de la nation la plus favorisée a été motivée par les faits nouveaux observés dans ce domaine depuis 1978, notamment l'extension du champ d'application des dispositions NPF dans le cadre des accords de l'OMC, l'incorporation généralisée de dispositions NPF aux traités bilatéraux d'investissement et de dispositions relatives à l'investissement dans les accords d'intégration économique régionale, et les difficultés particulières qui se posent dans l'interprétation et l'application des dispositions NPF des traités d'investissement » [63].

---

[61] Article 5 du projet d'articles.

[62] Commission du droit international, « Rapport final du groupe d'étude sur la clause de la nation la plus favorisée », Document A/CN.4/L.852, *Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa soixante-septième session (4 mai-5 juin et 6 juillet-7 août 2015)*, pp. 158-207.

[63] *Ibid.*, p. 162. Le deuxième rapport du groupe d'étude sur la clause NPF précisait d'ailleurs que « l'objectif général des travaux du Groupe d'étude est de prévenir la fragmentation du droit international en faisant valoir l'importance d'une cohérence accrue dans les décisions d'arbitrage en matière d'investissements, en particulier en ce qui concerne les dispositions NPF. Le Groupe d'étude continue de penser qu'il peut contribuer à accroître la sécurité et la stabilité du droit des investissements. Les résultats de ses travaux devraient être d'utilité pratique pour les responsables politiques et tous ceux qui interviennent dans le domaine des investissements.» Commission du droit international, « Rapport du Groupe d'étude sur la clause de la nation la plus favorisée », Document A/CN.4/L.828, *Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa soixante-cinquième session* (Genève, 6 mai-7 juin et 8 juillet-9 août 2013), pp. 114-115.

Il apparaît donc que le constat exprimé en 1949 par le Secrétaire Général des Nations Unies – selon lequel les interprétations divergentes de la clause de la nation la plus favorisée continuent à soulever des difficultés[64] – est toujours d'actualité, notamment en droit des investissements internationaux.

La jurisprudence des tribunaux CIRDI n'est pas de nature à infirmer ce constat. Les divergences d'interprétation de la clause NPF qu'il est possible de relever au sein de cette jurisprudence permettent d'esquisser des résultats de la confrontation des jurisprudences des tribunaux CIRDI et de la Cour de la Haye.

En effet, la Cour de la Haye a eu l'occasion de se prononcer sur la problématique de la clause NPF avant même que le CIRDI soit institué. Les principes qu'elle a dégagés constituent la référence[65], « l'héritage du droit international »[66] en matière de clause NPF.

Ainsi, les divergences d'interprétation de la clause NPF dans la jurisprudence des tribunaux CIRDI sont également sources de discordances lorsque les jurisprudences de la Cour et des tribunaux CIRDI sont mises face à face, révélant une adoption seulement partielle, par les sentences CIRDI, des règles de mise en œuvre de la clause NPF que la Cour a eu à dégager.

S'il apparaît que les sentences CIRDI adhèrent largement aux principes de fonctionnement et à la fonction de la clause NPF tels que consacrés par la Cour (Section I), certaines sentences CIRDI remettent en cause la portée restrictive que la Cour a attribuée à la clause NPF sur la base de la règle *ejusdem generis* (Section II).

---

[64] Commission du droit international, «Survey of International Law in Relation to the Work of Codification of the International Law Commission: Preparatory work within the purview of article 18, paragraph 1 of the International Law Commission», *op. cit.*, p. 52.

[65] Comme le souligne à juste titre Claude ROSSILLION, « les arrêts de la Cour internationale de Justice inaugurent la jurisprudence internationale sur des points qui avaient fait l'objet de sérieuses difficultés et qui intéressent la théorie générale de la clause [NPF] ; les solutions qu'ils apportent … dépassent le cadre des espèces qui les ont provoquées ». ROSSILLION (Cl.), « La clause de la nation la plus favorisée dans la jurisprudence de la Cour internationale de Justice », *JDI*, janvier-mars 1955, N° 1, p. 76

[66] BANIFATEMI (Y.), «The Emerging Jurisprudence on the Most-Favoured-Nation Treatment in Investment Arbitration», *in* BJORKLUND (A. K.), LAIRD (I. A.), RIPINSKY (S.) (eds.), *Remedies in International Investment Law. Emerging Jurisprudence of International Investment Law*, London: British Institute of International and Comparative Law, 2009, p. 242.

Section I : Large adhésion des sentences CIRDI aux principes de fonctionnement et à la fonction de la clause NPF

Lorsqu'elle s'est prononcée sur la problématique de la clause NPF, la Cour a posé des principes concernant le fonctionnement de la clause NPF et a dégagé la fonction de la clause.

En termes de principes de fonctionnement, elle a posé un principe relatif à la source des droits du bénéficiaire de la clause NPF et un principe régissant la portée de la clause. Ce dernier étant abordé dans le cadre des développements sur la portée de la clause dans la section suivante, seul le premier sera pris en compte dans les lignes qui suivent.

Le principe de l'identification du traité de base, que la Cour a posé concernant la source des droits du bénéficiaire de la clause NPF, a été suivi par les tribunaux CIRDI lorsqu'ils ont été confrontés à la question (Paragraphe I). Pour ce qui est de la fonction de la clause dégagée par la Cour, elle est hautement perceptible dans la jurisprudence des tribunaux CIRDI (Paragraphe II).

Paragraphe I : Identification du « traité de base » suivie par les tribunaux CIRDI

La Cour de la Haye a décidé que la source des droits du bénéficiaire de la clause NPF réside dans le traité contenant la clause. Ce principe qui confirme le maintien de l'effet relatif des traités (I) a été repris dans la jurisprudence des tribunaux CIRDI (II).

I. Un principe directeur dégagé par la CIJ confirmant le maintien de l'effet relatif des traités

La problématique de l'identification du traité qui gouverne les droits du bénéficiaire de la clause NPF a été soulevée dans l'affaire de l'*Anglo-iranian Oil Co*. du 22 juillet 1952[67] dans le cadre de l'interprétation de la déclaration iranienne d'acceptation de la juridiction obligatoire de la CPJI.

Par sa déclaration en date du 19 septembre 1932, l'Iran reconnaissait la compétence de la CPJI « sur tous les différends qui s'élèveraient après la ratification de [sa] déclaration, au sujet de situations ou de faits ayant directement ou indirectement trait à l'application des traités ou conventions acceptés par la Perse et postérieurs à la ratification de [sa] déclaration ».

[67] *Affaire de l'Anglo-Iranian Oil Co.* (compétence), Arrêt du 22 juillet 1952 : C. I. J. Recueil 1952, p. 93.

Au regard de la date et des termes de la déclaration iranienne, la compétence de la Cour à l'égard de l'Iran dans un contentieux avec d'autres Etats, ici le Royaume-Uni, était limitée aux différends relatifs à l'application de traités acceptés par l'Iran après le 19 septembre 1932. Face à cet obstacle pouvant surgir de l'interprétation de la portée *ratione temporis* de la Déclaration iranienne par la Cour, le Royaume-Uni a entendu rattacher le fondement de sa requête à des traités postérieurs conclus par l'Iran et créant des obligations dont il était bénéficiaire par le jeu de la clause NPF.

Ainsi, selon le Royaume-Uni, par le jeu de la clause NPF dans les traités de 1857[68] et 1903[69] qui le liaient à l'Iran, sa demande était fondée sur des traités postérieurs de l'Iran avec des Etats tiers, notamment le Danemark, qu'il invoquait comme justifiant la base de la compétence matérielle et temporelle de la Cour.

Dans l'analyse de la relation triangulaire entre le Royaume-Uni, l'Iran et le Danemark, le Royaume-Uni estimait que la question litigieuse portée devant la Cour découlait de l'application du traité de 1934 entre le Danemark et l'Iran et non de l'application des traités de 1857 et 1903 contenant la clause NPF. Selon le Royaume-Uni, le différend dont il a saisi la Cour se rapportait « à des situations ou faits ayant directement ou indirectement trait à l'application d'un traité - le traité de 1934 entre le Danemark et l'Iran - accepté par l'Iran après la ratification de sa déclaration. (…) La question à examiner par la Cour n'est pas : « quels sont les traités qui confèrent à la Grande-Bretagne les droits dont il s'agit », mais bien «quels sont les traités dont l'application est en cause » »[70].

L'argumentation du Royaume-Uni était de nature à faire des traités liant l'Iran au Danemark la source directe de ses droits en tant que bénéficiaire de la clause NPF, invocables à l'égard de l'Iran en vertu de cette clause.

---

[68] Selon l'article IX du traité de 1857, « Les Hautes Parties contractantes s'engagent à ce que dans l'établissement et la reconnaissance des consuls généraux, consuls, vice-consuls et agents consulaires, chacune d'elles sera placée dans les territoires de l'autre sur le pied de la nation la plus favorisée et à ce que le traitement appliqué à leurs sujets respectifs et à leur commerce sera à tous égards placé sur la base du traitement appliqué aux ressortissants et au commerce de la nation la plus favorisée. »

[69] L'article II de la convention commerciale de 1903 dispose que :
« .... il est formellement stipulé que les sujets et les importations britanniques en Perse, ainsi que les sujets persans et les importations persanes dans l'Empire britannique continueront à jouir sous tous les rapports du régime de la nation la plus favorisée .... ».

[70] *Affaire de l'Anglo-Iranian Oil Co.* (compétence), arrêt, *op. cit.*, p. 109. On retrouve cette thèse exprimée également par *Sir* Eric Beckett : Duplique de Sir Eric Beckett (agent du Gouvernement britannique), Séance publique du 21 juin 1952 (après midi), C.I.J., *Mémoires, plaidoiries et documents, Affaire de l'Anglo-Iranian Oil Co. (compétence)*, Section B : procédure orale concernant l'exception préliminaire, séances publiques, pp. 648-649.

L'Iran, par la voix d'Henri ROLIN, a contesté cette position en soutenant que le traité liant le Royaume-Uni à l'Iran était « la racine du droit, la source du droit, l'origine du droit dont se prévaut en l'espèce le Gouvernement britannique »[71].

La Cour, rejetant la thèse britannique, a indiqué qu'en vue de « se prévaloir d'un traité entre l'Iran et un Etat tiers en se fondant sur la clause de la nation la plus favorisée contenue dans un traité conclu par le Royaume-Uni avec l'Iran, il faut que le Royaume-Uni ait le droit d'invoquer ce dernier traité ». En effet, c'est ce traité contenant la clause NPF qui est « le traité de base que le Royaume-Uni doit invoquer. C'est là le traité qui établit le lien juridique »[72] entre l'Etat bénéficiaire et un traité avec un État tiers, et qui confère à l'Etat bénéficiaire « les droits dont jouit l'État tiers »[73].

Tout ceci découle d'une logique juridique pour la Cour : « un traité avec un Etat tiers, indépendamment et isolément du traité de base, ne peut produire aucun effet juridique entre le Royaume-Uni et l'Iran : il est *res inter alios acta* … Il ne saurait exister de différend entre l'Iran et le Royaume-Uni sur la base du seul traité conclu entre l'Iran et le Danemark »[74].

Ainsi, pour la Cour, dans le rapport triangulaire instauré par la clause NPF entre l'Etat concédant, l'Etat bénéficiaire et l'Etat tiers, le traité gouvernant les droits du bénéficiaire est non pas le traité entre l'Etat concédant et l'Etat tiers mais le traité entre l'Etat concédant et l'Etat bénéficiaire contenant la clause NPF.

La règle de fonctionnement de la clause NPF ainsi posée par la Cour peut être confirmée par les solutions qu'elle a retenues dans l'arrêt *Droits des ressortissants des Etats-Unis d'Amérique au Maroc*. Sans entrer dans les détails de l'affaire ayant donné lieu à cet arrêt, qui fera l'objet de plus amples développements dans les lignes qui suivent, il est possible de noter que, dans cette affaire, la Cour a décidé ce qui suit : la Clause NPF ne détache pas les dispositions du traité tiers pour les incorporer de façon permanente au traité contenant la clause en les rendant de la sorte indépendantes du traité dont elles ont été tirées ; lorsque le traité tiers disparait, le mécanisme de la clause NPF disparait aussi[75] .

[71] Réplique de M. le Professeur Rolin (Avocat du Gouvernement de l'Iran), Séance publique du 19 juin 1952 (matin), C.I.J., *Mémoires, plaidoiries et documents, Affaire de l'Anglo-Iranian Oil Co. (compétence),* Section B : procédure orale concernant l'exception préliminaire, séances publiques, p. 616
[72] *Affaire de l'Anglo-Iranian Oil Co. (compétence)*, arrêt, *op. cit*., p. 109.
[73] *Ibidem*.
[74] *Ibid.*, pp. 109-110.
[75] *Cf. infra*, I. A. du Paragraphe II de la présente section.

Rejetant ainsi la thèse de l'incorporation permanente formulée par les Etats-Unis dans cette affaire, la Cour décide, par cette solution, que les dispositions du traité tiers ne peuvent lier l'Etat concédant et l'Etat bénéficiaire de façon indépendante par le jeu de la clause NPF. De ce point de vue, cet arrêt constitue un prolongement de la portée de la décision de la Cour dans l'arrêt *Anglo-Iranian Oil Co.* selon laquelle « un traité avec un Etat tiers, indépendamment et isolément du traité de base, ne peut produire aucun effet juridique entre [l'Etat concédant et l'Etat bénéficiaire] : il est *res inter alios acta* »[76].

La Cour aligne ainsi les principes de base du fonctionnement de la clause NPF sur les règles du droit des traités concernant l'effet d'un traité sur les Etats tiers du fait de l'effet relatif des traités. En effet, la thèse selon laquelle le traité entre l'Etat concédant et l'Etat tiers est à l'origine des droits du bénéficiaire de la clause NPF est contraire à la règle *pacta tertiis nec nocent nec prosunt* telle que codifiée à l'article 34[77] de la convention de Vienne sur le droit des traités. En rejetant cette thèse, la Cour établit donc que l'application de la clause NPF n'est pas une exception à la règle selon laquelle les traités ne produisent d'effets qu'entre les parties contractantes[78].

L'identification du traité liant l'Etat concédant à l'Etat bénéficiaire comme « traité de base », source des droits de l'Etat bénéficiaire dans la relation instaurée par la clause NPF, est reprise dans la jurisprudence des tribunaux CIRDI.

II. Une suite concordante dans la jurisprudence des tribunaux CIRDI

Dans la décision sur la compétence dans l'affaire *Maffezini*, le principe dégagé par la CIJ quant au traité gouvernant les droits du bénéficiaire de la clause NPF est expressément repris par le tribunal. Celui-ci, préalablement à la question de la portée de la clause NPF qui

[76] *Affaire de l'Anglo-Iranian Oil Co. (compétence)*, arrêt, *op. cit*., p. 109.
[77] Article 34 (Règle générale concernant les Etats tiers) : « Un traité ne crée ni obligations ni droits pour un Etat tiers sans son consentement ».
[78] Voir Commission du droit international, « Deuxième rapport sur la clause de la nation la plus favorisée », par Mr. Endre USTOR, Rapporteur Spécial, Document A/CN.4/228 et Add.l., *Annuaire de la Commission du droit international,* 1970, volume II, pp. 218-219.
Dans l'article 8 du projet d'articles de la CDI sur la clause NPF qui reprend le principe posé par la Cour, ce principe est justifié comme l'expression de l'article 36 paragraphe 1 de la Convention de Vienne sur le droit des traités qui indique que l'exception à la règle selon laquelle un traité ne produit pas des droits pour les Etats tiers à ce traité est conditionnée par deux éléments : l'intention des parties et le consentement du tiers (Commission du droit international, « Projet d'articles sur les clauses de la nation la plus favorisée et commentaires », *op. cit.,* p. 30).

se posait en l'espèce, a estimé qu'il était nécessaire de déterminer le traité qui régissait les droits dont l'investisseur entendait bénéficier au nom de la clause[79].

La décision *Maffezini* constatant que « la Cour internationale de justice a décidé que le traité de base que le demandeur pouvait invoquer était celui "contenant la clause de la nation la plus favorisée" »[80], suit la Cour quant au principe qu'elle a ainsi dégagé dans l'affaire de l'*Anglo-Iranian Oil Company,* dès lors qu'il « emporte des conséquences pratiques pour l'application de la clause de la nation la plus favorisée »[81].

La reconnaissance claire de l'héritage laissé par l'arrêt *Anglo-Iranian Oil Company* se retrouve également dans la sentence *Wintershall*[82] qui a présenté cet arrêt dans sa rubrique dédiée aux *principes gouvernant les clauses NPF dans les traités bilatéraux*[83]. Cette sentence admet le rôle précurseur[84] de l'arrêt *Anglo-Iranian Oil Company* qui, selon elle, « a affirmé avec autorité (contrairement à la pensée juridique courante d'alors) que la règle selon laquelle les traités ne produisent des effets qu'entre les Parties Contractantes s'applique également aux traités contenant des clauses NPF »[85].

D'une façon indirecte cette fois, le principe posé par la Cour trouve également son expression dans la décision CIRDI sur la compétence dans l'affaire *Suez et InterAguas*[86]. Le tribunal a en effet indiqué qu'en statuant sur l'invocation du bénéfice de droits concédés dans le TBI Argentine / France par le jeu de la clause NPF contenue dans le TBI Argentine / Espagne, il n'applique pas le TBI Argentine / France mais plutôt le TBI Argentine / Espagne[87].

Cette position du tribunal rejoint incontestablement celle que la Cour a exprimé en ces termes dans l'arrêt *Anglo Iranian Oil Co.* : « du point de vue juridique, ce qui est en cause, ce n'est pas l'application du traité de 1934 entre l'Iran et le Danemark, mais l'application du traité de 1857 ou de la convention de 1903 entre l'Iran et le Royaume-Uni en liaison avec le traité de 1934 entre l'Iran et le Danemark »[88]. De ce point de vue, et pour paraphraser la Cour, la

[79] *Maffezini c. Espagne*, CIRDI, affaire n° ARB/97/7, décision sur la compétence, 25 janvier 2000, § 44.
[80] *Ibidem*.
[81] *Ibidem*.
[82] *Wintershall c. Argentine*, CIRDI, affaire n° ARB/04/14, sentence du 8 décembre 2008.
[83] *Ibid.*, §§ 92-107.
[84] *Ibid.*, § 97*:* « *The decision of the ICJ in the Anglo Iranian Oil Company case was of seminal theoretical significance* ».
[85] *Ibidem*.
[86] *Suez et InterAguas c. Argentine*, CIRDI, affaire n° ARB/03/17, décision sur la compétence du 16 mai 2006.
[87] *Ibidem*, § 58.
[88] *Affaire de l'Anglo-Iranian Oil Co. (compétence)*, arrêt, *op. cit*., pp. 109-110.

sentence *Suez et InterAguas* souscrit à l'idée selon laquelle le TBI Argentine/ France, traité tiers, indépendamment et isolément du TBI Argentine / Espagne, traité contenant la clause NPF, ne peut produire aucun effet juridique à l'égard de l'investisseur espagnol[89]. Le TBI Argentine / Espagne, traité contenant la clause NPF, est donc « le traité qui établit le lien juridique »[90] entre un investisseur espagnol et le TBI Argentine / France, traité tiers, et qui confère à l'investisseur espagnol « les droits dont jouit »[91] un investisseur français, ressortissant de l'Etat tiers partie au traité tiers.

A côté de ce principe de fonctionnement, la fonction de la clause NPF, elle aussi dégagée par la Cour, se retrouve dans la jurisprudence des tribunaux CIRDI.

Paragraphe II : La « fonction égalisatrice » perceptible dans la majorité des sentences CIRDI

Si la « fonction égalisatrice »[92] de la clause NPF posée par la Cour a été confirmée par la majorité des sentences CIRDI (I), de rares sentences CIRDI dénaturent cette fonction par la façon dont elles appliquent la clause NPF (II).

I. La confirmation de la fonction égalisatrice du TNPF dans les sentences CIRDI

Le principe selon lequel la clause NPF a pour fonction d'assurer une égalité entre les Etats qui entrent en relation avec l'Etat concédant est d'abord posé par la Cour de la Haye (A), et il est possible de le relever par la suite dans plusieurs sentences CIRDI (B).

A. Le principe tel que posé par la Cour de la Haye

La question de la fonction de la clause NPF s'est posée dans l'affaire relative aux *droits des ressortissants des Etats-Unis d'Amérique au Maroc*[93].

Dans cette affaire, les Etats-Unis et la France n'étaient pas d'accord quant à la teneur et l'étendue de certains droits dont les ressortissants américains pouvaient jouir dans la zone du Maroc sous protectorat français. Plus précisément et en rapport avec la clause NPF, la

[89] Voir *Affaire de l'Anglo-Iranian Oil Co. (compétence)*, arrêt, *op. cit*., p. 109.
[90] *Ibidem*.
[91] *Ibidem*.
[92] ROSSILLION (Cl.), « La clause de la nation la plus favorisée dans la jurisprudence de la Cour internationale de Justice », *op. cit.*, p.106.
[93] *Affaire relative aux droits des ressortissants des Etats-Unis d'Amérique au Maroc*, Arrêt du 27 août 1952 : C.I.J. Recueil 1952, p. 176.

question de l'étendue de la juridiction consulaire des Etats-Unis et celle de l'immunité fiscale pour les ressortissants des Etats-Unis se posaient en l'espèce[94].

Par le jeu de clauses NPF contenues dans les articles 14 et 24 du traité de paix et d'amitié du 16 septembre 1836 entre les Etats-Unis et le Maroc[95], et à l'article 17 de la Convention de Madrid de 1880[96] liant aussi ces deux Etats, les Etats-Unis entendaient faire bénéficier leurs ressortissants de privilèges de juridiction consulaire et de privilèges fiscaux concédés par le Maroc dans le traité général de 1856 le liant à la Grande-Bretagne, et dans le traité de commerce et de navigation de 1861 liant le Maroc à l'Espagne.

La difficulté qui se posait au regard de ces relations triangulaires sur lesquelles les Etats-Unis entendaient se fonder était relative au fait que les deux traités contenant le traitement le plus favorable concédé par le Maroc à la Grande-Bretagne et à l'Espagne n'étaient plus en vigueur[97].

Selon la France, les Etats-Unis n'étaient plus fondés à invoquer, par le jeu de la clause NPF, le bénéfice des droits et privilèges capitulaires auxquels l'Espagne et la Grande-Bretagne avaient renoncé.

Contestant l'argumentaire de la France, les Etats-Unis estimaient que l'invocation du bénéfice de droits et privilèges en vertu de la clause NPF restait possible en l'espèce même si l'Espagne et la Grande-Bretagne avaient renoncé aux droits et privilèges plus favorables dont le bénéfice était invoqué.

---

[94] Pour la France, les privilèges des ressortissants américains en matière de juridiction consulaire se limitaient à l'article 20du traité de paix et d'amitié du 16 septembre 1836 entre les Etats-Unis et le Maroc qui conférait une juridiction consulaire dans les différends s'élevant entre citoyens et protégés des Etats-Unis. Selon les Etats-Unis, leur juridiction consulaire dans la zone française du Maroc n'était pas limitée aux différends opposant un citoyen ou protégé des Etats-Unis à un autre citoyen ou protégé des Etats-Unis. Au-delà de ce privilège découlant du traité du 16 septembre 1836, le jeu de clauses de la nation la plus favorisée devait permettre l'exercice de la juridiction consulaire *pour toutes affaires où un citoyen ou protégé des Etats-Unis est défendeur* selon les Etats-Unis.

[95] Le traité de paix et d'amitié du 16 septembre 1836 entre les Etats-Unis et le Maroc dispose :

- en son article 14 que « le commerce avec les Etats-Unis sera sur le même pied que le commerce avec l'Espagne, ou que le commerce avec la nation actuellement la plus favorisée. Les citoyens de ce pays seront respectés.et estimés ; ils auront toute liberté d'aller et de venir dans notre pays et dans nos ports sans aucun obstacle. »
- et en son article 24 *in fine* qu' « il est en outre déclaré que toute faveur, en matière de commerce ou autre, qui viendrait à être accordée à une autre Puissance chrétienne s'appliquera également aux citoyens des États-Unis. ».

[96] Selon l'article 17 de la Convention de Madrid, « le droit au traitement de la nation la plus favorisée est reconnu par le Maroc à toutes les Puissances représentées à la conférence de Madrid ».

[97] En effet, l'Espagne (en 1914) et la Grande-Bretagne (en 1937) avaient renoncé à leurs droits et privilèges capitulaires donc aux droits et privilèges dont les Etats-Unis invoquaient le bénéfice.

Certes, la Cour constate que les clauses NPF invoquées par les Etats-Unis les « autorisent (…) à invoquer les dispositions d'autres traités relatifs au régime capitulaire »[98], mais elle rejette la position des Etats-Unis en ce qu'elle « n'est pas compatible avec l'intention des parties aux traités [de capitulation]. (…) ». Selon la Cour, « ces traités montrent que les clauses de la nation la plus favorisée avaient pour objet d'établir et de maintenir en tout temps l'égalité fondamentale sans discrimination entre tous les pays intéressés »[99], à savoir entre les puissances chrétiennes bénéficiaires.

Que cette fonction égalisatrice ainsi dégagée soit, pour la Cour, commune aux clauses NPF[100] se comprend aisément lorsqu'on lit plus loin dans l'arrêt qu'« il n'est pas établi que les clauses de la nation la plus favorisée dans les traités avec le Maroc aient une autre signification ou un autre effet que dans les clauses semblables d'autres traités, ou soient régies par les règles de droit différentes »[101].

Au-delà de cette affirmation claire de la fonction égalisatrice des clauses NPF, les réponses que la Cour a apportées à l'argumentation des Etats-Unis sur les privilèges de juridiction consulaire et les privilèges fiscaux viennent corroborer sa position selon laquelle la fonction de la clause NPF est d'assurer et de maintenir en tout temps une égalité entre les Etats qui établissent des relations juridiques avec l'Etat concédant. Cette fonction peut également se déduire du passage de l'arrêt où la Cour se prononçait sur l'arrêté pris par le résident général de la République française au Maroc, en date du 30 décembre 1948, relatif au contrôle des importations dans la zone française du Maroc.

Par ailleurs, si l'arrêt relatif aux *droits des ressortissants des Etats-Unis d'Amérique au Maroc* apparaît ainsi comme l'arrêt de référence relativement à la fonction égalisatrice de la clause NPF, l'arrêt *Anglo iranian Oil. Co,* rendue deux mois auparavant contient des éléments qui peuvent être également interprétés dans le sens des contours de la fonction égalisatrice de la clause NPF.

---

[98] *Affaire relative aux droits des ressortissants des Etats-Unis d'Amérique au Maroc*, Arrêt, *op. cit.*, p. 190.
[99] *Ibid.*, pp. 191-192.
[100] Endre USTOR, dans son deuxième rapport sur la clause NPF estime aussi que « la Cour a interprété les clauses de la nation la plus favorisée figurant dans les traités conclus entre les États-Unis et le Maroc en se fondant sur l'intention des parties et sur *les fins et la nature générales de ces clauses*. » (C'est nous qui soulignons). Commission du droit international, « Deuxième rapport sur la clause de la nation la plus favorisée », *op. cit.*, p. 220.
[101] *Affaire relative aux droits des ressortissants des Etats-Unis d'Amérique au Maroc*, arrêt , *op. cit.*, pp. 204-205.

- Le rejet de la thèse de l'incorporation permanente comme confirmation de la fonction égalisatice de la clause NPF

A l'appui de leur thèse visant à démontrer que l'invocation du bénéfice de droits et privilèges en vertu de la clause NPF reste possible en l'espèce même si l'Espagne et la Grande-Bretagne ont renoncé aux droits et privilèges plus favorables dont le bénéfice est invoqué, les Etats-Unis ont formulé la thèse de l'incorporation permanente[102].

Les Etats-Unis estimaient que les clauses NPF contenues dans les traités de capitulation constituaient une technique d'incorporation permanente contrairement aux clauses NPF d'autres traités qui constituent un moyen d'établir et de maintenir l'égalité de traitement. Dans un traité de capitulation, la clause NPF serait une technique de formulation du *corpus* conventionnel par une référence à d'autres textes conventionnels, pour autant qu'ils contiennent des droits et privilèges plus favorables que ceux prévus dans le traité contenant la clause. De ce point de vue, le traité de capitulation contenant la clause NPF devrait être lu comme s'il incluait en tout temps les droits et privilèges contenus dans le traité entre l'Etat concédant et l'Etat tiers : incorporation permanente de droits et privilèges sur la base de la référence faite par la clause NPF, existence donc de ces droits dans les relations entre l'Etat concédant et l'Etat bénéficiaire indépendamment du traité entre l'Etat tiers et l'Etat concédant.

En rejetant la position des Etats-Unis, la CIJ a estimé que le mécanisme des clauses NPF des traités de capitulation ne diffère pas de celui des clauses NPF d'autres traités. Le contenu du traité entre l'Etat tiers et l'Etat concédant ne vient pas prendre place de façon permanente dans le traité entre l'Etat bénéficiaire et l'Etat concédant par le jeu de la clause NPF. La clause ne détache donc pas les dispositions du traité entre l'Etat tiers et l'Etat concédant pour les incorporer pour toujours au traité entre l'Etat bénéficiaire et l'Etat concédant et les rendre, de la sorte, indépendantes du traité dont elles ont été tirées.

Ce faisant, la CIJ corrobore sa position selon laquelle la fonction de la clause NPF est d'assurer et de maintenir une égalité entre les Etats qui établissent des relations juridiques avec l'Etat concédant. En effet, la portée de l'incorporation permanente apparaît contraire à la fonction égalisatrice en ce qu'elle permettrait à l'Etat bénéficiaire de la clause NPF de bénéficier des droits et privilèges concédés là où l'Etat tiers – destinataire primaire des droits

[102] *Affaire relative aux droits des ressortissants des Etats-Unis d'Amérique au Maroc*, arrêt, *op. cit.*, pp. 191 et 204.

et privilèges concédés – ne pourrait plus en bénéficier. La conséquence logique du rejet par la Cour de la thèse de l'incorporation permanente formulée par les Etats-Unis trouve son expression dans le passage suivant de l'arrêt : « lorsqu'il y a eu abrogation ou renonciation à l'égard de dispositions d'immunité fiscale contenues dans les traités entre le Maroc et les Etats tiers, on ne peut plus s'en prévaloir en vertu d'une clause de la nation la plus favorisée »[103]. Les dispositions du traité entre l'Etat tiers et l'Etat concédant ne liant pas l'Etat concédant et l'Etat bénéficiaire de façon indépendante par le jeu de la clause NPF, lorsque le traitement le plus favorable n'est plus en vigueur entre l'Etat concédant et l'Etat tiers, l'effet de la clause disparait aussi.

Comme le souligne de façon imagée Claude ROSSILLION, « la clause peut être présentée sous l'image d'un flotteur, qui permet à son possesseur de se maintenir au niveau le plus élevé des obligations acceptées envers les États étrangers par l'État concédant ; s'il s'abaisse, le flotteur ne peut se transformer en ballon pour maintenir artificiellement le bénéficiaire de la clause au-dessus du niveau général des droits exercés par les autres États »[104].

- Confirmation de la fonction égalisatrice de la clause NPF par l'exigence de l'existence du traitement plus favorable et de son invocabilité par l'Etat tiers au moment où la clause NPF est invoquée par l'Etat bénéficiaire

Les Etats-Unis, pour étayer leur position, avaient en effet mis en avant plusieurs arguments relativisant la portée du fait que les traités entre le Maroc et la Grande-Bretagne et entre le Maroc et l'Espagne avaient disparu. La construction des réponses de la Cour à ces arguments va dans le sens d'exiger que le traitement plus favorable existe et soit invocable par les Etats tiers au moment où la clause NPF est invoquée par l'Etat bénéficiaire de sorte que l'égalité soit établie et maintenue en tout temps entre les Etats tiers et l'Etat bénéficiaire, cocontractants de l'Etat concédant :

- Ainsi, lorsque les Etats-Unis invoquent le fait que la renonciation des Etats tiers, bénéficiaires de traités de capitultion, au régime plus favorable était géographiquement limitée[105], la Cour rétorque qu'« il suffit donc de rejeter cet argument, pour le motif qu'il conduirait à une situation dans laquelle les Etats-Unis seraient fondés à exercer la juridiction

[103] *Ibid.*, pp. 204-205.
[104] ROSSILLION (Cl.), « La clause de la nation la plus favorisée dans la jurisprudence de la Cour internationale de Justice », *op. cit.*, p.106.
[105] *Affaire relative aux droits des ressortissants des Etats-Unis d'Amérique au Maroc*, *op. cit*, p. 192.

consulaire dans la zone française, nonobstant la perte de ce droit par la Grande-Bretagne. Un tel résultat serait contraire à l'intention des clauses de la nation la plus favorisée, qui est d'établir et de maintenir en tout temps, entre les pays intéressés, une égalité fondamentale sans discrimination »[106].

- Lorsque les Etats-Unis consacrent une partie de leur argumentation aux parties aux accords par lesquels la renonciation est intervenue[107], la Cour soutient que « même si l'on accepte cet argument, la situation est telle que l'Espagne ne peut pas, depuis 1914, invoquer le droit d'exercer la juridiction consulaire en zone française. Les droits que les Etats-Unis pourraient invoquer en vertu des clauses de la nation la plus favorisée ne comprendraient donc pas le droit d'exercer en 1950 la juridiction consulaire. Ils seraient limités au droit conditionnel de rétablir la juridiction consulaire dans le cas où, ultérieurement, la France et l'Espagne abrogeraient les accords constitués par la convention de 1912 et par les déclarations de 1914. (…) Les droits espagnols relatifs à la juridiction consulaire ont pris fin *de jure* aussi bien que *de facto* »[108].

- Lorsque les Etats-Unis se placent sur le terrain du caractère temporaire de la renonciation au regard des termes de la déclaration par laquelle l'Espagne renonçait à ses droits et privilèges[109], la Cour est d'avis que « la question est plus académique que pratique. Même si les termes dont il s'agit devaient être interprétés comme signifiant un engagement temporaire de ne pas réclamer les droits et privilèges, il n'en reste pas moins que l'Espagne, en 1950, du fait de ces engagements, n'est pas fondée à exercer la juridiction consulaire dans la zone française. Il s'ensuit que les Etats-Unis seraient également sans titre à exercer cette juridiction dans la zone française en 1950 »[110].

La CIJ insiste ainsi sur l'idée selon laquelle le traitement plus favorable doit exister au moment de l'invocation de la clause NPF, le traité tiers doit continuer de produire des effets pour l'Etat tiers qui doit être en mesure de l'invoquer au moment où l'Etat bénéficiaire en invoque le bénéfice. En l'espèce, les dispositions plus favorables n'étant plus applicables à l'Etat tiers au moment où l'Etat bénéficiaire en invoquait le bénéfice, l'Etat tiers ne pouvant plus se prévaloir des droits dont l'Etat bénéficiaire entendait bénéficier, la clause ne pouvait

[106] *Ibidem*.
[107] *Ibid.*, p. 193.
[108] *Ibidem*.
[109] *Ibid.*, p. 194.
[110] *Ibidem*.

non plus pas valablement déployer ses effets pour l'Etat bénéficiaire au risque d'affecter l'égalité entre les cocontractants de l'Etat concédant qui est le but même de la clause.

- Une fonction égalisatrice déductible de la décision de la Cour sur l'arrêté pris par le résident général de la République française au Maroc, en date du 30 décembre 1948 relatif au contrôle des importations dans la zone française du Maroc

Les Etats-Unis estimaient en effet que l'arrêté relatif au contrôle des importations dans la zone française du Maroc établissait entre eux et la France une différence de traitement contraire à leurs droits conventionnels. La Cour a établi que cette différence de traitement était contraire à l'acte d'Algésiras « en vertu duquel les Etats-Unis peuvent revendiquer le droit d'être traités aussi favorablement que la France pour autant qu'il s'agit de questions économiques au Maroc »[111]. Selon la Cour, cette différence de traitement était aussi contraire au « traité du 16 septembre 1836 entre les Etats-Unis et le Maroc, dont l'article 24 porte « que toute faveur en matière de commerce ou autre qui viendrait à être accordée à une autre Puissance chrétienne s'appliquera également aux citoyens des Etats-Unis » (…) les Etats-Unis ont le droit, en vertu de cette clause de la nation la plus favorisée, de s'opposer à toute discrimination en faveur de la France en matière d'importations dans la zone française du Maroc ».

Endre USTOR estime que ces conclusions de la Cour étayant la rupture de l'égalité de traitement entre les Etats-Unis et la France en faveur de la France sur le fondement d'une clause NPF dont les Etats-Unis pouvaient se prévaloir, « arrêtées par la Cour à l'unanimité (…) représentent une confirmation du point de vue généralement accepté selon lequel la clause de la nation la plus favorisée est l'expression et l'instrument du principe de l'égalité de traitement en matière de commerce extérieur. La clause constitue un moyen pour atteindre une fin, qui est l'application de la règle de l'égalité de traitement dans les relations commerciales »[112].

- La portée de la fonction égalisatrice perceptible dans l'arrêt Anglo Iranian

Si l'arrêt *Anglo iranian Oil Co.* est l'arrêt de référence en ce qui concerne la règle de fonctionnement de la clause NPF, il est possible d'en déduire également des éléments concernant la fonction égalisatrice de la clause NPF.

[111] *Ibid.*, pp. 185-186.
[112] Commission du droit international, « Deuxième rapport sur la clause de la nation la plus favorisée », *op. cit.*, p. 223.

En effet, il ressort de cet arrêt que la fonction égalisatrice de la clause NPF ne peut jouer que lorsque l'Etat bénéficiaire a préalablement le droit d'invoquer le traité contenant la clause NPF, vu que « du point de vue juridique, ce qui est en cause, ce n'est pas l'application du traité [tiers], mais l'application du traité [contenant la clause], en liaison avec le traité [tiers] »[113].

L'Etat bénéficiaire ne peut donc revendiquer l'égalité de traitement avec l'Etat tiers sous prétexte qu'il s'agit en définitive de l'application du traité tiers alors même qu'il existe un obstacle à l'application du traité contenant la clause NPF qui est bien le traité « qui confère à [l'Etat bénéficiaire] les droits dont jouit l'État tiers »[114].

Ainsi, comme le souligne la Cour, « pour se prévaloir d'un traité entre l'Iran et un Etat tiers en se fondant sur la clause de la nation la plus favorisée contenue dans un traité conclu par le Royaume-Uni avec l'Iran, il faut que le Royaume-Uni ait le droit d'invoquer ce dernier traité »[115]. Or, en l'espèce, « bien que l'Iran soit lié par les obligations résultant des [traités contenant les clauses NPF] tant qu'ils restent en vigueur, le Royaume-Uni n'a pas le droit de les invoquer pour établir la compétence de la Cour, puisqu'ils sont exclus par les termes de la déclaration [iranienne d'acceptation de la compétence de la Cour] »[116].

Il en ressort que l'égalité entre les cocontractants de l'Etat concédant que la clause NPF vise à établir et maintenir ne peut être revendiquée lorsqu'il existe un obstacle, une limite à l'application du traité contenant la clause NPF.

De ce fait, l'arrêt *Anglo iranian Oil. Co* peut être lue comme précisant la portée de la fonction égalisatrice de la clause NPF en ce sens qu'il démontre qu'il ne suffit pas qu'il existe une clause NPF et un traité tiers concédant un traitement prétendument plus favorable pour que la fonction égalisatrice puisse déployer ses effets.

Quoi qu'il en soit, cet arrêt ne remet pas en cause la fonction égalisatrice de la clause NPF clairement énoncée par la Cour, fonction qu'il est possible de déceler également dans une grande partie de la jurisprudence CIRDI.

[113] *Affaire de l'Anglo-Iranian Oil Co.* (compétence), Arrêt, *op. cit.*, pp. 109-110.
[114] *Ibid.*, p. 109.
[115] *Ibidem*.
[116] *Ibidem*.

B. Un principe constant dans les sentences CIRDI

La sentence *A.A.P.L.c. Sri Lanka* de 1990 rendue à la majorité de deux arbitres contre un a été la première occasion pour un tribunal CIRDI de préciser les contours du traitement NPF[117].

A.A.P.L., société de droit hongkongais a initié un arbitrage CIRDI pour les préjudices subis au Sri Lanka par son investissement, c'est-à-dire sa participation au capital social d'une société de droit sri-lankais *Serendib Sea-Food.* La ferme d'aquaculture de cette société d'élevage de crevettes aurait selon A.A.P.L. été détruite lors d'une opération militaire conduite par les forces de sécurité du Sri Lanka contre des installations supposées être utilisées par des groupes rebelles. A.A.P.L. prétendait avoir perdu la totalité de son investissement du fait de cette destruction et demandait réparation pour le préjudice subi. La demande d'A.A.P.L. était fondée sur le TBI Royaume-Uni / Sri Lanka entré en vigueur en 1980 et qui a été étendu à Hong Kong en 1981.

La société A.A.P.L. soutenait que l'obligation absolue de protection et de sécurité qui se dégageait de l'article 2(2)[118] du TBI Sri-Lanka / Royaume-Uni incombait au Sri-Lanka également sur la base de la clause NPF contenue dans l'article 3[119] du TBI Sri-Lanka / Royaume-Uni. Ce détour par une clause NPF contenue dans le traité de base pour appeler l'application d'une obligation censée être contenue dans ce même traité visait en réalité à écarter l'application de l'article 4 du TBI Sri-Lanka / Royaume-Uni. En effet, cet article, intitulé « indemnisation pour pertes », réglait la question de l'indemnisation à accorder aux nationaux ou sociétés des parties contractantes à la suite de situations de troubles sociaux ou

[117] *A.A.P.L. c. Sri Lanka*, CIRDI, affaire n° ARB/87/3, sentence du 27 juin 1990.

[118] Article 2: *Promotion and Protection of Investment*
(2) Investments of nationals or companies of either Contracting Party shall at all times be accorded fair and equitable treatment and shall enjoy full protection and security in the territory of the other Contracting Party. Neither Contracting Party shall in any way impair by unreasonable or discriminatory measures the management, maintenance, use, enjoyment or disposal of investments in its territory, of nationals or companies of the other Contracting Party. Each Contracting Party shall observe any obligation it may have entered into with regard to investments of nationals or companies of the other Contracting Party.

[119] *Article 3: Most-favoured-nation Provision*
(1) Neither Contracting Party shall in its territory subject investment admitted in accordance with the provisions of Article 2 or returns of nationals or companies of the other Contracting Party to treatment less favourable than that which it accords to investments or returns of nationals or companies of a third State.
(2) Neither Contracting Party shall in its territory subject nationals or companies of the other Contracting Party, as regard their management, use, enjoyment or disposal of their investments, to treatment less favourable than that which it accords to its own nationals or companies or to nationals or companies of any third State.

politiques ou de conflit armé[120]. Or, les violations alléguées du TBI Sri-Lanka / Royaume-Uni s'étaient produites dans une situation de conflit armé.

Selon A.A.P.L., vu que le TBI Sri-Lanka / Suisse ne contient pas la règle spécifique de l'article 4 du TBI Sri Lanka / Royaume-Uni, exception à l'obligation absolue de protection et sécurité, c'est cette dernière obligation qui incombe au Sri-Lanka à l'égard des investisseurs suisses. De ce fait, et par le jeu de la clause NPF contenue à l'article 3 du TBI Sri-Lanka / Royaume-Uni, c'est aussi l'obligation absolue de protection et de sécurité due aux investisseurs suisses qui doit incomber au Sri-Lanka à l'égard d'A.A.P.L., nonobstant la présence de l'article 4 dans le TBI Sri Lanka / Royaume-Uni.

Le tribunal commence par indiquer que l'obligation de protection et de sécurité contenue à l'article 2(2) du TBI Sri-Lanka / Royaume-Uni n'est pas une obligation absolue. De même, poursuit le tribunal, rien n'indique que le TBI Sri Lanka / Suisse prévoit une obligation de protection et de sécurité d'une telle nature. De ce point de vue, pour le tribunal, « il n'a pas été prouvé que le Traité Sri Lanka / Suisse contient des règles plus favorables que celles prévues dans le Traité Sri Lanka / Royaume-Uni, *et donc*, l'article 3 du dernier traité ne peut valablement être invoqué en l'espèce »[121]. Ce faisant, le tribunal souligne que le jeu de la clause NPF est subordonné à l'existence d'un traitement *réellement plus* favorable, que l'investissement étranger ne peut bénéficier de la clause NPF s'il n'y a pas *effectivement* dans le traité tiers des droits plus étendus que ceux prévus dans le traité de base[122].

Cette solution n'est pas sans rappeler l'un des raisonnements tirés de l'affaire *Anglo iranian Oil Co.* par lesquels il a été démontré que la Cour confirmait la fonction égalisatrice

---

[120] Article 4 du TBI Sri Lanka / Royaume-Uni
Compensation for losses
(1)Nationals or companies of one Contracting Party whose investments in the territory of the other Contracting Party suffer losses owing to war or an armed conflict, revolution, a state of national emergency, revolt, insurrection or riot in the territory of the latter Contracting Party shall be afforded by the latter Contracting Party treatment, as regards restitution, indemnification, compensation or other settlement, no less favourable than that which the latter Contracting Party accords to its own nationals or companies or to nationals or companies of any third State.
(2) Without prejudice to paragraph (1) of this Article, nationals and companies of one Contracting Party who in any of the situations referred to in that paragraph suffer losses in the territory of the other Contracting Party resulting from
(a) requisitioning of their property by its forces or authorities, or
(b) destruction of their property by its forces or authorities which was not caused in combat action or was not required by the necessity of the situation,
shall be accorded restitution or adequate compensation. Resulting payments shall be freely transferable.
[121] *A.A.P.L. c. Sri Lanka*, préc., sentence, § 52.
[122] Pour une analyse de la sentence *AAPL* en ce sens, mais également de la sentence *ADF*, voir BANIFATEMI (Y.), « The Emerging Jurisprudence on the Most-Favoured-Nation Treatment in Investment Arbitration », *op. cit.*, p. 247.

de la clause NPF. Selon la Cour, là où l'Etat tiers ne peut se prévaloir des droits ou privilèges dont l'Etat bénéficiaire entend bénéficier, la clause NPF ne peut déployer ses effets pour l'Etat bénéficiaire au risque d'affecter l'égalité entre les cocontractants de l'Etat concédant qui est le but même de la clause.

L'exigence de « règles [réellement, effectivement] plus favorables » dans le traité tiers pour qu'une clause NPF puisse « valablement être invoqué [e] »[123] par le bénéficiaire de la clause NPF procède de cette même logique de maintien de l'égalité entre les différents bénéficiaires des droits concédés par l'Etat concédant. En rejetant l'argument d'A.A.P.L. fondé sur la clause NPF prévue à l'article 3 du TBI Sri-Lanka / Royaume-Uni pour défaut de règles plus favorables dans le TBI Sri Lanka / Suisse, le tribunal *A.A.P.L.* applique la clause NPF dans un sens qui témoigne de sa fonction égalisatrice. En effet, en l'absence de l'existence de règles plus favorables dans le TBI Sri Lanka / Suisse, les investisseurs suisses ne sont pas placés dans une situation plus avantageuse que l'investisseur britannique qui invoque la clause NPF, l'égalité entre eux ne peut donc être considérée comme rompue.

En plus de la mise en œuvre de la clause NPF qui permet de constater que sa fonction égalisatrice posée dans l'arrêt *Droits des ressortissants des Etats-Unis d'Amérique au Maroc* se perçoit dans la jurisprudence des tribunaux CIRDI, certaines sentences l'expriment plus ou moins explicitement.

Dans la sentence *Wintershall,* un tribunal CIRDI présentant les *principes gouvernant les clauses NPF dans les traités bilatéraux*[124] indique que l'arrêt *Droits des ressortissants des Etats-Unis d'Amérique au Maroc* exprime l'idée de fonction égalisatrice généralement reconnue à la clause NPF[125].

La sentence *GEA* a, pour sa part, qualifié l'allégation de violation de la clause NPF d'allégation de « traitement inégal »[126].

Pour les arbitres ayant rendu la décision sur la compétence dans l'affaire *Siemens,* la clause NPF « complète l'engagement de chaque Etat partie au traité de ne pas appliquer des mesures discriminatoires aux investissements »[127].

[123] *A.A.P.L. c. Sri Lanka*, préc., sentence, § 52.
[124] *Wintershall c. Argentine*, préc., sentence, §§ 92-107.
[125] *Ibid.*, § 97.
[126] *GEA c. Ukraine*, CIRDI, affaire n° ARB/08/16, sentence du 31 mars 2011, § 342.
[127] *Siemens c. Argentine*, CIRDI, affaire n° ARB/02/8, décision sur la compétence du 3 août 2004, § 106.

Quant au tribunal *Suez et InterAguas*, il souligne qu'en statuant sur l'invocation du bénéfice de droits concédés dans un traité tiers en vertu de la clause NPF, il applique les « dispositions sur l'égalité de traitement »[128] du traité contenant la clause NPF.

Quelques rares sentences CIRDI ont pu présenter la clause NPF dans un sens qui dénature la fonction égalisatrice de la clause NPF, s'éloignant ainsi de la jurisprudence de la Cour.

II. La dénaturation de la fonction de la clause NPF par de rares sentences CIRDI

Les sentences *AAPL* (I) et *AMT* (II) se sont référées à des clauses NPF pour en faire une application qui s'apparente en réalité à de la non-application, dénaturant ainsi la fonction de la clause NPF dégagée de la jurisprudence de la Cour.

A. La sentence *AAPL* : la clause NPF, pour quoi faire ?

La sentence *A.A.P.L.* fait partie des sentences CIRDI qui ont servi à étayer la conclusion selon laquelle une partie de la jurisprudence des tribunaux CIRDI confirme la fonction égalisatrice de la clause NPF[129].

Cette analyse de la sentence *A.A.P.L* s'est fondée sur l'application qu'elle a faite de clause NPF générale contenue à l'article 3 du TBI Sri Lanka / Royaume-Uni. En effet, le TBI Sri Lanka / Royaume-Uni contenait une clause NPF spécifique en son article 4 (1). C'est la référence à cette disposition dans la sentence *A.A.P.L.* qui conduit à constater que cette sentence a procédé à une dénaturation de la fonction de la clause NPF.

Après avoir rejeté les moyens principaux[130] et le premier moyen subsidiaire invoqué par A.A.P.L.[131], le tribunal a décidé d'apprécier l'article 4 (1) du TBI Royaume-Uni / Sri Lanka, qui n'avait pas été invoqué par A.A.P.L. dans son mémoire[132] mais a été soulevé comme autre moyen subsidiaire, « disposition de secours dans les cas de destruction de guerre »[133] dans sa réplique[134]. Cette disposition prévoit en effet qu'il soit accordé aux « ressortissants ou

[128] *Suez et InterAguas c. Argentine*, préc., décision sur la compétence, § 58.
[129] *Cf. supra*, I.B du présent paragraphe.
[130] *A.A.P.L. c. Sri Lanka*, préc., sentence, § 44.
[131] *Ibid.*, § 64.
[132] *Ibid.*, § 7.
[133] *Ibid.*, § 9.
[134] Comme le souligne l'arbitre dissident: « *Claimant did not advance any submissions on the meaning and effect of the national and the most-favoured-nation treatment clauses of Article 4 (1).* », *A.A.P.L. c. Sri Lanka*, préc.,

sociétés » d'une partie contractante, dont les investissements sur le territoire de l'autre partie contractante ont subi des pertes dans des situations de « guerre ou conflit armé, révolution, état d'urgence nationale, révolte, insurrection ou émeute », un traitement non moins favorable que celui que l'Etat hôte accorde à ses propres ressortissants ou aux ressortissants ou sociétés d'Etats tiers en ce qui concerne la restitution, l'indemnisation ou tout autre règlement[135].

Autrement dit, l'article 4 (1) prévoit au profit des investisseurs étrangers le traitement de la nation la plus favorisée en ce qui concerne l'indemnisation des pertes subies à la suite de troubles sociaux ou politiques ou de conflit armé.

Pour le tribunal, la difficulté soulevée par l'article 4 (1) n'est pas relative à son interprétation ou à ses conditions d'applicabilité mais plutôt au type de solutions qu'il offre : « précisément, l'article 4 (1) ne contient aucune règle substantielle établissant des solutions directes c'est-à-dire des règles matérielles prévoyant des solutions exprimées en termes déterminés et définitifs. Comme les règles de conflit de loi, l'article 4 (1) contient simplement une règle indirecte dont la fonction est limitée à effectuer une référence (renvoi) à d'autres sources qui indiquent la solution à suivre »[136].

Bien qu'une telle présentation décrive le mécanisme général d'une clause NPF comme un système d'importation de règles, la (non)-application qui a été faite de l'article 4 (1) du TBI Sri-Lanka / Royaume-Uni est loin d'en faire concrètement un « système … [ayant] pour effet d'étendre les dispositions d'un traité »[137] par référence à un « traitement conféré … à un tiers … fondé sur un traité, un autre accord ou un acte unilatéral, législatif ou autre, ou encore consist[ant] en une simple pratique »[138].

A la lecture de la sentence, il apparaît en effet que l'article 4 (1) n'est pas appliqué comme une clause dictant au Sri-Lanka d'accorder à l'investisseur hongkongais le traitement

---

opinion dissidente de Samuel K. B. ASANTE du 15 juin 1990, *ICSID Review-Foreign investment law journal*, 1991, volume 6, n°2, p 586.

[135] Article 4: *Compensation for losses*
(1)Nationals or companies of one Contracting Party whose investments in the territory of the other Contracting Party suffer losses owing to war or an armed conflict, revolution, a state of national emergency, revolt, insurrection or riot in the territory of the latter Contracting Party shall be afforded by the latter Contracting Party treatment, as regards restitution, indemnification, compensation or other settlement, no less favourable than that which the latter Contracting Party accords to its own nationals or companies or to nationals or companies of any third State.

[136] *A.A.P.L. c. Sri Lanka*, préc., sentence, § 66. Voir également *Ibid.*, § 21.

[137] Commission du droit international, « Projet d'articles sur les clauses de la nation la plus favorisée et commentaires », *op. cit.*, p.34.

[138] *Ibid.*, p.29.

le plus favorable accordé à d'autres investisseurs étrangers[139] en matière de « restitution, indemnisation, réparation ou autre règlement » suite aux pertes subies dans un contexte de « guerre ou conflit armé, révolution, état d'urgence nationale, révolte, insurrection ou émeute ». La sentence ne fait nullement état d'un quelconque investisseur d'un autre Etat cocontractant du Sri-Lanka qui aurait reçu un traitement avantageux en matière d'indemnisation suite à des destructions de guerre, pas plus que d'un instrument juridique qui prévoirait un tel traitement favorable que l'investisseur hongkongais aurait réclamé en l'espèce[140].

L'article 4 (1) a plutôt été utilisé comme fondement de l'incorporation des règles régissant la responsabilité de l'Etat dans des situations de conflits armés en droit international général[141]. Concrètement, la clause NPF a servi à déterminer la responsabilité de l'Etat pour « pertes subies par l'investisseur étranger dues à la destruction de son investissement lors d'une action anti-insurrectionnelle entreprise par les forces de sécurité gouvernementales »[142] par application des règles du droit international général régissant la responsabilité de l'Etat considérées comme applicables sur la base de la technique de renvoi de la clause NPF[143].

Ce détour par une clause NPF pour appliquer le droit international général est inutile de sorte que l'on est fondé à se demander : la clause NPF, pour quoi faire ?

C'est dire que le tribunal a conclu à la responsabilité du Sri-Lanka pour violation des articles 2(2) et 4 (1) du TBI Sri-Lanka / Royaume-Uni[144] sans avoir fait aucune mention d'un traitement que le Sri-Lanka aurait accordé à des ressortissants et sociétés d'Etats tiers ayant subi des pertes dans des circonstances similaires à celles ayant entraîné la destruction de la

---

[139] Voir en ce sens, MANCIAUX (S.), *Investissements étrangers et arbitrage entre Etats et ressortissants d'autres Etats : Trente années d'activités du CIRDI*, *op. cit.*, p. 585.

[140] Une telle lecture de la sentence est corroborée par l'opinion de l'arbitre dissident : *A.A.P.L. c. Sri Lanka*, préc., opinion dissidente de Samuel K. B. ASANTE, préc., pp. 574-597. L'arbitre dissident fait état d'une « *basic misconstruction of the most-favoured-nation treatment clause in Article 4(1) of the Treaty* » (p. 574) qu'il développe par la suite (pp. 585-589).

[141] *A.A.P.L. c. Sri Lanka*, préc., sentence, § 78.

[142] *Ibid.*, § 67.

[143] *Ibid.*, §§ 67, 70 et 78. Voir également l'opinion de l'arbitre dissident qui présente en ces termes la façon dont l'article 4 (1) a été interprété par la majorité : « *With the greatest respect, it is a fundamental error to construe the MFN treatment clause as denoting the treatment to be accorded to all aliens as a general obligation by virtue of customary international law. (…) By employing the concept of renvoi in interpreting Article 4(1), the Tribunal reaches the untenable result of substituting a general standard of property protection derived from customary international law for a specific undertaking of Sri Lanka to a national or a company of a third State. Such an interpretation confuses MFN treatment, a creature of treaty, with the tenets of general international law, and constitues a fundamental misconception as to the very notion of most-favoured-nation treatment.* » (*A.A.P.L. c. Sri Lanka*, préc., opinion dissidente de Samuel K. B. ASANTE, préc., p. 588.)

[144] *Ibid.*, §§ 85-86.

ferme de *Serendib Sea-Food* en vue d'une comparaison[145]. Cette responsabilité déterminée en partie sur le fondement d'une clause NPF est présentée comme « la responsabilité de l'Etat … du fait du manquement de ses autorités à l'obligation d'assurer aux investisseurs étrangers la pleine protection et sécurité requise en vertu des règles et standards pertinents de droit international »[146].

Il ressort de tout ceci une absence de référence à un traitement dont un investisseur étranger ressortissant d'un Etat tiers peut jouir exclusivement, à l'exclusion de l'investisseur étranger ressortissant de l'Etat avec lequel l'Etat concédant a conclu le traité contenant la clause NPF.

De ce point de vue, la clause NPF a été appliquée dans un sens la dénaturant. Cette démarche tranche avec l'application faite de l'article 3 du TBI Sri-Lanka / Royaume-Uni dans cette même sentence[147].

Une autre façon d'appliquer la clause NPF dans un sens éloigné de sa fonction a consisté à l'appréhender comme une disposition contenant une règle directe, qui plus est, de prévention.

B. La sentence *AMT* : la clause NPF, obligation de prévention ?

L'affaire *AMT*[148] a été portée devant un tribunal CIRDI par un investisseur américain contre le Zaïre sur la base du TBI Etats-Unis / Zaïre. AMT prétendait que le Zaïre avait violé l'obligation de protection qui lui incombait eu égard au pillage et à la destruction de la

[145] Or, comme le souligne à juste titre l'arbitre dissident exprimant son désaccord quant à l'interprétation et l'application de l'article 4 (1) faite par la majorité, « *the foreign investor does not derive any benefit from Article 4(1) unless some right or privilege has been explicitly granted by the host State to its nationals or companies or to the nationals or companies of a third State in similar circumstances. (…). The most-favoured-nation treatment clause, …, will be triggered into operation by the conclusion of a treaty or the adoption of a specific policy or measure by the host State granting a right or privilege or concession to the nationals or companies of a third State with respect to compensation or other forms of settlement*. ». *A.A.P.L. c. Sri Lanka*, préc., opinion dissidente de Samuel K. B. ASANTE, préc., p. 586. Voir également p. 588: « *a basic precondtion for invoking most-favoured-nation treatment is the provision of "restitution, indemnificafion, compensation or other settlement" by the host State to a national or company of a third State. In the case before us, no evidence has been adduced to establish that Sri Lanka provides or has offered compensation or other settlement to its nationals or companies or the nationals or companies of a third State in similar circumstances. It follows that the essential prerequisite for invoking national or most-favoured-nation treatment has not been satisfied. In particular, AAPL is not entitled to most-favoured-nation treatment in the absence of any proof that Sri Lanka has entered into a treaty or adopted a specific measure providing for compensation or other settlement for the national or a company of a third State in the situations defined in Article 4(1).* »

[146] *A.A.P.L. c. Sri Lanka*, préc., sentence, § 87.

[147] *Cf.* supra, I. B du présent paragraphe.

[148] *AMT c. Zaïre*, CIRDI, affaire n° ARB/93/1, sentence du 21 février 1997.

propriété de SINZA (dont AMT était actionnaire majoritaire) par des éléments des forces armées du Zaïre dans un contexte de conflit armé.

Le tribunal arbitral ayant établi la responsabilité du Zaïre sur la base de l'obligation de protection et de sécurité contenue à l'article II (4) du TBI Etats-Unis / Zaïre[149] a cru bon devoir confirmer cette responsabilité sur la base de l'article IV (1) du même traité.

Or, l'article IV (1) du TBI Etats-Unis / Zaïre prévoyait comme l'article 4 (1) du TBI Sri- Lanka / Royaume-Uni qu'il soit accordé aux « ressortissants ou sociétés » d'une partie contractante, dont les investissements sur le territoire de l'autre partie contractante ont subi des dommages dans des situations de guerre et événements similaires, un traitement non moins favorable que celui que l'Etat hôte accorde aux ressortissants ou sociétés d'Etats tiers en ce qui concerne la restitution, l'indemnisation ou tout autre règlement relatif à ces dommages[150].

L'appréciation de cet article comme fondement surabondant de la responsabilité du Zaïre est présentée sous le titre « Obligation de prévenir les pertes résultant des événements envisagés à l'article IV paragraphe 1 (b) »[151].

Plus précisément, le tribunal estime que l'article IV paragraphe 1 (b) « confirme une fois de plus l'engagement de la responsabilité de l'Etat du Zaïre pour toutes les pertes résultant *"d'émeutes ou actes de violence dans le territoire…"* du Zaïre »[152]. Selon les

---

[149] Article II (4) du TBI Etats-Unis / Zaïre :
Investments of nationals and companies of eitherParty shall at all times be accorded fair and equitable treatment and shall enjoy protection and security in the territory of the other Party. The treatment, protection and security of investment shall be in accordance with applicable national laws and may not be less than that recognized by international law. Neither Party shall in any way impair by arbitrary and discriminatory measures the management, operation, maintenance, use, enjoyment, acquisition, expansion, or disposalof investment made by nationals or companies of the other Party. Each Party shall observe any obligation it may have entered into with regard to investment of nationals or companies of the other Party.

[150] Article IV du TBI Etats-Unis / Zaïre :
COMPENSATION FOR DAMAGES DUE TO WAR AND SIMILAR EVENTS
1. Nationals or companies of either Party whose investments in the territory of the other Party suffer:
(a) damages due to war or other armed conflict between such other Party and a third country, or
(b) damages due to revolution, state of national emergency, revolt, insurrection, riot or act of violence in the territory of such other Party, shall be accorded treatment no less favorable than that which such other Party accords to its own nationals or companies or to nationals or companies of any third country, whichever is the most favorable treatment, when making restitution, indemnification, compensation or any other settlement with respect to such damages.
2. In the event that such damages result from:
(a) a requisitioning of property by the other Party's forces or authorities, or
(b) destruction of property by the other Party's forces or authorities which was not caused in combat action,
the national or company shall be accorded restitution or compensation in accordance with Article III.
3. The payment of any indemnification, compensation or any other settlement

[151] *AMT c. Zaïre*, préc., sentence, § 6.12.

[152] *Ibid.*, § 6.13.

arbitres, la question de la responsabilité du Zaïre pour les pertes subies par Sinza « relève directement du champ d'application de l'article IV paragraphe 1 (b)…qui sert dans le même temps à renforcer davantage l'engagement de la responsabilité de l'Etat du Zaïre pour manquement à son obligation d'assurer la protection et la sécurité de l'investissement d'AMT sur le territoire zaïrois conformément à l'article II paragraphe 4 du TBI, et comme obligation de prévenir la survenance de tout acte de violence sur son territoire. C'est le devoir ou l'obligation de prévenir la survenance d'un événement donné dont il est question. »[153]

Comme l'indique l'intitulé introduisant l'analyse de l'article IV (1) (b) du TBI Etats-Unis / Zaïre, la clause NPF que représente cet article contient selon le tribunal *AMT* une obligation de prévention des pertes mais aussi des événements qui ont causé ces pertes.

Loin d'être appliquée comme une règle prescrivant un traitement au moins égal pour les investisseurs étrangers subissant des pertes dans des situations de guerre et événements similaires sur le territoire zaïrois, la clause NPF contenue dans l'article IV (1) (b) est appliquée comme une règle imposant une obligation de prévenir les actes de violence causant des pertes pour les investisseurs étrangers[154]. A la différence de la sentence *A.A.P.L.*, l'obligation ainsi tirée de la clause NPF n'a pas été fondée sur un système d'importation de règles mais a été présentée comme découlant directement de la clause NPF.

La sentence *AMT* contribue donc avec la sentence *A.A.P.L.* à démontrer que dans la jurisprudence des tribunaux CIRDI, la clause NPF n'a pas toujours eu pour fonction d'assurer et maintenir l'égalité entre les investisseurs ou investissements des Etats qui ont conclu avec l'Etat concédant des accords de promotion et de protection des investissements. La fonction égalisatrice a été mise à l'écart par la mise en œuvre d'une clause NPF comme un système d'importation sans rechercher un traitement dont un investisseur étranger ressortissant d'un Etat tiers peut jouir exclusivement et par l'application de la clause NPF comme une disposition contenant une obligation de prévention. De ce point de vue, l'adhésion de la jurisprudence CIRDI à la fonction de la clause NPF posée par la Cour de la Haye ne peut qu'être relativisée.

Une autre problématique soulevée par la clause NPF sur laquelle il a été possible de confronter les jurisprudences de la Cour et des tribunaux CIRDI est celle de sa portée.

---

[153] *Ibid.*, § 6.14.

[154] Voir en ce sens MANCIAUX (S.), *Investissements étrangers et arbitrage entre Etats et ressortissants d'autres Etats : Trente années d'activités du CIRDI*, *op. cit.*, p. 585.

Section II : Remise en cause partielle de la portée restrictive attribuée à la clause NPF sur la base de la règle *ejusdem generis*

La mise en œuvre d'une clause NPF implique de répondre à la question de savoir à quel(s) bénéfice(s) les investisseurs ou investissements peuvent concrètement prétendre en vertu de la clause NPF. Cette question soulève la problématique de la portée de la clause NPF.

Il ressort de la jurisprudence de la Cour de la Haye que la détermination de la portée d'une clause NPF se fait sur la base de la règle *ejusdem generis*. La jurisprudence des tribunaux CIRDI ne contredit pas ce principe. C'est plutôt l'interprétation à double sens par les sentences CIRDI de ce principe communément admis, qui crée une divergence partielle avec la jurisprudence de la Cour.

Ainsi, l'interprétation de la règle *ejusdem generis* dans le sens d'une conception extensive de la portée de la clause NPF révèle une partie de la jurisprudence CIRDI s'opposant à celle de la Cour (Paragraphe I). A l'inverse, l'interprétation de la règle *ejusdem generis* dans le sens d'une conception restrictive de la portée de la clause NPF dénote une jurisprudence des tribunaux CIRDI s'alignant sur celle de la Cour (Paragraphe II).

Paragraphe I : L'opposition à la portée non juridictionnelle de la clause NPF attribuée par la Cour

Confrontée à la problématique de la portée d'une clause NPF, la Cour de la Haye a retenu une conception restrictive en décidant de la portée non-juridictionnelle de la clause NPF (I). Des contrariétés notoires ont pu être relevées dans la jurisprudence des tribunaux CIRDI (II).

I. La CIJ, précurseur de la portée non-juridictionnelle de la clause NPF

Dans l'*affaire de l'Anglo-iranian Oil Co*, le Royaume-Uni a invoqué, sous différents aspects, la clause NPF pour établir la compétence de la Cour.

Parmi les arguments avancés, l'un visait à démontrer qu'en vertu de la clause NPF, le Royaume-Uni avait le droit, au même titre que le Danemark, de mettre en œuvre le mécanisme de règlement des différends se rapportant au traité entre le Danemark et l'Iran : « si le Danemark pouvait porter devant la Cour des questions relatives à l'application du traité conclu par lui en 1934 avec l'Iran, et si le Royaume-Uni ne pouvait soumettre à la Cour des questions relatives à l'application du même traité, au bénéfice duquel il a droit en vertu de la

clause de la nation la plus favorisée, le Royaume-Uni ne serait pas dans la situation de la nation la plus favorisée »[155] .

L'allégation du Royaume-Uni ne visait en réalité pas à lui faire bénéficier de la clause compromissoire contenue dans le traité d'amitié, d'établissement et de commerce signé par le Danemark et l'Iran le 20 février 1934, l'article XVI de ce traité prévoyant que les différends relatifs à son application et à son interprétation soient réglés par arbitrage en cas d'échec du règlement par la voie diplomatique.

Une telle construction visait plutôt à faire bénéficier le Royaume-Uni, en vertu de la clause NPF, de la déclaration d'acceptation de la juridiction obligatoire de la Cour faite par l'Iran dont la portée permettait à la CIJ de connaître des différends relatifs au traité entre l'Iran et le Danemark (traité postérieur à la déclaration), ce qui n'était pas le cas – selon la Cour – pour les différends relatifs aux traités entre l'Iran et le Royaume-Uni (traités antérieurs à la déclaration de l'Iran).

Le Royaume-Uni prétendait avoir, en vertu de la clause NPF, le même bénéfice que le Danemark pouvait tirer de la déclaration de l'Iran : ayant droit au bénéfice des dispositions du traité de 1934 entre le Danemark et l'Iran en vertu de la clause NPF, ne pas bénéficier d'un tel mécanisme de règlement de différends relatif à ce traité, reviendrait à ne pas lui accorder le traitement de la nation la plus favorisée.

Face à une telle prétention, la Cour souligne que « si le Danemark a le droit, d'après l'article 36, paragraphe 2, du Statut, de porter devant la Cour un différend relatif à l'application du traité conclu par lui avec l'Iran, c'est parce que ce traité est postérieur à la ratification de la déclaration de l'Iran. Ceci ne peut faire surgir aucune question se rapportant au traitement de la nation la plus favorisée »[156].

La Cour refuse donc d'adhérer à la construction avancée par le Royaume-Uni, mieux, elle aborde ce rejet en précisant qu'« il suffit à la Cour de faire observer que la clause de la nation la plus favorisée contenue dans les traités de 1857 et de 1903 entre l'Iran et le Royaume-Uni n'a aucun rapport quelconque avec les questions juridictionnelles entre les deux gouvernements »[157].

Deux conclusions peuvent être tirées de cette décision de la Cour.

---

[155] *Affaire de l'Anglo-Iranian Oil Co*. (compétence), *op. cit.*, p. 110.
[156] *Ibidem*.
[157] *Ibidem.*

i) Premièrement, il ressort de la formulation du rejet de la prétention britannique qu'une clause NPF ne peut déployer ses effets que s'il existe un *rapport* entre la *clause* invoquée et *les questions* qui font l'objet du bénéfice réclamé sur le fondement de ladite clause. La Cour pose ainsi le principe selon lequel c'est la règle *ejusdem generis* qui guide la portée de la clause NPF.

La règle *ejusdem generis* est une règle d'interprétation selon laquelle, lorsqu'il est fait référence, par une notion ayant une portée générale, à des choses ou personnes préalablement énumérées, le terme de portée générale doit être entendu comme applicable seulement aux personnes ou choses du même genre, de la même nature que celles spécifiquement énumérées[158].

Appliquée à la détermination de la portée de la clause NPF, cette règle implique que la matière faisant l'objet de la clause NPF doit relever de la même catégorie que les avantages dont le bénéfice est réclamé : « une clause conférant les droits de la nation la plus favorisée pour certaines matières ou certaines catégories de matières ne peut s'étendre qu'aux droits conférés dans d'autres traités (ou actes unilatéraux) en ce qui concerne les mêmes matières ou les mêmes catégories de matières »[159]. Autrement dit, la clause NPF ne peut permettre de bénéficier que de droits se rapportant à la matière objet de la clause et entrant dans le champ d'application de celle-ci[160]. Ce n'est donc pas « le traité contenant la clause [qui] doit être *ejusdem generis* que celui dont le bénéfice est réclamé »[161] : « c'est seulement la matière

[158] Voir par exemple DE J. R. (R.), « Statutory Construction. Doctrine of Ejusdem Generis », *Virginia Law Review*, Vol. 17, No. 5 (Mar., 1931), pp. 511-516 : «*The rule of ejusdem generis, sometimes referred to as Lord Tenderden's rule may be stated as follows: "Where a statute or other document enumerates several classes of persons or things and immediately following and classed with such enumeration, the clause embraces ' other' persons or things, the word 'other' will generally be read 'other of a like kind', so that persons or things therein comprised may be read as ejusdem generis with, and not of a quality superior to, or different from, those specifically enumerated." A shorter and perhaps better definition of the doctrine is that "when general words follow an enumeration of particular things, such words must be held to include only such things or objects as are of the same kind as those specifically mentioned." The usual effect of the rule is to restrict broad and comprehensive expressions such as "any other" or "and all others" so that they lose their natural meaning and are narrowed down to the similitude of the specific terms mentioned* », (p. 513).

[159] Commission du droit international, « Projet d'articles sur les clauses de la nation la plus favorisée et commentaires », *op. cit.*, p. 34.

[160] Voir CNUCED, « Most-favoured-nation treatment : a sequel », *op. cit.*, pp. 24-26; Commission du droit international, « Quatrième rapport sur la clause de la nation la plus favorisée », par Mr. Endre USTOR, Rapporteur Spécial, Document A/CN.4/266, *Annuaire de la Commission du droit international*, 1973, vol. II, pp. 101-106 ; OCDE, « Most-Favoured-Nation Treatment in International Investment Law », *OECD Working Papers on International Investment*, n° 2004/02, OECD Publishing, 2004, pp. 9-12.

[161] VIGNES (D.), « La clause de la nation la plus favorisée et la pratique contemporaine : problèmes posés par la Communauté économique européenne », *op. cit.*, p. 282. Selon cet auteur, « la clause ne produit ses effets qu'à condition que le traité dont il s'agit de transférer le bénéfice ait le même objet que celui qui contient la clause » (*Ibidem*).

faisant l'objet de la clause qui doit relever de la même catégorie —*idem genus*— et non pas … le *traité* ou l'*accord* contenant la clause »[162] .

La lecture de l'arrêt *Anglo Iranian Oil Co*. dans le sens de la consécration de la règle ainsi décrite comme principe guidant la portée de la clause NPF peut être confirmée par une opinion dissidente accompagnant l'arrêt sur le fond rendu par la CIJ dans le cadre de l'affaire *Ambatielos*. Le rapprochement entre cette lecture faite de l'arrêt *Anglo iranian Oil Co* et l'opinion dissidente jointe à l'arrêt *Ambatielos* est permis au regard du fait que les quatre juges ayant émis cette opinion faisaient partie de ceux qui ont rendu l'arrêt *Anglo Iranian Oil Co*. intervenu moins d'une année avant l'arrêt *Ambatielos*. Ces quatre juges n'ayant pas émis d'opinion dissidente sur le passage de l'arrêt *Anglo Iranian Oil Co*. d'où a été tirée la règle *ejusdem generis*[163], il est permis de dire qu'ils adhèrent à cette règle et que l'opinion dissidente exprimée dans le cadre de l'affaire *Ambatielos(I)* et qui est favorable à la règle *ejusdem generis* ne fait que confirmer la positivité de cette règle dans l'arrêt *Anglo Iranian Oil Co*.

La problématique de la portée de la claue NPF a été portée à l'attention de la Cour dans le cadre de l'affaire *Ambatielos* mais elle n'a pas eu l'occasion de se prononcer, s'étant déclarée incompétente pour connaître du fond de l'affaire[164].

Dans cette affaire qui a opposé la Grèce au Royaume-Uni, le Gouvernement grec a entendu démontrer que son ressortissant avait droit, en vertu d'une clause NPF, à l'accès à la justice et à une bonne administration de la justice en tant que traitement favorable que le

---

[162] Commission du droit international, « Projet d'articles sur les clauses de la nation la plus favorisée et commentaires », *op. cit.*, p. 35.

[163] *Affaire de l'Anglo-Iranian Oil Co*. (compétence), *op. cit.*, p. 110.

[164] L'affaire *Ambatielos* qui a opposé la Grèce au Royaume-Uni trouve sa source dans un contrat commercial – relatif à l'achat de navires – entre le Ministère de la marine marchande britannique et un armateur grec, M. Ambatielos. Ce dernier se plaignant de la mauvaise exécution du contrat par son cocontractant, la question a été portée devant les tribunaux anglais qui ont rendu une décision défavorable à M. Ambatielos. Exerçant sa protection diplomatique en faveur de son ressortissant, le Gouvernement grec a saisi la CIJ, dénonçant l'administration de la justice par les tribunaux anglais dans le cadre du règlement du contentieux de la mauvaise exécution du contrat. Le Gouvernement grec a demandé à la Cour, d'abord, de juger que la réclamation de M. Ambatielos devait, aux termes des traités conclus en 1886 et en 1926 entre la Grèce et le Royaume-Uni, être soumise à l'arbitrage ; puis, de statuer sur le fond de la réclamation Ambatielos. Se prononçant sur l'exception d'incompétence soulevée par le Royaume-Uni, la Cour, dans un arrêt sur les exceptions préliminaires (*Affaire Ambatielos (compétence)*, arrêt du 1er juillet I952 : C. I. J. Recueil 1952, p. 28.), s'est déclarée compétente seulement pour la première demande du Gouvernement grec. Dans un arrêt sur le fond (*Affaire Ambatielos* (fond : obligation d'arbitrage), arrêt du 19 mai 1953 : C. 1. J. Recueil 1953, p. 10), elle a décidé, au sujet de cette demande, que le Royaume-Uni était tenu de soumettre à l'arbitrage le différend qui l'opposait à M. Ambatielos, aux termes des traités conclus en 1886 et en 1926 entre la Grèce et le Royaume-Uni. En application de l'arrêt de la CIJ, l'affaire a été renvoyée devant une Commission d'arbitrage qui a rejeté la réclamation *Ambatielos* dans une sentence du 6 mars 1956 (Nations Unies, Recueil des sentences arbitrales, vol. XII, 1963, p.91).
Pour désigner la procédure devant la Cour, on parlera de l'affaire *Ambatielos (I)* et celle devant la Commission sera désignée par *Ambatielos (II)*.

Royaume-Uni accordait à d'autres étrangers sur la base de traités conclus avec des Etats tiers[165]. Plus précisément, le Gouvernement grec estimait qu'il pouvait invoquer une clause prévoyant le traitement NPF pour « toutes les questions relatives au commerce et à la navigation » (l'article X du Traité de commerce anglo-grec de 1886[166]) pour réclamer le bénéfice de dispositions relatives à la bonne administration de la justice en faveur de son ressortissant[167] ; ce que contestait le Gouvernement britannique[168].

C'est à propos de cette divergence de vues quant à la portée de la clause NPF que les quatre juges dissidents se sont prononcés en ces termes : « La clause de la nation la plus favorisée énoncée dans l'article X ne saurait être étendue à des matières autres que celles pour lesquelles elle a été stipulée »[169].

Ainsi, par une opinion dissidente exprimée dans le cadre d'un arrêt rendu quelques mois seulement après l'arrêt *Anglo Iranian Oil Co.*, des juges ayant participé à l'adoption de l'arrêt *Anglo Iranian Oil Co.* ont confirmé la reconnaissance par ce dernier arrêt de la règle *ejusdem generis* comme principe guidant la portée de la clause NPF.

ii) La deuxième conclusion qu'il est possible de tirer de la décision de la Cour de rejeter, dans l'arrêt *Anglo Iranian Oil Co.,* la prétention britannique ci-dessus exposée, est relative à

---

[165] Voir *Affaire Ambatielos* (fond : obligation d'arbitrage), *op.cit.*, pp. 20-21.

[166] La clause NPF invoquée par le Gouvernement hellénique était contenue à l'article X du Traité de commerce anglo-grec de 1886 et disposait que : « Les Parties contractantes conviennent que, dans toutes les questions relatives au commerce et à la navigation, tout privilège, faveur ou immunité quelconque que l'une des Parties contractantes a actuellement accordé ou pourra désormais accorder aux sujets et citoyens d'un autre État, sera étendu immédiatement et sans qu'il soit besoin de déclaration préalable aux sujets ou aux citoyens de l'autre Partie contractante ; leur intention étant que le commerce et la navigation de chacun des deux pays soient placés, à tous égards,par l'autre sur le pied de la nation la plus favorisée. ».

[167] Le Gouvernement grec entendait faire bénéficier son ressortissant de :

-l'article 16 du Traité de paix et de commerce de 1660-1661 entre le Royaume-Uni et le Danemark : « Pour tous litiges ou différends actuellement pendants ou qui surviendraient à l'avenir, chaque Partie fera en sorte que justice et droit soient promptement rendus aux sujets et ressortissants de l'autre Partie, en conformité des lois et statuts de chaque pays et sans délais ou frais fastidieux et inutiles. »

Selon cette disposition, les Parties « feront en sorte que justice et équité soient administrées .... aux sujets et ressortissants de chacune d'elles »

-l'article 24 du Traité de paix et de commerce de 1670 entre le Royaume-Uni et le Danemark. Selon cette disposition, les Parties « feront en sorte que justice et équité soient administrées .... aux sujets et ressortissants de chacune d'elles »

-l'article 8 des traités de paix et de commerce entre le Royaume-Uni et la Suède de 1654 et de 1661 : « Si les ressortissants et sujets des deux Parties .... ou si ceux qui agissent en leur nom devant un tribunal quelconque pour recouvrer leurs dettes ou à toute autre fin légitime, ont besoin d'avoir recours au juge, ce recours leur sera accordé promptement, selon le bien- fondé de leur cause, et amiablement .... » .

-l'article 10 du Traité de commerce de 1911 entre le Royaume-Uni et la Bolivie. Par cet article, les Parties se réservent le droit d'exercer l'intervention diplomatique dans tous les cas où il peut paraître y avoir « déni de justice » ou « violation des principes du droit international ».

[168] *Affaire Ambatielos* (fond : obligation d'arbitrage), *op.cit.*, p.21.

[169] *Affaire Ambatielos* (fond : obligation d'arbitrage), opinion dissidente de Sir Arnold Mcnair, président, et de MM. Basdevant, Klaestad et Read, juges, C. I. J. Recueil 1953, p. 34.

l'interprétation concrète que la Cour fait de la règle *ejusdem generis* en l'espèce au regard de la portée de la clause NPF. La Cour adopte une vision restrictive de la portée de la clause NPF fondée sur la règle *ejusdem generis*.

Les clauses NPF invoquées par le Royaume-Uni pour bénéficier de la déclaration d'acceptation de la juridiction obligatoire de la Cour faite par l'Iran disposent que :

- « [Traduction] Les Hautes Parties contractantes s'engagent à ce que dans l'établissement et la reconnaissance des consuls généraux, consuls, vice-consuls et agents consulaires, chacune d'elles sera placée dans les territoires de l'autre sur le pied de la nation la plus favorisée et à ce que le traitement appliqué à leurs sujets respectifs et à leur commerce sera à tous égards placé sur la base du traitement appliqué aux ressortissants et au commerce de la nation la plus favorisée »[170] ;

- « il est formellement stipulé que les sujets et les importations britanniques en Perse, ainsi que les sujets persans et les importations persanes dans l'Empire britannique continueront à jouir sous tous les rapports du régime de la nation la plus favorisée »[171].

Ce sont donc des clauses ainsi rédigées que la Cour a pu dire qu'elles n'ont « aucun rapport quelconque avec les questions juridictionnelles entre les deux gouvernements »[172].

C'est dire que, pour la Cour, ces clauses NPF largement libellées, prévoyant au profit des *sujets* du Royaume-Uni et de leur *commerce* un traitement qui *à tous égards* et *sous tous les rapports* devait être le traitement de la nation la plus favorisée, ne permettaient pas au Royaume-Uni de prétendre à des bénéfices d'ordre juridictionnel au profit de ses ressortissants. La Cour ne s'est pas fondée sur le fait que les ressortissants du Royaume-Uni avaient droit à un traitement qui *à tous égards* et *sous tous les rapports* devait être le traitement de la nation la plus favorisée, pour conclure que le Royaume-Uni avait le droit de déclencher devant la Cour une protection juridictionnelle au profit de ses ressortissants, vu que le Danemark jouissait de ce droit en vertu du traité de 1934.

Interprété à la lumière de la règle *ejusdem generis*, cela revient à dire que selon la Cour, une clause conférant les droits de la nation la plus favorisée *à tous égards* et *sous tous les rapports* pour le traitement des *sujets* du Royaume-Uni et de leur *commerce* ne peut s'étendre

[170] *Affaire de l'Anglo-Iranian Oil Co*. (compétence), *op. cit.*, p. 108.
[171] *Ibidem.*
[172] *Ibid.*, p. 110.

aux *questions juridictionnelles* soulevées par un différend portant sur le traitement d'un *sujet* du Royaume-Uni.

L'opinion dissidente précitée des quatre juges jointe à l'arrêt *Ambatielos* peut aider à comprendre le raisonnement qui sous-tend cette position de la Cour. Dans cette opinion, pour démontrer que le Gouvernement grec ne pouvait invoquer une clause prévoyant le traitement NPF pour « toutes les questions relatives au commerce et à la navigation » (l'article X du Traité de commerce anglo-grec de 1886) afin de réclamer le bénéfice de dispositions relatives à la bonne administration de la justice en faveur de son ressortissant, les quatre juges ont raisonné comme il suit : « l'article X dans ses termes ne promet le traitement de la nation la plus favorisée qu'en matière de commerce et de navigation ; il ne dispose rien en ce qui concerne l'administration de la justice ; cette matière dans l'ensemble du traité ne fait l'objet que d'une disposition à portée limitée, celle de l'article XV, paragraphe 3**,** concernant le libre accès aux tribunaux, et cet article ne contient aucune référence au traitement de la nation la plus favorisée. La clause de la nation la plus favorisée énoncée dans l'article X ne saurait être étendue à des matières autres que celles pour lesquelles elle a été stipulée. Il ne nous paraît pas possible de fonder sur une interprétation extensive de cette clause l'obligation sur l'existence de laquelle il a été demandé à la Cour de statuer »[173].

Il en ressort que 1° Invoquer une clause prévoyant le traitement NPF pour « toutes les questions relatives au commerce et à la navigation » pour bénéficier de dispositions relatives à la bonne administration de la justice dénote une *interprétation extensive* de cette clause. 2° Il n'est pas possible de fonder l'obligation pour le Royaume-Uni de faire profiter le ressortissant grec d'une bonne administration de la justice sur une telle interprétation extensive de la clause prévoyant le traitement NPF pour « toutes les questions relatives au commerce et à la navigation ».

Appliquée à la position de la Cour dans l'arrêt *Anglo Iranian Oil Co.*, il est possible de dire que 1° Invoquer une clause conférant les droits de la nation la plus favorisée *à tous égards* et *sous tous les rapports* pour le traitement des *sujets* du Royaume-Uni et de leur *commerce* pour bénéficier de la compétence de la Cour en vertu d'une déclaration d'acceptation de la juridiction obligatoire de la Cour dénote une interprétation extensive de cette clause. 2° Il n'est pas possible de fonder la compétence de la Cour pour connaître d'un différend relatif au traitement d'un *sujet* du Royaume-Uni sur une telle interprétation

[173] *Affaire Ambatielos* (fond : obligation d'arbitrage), opinion dissidente de Sir Arnold Mcnair, président, et de MM. Basdevant, Klaestad et Read, juges, *op. cit.*, p. 34.

extensive de la clause conférant les droits de la nation la plus favorisée *à tous égards* et *sous tous les rapports* pour le traitement des *sujets* du Royaume-Uni et de leur *commerce*.

Dans l'arrêt *Anglo Iranian Oil Co*, la Cour retient donc une portée restrictive de la clause NPF en décidant qu'une clause NPF, pourtant libellée en des termes larges, ne s'étend pas aux questions juridictionnelles[174]. Zachary DOUGLAS abonde dans le même sens quand il affirme que: « *The MFN clauses in the treaties between the United Kingdom and Iran were drafted in the widest terms, requiring MFN treatment for the nationals of each state 'in every respect' and 'in all respects'. Nevertheless, the Court dismissed the United Kingdom's submission because, a priori, the MFN clauses could not extend to jurisdictional matters (…) The United Kingdom had expressly invoked the MFN clause to establish the Court's jurisdiction and the Court had clearly rejected this approach* »[175].

Cette lecture faite de la jurisprudence de la Cour à travers l'arrêt *Anglo Iranian Oil Co.* semble contredite par un passage de l'arrêt *Droits des ressortissants des Etats-Unis d'Amérique au Maroc*. En effet, ce dernier arrêt a constitué l'élément par lequel la jurisprudence de la Cour a pu être classée dans la catégorie des « opinions favorables »[176] à l'application de la clause NPF aux questions de procédure et de juridictions dans l'étude de Walid BEN HAMIDA tendant à « situer la question de l'application de la clause NPF aux procédures et à la compétence juridictionnelle à travers l'histoire »[177].

Dans l'affaire *Droits des ressortissants des Etats-Unis d'Amérique au Maroc*, les Etats-Unis entendaient étendre leur juridiction consulaire au profit de leurs ressortissants, dans le cadre du régime des capitulations, par le jeu de clauses NPF contenues dans les articles 14 et 24 du traité de paix et d'amitié du 16 septembre 1836 les liant au Maroc[178]. Précisément, les

---

[174] Voir *contra*, BEN HAMIDA (W.), « Clause de la nation la plus favorisée et mécanisme de règlement des différends : que dit l'histoire ? », *op. cit.*, pp. 1156-1157.
L'auteur estime que dans l'arrêt *Anglo Iranian Oil Co.*, la Cour « ne s'est pas prononcée sur [l'application de la clause NPF] aux procédures de règlement des différends. (…). L'arrêt ne permet pas de mesurer les effets de la clause NPF sur la compétence de la CIJ. La Cour n'examine pas la possibilité d'invoquer sur le fondement de la clause le consentement d'un Etat à sa compétence. Elle ne rejette pas l'application de la clause NPF en matière juridictionnelle ou procédurale. La Cour semble déduire que le domaine de la clause NPF de l'espèce ne couvre pas l'obligation de soumettre les litiges à la CIJ ».

[175] DOUGLAS (Z.), *The international law of investment claims*, Cambridge: Cambridge University Press, 2009, pp. 347-348. L'auteur cite un passage de l'opinion individuelle du Président McNair jointe à l'arrêt pour conforter sa position (*Ibid.*, p. 347).

[176] BEN HAMIDA (W.), « Clause de la nation la plus favorisée et mécanisme de règlement des différends : que dit l'histoire ? », *op. cit.*, p. 1147.

[177] *Ibid.*, p. 1139.

[178] Le traité de paix et d'amitié du 16 septembre 1836 entre les Etats-Unis et le Maroc dispose :
- en son article 14 que « le commerce avec les Etats-Unis sera sur le même pied que le commerce avec l'Espagne, ou que le commerce avec la nation actuellement la plus favorisée. Les citoyens de ce pays seront

Etats-Unis réclamaient le bénéfice de la juridiction consulaire plus étendue concédée par le Maroc dans le traité général de 1856 le liant à la Grande-Bretagne, et dans le traité de commerce et de navigation de 1861 le liant à l'Espagne. On lit dans l'arrêt de la Cour que les articles 14 et 24 du Traité de paix et d'amitié entre les Etats-Unis et le Maroc « autorisent les États-Unis à invoquer les dispositions d'autres traités relatifs au régime capitulaire » et qu'« en vertu [de ces] clauses de la nation la plus favorisée, les Etats-Unis ont acquis la juridiction consulaire en matière civile, et criminelle dans toutes les affaires où des ressortissants des Etats-Unis étaient défendeurs »[179]. C'est ce passage qui est cité par l'auteur pour démontrer que la jurisprudence de la Cour est favorable à l'importation de questions d'ordre juridictionnel par le jeu de la clause NPF.

Tirer une telle conclusion de cet extrait de l'arrêt revient à faire abstraction de plusieurs éléments au sujet de l'arrêt et du régime des capitulations dont il traite.

D'abord, ce qu'il faut voir dans cet extrait en réalité, c'est un simple constat fait par la Cour sur une question qui n'opposait pas les parties et qu'elle n'avait par conséquent pas à trancher. Ce n'est qu'après le passage de l'arrêt précité que la Cour introduit la divergence de vues qui lui était précisément soumise en ces termes : « la controverse entre les Parties relative à la juridiction consulaire résulte de la renonciation par l'Espagne en 1914 et par la Grande-Bretagne en 1937 à leurs droits et privilèges capitulaires »[180].

L'extrait visé relève d'autant plus du constat que la juridiction consulaire constitue un privilège inhérent au régime des capitulations par lequel il est accordé une compétence juridictionnelle extraterritoriale aux puissances capitulaires dont les sujets jouissaient d'une immunité juridictionnelle devant les tribunaux du territoire ottoman où ils résidaient[181]. De ce

---

respectés.et estimés ; ils auront toute liberté d'aller et de venir dans notre pays et dans nos ports sans aucun obstacle. »

- et en son article 24 *in fine* qu'« il est en outre déclaré que toute faveur, en matière de commerce ou autre, qui viendrait à être accordée à une autre Puissance chrétienne s'appliquera également aux citoyens des États-Unis. ».

[179] *Affaire relative aux droits des ressortissants des Etats-Unis d'Amérique au Maroc*, *op. cit*, p. 190.

[180] *Ibidem*.

[181] Dans le *Dictionnaire de droit international public*, les *Capitulations* sont définies exclusivement en référence à la juridiction consulaire comme des « actes unilatéraux des autorités de l'Empire ottoman, des Etats barbaresques ou de certains Etats d'Orient et d'Extrême-Orient ou traités passés entre ces autorités et les pays occidentaux, aux termes desquels les étrangers dans ces pays dits « hors chrétienté » échappaient, dans une large mesure et sans réciprocité, à l'autorité des gouvernants et tribunaux locaux et étaient soumis, dans la mesure correspondante, à leurs autorités nationales, spécialement aux consuls de leur pays » SALMON (J.) (dir.), *Dictionnaire de droit international public*, Bruxelles : Bruylant, 2001, p. 149. L'une des références citées à l'appui de cette définition se lit comme il suit : "« On a aussi donné le nom de capitulations aux traités conclus envers la France par la Porte ottomane en 1535, en 1604 , en 1673 et en 1740…Ces traités internationaux ont concédé certains privilèges aux Français résidant sur l'empire ottoman , spécialement dans les échelles du levant et de Barbarie : parmi les privilèges conservés, se trouve celui, pour les Français résidents, de n'être justiciables

point de vue, il est difficile de voir comment la Cour peut constater que les articles 14 et 24 du Traité de paix et d'amitié entre les Etats-Unis et le Maroc « autorisent les États-Unis à invoquer les dispositions d'autres traités relatifs au régime capitulaire » sans constater qu'ils peuvent de ce fait bénéficier de la version plus favorable dans ces traités du privilège inhérent au régime capitulaire (la juridiction consulaire).

Enfin, en constatant que les Etats-Unis avaient, par l'effet de clauses NPF, acquis une juridiction consulaire plus favorable, la Cour ne s'est pas prononcée sur la problématique de l'application des clauses NPF à des dispositions relatives au règlement des différends dans le sens dans lequel la problématique se pose de nos jours. D'une part, même si l'on considère dans l'absolu qu'il était question de la portée de clauses NPF sur une disposition ayant pour objet le règlement des différends, il est possible de relever qu'il ne s'agissait pas d'une disposition relative au règlement des différends se rapportant au traité contenant ladite disposition (la disposition prévoyant la juridiction consulaire dans le traité de capitulation n'était pas une disposition visant à régler un différend relatif à l'application du traité de capitulation). D'autre part, il n'était pas question pour la Cour d'examiner la possibilité d'invoquer ou d'étendre sa propre compétence sur le fondement d'une clause NPF.

Au regard de tous ces éléments, il est difficile de considérer que le passage de l'arrêt *Droits des ressortissants des Etats-Unis d'Amérique au Maroc* qui indique que les Etats-Unis avaient acquis, dans le cadre du régime capitulaire, une juridiction consulaire plus favorable par l'effet de clauses NPF, témoignerait d'une jurisprudence de la Cour en faveur d'une application de la clause NPF aux mécanismes de règlement des différends. Zachary DOUGLAS aboutit à la même conclusion: « the *MFN clause in the treaty between the United States and Morocco was not being invoked in relation to any aspect of the Court's*

---

que de leur justice nationale, lorsqu'il s'agit de différends entre eux, ou de crimes commis par un sujet franc envers un autre. » (Morin, A., *Les lois relatives à la guerre*, t.2, Paris, 1872, p. 469 » ".

Voir également, ELLSWORTH THAYER (L.), « The Capitulations of the Ottoman Empire and the Question of their Abrogation as it Affects the United States », *American Journal of International Law*, Volume 17, n°2, 1923, pp. 215-216: « *The principal privileges granted to foreigners may be classified as : (1) personal, (2) juridical, and (3) economic.*(…) *The juridical rights [being] perhaps the most important of all the privileges* ».

Le traité de paix et d'alliance conclu entre la France et l'Empire ottoman en février 1536 a été considéré comme « la base de toutes les capitulations conclues depuis cette époque entre les deux puissances » (LAVALLEE (T.), *Histoire de l'empire ottoman depuis les temps anciens jusqu'à nos jours,* Paris : [s.n.], 1855, p. 231.) mais aussi comme celle des « *juridical rights of foreigners in Turkey* » (ELLSWORTH THAYER (L.), « The Capitulations of the Ottoman Empire… », *op. cit.*, p. 216). La « portée » de ses premiers articles a été décrite en ces termes : « ils introduisaient dans le droit des gens une importante innovation, en autorisant les Français à emporter sous une domination étrangère leur nationalité, leurs lois et usages ; en leur donnant, sous beaucoup de rapports, plus de droits et de liberté que n'en avaient les sujets Ottomans, en les plaçant presqu'entièrement sous la dépendance protectrice de leurs magistrats nationaux. Ces prérogatives…sont telles qu'aucune nation n'en a concédé de semblabes à une nation étrangère (…). ». LAVALLEE (T.), *Histoire de l'empire ottoman depuis les temps anciens jusqu'à nos jours, op. cit.*, p. 231.

jurisdiction or procedure. Instead, the United States' reliance on the MFN clause was directed to the expansion of its substantive right of consular jurisdiction insofar as Great Britain and Spain in their treaties with Morocco had been granted consular jurisdiction in all cases where their nationals were defendants (…). Rights of US Nationals in Morocco sheds no light at all on the question of whether an MFN clause can extend to aspects of an international tribunal's jurisdiction »[182].

A cet égard, l'arrêt *Anglo Iranian Oil Co.* par lequel la Cour a décidé qu'une clause NPF, pourtant libellée en des termes larges, ne s'étendait pas aux questions juridictionnelles permettant de trancher les divergences de vues des parties quant à sa compétence, est plus représentatif de la jurisprudence de la Cour sur la problématique de l'application de la clause NPF aux mécanismes de règlement des différends telle qu'elle se pose aujourd'hui.

La portée non-juridictionnelle de la clause NPF qui ressort de cette décision de la Cour est remise en cause par certains tribunaux CIRDI.

II. Les contrariétés notoires dans la jurisprudence CIRDI

Le courant *Maffezini* qui admet l'importation de conditions d'accès à l'arbitrage CIRDI par le jeu d'une clause NPF (A) ainsi qu'une sentence acceptant l'établissement du consentement de l'Etat hôte à l'arbitrage CIRDI sur la base d'une clause NPF (B) dénotent un rejet de la jurisprudence de la Cour.

A. Le courant *Maffezini* : L'importation de conditions d'accès à l'arbitrage CIRDI *via* la clause NPF

- La solution d'avant-garde de la décision Maffezini

La problématique de l'applicabilité de clauses NPF aux mécanismes de règlement des différends a été soulevée pour la première fois dans le domaine de l'arbitrage relatif aux investissements internationaux[183] dans l'affaire *Maffezini*[184].

---

[182] DOUGLAS (Z.), *The international law of investment claims*, *op. cit.*, pp. 349-350.

[183] Pour un aperçu du traitement de cette problématique dans la jurisprudence arbitrale relative aux investissements internationaux, voir LABIDI (H.), « Où va la clause de la nation la plus favorisée en droit international des investissements ? », *in* HORCHANI (F.) (Dir.), *Où va le droit de l'investissement ? : Désordre normatif et recherche d'équilibre*, Actes du colloque organisé à Tunis les 3 et 4 mars 2006, Paris : Pedone, 2006, pp. 31-44 ; CAZALA (J.), « Clause de la nation la plus favorisée et juridiction du tribunal arbitral », *Cahier de l'arbitrage, Gazette du Palais*, Recueil Novembre-décembre 2007, p. 3880 ; BEN HAMIDA (W.), « Clause de la nation la plus favorisée et mécanisme de règlement des différends : que dit l'histoire ? », *op. cit.* ; MEKPO (C.), « La clause de la nation la plus favorisée (NPF) et son impact sur l'arbitrage en matière d'investissement :

Au regard du TBI Espagne / Argentine applicable dans cette affaire, le recours au CIRDI n'était possible que dix-huit mois après la saisine préalable des tribunaux de l'Etat hôte. Ayant saisi le CIRDI sans avoir rempli cette condition, l'investisseur argentin a invoqué la clause NPF du TBI Espagne / Argentine[185], pour bénéficier du traitement plus favorable que constituait, selon lui, la procédure d'accès à l'arbitrage CIRDI du TBI Espagne / Chili. Ce dernier ne prévoyait ni le recours préalable aux tribunaux de l'Etat hôte ni le délai de dix-huit mois, la saisine du CIRDI pouvait intervenir six mois seulement après la notification du différend à l'Etat hôte.

Dans une décision du 25 janvier 2000, le tribunal a favorablement accueilli la prétention de l'investisseur argentin[186] en se fondant principalement sur une conception large de la règle *ejusdem generis*.

Selon le tribunal en effet, le problème posé en l'espèce impliquait de répondre à une question directement liée à la règle *ejusdem generis*[187], à savoir, « si les dispositions relatives au règlement des différends contenues dans un traité-tiers peuvent être considérées comme raisonnablement liées au traitement juste et équitable auquel la clause de la nation la plus favorisée s'applique en vertu des traités de base sur le commerce, la navigation ou les investissements et, par conséquent, si elles peuvent être vues comme des matières couvertes par la clause »[188].

Pour répondre à cette question, le tribunal a considéré la jurisprudence de la Cour sur la clause NPF comme le *background* à la lumière duquel le fonctionnement de la clause NPF dans les traités bilatéraux d'investissements doit être apprécié[189]. A cet effet, le tribunal mentionne l'arrêt *Droits des ressortissants des Etats-Unis d'Amérique au Maroc* mais estime que la problématique n'a pas été tranchée par la CIJ dans cette affaire[190]. Le tribunal ne se

---

regard sur les sentences récentes », *Bulletin de droit économique*, Volume 2, Numéro 1 , Hiver 2011, p. 2 ; CRÉPET DAIGREMONT (C.), « Consentement à l'arbitrage et clause de la nation la plus favorisée », *in* LEBEN (Ch.) (Dir.), *Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational*, *op. cit.,* pp. 727-758.

[184] *Maffezini c. Espagne*, préc., décision sur la compétence du 25 janvier 2000.

[185] La clause NPF est prévue à l'article IV du TBI Argentine / Espagne et est traduite dans les termes suivants dans la décision *Maffezini* : « *Article IV of the BIT between Argentina and Spain, after guaranteeing a fair and equitable treatment for investors, provides the following in paragraph 2:*
"In all matters subject to this Agreement, this treatment shall not be less favorable than that extended by each Party to the investments made in its territory by investors of a third country." ». *Maffezini c. Espagne*, préc., décision sur la compétence, § 38.

[186] *Maffezini c. Espagne*, préc., décision sur la compétence, § 64.

[187] *Ibid.*, § 46.

[188] *Ibidem*.

[189] *Ibid.*, § 51.

[190] *Ibid.*, § 47.

réfère cependant nullement à l'arrêt *Anglo Iranian Oil Co.* pour lequel il a par ailleurs exprimé son adhésion en ce qui concerne la problématique de la détermination du traité de base[191].

Finalement, le tribunal apporte la réponse suivante à la question qu'il a tirée de la prétention de l'investisseur argentin : même si la clause NPF ne vise pas expressément les dispositions relatives au règlement des différends, ces dernières ne doivent pas être uniquement vues comme des questions d'ordre procédural ou juridictionnel, ces dispositions étant « inextricablement liées »[192] à la protection des investisseurs étrangers. Plus précisément, le tribunal conclut qu'une clause de règlement des différends, en tant qu'élément du traitement accordé à un investisseur en vertu d'un traité relatif aux investissements, peut, par le jeu de la clause NPF contenue dans ce traité, être importée de traités tiers dès lors que ces derniers se rapportent à la même matière que le traité relatif aux investissements contenant la clause[193].

Pour parvenir à une telle conclusion, le tribunal s'est référé d'emblée et en premier au régime de protection des commerçants étrangers mis en place par les capitulations dont la juridiction consulaire constituait l'élément essentiel[194]. Le tribunal a également fait référence à la sentence rendue dans le cadre de l'affaire *Ambatielos (II)* dans laquelle, selon le tribunal, « la portée de la règle [*ejusdem generis*] a été définie dans des termes larges »[195].

A la lecture de la sentence, on peut relever d'autres éléments qui ont joué en faveur de la conclusion du tribunal selon laquelle les dispositions relatives au règlement des différends peuvent être couvertes par des clauses NPF, notamment, la formulation large de la clause NPF de l'espèce qui indique s'appliquer à « toutes les questions traitées par [l'] accord »[196].

---

[191] *Ibid.*, §§ 44-45.
[192] *Ibid.*, § 54.
[193] *Ibid.*, § 56.
[194] *Ibid.*, §§ 54 et 55.
[195] *Ibid.*, § 49. Le tribunal cite le passage suivant de la sentence *Ambatielos (II)* à l'appui de son affirmation: « *It is true that the 'administration of justice', when viewed in isolation, is a subject-matter other than 'commerce and navigation', but this is not necessarily so when it is viewed in connection with the protection of the rights of traders. Protection of the rights of traders naturally finds a place among the matters dealt with by treaties of commerce and navigation. Therefore, it cannot be said that the administration of justice, in so far as it is concerned with the protection of these rights, must necessarily be excluded from the field of application of the most-favored-nation clause, when the latter includes 'all matters relating to commerce and navigation*'.». [Référence indiquée en note 16 de la sentence Maffezini : United Nations, *Reports of International Arbitral Awards*, 1963, p. 107.]
[196] *Ibid.*, § 60. On note également que les arbitres s'arrêtent sur l'historique, le contexte de la signature du traité – notamment le conflit entre la préférence de l'Argentine pour les juridictions nationales et celle de l'Espagne pour l'arbitrage international (la clause de règlement des différends de l'espèce étant un compromis entre ces deux positions) ; sur la pratique postérieure des parties, l'Argentine ayant par la suite abandonné son exigence de recours préalable aux juridictions nationales et opté pour un recours direct à l'arbitrage international, la pratique

Le tribunal tempère cependant sa réponse en précisant que les « considérations d'ordre public »[197] constituent d'importantes limites à la portée extensive de la clause NPF à laquelle il a conclu : « par principe, le bénéficiaire de la clause ne devrait pas pouvoir contourner les considérations d'ordre public que les parties contractantes auraient envisagé comme des conditions fondamentales pour l'acceptation de l'accord en cause, particulièrement si le bénéficiaire est un investisseur privé, comme cela sera le cas souvent. La portée de la clause pourrait donc être plus étroite qu'il n'y paraît à première vue »[198].

En l'espèce, les conditions d'accès à l'arbitrage CIRDI que l'investisseur argentin entendait coutourner ne relevait pas de considérations d'ordre public selon le tribunal[199] qui évoque à titre d'exemples l'exigence d'épuisement des voies de recours internes, les clauses *fork-in-the-road*, les clauses attributives de juridiction désignant une institution d'arbitrage déterminée telle que le CIRDI, l'accord des parties de recourir à un système d'arbitrage hautement institutionnalisé comportant des règles précises de procédure comme c'est par exemple le cas de l'Accord de libre échange Nord-Américain (ALENA) [200].

- ***De nombreuses décisions adoptant la solution Maffezini***

Plusieurs décisions rendues sous les auspices du CIRDI ont repris la conception extensive de la portée de la clause NPF qui ressort de la solution *Maffezini* en estimant que la clause NPF permet de bénéficier des conditions d'accès à l'arbitrage CIRDI d'un traité tiers.

Les décisions *Gas Natural*[201], *Teinver*[202], *Suez et InterAguas*[203], *Impregilo*[204], *Siemens*[205] et *Hochtief*[206] peuvent être citées à cet effet.

Dans les affaires *Gas Natural*, *Teinver* et *Suez et InterAguas*, la clause NPF invoquée était la même que dans l'affaire *Maffezini*, c'est-à-dire l'article IV.2 du TBI Espagne /

---

de l'Espagne marquant toujours sa préférence pour un recours direct à l'arbitrage après des tentatives de règlement amiable.

[197] *Ibid.*, § 56.

[198] *Ibid.*, § 62.

[199] *Ibid.*, § 64.

[200] *Ibid.*, § 63.

[201] *Gas Natural c. Argentine*, CIRDI, affaire n° ARB/03/10, décision sur les questions préliminaires de compétence du 17 juin 2005.

[202] *Teinver c. Argentine*, CIRDI, affaire n° ARB/09/1, décision sur la compétence du 21 décembre 2012.

[203] *Suez et InterAguas c. Argentine*, préc., décision sur la compétence.

[204] *Impregilo c. Argentine*, CIRDI, affaire n° ARB/07/17, sentence du 21 juin 2011. La décision concernant la compétence a été adoptée à la majorité, l'arbitre Brigitte STERN s'étant prononcée en défaveur de la compétence du tribunal fondée sur la clause NPF : *Impregilo c. Argentine*, préc., opinion individuelle et dissidente de Brigitte STERN.

[205] *Siemens c. Argentine*, préc., décision sur la compétence.

[206] *Hochtief c. Argentine*, CIRDI, affaire n° ARB/07/31, décision sur la compétence du 24 octobre 2011.

Argentine[207]. Dans l'affaire *Impregilo,* il était question de l'article 3(1) du TBI Italie / Argentine[208], qui comme l'article IV.2 du TBI Espagne / Argentine, indiquait s'appliquer à *toutes les questions régies par l'accord.* Dans les affaires *Siemens* et *Hochtief*, les clauses NPF invoquées, étaient les articles 3(1) et 3(2) du TBI Allemagne/Argentine[209], qui contrairement aux clauses NPF dans les affaires précitées, ne précisent pas s'appliquer à *toutes les questions traitées par l'accord*.

Dans toutes ces affaires, comme dans l'affaire *Maffezini,* les investisseurs, invoquaient les clauses NPF précitées pour bénéficier du traitement plus favorable que constituait selon eux les procédures d'accès à l'arbitrage CIRDI de traités tiers qui ne prévoyaient ni le recours préalable aux tribunaux des Etats hôtes ni le délai de dix-huit mois comme c'était le cas dans les traités de base.

Les décisions *Gas Natural, Teinver, Suez et InterAguas, Impregilo, Siemens* et *Hochtief* ont, comme la décision *Maffezini,* favorablement accueilli les prétentions des investisseurs. Les arguments avancés par ces décisions rejoignent dans une large mesure ceux mis en avant dans la décision *Maffezini* dont elles reconduisent la solution :

-Les mécanismes de règlement des différends font partie intégrante du traitement et de la protection des investissements étrangers prévus par les TBI[210] ;

-Les questions relatives au règlement des différends sont incluses dans la formulation de la clause NPF dont la portée s'étend à *toutes les questions traitées par l'accord*[211];

---

[207] Article IV.2 du TBI Espagne /Argentine: « *In all matters subject to this Agreement, this treatment shall not be less favorable than that extended by each Party to the investments made in its territory by investors of a third country."* ».

[208] Article 3(1) du TBI Italie / Argentine« *each Contracting Party shall, within its own territory, accord to investments made by investors of the other Contracting Party, to the income and activities related to such investments and to all other matters regulated by this Agreement, a treatment that is no less favorable than that accorded to its own investors or investors from third-party countries* ».

[209] Le TBI Allemagne-Argentine contient trois clauses de la nation la plus favorisée aux articles 3(1), 3(2) et 4(4), la dernière étant limitée aux questions régies par l'article 4 qui n'étaient pas soulevées dans les affaires qui nous intéressent.

Article 3(1): « *None of the Contracting Parties shall accord in its territory to the investments of nationals or companies of the other Contracting Party or to investments in which they hold shares, a less favorable treatment than the treatment granted to the investments of its own nationals or companies or to the investments of nationals or companies of third States* »

Article 3(2): «*None of the Contracting Parties shall accord in its territory to nationals or companies of the other Contracting Party a less favorable treatment of activities related to investments than granted to its own nationals and companies or to the nationals and companies of third States*».

[210] *Gas Natural c. Argentine,* préc., décision sur les questions préliminaires de compétence, § 29 ; *Suez et InterAguas c. Argentine,* préc., décision sur la compétence, §§ 55 et 57 ; *Impregilo c. Argentine,* préc., sentence, § 99 ; *Siemens c. Argentine,* préc., décision sur la compétence, §§ 102 et 103 ; *Hochtief c. Argentine,* préc., décision sur la compétence, § 68.

- Au regard du bénéfice réclamé, il n'est pas question de bénéficier d'un nouveau mécanisme de règlement de différends, mais simplement de contourner une étape d'un mécanisme de règlement des différends déjà prévu par le traité de base en se prévalant des étapes prévues par un traité tiers jugées plus favorables ; il ne s'agit donc pas d'accorder un nouveau droit (le droit de recourir à l'arbitrage international) mais plutôt de permettre à l'investisseur d'aménager l'exercice d'un droit au recours à l'arbitrage international dont il dispose déjà[212] ;

- Les dispositions sur le règlement des différends ne figurent pas parmi les exceptions à l'application de la clause NPF ; les mécanismes de règlement des différends ne sont donc pas expressément exclus du champ d'application de la clause NPF[213].

Il faut également mentionner la référence à la jurisprudence de la Cour de la Haye dans le raisonnement de la sentence *Siemens*.

Concernant l'arrêt *Anglo Iranian Oil Co.,* le tribunal réduit sa portée en citant le passage de l'arrêt par lequel la Cour introduit l'une de ses constatations par la formule « *sans examiner le sens et la portée de la clause de la nation la plus favorisée* »[214]. Le tribunal en déduit que la Cour de la Haye a clairement décidé qu'elle ne s'est pas prononcée sur « le "sens et la portée de la clause de la nation la plus favorisée", y compris la question de savoir si la clause s'étendait au règlement des différends. La conclusion selon laquelle le Royaume-Uni ne pourrait pas fonder sa requête sur le traité de 1857 et de 1903 n'était pas liée à ces clauses en

---

[211] *Suez et InterAguas c. Argentine*, préc., décision sur la compétence, § 55 ; *Gas Natural c. Argentine*, préc., décision sur les questions préliminaires de compétence, §§ 30 et 49 ; *Teinver c. Argentine*, préc., décision sur la compétence, § 186 ; *Impregilo c. Argentine*, préc., sentence, § 99. Voir *contra*, l'opinion individuelle et dissidente de Brigitte STERN jointe à la sentence *Impregilo.* Selon elle, les conditions *ratione personae*, *ratione materiae* et *ratione temporis* d'exercice des droits substantiels sont clairement des matières régies par le traité, mais il n'a jamais été suggéré qu'elles puissent être modifiées par une clause NPF (§§ 57, 58, 63 et 77) ; l'expression « toutes les matières » ne couvre donc pas réellement *toutes* les matières (§ 76). Ceci est vrai également pour les droits procéduraux/juridictionnels concernant l'accès à la compétence du CIRDI : les conditions modelant le consentement à l'arbitrage (conditions *ratione voluntatis)* sont certainement incluses dans « toutes les matières » régies par le TBI mais ne peuvent être modifiées par l'utilisation d'une clause NPF, vu qu'elles conditionnent l'accès au mécanisme d'arbitrage du TBI (*Impregilo c. Argentine*, préc., opinion individuelle et dissidente de Brigitte STERN, §§ 78-81).

[212] *Suez et InterAguas c. Argentine*, préc., décision sur la compétence, § 63 ; *Teinver c. Argentine*, préc., décision sur la compétence, §§ 181 et 182 ; *Hochtief c. Argentine*, préc., décision sur la compétence, §§ 85-86.

[213] *Gas Natural c. Argentine*, préc., décision sur les questions préliminaires de compétence, § 30 ; *Suez et InterAguas c. Argentine*, préc., décision sur la compétence, § 63.

[214] *Affaire de l'Anglo-Iranian Oil Co.* (compétence), *op. cit*, p. 109 : « sans examiner le sens et la portée de la clause de la nation la plus favorisée, la Cour se borne à constater que cette clause figure dans les traités de 1857 et de 1903 entre l'Iran et le Royaume-Uni, qui ne sont pas postérieurs à la ratification de la déclaration de l'Iran. Bien que l'Iran soit lié par les obligations résultant de ces traités tant qu'ils restent en vigueur, le Royaume-Uni n'a pas le droit de les invoquer pour établir la compétence de la Cour, puisqu'ils sont exclus par les termes de la déclaration ».

tant que telles mais à la déclaration de l'Iran acceptant la compétence de la Cour, qui excluait les traités antérieurs à la date de la déclaration »[215].

Pour ce qui est de l'arrêt *Droits des ressortissants des Etats-Unis d'Amérique au Maroc*, le tribunal en souligne le passage qui constate que les Etats-Unis avaient acquis, dans le cadre du régime capitulaire, une juridiction consulaire plus favorable par l'effet de clauses NPF[216] pour conclure, à tort, qu' « il est évident que la CIJ a accepté que les clauses NPF puissent s'étendre aux dispositions relatives aux questions juridictionnelles, mais ceci n'était pas vraiment le problème entre les parties »[217].

En définitive, le courant *Maffezini*, souvent sur la base d'une mauvaise lecture de la jurisprudence de la Cour, retient une conception extensive de la portée de la clause NPF, bien que prévoyant des exceptions admises au regard de la décision d'avant-garde.

La conception de principe de la portée de la clause NPF par ce courant des sentences CIRDI s'éloigne de celle dégagée de la jurisprudence de la Cour de la Haye qui a considéré qu'une clause NPF pourtant rédigée en des termes larges ne s'étendait pas aux questions d'ordre juridictionnel, même si certaines sentences ont pu considérer la jurisprudence de la Cour non-pertinente ou en faveur de la conception extensive.

Zachary DOUGLAS souligne la contrariété entre le courant *Maffezini* et la jurisprudence de la Cour en ces termes : « *The decision in Maffezini was the first time that a party has been permitted to rely upon an MFN clause to modify the jurisdictional mandate of an international tribunal. Across the hundreds of years of activity of international courts and tribunals leading up to Maffezini, there had only been judicial pronouncements against such a device, including: the International Court of Justice's judgment in the Anglo-Iranian Oil Company Case* (…) »[218].

La même solution contrastant avec la jurisprudence de la Cour de la Haye a été retenue par d'autres tribunaux CIRDI se prononçant sur des questions d'espèces différentes de celle soulevée dans l'affaire *Maffezini.*

[215] *Siemens c. Argentine*, préc., décision sur la compétence, § 96.
[216] *Affaire relative aux droits des ressortissants des Etats-Unis d'Amérique au Maroc, op. cit,* p. 190.
[217] *Siemens c. Argentine*, préc., décision sur la compétence, § 99.
[218] DOUGLAS (Z.), « The MFN Clause in Investment Arbitration: Treaty Interpretation Off the Rails », *Journal of International Dispute Settlement,* Volume 2, n° 1, 2011, p. 101.

B. L'établissement du consentement de l'Etat hôte à l'arbitrage CIRDI *via* la clause NPF

La décision sur l'exception d'incompétence dans l'affaire *Garanti Koza*[219] témoigne de l'acceptation par un tribunal CIRDI de l'importation du consentement de l'Etat hôte à l'arbitrage CIRDI par le jeu d'une clause NPF.

Dans cette affaire portée devant un tribunal CIRDI par un investisseur du Royaume-Uni, le Turkménistan – Etat hôte – a soulevé une exception d'incompétence du tribunal pour défaut de consentement à l'arbitrage CIRDI au regard du TBI Turkménistan/Royaume-Uni dont la violation était alléguée. L'investisseur, pour établir l'existence du consentement du Turkménistan à l'arbitrage CIRDI, a invoqué la clause NPF contenue à l'article 3[220] du TBI Turkménistan/ Royaume-Uni. Cette disposition qui interdit aux parties de soumettre les investissements et investisseurs de l'autre partie contractante à un « *treatment less favourable than that which it accords* » aux investisseurs et investissements d'Etats tiers, a la particularité de préciser en son paragraphe 3 ce qui suit : « *For the avoidance of doubt it is confirmed that the treatment provided for in paragraphs (1) and (2) above shall apply to the provisions of Articles 1 to 11 of this Agreement*. ». Plus précisément, l'investisseur entendait invoquer cet article 3 du TBI Turkménistan/ Royaume-Uni pour bénéficier du consentement à l'arbitrage CIRDI donné par le Turkménistan dans des TBI qu'il a conclus avec d'autres Etats, notamment l'article 8 du TBI Turkménistan/Suisse[221] qu'il jugeait plus favorable que l'article 8 du TBI Turkménistan/Royaume-Uni[222].

---

[219] *Garanti koza c. Turkménistan*, CIRDI, affaire n° ARB/11/20, Décision sur l'exception d'incompétence pour défaut de consentement du 3 juillet 2013.

[220] Article 3 du TBI Turkménistan/ Royaume-Uni :

« *(1) Neither Contracting Party shall in its territory subject investments or returns of nationals or companies of the other Contracting Party to treatment less favourable than that which it accords to investments or returns of its own nationals or companies or to investments or returns of nationals or companies of any third State.*

(2) Neither Contracting Party shall in its territory subject nationals or companies of the other Contracting Party, as regards their management, maintenance, use, enjoyment or disposal of their investments, to treatment less favourable than that which it accords to its own nationals or companies or to nationals or companies of any third State.

(3) For the avoidance of doubt, it is confirmed that the treatment provided for in paragraphs (1) and (2) above shall apply to the provisions of Articles 1 to 11 of this Agreement. »

[221] Article 8 du TBI Turkménistan/Suisse :

« *1. For the purpose of solving disputes with respect to investments between a Contracting Party and an investor of the other Contracting Party, consultations will take place between the parties concerned.*

2. If these consultations do not result in a solution within six months from the date of request for consultations, the investor may submit the dispute for settlement to:

(a) the International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID) provided for by the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of other States, opened for signature at Washington, on March 18, 1965; or

En effet, bien que le paragraphe 1 de l'article 8 du TBI Turkménistan/Royaume-Uni exprime le consentement du Turkménistan à l'arbitrage international, la lecture combinée des paragraphes 2 et 3 de cet article fait apparaître le CIRDI comme l'un des forums d'arbitrage s'offrant à un investisseur du Royaume-Uni pour un différend donné seulement lorsque ce choix résulte d'un accord entre l'investisseur et le Turkménistan. En vertu du TBI Turkménistan/Royaume-Uni donc, le recours à l'arbitrage CIRDI n'est ouvert à un investisseur pour un différend donné que lorsque le Turkménistan a exprimé son accord en ce sens. A défaut d'un tel accord, l'investisseur peut soumettre librement le différend à l'arbitrage CNUDCI. En vertu du TBI Turkménistan / Suisse par contre, le recours à l'arbitrage CIRDI n'est pas subordonné à un accord du Turkménistan pour un différend donné ; pour tout différend, l'investisseur peut choisir soit l'arbitrage CIRDI soit l'arbitrage CNUDCI[223].

C'est donc le consentement à l'arbitrage CIRDI non conditionné par un accord spécifique du Turkménistan dans le TBI Turkménistan / Suisse dont l'investisseur du Royaume-Uni entendait bénéficier en lieu et place du recours à l'arbitrage CIRDI conditionné par un accord spécifique du Turkménistan dans le TBI Turkménistan/Royaume-Uni.

---

b) an ad hoc-arbitral tribunal which, unless otherwise agreed upon by the parties to the dispute, shall be established under the arbitration rules of the United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL).
3. Each Contracting Party hereby consents to the submission of an investment dispute to conciliation or international arbitration. »

[222] Article 8 du TBI Turkménistan / Royaume-Uni :
(1) Disputes between a national or company of one Contracting Party and the other Contracting Party concerning an obligation of the latter under this Agreement in relation to an investment of the former which have not been amicably settled shall, after a period of four [months] from written notification of a claim, be submitted to international arbitration if the national or company concerned so wishes.
(2) Where the dispute is referred to international arbitration, the national or company and the Contracting Party concerned in the dispute may agree to refer the dispute either to:
(a) the International Centre for the Settlement of Investment Disputes (having regard to the provisions, where applicable, of the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of other States, opened for signature at Washington DC on 18 March 1965 and the Additional Facility for the Administration of Conciliation, Arbitration and Fact-Finding Proceedings); or
(b) the Court of Arbitration of the International Chamber of Commerce; or
(c) an international arbitrator or ad hoc arbitration tribunal to be appointed by a special agreement or established under the Arbitration Rules of the United Nations Commission on International Trade Law.
If after a period of four months from written notification of the claim there is no agreement to one of the above alternative procedures, the dispute shall at the request in writing of the national or company concerned be submitted to arbitration under the Arbitration Rules of the United Nations Commission on International Trade Law as then in force. The parties to the dispute may agree in writing to modify these Rules.

[223] *Garanti koza c. Turkménistan*, préc., Décision sur l'exception d'incompétence pour défaut de consentement, §§ 24-39.

Le Tribunal a décidé à la majorité[224] que la clause NPF de l'espèce avait une telle portée. Pour ce faire, il a d'abord constaté qu'au regard du paragraphe 3 de l'article 3 du TBI Turkménistan/Royaume-Uni (clause NPF), ce dernier s'applique à l'article 8 de ce TBI (clause de règlement de différends)[225]. Puis, se posant la question de savoir si le consentement à l'arbitrage CIRDI pouvait être tiré d'une clause NPF, la majorité, au regard de différents facteurs de l'espèce, conclut qu' « il n'y a pas de raison pour qu'un investisseur du Royaume-Uni ne puisse se fier au consentement donné par le Turkménistan à l'arbitrage CIRDI dans le TBI le liant à la Suisse, si la disposition relative à l'arbitrage CIRDI ou le choix inconditionné entre l'arbitrage CIRDI et l'arbitrage CNUDCI accorde un traitement plus favorable à l'investisseur que le traitement accordé par le traité de base »[226]. Les arguments développés pour aboutir à une telle conclusion sont les suivants : le Turkménistan a expressément consenti à l'arbitrage international dans le traité de base ; dans ce même traité, il s'est engagé à ce que les investisseurs du Royaume-Uni ne soit pas soumis à un traitement moins favorable que celui accordé aux investisseurs d'Etats tiers ; le Turkménistan a expressément consenti à ce que le traitement NPF ainsi accordé s'applique à la clause de règlement de différends ; le Turkménistan a accordé aux investisseurs d'Etats tiers un choix inconditionné entre l'arbitrage CIRDI et l'arbitrage CNUDCI[227]. Ce choix inconditionné prévu dans des traités tiers ayant été qualifié de traitement plus favorable que le recours conditionné à l'arbitrage CIRDI dans le traité de base[228], la majorité a accepté, par le jeu de la clause NPF, d'importer le consentement du Turkménistan à l'arbitrage CIRDI exprimé dans le TBI Turkménistan / Suisse, établissant de la sorte sa compétence en tant que tribunal CIRDI pour connaître des allégations de violation du TBI Turkménistan / Royaume-Uni[229].

De ce point de vue, la sentence *Garanti Koza* s'inscrit dans le même ordre d'idées que le courant *Maffezini* en ce qu'elle admet la portée juridictionnelle de la clause NPF, contrastant de la sorte avec la jurisprudence de la Cour.

Un autre courant de la jurisprudence des tribunaux CIRDI s'aligne plutôt sur la portée restrictive de la clause NPF qui ressort de la jurisprudence de la Cour.

---

[224] Voir *Garanti koza c. Turkménistan*, préc, opinion dissidente de Laurence BOISSON DE CHAZOURNES du 3 juillet 2013.
[225] *Garanti koza c. Turkménistan*, préc., décision sur l'exception d'incompétence pour défaut de consentement, § 67.
[226] *Ibid.*, § 79.
[227] *Ibidem*.
[228] *Ibid.*, § 94.
[229] *Ibid.*, § 97.

Paragraphe II : Les alignements sur la portée restrictive (y compris non juridictionnelle) de la clause NPF

La reprise, dans une partie de la jurisprudence CIRDI, de la conception restrictive de la portée de la clause NPF retenue par la Cour de la Haye se traduit par des sentences CIRDI emboîtant le pas à la Cour en reconnaissant une portée non-juridictionnelle à la clause NPF par le refus d'importer des clauses de règlement des différends (I). Les alignements par rapport à la jurisprudence de la Cour sur la portée restrictive ressortent également des sentences CIRDI qui refusent d'étendre la clause NPF à certaines clauses en dehors des dispositions relatives au règlement des différends (II).

I. Des tribunaux CIRDI emboitant le pas à la Cour

Certaines sentences CIRDI ont remis en cause le courant *Maffezini* en refusant d'utiliser la clause NPF pour modifier les conditions d'accès à l'arbitrage (A). D'autres ont également adopté la portée non juridictionnelle de la clause NPF en refusant d'étendre leur compétence matérielle par le jeu de la clause NPF (B).

A. Remise en cause du courant *Maffezini* quant aux conditions d'accès à l'arbitrage CIRDI *via* la clause NPF

Certains tribunaux CIRDI, appeler à se prononcer sur la problématique précise ayant donné lieu au courant *Maffezini*, ont rejeté ce courant.

En effet, dans les affaires *Daimler*, *Wintershall* et *Kilic Insaat Ithalat*, des investisseurs ont invoqué des clauses NPF[230] afin de bénéficier de l'accès direct à l'arbitrage CIRDI prévu par des traités tiers[231] qu'ils jugeaient plus favorable que l'accès à l'arbitrage CIRDI soumis à des conditions préalables prévu dans les traités de base[232].

Plus précisément, la question se posait de savoir si, par le jeu des clauses NPF, l'obligation pour les investisseurs de saisir les tribunaux de l'Etat hôte et d'attendre un certain

[230] L'article 3 du TBI Argentine / Allemagne dans les affaires *Daimler* et *Wintershall* et article II.2 du TBITurkménistan / Turquie dans l'affaire *Kilic Insaat Ithalat*.
[231] Article VII du TBI Argentine / Etats-Unis dans l'affaire *Wintershall*, Article X du TBI Argentine / Chili dans l'affaire *Daimler*, Article VIII du TBI Turkménistan / Suisse dans l'affaire *Kilic Insaat Ithalat.*
[232] Article 10 du TBI Allemagne / Argentine dans les affaires *Daimler* et *Wintershall* et article VII du TBI Turkménistan / Turquie l'affaire *Kilic Insaat Ithalat*.

délai avant de pouvoir saisir le CIRDI en vertu des traités de base pouvait être écartée au profit de l'absence d'une telle obligation dans des traités tiers.

Une réponse négative a été apportée à cette question par les sentences rendues dans le cadre de ces trois affaires[233] qui se sont largement fondées sur l'intention des parties quant à la portée de la clause NPF et sur la place du consentement des parties dans la détermination de la compétence juridictionnelle, accordant de la sorte une place importante aux principes d'interprétation des traités.

Pour répondre à la question qui leur était soumise, les sentences *Daimler* et *Wintershall* – qui se sont prononcées sur la même clause NPF et la même problématique que dans les sentences *Siemens* et *Hochtief* qui se situent dans le courant *Maffezini* – se sont inspirées de la jurisprudence de la Cour de la Haye. Les sentences *Daimler* et *Wintershall* se sont référées aux arrêts de la Cour portant d'une part sur les rapports entre consentement et compétence et d'autre part sur l'application de la clause NPF aux mécanismes de règlement des différends.

La sentence *Daimler* a en effet estimé qu'il ressort du *raisonnement* de la Cour sur le traité devant être considéré comme la source des droits du bénéficiaire de la clause NPF – dans l'arrêt *Anglo Iranian Oil Co.* – qu'« un demandeur potentiel désireux d'invoquer une clause NPF doit satisfaire les conditions préalables au règlement des différends internationaux en vertu du traité de base »[234]. Pour le tribunal, l'arrêt *Anglo Iranian Oil Co.* pose ainsi l'exigence selon laquelle « l'Etat doit avoir consenti au type particulier de règlement de différends en cause avant que le demandeur puisse soulever une quelconque requête relative à une clause NPF devant la juridiction désignée »[235]. Appliquée à l'espèce, cette *logique* signifie, selon le tribunal, que « le Demandeur ne peut pas encore avoir la qualité d'invoquer

[233] *Wintershall c. Argentine*, préc., sentence ; *Daimler c. Argentine*, CIRDI, affaire n° ARB/05/1, sentence du 22 août 2012 ; *Kiliç Ĭnşaat Ĭthalat c. Turkménistan*, CIRDI, affaire n° ARB/10/1, sentence du 2 juillet 2013.

[234] *Daimler c. Argentine*, préc., sentence, § 201. Le tribunal cite à cet effet le passage suivant de la page 209 de l'arrêt *Anglo Iranian Oil Co.:* "*But in order that the United Kingdom may enjoy the benefit of any treaty concluded by Iran with a third party by virtue of a most-favoured-nation clause contained in a treaty concluded by the United Kingdom with Iran, the United Kingdom must be in a position to invoke the latter treaty. The treaty containing the most-favoured-nation clause is the basic treaty upon which the UK must rely. It is this treaty which establishes the juridical link between the United Kingdom and a third-party treaty and confers upon that State the rights enjoyed by the third party. A third-party treaty, independent of and isolated from the basic treaty, cannot produce any legal effect as between the United Kingdom and Iran: it is res inter alios acta*." (souligné dans la décision, § 202).
Le tribunal fait la lecture suivante de ce passage: « *In other words, in Anglo-Iranian Oil, Iran's acceptance of the ICJ's jurisdiction over disputes arising under the two "basic treaties" (the UK-Persia treaties) was a condition precedent to the UK's standing to raise its MFN claims before the Court. Because that condition precedent had not been fulfilled, the UK had no standing and the ICJ had no jurisdiction* » (§ 203).

[235] *Ibid.*, § 204. Souligné dans la sentence.

de quelconques arguments relatifs à une clause NPF devant le Tribunal »[236]. Le tribunal estime que ceci constitue un obstacle à la volonté du demandeur de contourner l'exigence du délai de dix-huit mois à moins qu'au regard du contenu de la clause NPF en cause, l'intention des parties contractantes soit d'autoriser que les conditions préalables au règlement des différends internationaux du traité puissent être altérées par le jeu de la clause[237].

Pour ce qui est des rapports entre consentement et compétence, les sentences *Daimler* et *Wintershall* ont adopté les principes suivants qu'ils ont tirés de la jurisprudence de la Cour de la Haye comme base guidant leurs réponses[238] : le consentement est la « pierre angulaire de tout engagement conventionnel »[239], la compétence juridictionnelle ne peut être exercée à l'égard d'un Etat qu'avec son consentement[240] ; il n'est pas possible de présumer du consentement d'un Etat[241] ; l'instrument par lequel l'Etat donne son consentement en contient les limites, il n'est pas possible d'élargir la portée du consentement par interprétation, une clause juridictionnelle ne doit pas être interprétée de sorte à aller au-delà de l'intention des parties qui y ont souscrit[242].

Appliquant ces principes, les arbitres ayant rendu la sentence relative à l'affaire *Wintershall* ont refusé de donner suite aux prétentions de l'investisseur, estimant que la solution inverse poserait un sérieux problème au regard du consentement de l'Etat hôte

---

[236] *Ibidem*. On retrouve cette idée sous la plume de Brigitte STERN en ces termes: « *before a provision relating to the dispute settlement mechanism can be imported into the basic treaty, the right to international arbitration – here ICSID arbitration – has to be capable of coming into existence for the foreign investor under the basic treaty (…)* » *Impregilo c. Argentine*, préc., opinion individuelle et dissidente de Brigitte STERN, § 79.

[237] *Ibid*., § 204.

[238] *Ibid*., §§ 168-178, *Wintershall c. Argentine*, préc., sentence, §§ 160 (3) et 161.

[239] La sentence *Daimler* consacre une rubrique entière à ce principe (paragraphes 168 à 178) dans laquelle elle cite plusieurs arrêts de la Cour de la Haye à l'appui de son raisonnement.

[240] La sentence *Wintershall* cite les arrêts suivants de la Cour à l'appui de ce principe :
« "*It is well established in international law that no State can, without its consent, be compelled to submit its disputes ... either to mediation or to arbitration, or to any other kind of peaceful settlement*" (Status of Eastern Carelia case (1923), PCIJ, Series B, No. 5, p. 27);
"*The Court is not departing from the principle. which is well established in international law and accepted by its own jurisprudence as well as that of the Permanent Court of International Justice, to the effect that a State may not be compelled to submit its disputes to arbitration without its consent*" (Ambatielos, Merits: Obligation to Arbitrate case (1953), ICJ Reports,1953, p. 19);
"[...] *to adjudicate upon international responsibility of Albania without her consent would run counter to a wellestablished principle of international law embodied in the Court's Statute, namely, that the Court can only exercise jurisdiction over a State with its consent*" (Monetary Gold case (1954), ICJ Reports1954, p. 32). »
Wintershall c. Argentine, préc., sentence, § 160 (3) et note 135.

[241] La sentence *Wintershall* cite le « Lotus case (1927), PCIJ, Series A, No. 10, at p. 18 » et le « Judgment in the Aerial incident of July 27, 1955 case in ICJ Reports, 1959, p. 142 ». *Wintershall c. Argentine*, préc., sentence, § 160 (3) et note 136.

[242] La sentence *Wintershall* cite à ce propos « *the joint dissenting opinion in Ambatielos-I* » et le « *Judgment of the PCIJ in Phosphate in Morocco (Italy v. France– 1938)* ». *Wintershall c. Argentine*, préc., sentence, § 161 et note 137.

(l'Argentine) à l'arbitrage[243]. Selon eux, les conditions posées dans le traité de base pour l'accès à l'arbitrage CIRDI font « partie intégrante de l'"offre" d'arbitrage CIRDI de l'Argentine ; cette "offre" doit être acceptée par l'investisseur dans les mêmes termes »[244]. Par ailleurs, les arbitres ont souligné que la mise en œuvre de la règle *ejusdem generis* dans le cadre de l'application de la clause NPF se fait conformément à l'intention des parties[245]. Les parties peuvent en effet décider que la clause NPF s'applique aux dispositions relatives au règlement de différends, cependant, une telle intention doit être claire, sans ambiguïté[246], une simple référence à l'expression « toutes les questions traitées par [l'] accord » ne suffisant pas à établir[247] cette intention.

Les sentences *Daimler* et *Kilic Insaat Ithalat* ont quant à elles rejeté les prétentions des investisseurs à la majorité des tribunaux[248]. La première a, comme la sentence *Wintershall*, mis l'accent à la fois sur l'intention des parties quant à la portée de la clause NPF et sur le consentement des parties à la compétence juridictionnelle[249], la seconde s'étant davantage focalisée sur l'intention des parties par une interprétation du traité fondée en premier lieu sur sa structure établissant une distinction entre droits substantiels et voies de recours[250].

Il apparaît ainsi que certaines sentences CIRDI, ont, dans la lignée de la jurisprudence de la Cour de la Haye, refusé d'étendre la portée de clauses NPF aux questions d'ordre juridictionnel. Une telle concordance entre les jurisprudences de la Cour et celle des tribunaux

---

[243] *Wintershall c. Argentine*, préc., sentence, § 160 *in fine*.
[244] *Ibid.*, § 162.
[245] *Ibidem*.
[246] *Ibid.*, §§ 167 et 172.
[247] *Ibid.*, § 186.
[248] Voir *Daimler c. Argentine*, préc., opinion dissidente du juge Charles N. Brower, 15 août 2012 et *Kiliç İnşaat İthalat c. Turkménistan*, préc., opinion individuelle du Pofesseur Willian W. Park, 20 mai 2013.
[249] Selon le tribunal, la règle *ejusdem generis* ne permet pas en soi d'écarter les clauses de règlement de différends de la portée des clauses NPF, la règle *ejusdem generis* permettrait juste d'identifier la limite extérieure du champ d'application de la clause NPF ; la question de savoir quelles matières précises la clause couvre dans le cadre de cette limite ne peut être résolue qu'au regard de l'intention des parties déduite d'une interprétation raisonnable du traité de base (§ 215). En l'espèce, les arbitres ont établi que l'interprétation du TBI Allemagne/ Argentine conformément aux articles 31 et 32 de la Convention de Vienne sur le droit des traités ne permet pas d'entendre la clause NPF dans le sens avancé par l'investisseur (§ 261) : le sens de la notion de traitement qui prévalait au moment de la conclusion du TBI ne permet pas d'y inclure la problématique de règlement des différends, la référence au traitement à l'époque de la signature du TBI renvoyait à l'idée de protection substantielle, les dispositions relatives à la résolution de différends ne pouvaient donc valablement pas y être incluses (§ 224) ; la clause NPF de l'espèce contient une limitation territoriale qui démontrerait qu'elle n'a pas vocation à s'appliquer au règlement des différends internationaux (§ 230) ; c'est dans les limites du consentement des parties à la compétence juridictionnelle qu'il faut chercher à savoir si elles entendaient autoriser le demandeur à importer toute ou partie de la clause compromissoire d'un traité tiers (§ 259) ; la pratique des Etats parties au traité de base tendrait à démontrer que la clause NPF dans ce traité n'a jamais eu vocation à attirer dans son champ d'application les clauses de règlement des différends (§§ 239, 265, 273 et 276).
[250] *Kiliç İnşaat İthalat c. Turkménistan*, préc., sentence, §§ 7.3.1 - 7.3.9.

CIRDI ne doit pas être généralisée, certaines sentences CIRDI ayant adopté une conception extensive de la portée de la clause NPF.

Si dans les sentences précédentes, la conception restrictive de la portée de la clause NPF a été retenue à l'occasion de demandes tendant à modifier les conditions d'accès à l'arbitrage CIRDI, d'autres sentences ont retenu la même conception en rejetant cette fois des demandes visant à élargir la compétence matérielle de tribunaux CIRDI[251].

B. Le refus d'extension de la compétence matérielle des tribunaux CIRDI *via* la clause NPF

La décision sur la compétence dans l'affaire *Salini c. Jordanie*[252] marque le point de départ de la jurisprudence des tribunaux CIRDI refusant d'étendre leur compétence matérielle par le jeu d'une clause NPF.

Dans cette affaire, le tribunal ayant distingué *treaty claims* et *contract claims*, a décidé qu'il n'avait pas compétence pour la dernière catégorie de différends au regard du TBI Jordanie / Italie qui fixait sa compétence. L'investisseur a invoqué la clause NPF de ce traité[253] pour bénéficier des articles IX du TBI Jordanie / Etats-Unis et 6 du TBI Jordanie / Royaume-Uni qui prévoient que les différends nés de ou se rapportant à des contrats d'investissement constituent des différends relatifs aux investissements au sens de ces traités. Selon l'investisseur italien, ces dispositions en permettant aux investisseurs américains et britanniques de porter leurs *contract claims* à la connaissance des tribunaux CIRDI, instauraient un traitement plus favorable au profit de ces investisseurs étrangers. L'invocation de clauses NPF en l'espèce visait donc à étendre la compétence matérielle du tribunal arbitral aux *contract claims*.

---

[251] Claire CRÉPET DAIGREMONT distingue pour sa part entre les invocations de clauses NPF aux fins de « fonder la compétence du tribunal arbitral » et celles visant à « faciliter la recevabilité de la requête ». CRÉPET DAIGREMONT (C.), « Consentement à l'arbitrage et clause de la nation la plus favorisée », *in* LEBEN (Ch.) (Dir.), *Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational*, *op. cit.*, p. 729.

[252] *Salini c. Jordanie*, CIRDI, affaire n° ARB/02/13, décision sur la compétence du 9 novembre 2004.

[253] Articles 3 (1) et (2) du TBI Italie / Jordanie :

"1. Both Contracting Parties, within the bounds of their own territory, shall grant investments effected by, and the income accruing to, investors of the other Contracting Party, no less favourable treatment than that accorded to investments effected by, and income accruing to, its own nationals or investors of Third States.

2. In case, from the legislation of one of the Contracting Parties, or from the international obligations in force or that may come into force in the future for one of the Contracting Parties, should come out a legal framework according to which the investors of the other Contracting Party would be granted a more favourable treatment than the one foreseen in this Agreement, the treatment granted to the investors of such other Parties will apply also for outstanding relationships."

Répondant à cette prétention, le tribunal note que les parties ont longuement discuté les affaires *Anglo iranian Oil Co.*, *Droits des ressortissants des Etats-Unis d'Amérique au Maroc* et *Ambatielos(I)* et *(II).* Il indique cependant que les deux premières affaires ne traitent pas de la problématique de l'invocation d'une clause NPF pour le bénéfice de dispositions relatives au règlement des différends[254]. Au sujet de l'affaire *Ambatielos*, il conclut que l'arrêt de la CIJ ne s'est pas prononcé sur le fond en ce qui concerne l'argument de la Grèce tiré de la clause NPF, mais mentionne l'opinion dissidente de quatre juges qui ont pris position quant à cet argument. Selon le tribunal, « le point de vue de ces juges était que la clause "ne saurait être étendue à des matières autres que celles pour lesquelles elle a été stipulée". (…) "Au regard de ses termes", cette clause "ne promet le traitement de la nation la plus favorisée qu'en matière de commerce et de navigation" et par conséquent, ne peut être appliquée à "l'administration de la justice" »[255]. Le tribunal mentionne également la position des arbitres ayant rendu la sentence *Ambatielos (II)*. Il conclut que dans l'affaire *Ambatielos,* l'invocation de la clause NPF n'a pas été faite pour bénéficier de dispositions relatives à la compétence mais plutôt de clauses substantielles relatives à l'administration de la justice[256] et que par conséquent les solutions retenues dans le cadre de cette affaire ne sauraient être directement transposées dans l'espèce qui lui est soumise[257]. Ce n'est donc pas dans la jurisprudence de la Cour que la décision *Salini c. Jordanie* est directement allée puiser pour donner une réponse à la question qui se posait à elle, à savoir si la clause NPF invoquée en l'espèce permettait d'établir la compétence du tribunal arbitral pour les *contract claims*. La solution qu'elle retient n'en rejoint pas moins celle tirée de l'analyse de la jurisprudence de la Cour.

Le tribunal a en effet conclu que la clause NPF prévue à l'article 3 du TBI Jordanie / Italie « ne s'applique pas dans la mesure où il s'agit de clauses de règlement de différends »[258], adoptant de la sorte, comme la Cour, une vision restrictive de la portée de la clause de l'espèce. Cette solution, le tribunal la fonde sur les éléments suivants[259] : l'article 3 ne contient aucun indice *étendant* son champ d'application au règlement des différends ; cet article ne vise pas « tous les droits ou toutes les matières couvertes par l'accord » ; rien n'indique que l'intention commune des parties était de voir la clause NPF s'appliquer au règlement des différends, précisément pour établir la compétence du tribunal arbitral pour les

[254] *Salini c. Jordanie*, préc., décision sur la compétence, § 105.
[255] *Ibid.*, § 106.
[256] *Ibid.*, § 112.
[257] *Ibidem*.
[258] *Ibid.*, § 119.
[259] *Ibid.*, § 118.

contract claims, alors même que leur intention exprimée dans le TBI (article 9 (2)) était d'exclure les *contracts claims* de la compétence du CIRDI.

Il apparaît que le tribunal est d'avis que la portée d'une clause NPF *per se* et *a priori* ne couvre pas les dispositions relatives au règlement des différends ; une telle *extension* de la portée de la clause NPF ne pouvant être rendue possible qu'au regard de la rédaction de la clause et de l'intention commune des parties au traité contenant la clause.

La décision sur la compétence dans l'affaire *Plama*[260], la sentence *Telenor*[261] et la décision sur la compétence dans l'affaire *Tza yap shum*[262] reconduisent la solution *Salini c. Jordanie* en retenant l'intention des parties comme fondement à l'extension de la portée de la clause NPF aux dispositions relatives au règlement des différends[263].

Dans ces trois affaires, des clauses NPF ont été invoquées dans le même sens : étendre la compétence du tribunal au-delà de la limite fixée par le TBI par le jeu d'une clause NPF. Les investisseurs dans ces affaires entendaient étendre la compétence des tribunaux au-delà des questions d'indemnisation en cas d'expropriation (pour les affaires *Plama* et *Tza yap shum*) et au-delà des questions relatives à l'expropriation (pour l'affaire *Telenor*) sur la base de clauses NPF[264].

Ces prétentions ont été rejetées par les arbitres dans les trois affaires[265]. Dans la décision *Plama*, le tribunal indique que, dans aucune des affaires sur lesquelles le demandeur s'est basé pour démontrer sa prétention, il n'a été soutenu que les dispositions relatives au règlement des différends dans le traité de base sont remplacées dans leur totalité par les dispositions relatives au règlement des différends contenues dans un autre traité par le jeu de

---

[260] *Plama c. Bulgarie*, CIRDI, affaire n° ARB/03/24, décision sur la compétence du 8 février 2005.
[261] *Telenor c. Hongrie*, CIRDI, affaire n° ARB/04/15, sentence du 13 septembre 2006.
[262] *Tza yap shum c. Pérou*, CIRDI, affaire n° ARB/07/6, Décision sur la compétence du 19 juin 2009.
[263] *Plama c. Bulgarie*, préc., décision sur la compétence, § 223.
[264] L'article 3 du TBI Bulgarie-Chypre applicable dans l'affaire *Plama* dispose que : « *1. Each Contracting Party shall apply to the investments in its territory by investors of the other Contracting Party a treatment which is not less favourable than that accorded to investments by investors of third states. 2. This treatment shall not be applied to the privileges which either Contracting Party accords to investors from third countries in virtue of their participation in economic communities and unions, a customs union or a free trade area.*"
[265] A propos de ce refus de faire jouer des clauses NPF pour étendre la compétence d'un tribunal, Emmanuel GAILLARD a pu écrire qu'« il est permis de penser que cette interprétation de la clause de la nation la plus favorisée n'est conforme ni à la fonction de la clause ni à la réalité de la concurrence entre les investisseurs de différents pays. Ceux qui bénéficient d'un accès à un tribunal international pour connaître de tous les différends nés du Traité sont en effet manifestement favorisés par rapport à ceux qui n'en bénéficient pas, ou à tout le moins pas aussi largement. Or, c'est précisément ce que la clause de la nation la plus favorisée voulait éviter ». GAILLARD (E.), « Chronique des sentences arbitrales », *Journal du droit international*, Avril-Mai-Juin 2010, n°2/2010, p. 502.

la clause NPF du traité de base[266]. Le tribunal souligne en ce sens que dans l'affaire *Droits des ressortissants des Etats-Unis d'Amérique au Maroc*, la CIJ, examinant l'intention des parties contractantes et le *modèle général des traités* conclus par le Maroc, a rejeté la thèse de l'incorporation permanente soutenue par les Etats-Unis[267]. Par ailleurs, indique le tribunal, la Cour, dans l'affaire *Anglo Iranian Oil Co.*, « a conclu que les clauses NPF dans les traités liant l'Iran au Royaume-Uni, "n'a aucun rapport quelconque avec les questions juridictionnelles" entre les deux Etats »[268]. La décision *Plama* rejette ainsi l'idée selon laquelle la jurisprudence de la Cour vient à l'appui de la conception extensive de la portée de la clause NPF soutenue par le demandeur. Le tribunal rejette précisément une telle conception en se fondant sur les raisons suivantes : on ne peut présumer du fait qu'en incluant une clause NPF, les parties au TBI ont entendu rendre possible le remplacement de la procédure de règlement de différends qu'elles ont négociée par un mécanisme totalement différent[269] ; on ne peut non plus présumer de l'intention des parties à accepter que les dispositions relatives au règlement des différends qu'elles ont spécifiquement négociées pour un traité précis soient élargies par l'incorporation de dispositions relatives au règlement des différends d'autres traités négociés dans un contexte différent[270]. L'intention des parties doit donc être clairement exprimée, ne laisser la place à aucun doute[271], l'expression « toutes les questions traitées par [l'] accord » ne suffisant pas à dissiper les doutes sur l'intention des parties[272]. L'autonomie de la clause compromissoire, contrat en soi, supporte, selon le tribunal, son refus d'admettre les clauses de règlement de différends dans le champ d'application de la clause NPF[273] en l'espèce. La décision *Tza yap shum* reprend à son compte le raisonnement de la décision *Plama* en s'y référant pour rejeter l'invocation par l'investisseur chinois de la clause NPF du TBI Chine / Pérou afin d'étendre la compétence du tribunal[274]. La sentence *Telenor* a également abondé dans le même sens que la décision *Plama* dont elle a précisé partager l'analyse[275] : en l'absence d'une intention claire des parties au traité de base, une clause NPF ne doit pas être interprétée comme permettant d'élargir la compétence d'un tribunal au-delà des limites fixées par ledit traité. La sentence *Telenor* se fonde plus précisément sur quatre

[266] *Plama c. Bulgarie*, préc., décision sur la compétence, § 210.
[267] *Ibid.*, § 213.
[268] *Ibid.*, § 214.
[269] *Ibid.*, § 209.
[270] *Ibid.*, § 207.
[271] *bid.*, § 204.
[272] *Ibid.*, § 205.
[273] *Ibid.*, § 212.
[274] *Tza yap shum c. Pérou*, préc., Décision sur la compétence, § 220.
[275] *Telenor c. Hongrie*, préc., sentence, § 90.

arguments[276] parmi lesquels l'idée selon laquelle le sens ordinaire d'une disposition prévoyant le traitement NPF – interprétée conformément aux règles d'interprétation codifiées dans l'article 31 de la Convention de Vienne sur le droit des traités – renvoie aux droits substantiels de l'investisseur, une telle disposition ne pouvant être entendue comme autorisant à importer des droits procéduraux[277]. Une telle précision vient confirmer l'idée tirée de la sentence *Salini c. Jordanie* selon laquelle pour certaines sentences CIRDI le traitement NPF promis par une telle clause est substantiel et ne couvre pas *per se* et *a priori* les dispositions relatives au règlement des différends.

Ces sentences emboîtant le pas à la Cour en reconnaissant une portée restrictive, précisément non-juridictionnelle, à la clause NPF, se sont prononcées sur l'invocation du bénéfice de clauses de règlement des différends par le jeu d'une clause NPF.

D'autres sentences CIRDI, se prononçant sur l'invocation du bénéfice de clauses autres que de règlement des différends, confirment également la portée restrictive de la clause NPF posée par la Cour.

II. Accentuation de la portée restrictive en dehors des clauses de règlement des différends

Les sentences CIRDI ont naturellement accepté de faire bénéficier des investisseurs ou investissements internationaux de clauses de traitement et de protection[278] et de clauses *umbrella*[279] contenues dans des traités tiers par le jeu de clauses NPF en admettant qu'elles étaient relatives à des matières se rapportant à des questions d'ordre substantiel.

---

[276] *Ibid.*, §§ 91-95.

[277] *Ibid.*, § 92. Les autres arguments étant les suivants : la conception extensive du champ d'application de la clause de la nation la plus favorisée a pour effet d'exposer l'Etat hôte au risque de *treaty-shopping* ; elle est également source d'incertitude et d'instabilité ; enfin, lorsque la clause de règlement des différends du traité de base est placée dans le contexte général de la pratique des Etats parties concernant la formulation de clauses de règlement de différends, il est clair qu'elle apparaît comme le résultat d'une intention commune des parties dans le cadre de négociations spécifiques, de ce fait, lorsqu'une telle clause a une portée limitée, utiliser la clause de la nation la plus favorisée pour en élargir le champ, reviendrait à dénaturer l'intention des parties.

[278] *ADF c. Etats-Unis d'Amérique, CIRDI, affaire n° ARB (AF)/00/1, sentence du 9 janvier 2003*, § 194 ; *MTD c. Chili, CIRDI, affaire n° ARB/01/7, sentence du 25 mai 2004*, § 107 ; *L.E.S.I. SpA et Astaldi SpA c. Algérie, CIRDI, affaire n° ARB/05/3,* sentence du 12 novembre 2008, § 150 ; *Rumeli Telekom et Telsim Mobil c. Kazakhstan, CIRDI, affaire n° ARB/05/16, sentence du 29 juillet 2008*, § 575 ; *Bayindir c. Pakistan*, CIRDI, affaire n° ARB/03/29, sentence du 27 août 2009, §§ 153-164 ; *ATA c. Jordanie,* CIRDI, affaire n° ARB/08/2, sentence du 18 mai 2010, § 73 et note 16. Yas BANIFATEMI a souligné à cet effet que « *the above principles establishing the function and operation of the most-favoured-nation clause have not given rise to conceptual difficulties in situations where the better treatment sought by the investor relates to the classic substantive protection accorded by the host State respectively in the basic treaty and in third-party treaties*. »[278]. (BANIFATEMI (Y), « The Emerging Jurisprudence on the Most-Favoured-Nation Treatment in Investment Arbitration », *op. cit.*, pp. 246-247.).

[279] La clause NPF a pu être invoquée pour bénéficier de clauses *umbrella* :

Si, en comparaison, les clauses relatives au règlement des différends constituent des clauses controversées quant à la portée de la clause NPF, certaines clauses qui ne sont, en soi, pas des clauses de règlement des différends, ont été l'objet de refus d'importation par le jeu de clauses NPF. Il s'agit des clauses relatives au champ d'application du traité (A) et de la clause d'exception de sécurité (B).

A. Le refus d'importer des clauses relatives au champ d'application du traité

La clause portant définition de l'investissement (1) et la clause portant application du traité dans le temps (2) ont fait l'objet d'un refus d'importation par le jeu des clauses NPF.

1. Le refus d'importer la définition de l'investissement

Les sentences *Metal-Tech*[280] et *Vannessa Ventures*[281], qui ont analysé la question de savoir si la clause NPF pouvait permettre de bénéficier de la définition de l'investissement contenue dans un traité tiers ont répondu par la négative.

-D'un point de vue matériel : la clause *umbrella* étant présentée comme élément du *traitement substantiel*, l'invocation de clauses NPF vient à l'appui d'une allégation de violation du traité de base.
-D'un point de vue juridictionnel : la clause *umbrella* étant présentée comme moyen d'établir qu'un tribunal CIRDI, bien que saisi sur la base d'un accord international, a compétence pour connaître de requêtes fondées sur un contrat (*contract claims*), l'invocation de clauses NPF vise à étendre la compétence matérielle de tribunaux CIRDI aux *contract claims* par importation d'une clause *umbrella*.
La problématique de l'invocation de clauses NPF pour bénéficier de clauses *umbrella* aux fins d'établir que la compétence de tribunaux CIRDI saisis sur le fondement du traité de base s'étend aux requêtes fondées sur un contrat a été soulevée dans les affaires *Abaclat*, *Impregilo* et *EDF International et autres*. Les tribunaux qui ont connu de ces affaires n'ont pas tranché ladite problématique, soit parce que la question était «entièrement théorique» (*Impregilo c. Argentine*, préc., sentence, § 186) au regard du fait qu'il n'y avait pas de rapports contractuels entre les parties à l'arbitrage CIRDI (*Ibid.*, §§ 183-187), soit parce que la question était « non pertinente » *(Abaclat et autres c. Argentine*, CIRDI, affaire n° ARB/07/5, décision du 4 août 2011 sur la compétence et la recevabilité, § 713) du fait que la compétence du tribunal découlait de la nature conventionnelle des requêtes en cause (*Ibid.*, § 713; *EDF International et autres c. Argentine*, CIRDI, affaire n° ARB/03/23, sentence du 11 juin 2012, §§ 930-931), rien ne s'opposant à ce que les mêmes actes constituent un manquement à une obligation contractuelle et une violation d'obligations conventionnelles (*EDF International et autres c. Argentine*, préc., sentence, § 931.).
Pour ce qui est de l'invocation du bénéfice d'une clause *umbrella* par le jeu d'une clause NPF, expressément et à la base dans un sens purement matériel, aux fins de bénéficier d'une clause *umbrella* en tant qu'expression du *traitement substantiel*, fondement de la violation de ses obligations par l'Etat hôte, la sentence *Waguih E. G. Siag et Clorinda Vecchi* n'a pas jugé nécessaire de se prononcer sur la question (*Waguih E. G. Siag et Clorinda Vecchi c. Egypte*, CIRDI, affaire n° ARB/05/15, sentence du 1er juin 2009, § 464). La sentence *EDF International et autres* a accepté que les investisseurs puissent bénéficier d'une clause *umbrella* d'un traité tiers, en tant que « disposition clairement matérielle » (*EDF International et autres c. Argentine*, préc., sentence, § 936). La même solution se retrouve dans la sentence *Arif* qui décide qu'une clause NPF permet d'importer une clause *umbrella* en ce qu'elle est *matérielle par nature* (*Franck Charles Arif c. Moldavie, CIRDI, affaire n° ARB/11/23, sentence du 8 avril 2013*, § 396).

[280] *Metal-Tech c. Ouzbekistan*, CIRDI, affaire n° ARB/10/3, sentence, du 4 octobre 2013.
[281] *Vannessa Ventures c. Venezuela, CIRDI, affaire n° ARB(AF)/04/6,* sentence du 16 janvier 2013.

Dans l'affaire *Metal-Tech,* sur la base de la clause NPF contenue dans le TBI Israël / Ouzbekistan[282], l'investisseur disait être fondé à bénéficier de la définition plus favorable du terme *investissement* du TBI Grèce / Ouzbekistan qui ne contient pas l'exigence selon laquelle l'investissement devait être « *implemented in accordance with the laws and regulations of the Contracting Party in whose territory the investment is made* »[283].

La même question s'est posée dans l'affaire *Vannessa Ventures* dans laquelle l'investisseur invoquait les clauses NPF contenues dans les articles III (1) et (2) du TBI Venezuela / Canada[284] pour bénéficier de ce qu'il voyait comme un traitement plus favorable dans le TBI Venezuela / Royaume-Uni qui ne contenait pas l'exigence de légalité dans sa définition de l'investissement.

Les réponses négatives[285] apportées par les deux sentences ont été justifiées par le fait que les clauses NPF ne s'appliquent qu'aux éléments entrant dans le champ d'application du traité de base. Or, la définition de l'investissement telle que formulée dans le traité de base constitue précisément un élément du champ d'application de ce traité. En d'autres termes et

---

[282] Cité au § 143 de la sentence *Metal-Tech c. Ouzbekistan* précitée :
« 1. Neither Contracting Party shall, in its territory, subject investments or returns or investors of the other Contracting Party to treatment less favorable than that which it accords to investments or returns of investors of any third state.
2. Neither Contracting Party shall, in its territory, subject investors of the other Contracting Party, as regards their management, maintenance, use, enjoyment or disposal of their investments, to treatment less favorable than that which it accords to . . . investors of any third state."

[283] En effet, l'article 1 (1) du TBI Israël / Ouzbekistan définissait la notion d'investissement comme il suit : « *The term 'investments' shall comprise any kind of assets, implemented in accordance with the laws and regulations of the Contracting Party in whose territory the investment is made, including, but not limited to: a) movable and immovable property, as well as any other rights in rem, in respect of every kind of asset; b) rights derived from shares, bonds and other kinds of interests in companies; c) claims to money, goodwill and other assets and to any performance having an economic value; d) rights in the field of intellectual property, technical processes and know-how; e) business concessions conferred by law or under contract, including concessions to search for, cultivate, extract or exploit natural resources*».
L'article 1(1) du TBI Grèce / Ouzbekistan disposait quant à lui que : « *The term "investment" means every kind of asset and in particular, though not exclusively, includes: a) movable and immovable property and any rights in rem, such as servitudes, ususfructus [sic], mortgages, liens or pledges; b) shares in and stock and debentures of a company and any other form of participation in a company; c) claims to money or to any performance under contract having an economic value, as well as loans connected to an investment; d) intellectual and industrial property rights, patents, trade marks, technical processes, know-how, goodwill and any other similar rights; e) any right conferred by law or contract or by virtue of any licences and permits granted pursuant to law to undertake an economic activity. A possible change in the form in which the investments have been made does not affect their character as investments*».

[284] Selon l'article III du TBI Venezuela / Canada intitulé *Traitement de la nation la plus favorisée (NPF) après l'établissement et exceptions applicables* : « 1. Chacune des parties contractantes accorde aux investissements ou aux revenus des investisseurs de l'autre partie contractante un traitement égal à celui qu'elle accorde, dans des circonstances semblables, aux investissements ou aux revenus des investisseurs d'un Etat tiers. 2. Chacune des parties contractantes accorde aux investisseurs de l'autre partie contractante, en ce qui concerne l'accroissement, la gestion, la conduite, l'exploitation, l'utilisation, la jouissance ou l'aliénation de leurs investissements ou de leurs revenus, un traitement égal à celui qu'elle accorde, dans des circonstances semblables, aux investisseurs d'un Etat tiers. ».

[285] *Metal-Tech c. Ouzbekistan*, préc, sentence, § 157 ; *Vannessa Ventures c. Venezuela,* préc., sentence, § 133.

pour paraphraser la sentence *Vannessa Ventures,* « le traitement NPF...est promis aux investissements tels que définis dans [le] TBI. Le bénéfice de la clause NPF...ne peut être invoqué que pour ce qui est des investissements qui entrent dans le champ d'application … du TBI…depuis le départ. La clause NPF ne peut être utilisée pour étendre la catégorie d'investissements à laquelle le TBI … s'applique »[286].

Il apparaît ainsi que la portée de la clause NPF ne s'étend pas aux conditions d'application *ratione materiae,* fussent-elles plus favorables, d'un traité de l'Etat hôte conclu avec les Etats tiers. La même logique semble sous-tendre le refus d'importer la clause d'application d'un traité dans le temps.

2. Le refus d'importer une disposition relative à l'application d'un traité dans le temps

C'est dans la sentence *Tecmed* qu'un tribunal CIRDI a abordé la problématique de l'application dans le temps d'un traité en rapport avec une clause NPF.

Dans cette affaire en effet, le tribunal a été confronté à la question de savoir dans quelle mesure la conduite du Mexique antérieure à l'entrée en vigueur du TBI Mexique / Espagne pouvait être prise en compte afin de déterminer si le Mexique avait violé ledit traité.

L'investisseur avait invoqué la clause NPF contenue à l'article 8 (1) du TBI Mexique / Espagne afin de rendre possible l'application rétroactive de ce TBI à l'instar du TBI Mexique / Autriche. En effet, il ressortait du TBI Mexique / Espagne qu'il ne s'appliquait qu'aux investissements existant à sa date d'entrée en vigueur alors que l'article 27 (1) du TBI Mexique / Autriche disposait que l'accord s'appliquait aux « investissements effectués … avant aussi bien qu'après l'entrée en vigueur de cet Accord ».

La sentence *Tecmed* a estimé que la problématique de l'application d'un accord dans le temps fait partie de celles qui, au regard de leur portée et de leur importance, doivent être considérées comme des questions devant être négociées par les parties de façon expresse. Etant l'un des noyaux essentiels des négociations, l'un des facteurs déterminants pour l'acceptation d'un accord, de telles dispositions ne peuvent, selon ce tribunal, entrer dans le champ d'application de la clause NPF[287].

---

[286] *Vannessa Ventures c. Venezuela,* préc., sentence, § 133 ; Voir également *Metal-Tech c. Ouzbekistan*, préc, sentence, § 145.
[287] *Tecmed c. Mexique*, préc., sentence, §§ 69 et 74.

La clause NPF ne peut donc s'étendre aux conditions d'application *ratione temporis* plus favorables d'un traité de l'Etat hôte conclu avec les Etats tiers.

Dans l'affaire *MCI et New Turbine*[288], des investisseurs américains ont procédé à une construction originale de la clause NPF en vue de contourner les conditions d'application *ratione temporis* du TBI Equateur / Etats-Unis. Pour établir qu'ils pouvaient invoquer, à l'appui de leur requête, des faits antérieurs à la date d'entrée en vigueur du TBI Equateur / Etats-Unis qui étaient exclus par le TBI, les investisseurs américains ont raisonné comme il suit : même si les investisseurs américains ne pouvaient pas encore bénéficier du TBI Equateur / Etats-Unis au 1er décembre 1995 parce qu'il n'était pas encore en vigueur, les investisseurs argentins pouvaient bénéficier de ce TBI Equateur / Etats-Unis à cette date sur la base de l'article VII du TBI Equateur / Argentine[289]. Par le jeu de la clause NPF contenue dans le TBI Equateur / Etats-Unis, les investisseurs américains entendaient bénéficier non pas directement d'un traité tiers mais de cette application au 1er décembre 1995 du traité de base lui-même (le TBI Equateur / Etats-Unis) qui était devenu un traitement plus favorable dont les investisseurs argentins bénéficiaient sur la base du TBI Equateur / Argentine[290].

Contestant la lecture faite par les investisseurs américains de l'article VII du TBI Equateur / Argentine, le tribunal a « rejet[é] la possibilité de considérer l'application de la clause de la nation la plus favorisée, dans les termes, et avec les effets, allégués par les demandeurs »[291].

Au sujet de ces sentences refusant d'étendre la portée de clauses NPF aux conditions d'application du traité de base, Yas BANIFATEMI a pu écrire : « *The tribunal in these cases clearly established that [a most-favoured-nation clause] is not an excuse to bypass the requirements that must be met before the treaty can apply at all. Indeed, each treaty set forth its own conditions and scope of application ratione personae, ratione materiae and ratione temporis. In the same way that the requirements of an 'investment' made by an 'investor' within the meaning of the relevant investment treaty are qualifying conditions which, if not met, constitute an obstacle to the applicability of the treaty, the requirements relating to*

[288] *MCI Power et New Turbine c. Equateur*, CIRDI, affaire n° ARB/03/6, sentence du 31 juillet 2007.
[289] Cet article VII, tel que traduit de la version (officielle) espagnole se lisait comme il suit : « *If the provisions of the law of either Contracting Party or obligations under international law existing at present or that are established in the future between the Contracting Parties in addition to this Treaty or if any Agreement between an investor of one Contracting Party and the other Contracting Party contain rules, whether general or specific entitling investments by investors of the other Contracting Party to treatment more favorable than is provided for in this Treaty, such rules shall, to the extent that they are more favorable, prevail over this Treaty.* »
[290] *MCI Power et New Turbine c. Equateur*, préc., sentence, §§ 118-123.
[291] *Ibid.*, §§ 127-128.

temporal application of the treaty must be met in order for the claimant to be in a position to benefit from the treaty, including its most-favoured-nation clause »[292].

Dans le même ordre d'idées, Brigitte STERN, établissant une distinction entre les droits et les conditions à remplir pour pouvoir bénéficier de ces droits, démontre dans son opinion individuelle et dissidente accompagnant la sentence *Impreglio* qu'il est généralement admis qu'une clause NPF ne peut être utilisée pour contourner les conditions (*ratione materiae*, *ratione temporis*, *ratione personae*) pour l'accès aux droits substantiels octroyés par le traité[293].

A côté de ces sentences qui ont refusé d'importer des clauses relatives au champ d'application du traité, témoignant ainsi de la portée restrictive de la clause NPF en dehors des clauses relatives au règlement des différends, une sentence a refusé, dans la même veine, d'importer une clause d'exception de sécurité.

B. La réticence à importer une clause d'exception de sécurité

Dans l'affaire *CMS,* une clause NPF a été invoquée pour bénéficier de l'absence dans des traités tiers de clause d'exception de sécurité afin d'emmener les arbitres à établir la violation par l'Etat hôte de ses obligations en considérant le traité de base comme dépourvu de clause d'exception de sécurité alors même qu'il en contenait.

En effet, l'Argentine ayant invoqué la clause d'exception de sécurité contenue à l'article XI du TBI Argentine / Etats-Unis[294] pour justifier le manquement à ses obligations découlant de ce TBI, l'investisseur a invoqué la clause NPF contenue à l'article II (1) du TBI Argentine / Etats-Unis[295] pour réclamer l'inapplicabilité de cet article XI du TBI Argentine / Etats-Unis en l'espèce. Selon l'investisseur, l'absence de clause d'exception de sécurité dans d'autres

[292] BANIFATEMI (Y.), « The Emerging Jurisprudence on the Most-Favoured-Nation Treatment in Investment Arbitration », *op. cit.*, p. 250.
[293] *Impregilo c. Argentine,* préc., opinion individuelle et dissidente de Brigitte STERN, §§ 63-77.
[294] Selon cet article: « *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*».
[295] Cet article dispose que : « *Each Party shall permit and treat investment, and activities associated therewith, on a basis no less favorable than that accorded in like situations to investment or associated activities of its own nationals or companies, or of nationals or companies of any third country, whichever is the more favorable, subject to the right of each Party to make or maintain exceptions falling within one of the sectors or matters listed in the Protocol to this Treaty* »

TBI conclus par l'Argentine était constitutif d'un traitement plus favorable que la présence de la clause d'exception de sécurité dans le TBI Argentine / Etats-Unis[296].

Par sa sentence du 12 mai 2005, le tribunal arbitral a rejeté cet argument présenté par l'investisseur. Selon le tribunal, s'il existait dans les autres TBI invoqués des dispositions de la nature de l'article XI qui envisageaient un traitement plus favorable pour l'investisseur, ce dernier aurait pu formuler une prétention en vue de faire jouer la clause NPF. La simple absence de dispositions de la nature de l'article XI dans ces autres TBI ne peut étayer un argument tendant à faire jouer la clause NPF, argument qui « aurait de toute façon été rejeté en vertu de la règle *ejusdem generis* »[297].

La sentence exclut ainsi la clause d'exception de sécurité du champ d'application de la clause NPF. Ce qui paraît logique au regard de la règle *ejusdem generis*. Une clause garantissant aux investissements étrangers le traitement le plus favorable ne peut permettre à ces investissements de bénéficier d'une clause prévoyant que le traité le contenant ne fera pas obstacle à l'application de mesures relatives à la sécurité nationale et internationale. La clause d'exception de sécurité, qui réserve le droit pour les États parties de prendre des mesures relatives à la sécurité nationale ou internationale, ne contient pas de droits se rapportant au traitement des investissements, objet de la clause NPF.

Cette sentence vient ainsi accentuer la portée limitée de la clause NPF sur la base de la règle *ejusdem generis*, en dehors des cas d'invocation du bénéfice de clauses de règlement des différends. Elle est aussi et ainsi dans le prolongement du sillage tracé par la jurisprudence de la Cour.

[296] *CMS c. Argentine*, CIRDI, affaire n° ARB/01/8, sentence du 12 mai 2005, § 343.
[297] *Ibid.*, § 377.

CONCLUSION DU CHAPITRE

La jurisprudence de la Cour de la Haye qu'il a été possible de recenser quant à la clause NPF porte sur le fonctionnement, la fonction et la portée de la clause NPF.

La confrontation de la jurisprudence de la Cour avec celle des tribunaux CIRDI sur la problématique du fonctionnement de la clause NPF a permis de conclure que les tribunaux CIRDI ont suivi le principe de fonctionnement posé par la Cour. En effet, la Cour a décidé que le traité contenant la clause NPF est la source des droits du bénéficiaire de la clause. Ce principe dégagé par la CIJ et qui vient confirmer le maintien de l'effet relatif des traités se retrouve également dans la jurisprudence des tribunaux CIRDI.

Quant à la fonction de la clause NPF, la CIJ a décidé qu'elle consiste à établir et maintenir l'égalité entre les cocontractants de l'Etat concédant. Cette fonction égalisatrice de la clause NPF ainsi posée par la CIJ se perçoit dans une grande partie de la jurisprudence des tribunaux CIRDI, de rares sentences seulement ayant appliqué cette clause d'une façon qui tranche avec sa fonction égalisatrice, contrastant de la sorte avec la jurisprudence de la Cour.

L'ensemble de ces éléments a permis de présenter le résultat de la comparaison entre la jurisprudence de la Cour de la Haye et celle des tribunaux CIRDI sur le fonctionnement et la fonction de la clause NPF en termes de large adhésion de la seconde à la première.

Pour ce qui est de la portée de la clause NPF, Alain PELLET classe l'usage que les tribunaux CIRDI font de la jurisprudence de la Cour quant à la problématique de la portée de la clause NPF dans la méthode de « *l'art du distinguishing* »[298]. Autrement dit, la portée de la clause NPF serait une problématique pour laquelle la jurisprudence des tribunaux CIRDI pratique *l'art de se distinguer* de celle de la Cour. En référence à une autre de ses « méthodes diversifiées de recours à la jurisprudence de la CIJ »[299] , il est plutôt possible de dire qu'au regard de la problématique de la portée de la clause NPF, la jurisprudence CIRDI, se situe à l'égard de celle de la Cour entre « *l'art du distinguishing* » et la « non-pertinence respectueuse ». En effet, il apparaît à l'analyse que concernant la portée de la clause NPF, dans une large mesure, « les sentences paient formellement tribut - *lip service* - à la

[298] PELLET (A.), « La jurisprudence de la Cour internationale de justice dans les sentences CIRDI », *op. cit.*, pp. 26-28.
[299] *Ibid.*, p. 20.

jurisprudence de la Cour pour, finalement, n'en point tenir compte, ou guère, au prétexte de non-pertinence »[300].

Plus précisément, la jurisprudence de la Cour sur la portée de la clause NPF est :
-souvent passée sous silence ;
- rarement analysée correctement ;
-et plus généralement évoquée mais analysée de façon superficielle de sorte que soit il en est donné une interprétation erronée, soit il est conclu à la non-pertinence : d'une part l'absence d'analyse rigoureuse de l'arrêt *Anglo iranian Oil Co.* conduit à conclure à sa non-pertinence, d'autre part l'absence d'analyse rigoureuse de l'arrêt *Droits des ressortissants des Etats-Unis au Maroc* conduit à une interprétation erronée conduisant à conclure à l'idée selon laquelle cet arrêt est en faveur d'une conception extensive de la portée la clause NPF.

En définitive, « *l'art du distinguishing* » pratiqué par la jurisprudence CIRDI à l'égard de la jurisprudence de la Cour est largement fondé sur une analyse superficielle conduisant à une interprétation erronée et une conclusion de non-pertinence.

Au-delà du recours direct à la jurisprudence de la Cour, qu'elles se réfèrent ou non à cette jurisprudence, les sentences CIRDI peuvent être classées en deux catégories.

D'un côté, il y a les sentences dont les solutions s'analysent en une postérité de la conception restrictive de la portée de la clause NPF retenue par la Cour. Il s'agit de sentences refusant d'importer des clauses de règlement des différends ou d'autres types de clauses par le jeu de clauses NPF.

D'un autre côté, il y a des sentences dont les solutions dénotent un rejet de la conception restrictive de la portée de la Cour en ce qu'elles retiennent plutôt une conception extensive par laquelle elles acceptent que des clauses NPF puissent permettre d'importer des dispositions relatives au règlement des différends.

C'est ce rejet partiel par les sentences CIRDI de la juriprudence de la Cour sur la portée de la clause NPF, ajouté à la large adhésion des sentences CIRDI d'une part aux principes concernant le fonctionnement de la clause NPF et d'autre part à la fonction de la clause tels que vus par la Cour qui a permis de conclure à une adoption relative par les tribunaux CIRDI des règles de mise en œuvre de la clause NPF selon la Cour de la Haye.

[300] *Ibidem*.

La même conclusion peut être tirée de la confrontation des jurisprudences de la Cour et des tribunaux CIRDI quant à l'approche retenue du traitement national.

CHAPITRE II : ADOPTION RELATIVE DE L'APPROCHE DU TRAITEMENT NATIONAL RETENUE PAR LA COUR

Le traitement national est connu en droit international pour être au cœur de l'une des doctrines avancées dans le cadre de l'opposition entre les pays développés et les Etats du Tiers-Monde concernant la nature du traitement à accorder aux étrangers et leurs biens sur le territoire de l'Etat hôte. Selon cette doctrine, les étrangers sur le territoire de l'Etat hôte ainsi que leurs biens ne peuvent prétendre qu'au traitement que ledit Etat accorde à ses propres nationaux en vertu de ses lois nationales. A cette position, s'opposait celle défendue par les pays développés selon laquelle l'étranger et ses biens ont droit à un traitement minimum garanti par le droit international coutumier.

En droit des gens, le traitement national est également appréhendé dans le contexte de la pratique conventionnelle. Dans ce cadre, on fait remonter ses origines aux traités de commerce, notamment ceux de la Ligue hanséatique aux XII^{e} et XIII^{e} siècles[301].

Le traitement national a par la suite été adopté par la pratique conventionnelle dans le domaine des investissements internationaux, et constitue aujourd'hui l'objet de l'une des dispositions qu'on retrouve dans la plupart des accords internationaux sur les investissements.

Comme les autres clauses de ces instruments, la clause de traitement national se présente sous des formes assez variées. Ainsi, le traitement national se retrouve dans des dispositions garantissant à l'investisseur étranger « un traitement non moins favorable que », « un traitement au moins égal à » … (celui) accordé aux nationaux de l'Etat hôte…etc.

Si la grande majorité des accords internationaux sur les investissements prévoient un traitement national applicable à la phase post-investissement, l'ALENA[302], le modèle de TBI des Etats-Unis[303] et certains accords relatifs aux investissements conclus par le Canada[304] l'étendent à la phase pré-investissement.

---

[301] Pour les origines du traitement national, voir CNUCED, « National treatment », *UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements*, New York and Geneva: United Nations, 1999; NEWCOMBE (A), PARADELL (L.), *Law and practice of investment treaties: standards of treatment*, Austin: Wolters Kluwer Law & Business, 2009, pp. 147 ss; TREBILCOCK, (M. J.) GIRI (S. K.), « The National Treatment Principle in International Trade Law », *in* CHOI, E. KWAN and JAMES C. HARTIGAN (eds), *Handbook of International Trade*, Blackwell Publishing, Volume II , 2004. Blackwell Reference Online, URL : http://www.blackwellreference.com/subscriber/uid=3/tocnode?id=g9781405120623_chunk_g97814051206237 [Consulté le 22 novembre 2014].

[302] Voir par exemple l'article 1102 de l'ALENA.

[303] Voir l'article 3 du Modèle de TBI des Etats-Unis de 2012.

[304] Les accords internationaux relatifs aux investissements conclus par le Canada prévoient un traitement national soit à la fois pour les phases pré et post investissements (exemple : APPI Canada –Tanzanie, article 4), soit

Tandis que certains traités se contentent d'indiquer que le traitement national s'applique aux investisseurs et/ou aux investissements, aux revenus des investisseurs ou encore aux activités liées à ces investissements, d'autres sont beaucoup plus précis quant aux activités dont il est question et aux aspects des investissements couverts par l'obligation de traitement national[305].

A côté d'une clause générale de traitement national, certains traités prévoient de façon plus spécifique que soit accordé aux investisseurs ou investissements étrangers une protection et sécurité ou un traitement juste et équitable au moins conformes au traitement national[306] ; ou encore que les investisseurs étrangers reçoivent un traitement non moins favorable que les nationaux pour ce qui est des mesures que l'Etat hôte prend dans des circonstances exceptionnelles telles que les conflits armés et autres troubles sociaux ou politiques[307].

Enfin, les exceptions qui viennent limiter la portée effective du traitement national peuvent varier d'un instrument à l'autre. A cet égard, certaines exceptions telles que celles excluant du traitement national les questions fiscales et les privilèges dans le cadre d'un bloc économique régional se retrouvent généralement dans les accords internationaux relatifs aux investissements, tandis que d'autres sont plus spécifiques[308].

Si certaines de ces diverses clauses de traitement national existant dans nombre d'accords internationaux sur les investissements ont été appliquées par les tribunaux CIRDI, celles que la Cour de la Haye a eu à interpréter n'étaient pas à proprement parler contenues dans de tels instruments mais n'aident pas moins à déterminer les règles posées par la Cour de la Haye en ce qui concerne le traitement national en droit des investissements internationaux.

Ainsi, il est possible de comprendre à partir des jurisprudences de la Cour, mais aussi de celle des tribunaux CIRDI, qu'il y a violation de l'obligation de traitement national lorsqu'il existe une différence de traitement entre nationaux et étrangers (désavantageuse pour l'étranger) dans des situations similaires.

---

seulement pour la phase post-investissement (exemple : APPI Canada / Chine, article 6) et ce même lorsque la clause TNPF du même instrument s'applique à la phase pré-investissement (APPI Canada - Chine, article 5).

[305] Exemples : Clause type des accords français de protection et d'encouragement réciproques des investissements ; Article 10 APPI Union économique belgo-luxembourgeoise / Bosnie-Herzégovine ; APPI Royaume-Uni / Mexique, Article 4.1.

[306] Exemple : APPI Suisse / Argentine, article 3 (2)

[307] Exemple : APPI Canada / République Tchèque, Article V.

[308] Exemples : Article 3.3 APPI Maroc / Italie ; Article II.2 APPI Etats-Unis / Mozambique.

Une confrontation de ces jurisprudences sur ces critères d'appréciation de la méconnaissance du traitement national laisse apparaître que les jurisprudences de la Cour et des tribunaux CIRDI divergent partiellement quant à l'appréciation *in concreto* du test de similarité (Section I) et correspondent largement quant à l'absence de prise en compte de la nationalité étrangère dans l'appréciation de la différence de traitement (Section II).

Section I : Divergence partielle quant à l'appréciation *in concreto* du test de similarité

Certains accords internationaux sur les investissements garantissent le traitement national expressément aux investisseurs étrangers se trouvant dans des situations/circonstances comparables à celles des investisseurs de l'Etat hôte. Même en l'absence d'une indication expresse en ce sens, la similarité est considérée comme une condition de mise en œuvre du traitement national au regard des jurisprudences de la Cour de la Haye et des tribunaux CIRDI.

Si la Cour et les tribunaux CIRDI s'accordent ainsi pour considérer qu'un test de similarité doit être effectué dans le cadre de l'appréciation d'une clause de traitement national, ils n'ont pas strictement la même vision des critères de mise en œuvre de ce test. En effet, la conception du test de similarité qui ressort de la jurisprudence des tribunaux CIRDI paraît parfois moins concrète que celle que la Cour a eu à dégager auparavant.

Tandis que certaines sentences CIRDI remettent en cause la démarche de la Cour de la Haye qui fait porter le test de similarité *in concreto* sur le fondement de la mesure litigieuse (Paragraphe I), d'autres sentences la reconduisent (Paragraphe II).

Paragraphe I : Divergence quant à l'appréciation *in concreto* faite au regard du fondement de la mesure

La Cour de la Haye a pu considérer que la question de savoir si les investisseurs nationaux et les investisseurs étrangers sont dans des situations similaires ne peut être résolue dans l'abstrait, cette question ne pouvant être mieux évaluée que si elle est ramenée à la mesure litigieuse. La Cour met ainsi en œuvre une conception concrète du test de similarité en se référant au fondement de la mesure litigieuse (I). Une telle conception a été remise en cause par certaines sentences CIRDI qui ont apprécié la similarité *in abstracto,* au regard des secteurs d'activités (II).

I. La conception concrète du test de similarité telle que mise en œuvre par la Cour

La Cour de la Haye n'a pas encore eu l'occasion de se prononcer sur la condition des situations/circonstances similaires entre investisseurs étrangers et nationaux qui serait contenue de manière explicite dans une clause de traitement national. C'est dans l'appréciation par la Cour de clauses prévoyant l'égalité de traitement entre nationaux et étrangers que seront puisés les principes qu'elle a dégagés relativement au test de similarité.

En effet, en garantissant à l'étranger un traitement *non moins favorable* que celui que l'Etat hôte accorde à ses nationaux, la clause de traitement national assure à l'étranger un traitement *au moins aussi favorable* que, donc un traitement *au moins égal* à, celui des nationaux. Il apparaît dès lors que la clause de traitement national pose l'égalité de traitement comme un minimum. C'est à ce titre qu'il sera permis d'exploiter la jurisprudence de la Cour sur l'égalité de traitement entre nationaux et étrangers pour mettre en exergue sa vision du test de similarité requis par la mise en œuvre du traitement national.

La Cour de la Haye a en effet souligné que l'application du principe d'égalité de traitement entre nationaux et étrangers suppose que l'étranger et le national soient dans la *même position*.

L'affaire *Oscar Chinn*[309] qui a opposé le Royaume-Uni à la Belgique puise sa source dans une mesure prise par le Gouvernement belge pour – selon ce dernier – faire face aux conséquences de la crise économique générale sur le commerce au Congo belge. Par cette mesure, des sociétés exerçant leurs activités au Congo belge et contrôlées par le Gouvernement belge, devaient réduire leurs tarifs de transport et de manutention, contre promesse de compensation pécuniaire. Selon le Royaume-Uni, cette mesure qui profitait à la société de transport belge, l'Unatra, mais ne s'appliquait pas à M. Chinn, transporteur privé et ressortissant britannique, violait les diverses dispositions de la Convention de Saint-Germain de 1919 qui garantissaient l'égalité de traitement entre nationaux et ressortissants étrangers[310].

[309] *Affaire Oscar Chinn*, arrêt du 12 décembre 1934, C.P.J.I. : Recueil, Série A/B, n° 63.

[310] Plus précisément, la Convention de Saint-Germain garantissait :
- « une complète égalité commerciale », Article premier de la Convention de Saint-Germain de 1919
-un « même traitement » entre les ressortissants des parties contractantes et adhérentes : Article 3 de la Convention de Saint-Germain de 1919.
-La convention prévoyait également qu'il n'y ait « aucun traitement différentiel », d'une part entre les marchandises appartenant aux ressortissants des parties contractantes et adhérentes « à l'entrée ou à la sortie » sur les territoires des parties, et d'autre part dans la réglementation relative aux « biens » des parties et aux « concessions pour l'exploitation des richesses naturelles [de leurs] territoire [s] » : Articles 2 et 4 de la Convention de Saint-Germain de 1919.

Selon la Cour, la violation de ces dispositions en faveur de la société Unatra alléguée par le Royaume-Uni, ne pouvait être établie qu'entre des « entreprises se trouvant dans la même position que l'Unatra »[311]. Cette *même position* ne peut résider dans le fait que M. Chinn « était, à côté de l'Unatra, le seul transporteur privé ne s'occupant que du transport de marchandises appartenant à des tiers »[312] selon la Cour, étant donné que « le traitement fait à la Société Unatra [a] pour base la position particulière de cette société, en tant que société contrôlée par le Gouvernement belge »[313].

Pour déterminer si l'investisseur étranger et l'investisseur national étaient dans une situation similaire, la Cour ne s'est donc pas tout de suite bornée à comparer leurs secteurs d'investissements. Elle a plutôt déterminé « la base » du « traitement [litigieux] fait » à l'investisseur national et c'est au regard de cette *base* que la Cour a entendu apprécier la similarité entre l'investisseur national et l'investisseur étranger.

Autrement dit, quand bien même l'Unatra et M. Chinn opéraient dans le même secteur d'activités et étaient directement concurrents, la situation de l'Unatra que la Cour retient pour le test de similarité est celle à laquelle « se trouvaient liés les avantages et conditions particulières résultant des mesures du 20 juin 1931 »[314] : le « caractère de société contrôlée par l'Etat »[315]. C'est ce caractère, en tant que *base* de la mesure litigieuse, qui constitue l'élément sur lequel porte le test de similarité.

La Cour constate de ce point de vue que contrairement à l'Unatra, M. Chinn n'est pas une « société contrôlée par le Gouvernement belge »[316] mais une entreprise libre. Or, poursuit la CPJI, les mesures litigieuses « telles qu'elles ont été prises, eussent été inapplicables aux entreprises libres ». De ce fait, aux yeux de la CPJI, l'Unatra se trouve dans une « position particulière »[317] vis-à-vis de l'entreprise de M. Chinn.

Finalement, la Cour estime qu'en n'étendant pas une mesure appliquée à une société belge à une société britannique opérant dans le même secteur et directement concurrente avec la première, le Gouvernement belge n'a pas violé les dispositions relatives à l'égalité de traitement entre nationaux et étrangers. Pour ce faire, « il eût fallu que [la différence de

[311] *Oscar Chinn*, arrêt, *op. cit*, p. 87.
[312] *Ibidem.*
[313] *Ibidem.*
[314] *Ibidem.*
[315] *Ibidem.*
[316] *Ibidem.*
[317] *Ibidem.*

traitement] touchât des entreprises se trouvant dans la même position que l'Unatra, et tel n'était pas le cas »[318].

Il ressort de tout ceci que pour la Cour de la Haye, il ne peut être conclu à la rupture de l'égalité de traitement entre investisseurs nationaux et investisseurs étrangers si les investisseurs étrangers ne se trouvent pas dans la même situation que les investisseurs nationaux, non pas, *in abstracto,* au regard de leurs secteurs d'investissements, mais *in concreto*, au regard du fondement de l'application de la mesure litigieuse aux investisseurs nationaux.

La démarche de la Cour peut être lue à la lumière de la lettre du ministre belge des Colonies en réponse à la demande de la société Socca, transporteur privé, qui souhaitait connaître les conditions auxquelles elle devait se soumettre pour être indemnisée au regard des pertes qu'elle disait subir en conséquence de la mesure du Gouvernement belge. Le ministre des Colonies a indiqué dans sa lettre que « l'intervention du Gouvernement doit se limiter aux entreprises de transport chez lesquelles il a un droit de contrôle sur les tarifs »[319]. C'est dire que pour le Gouvernement belge, la mesure qui touchait aux tarifs pratiqués par l'Unatra s'appliquait à elle précisément parce que le Gouvernement avait en amont cette faculté d'avoir la maîtrise des tarifs pratiqués par cette société au regard, ici, de son statut qui est différent de celui des entreprises « libres ».

En définitive, cette affaire devant la CPJI met en présence une mesure qui n'a pas été considérée comme rompant l'égalité de traitement au détriment d'un investisseur étranger du fait que ce dernier ne répondait pas aux conditions qui ont déclenché l'application, en l'espèce, de la mesure chez l'investisseur national, alors même que l'investisseur étranger et l'investisseur national opéraient dans le même secteur d'activités.

La démarche de la Cour dans l'affaire *Oscar Chinn* est écartée par certaines sentences CIRDI qui se limitent aux secteurs d'activités dans l'appréciation de la similarité.

[318] *Ibidem.*
[319] *Ibid.,* p. 75.

II. Une conception écartée par certaines sentences CIRDI à travers une appréciation *in abstracto* au regard des secteurs d'activités

La prise en compte des secteurs d'activités de l'investissement étranger et de l'investissement national au titre du test de la similarité est une démarche que l'on retrouve dans une partie de la jurisprudence des tribunaux CIRDI interprétant l'article 1102 de l'ALENA, notamment dans les affaires *Marvin Feldman* et *Archer Daniels Midland et Tate & Lyle Ingredients Americas* (*ADM et TLIA*),

L'article 1102 exige de chacune des parties qu'elle accorde aux investisseurs et investissements des autres parties un traitement non moins favorable que celui qu'elle accorde, dans des *circonstances analogues,* à ses propres investisseurs ou investissements. Dans le cadre de l'ALENA, le test de la similarité est donc rendu nécessaire par l'exigence de *circonstances analogues.*

Dans les affaires *Marvin Feldman* et *ADM et TLIA,* des investisseurs américains ont soutenu que le Mexique avait, par des mesures fiscales, violé à leur détriment l'obligation de traitement national contenue dans l'article 1102 de l'ALENA.

Dans l'affaire *Marvin Feldman*, l'investisseur estimait qu'en ne faisant pas profiter son investissement (CEMSA) du programme de remboursement d'impôts pour les exportations des produits du tabac alors même qu'une société mexicaine dans la même situation que CEMSA en bénéficiait, le Mexique n'a pas respecté l'obligation de traitement national qui lui incombait en vertu de l'article 1102 de l'ALENA. Le tribunal arbitral, commençant son appréciation de la méconnaissance de l'article 1102 par la condition des *circonstances analogues*, remarque que les sociétés mexicaines à prendre en considération au titre de la comparaison sont celles ayant exactement le même secteur d'activité que l'investissement étranger : « l'"univers" des sociétés dans des circonstances analogues sont les sociétés appartenant à des étrangers et celles appartenant à des nationaux qui opèrent dans le secteur de la revente/exportation de cigarettes »[320]. Déterminer si l'investissement étranger et les investissements nationaux se trouvaient dans des circonstances analogues est donc revenu pour le tribunal à déterminer quelles sociétés avaient le même secteur d'activités que l'investissement étranger.

La même logique se retrouve dans la sentence *ADM et TLIA.* Cette affaire est née de l'imposition par le Mexique d'une taxe sur les boissons sans alcool utilisant des édulcorants

[320] *Marvin Feldman c. Mexique*, CIRDI, affaire n° ARB(AF)/99/1, sentence du 16 décembre 2002, § 171.

qui ne sont pas fabriqués à partir de sucre de canne. ADM et TLIA sont des sociétés américaines contrôlant et possédant entièrement la société ALMEX qui produit et vend du sirop de maïs à haute teneur en fructose au Mexique. ADM et TLIA ont saisi le CIRDI, estimant, entre autres, que le Mexique avait violé l'obligation de traitement national prévue à l'article 1102 de l'ALENA en imposant une taxe qui affectait ALMEX sans toucher les sociétés mexicaines qui assurent la production de sucre de canne.Appréciant la condition des *circonstances analogues*, le tribunal s'est inspiré des analyses faites dans le cadre des sentences *Marvin Feldman*, *S.D. Myers*[321], *Pope & Talbot*[322] et *Methanex*[323] (les trois dernières rendues sous les auspices de la CNUDCI et en application du chapitre 11 de l'ALENA). Le test de la similarité a consisté à constater qu'ALMEX et l'industrie mexicaine du sucre font partie du même secteur, « partagent le marché »[324], fabriquent des produits substituables[325], « en concurrence directe »[326]. La sentence conclut sur le test de similarité en observant que « les sujets appropriés pour la comparaison en l'espèce sont les producteurs de sucre de canne mexicains, vu qu'ils sont en concurrence avec les demandeurs en fournissant des édulcorants à l'industrie qui produit les boissons et sirops soumis à la taxe »[327]. Les secteurs d'activités et la relation concurrentielle ont donc été les éléments déterminants par lesquels le tribunal a opéré le test de la similarité.

En réalité, sous la rubrique « circonstances analogues », les sentences *Marvin Feldman* et *ADM et TLIA* ont recherché « l'élément de comparaison approprié »[328], ont « identifié les sujets pertinents pour la comparaison »[329]. Le test de similarité ainsi retenu se démarque de celui que la Cour a mis en œuvre. Plus précisément, la démarche retenue révèle une conception du test de similarité plus large. En effet, elle revient globalement à déterminer quel investissement / investisseur national et quel investissement / investisseur étranger ont un même secteur d'activités. De ce point de vue, il est question d'un examen qui tient compte de la situation des investissements à comparer *dans l'absolu* sans apprécier cette situation à la lumière de la mesure dont l'application est en cause *en l'espèce*. Autrement dit, le test de similarité est opéré *in abstracto* plutôt qu'*in concreto*.

[321] *S.D. Myers c. Canada*, CNUDCI, Première sentence partielle, 13 novembre 2000.
[322] *Pope & Talbot c. Canada*, CNUDCI, sentence provisoire, 26 juin 2000.
[323] *Methanex c. Etats-Unis d'Amérique*, CNUDCI, sentence finale, 3 août 2005.
[324] *Marvin Feldman c. Mexique*, préc., sentence, § 203.
[325] *Ibid.*, § 201.
[326] *Ibid.*, § 203.
[327] *Ibid.*, § 204.
[328] *Ibid.*, §§ 197 et 198.
[329] *Ibid.*, § 196.

Il existe cependant une autre interprétation de la condition des circonstances analogues de l'article 1102 de l'ALENA, qui se rapproche du test de similarité retenu par la Cour.

Paragraphe II : Reconduction de la conception concrète dans certaines sentences CIRDI

La reconduction de la conception concrète par certaines sentences CIRDI est perceptible tant dans des sentences rendues dans le cadre de l'ALENA (A) qu'en dehors (B).

I. Au regard de sentences appliquant l'article 1102 de l'ALENA

Dans le cadre de l'ALENA, deux sentences appréciant la condition de circonstances analogues de l'article 1102, se sont arrêtées sur les secteurs d'activités des investissements seulement comme une étape de la démarche au cœur de laquelle se trouvaient les circonstances et la mesure en cause.

Les affaires *Corn products* et *Cargill* portent sur les mêmes faits que l'affaire *ADM et TLIA* : elles sont relatives à la taxe imposée par le Mexique sur les boissons sans alcool utilisant des édulcorants qui ne sont pas fabriqués à partir de sucre de canne. Corn products et Cargill sont comme ADM et TLIA des sociétés américaines ayant investi dans le marché de la production et la vente de sirop de maïs à haute teneur en fructose au Mexique et estimant que le Mexique avait violé, du fait de la taxe, l'obligation de traitement national qui lui incombait en vertu de l'article 1102 de l'ALENA.

Les sentences *Corn products* et *Cargill* n'ont cependant pas adopté la même démarche que la sentence *ADM et TLIA* dans l'analyse de la condition des circonstances analogues prévue à l'article 1102.

Dans la sentence *Cargill*, les arbitres commencent par indiquer au sujet de cette condition que le fait qu'un investisseur étranger fabrique des produits similaires à ceux fabriqués par un producteur local ne signifie pas nécessairement que l'investisseur étranger et le producteur local sont dans des circonstances analogues. Par conséquent, le fait qu'il soit établi que le sucre de canne et le sirop de maïs à haute teneur en fructose sont des produits similaires est « pertinent mais pas déterminant »[330] pour établir que les producteurs de ces produits sont dans des circonstances analogues aux fins de l'article 1102 de l'ALENA. A la recherche de « quelque chose de plus »[331] que la similarité des produits pour asseoir l'analogie

[330] *Cargill c.* Mexique, CIRDI, affaire n° ARB(AF)/05/2, sentence du 18 septembre 2009, § 193.
[331] *Ibidem.*

des circonstances, le tribunal s'attarde tout particulièrement sur l'un des arguments du Mexique qui selon lui « mérite une plus grande attention »[332]. Selon le Mexique, la différence de situations économiques entre les producteurs locaux de sucre de canne et les producteurs étrangers de sirop de maïs à haute teneur en fructose constitue la preuve que les deux catégories d'investisseurs ne sont pas dans des circonstances analogues. Appréciant cet argument, les arbitres estiment que l'existence dans l'abstrait de la différence dans les circonstances économiques n'est pas suffisante, cette différence doit être pertinente au regard de la mesure attaquée. Après analyse, ils concluent qu'il n'y a en réalité pas de lien entre la différence de situations économiques des deux industries et la mesure litigieuse dont l'objectif est de faire pression sur les Etats-Unis d'Amérique afin qu'ils respectent leurs obligations découlant de l'ALENA. La différence de situations économiques n'est donc pas pertinente, en l'espèce, pour déterminer si les producteurs locaux de sucre de canne et les investisseurs étrangers producteurs de sirop de maïs à haute teneur en fructose sont dans des circonstances analogues au regard de la mesure attaquée. La véritable question permettant d'apprécier le critère de similarité au regard des faits de l'espèce est la suivante selon le tribunal : « les producteurs de sucre et les producteurs de sirop de maïs à haute teneur en fructose sont-ils dans des "circonstances analogues" au regard de la taxe IEPS, une mesure conçue pour faire pression sur les Etats-Unis ? »[333]. Le tribunal conclut qu'au regard du fondement de la mesure, les investisseurs étrangers et les producteurs locaux étaient dans des circonstances analogues.

La sentence *Corn products* a abouti à la même conclusion. Dans cette sentence, les arbitres soulignent dès le départ que l'évaluation des critères d'application du traitement national doit être « sensible aux circonstances particulières de chaque espèce avec une analyse se concentrant sur la nature spécifique de la mesure attaquée »[334]. Se penchant plus précisément sur la condition des circonstances analogues, le tribunal présente la comparaison des secteurs d'activités comme l'étape par laquelle « il est nécessaire de commencer »[335]. Cette position se confirme lorsque le tribunal indique un peu plus loin que le fait que l'investisseur étranger et l'investisseur local produisent des produits similaires ne signifie pas nécessairement qu'ils doivent être considérés comme étant dans des circonstances similaires

[332] *Ibid.*, § 201.
[333] *Ibid.*, § 209.
[334] *Corn Products International c. Mexique*, CIRDI, affaire n° ARB (AF)/04/1, décision sur la responsabilité du 15 janvier 2008, § 118.
[335] *Ibid.*, § 120.

aux fins de l'article 1102, mais constitue un « indice sérieux »[336]. Ayant constaté que le sirop de maïs à haute teneur en fructose et le sucre de canne sont des produits similaires et que leurs producteurs opèrent dans le même secteur d'activité, le tribunal met cette constatation en rapport avec la mesure litigieuse. Selon le tribunal en effet, le but de la mesure litigieuse est « d'altérer les termes de la concurrence entre »[337] ces produits similaires : « la présente espèce concerne une mesure dont l'objectif était d'affecter la concurrence entre les produits fabriqués par les investisseurs étrangers et nationaux et de procurer un important avantage compétitif aux seconds. La concurrence entre les deux produits…était au cœur de la mesure adoptée »[338]. La conclusion du tribunal concernant la condition des circonstances analogues tient clairement compte du fondement de la mesure ainsi établi, allant au-delà de la similarité des secteurs d'activité : « les producteurs de produits similaires qui étaient directement concurrents étaient dans des circonstances analogues en ce qui concerne une mesure conçue expressément dans le but d'affecter cette concurrence »[339].

Une telle conception *in concreto* se retrouve également dans des sentences rendues en dehors de l'ALENA.

II. Au regard de sentences interprétant des clauses de traitement national autres que l'article 1102

Les affaires *Champion Trading, Ameritrade International*[340] et *Bayindir*[341] illustrent la mise en œuvre de la conception concrète du test de similarité en dehors de l'ALENA.

Dans ces deux affaires, les tribunaux arbitraux avaient à apprécier les prétentions des parties au regard de clauses qui assuraient aux *investissements étrangers* un *traitement non moins favorable* que celui que l'Etat hôte accorde dans des *situations similaires* aux *investissements* de ses ressortissants (article II (2) (a) du TBI Etats-Unis / Egypte et article II.2 du TBI Turquie-Pakistan)[342].

---

[336] *Ibid.*, § 122.
[337] *Ibid.*, § 121.
[338] *Ibid.*, § 136.
[339] *Ibidem*.
[340] *Champion Trading, Ameritrade International c. Egypte*, CIRDI, affaire n° ARB/02/9, sentence du 27 octobre 2006.
[341] *Bayindir c. Pakistan*, préc., sentence.
[342] En vertu de l'article II (2) (a) du TBI Etats-Unis / Egypte applicable dans l'affaire l'affaire *Champion Trading, Ameritrade International*: « *Each Party shall accord investments in its territory, and associated activities in connection with these investments of nationals or companies of the other Party, treatment no less favorable than that accorded in like situations to investments and associated activities of its own nationals and companies, or nationals and companies of any third country, whichever is the most favourable*.».

Dans l'affaire *Champion Trading, Ameritrade International*, des investisseurs américains estimaient que l'Egypte, en indemnisant certaines sociétés qui, comme leur investissement (la société NCC), opéraient dans le secteur du coton sans que NCC puisse bénéficier de cette indemnisation, a violé l'obligation de traitement national prévu dans le TBI Etats-Unis / Egypte. En effet, face à la crise que traversait l'industrie du coton, le Gouvernement égyptien a pris certaines mesures par lesquelles il organisait son marché du coton autour d'un système facultatif de commercialisation : les sociétés engagées dans l'achat et la vente du coton avaient le choix de mener leurs activités à travers des centres de collectes ou en dehors de ceux-ci. L'organisation de ces centres était déterminée par le Gouvernement égyptien qui y fixait un prix minimum garanti aux producteurs. Par divers textes juridiques, le Gouvernement a introduit un mécanisme de remboursement des différences de prix s'analysant en des pertes pour les sociétés qui avaient opté pour le système facultatif de la commercialisation à travers les centres de collectes. C'est ce mécanisme que les investisseurs américains considéraient comme une violation de l'article II (2) (a) du TBI Etats-Unis/Egypte. Selon les arbitres, l'application de cette disposition exige que soit d'abord déterminé si les investissements nationaux qui ont reçu le traitement et l'investissement étranger à qui le même traitement n'a pas été accordé sont dans des situations analogues[343]. Appréciant cette condition, les arbitres ont souligné que bien que les sociétés qui ont reçu l'indemnisation et NCC opèrent toutes dans l'industrie du coton, « il y a une différence considérable entre une société qui a choisi d'acheter le coton aux centres de collecte à prix fixe et une société qui a choisi de commercer sur le marché libre, qu'il s'agisse ou non d'une société publique ou privée ou encore d'une société nationale ou étrangère »[344]. Après analyse, les arbitres estiment que la participation à la commercialisation du coton à travers les centres de collecte était une condition préalable pour bénéficier de l'indemnisation litigieuse. Le tribunal constate avec les parties que cette exigence n'est pas remplie par l'investissement des investisseurs américains, NCC ne participant pas au système facultatif de commercialisation du coton par le biais des centres de collecte. Le tribunal en conclut que NCC n'est pas dans une situation similaire à celle des sociétés ayant bénéficié de l'indemnisation litigieuse.

L'article II.2 du TBI Turquie-Pakistan applicable dans l'affaire *Bayindir* dispose quant à lui que: « *Each Party shall accord to these investments, once established, treatment no less favourable than that accorded in similar situations to investments of its investors or to investments of investors of any third country, whichever is the most favourable*».

[343] *Champion Trading, Ameritrade International c. Egypte*, préc., § 128.

[344] *Ibid.*, § 154.

La ressemblance entre les faits et la solution retenue dans cette espèce avec l'arrêt *Oscar Chinn* est frappante : quand bien même l'investissement étranger et les investissements ayant reçu l'indemnisation litigieuse avaient un même secteur d'activités, la similarité n'a pas été appréciée au regard de ce facteur. C'est plutôt au regard de la raison ayant déclenché l'octroi de l'indemnisation aux investissements nationaux que le test de similarité a été effectué.

Cette démarche de mise en œuvre du test de similarité est également perceptible dans la sentence *Bayindir*. Dans cette affaire, la société turque Bayindir avait conclu avec une entreprise sous contrôle de l'Etat pakistanais (NHA) un contrat dans le cadre d'un projet de construction d'autoroutes. Suite à des désaccords, NHA mit fin au contrat avec Bayindir et à l'issue d'un appel d'offres, une société de droit local (PMC-JV) fut retenue. Selon Bayindir qui estimait avoir été évincée pour cause de favoritisme local, la société qui l'a remplacée a bénéficié – dans sa relation contractuelle avec NHA – d'un traitement plus favorable que celui qu'il avait dans le cadre de son contrat avec NHA. De ce fait, il y aurait eu violation de l'obligation de traitement national prévu à l'article II.2 du TBI Turquie-Pakistan. Plus précisément, Bayindir estimait que PMC-JV avait été traitée plus favorablement au regard du calendrier des travaux de construction mais aussi du fait que NHA a été plus indulgent à l'égard des résultats peu satisfaisants de PMC-JV[345]. Le tribunal, commençant par apprécier le critère de similarité prévu au traité, précise que « le demandeur a raison de dire que le projet et les secteurs d'activités sont les mêmes. Ceci peut être pertinent lorsque l'on a affaire au droit commercial. Cependant, dans le cadre d'une analyse autonome, telle que celle appliquée en l'occurrence, ce degré d'identité ne suffit pas à supplanter les différences entre les deux relations contractuelles »[346]. La démarche de l'Etat hôte a, en effet, eu plus de succès auprès du tribunal. Pour démontrer que les situations n'étaient pas comparables, le Pakistan a mis en avant un certain nombre de circonstances qui n'existaient pas dans le rapport entre Bayindir et NHA, et qui étaient de nature à justifier que NHA ait accordé des délais moins contraignants à PMC-JV et ait été plus indulgent avec elle. Parmi ces raisons d'être des clauses et de l'attitude de NHA jugées plus favorables par Bayindir, figuraient le niveau d'expérience et d'expertise de PMC-JV ainsi que l'étendue des travaux qui lui étaient confiés. Le tribunal a admis l'existence de ces éléments jugés différents de ceux qui ont présidé aux rapports entre NHA et Bayindir. La sentence a de ce fait conclu à deux relations contractuelles différentes entre

[345] *Bayindir c. Pakistan*, préc., sentence, § 393.
[346] *Ibid.*, § 402.

d'une part NHA et Bayindir et d'autre part NHA et JMC-PV, et par conséquent à une absence de similarité entre Bayindir et JMC-PV en l'espèce, quand bien même les deux sociétés opéraient dans le même secteur d'activités. C'est donc au regard des éléments justifiant le prétendu traitement plus favorable accordé à l'investissement national que le tribunal a évalué la similarité entre l'investissement étranger et l'investissement national.

La démarche retenue dans les affaires *Corn products, Cargill, Champion Trading, Ameritrade International* et *Bayindir* pour apprécier la similarité rejoint indéniablement l'appréciation *in concreto* par la Cour de la similarité entre l'investissement étranger et l'investissement national dans l'affaire *Oscar Chinn*. Dans les deux cas, le test de la similarité est allé au-delà d'un constat général de la similarité des secteurs d'activités, au-delà d'un examen dans l'absolu. Les circonstances de l'espèce et les mesures litigieuses ont constitué les éléments centraux de l'analyse qui a tenu compte du fondement de la mesure litigieuse pour déterminer si oui ou non les investissements nationaux et les investissements étrangers pouvaient être considérés comme comparables.

Ainsi, d'une part, il est possible de conclure à l'existence d'une conception concrète du test de similarité dans la jurisprudence de la Cour également perceptible dans la jurisprudence des tribunaux CIRDI et d'autre part, certaines sentences CIRDI ont utilisé un critère de comparaison présentant un caractère plus général l'éloignant de la jurisprudence de la Cour. Cette correspondance seulement partielle dans la mise en œuvre du test de similarité qu'il est ainsi possible de noter se perçoit également dans le deuxième critère d'appréciation de la méconnaissance de l'obligation de traitement national dégagé de la jurisprudence de la Cour et des tribunaux CIRDI.

Section II : Large correspondance quant à l'absence de prise en compte de la nationalité étrangère dans l'appréciation de la différence de traitement

Le traitement national a pu être présenté comme un « traitement indirect »[347], un « traitement par renvoi, dont le contenu … est intrinsèquement relatif »[348], « contingent […] »[349] et « plus précisément [comme] un droit de recevoir un traitement qui n'est « pas

[347] CRÉPET (C.), « Traitement national et traitement de la nation la plus favorisée dans la jurisprudence arbitrale récente relative à l'investissement international », *in* LEBEN (Ch.) (dir.), *Le contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement, nouveaux développements*, Paris : LGDJ, 2006, p. 108.
[348] DE NANTEUIL (A.), *Droit international de l'investissement, op. cit.*, p. 295.
[349] CRÉPET (C.), « Traitement national et traitement de la nation la plus favorisée dans la jurisprudence arbitrale récente relative à l'investissement international », *op. cit.*, p. 108.

moins favorable » que celui que l'Etat accorde à ses propres ressortissants »[350] dans des circonstances similaires. Il apparaît donc qu'une clause de traitement national est une clause qui prescrit un traitement de l'étranger par référence au traitement accordé au national et proscrit la différence de traitement entre l'étranger et le national entraînant un traitement moins avantageux pour l'étranger. A ce titre, la clause de traitement national a été décrite comme une clause dont le but « *is to oblige a host state to make no negative differentiation between foreign and national investors when enacting and applying its rules and regulations and thus to promote the position of the foreign investor to the level accorded to nationals* »[351].

Les jurisprudences de la Cour et des tribunaux CIRDI ne démentent pas cette façon qu'a la doctrine de présenter la clause de traitement national : au regard de ces jurisprudences, la différence de traitement entre étrangers et nationaux désavantageant les étrangers est une condition *sine qua non* de la constatation d'une violation de l'obligation de traitement national[352]. Néanmoins, la différence de traitement prohibée par le traitement national n'est pas développée strictement dans le même sens par la Cour et les tribunaux CIRDI.

Certes, la Cour et les tribunaux CIRDI sont d'accord pour admettre que la méconnaissance du traitement national peut prendre la forme d'une différence de traitement entre investisseurs étrangers et investisseurs nationaux aussi bien *de jure* (établie explicitement par une mesure, dans ses termes) que *de facto* (établie par l'application d'une mesure qui ne prévoit pas explicitement une différence de traitement)[353]. Cependant, les

---

[350] DE NANTEUIL (A.), *Droit international de l'investissement*, *op. cit.*, p. 295.

[351] DOLZER (R.), SCHREUER (C.), *Principles of International Investment Law*, *op. cit.*, 1ère éd., p. 178.

[352] Dans la sentence *Alpha Projektholding*, le tribunal CIRDI a dit avoir du mal à comprendre la prétention soulevée par le demandeur au sujet du traitement national : ce dernier n'a pas établi que la loi ukrainienne accordait aux investisseurs ukrainiens un traitement différent de celui accordé aux investisseurs autrichiens ; il n'a pas non plus porté à la connaissance du tribunal un cas concret de différence de traitement. Dans ces circonstances, le tribunal conclut qu'« il n'y a pas de fondement pour constater que l'Ukraine a violé ses obligations en vertu de l'article 3 (1) du TBI Ukraine-Autriche [selon lequel « *[e]ach Contracting Party shall accord to investors of the other Contracting Party and their investments treatment no less favourable than that which it accords to its own investors and their investments...*].». *Alpha Projektholding c. Ukraine*, CIRDI, affaire n° ARB/07/16, *sentence du 8 novembre 2010*, § 428.

[353] *Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI) (Etats-Unis d'Amérique c. Italie),* arrêt 20 juillet 1989, C.I.J. Recueil 1989, p.65, § 108 : « ce qu'il est essentiel d'établir, c'est si des ressortissants [étrangers] ont été traités moins bien que des ressortissants [de l'Etat hôte] par le droit interne, dans ses termes ou dans son application ».
Pour le CIRDI, voir *ADF c. Etats-Unis d'Amérique*, préc., sentence, §§ 156-157 ; *Marvin Feldman c. Mexique*, préc, sentence, § 183; *Archer Daniels Midland et Tate & Lyle Ingredients Americas c. Mexique, CIRDI, affaire n° ARB (AF)/04/5, sentence du 21 novembre 2007*, § 193; *Corn Products International c. Mexique*, préc., décision sur la responsabilité, § 115; *Alpha Projektholding c. Ukraine*, préc., sentence, § 428 : la discrimination est *de jure* « si une mesure gouvernementale telle qu'une loi ou un règlement établit explicitement une discrimination entre investisseurs nationaux et étrangers » et *de facto* « si la mesure n'est pas explicitement ou intrinsèquement discriminatoire mais établit une discrimination entre investisseurs nationaux et étrangers dans la façon dont elle est appliquée ».

jurisprudences de la Cour et des tribunaux CIRDI n'ont pas toujours la même conception de la différence de traitement prohibée par le traitement national si l'on analyse les rapports qu'ils établissent entre le traitement national et l'obligation de non-discrimination.

En appréciant la différence de traitement prohibée par l'obligation de traitement national différemment de celle prohibée par l'obligation de non-discrimination, la jurisprudence de la Cour et celle de la majorité des sentences CIRDI convergent (Paragraphe I). En mettant en avant la différence de traitement prohibée par le traitement national dans le même sens que celle prohibée par la non-discrimination, la sentence *Loewen* suggère une divergence avec la jurisprudence de la Cour (Paragraphe II).

Paragraphe I : La convergence : le traitement national distingué de la non-discrimination au niveau de l'appréciation de la différence de traitement

La jurisprudence de la Cour ne prend pas en compte la nationalité étrangère dans l'appréciation de la différence de traitement prohibée par le traitement national (I). Sous une qualification trompeuse du traitement national en tant qu'obligation de non-discrimination, la jurisprudence des tribunaux CIRDI adopte en réalité une démarche concordant avec celle de la Cour (II).

I. Absence de prise en compte de la nationalité étrangère dans l'appréciation de la différence de traitement par la Cour

La Cour de la Haye conçoit le traitement national comme une obligation distincte de celle de non-discrimination et à ce titre, elle ne cherche pas à établir que la différence de traitement entre opérateurs nationaux et opérateurs étrangers se justifie par la nationalité étrangère de l'opérateur étranger lorsqu'elle apprécie une allégation de violation de traitement national.

L'analyse de certains arrêts de la Cour montre que si le motif de la nationalité étrangère est examiné lorsqu'il est question de clauses proscrivant la discrimination, elle n'est pas requise par la Cour lorsqu'il s'agit de dispositions prescrivant le traitement national.

Dès son avis consultatif sur le *Traitement des nationaux polonais et des autres personnes d'origine ou de langue polonaise dans le territoire de Dantzig*[354], la CPJI établit une nuance entre l'exigence de non-discrimination et celle de traitement national. Dans cette affaire, la CPJI avait à interpréter l'article 104.5 du Traité de Versailles du 28 juin 1919 qui garantissait la non-discrimination au profit des nationaux polonais et autres personnes d'origine ou de langue polonaise dans la Ville libre de Dantzig : « une convention, dont les Principales Puissances alliées et associées s'engagent à négocier les termes et qui entrera en vigueur en même temps que sera constituée la Ville libre de Dantzig, interviendra entre le Gouvernement polonais et ladite Ville libre en vue : (…) 5° de pourvoir à ce qu'aucune discrimination soit faite, dans la Ville libre de Dantzig, au préjudice des nationaux polonais et autres personnes d'origine ou de langue polonaise ». Alors que le Gouvernement polonais estimait que cette disposition interdisait toute discrimination par comparaison avec les ressortissants dantzikois[355], la Cour a estimé qu'une telle interprétation faisait de l'article 104.5 une clause de traitement national. En effet, pour la Cour, contrairement à une clause de non-discrimination qui « empêche tout traitement défavorable »[356], qui a un « contenu…purement négatif, en ce sens qu'[elle] se borne à défendre toute discrimination »[357], une clause de traitement national « octroi[e] un régime spécial de traitement privilégié »[358].

La Cour estime donc que le traitement national est une clause au contenu positif et ayant pour objet de prescrire un traitement privilégié à accorder à l'étranger par référence au national. Au regard de sa jurisprudence postérieure, il est possible de dégager de la jurisprudence de la Cour une portée à la distinction entre la proscription de la discrimination et la prescription du traitement national ainsi établie sur la base de clauses conventionnelles. Il ressort en effet de cette jurisprudence postérieure que lorsqu'elle examine une allégation de violation de l'obligation de traitement national, la Cour ne cherche pas à établir que la différence de traitement entre l'étranger et le national est motivée par la nationalité de

[354] *Traitement des nationaux polonais et des autres personnes d'origine ou de langue polonaise dans le territoire de Dantzig*, avis consultatif du 4 février 1932, CPJI Recueil, Série A/B, n° 44.
[355] La Cour résume comme il suit l'interprétation que donne le Gouvernement polonais de l'article 104 du traité de Versailles : « le Gouvernement polonais soutient que la clause dont il s'agit interdit toute discrimination au préjudice des ressortissants polonais et autres personnes d'origine ou de langue polonaise par comparaison avec les ressortissants dantzikois » (*Traitement des nationaux pol onais et des autres personnes d'origine ou de langue polonaise dans le territoire de Dantzig*, avis consultatif du 4 février 1932, *op. cit.*, p. 29) qu'ils soient d'origine allemande ou polonaise, avec quelques exceptions cependant.
[356] *Traitement des nationaux polonais et des autres personnes d'origine ou de langue polonaise dans le territoire de Dantzig*, avis consultatif, *op. cit*, p. 29.
[357] *Ibid.*, p. 30.
[358] *Ibidem.*

l'étranger, ce qu'elle fait lorsqu'elle se penche sur une allégation de discrimination entre l'étranger et le national. Cette conclusion se vérifie à la lumière de l'arrêt *ELSI*.

Dans l'affaire *ELSI*, La CIJ devait interpréter à la fois des clauses de traitement national et une clause de non-discrimination. Interprétant la clause de traitement national[359] de l'article V paragraphe 3 du traité d'amitié, de commerce et de navigation italo-américain,[360] la CIJ a jugé que « ce qu'il est essentiel d'établir »[361], « c'est si des ressortissants [étrangers] ont été traités moins bien que des ressortissants [de l'Etat hôte] par le droit interne, dans ses termes ou dans son application »[362]. Aucune référence n'est faite à nationalité étrangère des ressortissants étrangers : *l'essentiel à établir* pour conclure à la méconnaissance de l'obligation de traitement national, c'est le fait que l'étranger ait été traité moins bien que le national ; il n'est pas besoin d'établir par ailleurs que l'étranger a précisément été traité moins bien à cause de sa nationalité étrangère. Cette façon de concevoir l'obligation de traitement national se confirme dans un autre passage de l'arrêt *ELSI*. Les Etats-Unis avaient en effet également allégué, au regard de la réquisition par le maire de Palerme de l'usine et d'autres éléments du patrimoine de l'ELSI, que l'Italie avait violé « l'article VII, en ce que ces actes et omissions ont dénié à Raytheon et Machlett le droit de céder leurs intérêts dans des biens immobiliers à des conditions non moins favorables que celles dont aurait joui une société italienne sur une base de réciprocité »[363]. Clarifiant ce qu'elle devait comprendre par cette

[359] *Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI),* arrêt, *op. cit,* p. 66, § 111.

[360] Le paragraphe 3 de l'article V dispose que : « les ressortissants, sociétés et associations de chacune des Hautes Parties contractantes qui se conforment aux lois et règlements en vigueur auront droit, dans les territoires de l'autre Haute Partie contractante, à protection et à sécurité en ce qui concerne les questions mentionnées aux paragraphes 1 et 2 du présent article; cette protection et cette sécurité ne devront pas être inférieures à celles qui sont ou seront accordées aux ressortissants, sociétés et associations de l'autre Haute Partie contractante ni à celles qui sont ou seront accordées aux ressortissants, sociétés et associations d'un pays tiers. ».

[361] *Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI),* arrêt, *op. cit,* p. 65, § 108.

[362] *Ibidem.*

[363] *Ibid.*, p.20, § 10.

Article VII du traité d'amitié, de commerce et de navigation de 1948 entre les Etats-Unis d'Amérique et la République italienne :

« 1. Les ressortissants, sociétés et associations de chacune des Hautes Parties contractantes pourront, dans les territoires de l'autre Haute Partie contractante, acquérir, détenir et céder des biens immobiliers ou des intérêts dans ces biens, selon les modalités suivantes :

a) dans le cas de ressortissants, de sociétés et d'associations de la République italienne, le droit d'acquérir, de détenir et de céder les biens et intérêts susvisés sera subordonné aux lois et règlements qui sont ou seront en vigueur dans l'Etat, le territoire ou la possession des Etats-Unis d'Amérique où lesdits biens ou intérêts sont situés ; et

b) dans le cas de ressortissants, de sociétés et d'associations des Etats-Unis d'Amérique, le droit d'acquérir, de détenir et de céder les biens et intérêts susvisés s'exercera dans des conditions non moins favorables que celles qui sont ou seront accordées aux ressortissants, sociétés et associations de la République italienne par l'Etat, le territoire ou la possession des Etats-Unis d'Amérique dans lesquels ces ressortissants ont leur domicile, ou conformément aux lois desquels lesdites sociétés ou associations ont été créées ou continuées, étant entendu que la République italienne ne sera pas tenue d'accorder, à cet égard, aux ressortissants, sociétés et associations des

prétention, la Cour la récapitule en écartant l'idée qu'il puisse s'agir d'une allégation de violation de traitement national pour établir que la prétention des Etats-Unis portait plutôt sur la violation du traitement réciproque. A cet effet, la Cour souligne qu'« aucune preuve très convaincante n'a été produite à la Chambre pour établir que l'application du droit italien en la matière était moins favorable que le traitement que l'Italie accorde à ses propres ressortissants, sociétés et associations en Italie. Il semble même que, surtout pendant l'époque troublée de 1968, les réquisitions de sociétés italiennes par les maires aient été assez fréquentes. La demande doit donc être interprétée comme signifiant que le traitement accordé à l'ELSI a été moins favorable que celui dont une société italienne aurait pu bénéficier en vertu des lois du Delaware et du Connecticut dans des circonstances semblables »[364]. Ainsi, selon la Cour, une allégation de méconnaissance de l'obligation de traitement national aurait dû viser à établir que l'application du droit de l'Etat hôte à la société sous contrôle étranger était moins favorable que le traitement que l'Etat hôte accorde à ses ressortissants. Dans cette autre présentation du traitement national, la Cour ne fait nullement référence à la nationalité étrangère pour établir la méconnaissance de l'obligation de traitement national. Une telle référence à la nationalité étrangère se retrouve par contre dans les lignes par lesquelles la Chambre appréciait l'allégation de violation de l'obligation de non-discrimination entre étrangers et nationaux dans cette même affaire. En effet, analysant la clause de non-discrimination prévue à l'article premier de l'accord complétant le traité d'amitié, de commerce et de navigation italo-américain[365], la Cour souligne que « c'est un fait reconnu que l'ordonnance de réquisition n'a pas été prise *en raison de la nationalité*[366] des actionnaires ; souvent des ordonnances de réquisition prises dans des circonstances semblables l'ont été contre des sociétés appartenant entièrement à des Italiens »[367].

Etats-Unis d'Amérique des droits plus étendus que ceux qui sont ou seront accordés dans les territoires de ladite République à ses propres ressortissants, sociétés et associations.

[364] *Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI),* arrêt, *op. cit.*, p. 80, § 134.

[365] Article premier de l'accord complémentaire : « Les ressortissants, les sociétés et les associations de l'une des Hautes Parties contractantes ne seront pas soumis, sur les territoires de l'autre Haute Partie contractante, à des mesures arbitraires ou discriminatoires ayant notamment pour effet: *a)*de les empêcher de [contrôler] et de gérer effectivement des entreprises qu'ils ont été autorisés à créer ou à acquérir; ou *b)*de porter préjudice aux autres droits et intérêts qu'ils ont légitimement acquis dans ces entreprises ou dans les investissements qu'ils ont effectués sous la forme d'apport de fonds (prêts, achats d'actions ou autres), de matériel, de fournitures, de services, de procédés de fabrication, de brevets, de techniques ou autres. Chacune des Hautes Parties contractantes s'engage à ne pas faire de discrimination contre les ressortissants, les sociétés et les associations de l'autre Haute Partie contractante, en ce qui concerne l'obtention, dans des conditions normales, des capitaux, des procédés de fabrication et des connaissances pratiques et techniques dont ils peuvent avoir besoin aux fins du développement économique. »

[366] C'est nous qui soulignons.

[367] *Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI),* arrêt, *op. cit.*, pp. 72-73, § 122.

En définitive, selon la Cour, tandis que pour la discrimination entre nationaux et étrangers, il doit être établi une différence de traitement *en raison de la nationalité*, pour le traitement national, la différence de traitement entre nationaux et étrangers est l'*élément essentiel* à établir. En d'autres termes et pour paraphraser *Sir* Cecil Hurst, la Cour estime que pour établir la violation de l'obligation de traitement national, « il n'est pas nécessaire de démontrer que…le traitement différent était appliqué parce que les personnes possédaient telle ou telle nationalité »[368]. L'appréciation de la différence de traitement prohibée par le traitement national consiste à établir la différence de traitement en soi sans en restreindre l'expression par la réponse à la question de savoir si la différence de traitement entre opérateurs nationaux et opérateurs étrangers a été adoptée du fait que les opérateurs étrangers *possédaient telle ou telle nationalité*.

A l'analyse de la jurisprudence des tribunaux CIRDI, la plupart des sentences CIRDI reprennent cette conception de la différence de traitement prohibée par l'obligation de traitement national.

II. Sous une qualification trompeuse d'obligation de non-discrimination : une démarche concordante dans la jurisprudence des tribunaux CIRDI

La jurisprudence des tribunaux CIRDI qualifie généralement le traitement national d'obligation de non-discrimination à raison de la nationalité étrangère suggérant de la sorte que l'analyse de la différence de traitement passe par l'appréciation du motif de la nationalité étrangère. Il n'en est rien en réalité. En effet, sous l'appellation trompeuse de non-discrimination, les sentences CIRDI considèrent généralement qu'il n'est pas nécessaire d'établir que la différence de traitement a été adoptée en raison de la nationalité étrangère.

A. Le motif de la nationalité étrangère, étape manquante dans les sentences CIRDI

La démarche que les sentences CIRDI retiennent dans l'appréciation des allégations de violation du traitement national vient étayer l'idée selon laquelle les sentences CIRDI adoptent une conception de la différence de traitement prohibée par le traitement national qui rejoint celle de la Cour.

En effet, le motif de la nationalité étrangère n'est pas annoncé comme une étape à aborder ou comme une condition à apprécier dans le cadre de l'évaluation de la

[368] *Oscar Chinn*, arrêt, *op.cit.*, Opinion dissidente de *Sir* Cecil Hurst, p. 128.

méconnaissance du traitement national. En d'autres termes, au moment d'exposer les conditions par lesquelles il peut être conclu à la violation de l'obligation de traitement national, les arbitres présentent l'étape de la différence de traitement prohibée comme celle de la démonstration d'un traitement moins favorable pour l'investisseur/investissement étranger par rapport à l'investisseur/investissement national. Ils n'ajoutent pas d'étape supplémentaire tendant à établir qu'une telle différence de traitement existe parce que les investisseurs/investissements possédaient telle ou telle nationalité. Cette conclusion se vérifie aussi bien au regard de sentences interprétant l'article 1102 de l'ALENA qu'à la lumière des sentences interprétant d'autres clauses de traitement national.

Par exemple, les arbitres ayant rendu la sentence *Marvin Feldman* commence par souligner, au sujet de l'article 1102, qu'« il est clair que le concept de traitement national tel qu'intégré dans l'ALENA et dans des accords similaires est conçu pour prévenir les discriminations sur la base de la nationalité, ou "en raison de la nationalité" (…) »[369]. Ils poursuivent en indiquant que cependant, contrairement à ce que soutient le défendeur, « il n'est pas évident … qu'il doit être *explicitement* prouvé que tout écart par rapport au traitement national est le résultat de la nationalité de l'investisseur »[370]. Selon eux, un tel langage n'apparaît pas dans l'article 1102 qui par ses termes suggère plutôt qu'« il est suffisant de montrer un traitement moins favorable pour l'investisseur étranger que pour les investisseurs nationaux dans des circonstances analogues »[371].

La même logique se retrouve dans d'autres sentences rendues en interprétation de clauses de traitement national autres que celle contenue dans l'article 1102 de l'ALENA.

Dans l'affaire *Champion Trading, Ameritrade International*, le tribunal avait à interpréter l'article II (2) (a) du TBI Etats-Unis / Egypte qui assurait aux *investissements étrangers* un *traitement non moins favorable* que celui que l'Etat hôte accorde dans des *situations similaires* aux *investissements* de ses ressortissants[372]. Selon les arbitres, cette

[369] *Marvin Feldman c. Mexique*, préc, sentence § 181.
[370] *Ibidem*.
[371] *Ibidem*.Voir également *Corn Products International c. Mexique*, préc., décision sur la responsabilité, § 117 ; *Archer Daniels Midland et Tate & Lyle Ingredients Americas c. Mexique,* préc., sentence, §§ 196 et 205 ; *Cargill c. Mexique,* préc., sentence, §§ 188-189. Dans Cette dernière sentence indique que tant pour l'investisseur que pour l'investissement, il y a « deux conditions essentielles pour voir prospérer une prétention relative à l'article 1102 » (§ 189) qui contient une obligation de non-discrimination (*Ibid.,* § 188) : les « circonstances analogues » et « le traitement accordé à l'investisseur ou à l'investissement doit être moins favorable que le traitement accordé aux investisseurs et investissements nationaux » (*Ibid.,* § 189).
[372] Article II (2) (a) du TBI Etats-Unis / Egypte: « *Each Party shall accord investments in its territory, and associated activities in connection with these investments of nationals or companies of the other Party, treatment no less favorable than that accorded in like situations to investments and associated activities of its own nationals and companies, or nationals and companies of any third country, whichever is the most favourable*.».

disposition renferme un principe de non-discrimination, précisément, celui qui « interdit la discrimination basée sur la nationalité et requiert que l'Etat assure l'égalité de traitement des investissements qui sont dans des situations similaires »[373]. Le Tribunal arbitral affirme même que « l'objet de l'Art. II (2) (a) est de promouvoir l'investissement étranger et de garantir à l'investisseur étranger que son investissement ne se verra pas accordé, en raison de sa nationalité étrangère, un traitement moins favorable que celui accordé à d'autres dans des situations analogues »[374]. Pourtant, au moment d'apprécier la violation de l'Article II (2) (a) du TBI Egypte/ Etats-Unis, la sentence introduit les critères d'appréciation comme il suit : « pour se conformer à la disposition relative à la non-discrimination, les critères suivants doivent être remplis : il ne doit y avoir de traitement moins favorable – c'est-à-dire pas de discrimination – entre investissements étrangers et nationaux lorsqu'ils sont dans des situations analogues. Cette norme impose au tribunal arbitral de déterminer dans un premier temps si les parties impliquées (…) étaient dans des situations analogues, puis de comparer le traitement reçu par les investissements étrangers avec le traitement reçu par les investisseurs locaux afin de déterminer s'il y avait violation de la disposition. »[375]. Le motif de la nationalité n'apparaît donc pas comme une étape de la démarche visant à établir s'il y a eu violation de l'obligation de traitement national de l'investissement étranger[376].

Un autre élément attestant de l'adoption de la même conception de la différence de traitement que celle de la Cour, par la plupart des sentences CIRDI, réside dans le fait qu'elles ont soutenu que si l'intention de traiter différemment l'investisseur étranger en raison de sa nationalité pouvait être un indice de violation du traitement national, l'absence de preuve d'une telle intention n'en permet pas moins de conclure à une telle violation.

B. L'intention de traiter différemment à raison de la nationalité étrangère, élément non décisif

La sentence *Corn products* a été l'occasion pour un tribunal interprétant l'article 1102 de l'ALENA de souligner que l'intention de traiter différemment l'investisseur ou l'investissement étranger n'est pas une condition déterminante pour conclure à la violation de l'obligation de traitement national, présentée comme une obligation de non-discrimination[377]. Se fondant sur l'argument du Mexique selon lequel l'imposition de la taxe constituait une

[373] *Champion Trading, Ameritrade International c. Egypte*, préc., sentence, § 125.
[374] *Ibid.*, § 126.
[375] *Ibid.*, § 128.
[376] Voir également en ce sens, *Bayindir c. Pakistan*, préc., sentence §§ 389-390.
[377] *Corn Products International c. Mexique*, préc., décision sur la responsabilité, § 109.

contre-mesure à l'égard des Etats-Unis, la sentence souligne que le simple fait qu'une telle justification ait été avancée équivaut à une reconnaissance par le Mexique du fait que les producteurs et fournisseurs de sirop de maïs à haute teneur en fructose étaient visés, au moins en partie, à cause de leurs liens avec les Etats-Unis. Ce facteur démontre, selon la sentence, une intention du Mexique de traiter la société Corn Products International différemment en raison de sa nationalité. Soulignant bien que l'intention d'établir une discrimination n'est pas un critère de violation de l'article 1102, la sentence estime qu'une démonstration d'une telle intention peut suffire à satisfaire la condition du traitement moins favorable. Cependant, précise-t-elle, « même si une intention d'établir une discrimination n'avait pas été démontrée, le fait que les effets négatifs de la taxe étaient ressentis seulement par les producteurs et fournisseurs de sirop de maïs à haute teneur en fructose, tous étrangers, au bénéfice des producteurs de sucre, mexicains en majorité, serait suffisant pour établir que la troisième condition de "traitement moins favorable" était remplie. »[378].

Il en ressort que l'intention de traiter différemment l'investisseur/ investissement étranger à cause de sa nationalité, si elle peut aider à établir la différence de traitement prohibée par le traitement national n'en est pas un élément indispensable, le constat de la différence de traitement entre investissements nationaux et investissements étrangers est suffisant.

En dehors de l'ALENA, le tribunal arbitral constitué pour trancher l'affaire *Bayindir* a souligné que la condition du traitement moins favorable contenue dans la clause de traitement national prévue à l'article II.2 du TBI Turquie / Pakistan « soulève la question de savoir si le test [du traitement national] est subjectif ou objectif » [379]. Selon le tribunal, une telle question revient précisément à se demander « si une intention d'établir une discrimination est requise ou si le fait de démontrer une discrimination au détriment d'un investisseur qui se trouve être un étranger est suffisant »[380]. Le tribunal opte pour la deuxième hypothèse[381], considérant de la sorte le test du traitement national comme un test objectif.

En présentant l'obligation de traitement national comme une obligation de non-discrimination, précisément et généralement en raison de la nationalité, la jurisprudence des tribunaux CIRDI suggère que sa violation suppose de démontrer l'existence d'un motif relatif

[378] *Ibid.*, §§ 137-138.
[379] *Bayindir c. Pakistan*, préc, sentence, § 390.
[380] *Ibidem*.
[381] *Ibidem*. Voir également *Alpha Projektholding c. Ukraine*, préc., sentence, § 427 ; *Consortium RFCC c. Maroc*, CIRDI, affaire n° ARB/00/6, sentence du 22 décembre 2003, § 74.

à la nationalité étrangère. Autrement dit, la différence de traitement ne serait contraire au traitement national que si elle a été adoptée en raison de la nationalité étrangère de l'investisseur étranger. C'est en ce sens que cette jurisprudence paraît, de prime abord, différente de celle de la Cour pour ce qui est de la conception de la différence de traitement prohibée par le traitement national. La Cour, considérant le traitement national et la non-discrimination comme deux obligations distinctes, exige de démontrer l'existence d'un motif relatif à la nationalité étrangère pour la non-discrimination mais pas pour le traitement national. Cependant, au regard des sentences présentées dans les lignes qui précèdent, la divergence de conception entre la Cour et les tribunaux CIRDI quant à la différence de traitement dans l'appréciation du traitement national n'est que d'apparence. En effet, il ressort de ces sentences qu'elles considèrent qu'il n'est pas nécessaire de démontrer que la différence de traitement entre investisseurs/investissements nationaux et investisseurs/investissements étrangers a été opérée en raison de la nationalité étrangère des investisseurs/investissements étrangers pour établir le non-respect de l'obligation de traitement national. Si le motif de la nationalité étrangère peut aider à conclure au non-respect du traitement national, il n'est ni nécessaire ni déterminant. De ce point de vue, ces sentences rejoignent la Cour quant à la conception de la différence de traitement prohibée par le traitement national.

Si la conception de la différence de traitement prohibée par le traitement national suggérée par la qualification du traitement national d'obligation de non-discrimination ne se vérifie pas dans ces sentences CIRDI, elle semble se vérifier à la lumière d'une sentence qui accorde une importance particulière au motif de la nationalité étrangère dans son raisonnement tendant à établir la violation du traitement national.

Paragraphe II : La divergence suggérée par la sentence *Loewen :* prise en compte de la nationalité étrangère

L'importance accordée au motif de la nationalité étrangère de l'investisseur dans l'appréciation de la violation du traitement national dans l'affaire *Loewen* contraste avec la jurisprudence de la Cour.

La sentence *Loewen* rendue par un tribunal CIRDI constitué sur le fondement de l'ALENA est née d'un différend commercial entre une entreprise américaine et une entreprise canadienne tranché par une juridiction du Mississipi en faveur de l'entreprise américaine. A la suite de cette instance, l'entreprise canadienne et son fondateur/actionnaire principal/PDG, Raymond Loewen, ont saisi le CIRDI. Les demandeurs estimaient qu'en admettant des

témoignages anti-canadiens et pro-américains, des témoignages basés sur la différence de nationalité, de race et de classe sociale ainsi que des commentaires d'avocats allant dans ce sens, la juridiction qui a réglé le contentieux commercial a violé l'article 1102 de l'ALENA. Examinant cette prétention, le tribunal commence par constater que l'article 1102 interdit la discrimination à l'égard des investisseurs étrangers et de leurs investissements[382]. Le tribunal poursuit en précisant ce qu'il entendait de l'article 1102 appliqué à cette espèce où il était question d'une violation de l'obligation de traitement national dans le cadre d'une procédure judiciaire. Selon les arbitres – suivant en cela l'opinion de l'expert du défendeur – au regard de l'article 1102, une juridiction nationale est tenue de ne pas adopter vis-à-vis d'un investisseur étranger, *en raison de sa nationalité étrangère*, une attitude moins favorable que celle qu'il aurait adoptée vis-à-vis d'un investisseur national engagé dans des activités similaires et dans le cadre d'une instance similaire. Plus précisément, le tribunal soutient que l' « article 1102 vise seulement la *discrimination fondée sur la nationalité*[383] et…proscrit uniquement les indices démontrables et significatifs de partis pris et de préjugés *sur la base de la nationalité*[384] dont la nature et les conséquences ont probablement affecté l'issue du procès »[385].

En l'absence, « d'exemple de 'traitement plus favorable dans des circonstances similaires accordé par les tribunaux du Mississipi aux investissements et investisseurs des Etats-Unis' »[386], le tribunal a conclu ne pas disposer d'éléments qui lui auraient permis de procéder à la comparaison exigée par l'article 1102. La sentence *Loewen* n'a donc pas pu vérifier s'il y a eu ou non violation de l'article 1102 en l'espèce. Cependant, la place que le tribunal a consacré à la nationalité étrangère dans le raisonnement qui devait lui servir de base pour se prononcer sur l'allégation de violation de l'article 1102 est assez éloquente. Si dans la logique du tribunal, l'article 1102 l'invite à vérifier que « la juridiction du Mississipi [s'est conduit], à l'égard de Loewen, *en raison de sa nationalité canadienne*[387], de façon moins favorable qu'elle ne l'aurait fait à l'égard d'un investisseur »[388] américain dans des circonstances analogues, il est permis de voir dans le motif de la nationalité étrangère une étape qu'aurait abordé la sentence pour décider de la violation ou non de l'article 1102.

[382] *Loewen c. Etats-Unis*, CIRDI, affaire n° ARB(AF)/98/3, sentence du 26 juin 2003, § 139.
[383] C'est nous qui soulignons.
[384] C'est nous qui soulignons.
[385] *Loewen c. Etats-Unis*, préc., sentence, § 139.
[386] *Ibid.*, § 140.
[387] C'est nous qui soulignons.
[388] *Loewen c. Etats-Unis*, préc., sentence, § 139.

Vu la place qu'elle accorde au motif de la nationalité étrangère de l'investisseur dans son raisonnement, la sentence *Loewen* semble confirmer la divergence avec la jurisprudence de la Cour suggérée par la présentation du traitement national comme une obligation de non-discrimination en raison de la nationalité étrangère. Cette sentence véhicule une expression restrictive de la différence de traitement prohibée par le traitement national en la présentant comme si elle impliquait de répondre à la question de savoir si Monsieur Loewen avait été traité différemment en raison de sa nationalité canadienne. Une telle lecture de la sentence *Loewen* est de nature à l'éloigner de la jurisprudence de la Cour.

CONCLUSION DU CHAPITRE

L'analyse comparée des jurisprudences de la Cour et des tribunaux CIRDI sur la clause de traitement national a révélé que ces deux jurisprudences ne correspondent que partiellement quant à l'interprétation de cette clause.

Si l'on retrouve dans ces jurisprudences les mêmes conditions pour l'appréciation d'une allégation de violation d'une clause de traitement national, les contours fixés à chacune de ces conditions par la Cour ne se confondent pas totalement avec ceux retenus par les tribunaux CIRDI.

La première condition, la similarité, est parfois perçue de façon moins concrète par les tribunaux CIRDI : tandis qu'une partie de la jurisprudence CIRDI procède, comme la Cour de la Haye, à un test de la similarité *in concreto* limitée à la mesure litigieuse, une autre partie de la jurisprudence CIRDI opère un test de similarité dans l'absolu – s'étendant aux secteurs d'activités de l'investissement/investisseur étranger et de l'investissement/investisseur national – qui s'éloigne de la jurisprudence de la Cour.

La seconde condition, la différence de traitement, est quant à elle, l'objet d'une large correspondance. Les tribunaux CIRDI sont d'accord pour considérer, à l'instar de la Cour de la Haye, que la différence de traitement prohibée par le traitement national peut prendre la forme d'une différence de traitement tant *de jure* que *de facto.* Cependant, la conception qu'a la jurisprudence CIRDI de la différence de traitement prohibée par le traitement national apparaît parfois différente de celle de la Cour au regard des rapports qu'elle établit entre le traitement national et l'obligation de non-discrimination. Pour la Cour, traitement national et non-discrimination sont deux obligations distinctes. En ayant tendance à présenter le traitement national comme une obligation de non discrimination à raison de la nationalité, la jurisprudence des tribunaux CIRDI laisse à penser que, contrairement à la jurisprudence de la Cour, il est nécessaire d'établir que la différence de traitement a été opérée en raison de la nationalité étrangère. Il n'en est pourtant pas toujours ainsi, le motif de la nationalité étrangère n'apparaissant pas toujours, dans la jurisprudence des tribunaux CIRDI, comme un élément décisif dans la détermination de la méconnaissance du traitement national.

Tels sont les éléments qui ont permis de constater que la jurisprudence des tribunaux CIRDI n'a adopté que relativement la jurisprudence de la Cour sur les critères d'appréciation de la méconnaissance du traitement national.

TITRE II : AU REGARD DES REGLES TJE, DE PROTECTION ET DE SECURITE ET DU STANDARD MINIMUM DE TRAITEMENT

Le concept de traitement juste et équitable des étrangers et de leurs biens fait son apparition dans des instruments économiques internationaux avec la charte de la Havane et l'accord économique de Bogota. Les premiers accords bilatéraux reprenant ce concept sont les traités d'amitié, de commerce et de navigation des Etats-Unis[389]. Aujourd'hui, la clause TJE figure sous des formules variées dans la grande majorité des TBI. Au regard des sentences rendues par les tribunaux CIRDI, cette clause presque systématiquement invoquée – que ce soit à titre subsidiaire ou concurrent avec la violation d'autres clauses substantielles des TBI – a donné lieu à une importante jurisprudence des tribunaux CIRDI, notamment sur la problématique centrale dans son appréciation que constitue la détermination de ses composantes. La Cour de la Haye, pour sa part, n'a jamais eu à dégager des composantes d'une clause TJE même si une allégation de violation d'une clause TJE a été portée à sa connaissance dans l'affaire des *Plates-Formes pétrolières*. Une telle allégation n'a pu prospérer dans cette espèce, la Cour ayant constaté que la clause TJE se rapporte au traitement « des ressortissants et sociétés » des Etats parties au traité ainsi que « leurs biens et entreprises », alors que dans l'affaire qui lui était soumise, le point litigieux concernait des actions menées par les Etats-Unis non pas à l'encontre des « personnes physiques et morales » visées par la clause mais « contre l'Iran »[390].

Figurant généralement dans la même clause que l'obligation TJE dans de nombreux accords de promotion et de protection des investissements, la clause de protection et de sécurité est, quant à elle, moins invoquée que la clause TJE devant les tribunaux CIRDI[391].

---

[389] Pour l'historique du standard du traitement juste et équitable, voir SCHREUER (C.), « Fair and equitable treatment in arbitral practice», *The Journal of World Investment and trade*, volume 6, n° 3, 2005, pp. 357-359; UNCTAD, *Fair and equitable Treatment -UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II*, New York and Geneva : United Nations, 2012, p.5 ; OCDE, « La norme du traitement juste et équitable dans le droit international des investissements », *Documents de travail de l'OCDE sur l'investissement international,* n° 2004/3, OECD Publishing, 2004, p. 3; DOLZER (R.), SCHREUER (C.), *Principles of International Investment Law*, Oxford: Oxford University Press, 1ère éd., 2008, p. 119.

[390] *Plates-formes pétrolières* (République islamique d'Iran c. Etats-Unis d'Amérique), exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1996, p. 816, § 36. Cette façon de lire la position de la Cour quant au sens et à la portée de l'article IV est de nature à expliquer les termes dans lesquels le juge Parra-Aranguren a exposé son désaccord sur ladite position. Pour lui en effet, « les actions menées par les Etats-Unis en l'espèce étaient dirigées contre des plates-formes pétrolières en mer appartenant à la compagnie nationale iranienne des pétroles, et *non contre l'Iran*, comme il est dit au paragraphe 36 de l'arrêt ; or, la compagnie nationale iranienne des pétroles est une personne juridique distincte de l'Iran, même si l'Iran en était l'actionnaire unique. En conséquence, en tant qu'entreprise iranienne, la compagnie nationale iranienne des pétroles est visée par l'article IV, paragraphe 1, du traité de 1955 et elle doit se voir accorder « un traitement juste et équitable » et être protégée contre toute « mesure arbitraire ou discriminatoire » de nature à porter atteinte à ses droits ou intérêts légalement acquis. *Plates-formes pétrolières* (République islamique d'Iran c. Etats-Unis d'Amérique), exceptions préliminaires, Opinion individuelle du Juge Parra-Aranguren, C.I.J. Recueil 1996, p. 862, § 3.

[391] Voir à ce propos MAHNAZ (M.), « The full protection and security standard comes of age: yet another challenge for states in investment treaty arbitration? », *IISD Best Practices Series*, Novembre 2011, p. 1.

Elle se présente elle aussi sous des formules variées[392], se retrouvant dans des expressions telles que « protection et sécurité », « pleine protection et sécurité », « protection et sécurité intégrales », « protection et sécurité constantes », « protection et sécurité pleines et entières » …etc. La Cour de la Haye a eu l'occasion de se prononcer sur des clauses de protection et de sécurité contenues dans des traités d'amitié. Les précisions que l'on trouve sur la clause de protection et de sécurité à la fois dans la jurisprudence de la Cour et dans celle des tribunaux CIRDI sont relatives à la nature et à la portée de l'obligation contenue dans la clause.

A côté des clauses conventionnelles TJE et de protection, le standard minimum de traitement constitue un autre standard de traitement qui a fait l'objet d'analyses par les tribunaux CIRDI notamment à l'occasion de l'appréciation des clauses conventionnelles. L'existence en faveur des étrangers admis sur le territoire d'un Etat donné d'un traitement encadré par le droit international coutumier pouvant être supérieur au traitement accordé aux nationaux est aujourd'hui largement admise[393]. Ce traitement des étrangers par l'Etat hôte conformément au droit international général a reçu l'appellation de standard minimum international de traitement des étrangers[394]. Ce standard n'a pas disparu des problématiques relatives aux investissements étrangers du fait de l'émergence de clauses conventionnelles de traitement et de protection de ces investissements. La question s'est posée des rapports entre ce standard coutumier et ces règles conventionnelles. Or, que ce soit sur le standard minimum de traitement en soi ou sur ses rapports avec les clauses conventionnelles, la Cour a eu l'occasion de se prononcer.

Au regard de tout ce qui précède, c'est, d'une part, sur la nature de l'obligation contenue dans la clause de protection de sécurité et sur la portée de cette clause et, d'autre part, sur le contenu du standard minimum de traitement et ses rapports avec les clauses conventionnelles

---

[392] Sur la « rédaction variable » de la clause de protection et de sécurité, BASTID BURDEAU (G.), « La clause de protection et de sécurité pleine et entière », *in* NOUVEL (Y.), SANTULLI (C.), BASTID BURDEAU (G.), et *al.*, « les techniques conventionnelles du droit international des investissements », [version écrite des exposés présentés lors de la journée d'études organisée par l'IHEI, Institut des Hautes Etudes Internationales de l'Université Paris II (Panthéon-Assas) le 19 juin 2014], *RGDIP*, Tome 119, n°1 , 2015, pp. pp. 91-95.

[393] Voir par exemple OCDE, « La norme du traitement juste et équitable dans le droit international des investissements », *op. cit.*, p.9, notamment notes 32 et 33 ; NEWCOMBE (A.), PARADELL (L.), *Law and practice of investment treaties* : *Standards of treatment* , The Hague : Kluwer law international, 2009, pp. 3-41 ; LEBEN (Ch.), « Droit international des investissements : un survol historique », *in* LEBEN (Ch.) (Dir.), *Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational*, *op. cit.*, pp. 1-73 ; NOUVEL (Y.), « Les standards de traitement : le traitement juste et équitable, la sécurité pleine et entière » *in* LEBEN (Ch.) (Dir.), *Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational*, *op. cit.*, pp.292-299.

[394] Selon Michel VIRALLY, par exemple, « le standard minimum international définit l'ensemble des droits qui doivent être garantis par tout Etat à tous les étrangers. Il est déterminé directement par le droit international et est indépendant du développement et de l'orientation du droit interne de chaque Etat. ». VIRALLY (M.), « Cours général de droit international public », *RCADI*, tome 183, 1983-V, pp. 116-117.

TJE et de protection que l'analyse portera. L'examen établit que la jurisprudence des tribunaux CIRDI confirme partiellement celle de la Cour. En effet, vu l'héritage de la Cour qu'il a été donné de déceler dans la jurisprudence des tribunaux CIRDI, il est permis de soutenir que ces derniers n'adhèrent que relativement à la jurisprudence de la Cour quant à la nature et à la portée de l'obligation contenue dans la clause de protection et de sécurité (Chapitre I). Il en est de même s'agissant du contenu du standard minimum de traitement et ses rapports avec les clauses TJE et de protection (Chapitre II).

CHAPITRE I : ADHESION RELATIVE A LA JURISPRUDENCE DE LA COUR QUANT A LA NATURE ET A LA PORTEE DE L'OBLIGATION CONTENUE DANS LA CLAUSE DE PROTECTION ET DE SECURITE

Eu égard à la nature de l'obligation contenue dans la clause de protection, au-delà de l'obligation d'abstention de la part des organes de l'Etat qu'implique logiquement la clause de protection, c'est surtout « la protection attendue de l'Etat »[395] au regard des faits des personnes privées qui a soulevé des difficultés. La recherche comparative sur cette problématique a donné le résultat suivant : la nature de l'obligation contenue dans la clause de protection est porteuse d'une convergence des jurisprudences de la Cour et des tribunaux CIRDI en ce sens que les sentences CIRDI perpétuent la qualification d'obligation de vigilance retenue par la Cour (Section I). L'existence à la fois de convergence et de divergence se relève pour ce qui est de la portée de la clause de protection et de sécurité. En effet, le tronc commun de l'intervention de la CIJ et du CIRDI sur la question de la portée de la clause de protection et de sécurité qu'il a été possible de recenser comporte deux branches : l'étendue concrète de la clause et son sort en période de troubles intérieurs. Il apparaît que sur ces deux problématiques, la jurisprudence des tribunaux CIRDI ne reprend que partiellement la jurisprudence de la Cour dans laquelle la clause de protection et de sécurité apparaît comme une obligation de sécurité physique et comme une obligation applicable en période de troubles (Section II).

Section I : Perpétuation de la qualification d'obligation de vigilance retenue par la Cour

Selon la Cour de la Haye, la clause de protection contient une obligation de vigilance (Paragraphe I). C'est ce qui ressort également de la jurisprudence des tribunaux CIRDI qui voit dans la clause de protection une obligation de *due diligence* (Paragraphe II).

Paragraphe I : L'obligation de vigilance telle que dégagée par la Cour

Dans l'affaire *ELSI* précitée, les Etats-Unis ont allégué de la violation du paragraphe 1 de l'article V traité d'amitié, de commerce et de navigation entre l'Italie et les Etats-Unis. Cette disposition garantit aux ressortissants des parties « la protection et la sécurité les plus constantes pour leurs personnes et leurs biens » et précise qu'à cet effet, ils jouiront entièrement… de la protection et de la sécurité exigées par le droit international ». Les Etats-

[395] BASTID BURDEAU (G.), « La clause de protection et de sécurité pleine et entière », *op. cit*, p. 97.

Unis estimaient qu'il y avait eu violation de cette disposition du fait que les autorités italiennes avaient permis aux ouvriers de l'usine de Palerme de l'occuper après qu'elles l'aient réquisitionnée. Pour les Etats-Unis, l'occupation de l'usine par ses salariés a reçu « l'approbation tacite »[396] des autorités, ces derniers n'ont fait « aucun effort pour la prévenir ou y mettre fin, ou pour protéger les locaux d'une autre manière »[397] et l'occupation a eu des « effets dommageables »[398]. De ce point de vue, poursuivent les Etats-Unis, ces faits ont entraîné une violation de la protection et de la sécurité les plus constantes exigées par le droit international pour les biens des ressortissants américains. La CIJ n'a pas été de cet avis. Selon elle, la protection et la sécurité constantes ne constituent pas la « garantie qu'un bien ne sera jamais, en quelque circonstance que ce soit, l'objet d'une occupation ou de troubles de jouissance »[399]. La Cour constate que les autorités n'ont pas été inactives et qu'elles ont pris des mesures pour protéger l'usine, et qu'« on ne pouvait pas raisonnablement s'attendre à ce que le licenciement de quelque huit cents salariés passe sans protestations »[400]. A partir de ces circonstances de l'espèce, la Chambre de la Cour conclut qu'il n'est pas possible de dire que l'attitude des autorités italiennes se situait en deçà du « niveau requis »[401] pour que les biens des ressortissants américains bénéficient de la protection et de la sécurité exigées par le droit international.

Il ressort ainsi de cette affaire que la clause de protection et de sécurité ne contient pas une obligation de résultat mais est mesurée à la lumière du comportement de l'Etat débiteur de l'obligation. En effet, le constat de l'occupation de l'usine par les ouvriers n'a pas paru suffisant aux yeux de la Chambre de la Cour pour conclure au non-respect de l'obligation de protection et de sécurité conformément au droit international. Elle a établi que les autorités locales avaient effectivement agi pour assurer une protection de l'usine, qu'il n'y a pas eu d'inaction de leur part. Sur cette base, la Cour n'a pu conclure à la violation de la clause de protection et de sécurité. La clause de protection apparaît dès lors comme une obligation de vigilance, précisément une obligation de prévention qui exige d'un Etat de prendre des mesures afin d'empêcher que des actes illicites de particuliers ne portent atteinte aux droits des étrangers[402]. Il est donc question d'une obligation de moyen à la charge de l'Etat hôte des investissements étrangers qui requiert d'un tel débiteur non pas de parvenir à un résultat

[396] *Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI), op. cit.*, p. 64, § 105.
[397] *Ibidem*.
[398] *Ibidem*.
[399] *Ibid.*, p. 65, § 108.
[400] *Ibidem*
[401] *Ibidem*.
[402] Voir SALMON (J.) (dir.), « Dictionnaire de droit international public », *op. cit.*, pp. 768-769.

déterminé mais d'y appliquer des soins et ses capacités de telle sorte que sa responsabilité n'est engagée que si l'investisseur bénéficiaire prouve de la part du débiteur un manquement à ses devoirs de prudence et de diligence[403].

La nature de l'obligation de protection des investissements et biens des étrangers, tant en droit international que sur la base d'une clause de protection, tirée de l'arrêt *ELSI* est confirmée par ailleurs dans l'arrêt *Personnel diplomatique et consulaire des Etats-Unis* à *Téhéran*. Dans cette affaire, « l'inaction totale »[404], la « carence »[405] du Gouvernement iranien a, selon la Cour, entraîné une violation de son obligation d'assurer la protection et la sécurité des « deux simples ressortissants américains » de la manière la plus constante, prévue à l'article II, paragraphe 4, du traité d'amitié, de commerce et de droits consulaires de 1955[406]. Pour aboutir à une telle conclusion, la Cour s'est longuement penchée sur les faits de l'espèce et a établi entre autres que « la carence du Gouvernement de l'Iran était due à plus qu'une simple négligence ou un simple manque de moyens »[407], mais aussi que « l'inaction totale des autorités iraniennes (…), en dépit d'appels à l'aide urgents et répétés, contraste de manière frappante avec leur comportement dans plusieurs situations similaires »[408]. C'est en tenant compte de ces circonstances que la CIJ a établi que les autorités iraniennes « n'ont pris apparemment aucune mesure, soit pour empêcher les militants d'envahir l'ambassade, soit pour les persuader de se retirer ou pour les y obliger »[409] et décidé qu'elles avaient manqué à leur obligation de protection.

En conclusion, selon la jurisprudence de la Cour, il y a violation de l'obligation de protection et de sécurité lorsque l'Etat hôte débiteur de cette obligation a négligé de prendre des mesures appropriées au regard des circonstances de l'espèce pour prévenir ou faire cesser l'atteinte à la personne de l'étranger ou à ses biens. Il s'agit donc d'une obligation donnant lieu à une responsabilité pour négligence ou omission. C'est également en ce sens que les tribunaux CIRDI conçoivent l'obligation de protection et de sécurité.

[403] *Ibid.*, pp. 770-771.
[404] *Personnel diplomatique et consulaire des Etats-Unis* à *Téhéran*, arrêt, C.I.J. Recueil 1980, p. 32, § 64.
[405] *Ibid.*, p. 33, § 67.
[406] *Ibidem*.
[407] *Ibid.*, p. 32, § 63.
[408] *Ibid.*, p. 32, § 64.
[409] *Ibid.*, p. 33, § 66.

Paragraphe II : Une suite concordante dans les sentences CIRDI

L'affaire *A.A.P.L.* constitue la référence dans la jurisprudence des tribunaux CIRDI concernant la nature de l'obligation contenue dans la clause de protection. Dans cette affaire, la société A.A.P.L. estimait que la destruction de la ferme d'aquaculture de crevettes de la société dans laquelle elle avait investi, constituait une violation de l'article 2(2) du TBI Royaume-Uni / Sri Lanka. Cette disposition garantissait aux investissements des ressortissants ou sociétés des parties une pleine protection et sécurité. A.A.P.L. lisait dans cette clause de pleine protection et sécurité une forme de responsabilité sans faute (*strict liability*) qui rendrait le Sri Lanka responsable pour toute destruction de l'investissement même lorsqu'elle est causée par des personnes dont les actes ne sont pas attribuables au Gouvernement et dans des circonstances allant au-delà du contrôle de l'Etat. L'article 2 (2) prévoirait donc à la charge des parties une responsabilité objective absolue, notamment au regard des termes « jouir » et « pleine » y figurant et serait donc une sorte d'assurance contre le risque de destruction de l'investissement dans n'importe quelles circonstances[410]. Le tribunal n'a pas partagé l'avis d'A.A.P.L. quant à la lecture de la clause de protection et de sécurité en l'espèce. Selon le tribunal, certes l'adjonction de notions telles que "constante" ou "pleine" pourrait à juste titre indiquer l'intention des parties d'exiger dans leur relation conventionnelle une obligation de *due diligence* plus élevée que le standard minimum international de droit international général, mais la nature de l'obligation et de la responsabilité qui s'ensuit reste inchangée. La sentence *A.A.P.L.* conclut ainsi que la clause de protection, même accompagnée de qualificatifs tels que " pleine " / "entière" / "constante", prescrit une obligation de *due diligence* et non de *strict liability* comme le soutenait A.A.P.L.[411]. Pour étayer sa conclusion, le tribunal invoque l'arrêt *ELSI* de la C.I.J.[412].

Les tribunaux CIRDI sont aujourd'hui unanimes pour considérer que l'obligation contenue dans les clauses de protection et de sécurité n'impose pas une s*trict liability*[413], que la garantie que ces clauses contiennent n'est pas absolue[414]. Selon la jurisprudence des

[410] *A.A.P.L. c. Sri Lanka*, CIRDI, préc., sentence, § 45.
[411] *Ibid.*, § 53.
[412] *Ibidem.*
[413] *Tecmed c. Mexique*, préc., sentence, § 177 ; *Noble Ventures c. Roumanie*, CIRDI, affaire n° ARB/01/11, sentence du 12 octobre 2005, § 164 ; *Parkerings-Compagniet AS c. Lithuanie*, CIRDI, affaire n°. ARB/05/8, sentence du 11 septembre 2007, § 357 ; *AES Summit Generation c. Hongrie*, CIRDI, affaire n° ARB/07/22, sentence du 23 septembre 2010, § 13.3.2. ; *Plama c. Bulgarie*, préc., décision sur la compétence, § 181.
[414] *Tecmed c. Mexique*, préc., sentence, § 177: « *The Arbitral Tribunal agrees with the Respondent, and with the case law quoted by it, in that the guarantee of full protection and security is not absolute* »; *Waguih E. G. Siag et Clorinda Vecchi c. Egypte*, préc., sentence, § 447: « *The standard of protection expected of a host state is not*

tribunaux CIRDI, une clause de protection renvoie plutôt à une obligation de « *due diligence* »[415], « de vigilance »[416] dont la violation peut être déduite d'une inaction, d'une omission, d'une absence de prise de mesures appropriées pour prévenir le dommage[417], pour rétablir la situation antérieure ou pour punir les auteurs du fait dommageable[418]. Pour apprécier le caractère approprié de la mesure litigieuse de l'Etat hôte, les tribunaux CIRDI se fondent sur les circonstances de chaque espèce[419], sur le caractère raisonnable de l'attitude de l'Etat hôte[420].

L'image de la nature de la clause de protection et de sécurité que renvoie la jurisprudence des tribunaux CIRDI est donc bien la même que celle de la jurisprudence de la Cour : une obligation de vigilance, de *due diligence* qui nécessite de prendre des mesures appropriées au regard d'un contexte donné afin de prévenir ou faire cesser une atteinte aux droits des étrangers.

Les jurisprudences de la Cour et des tribunaux CIRDI concordent également en ce qui concerne la portée de la clause de protection, mais de façon relative.

---

absolute »; *Parkerings-Compagniet AS c. Lithuanie*, préc., sentence, § 357; *Plama c. Bulgarie*, préc., sentence du 27 août 2008, § 181.

[415] *Jan de Nul et Dredging International c. Egypte*, CIRDI, affaire n° ARB/04/13, sentence du 6 novembre 2008, § 269 ; *A.A.P.L. c. Sri Lanka*, préc., sentence, §§ 50, 69 et 85 (B); *Pantechniki c. Albanie* , CIRDI, affaire n° ARB/07/21, sentence du 30 juillet 2009, § 81; *Noble Ventures c. Roumanie*, préc., sentence, § 164 ; *Biwater Gauff (Tanzanie) c. Tanzanie*, CIRDI, affaire n° ARB/05/22, sentence du 24 juillet 2008, §§ 725-726 ; *Waguih E. G. Siag et Clorinda Vecchi c. Egypte*, préc., sentence, § 447 ; *Rumeli Telekom et Telsim Mobil* c. *Kazakhstan*, préc., sentence, § 668.

[416] *AMT c. Zaïre*, préc., sentence, § 6.05.

[417] *Toto c. Liban*, CIRDI, affaire n° ARB/07/12, décision sur la compétence du 11 septembre 2009, § 118 ; *A.A.P.L. c. Sri Lanka*, préc., sentence, § 85 (B) ; *Wena c. Egypte*, CIRDI, affaire n° ARB/98/4, sentence du 8 décembre 2000, §§ 82-88 ;

[418] *Parkerings-Compagniet AS c. Lithuanie*, préc., sentence, § 355; *Wena c. Egypte*, préc., sentence, §§ 82-88.

[419] *Rumeli Telekom et Telsim Mobil* c. *Kazakhstan*, préc., sentence, § 669 ; *AMT c. Zaïre*, préc., sentence, § 6.07. L'évaluation du degré de diligence de l'Etat hôte au regard des circonstances propres à chaque espèce prend un tout autre sens avec la sentence *Pantechniki* qui va plus loin en suggérant que les tribunaux arbitraux puissent tenir compte du niveau de développement et de stabilité de l'Etat hôte. Pour l'arbitre ayant rendu cette sentence, souscrivant en cela à une analyse doctrinale, « le standard de *due diligence* est celui d'un Etat hôte dans les circonstances et avec les ressources de l'Etat en question » (*Pantechniki c. Albanie*, préc., sentence, § 81). Ainsi, selon l'arbitre, un investisseur qui s'engage dans un Etat avec une mauvaise gouvernance et faisant face à des troubles civils chroniques ne peut prétendre au même niveau de sécurité que celui qui investit à Londres, New-York ou Tokyo.

[420] Ce faisant, ils s'inspirent de l'idée d'Ian BROWNLIE selon laquelle la responsabilité de l'Etat pour non-respect de l'obligation de protection et de sécurité peut être engagée en cas d' « importante négligence à prendre des mesures de précaution et de prévention raisonnables » (BROWNLIE (I.), *System of the Law of Nations: State Responsibility*, Oxford: Clarendon Press, 1983, p. 452; Cité dans les sentences *A.A.P.L.* (§ 76) et *Biwater Gauff* (§ 725), lorsque l'Etat hôte ne prend pas de « mesure raisonnable de prévention qu'on pourrait attendre d'un gouvernement bien administré en pareilles circonstances » (*A.A.P.L. c. Sri Lanka*, préc., sentence, § 162 ; *AES Summit Generation c. Hongrie*, préc., sentence, § 13.3.3).

Section II : Reprise partielle par les sentences CIRDI de la clause de protection et de sécurité comme une obligation de sécurité physique et une obligation applicable en période de troubles

La jurisprudence des tribunaux CIRDI ne reprend que partiellement celle de la Cour quant à la portée de la clause de protection et de sécurité à un double titre : la confirmation de la clause comme une obligation de sécurité physique n'est que relative (Paragraphe I) ; il en est de même pour l'applicabilité de la clause en période de troubles qui dénote une relative harmonie entre les deux jurisprudences (Paragraphe II).

Paragraphe I : Confirmation relative de la clause comme obligation de sécurité physique

Tandis qu'il ressort de certaines sentences CIRDI, comme de la jurisprudence de la Cour, que la clause de protection et de sécurité est une obligation de sécurité physique (I), d'autres sentences CIRDI l'étendent à la sécurité juridique (II).

I. Reconduction de la clause comme obligation de sécurité physique

La clause de protection et de sécurité apparaît dans la jurisprudence de la Cour comme une obligation de sécurité physique (A). Une lecture concordante peut être tirée de certaines sentences CIRDI (B).

A. La garantie de sécurité physique dans la jurisprudence de la Cour

Il ressort de la jurisprudence de la Cour qu'elle admet le moyen tiré de la violation de clauses de protection et de sécurité sur la base d'atteintes à la sécurité physique de la personne ou des biens de l'étranger.

Dans l'affaire *Personnel diplomatique et consulaire des Etats-Unis à Téhéran*, la détention en tant qu'otages de ressortissants américains à Téhéran a été le fait sur la base duquel la Cour a examiné l'allégation, par les Etats-Unis, de la violation, par l'Iran, de la clause de protection et de sécurité du traité irano-américain d'amitié, de commerce et de droits consulaires de 1955. La Cour a conclu à la méconnaissance par l'Iran des obligations découlant de cette clause en l'espèce[421].

[421] *Personnel diplomatique et consulaire des Etats-Unis* à *Téhéran*, arrêt, *op. cit.*, p. 33, § 67.

L'occupation d'une usine – considérée comme bien de ressortissants américains – par ses ouvriers a été admise à l'appui de l'allégation, par les Etats-Unis, de la violation, par l'Italie, de la clause de protection et de sécurité contenue dans le traité d'amitié italo-américain dans l'affaire *ELSI*. La Chambre de la Cour formée pour connaître de cette affaire a examiné ce moyen et conclu que dans les circonstances de l'espèce, il n'était pas possible de conclure que l'obligation de *due diligence* avait été violée du fait de l'occupation de l'usine[422].

C'est sur la base de ces affaires qu'il a été permis de constater que la clause de protection et de sécurité apparaît comme une garantie de sécurité physique dans la jurisprudence de la Cour. Certaines sentences rendues sous les auspices du CIRDI vont dans le sens de cette jurisprudence de la CIJ.

B. Une détermination concordante dans la jurisprudence des tribunaux CIRDI

C'est également sur la base d'atteintes à la sécurité physique de l'investissement que certaines sentences CIRDI ont admis les moyens tirés de violations de clauses de protection et de sécurité.

Dans les affaires *A.A.P.L.*, *AMT, Wena* et *Tecmed*, c'est à la lumière, respectivement, de la destruction d'une ferme d'aquaculture lors d'une opération militaire[423], du pillage et de la destruction d'une entreprise dans le cadre d'émeutes[424], de la saisie par la force d'hôtels[425] et de mouvements sociaux de protestation à l'encontre d'un site de décharges de déchets[426], que les tribunaux ont accepté d'apprécier des allégations de violations de clauses de protection et de sécurité.

La garantie de sécurité physique à travers la clause de protection et de sécurité dont témoignent ces sentences est expressément reconnue par la sentence *Rumeli* comme l'unique portée de la clause de protection. Alors même que l'article II (2) du TBI Royaume-Uni Kazakhstan qu'elle avait à appliquer ne contenait aucune limitation en ce sens[427], la sentence

[422] *Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI)*, arrêt, *op. cit.*, p. 64, § 105.
[423] *A.A.P.L. c. Sri Lanka*, préc., sentence, § 3.
[424] *AMT c. Zaïre*, CIRDI, préc., sentence, § 6.05.
[425] *Wena c. Egypte*, préc., sentence, § 84.
[426] *Tecmed c. Mexique*, préc., sentence, §§ 175-177.
[427] Par exemple, le TBI Roumanie / Pays-Bas que les arbitres ayant connu de l'affaire *Rompetrol* avaient à appliquer contenait une telle précision: Article 3 (1): "*Each Contracting Party shall ensure fair and equitable treatment of the investments of investors of the other Contracting Party and shall not impair, by unreasonable or discriminatory measures, the operation, management, maintenance, use, enjoyment or disposal thereof by those investors. Each Contracting Party shall accord to such investments full physical security and protection*."

a estimé que cette clause qui prévoyait une « pleine protection et sécurité » avait une « portée limitée »[428], vu qu'elle « oblige l'Etat à assurer à l'investissement étranger un certain niveau de protection contre les dommages physiques »[429]. Pour parvenir à une telle conclusion, les arbitres se sont référés notamment à la sentence *Saluka* rendue sous l'égide de la CNUDCI selon laquelle « la clause de "pleine sécurité et protection" n'est pas destinée à couvrir n'importe quel type de détérioration d'un investissement, mais à protéger plus particulièrement l'intégrité physique d'un investissement contre toute ingérence par l'usage de la force »[430].

Certaines sentences CIRDI n'admettent pas une telle limitation de la clause de protection et de sécurité.

II. L'extension de la clause à la sécurité juridique par certaines sentences CIRDI

La conception de la clause de protection et de sécurité comme une garantie de sécurité physique a été complétée par la sécurité juridique, renvoyant à l'idée d'un environnement sécurisé sur le plan juridique, par certains tribunaux CIRDI.

Cette conception extensive de la clause de protection se déduit de l'application que certains tribunaux CIRDI en font *in concreto* d'une part, et a été clairement affirmée par des arbitres, d'autre part.

Dans le premier cas, on trouve des sentences dont l'analyse fait coïncider la clause TJE et la clause de protection mais aussi celles qui examinent, voire, reçoivent favorablement les allégations de violation de l'obligation de protection fondées sur des faits qui n'ont nullement trait à la sécurité physique, sans avoir au préalable précisé l'idée de large portée de la clause[431].

Dans la seconde hypothèse, plusieurs explications ont été fournies pour justifier l'affirmation claire de l'extension de la clause au-delà de la sécurité physique, une telle conception se justifiant aisément en présence d'une clause prévoyant expressément la sécurité

[428] *Rumeli Telekom et Telsim Mobil* c. *Kazakhstan*, préc., sentence, § 669.
[429] *Ibid.*, § 668.
[430] *Saluka c. République tchèque*, CNUDCI, sentence partielle du 17 mars 2006, § 484.
[431] *CSOB c. République slovaque*, CIRDI, affaire n° ARB/97/4, sentence du 29 décembre 2004, § 170 ; *Parkerings-Compagniet AS c. Lithuanie*, préc., sentence, §§ 360-361 ; *AES Summit Generation c. Hongrie*, préc., sentence, §§ 13.3.2 - 13.3.6.

juridique comme élément de l'obligation de protection et de sécurité[432]. Il a en effet été argué que l'obligation de protection et de sécurité pouvait être entendue comme allant au-delà de la sécurité physique seulement au regard des circonstances d'une espèce donnée et à titre d'exception[433]. Certains tribunaux ont par ailleurs estimé que lorsque la protection et la sécurité due est qualifiée de « pleine », elle pouvait s'entendre à la fois d'une protection physique et juridique[434]. Pour d'autres encore, la définition de l'investissement incluant les biens incorporels autorise à faire entrer la sécurité juridique dans l'obligation de protection et de sécurité[435]. Enfin, certaines sentences mettent en avant l'intention des parties en se fondant sur l'absence de termes dans la clause de protection qui pourraient être interprétés comme limitant la clause à la sécurité physique[436].

Ces sentences qui voient dans la clause de protection et de sécurité à la fois une garantie de sécurité physique et juridique sont à contre-courant de la jurisprudence de la Cour dans laquelle la clause de protection et de sécurité apparaît comme une garantie de sécurité physique.

Un autre aspect de la confirmation relative de la portée de la clause de protection et de sécurité par la jurisprudence des tribunaux CIRDI réside dans la problématique de l'applicabilité de la clause en période de troubles.

Paragraphe II : Relative harmonie quant à l'applicabilité de la clause de protection et de sécurité en période de troubles

En tant que clause impliquant une sécurité physique et imposant une obligation de vigilance, la clause de protection n'a pas manqué de soulever la question de savoir si elle reste applicable en période de troubles sociaux ou politiques, voire de conflit armé. L'analyse des jurisprudences de la CIJ et des tribunaux CIRDI révèle une réponse affirmative à cette interrogation dans une large mesure, les tribunaux CIRDI confirmant généralement le maintien de la clause en période de troubles décidé par la Cour (I). Cependant, la présence de clauses relatives aux pertes subies dans des situations de troubles a conduit la sentence

[432] Comme c'est le cas pour l'article 4 (1) du TBI Argentine-Allemagne applicable dans l'affaire *Siemens* (Voir *Siemens c. Argentine*, préc., sentence du 6 février 2007, § 303).
[433] *Sempra Energy International c. Argentine*, CIRDI, affaire n°ARB/02/16, sentence du 28 septembre 2007, § 323 ; *PSEG Global, Inc. et autres c. Turquie*, CIRDI, affaire n° ARB/02/5, sentence du 19 janvier 2007, § 258 ; *Enron c. Argentine*, CIRDI, affaire n° ARB/01/3, sentence du 22 mai 2007, § 286 ; *Reinhard Unglaube c. Costa Rica*, préc., sentence, § 281.
[434] *Azurix c. Argentine*, CIRDI, affaire n° ARB/01/12, sentence du 14 juillet 2006, § 408 ; *Biwater Gauff (Tanzanie) c. Tanzanie*, préc., sentence, § 729.
[435] *Siemens c. Argentine*, préc., sentence, § 303.
[436] *Vivendi c. Argentine II*, CIRDI, affaire n° ARB/97/3, sentence du 20 août 2007, § 7. 4. 15.

L.E.S.I. SpA et Astaldi SpA à conclure que de telles clauses, en tant que *lex specialis*, écarte l'application de la clause de protection en période de troubles (II).

I. Reconduction du maintien de la clause de protection et de sécurité en période de troubles par la majorité des sentences CIRDI

Les situations de troubles sociaux ou politiques sont appréhendées sous divers angles par le droit international coutumier mais également par des dispositions des instruments relatifs aux investissements internationaux[437]. Ces règles régissant les périodes de troubles sociaux ou politiques sont les clauses conventionnelles relatives aux pertes subies dans des situations de troubles sociaux ou politiques ou de conflit armé[438], les clauses conventionnelles de sauvegarde[439] et les règles coutumières telles que celles encadrant la responsabilité internationale de l'Etat en cas de circonstances particulières.

Dans le contentieux porté devant les tribunaux CIRDI, la question de la place de la clause de protection en période de troubles sociaux et politiques s'est posée au regard de l'existence des clauses conventionnelles précitées portant précisément, et pour certaines, clairement, sur les périodes de troubles intérieurs. De ce point de vue, l'argumentation tendant à démontrer que la jurisprudence des tribunaux CIRDI va dans le sens d'un maintien de l'obligation de protection en période de troubles sera basée sur sa jurisprudence réglant les rapports entre la clause de protection et les règles régissant les périodes de troubles sociaux ou politiques (B). Auparavant, il sera démontré que la jurisprudence de la Cour est favorable au maintien de l'obligation de protection en période de troubles (A).

A. L'applicabilité de la clause de protection et de sécurité en période de troubles au regard de la jurisprudence de la Cour

D'une part, de façon générale, la Cour met en œuvre l'obligation de vigilance en période de troubles (1). D'autre part, l'analyse de la jurisprudence de la Cour tendra à constater qu'elle vient à l'appui de l'idée selon laquelle les clauses relatives aux pertes subies en période de troubles ne peuvent écarter l'application de la clause de protection et de sécurité en période de troubles en tant que *lex specialis* (2).

---

[437] Voir SCHREUER (C.), «The Protection of Investments in Armed Conflicts », *TDM* 3, 2012, URL: www.transnational-dispute-management.com/article.asp?key=1830

[438] Exemples : TBI France / Ouganda, Article 5 ; TBI Union économique Belgo-Luxembourgeoise / Lybie, Article 7 ; Article 12 du Traité sur la Charte de l'énergie.

[439] Exemple : Article XI du TBI Etats-Unis – Argentine.

1. La mise en œuvre de l'obligation de vigilance en période de troubles

L'arrêt de la CIJ dans l'affaire *Personnel diplomatique et consulaire des Etats-Unis à Téhéran* annonce les couleurs en ces termes : « le but même d'un traité d'amitié, et en particulier d'un traité d'établissement, est avant tout de promouvoir les relations entre deux Etats et entre leurs peuples par l'engagement mutuel d'assurer sur le territoire de chacun la protection et la sécurité des ressortissants de l'autre. *C'est précisément au moment où des difficultés se présentent que le traité prend toute son importance* »[440].

Dans cette affaire, comme dans l'affaire *ELSI*, la Cour a eu à interpréter des traités d'amitié contenant des clauses de protection. Ces deux conventions ne contiennent pas de clauses relatives aux pertes subies en période de troubles. Les faits des deux espèces se sont justement déroulés dans un contexte de troubles sociaux, il est vrai de moindre ampleur que les situations de conflit armé dont ont eu à connaître certains tribunaux CIRDI : occupation d'une usine par ses ouvriers licenciés (environ huit cents salariés licenciés) dans l'affaire *ELSI* et envahissement, occupation de missions diplomatiques et consulaires accompagnés de prise et détention d'otages dans l'affaire du *Personnel diplomatique et consulaire des Etats-Unis à Téhéran*. La Cour n'a pas vu dans ces vagues d'agitation sociale des circonstances dans lesquelles *a priori* « la plus constante protection et sécurité »[441] devient pour l'État une obligation qu'il lui serait impossible d'assurer. La CIJ a plutôt appliqué cette obligation et c'est au terme d'une appréciation des circonstances qu'elle a conclu à l'absence de violation de l'obligation de *due diligence* dans l'affaire *ELSI*[442] et à la responsabilité de l'Etat iranien pour son inaction dans l'affaire du *Personnel diplomatique et Consulaire des Etats-Unis à Téhéran*[443].

Cette lecture faite de la jurisprudence de la CIJ dans le sens du maintien de l'obligation de vigilance même en période de troubles sociaux est confirmée par les résultats des premiers travaux sur le thème de la responsabilité internationale de l'Etat au sein de la CDI orientés au départ vers la *Responsabilité des Etats à raison des dommages causés sur son territoire à la personne ou aux biens des étrangers*. Dans l'avant-projet (dit révisé) présenté par le premier Rapporteur spécial Francisco GARCIA-AMADOR au terme de son mandat, il est prévu à

---

[440] *Personnel diplomatique et consulaire des Etats-Unis* à *Téhéran,* arrêt, *op. cit.,* p. 29, § 54. C'est nous qui soulignons.
[441] Article V paragraphe 1 du traité d'amitié, de commerce et de navigation de 1948 entre les Etats-Unis et l'Italie et Article II paragraphe 4 du traité d'amitié, de commerce et de droits consulaires de 1955 entre les Etats-Unis et l'Iran.
[442] *Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI),* arrêt, *op. cit.*, p. 65, § 108.
[443] *Personnel diplomatique et consulaire des Etats-Unis à Téhéran,* arrêt, *op. cit.,* p. 32, § 63.

l'article 7.1 que « l'Etat est responsable des dommages causés à l'étranger par des actes illégaux de particuliers, commis isolément ou à l'occasion de troubles intérieurs (émeutes, manifestations violentes de la foule, ou guerre civile), si les autorités ont fait preuve d'une négligence notoire dans l'adoption des mesures que l'on prend normalement, en raison des circonstances, pour prévenir de tels actes »[444]. Ce principe se retrouve également dans bon nombre d'instruments de codification présentés dans l'*historique de l'œuvre accomplie jusqu'ici en ce qui concerne la codification*, premier rapport du deuxième Rapporteur spécial Roberto AGO[445]. Bien que les travaux sur la responsabilité internationale des Etats au sein de la CDI aient pris une orientation plus générale suite à l'avant-projet de Francisco GARCIA-AMADOR, Roberto AGO a utilisé certains acquis sur le thème pour exposer sa vision du sujet, parmi lesquels le principe selon lequel l'obligation de vigilance contenue dans la clause de protection est applicable même en période de troubles sociaux[446]. Au-delà de la représentation que se faisaient ces Rapporteurs spéciaux du thème général de la responsabilité internationale des Etats, on peut retenir à travers leurs rapports que l'idée de l'applicabilité de la clause de protection et de sécurité en période de troubles sociaux ou politiques à travers le maintien d'une obligation de *due diligence* – qui ressort de la jurisprudence de la CIJ – est conforme au droit international que cette dernière a pour mission d'appliquer.

[444] « Responsabilité des Etats à raison des dommages causés sur son territoire à la personne ou aux biens des étrangers: avant-projet revisé », Annexe au Sixième rapport sur la responsabilité internationale de F.V. GARCÍA AMADOR , Rapporteur spécial, Document A/CN.4/134 and Add.1, Extrait de l'Annuaire de la Commission du droit international, 1961, Vol. II.

[445] Documents A/CN.4/217 et Add.l

[446] Selon Roberto AGO, « pour que l'on puisse accuser un Etat d'avoir manqué à son devoir de protéger efficacement le siège d'une ambassade étrangère ou de sauvegarder en période de trouble la sécurité des étrangers sur son territoire, il n'est pas suffisant de montrer que cet Etat a été négligent en ne prévoyant pas une surveillance adéquate de la part de la police; il est encore nécessaire que, à la suite de cette négligence, un événement préjudiciable se soit produit, tel que, par exemple, une manifestation hostile ou une attaque de particuliers au siège de l'ambassade, ou le meurtre de ressortissants étrangers par une foule déchaînée.» (Commission du droit international, *Troisième rapport sur la responsabilité des États : Le fait internationalement illicite de l'État, source de responsabilité internationale*, (par M. Roberto AGO, Rapporteur spécial), Document A/CN.4/246 et Add.1-3, Annuaire de la Commission du droit international, 1971, vol. II, 1ère partie, p. 234, § 71.)

2. L'impossible mise à l'écart de la clause de protection par la clause relative aux pertes au titre de *lex specialis*

Le principe *lex specialis derogat generali* est largement admis par la CIJ[447] qui n'a cependant pas manqué de préciser dans l'arrêt ELSI qu'elle « ne saurait accepter qu'on considère qu'un principe important du droit international coutumier a été tacitement écarté sans que l'intention de l'écarter soit verbalement[448] précisée »[449].

D'un autre côté, il ressort de la jurisprudence de la Cour que le principe de la *lex specialis* ne peut jouer qu'entre une règle générale et une règle spéciale traitant du même sujet[450], règles qui, par ailleurs sont en conflit[451].

---

[447] *Plateau continental de la mer du Nord (République fédérale d'Allemagne c. Danemark ; République fédérale d'Allemagne c. Pays-Bas), arrêt du 20 février 1969, C.I.J. Recueil 1969*, p. 25, § 25 et p. 43, § 72 ; *Affaire du droit de passage sur territoire indien (fond),* Arrêt du 12 avril 1960 : C. I. J. Recueil 1960, p. 44 ; *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique), fond, arrêt du 27 juin 1986, C.I.J. Recueil 1986*, p. 137, § 274 ; *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires,* avis consultatif, C.I.J. Recueil 1996, p. 240, § 25 ; *Projet Gabčikovo-Nagymaros (Hongrie/Slovaquie),* arrêt, C. I. J. Recueil 1997, p. 76, § 132.

[448] Dans la version anglaise: « *in the absence of any words making clear an intention to do so* ».

[449] *Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI), op. cit.*, p. 42, § 50. Cet argument rejoint celui qu'ont avancé les arbitres dans la sentence *Suez et InterAguas* : « Si les parties contractantes, après avoir soigneusement négocié un ensemble complexe d'obligations juridiques en vue de protéger et promouvoir les investissements, avaient prévu que de telles obligations ne s'appliqueraient pas en temps de guerre, de troubles sociaux, ou d'urgence nationale, elles l'auraient certainement indiqué expressément » (*Suez et InterAguas c. Argentine*, préc., décision sur la responsabilité du 30 juillet 2010, § 270.).

[450] Voir Commission du droit international, *Fragmentation du droit international : difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international*, Rapport du Groupe d'étude de la Commission du droit international établi sous sa forme définitive par Martti Koskenniemi, Document A/CN.4/L.682, 13 avril 2006, p. 67.

[451] Ainsi, la CPJI dans l'arrêt *Mavrommatis* estime qu' « il est certain que le Protocole XII constitue un acte international distinct et indépendant du Mandat pour la Palestine. Il mentionne tout spécialement et explicitement des concessions telles que celles de M. Mavrommatis, tandis que l'article II du Mandat ne les vise qu'implicitement. Enfin ce Protocole est postérieur au Mandat. Il existe donc toutes les conditions requises pour que ses clauses puissent primer celles du Mandat. (…) Le fait que l'article II ne renvoie audit Protocole que par une formule générale et que ce Protocole est postérieur au Mandat, ne permet pas de conclure que le Protocole ne serait applicable en Palestine que pour autant qu'il est compatible avec le Mandat. Au contraire, dans le doute, c'est le Protocole en tant qu'accord spécial et postérieur qui devrait l'emporter. Si cela est vrai, il n'est pas moins vrai que les dispositions du Mandat, et particulièrement celles qui concernent la juridiction de la Cour, sont applicables pour autant qu'elles sont compatibles avec le Protocole ». (*Concessions Mavrommatis en Palestine*, arrêt du 30 août 1924 (exception d'incompétence), CPJI Recueil, Série A, n° 2, p. 31.)
Voir également Commentaire de l'article 55 du Projet d'articles de la CDI sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite, note 4 :« Pour que le principe de la *lex specialis* s'applique, il ne suffit pas que deux dispositions traitent du même sujet, il doit y avoir une véritable contradiction entre ces deux dispositions, ou l'on doit pouvoir à tout le moins discerner dans l'une de ces dispositions l'intention d'exclure l'autre. C'est donc essentiellement une affaire d'interprétation. Par exemple, dans l'affaire *Neumeister*, la Cour européenne des droits de l'homme a estimé que l'obligation spécifique faite à l'article 5, paragraphe 5, de la Convention européenne des droits de l'homme de donner réparation à toute victime d'une arrestation ou d'une détention arbitraire ne primait pas la disposition générale de l'article 50 relative à la satisfaction. De l'avis de la Cour, appliqué à l'article 5, paragraphe 5, le principe de la *lex specialis* aurait entraîné « des conséquences inconciliables avec le but et l'objet de la Convention ». Il suffisait, en appliquant l'article 50, de prendre en considération la disposition spécifique. ». Commission du droit international, « Projet d'articles sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite et Commentaires y relatifs » *in Rapport de la Commission sur les travaux de sa cinquante-troisième session*, Document A/56/10, 2001, p. 151.

Ces critères d'application du principe de la *lex specialis* dégagés de la jurisprudence de la Cour ne sont pas nécessairement remplis dans la relation entre la clause de protection et la clause relative aux pertes subies dans des situations de troubles intérieurs. Il est difficile de percevoir l'intention d'exclure la clause de protection dans la rédaction des clauses relatives aux pertes subies en période de troubles. Par ailleurs, ces clauses sont globalement relatives aux mesures prises en rapport avec les pertes subies et dans certains accords, elles se rapportent plus précisément à « la restitution, l'indemnisation, la compensation ou tout autre règlement »[452] consécutif à de telles pertes. La clause de protection peut se situer à un tout autre niveau du fait qu'il est possible de la lire (pour établir le parallèle) comme se rapportant aux mesures à prendre pour – entre autres – éviter les pertes. Certes, il peut y avoir violation de l'obligation de protection dans l'hypothèse où l'Etat hôte aurait omis ou négligé de prendre des mesures en rapport avec des pertes subies par l'investisseur, mais l'obligation de protection se situe généralement en amont des pertes là où la clause spécifique se situe au niveau des pertes.

De ce point de vue, il n'est pas possible de dire que la clause de protection et la clause spécifique traitent du même sujet et peuvent être incompatibles. De la sorte, les critères de l'identité de sujets et d'incompatibilité/de contradiction tirés de la jurisprudence de la Cour pour le jeu de la *lex specialis* ne se vérifient pas nécessairement dans la relation entre la clause de protection et la clause spécifique. La jurisprudence de la CIJ semble ainsi ne pas être favorable à l'idée selon laquelle la clause spécifique peut écarter l'application de la clause de protection en tant que *lex specialis*. Au regard des règles d'interprétation appliquées par la Cour, cette idée se vérifiera d'autant plus pour les clauses qui prévoient une obligation de protection et de sécurité « constantes »[453] ou « en tout temps »[454] qui induisent un maintien constant et en tout temps de l'obligation de *due diligence* contenue dans la clause de protection.

[452] *Cf*. les exemples cités plus haut.
[453] Comme c'était le cas par exemple de l'article II paragraphe 4 du traité d'amitié, de commerce et de droits consulaires applicable dans l'affaire *Personnel diplomatique et Consulaire des Etats-Unis à Téhéran* (*Personnel diplomatique et consulaire des Etats-Unis à Téhéran,* arrêt, *op. cit.,* p. 32, § 67).
[454] Article 4 du TBI Lybie / Suisse.

B. Une position concordante dans la jurisprudence des tribunaux CIRDI

Au regard des sentences CIRDI, la question de l'applicabilité de la clause de protection en période de troubles se pose eu égard à la présence de règles conventionnelles régissant les périodes de troubles.

Deux problématiques se rapportent ainsi à cette question dans la jurisprudence des tribunaux CIRDI. D'une part, certains Etats hôtes ont pu invoquer des règles conventionnelles régissant les périodes de troubles intérieurs pour justifier la mise à l'écart, dans de telles périodes, de leurs autres obligations conventionnelles, y compris donc la clause de protection et de sécurité. D'autre part, et de façon plus précise, la question s'est posée de savoir si les clauses relatives aux pertes subies en période de troubles, en tant que *lex specialis*, ne devaient pas écarter l'obligation plus générale de protection.

Sur l'invocation des règles conventionnelles régissant les périodes de troubles, les sentences CIRDI ont rejeté à l'unanimité l'argument selon lequel ces clauses constituent un fondement à la dérogation par l'Etat hôte à ses obligations conventionnelles. Dans le cadre du contentieux relatif aux investissements internationaux né de la crise économique en Argentine, cette dernière a en effet estimé que la clause relative aux pertes subies dans des situations de troubles contenait la seule obligation subsistant en cas de troubles intérieurs et situations analogues. Les tribunaux arbitraux n'ont pas validé une telle construction. Les arbitres dans les affaires *CMS*[455], *Enron*[456], *Suez et InterAguas*[457] et *Impregilo* (c. Argentine)[458] ont estimé que la clause spécifique n'a pas vocation à exonérer l'Etat hôte de ses obligations ou à lui permettre de déroger aux droits prévus par le traité qui la contient[459]. Selon ces sentences, la clause spécifique prévoit plutôt un traitement « plancher »[460], « minimum »[461], « non-discriminatoire »[462], une « égalité de traitement »[463] pour ce qui est

[455] *CMS c. Argentine,* préc., sentence, § 375.
[456] *Enron c. Argentine*, préc., sentence, §§ 320-321.
[457] *Suez et InterAguas c. Argentine*, préc., décision sur la responsabilité, §§ 266-271.
[458] *Impregilo c. Argentine,* préc., sentence, §§ 339-343.
[459] Comme le souligne la sentence *Suez et InterAguas,* « la disposition ne contient pas la moindre référence aux autres obligations que les TBIs imposent aux Parties Contractantes, elle prévoit encore moins qu'elle constitue une dérogation à ces obligations. Si les parties contractantes, après avoir soigneusement négocié un ensemble complexe d'obligations juridiques en vue de protéger et promouvoir les investissements, avaient prévu que de telles obligations ne s'appliqueraient pas en temps de guerre, de troubles sociaux, ou d'urgence nationale, elles l'auraient certainement indiqué expressément ». *Suez et InterAguas c. Argentine*, préc, décision sur la responsabilité, § 270.
[460] *CMS c. Argentine,* préc., sentence, § 375.
[461] *Enron c. Argentine*, préc., sentence, § 320.
[462] *CMS c. Argentine,* préc., sentence, § 375.
[463] *Suez et InterAguas c. Argentine*, préc., décision sur la responsabilité, § 270.

des mesures que l'Etat hôte prend au regard des pertes subies dans le cadre des situations énumérées dans la clause. La sentence *Impregilo (c. Argentine)* souligne que l'interprétation de l'Argentine va à l'encontre du sens ordinaire du texte de la clause qui se rapporte « aux mesures adoptées en réponse à un préjudice et non aux mesures qui causent un préjudice »[464]. Il ressort de ces réponses apportées à la défense argentine que la clause spécifique ne contient pas la seule obligation qui subsiste dans des situations de troubles intérieurs, vu qu'elle n'écarte pas l'application des autres dispositions. De ce fait, elle n'a pas vocation à constituer une dérogation aux obligations conventionnelles telles que l'obligation de vigilance contenue dans la clause de protection et de sécurité. Seules les clauses de sauvegarde ont pu être considérées comme des clauses autorisant à ne pas appliquer les autres obligations conventionnelles[465]. C'est dire que l'obligation de *due diligence* envers l'investisseur étranger contenue dans la clause de protection subsiste en période de troubles sauf si une disposition conventionnelle peut être interprétée[466] comme autorisant l'Etat hôte à déroger à l'ensemble de ses obligations conventionnelles y compris l'obligation de protection et de sécurité.

Sur la question plus précise de savoir si les clauses relatives aux pertes subies en période de troubles, en tant que *lex specialis*, ne devaient pas écarter l'obligation plus générale de protection et de sécurité, il existe des divergences de vues dans la jurisprudence des tribunaux CIRDI. Une partie de cette jurisprudence est favorable au maintien de l'obligation de protection même en présence d'une clause relative aux pertes subies dans des situations de troubles. En effet, en appliquant la clause de protection et de sécurité alors même que les faits de l'espèce se sont déroulés dans un contexte de conflit armé et que le traité applicable contenait une clause relative aux pertes subies en période de troubles, certaines sentences CIRDI ont apporté une réponse négative à la question de savoir si les clauses relatives aux pertes subies en période de troubles, en tant que *lex specialis*, ne devaient pas écarter l'obligation plus générale de protection et de sécurité. Ainsi, dans les sentences *A.A.P.L.*[467] et *AMT*[468], les arbitres ont conclu à la responsabilité de l'Etat pour violation de l'obligation de *due diligence* contenue dans la clause de protection et de

[464] *Impregilo c. Argentine*, préc., sentence, § 341.
[465] *Cf.* Infra, IIe partie, Titre III, Chapitre II, Section I, Paragraphe II.
[466] Même lorsque la clause de protection et la clause relative aux pertes subies en période de troubles sociaux ou politiques ou de conflits armés sont prévues dans une même disposition, cette dernière n'a pas été interprétée comme permettant de déroger à la première ; c'était le cas pour l'article 5 du TBI France-Argentine que le Tribunal *Suez et InterAguas* a appliqué.
[467] *A.A.P.L. c. Sri Lanka*, préc., sentence du 27 juin 1990.
[468] *AMT c. Zaïre*, préc., sentence.

sécurité[469] dans une situation de conflit armé (voire de combats pour l'affaire *A.A.P.L.*) en présence de clauses spécifiques[470]. La sentence *L.E.S.I. SpA et Astaldi SpA* ne partage pas cette façon de voir les rapports entre clause de protection et clause spécifique. Elle se place, par conséquent et contrairement à la plupart des sentences CIRDI, en dehors de la réponse commune que les jurisprudences de la Cour de la Haye et des tribunaux CIRDI ont apporté à la problématique du sort de la clause de protection en période de troubles.

II. L'inapplicabilité de la clause de protection et de sécurité en présence d'une clause relative aux pertes selon la sentence *L.E.S.I. SpA et Astaldi SpA*

La sentence *L.E.S.I. SpA et Astaldi SpA* rejette l' « application cumulative »[471] de la clause de protection et de la clause relative aux pertes subies dans des situations de troubles. Selon cette sentence, la clause spécifique est une « exception au principe général de pleine et entière protection »[472], une « *lex specialis*, [qui] exclut toute application »[473] de la disposition contenant l'obligation de protection. De ce fait, poursuit la sentence, la clause spécifique lue à la lumière de la règle d'interprétation dite de l'effet utile[474] conduit à conclure que « lorsque ses conditions d'application sont réunies, l'Etat contractant n'est pas tenu de garantir aux investisseurs de l'autre Etat une protection et une sécurité « *constantes, pleines, et entières* » qu'il lui serait impossible d'assurer mais simplement un traitement non moins favorable que celui accordé à ses propres nationaux ou à ceux de la nation la plus favorisée. »[475].

La sentence *L.E.S.I. SpA et Astaldi SpA* prône donc l'inapplicabilité, en période de troubles intérieurs, de la clause de protection et de sécurité, lorsqu'il existe une clause relative

---

[469] *A.A.P.L. c. Sri Lanka*, préc., sentence, § 85 (b) *in fine* ; *AMT c. Zaïre*, préc., sentence, §§ 6.08 et 6.11.
[470] *A.A.P.L. c. Sri Lanka*, préc., sentence, §§ 67 et 78. *AMT c. Zaïre*, préc., sentence, §§ 6.12 ss. Ces clauses ont même été utilisées, malencontreusement, par les arbitres pour conforter leurs décisions quant à la violation de la clause de protection et de sécurité dans ces espèces. *Cf. supra* Partie I, Titre I, Chapitre I, Section I, Paragraphe II, II, A et B.
[471] *L.E.S.I. SpA et Astaldi SpA c. Algérie*, préc., sentence, § 174.
[472] *Ibid.*, § 175.
[473] *Ibid.*, § 177.
[474] D'autres arguments sont invoqués par les arbitres pour démontrer leurs idées : « Le Tribunal arbitral observe que les termes de l'article 4.1 de l'Accord bilatéral garantissent aux investissements un niveau de protection et de sécurité « *constantes, pleines, et entières* » supérieur et difficilement compatible avec celui résultant de la simple obligation de « *traitement non moins favorable que celui accordé [par l'Etat contractant] à ses propres nationaux ou personnes morales ou à ceux de la nation la plus favorisée* » visée par l'article 4.5. Le Tribunal arbitral estime que les articles 4.1 et 4.5 de l'Accord bilatéral, prévoyant des niveaux de protection des investissements différents, ne peuvent être appliqués cumulativement. Tant la structure interne de l'article 4 de l'Accord bilatéral que les termes qu'il emploie invitent le Tribunal arbitral à conclure que l'intention des Etats contractants lors de la conclusion de l'Accord bilatéral était de faire du cinquième et dernier paragraphe de l'article 4 une règle spéciale dérogeant à la règle générale du premier paragraphe afin de permettre aux Etats contractants d'être libérés de leur obligation de pleine et entière protection en cas de guerre ou autre conflit armé, de révolution, d'état d'urgence national ou de révolte ». (§ 174).
[475] *L.E.S.I. SpA et Astaldi SpA c. Algérie*, préc., sentence, § 175.

aux pertes subies dans des situations de troubles qui doit s'appliquer en tant que *lex specialis*. Ainsi, cette sentence vient relativiser l'harmonie qui se dégage des jurisprudences de la Cour et des tribunaux CIRDI sur la question de l'applicabilité de la clause de protection et de sécurité en période de troubles sociaux ou politiques.

CONCLUSION DU CHAPITRE

La confrontation des jurisprudences de la Cour et des tribunaux CIRDI sur ce qui est apparu comme le domaine de leur intervention commune concernant la clause de protection et de sécurité conduit à conclure que la jurisprudence des tribunaux CIRDI adhère relativement à la nature et à la portée de l'obligation contenue dans la clause de protection et de sécurité, telles qu'elles ont été dégagées par la Cour.

Si les jurisprudences de la Cour et des tribunaux CIRDI convergent en ce qu'elles considèrent que la clause de protection et de sécurité contient une obligation de vigilance, de *due diligence*, ce n'est que partiellement qu'elles coïncident pour ce qui est de la portée de la clause de protection et de sécurité.

D'une part, une partie seulement de la jurisprudence des tribunaux CIRDI reprend celle de la Cour d'où il ressort que la clause de protection et de sécurité s'entend d'une obligation de sécurité physique. En effet, certaines sentences CIRDI, se démarquant de la jurisprudence de la Cour, considèrent que la clause de protection et de sécurité engloble la sécurité physique aussi bien que la sécurité juridique.

D'autre part, une harmonie se dégage des jurisprudences de la Cour et des tribunaux CIRDI quant à l'applicabilité de la clause de protection et de sécurité en période de troubles, harmonie que vient relativiser une sentence CIRDI.

Il apparaît ainsi que sur la clause de protection et de sécurité, une partie de la jurisprudence des tribunaux CIRDI se place en dehors de l'héritage de la Cour.

Le suivisme partiel de la Cour par la jurisprudence des tribunaux CIRDI quant aux règles primaires du droit des investissements internationaux, pourra également s'apprécier au regard du contenu du standard minimum de traitement et de ses rapports avec les clauses conventionnelles TJE et de protection.

CHAPITRE II : ADHESION RELATIVE A LA JURISPRUDENCE DE LA COUR SUR LE CONTENU DU STANDARD MINIMUM DE TRAITEMENT ET SES RAPPORTS AVEC LES REGLES TJE ET DE PROTECTION

Le standard minimum de traitement des étrangers a été présenté par Alfred VERDROSS comme puisant son fondement dans « l'idée chrétienne de la personnalité humaine, qui doit être reconnue et respectée partout »[476] : « *toutes* les règles règles *générales* sur la situation des étrangers découlent du principe du respect de la personnalité humaine »[477].

Pour autant, le standard minimum de traitement des étrangers ne se confond pas avec les droits de l'homme. La Cour de la Haye a eu l'occasion de le souligner. On lit dans l'arrêt *Ahmadou sadio Diallo* qu'« en raison de l'évolution matérielle du droit international, au cours de ces dernières décennies, dans le domaine des droits reconnus aux personnes, le champ d'application *ratione materiae* de la protection diplomatique, à l'origine limité aux violations alléguées du standard minimum de traitement des étrangers, s'est étendu par la suite pour inclure notamment les droits de l'homme internationalement garantis »[478]. En indiquant que les matières couvertes par la protection diplomatique comprennent les droits de l'homme internationalement garantis en plus du standard minimum de traitement des étrangers, la Cour part nécessairement du postulat que les deux matières ne se confondent pas.

La Cour a reconnu l'existence de règles garantissant aux étrangers et aux investissements admis sur le territoire d'un Etat un certain traitement même en l'absence de règles conventionnelles dont ils peuvent bénéficier. Déjà à l'époque de la CPJI, la Cour faisait état d'un « traitement admis par le droit international commun »[479], de « règles généralement appliquées en ce qui concerne le traitement des étrangers »[480]. La CIJ réaffirme l'existence du standard minimum de traitement en soulignant l'existence en faveur « des investissements ou des ressortissants étrangers », d'un « traitement garanti par le droit international général en l'absence d'un traité applicable au cas d'espèce »[481] et d'un « traitement auquel [les

[476] VERDROSS (A.), « Les règles internationales concernant le traitement des étrangers », *R.C.A.D.I.*, Tome 37, 1931, p.332
[477] *Ibid.*, p. 406.
[478] *Ahmadou Sadio Diallo (République de Guinée c. République démocratique du Congo),* exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 2007, p. 599, § 39.
[479] *Certains intérêts allemands en Haute Silésie polonaise (fond)*, arrêt du 25 mai 1926, C.P.J.I. Recueil, Série A, n° 7, p. 21.
[480] *Ibid.*, p. 22.
[481] *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgique c. Espagne),* arrêt du 5 février 1970, C.I.J. Recueil 1970, p. 47, § 87.

ressortissants de l'État d'envoi] ont droit, en vertu des règles générales du droit international, comme étrangers sur le territoire de 1'Etat d'accueil »[482].

Même si la Cour a eu de rares occasions de se prononcer sur le standard international minimum de traitement dont elle reconnaît ainsi l'existence, elle a pu dégager quelques règles générales concernant le traitement des biens des étrangers. Ces règles se retrouvent en partie dans la jurisprudence des tribunaux CIRDI.

D'une part, sur les rapports entre les clauses conventionnelles TJE et de protection – notamment la clause TJE – et le standard minimum de traitement, le débat qui a animé la jurisprudence des tribunaux CIRDI et la controverse qui en est ressortie[483] n'ont pas occupé la Cour de la Haye. Cependant, il ressort de l'analyse comparative que la jurisprudence des tribunaux CIRDI concorde largement avec celle de la Cour en ce que comme cette dernière, les sentences CIRDI établissent les rapports entre standard minimum et clauses conventionnelles TJE et de protection en fonction de la rédaction des clauses conventionnelles (Section I).

D'autre part, et en ce qui concerne le standard minimum de traitement en soi, si ses composantes dégagées par la Cour de la Haye se retrouvent dans la jurisprudence des tribunaux CIRDI, ces derniers ont également procédé à une détermination exclusive du contenu du standard minimum (Section II).

Section I : Large concordance quant à la détermination des rapports avec le standard minimum en fonction de la formulation des clauses conventionnelles

Interprétant une clause conventionnelle de protection, la Cour a tiré les rapports entre cette clause et le standard minimum de traitement du langage de la clause (paragraphe I). C'est une démarche globalement concordante qu'il a été possible de constater à l'analyse de la jurisprudence des tribunaux CIRDI (Paragraphe II).

[482] *Personnel diplomatique et consulaire des Etats-Unis* à *Téhéran*, Demande en indication de mesures conservatoires, Ordonnance du 15 décembre 1979, C.I.J. Recueil 1979, p. 14, § 19.
[483] Voir par exemple SCHREUER (C.), « Fair and equitable treatment in arbitral practice », *op. cit.*, pp. 359-364; NEWCOMBE (A.), PARADELL (L.), *Law and practice of investment treaties*: *Standards of treatment*, *op. cit.*, pp. 263-275; UNCTAD, *Fair and equitable Treatment -UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II*, *op. cit.*, pp. 44-61.

Paragraphe I : Les termes d'une clause de protection et de sécurité comme fondement de ses rapports avec le standard minimum de traitement dans la jurisprudence de la Cour

C'est de l'arrêt *ELSI* qu'il est permis de tirer l'idée selon laquelle les rapports entre clauses conventionnelles TJE et de protection d'une part, et standard minimum de traitement d'ordre coutumier d'autre part, sont pour la Cour, fonction de la formulation de ces clauses conventionnelles. Dans cette affaire, la clause de protection garantissait précisément la protection et la sécurité les plus constantes, les ressortissants des parties, jouissant, à cet égard, pour leurs personnes et leurs biens, de « la protection et la sécurité exigées par le droit international »[484]. Interprétant cette disposition, la Cour a considéré qu'en prévoyant que les ressortissants des parties jouiront de la protection et de la sécurité exigées par le droit international, le paragraphe 1 de l'article V se « réfèr[e] au droit international général » et exige de la sorte que la protection et la sécurité « doivent être conformes à la norme internationale minimale »[485]. L'on note que la Cour souligne être « requise en l'espèce d'appliquer les dispositions d'un traité [garantissant la protection et la sécurité] qui … se réfèr[ent] au droit international général »[486]. C'est au regard de cette référence dans le libellé de la clause de protection, que la Cour a considéré être *requise* d'établir que la clause de protection et de sécurité offre une protection équivalente à celle contenue dans le standard minimum de traitement de droit international coutumier. Autrement dit, la Cour a considéré qu'elle était appelée à interpréter une clause conventionnelle de protection et de sécurité à la lumière du standard minimum de traitement au regard de la formulation de la clause.

Dans cette espèce, le standard minimum de traitement apparaît comme un instrument au service de la détermination du contenu de l'obligation conventionnelle de protection et de sécurité, au même titre que le traitement national et le traitement de la nation la plus favorisée également visés par la clause de protection de protection et de sécurité[487] :

> « La principale norme établie à l'article V est celle qui prévoit que les intéressés jouiront « entièrement ... de la protection et de la sécurité exigées par le droit international », autrement dit que la « protection et la sécurité » doivent être conformes à la norme internationale minimale. Comme la Chambre l'a relevé plus haut, à cela s'ajoutent les

[484] Article V, paragraphe 1 du traité d'amitié, de commerce et de navigation du 2 février 1948 entre l'Italie et les Etats-Unis.
[485] *Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI)*, arrêt, *op. cit.*, p. 66, § 111.
[486] *Ibidem.*
[487] Article V, paragraphe 3 du traité d'amitié, de commerce et de navigation du 2 février 1948 entre l'Italie et les Etats-Unis.

normes du traitement national et du traitement de la nation la plus favorisée. La Chambre est requise en l'espèce d'appliquer les dispositions d'un traité qui, tout en se référant au droit international général, établit des normes pouvant assurer une protection plus étendue aux ressortissants des Hautes Parties contractantes que ce qu'exige le droit international général (…) »[488].

Une lecture globalement convergente des clauses conventionnelles de traitement et de protection dans leurs rapports avec le standard minimum de traitement a été effectuée par la jurisprudence des tribunaux CIRDI.

Paragraphe II : Des solutions globalement convergentes dans les sentences CIRDI

Il appert de la jurisprudence des tribunaux CIRDI, semble-t-il, divisée entre autonomie des clauses conventionnelles TJE et assimilation de ces clauses au standard minimum de traitement[489], que les rapports entre clauses conventionnelles de traitement et de protection et standard minimum de traitement sont globalement fonction de la formulation des clauses conventionnelles[490].

En effet, la diversité de formulation des clauses conventionnelles, notamment les clauses TJE[491], a conduit à établir, au fond, divers rapports entre ces clauses et le standard minimum de traitement. La ligne de démarcation peut se faire entre les clauses qui se réfèrent au standard minimum de traitement ou au traitement exigé par le droit international pour lesquelles il a été donné de constater deux rapports possibles (II) et les clauses qui ne comportent pas pareille référence et pour lesquelles, généralement, une interprétation autonome de la clause TJE a été effectuée (I).

---

[488] *Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI)*, arrêt, *op. cit.*, p. 66, § 111.

[489] La situation est résumée par la sentence *Impregilo* en ces termes: « *As far as the precise relation between "fair and equitable treatment" and the minimum standard of international law is concerned, there are two main approaches adopted by ICSID tribunals. The first approach is that "fair and equitable treatment" has to be equated with the minimum standard of treatment provided for by general international law. (…) The second approach deals with" fair and equitable treatment" as an autonomous standard, considered in general as more demanding and more protective of the investors' rights than the minimum standard of treatment provided for by general international law.* » *Impregilo c. Argentine*, préc., sentence, §§ 286-288.

[490] Sur l'analyse de la jurisprudence des tribunaux CIRDI en ce sens, voir SCHREUER (C.), « Fair and equitable treatment in arbitral practice», *op. cit.*, pp. 359-367; UNCTAD, *Fair and equitable Treatment -UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II*, *op. cit.*, pp. 22; NEWCOMBE (A.), PARADELL (L.), *Law and practice of investment treaties*: *Standards of treatment*, *op. cit*., p. 264.

[491] UNCTAD, *Fair and equitable Treatment -UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II*, *op. cit.*, pp. 17-37.

I. Absence de référence au standard minimum de traitement : généralement, interprétation autonome

Il a été relevé deux catégories de clauses TJE ne se référant ni au standard minimum de traitement ni au traitement exigé par le droit international qui ont globalement fait l'objet d'une interprétation autonome : les clauses TJE formulées de façon totalement autonome sans aucune référence (A) et les clauses TJE se référant au droit international ou aux principes du droit international (B).

A. Au regard des clauses TJE formulées sans aucune référence

A côté de la tendance générale (1), la sentence *Siemens* fait figure d'exception (2).

1. La tendance générale : l'interprétation autonome

Dans les sentences *MTD*, *Biwater Gauff* et *Inmaris Perestroika et autres*, la formulation des clauses TJE qui ne faisaient aucune référence au droit international ou au standard minimum[492] a conduit les tribunaux à interpréter ces clauses de façon autonome, sans établir de lien entre elles et le standard minium de traitement.

Dans la sentence *MTD*, le tribunal notant qu'il n'y a, dans le TBI, aucune référence au droit international coutumier en rapport avec le traitement juste et équitable souligne qu'en tant que tribunal établi en vertu du TBI, il est tenu d'appliquer les dispositions du traité et de les interpréter conformément aux règles posées par la Convention de Vienne sur le droit des traités[493]. La sentence a, de ce fait, interprété la clause TJE de façon autonome.

Selon la sentence *Biwater Gauff*, la diversité de formulations du standard TJE dans les TBI doit conduire à la prudence et à éviter toute généralisation. Estimant que « la formulation » de la clause TJE de l'espèce indique l'intention des parties de retenir une clause autonome, le tribunal reprend à son compte l'observation de Christoph SCHREUER selon laquelle il est invraisemblable que des parties à un traité utilisent l'expression « traitement

[492] Dans le TBI Tanzanie / Royaume-Uni au Coeur de l'affaire *Biwater Gauff*, l'article 2 se lit comme il suit « *Investments of nationals or companies of each Contracting Party shall at all times be accorded fair and equitable treatment and shall enjoy full protection and security in the territory of the other Contracting Party.* ».
Dans le TBI Allemagne / Ukraine applicable dans l'affaire *Inmaris Perestroika et autres*, l'article 2.1 dispose que: « *Each Contracting Party shall in its territory promote as far as possible investments by nationals or companies of the other Contracting Party and admit such investments in accordance with its respective laws. It shall in any case accord investments fair and equitable treatment* ».
Dans le TBI Chili/Malaysie, l'article 2(2) dispose que « Investments of investors of either Contracting Party shall at all time be accorded fair and equitable treatment (…) »

[493] *MTD c. Chili*, préc., sentence, §§ 111-112.

juste et équitable » pour désigner un standard bien-connu tel que le « standard minimum de traitement de droit international coutumier »[494].

Il en est de même pour la sentence *Inmaris Perestroika et autres* qui a également soutenu que rien dans le TBI ne permettait de limiter la clause TJE au standard minimum.

2. La sentence *Siemens* : l'exception

La sentence *Siemens* fait figure d'exception à la tendance dégagée des sentences CIRDI interprétant de façon autonome les clauses TJE sans aucune référence. Soulignant l'absence de référence au standard minimum et au droit international dans la clause TJE de l'espèce, le tribunal estime qu'il est tenu, dans son rôle d'interprète, de « trouver le sens des termes de la clause en vertu du droit international en gardant à l'esprit leur sens ordinaire, l'évolution du droit international et le contexte spécifique dans lequel ils sont utilisés »[495]. C'est sur cette base que la sentence a invité l'évolution du standard minimum de traitement dans la détermination du contenu d'une clause TJE qui ne contenait aucune référence au standard minimum, se démarquant ainsi de la jurisprudence de la Cour.

B. Au regard des clauses TJE se référant au droit international ou aux principes du droit international

Dans l'affaire *Vivendi*, les arbitres avaient à appliquer le TBI conclu entre la France et l'Argentine, qui assurait aux investissements « un traitement juste et équitable, conformément aux principes du droit international »[496]. Le tribunal constitué pour connaître de l'affaire après l'annulation de la première sentence s'est dit en désaccord avec la position de l'Argentine qui tendait à considérer le standard TJE comme l'équivalent du standard minimum. La sentence *Vivendi II* a conclu qu' « il n'y a aucun fondement pour une telle limitation et qu'une telle interprétation va à l'encontre du sens ordinaire du texte de l'article 3 »[497].

Pour le tribunal arbitral, l'expression « conformément aux principes du droit international » du traité franco-argentin n'autorise pas à conclure à une équivalence entre le standard conventionnel et le standard minimum, non seulement au regard des principes du droit international qui couvrent un champ plus large que la notion de standard minimum mais

[494] *Biwater Gauff (Tanzanie) c. Tanzanie*, préc., sentence, §§ 590-591.
[495] *Siemens c. Argentine*, préc., sentence, § 291.
[496] Article 3 de l'accord entre le Gouvernement de la République française et le Gouvernement de la République Argentine sur l'encouragement et la protection réciproques des investissements signé à Paris le 3 juillet 1991.
[497] *Vivendi c. Argentine II*, préc., sentence, § 7.4.5.

également du fait que l'exigence de conformité peut « fixer aussi bien un minimum qu'un maximum pour le standard de traitement juste et équitable prévu par le traité »[498].

La sentence *Tecmed* a appliqué l'article 4 (1) du TBI Mexique / Espagne garantissant un traitement juste et équitable « conformément au droit international ». Au regard de cette clause, le tribunal a, selon ses propres termes, donné une interprétation autonome de la clause TJE tenant compte du libellé de la clause et du droit international sur la base duquel la portée de l'obligation devait être évaluée[499]. La clause TJE n'a donc pas été interprétée en référence au standard minimum de traitement.

A côté de ces sentences qui procèdent, généralement, à une interprétation autonome des clauses TJE dès lors qu'elles ne se réfèrent aucunement au standard minimum de traitement, il a pu être relevé des sentences qui ont dégagé des rapports entre standard minimum de traitement et clauses conventionnelles de traitement et de protection conformément à la référence faite au standard coutumier dans les clauses conventionnelles.

II. Référence au standard minimum : différents rapports dégagés en fonction du libellé des clauses conventionnelles

L'ALENA et l'ALEAC (Accord de libre-échange d'Amérique centrale) constituent deux cadres dans lesquels les rapports entre standard minimum de traitement et clauses conventionnelles de traitement et de protection sont prédéfinis. Les tribunaux CIRDI constitués en vertu de ces textes doivent appréhender les clauses conventionnelles comme une expression du standard coutumier (A).

En dehors de ces cadres, certaines sentences CIRDI ont considéré que les clauses TJE et de protection qu'ils avaient à interpréter fixaient le standard minimum comme un « plancher » en deçà duquel le traitement et la protection conventionnels ne pouvaient tomber (B).

A. Les clauses conventionnelles : expressions du standard coutumier dans les traités ALENA et ALEAC

L'article 1105 de l'ALENA intitulé « Norme minimale de traitement », dispose en son paragraphe 1 que « chacune des Parties accordera aux investissements effectués par les investisseurs d'une autre Partie un traitement conforme au droit international, notamment un traitement juste et équitable ainsi qu'une protection et une sécurité intégrales. ».

[498] *Ibid.*, §§ 7.4.5. à 7.4.7.
[499] *Tecmed c. Mexique*, préc., sentence, § 155.

Cette disposition a été au cœur de controverses[500] que la Commission du libre-échange de l'ALENA a, dans ses *Notes d'interprétation de certaines dispositions du chapitre 11* en date du 31 juillet 2001, tranché en ces termes :

« (…)

B. Norme minimale de traitement conforme au droit international

1. L'article 1105(1) prescrit la norme minimale de traitement conforme au droit international coutumier à l'égard des étrangers comme norme minimale de traitement à accorder aux investissements effectués par les investisseurs d'une autre Partie.

2. Les concepts de « traitement juste et équitable » et de « protection et sécurité intégrales » ne prévoient pas de traitement supplémentaire ou supérieur à celui exigé par la norme minimale de traitement conforme au droit international coutumier à l'égard des étrangers.

3. La constatation qu'il y a eu violation d'une autre disposition de l'ALENA ou d'un accord international distinct ne démontre pas qu'il y ait eu violation de l'article 1105(1) ».

Les tribunaux mis en place en application de l'ALENA, et particulièrement ceux constitués sous l'égide du CIRDI, reconnaissent largement la force obligatoire de cette interprétation[501] et sont d'accord pour dire que dans le cadre de l'ALENA, le traitement juste et équitable doit être entendu comme le traitement minimum international prévu par le droit international coutumier[502]. La sentence *Waste Management* a pu parler à cet effet d'un « standard minimum de traitement juste et équitable »[503].

---

[500] Ces controverses se sont cristallisées dans le cadre de l'affaire *Pope & Talbot.* Le tribunal arbitral constitué sous l'égide de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI) pour trancher cette affaire a, dans une sentence du 10 avril 2001, considéré qu'au regard de l'article 1105 de l'ALENA, le traitement juste et équitable constitue un traitement additionnel au traitement international minimum, alors même que le Canada, défendeur, soutenait le contraire (UNCITRAL, *Pope & Talbot c. Canada,Award on the merits of phase 2,* April 10, 2001, §§ 105-118).

[501] Dans sa sentence sur les dommages et intérêts rendue postérieurement à la décision de la Commission de libre-échange, le tribunal arbitral *Pope & Talbot* considère que la décision de la Commission du libre échange constitue un amendement et non une interprétation et reste sur sa position. Les arbitres sont d'avis que la lecture du traitement juste et équitable prévue à l'article 1105 doit se faire à la lumière de la multitude des traités bilatéraux d'investissement convergeant vers une évaluation de ce standard indépendamment du standard minimum, le premier constituant une exigence supplémentaire au regard du second.

[502] Voir par exemple les sentences *Mondev c. Etats-Unis* (CIRDI, affaire n° ARB(AF)/99/2, sentence du 11 octobre 2002) ; *ADF c. Etats-Unis,* préc., sentence ; *Loewen c. Etats*-Unis, préc., sentence ; *Cargill c. Mexique,* préc., sentence.

[503] *Waste Management c. Mexique (II),* CIRDI, affaire n° ARB(AF)/00/3, sentence du 30 avril 2004, § 98.

Des tribunaux CIRDI ont précisé qu'il n'est pas possible de transposer cette solution dans des forums autres que ceux relatifs à l'application et l'interprétation de l'article 1105 de l'ALENA[504].

L'ALEAC constitue un autre cadre dans lequel la nature des rapports entre la clause TJE et le standard minimum ne soulève pas de difficultés particulières. On retrouve à l'article 10.5 de l'ALEAC un texte équivalant à une version précisée de l'article 1105[505] de l'ALENA et une reproduction de l'interprétation qui en a été faite par la Commission de libre-échange[506]. A cet égard, les arbitres ayant rendu la sentence dans l'affaire *Railroad Development Corporation*, confrontés à la question de l'application de l'article 10.5 de l'ALEAC, se sont naturellement référés à la ligne qu'ils ont dégagée des sentences ayant interprété l'article 1105 de l'ALENA[507].

B. Le standard coutumier, *plancher* pour la détermination du contenu des clauses conventionnelles

Les sentences recensées dans la jurisprudence des tribunaux CIRDI ayant considéré le standard minimum comme un *plancher* en deçà duquel le traitement et la protection conventionnels ne pouvaient tomber, ont toutes été rendues en application de TBI conclus sur la base du modèle américain de TBI.

Les clauses TJE et de protection dans ces TBI prévoient en substance que l'investissement doit à tout moment bénéficier d'un traitement juste et équitable, doit jouir d'une protection et d'une sécurité intégrales et ne doit en aucun cas se voir accorder un traitement moins favorable que celui exigé par le droit international[508].

---

[504] Voir par exemple *Azurix c. Argentine, préc., sentence*, § 363; *Inmaris Perestroika et autres c. Ukraine*, CIRDI, affaire n° ARB/08/8, sentence du 1er mars 2012, § 264.

[505] Tandis que dans l'ALENA il est question d'un traitement conforme au droit international, dans l'ALEAC le texte est plus précis, la conformité s'appréciant au regard du droit international coutumier : le paragraphe 1 de l'article 10.5 de l'ALEAC se lit ainsi : « *Each Party shall accord to covered investments treatment in accordance with customary international law, including fair and equitable treatment and full protection and security.* ».

[506] Le paragraphe 2 de l'article 10 de l'ALEAC dispose: « *For greater certainty, paragraph 1 prescribes the customary international law minimum standard of treatment of aliens as the minimum standard of treatment to be afforded to covered investments. 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 that standard, and do not create additional substantive rights.* ».

[507] *Railroad Development Corporation c. Guatemala*, CIRDI, affaire n° ARB/07/23, sentence du 29 juin 2012, §§ 212 et ss.

[508] Article II (3) (a) du TBI Estonie / Etats-Unis ; Article II.2.a du TBI Etats-Unis / Argentine ; Article II.3.a du TBI Etats-Unis / Ukraine ; Article II.4 du TBI Etats-Unis / RDC.

Les sentences *AMT, Genin, Azurix, Enron, Continental Casualty* et *Joseph C. Lemire*, ont interprété des clauses TJE et de protection de cette teneur. Ces sentences ont mis en avant la clause « telle que rédigée »[509], le « traité applicable à l'espèce »[510], la « formulation »[511] de la clause, ce que les parties « ont convenu »[512], pour décider unanimement que le standard minimum de traitement était clairement présenté dans ces clauses comme un *minimum*[513].

La sentence *Azurix* résume cette position en ces termes : « la dernière phrase garantit que, quel que soit le contenu attribué aux deux autres standards, le traitement accordé à l'investissement ne sera pas inférieur au traitement exigé par le droit international. La disposition, telle que rédigée, permet d'interpréter le traitement juste et équitable et la protection et sécurité intégrales comme des standards plus élevés que celui exigé par le droit international. Le but de la troisième phrase est de fixer un minimum, et non un maximum[514], afin d'éviter une possible interprétation de ces standards en deçà de ce qui est exigé par le droit international »[515].

En mettant, d'une façon générale, l'accent sur la teneur des clauses TJE pour dégager leurs rapports avec le standard minimum de traitement, la jurisprudence des tribunaux CIRDI rejoint celle de la Cour de la Haye.

Le contenu du standard minimum de traitement constitue une autre problématique qui marque une concordance partielle entre la jurisprudence des tribunaux CIRDI et la jurisprudence de la Cour.

Section II : Composantes communes et exclusivités quant au contenu du standard minimum de traitement

En droit international, la problématique du contenu du standard minimum de traitement ne peut être abordée sans que l'on évoque la sentence *Neer*, considérée comme l'expression de la teneur du standard minimum de traitement. Dans l'affaire *Neer*, la Commission des

[509] *Azurix c. Argentine,* préc., sentence, § 361.
[510] *Enron c. Argentine,* préc., sentence, § 258.
[511] *Continental casualty company c. Argentine,* CIRDI, affaire n° ARB/03/9, sentence du 5 septembre 2008, § 254.
[512] *Joseph C. Lemire c. Ukraine, CIRDI, affaire n° ARB/06/18, décision sur la compétence et la responsabilité du 14 janvier 2010,* § 253.
[513] *Alex Genin et autres c. Estonie,* CIRDI, affaire n° ARB/99/2, sentence du 25 juin 2001, § 367 ; *Azurix c. Argentine,* préc., sentence, § 361 ; *Enron c. Argentine,* préc., sentence, § 258 ; *Continental casualty company c. Argentine,* préc., sentence, § 254 ; *AMT c. Zaïre,* préc., sentence, § 6.06; *Joseph C. Lemire c. Ukraine,* préc., décision sur la compétence et la responsabilité, préc., § 253.
[514] Dans la version anglaise originale, les expressions « *floor* » et « *ceiling* » sont utilisées, dont les traductions littérales donnent : « plancher » et « plafond »
[515] *Azurix c. Argentine,* préc., sentence, § 361.

requêtes générales Etats-Unis / Mexique avait été saisie afin de se prononcer sur la responsabilité du Mexique pour manque de diligence dans l'enquête tendant à élucider le meurtre de Paul Neer – citoyen américain – au Mexique. Dans une décision datant de 1926, la Commission a estimé que, pour engager la responsabilité internationale de l'Etat, le traitement accordé à l'étranger « doit équivaloir à de l'outrage, à de la mauvaise foi, à un manquement délibéré aux obligations, ou à une insuffisance de l'action gouvernementale tellement en deçà des standards internationaux que tout homme raisonnable et impartial en reconnaîtrait aisément l'insuffisance »[516].

La Cour de la Haye n'a pas eu l'occasion de se prononcer sur cette formule et a procédé à une détermination autonome du contenu du standard minimum de traitement. Il ressort de la jurisprudence de la Cour que ce standard minimum coutumier de traitement comprend l'interdiction du déni de justice, une obligation de protection et de *due diligence* et une obligation d'indemnisation adéquate en cas d'expropriation[517].

S'agissant de la jurisprudence des tribunaux CIRDI, la question du contenu du standard minimum de traitement au regard de la sentence *Neer* s'est posée dans le cadre de l'ALENA où la tendance est à considérer que le contenu du standard minimum a évolué depuis la décision *Neer*[518]. Au regard des sentences CIRDI, le contenu concret du standard minimum de traitement peut être tiré ou déduit de différentes catégories de sentences :

- Celles qui ont reconnu une valeur coutumière à certaines règles de traitement et de protection des investissements étrangers.

- Celles qui ont appliqué l'ALENA et l'ALEAC, cadres dans lesquels il a été spécifié que « les concepts de « traitement juste et équitable » et de « protection et sécurité intégrales »

---

[516] Commission des requêtes générales Etats-Unis-Mexique, *Neer c. Mexique*, Recueil des sentences arbitrales, Volume IV (1926), pp. 61-62: «*The treatment of an alien, in order to constitute an international delinquency, should amount to an outrage, to bad faith, to willful neglect of duty, or to an insufficiency of government action so far short of international standards that every reasonable and impartial man would readily recognize its insufficiency.* »

[517] Alfred VERDROSS a identifié certains éléments du contenu du standard minimum de traitement qui recoupent largement les règles que la Cour a ou avait considéré comme expressions du standard minimum de traitement. Voir VERDROSS (A.), « Les règles internationales concernant le traitement des étrangers », *op. cit.*, pp.353-388.

[518] Cette tendance est ainsi résumée par la sentence *Cargill*: « *several NAFTA* (…) *tribunals agree, for instance, that the customary international law minimum standard of treatment is dynamic and therefore evolves with the rights of individuals under international law. As the ADF tribunal wrote: the customary international law minimum standard of treatment is "constantly in a process of development". The Mondev tribunal held similarly: [B]oth the substantive and procedural rights of the individual in international law have undergone considerable development. In the light of these developments it is unconvincing to confine the meaning of 'fair and equitable treatment' and 'full protection and security' of foreign investments to what those terms - had they been current at the time - might have meant in the 1920s when applied to the physical security of an alien*. » *Cargill c. Mexique*, préc., sentence, § 281.

ne prévoient pas de traitement supplémentaire ou supérieur à celui exigé par la norme minimale de traitement conforme au droit international coutumier à l'égard des étrangers ».

- Celles qui soutiennent une absence d'intérêt pratique[519] ou de pertinence[520] de la distinction entre standard minimum de traitement et clause TJE dans les espèces qui leur étaient soumises, et ce, au regard, selon ces sentences, de l'identité de contenus de la clause TJE de l'espèce et du standard minimum.

La première catégorie de sentences a reconnu un caractère coutumier à l'obligation de protection et de *due diligence* ainsi qu'aux règles relatives à l'expropriation. Les sentences des deux dernières catégories sont révélatrices du contenu du standard minimum de traitement en ce qu'en indiquant le contenu de la clause conventionnelle de traitement, elles ont précisé le contenu du standard minimum de traitement qui en est l'équivalent dans ces sentences. La sentence *Waste Management II* résume les éléments permettant de conclure à une violation du standard minimum de traitement selon ces sentences :

> « le standard minimum de traitement juste et équitable est violé par une conduite attribuable à l'Etat et qui nuit à l'investisseur si cette conduite est arbitraire, extrêmement injuste, ou singulière, discriminatoire et expose le demandeur à des préjugés raciaux, ou implique une méconnaissance des procédures régulières conduisant à un résultat qui choque la correction judiciaire – comme cela pourrait être le cas avec un défaut évident de justice naturelle dans les procédures judiciaires ou une totale absence de transparence et franchise dans une procédure administrative. En appliquant ce standard, il est pertinent que le traitement contredise les déclarations faites par l'Etat hôte auxquelles le demandeur s'est raisonnablement fié. »[521].

Le standard minimum engloberait donc les éléments suivants : les traitements non arbitraires et non discriminatoires, l'interdiction de déni de justice y compris le respect du *due process*, le respect des attentes légitimes ou raisonnables de l'investisseur. A cela, il est possible d'ajouter l'exigence de transparence considérée par la sentence *Metalclad* comme

---

[519] *Azurix c. Argentine,* préc., sentence, § 361 ; *Biwater Gauff (Tanzanie) c. Tanzanie*, préc., sentence, § 592.
[520] *CMS c. Argentine,* préc., sentence, § 284 ; *Duke Energy c. Equateur,* CIRDI, affaire n° ARB/04/19, sentence du 18 août 2008, § 337; *Rumeli Telekom et Telsim Mobil c. Kazakhstan*, préc., sentence, § 611.
[521] *Waste Management c. Mexique (II), op. cit.,* § 98:«*Taken together, the S.D. Myers, Mondev, ADF and Loewen cases suggest that the minimum standard of treatment of fair and equitable treatment is infringed by conduct attributable to the State and harmful to the claimant if the conduct is arbitrary, grossly unfair, unjust or idiosyncratic, is discriminatory and exposes the claimant to sectional or racial prejudice, or involves a lack of due process leading to an outcome which offends judicial propriety—as might be the case with a manifest failure of natural justice in judicial proceedings or a complete lack of transparency and candour in an administrative process. In applying this standard it is relevant that the treatment is in breach of representations made by the host State which were reasonably relied on by the claimant.* »

une composante du standard minimum de traitement[522], sans oublier l'obligation de protection et de *due diligence* et les règles relatives à l'expropriation dont le caractère coutumier a été admis par certaines sentences CIRDI.

Le contenu du standard minimum de traitement ainsi dégagé de la jurisprudence des tribunaux CIRDI conduit à constater qu'il englobe le contenu du standard minimum de traitement tiré de la jurisprudence de la Cour : l'interdiction du déni de justice, l'obligation de protection et de *due diligence* et l'obligation d'indemnisation adéquate en cas d'expropriation constituent donc des composantes du standard minimum de traitement communes à la Cour et aux tribunaux CIRDI (Paragraphe I). Les traitements non arbitraires et non discriminatoires, le respect des attentes légitimes ou raisonnables de l'investisseur, l'exigence de transparence apparaissent alors comme des composantes du standard minimum de traitement propres à la jurisprudence des tribunaux CIRDI (Paragraphe II).

Paragraphe I : Les composantes communes : l'interdiction du déni de justice et les obligations de protection et d'indemnisation adéquate

Les différents éléments posés comme expressions du standard minimum de traitement à la fois par la Cour et les tribunaux CIRDI, peuvent se lire à la lumière de l'évolution historique du standard, qui est passé « d'un standard minimum centré sur un déni de justice causé à des personnes ayant subi des violences physiques à celui d'un standard utilisé principalement pour juger de la licéité internationale de l'expropriation »[523]. Ce qui pourrait expliquer que les jurisprudences de la Cour et des tribunaux CIRDI coïncident en admettant l'interdiction du déni de justice (I) et les obligations de protection et d'indemnisation adéquate en cas d'expropriation (II) comme expressions du standard minimum de traitement.

I. L'interdiction du déni de justice

Si les jurisprudences de la Cour et des tribunaux CIRDI concordent quant à la reconnaissance du déni de justice au titre d'élément constitutif du standard minimum de traitement (A), aussi bien des convergences que des divergences ont été constatées concernant les règles de mise en œuvre de l'interdiction du déni de justice (B).

---

[522] *Metalclad c. Mexique*, CIRDI, affaire n° ARB(AF)/97/1, sentence du 30 août 2000, §§ 74-99.
[523] LEBEN (Ch.), « Droit international des investissements : un survol historique », *in* LEBEN (Ch.) (Dir.), *Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational*, *op. cit.*, p. 41

A. Concordance quant à la reconnaissance du déni de justice comme expression du standard minimum de traitement

Il ressort des jurisprudences de la Cour (1) et des tribunaux CIRDI (2) qu'elles reconnaissent le déni de justice comme expression du standard minimum international.

1. Dans la jurisprudence de la Cour

C'est de l'arrêt *ELSI* qu'il est possible de constater que la Cour reconnaît le déni de justice comme expression du standard minimum de traitement. Dans cet arrêt, et comme il a déjà été conclu *supra*[524], la Cour a décidé que la clause de protection et de sécurité de l'espèce prévoyait une protection conforme à la norme internationale minimale[525].

Ainsi, c'est sur le fondement du standard minimum international de traitement que la Cour avait à apprécier les allégations des Etats-Unis se rapportant à la clause de protection et de sécurité de l'espèce. Or, au titre de cette clause, les Etats-Unis ont allégué de l'existence d'un déni de justice. Autrement dit, les Etats-Unis ont considéré que l'interdiction de déni de justice était couverte par la garantie de protection conforme à la norme internationale minimale. La Cour, loin de rejeter l'argument des Etats-Unis comme mal fondé, l'a appréciée, considérant de la sorte que la norme internationale minimale est un fondement approprié d'une allégation de déni de justice. C'est dire que le déni de justice est pour la Cour un élément pertinent à apprécier dans la détermination d'un traitement conforme à la norme internationale minimale.

Le standard minimum de traitement des étrangers implique donc, au regard de la jurisprudence de la Cour, que l'Etat hôte s'abstienne de déni de justice.

2. Dans la jurisprudence des tribunaux CIRDI

L'identification du déni de justice comme élément du standard minimum de traitement ressort également de la jurisprudence des tribunaux CIRDI, notamment dans le cadre de l'interprétation de l'article 1105 de l'ALENA.

Au-delà de l'affirmation dans la sentence *Loewen* selon laquelle « Le droit international coutumier s'intéresse aux dénis de justice [y compris] dans les litiges entre parties

[524] *Cf.* Section I, Paragraphe I du présent Chapitre.
[525] *Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI)*, arrêt, *op. cit.*, p. 66, § 111.

privées »[526], le déni de justice est visé par la sentence *Waste Management II* précitée faisant le point sur les éléments pouvant conduire à une violation du standard minimum de traitement.

Selon cette sentence, une lecture combinée des sentences *S.D. Myers, Mondev*, *ADF* et *Loewen*, qui ont eu à appliquer l'article 1105 de l'ALENA garantissant le standard minimum de traitement, permet de conclure que le standard est « violé par une conduite attribuable à l'Etat et qui nuit à l'investisseur si cette conduite … implique une méconnaissance des procédures régulières conduisant à un résultat qui choque la correction judiciaire – comme cela pourrait être le cas avec un défaut évident de justice naturelle dans les procédures judiciaires ou une totale absence de transparence et franchise dans une procédure administrative (…). »[527]. Comme il sera possible de le constater dans les lignes qui suivent, cette formulation renvoie à l'interdiction du déni de justice, y compris le respect du *due process*[528]. La sentence *Waste Management II* ainsi que les sentences qu'elles visent, considèrent donc, comme la Cour, le déni de justice comme une expression du standard minimum de traitement.

Au-delà de cette concordance entre les jurisprudences de la Cour et des tribunaux CIRDI, il existe des convergences et des divergences quant aux règles qui permettent de conclure à l'existence d'un déni de justice.

B. Convergences et divergence quant aux règles de mise en œuvre de l'interdiction du déni de justice

Les jurisprudences de la Cour et des tribunaux CIRDI convergent en ce sens qu'elles enetendent toutes les deux le déni de justice d'un déni de justice procédural (1) et qu'elles semblent toutes les deux admettre l'épuisement des voies de recours internes comme une condition d'existence du déni de justice (2). Cependant, une divergence peut être constatée

[526] *Loewen c. Etats-Unis*, préc., sentence, § 129.

[527] *Waste Management c. Mexique (II)*, préc., sentence, § 98:«*Taken together, the S.D. Myers, Mondev, ADF and Loewen cases suggest that the minimum standard of treatment of fair and equitable treatment is infringed by conduct attributable to the State and harmful to the claimant if the conduct is arbitrary, grossly unfair, unjust or idiosyncratic, is discriminatory and exposes the claimant to sectional or racial prejudice, or involves a lack of due process leading to an outcome which offends judicial propriety—as might be the case with a manifest failure of natural justice in judicial proceedings or a complete lack of transparency and candour in an administrative process. In applying this standard it is relevant that the treatment is in breach of representations made by the host State which were reasonably relied on by the claimant.* »

[528] L'expression *due process* (*of law*) est présentée comme le pendant, dans la *Common Law*, du procès équitable. Selon Elisabeth ZOLLER, elle renvoie à « l'idée que l'on ne peut valablement statuer et juger qu'en observant les formes d'une procédure régulière ». ZOLLER (E.), « Droit constitutionnel », Paris : PUF, 2e édition, 1999, p. 577.

pour ce qui est de l'auteur du déni de justice, certaines sentences CIRDI remettant en cause la reconnaissance par la Cour du déni de justice comme exclusivité de l'appareil judiciaire (3).

1. Le déni de justice entendu d'un déni de justice procédural par la Cour et les tribunaux CIRDI

Que la Cour et les tribunaux CIRDI entendent le déni de justice d'un déni de justice procédural se démontre d'une part, par la reconnaisssance par leurs jurisprudences de l'absence d'exercice de la fonction juridictionnelle et de la méconnaissance des procédures régulières comme expressions du déni de justice (a) et d'autre part par le fait qu'il ressort de leurs jurisprudences qu'ils n'admettent pas le déni de justice substantiel (b).

a) Absence d'exercice de la fonction juridictionnelle et méconnaissance des procédures régulières : expressions du déni de justice

- ***Dans la jurisprudence de la Cour***

L'arrêt *Usine de Chorzów*, en faisant état de « la possibilité d'un conflit négatif de compétences entraînant le danger d'un déni de justice »[529], indique que, pour la Cour, le déni de justice résulte de l'absence d'exercice de la fonction juridictionnelle à l'égard d'un justiciable. Cette idée est confirmée par l'arrêt *Phosphates du Maroc*, rendu quelques années plus tard, dans lequel la Cour souligne que le déni de justice est « constitué…par une carence de l'organisation judiciaire »[530], par un refus de la « protection judiciaire »[531].

D'un autre côté, il ressort de l'arrêt *ELSI* qu'une allégation de déni de justice peut être fondée sur la longueur des délais procéduraux dans l'administration de la justice[532].

Ces deux facettes du déni de justice procédural se retrouvent également dans la jurisprudence des tribunaux CIRDI.

- ***Dans la jurisprudence des tribunaux CIRDI***

Dans la formule précitée de la sentence *Waste Management II* attestant de la reconnaissance du déni de jsutice comme expression du standard minimum de traitement, la référence aux procédures régulières et à la justice naturelle, qui renvoient à la « protection

[529] *Usine de Chorzów* (compétence), arrêt du 26 juillet 1927, C.P.J.I. Recueil, série A, n° 9, p. 30.
[530] *Phosphates du Maroc*, arrêt (exceptions préliminaires) du 14 juin 1938, C.P.J.I. Recueil, série A/B, n° 73, p. 28.
[531] *Ibid*., p.29.
[532] *Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI)*, arrêt, *op. cit*., pp. 66-67, §§ 110- 111.

procédurale »[533], aux principes fondamentaux de la procédure judiciaire, met bien en exergue la portée procédurale du déni de justice. Dans le même ordre d'idées, selon la sentence *Reinhard Unglaube*, l'analyse du déni de justice vise principalement l'idée d' « équité procédurale »[534]. Quant à la sentence *Rumeli*, elle présente le déni de justice comme un « standard … de nature procédurale [de sorte que] la procédure d'une juridiction qui n'est pas conforme aux procédures régulières est en violation »[535] du déni de justice. Concrètement, un tribunal arbitral a clairement indiqué que « des délais procéduraux importants constituent bien une des formes classiques de déni de justice »[536] . Toutefois, il a été précisé que toutes les procédures judiciaires longues n'emportent pas une telle conclusion. C'est ainsi qu'il a été conclu qu'une durée de dix ans pour obtenir un jugement, bien que jugée « insatisfaisante en termes d'administration efficiente de la justice », ne constitue pas un déni de justice au regard des circonstances de l'espèce[537]. Par ailleurs, il a été souligné que l'hypothèse d'un Etat dont « les juridictions…ne peuvent pas rendre justice »[538] renvoie au déni de justice.

Il apparaît ainsi que dans les jurisprudences de la Cour et des tribunaux CIRDI, le déni de justice renvoie au refus de l'accès des étrangers à l'appareil judiciaire et de jugement, ainsi qu'aux irrégularités de procédure dans un procès dont est partie un étranger dans l'Etat hôte. Cette conception du déni de justice semble exclure le déni de justice dit substantiel[539] de la portée du déni de justice vu par la Cour et les tribunaux CIRDI.

---

[533] SCHAUER (F. F.), « English natural justice and american due process: an analytical comparison», *Wm. & Mary L. Rev.*, vol. 18, 1976, p. 48: « *« The basis of procedural protection in the English system is the concept of natural justice. Natural justice is not, despite its name, a general natural law concept; the name is a term of art that denotes specific procedural rights in the English system. Natural justice includes two fundamental principles. The first, audi alteram partem, relates to the right to be heard; the second, nemo debet esse judex in propria sua causa or nemo judex in re sua, establishes the right to an unbiased tribunal. Although it has been suggested that there are other fundamental components of natural justice, such as the right to counsel, the right to a statement of reasons, the right to prior notice of the charges, and similar procedural safeguards, the generally accepted view is that these rights, if they exist at all, must be found as parts of the two basic principles and do not exist as separate rights." The first part of this Article will examine the history and development of natural justice and the basic protections granted by its fundamental principles.* ».

[534] *Reinhard Unglaube c. Costa Rica*, préc., sentence, § 273: « *Similarly, the test for denial of justice also looks principally to procedural fairness*».

[535] *Rumeli Telekom et Telsim Mobil* c. *Kazakhstan*, préc., sentence, § 653.

[536] *Victor Pey Casado et Fondation Président Allende c. Chili*, CIRDI, affaire n° ARB/98/2, sentence du 8 mai 2008, § 659.

[537] *Jan de Nul et Dredging International c. Egypte*, préc., sentence, § 204.

[538] *Vivendi c. Argentine II*, préc., sentence, §§ 7.4.10-7.4.11.

[539] Selon le *Dictionnaire de droit international public*, « le déni de justice à l'égard des étrangers peut…prendre trois formes : a) *Le déni de justice par le refus de l'accès aux tribunaux* (…), b) *Le déni de justice procédural ou formel* : à la suite de graves irrégularités de procédure. (…). c) *Le déni de justice substantiel ou matériel* : lorsque les décisions sont manifestement injustes au fond ». SALMON (J.) (dir.), « Dictionnaire de droit international public », *op. cit.*, pp. 320-321 ; Sur les formes du déni de justice dans le cadre des travaux de la Commission du droit international sur la responsabilité internationale, voir Rapport de M. F.V. GARCIA AMADOR, Document A/CN.4/96, *Annuaire de la Commission du droit international*, 1956, Vol. II, pp. 183 ss.

b) L'impossible déni de justice substantiel

Le déni de justice commis dans le jugement des tribunaux a été qualifié de déni de justice substantiel, et présenté comme « un fait internationalement illicite constitué par un jugement interne manifestement injuste rendu à l'encontre d'un étranger, c'est -à-dire la « mauvaise » application du droit interne par le juge interne, en dépit des apparences de bonne administration de la justice nationale »[540].

- ***Dans la jurisprudence de la Cour***

La jurisprudence de la Cour n'a pu admettre l'existence d'un déni de justice pour « mauvaise » application du droit interne par le juge interne. En effet, il ressort de sa jurisprudence qu'un acte ne peut être qualifié de fait internationalement illicite du simple fait qu'il est contraire au droit interne d'un Etat. La CPJI a admis que,

> « … d'après les principes généralement admis, un État ne peut, vis-à-vis d'un autre État, se prévaloir des dispositions constitutionnelles de ce dernier, mais seulement du droit international et des engagements internationaux valablement contractés (...). L'application de la Constitution de la Ville libre peut (…) avoir pour résultat la violation d'une obligation internationale de Dantzig envers la Pologne, découlant soit de stipulations conventionnelles, soit du droit international commun (…) Toutefois, dans une éventualité de ce genre, ce n'est pas la Constitution, en tant que telle, mais bien l'obligation internationale qui donne naissance à la responsabilité de la Ville libre »[541].

Le principe a été réaffirmé par l'arrêt *ELSI* selon lequel la question de la détermination de l'illicéité internationale « se pose indépendamment de la situation en droit interne. (…). Ce qui est illicite en droit interne peut n'entraîner aucune violation »[542] d'une obligation internationale : « … il faut tenir compte du fait qu'un acte d'une autorité publique peut avoir été illégitime en droit interne sans que cela signifie nécessairement que cet acte était illicite en droit international, en tant que violation d'un traité ou autrement »[543]. C'est sur ce fondement que la Cour a constaté qu'« une décision d'une juridiction interne selon laquelle un acte était

[540] HONG-ROCCA (L-M), *Le déni de justice substantiel en droit international public* ; Thèse, Sous la direction de COMBACAU (J.), Université Panthéon –Assas, Paris, 2012, p. 21.
[541] *Traitement des nationaux polonais et des autres personnes d'origine ou de langue polonaise dans le territoire de Dantzig*, avis consultatif, *op. cit.*, p.4.
[542] *Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI)*, arrêt, *op. cit.*, p. 51, § 73.
[543] *Ibid*., p. 74, § 124.

illégitime peut bien être produite à l'appui d'une argumentation d'après laquelle cet acte était aussi arbitraire, mais on ne peut pas dire que l'illégalité équivaudrait, par elle-même et sans plus, à l'arbitraire. (..) »[544] ; puis conclu que « l'arbitraire n'est pas tant ce qui s'oppose à une règle de droit que ce qui s'oppose au règne de la loi. (…) Il s'agit d'une méconnaissance délibérée des procédures régulières, d'un acte qui heurte, ou du moins surprend, le sens de la correction juridique »[545].

C'est sur la base de cette jurisprudence constante de la Cour qu'a été tiré l'un des principes découlant de l'article 3 du Projet d'articles de la CDI sur la responsabilité de l'Etat et selon lequel « le fait d'un État ne peut être qualifié d'internationalement illicite s'il ne constitue pas une violation d'une obligation internationale, et ce même s'il enfreint une prescription du droit interne de ce même État »[546].

Ce principe ayant été appliqué par la Cour pour la qualification de l'arbitraire d'acte internationalement illicite, vaut certainement pour la qualification du déni de justice d'acte internationalement illicite. Autrement dit, il ne peut y avoir violation du droit international par déni de justice du simple fait d'une « « mauvaise » application du droit interne par le juge interne ».

- ***Dans la jurisprudence des tribunaux CIRDI***

Certaines sentences CIRDI ont présenté le déni de justice en se focalisant davantage sur la décision de justice de l'Etat hôte que sur la procédure en elle-même. C'est le cas par exemple des sentences *Loewen, Azinian, Mondev, Jan de Nul* et *GEA*. Néanmoins, ces sentences ont considéré qu'une décision peut être qualifiée de déni de justice si elle répond à la définition de l'arbitraire telle que posée par l'arrêt *ELSI*[547]. Or, comme on l'a vu, l'arbitraire selon l'arrêt *ELSI* commande quelque chose de plus que la simple contrariété au droit interne, « il s'agit d'une méconnaissance délibérée des procédures régulières, d'un acte qui heurte, ou du moins surprend, le sens de la correction juridique ». De ce point de vue, les sentences CIRDI qui focalisent la présentation du déni de justice sur la décision en retenant

[544] *Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI),* arrêt, préc., p. 74, § 124.
[545] *Ibid.*, p. 76, § 128. La version anglaise de ce passage se lit comme il suit: « *Arbitrariness is not so much something opposed to a rule of law, as something opposed to the rule of law. (…). It is a wilful disregard of due process of law, an act which shocks, or at least surprises, a sense of juridical propriety.* »
[546] Commission du droit international, « Projet d'articles sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite et Commentaires y relatifs », *op. cit.*, p. 77.
[547] *Azinian c. Mexique,* CIRDI, affaire n°ARB(AF)/97/2, sentence du 1er novembre 1999, § 103 ; *Mondev c. Etats-Unis d'Amérique,* préc., sentence, §§ 126-127 ; *Jan de Nul et Dredging International c. Egypte*, préc., sentence, § 193 ; *GEA c. Ukraine*, préc., sentence, §§ 312-319 ; *Loewen c. Etats-Unis*, préc., sentence § 133-134.

l'arbitraire au sens de l'arrêt *ELSI* n'apprécient pas le déni de justice sur la base de la teneur de la décision. Même la sentence *Azinian* qui avance l'existence d'un déni de justice pour « mauvaise application de la loi » appose les qualificatifs de « clair et malicieux » à cette mauvaise application de la loi comme forme de déni de justice et s'engage non pas dans l'appréciation de la teneur des jugements mexicains litigieux dans cette espèce mais apprécie leur caractère arbitraire[548].

La sentence *Rumeli* qui reconnaît que le déni de justice est de nature procédurale semble suggérer que la substance de la décision de justice en soi – toujours au regard de son caractère arbitraire – peut être juste un indice de ce déni de justice procédural[549]. Cette idée est clairement affirmée dans la sentence *Pantechniki* selon laquelle la mauvaise application de la loi n'est qu'un élément de preuve et non pas le fondement du déni de justice[550]. Une telle position ne saurait surprendre lorsque l'on sait que cette sentence a été rendue par Jan PAULSSON, arbitre unique, qui a écrit ailleurs, que, « [there is] No responsibility for misapplication of national law »[551].

Il ressort de tout ceci qu'à l'instar de la Cour de la Haye, un déni de justice fondé sur la « « mauvaise » application du droit interne par le juge interne » n'a pas été reconnu par la jurisprudence des tribunaux CIRDI, la sentence *Mondev* ayant par ailleurs souligné que les tribunaux arbitraux, en appréciant le déni de justice doivent garder à l'esprit qu'ils ne sont pas des Cours d'appel[552].

2. L'épuisement des voies de recours internes, condition du déni de justice ?

Une réponse affirmative peut être déduite de la jurisprudence de la Cour (a), la jurisprudence des tribunaux CIRDI concordant largement (b).

---

[548] *Azinian c. Mexique*, préc., sentence, §§ 103-105.
[549] *Rumeli Telekom et Telsim Mobil* c. *Kazakhstan*, préc., sentence, § 653.
[550] *Pantechniki c. Albanie*, préc., sentence, § 94.
[551] PAULSSON (J.), *denial of justice in international law*, Cambridge: Cambridge University Press, 2005, p. 73. Selon cet auteur: « *even if an instanceof municipal maljuge ´isgiven weight by international adjudicators when determining that there has been a denial of justice, on the footing that rights created under national law have been so blatantly disregarded as to compel conviction with respect to violation of international standards proscribing discrimination, bias, undue influence, or the like, it remains the case that the international wrong is not the misapplication of national law*. » (*Ibid.*, p. 81).
[552] *Mondev c. Etats-Unis d'Amérique*, préc., sentence, § 127.

a) Une réponse affirmative déductible de la jurisprudence de la Cour

La question de savoir si l'épuisement des voies de recours internes est une condition du déni de justice se rapporte à celle de la nature de la règle de l'épuisement des voies de recours interne et celle du moment de la naissance de la responsabilité de l'Etat pour déni de justice commis par les tribunaux internes.

La Cour de la Haye n'a pas eu l'occasion ou la volonté de prendre clairement position sur ces questions controversées qui consisteraient à savoir si la règle de l'épuisement des voies de recours internes est une condition procédurale de l'action en protection diplomatique, ou bien une règle de fond de celle-ci exigée pour établir la violation et engager la responsabilité internationale de l'Etat à l'égard des étrangers. Les actions en protection diplomatique sans épuisement préalable des voies de recours internes ont été rejetées pour irrecevabilité. Néanmoins, dans certaines affaires, la Cour a joint l'exception préliminaire de ce chef à l'examen au fond, notamment là où la plainte alléguait le déni de justice commis par l'Etat défendeur.

Dans des opinions émises en marge des arrêts *Chemin de fer Panevezys-Saldutiskis* et *Interhandel*, certains juges se sont clairement prononcés en faveur de la nature de règle matérielle[553] de l'exigence de l'épuisement des voies de recours interne. Ainsi, critiquant la décision de la Cour d'avoir rangé l'exception de non épuisement des voies de recours internes parmi les exceptions préliminaires dans l'affaire *Panevezys Saldutiskis*, et rejeté la demande estonnienne comme irrecevable de ce chef, le juge Hudson indique que,

> « Cette règle n'est pas une règle de procédure ni simplement un précepte de conduite, mais bien une partie du droit positif en matière de responsabilité internationale… Si le particulier qui a subi le préjudice trouve à sa disposition un recours approprié si ce particulier n'a qu'à entamer une démarche pour user de ce recours, il n'y a point de fondement à une demande que puisse prendre en mains l'Etat dont ce particulier est ressortissant. Tant que les recours internes disponibles n'ont pas été épuisés, aucune responsabilité internationale ne peut surgir »[554].

L'affaire de la *Barcelona Traction* aurait peut-être été l'occasion pour la Cour de se prononcer clairement sur la question. L'épuisement des voies de recours internes avait été

[553] *Chemin de fer Panevezys-Saldutiskis*, arrêt du 28 février 1939, C.P.J.I. Recueil, Série A/B, n° 76, Opinion dissidente du Juge Hudson; *Affaire de l'Interhandel*, Arrêt du 21 mars 1959, Opinion individuelle de M. Cordova, C. I. J. Recueil 1959, pp.45-46.
[554] Opinion dissidente du Juge Hudson, C.P.J.I. Recueil, Série A/B, n° 76, p. 47.

soulevé au titre d'exception préliminaire par l'Espagne. La Cour a décidé dans son arrêt sur les exceptions préliminaires de joindre cette objection au fond en raison du lien entre cette objection et les arguments des parties concernant le fond du litige, notamment l'allégation de déni de justice[555]. Elle n'a cependant pas eu l'occasion d'y revenir pour se prononcer éventuellement sur la nature de la règle de l'épuisement préalable des voies de recours interne, l'affaire n'ayant pas atteint le stade du fond en raison du rejet de la qualité pour agir de la Belgique. Dans son opinion dissidente sous cet arrêt, le juge MORELLI s'est exprimé en ces termes sur la question :

> « La règle de l'épuisement des recours internes, en tant que règle du droit international général, est, à mon avis, une règle substantielle et non pas procédurale. Il s'agit précisément d'une règle complémentaire d'autres règles ayant, elles aussi, le caractère de règles substantielles : c'est-à-dire des règles concernant le traitement des étrangers. (…). La conséquence d'une telle constatation ne peut consister qu'à nier la responsabilité de l'Etat défendeur et, par là, à rejeter la demande au fond (…). Il faut en conclure que la quatrième exception préliminaire aussi devait être, non pas jointe au fond, mais plutôt déclarée irrecevable en tant qu'exception préliminaire »[556].

Le sens de l'opinion dissidente ne doit pas néanmoins être interprété comme une opposition de la Cour à reconnaître la fonction de la règle de non épuisement des voies de recours internes dans la constitution du fait internationalement illicite qu'est le déni de justice. Selon la Cour, en effet, elle se contentera donc de dire qu'elle décide de joindre l'exception au fond motif pris, pour citer les termes employés par la Cour permanente en l'affaire *Pajzs, Csaky, Esterhazy*, de ce que, « la procédure sur le fond ... mettra la Cour à même de statuer en meilleure connaissance de cause »[557] ; et de ce « qu'il existe entre les questions soulevées par ... ces exceptions et celles qui [touchent] au fond ... des rapports trop étroits et une connexité trop intime pour que la Cour puisse statuer sur les unes et éviter de se prononcer sur les autres. En ce qui concerne la quatrième exception préliminaire, les considérations qui précèdent s'appliquent *a fortiori* pour justifier une jonction au fond; en effet, la présente affaire n'est pas de celles où l'allégation touchant le non-épuisement des recours internes soulève sans le moindre doute des problèmes de caractère préliminaire pouvant être réglés indépendamment.

[555] *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*, exceptions préliminaires, C.J.J. Recueil 1964, p. 46.
[556] *Ibid.*, pp. 114-115.
[557] CPJI, série A/B, n° 66, p. 9.

Cette allégation est inextricablement liée aux questions de déni de justice qui constituent la plus grande partie du fond »[558].

Roberto AGO, ancien juge de la CIJ, partisan aussi de la nature matérielle de la règle de l'épuisement des voies de recours interne l'avait intégrée comme telle dans le cadre de son projet de codification du droit de la responsabilité des Etats *via* sa catégorisation des règles primaires en obligations de résultat et obligations de comportement déterminés. Ainsi, écrit-il, l'épuisement des recours internes est une condition de fond ayant trait à la naissance de la responsabilité internationale, notamment pour les « obligations qui ont pour objet la protection des particuliers, personnes physiques ou morales, et qui, sur le plan international, formulent certaines exigences et établissent certaines garanties quant au traitement à réserver par les Etats sur le plan interne aux personnes en question ainsi qu'à leurs biens »[559]. Faisant le point sur la pratique des Etats et la jurisprudence de la Cour, il estime que cette jurisprudence n'était pas de nature à contredire sa position quant à la nature de règle primaire de l'épuisement préalable des voies de recours interne, même si la jurisprudence de la Cour ne prenait pas clairement et explicitement position pour une telle nature de la règle. Roberto AGO a, en ce sens, précisément évoqué les opinions de juges précitées[560] émises en marge des arrêts précités de la Cour, et a également tiré une telle conclusion d'une analyse de l'affaire *Phosphates du Maroc*[561].

L'absence de parti pris catégorique de la Cour sur la nature de règle de fond ou de procédure de la règle de l'épuisement des voies de recours interne, peut trouver sans doute une explication à travers la thèse soutenue par Leila LANKARANI pour qui, il ne s'agit pas d'une controverse où il faille ranger la règle de l'épuisement préalable dans la catégorie de règle procédure ou de fond car,

> « l'épuisement des voies de recours internes joue en réalité un double rôle selon que l'on est en présence [d'une obligation de comportement, ou de résultat] à l'égard des

[558] *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, exceptions préliminaires, op.cit.,* p. 46.
[559] Commission du droit international, « Sixième rapport sur la responsabilité des États par Roberto AGO, Rapporteur spécial : Le fait internationalement illicite de l'État, source de responsabilité internationale (suite) », Document A/CN.4/302 and Add. 1, 2 &3, *Annuaire de la Commission du droit international,* 1977, vol. II, I ère partie, p. 22-23. Pour une telle catégorie d'obligations, indique-t-il, « une condition supplémentaire vient s'ajouter, aux fins de la détermination de [leur] violation, à celles que l'on requiert à propos de la violation d'autres obligations. (…). Il y aura donc violation de l'obligation internationale si les particuliers qui s'estiment lésés, car ils ont été mis dans une situation incompatible avec le résultat internationalement requis, ne parviennent pas, même en utilisant jusqu'au bout les recours qui leur sont ouverts sur le plan interne, à obtenir que cette situation soit dûment redressée » *(Ibid.,* p. 23).
[560] *Ibid.,* pp. 32 ss.
[561] *Ibid.,* pp. 30-32.

étrangers … l'épuisement des voies de recours internes est une question qui se présente sans véritable intérêt substantiel dans l'établissement des conditions de la responsabilité internationale de l'Etat, lorsque l'obligation internationale à la charge de l'Etat à l'égard des étrangers est une obligation de comportement. L'on peut même s'interroger sur la nécessité logique qu'il y aurait pour le droit international à maintenir l'exigence de l'épuisement des voies de recours interne, avant de constater l'illicéité et la responsabilité internationale de l'Etat, *si*, toutefois une telle obligation internationale devait exister à l'égard des personnes privées étrangères … En revanche, lorsque cette obligation internationale est une obligation de résultat, l'épuisement des voies de recours internes participe à la constitution de la condition de fond de la responsabilité internationale qu'est la réalisation de l'illicite internationale (…) à l'égard des particuliers »; dont « indubitablement … l'interdiction de déni de justice »[562].

La règle de l'épuisement des voies de recours internes est ainsi considérée comme une condition d'existence d'un fait internationalement illicite consommé, lorsqu'est en cause l'interdiction de déni de justice. Cette solution qui confirme la jurisprudence de la Cour, dans ce que l'affaire *ELSI* laisse entendre d'un des passages de son arrêt[563] de l'exigence d'un déni de justice consommé, recoupe celle qu'on retrouve dans la jurisprudence CIRDI, à travers le courant *Loewen*.

b) La tendance largement convergente dans la jurisprudence des tribunaux CIRDI

Un courant jurisprudentiel amorcé par la sentence *Loewen*[564] considère qu'en matière de déni de justice, l'épuisement des voies de recours interne est une condition d'existence du fait internationalement illicite. Soulignant qu'« une décision de justice qui peut être contestée à

[562] LANKARANI (L.), *Les contrats d'Etat à l'épreuve du droit international*, Bruxelles : Bruylant, 2001, pp. 262-265.

[563] *Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI)*, arrêt, *op. cit.*, §§ 110-111 : « Le conseil du demandeur a dit que ce retard avait constitué « un déni du niveau de justice procédurale accordé par le droit international ». Le grief qu'il a formulé à ce sujet n'est cependant pas fondé sur les règles du droit international coutumier relatives au déni de justice… Il est certain que la formulation par le demandeur d'une accusation si grave qu'il la qualifie de « déni de justice procédurale » pourrait être regardée comme exagérée ».

[564] Pour une analyse de la sentence *Lowen* en ce sens, MANCIAUX (S.), *Investissements étrangers et arbitrage entre Etats et ressortissants d'autres Etats : Trente années d'activités du CIRDI*, *op. cit.*, pp. 564-570 ; voir RAUX (M.), La *responsabilité de l'Etat sur le fondement des traités de promotion et de protection des investissements. Etude du fait internationalement illicite dans le cadre du contentieux investisseur Etat* ; Thèse de doctorat, sous la direction de LEBEN (Ch.), Université Panthéon-Assas, Paris, 2010, pp. 66-74 ; NOUVEL (Y.), « Les standards de traitement : le traitement juste et équitable, la sécurité pleine et entière » *in* LEBEN (Ch.) (Dir.), *Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational*, *op. cit.*, pp. 328-330.

travers la procédure judiciaire n'équivaut pas à un déni de justice au niveau international »[565], la sentence *Loewen* a conclu que, n'ayant pas épuisé les voies de recours interne, Loewen n'a pas fait la preuve d'une violation d'une obligation internationale dont l'Etat hôte, les Etats-Unis d'Amérique, seraient responsables du fait d'un déni de justice[566]. Cette jurisprudence a été perpétuée par les sentences *Jan De Nul, Pantechniki* et *Reinhard Unglaube*. La logique qui sous-tend ces décisions est la suivante : un déni de justice ne peut exister avant « qu'il n'ait été donné une opportunité raisonnable de corriger une conduite judiciaire aberrante au système dans son ensemble »[567]. Il en ressort que le déni de justice est pour ces sentences arbitrales celui qui découle des seuls actes juridictionnels internes et devenus définitifs par le biais de l'épuisement des voies de recours internes de l'Etat hôte.

Ce courant jurisprudentiel semble contredit par la sentence *Mondev*, qui, contestant une opinion doctrinale, a affirmé, qu' « en vertu de l'ALENA, il n'est pas vrai que la règle du déni de justice et la règle de l'épuisement des voies de recours internes sont "intimement liées et inséparables" »[568]. Ainsi la convergence entre la jurisprudence des tribunaux CIRDI et celle de la Cour n'a pu être qualifiée de totale mais de large.

3. Remise en cause par certaines sentences CIRDI du déni de justice comme exclusivité de l'appareil judiciaire

Que le déni de justice est entendu par la Cour et les tribunaux CIRDI comme une exclusivité de l'appareil juridictionnel, à l'exclusion des actes des autorités administratives et législatives, est démontré par les lignes qui précèdent d'où il ressort que c'est à travers la seule conduite des autorités juridictionnelles de l'Etat hôte que la Cour et les tribunaux CIRDI ont posé le régime juridique du déni de justice.

En ce qui concerne la Cour, à titre exemple, elle a présenté la « carence de l'organisation judiciaire »[569], le refus de la « protection judiciaire »[570] comme synonyme de déni de justice.

Pour ce qui est de la jurisprudence des tribunaux CIRDI, la majorité des sentences présente et apprécie le déni de justice comme un acte d'un organe juridictionnel[571].

---

[565] *Loewen c. Etats-Unis*, préc., sentence, § 153.
[566] *Ibid*., § 217.
[567] *Pantechniki c. Albanie*, préc., sentence, § 96 ; *Jan de Nul et Dredging International c. Egypte*, préc., sentence, §§ 255-260; *Reinhard Unglaube c. Costa Rica*, préc., sentence, § 272.
[568] *Mondev c. Etats-Unis d'Amérique*, préc., sentence, § 96.
[569] *Phosphates du Maroc*, arrêt (exceptions préliminaires), *op. cit.*, p. 28.
[570] *Ibid*., p.29.

Cependant, deux sentences semblent suggérer l'existence d'un déni de justice autrement que par le fait de l'appareil juridictionnel de l'Etat. Dans la sentence *Amco II*, le tribunal dit « ne vo[ir] aucune disposition du droit international qui rende impossible un déni de justice par une autorité administrative »[572]. Dans le même ordre d'idées, dans la sentence *Waguih E. G. SIAG*, le tribunal a retenu le déni de justice sur la base de la non-exécution par des autorités administratives de décisions de justice[573].

Ainsi, il peut être conclu que concernant les règles de mise en œuvre du déni de justice, il existe des convergences et des divergences entre les jurisprudences de la Cour et des tribunaux CIRDI, même si elles ont admis de façon concordante que le déni de justice est une expression du standard minimum de traitement.

Que le déni de justice apparaisse comme une expression du standard minimum de traitement dans les jurisprudences de la Cour et des tribunaux CIRDI ne surprend pas quand l'on sait que la reconnaissance d'un standard minimum de traitement a été au départ celui d'un « standard minimum centré sur [le] déni de justice »[574]. Les obligations de protection et d'indemnisation adéquate constituent les deux autres composantes du déni de justice commune à la Cour et aux tribunaux CIRDI.

II. Les obligations de protection et d'indemnisation adéquate

La Cour et les tribunaux CIRDI ont reconnu comme règles de droit international coutumier concernant le traitement des étrangers et de leurs biens, l'obligation de protection (B) ainsi que l'obligation d'indemnisation adéquate en cas d'expropriation (A).

---

[571] Voir par exemple, *Azinian c. Mexique*, préc., sentence, §§ 99-103 ; *Pantechniki c. Albanie*, préc., sentence, §§ 93-96 ; *Mondev c. Etats-Unis d'Amérique*, préc., sentence, § 96; *Jan de Nul et Dredging International c. Egypte*, préc., sentence, § 191; *Rumeli Telekom et Telsim Mobil* c. *Kazakhstan*, préc., sentence, §§ 651-653 ; *GEA c. Ukraine*, préc., sentence, §§ 312-319.

[572] *Amco c. Indonésie II*, CIRDI, affaire ARB/81/1, sentence du 5 juin 1990, § 137.

[573] *Waguih E. G. Siag et Clorinda Vecchi c. Egypte*, préc., sentence, § 455.

[574] LEBEN (Ch.), « Droit international des investissements : un survol historique », *in* LEBEN (Ch.) (Dir.), *Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational*, *op. cit.*, p. 41. Egalement pp. 23-27 et 42-44 ; Voir également DE NANTEUIL (A.), *Droit international de l'investissement*, *op. cit.*, p. 321.

A. La reconnaissance du caractère coutumier de l'obligation d'indemnisation adéquate

1. Dans la jurisprudence de la Cour

L'expropriation étant autrefois considérée comme contraire au principe des droits acquis, les règles relatives à l'expropriation ont été qualifiées par la Cour de « dérogation aux règles généralement appliquées en ce qui concerne le traitement des étrangers » dans l'affaire *Certains intérêts allemands en Haute Silésie polonaise*[575]. A cette même époque, on retrouve dans la jurisprudence de la Cour, par son arrêt *Usine de Chorzów* également l'idée selon laquelle la « légitim[ité] » de cet acte exceptionnel qu'est l'expropriation passe par « le paiement d'une indemnité équitable »[576].

Une confirmation de cette règle d'indemnisation équitable en cas d'expropriation peut être déduite de l'arrêt *Activités armées sur le territoire du Congo (République démocratique du Congo c. Ouganda*). Dans cet arrêt, la Cour reconnaît, en effet, un caractère coutumier au principe de la souveraineté permanente des Etats sur leurs ressources naturelles[577]. Ce faisant, elle reconnaît également le caractère coutumier du droit d'exproprier qui est une expression de ce principe[578]. Cependant, le droit d'exproprier découlant du principe de la souveraineté permanente sur les ressources naturelles n'est pas absolu. Il s'agit d'un droit d'exproprier soumis à conditions, notamment celle d'une « indemnisation adéquate » selon les résolutions de l'Assemblée générale de l'ONU traitant du principe de souveraineté permanente sur les ressources naturelles et visées par la Cour dans son arrêt[579].

Ainsi, au regard de la jurisprudence de la Cour, « l'indemnisation adéquate » en cas d'expropriation apparaît comme l'un des éléments du traitement et de la protection prévus par le droit international coutumier en faveur des étrangers et de leur propriété.

La reconnaissance du caractère coutumier du principe de souveraineté permanente sur les ressources naturelles par la Cour appelle cependant quelques remarques au regard de l'indemnisation due en cas d'expropriation. En effet, la Cour cite trois instruments comme instruments de référence concernant le principe de souveraineté permanente : la

[575]*Certains intérêts allemands en Haute Silésie polonaise (fond)*, arrêt, *op. cit.*, p. 22.
[576]*Usine de Chorzów* (fond), arrêt du 13 septembre 1928, C.P.J.I. Recueil, série A, n° 17, p. 46.
[577]*Activités armées sur le territoire du Congo (RDC c. Ouganda)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2005, p. 251, § 244.
[578]*Déclaration concernant l'instauration d'un nouvel ordre économique international*, Résolution 3201 de l'Assemblée générale des Nations Unies, 1er mai 1974, § 4.e.
[579]*Souveraineté permanente sur les ressources naturelles*, Résolution 1803 de l'Assemblée générale des Nations Unies du 14 décembre 1962, § 4 et *Charte des droits et devoirs économiques des Etats*, Résolution 3281 de l'Assemblée générale des Nations Unies du 12 décembre 1974, article 2. 2. c.

résolution 1803 (Souveraineté permanente sur les ressources naturelles, en date du 14 décembre 1962), la résolution 3201 (Déclaration concernant l'instauration d'un nouvel ordre économique international, en date du 1er mai 1974) et la résolution 3281 (Charte des droits et devoirs économiques des Etats, en date du 12 décembre 1974)[580]. Or, les résolutions 1803 et 3281 cristallisent les oppositions des Etats développés et des Etats en développement en ce qui concerne les modalités de l'indemnisation due en cas d'expropriation. Dans la Résolution 1803, l'indemnisation adéquate due en cas d'expropriation doit être versée « en conformité du droit international » (paragraphe 4). La Résolution 3281 vient contester ce principe en prévoyant qu'en cas d'expropriation des biens des étrangers, l'Etat verse une indemnisation adéquate « compte tenu de ses lois et règlements » (article 2.2.c). La Cour vise donc deux instruments contradictoires, l'un prévoyant une indemnisation adéquate appréciée à la lumière du droit international et l'autre une indemnisation adéquate appréciée à la lumière du droit national. Cependant, dans son arrêt précité, la Cour a visé ces instruments comme références du principe de souveraineté permanente sur les ressources naturelles, elle ne traitait pas de l'indemnisation due en cas d'expropriation mais de la portée *ratione materiae* du principe de souveraineté permanente, notamment dans le cadre de l'intervention militaire d'un Etat sur le territoire d'un autre Etat. De ce fait, la seule portée qu'il a semblé possible de tirer de cet arrêt en ce qui concerne l'indemnisation due en cas d'expropriation, c'est l'idée d' « indemnisation adéquate » que l'on retrouve dans les deux instruments contradictoires que la Cour a cités. Cette indemnisation « adéquate », renvoyant, au regard de sa jurisprudence antérieure à une « indemnisation équitable ».

2. Dans la jurisprudence des tribunaux CIRDI

La jurisprudence des tribunaux CIRDI reconnaît également en faveur des investissements étrangers l'existence d'une obligation coutumière d'indemnisation adéquate en cas d'expropriation.

Les sentences *Cargill* et *Generation Ukraine* affirment par exemple que l'article 1110 de l'ALENA[581] « intègre [le] droit coutumier de l'expropriation »[582] ou encore que les règles des TBI relatives à l'expropriation « constituent simplement une codification conventionnelle de standards qui ont longtemps existé en droit international

[580] *Activités armées sur le territoire du Congo (RDC c. Ouganda),* arrêt, *op. cit.,* p. 251, § 244.
[581] L'article 1110 de l'ALENA porte sur l'expropriation.
[582] *Cargill c. Mexique*, préc., sentence, § 372.

coutumier »[583]. Or, les modalités de l'indemnisation contenues dans les instruments conventionnels constituent une réaction à la remise en cause, par les Etats en développement, notamment à travers la résolution 3281, de la formule « Hull » d'une indemnisation prompte et effective, considérée comme la règle générale du droit international en ce qui concerne l'indemnisation due en cas d'expropriation.

C'est dire qu'en reconnaissant un caractère coutumier aux règles conventionnelles relatives à l'expropriation, les tribunaux CIRDI reconnaissent un caractère coutumier à l'obligation d'indemnisation, mais précisément à l'indemnisation adéquate à verser « en conformité du droit international ». Le caractère adéquat apparaît ainsi le caractère de l'indemnisation clairement commun à la Cour et aux tribunaux CIRDI, contrairement à ses caractères effectif et prompt.

L'obligation de protection constitue une autre composante du standard minimum de traitement commune à la Cour et aux tribunaux CIRDI.

B. La reconnaissance du caractère coutumier de l'obligation de protection dans les jurisprudences de la Cour et des tribunaux CIRDI

1. Dans la jurisprudence de la Cour

Il ressort des arrêts *Personnel diplomatique et consulaire des Etats-Unis à Téhéran* et *ELSI* que la Cour considère l'obligation de protection et l'obligation de *due diligence* qu'elle renferme comme une expression du standard minimum de traitement. Elle l'affirme clairement dans l'arrêt *Barcelona Traction*.

Dans l'arrêt *Personnel diplomatique et consulaire des Etats-Unis à Téhéran,* la Cour a considéré que la « carence » des autorités iraniennes face à la prise d'otages de ressortissants américains, a, en plus de la violation de la clause de protection et de sécurité de l'espèce[584], « entraîné…une violation…des obligations résultant du droit international général »[585]. Le standard minimum de traitement implique donc une obligation de protection, notamment de vigilance. Ce principe ressort également de l'arrêt *ELSI,* où la Cour a vérifié que les autorités

[583] *Generation Ukraine c Ukraine*, CIRDI, affaire n° ARB/00/9, sentence du 16 septembre 2003, § 11.3. Voir également *Alex Genin et autres c. Estonie*, préc., sentence, § 373.
[584] *Cf.* Chapitre I de la présente Partie, Section I, Paragraphe I.
[585] *Personnel diplomatique et consulaire des Etats-Unis* à *Téhéran,* arrêt, *op. cit.*, p. 33, § 67.

italiennes avaient respecté leur obligation de protection, précisément de vigilance, pour établir qu'il n'y avait pas violation de la norme internationale minimale de traitement[586].

Dans l'arrêt *Barcelona Traction*, la Cour affirme que,

> « Dès lors qu'un Etat admet sur son territoire des investissements ou des ressortissants étrangers, il est tenu … de leur accorder la protection de la loi. Mais il ne devient pas l'assureur des ressources d'un autre Etat que ces investissements représentent. Tous les placements de cette nature comportent des risques. La vraie question est de savoir s'il y a eu violation d'un droit qui ne saurait être que le droit de 1'Etat à ce que ses ressortissants bénéficient d'un certain traitement garanti par le droit international général en l'absence d'un traité applicable au cas d'espèce »[587].

En précisant que l'obligation coutumière de protection des investissements et ressortissants étrangers n'est pas une "assurance tous risques" au profit de ces derniers, la Cour admet que cette obligation n'exclut pas la réalisation d'un risque pour les investissements et ressortissants étrangers. Ce faisant, elle laisse transparaître l'idée selon laquelle cette obligation contient non pas une obligation de résultats mais une obligation de moyens comme en attestent, par ailleurs, les arrêts précédents d'où il ressort que l'obligation coutumière de protection est une obligation de *due diligence*, de vigilance.

2. Dans la jurisprudence des tribunaux CIRDI

L'obligation de protection et de *due diligence* comme expression du standard minimum de traitement est également admise dans la jurisprudence des tribunaux CIRDI.

Selon la sentence *Amco I,* « c'est une règle généralement acceptée du droit international...qu'un Etat a le devoir de protéger les étrangers et leur investissement des actes illicites commis par certains de ses citoyens »[588]. Quant à la sentence *Noble*, elle fait état d'un « devoir général d'assurer la protection et la sécurité des nationaux étrangers qu'on retrouve dans le droit international coutumier relatif aux étrangers »[589]. Il en est de même de la sentence *El paso* qui indique l'existence d'une « obligation traditionnelle de protéger les étrangers en vertu du droit international coutumier »[590]. C'est la sentence *A.A.P.L.* qui vient

[586] *Cf.* Chapitre 2 du présentt Titre, Section I, Paragraphe I.
[587] *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited,* arrêt, *op. cit.*, p. 47, § 87.
[588] *Amco c. Indonésie I*, préc., sentence du 20 novembre 1984, § 172.
[589] *Noble Ventures c. Roumanie*, préc., sentence, § 164.
[590] *El Paso c. Argentine*, CIRDI, affaire n° ARB/03/15, sentence du 31 octobre 2011, § 522.

préciser que le devoir de protection et de sécurité intègre une obligation de « "due diligence" [dans] le "standard minimum" de droit international général »[591].

L'identité ainsi apparente entre la nature de l'obligation contenue dans l'obligation coutumière de protection et la nature de l'obligation contenue dans la clause conventionnelle de protection et de sécurité a conduit Geneviève BASTID BURDEAU à constater que « l'apport propre et substantiel de la clause de protection et de sécurité pleine et entière peut, au bout du compte paraître assez mince et la stipulation correspondant apparaît plutôt comme une invitation faite aux parties au traité et aux arbitres de se référer au standard de traitement des étrangers en droit international public qui s'est considérablement enrichi et a cessé de nos jours d'être un standard minimum »[592].

L'idée d'enrichissement du standard minimum de traitement exprimée par l'auteure est partagée par la jurisprudence des tribunaux CIRDI au regard des composantes du standard qu'elle a dégagé et qui ne se retrouvent pas dans la jurisprudence de la Cour.

Paragraphe II : Les composantes écartant la jurisprudence des tribunaux CIRDI de celle de la Cour

Les traitements non arbitraires et non discriminatoires d'une part (I), le respect des attentes légitimes et l'exigence de transparence d'autre part (II), constituent des expressions du standard minimum de traitement propres aux tribunaux CIRDI qui ressortent de l'affirmation d'une équivalence entre le standard minimum et la clause TJE.

I. Les traitements non arbitraires et non discriminatoires

L'aribitraire (A) ainsi que la discrimination (B) ont été présentés comme des comportements prohibés au titre du standard minimum de traitement dans la jurisprudence des tribunaux CIRDI.

A. Le traitement non arbitraire

Le traitement non-arbitraire est une composante du standard minimum de traitement selon les sentences qui considèrent que le standard minimum est l'équivalent du TJE, composante qu'on ne retrouve pas dans la jurisprudence de la Cour.

[591] *A.A.P.L. c. Sri Lanka*, préc., sentence, § 50.
[592] BASTID BURDEAU (G.), « La clause de protection et de sécurité pleine et entière », *op. cit.*p. 101.

Cependant, la signification de l'arbitraire considéré comme expression du standard minimum dans la jurisprudence des tribunaux CIRDI est empruntée à l'arrêt *ELSI* de la CIJ selon lequel « l'arbitraire n'est pas tant ce qui s'oppose à une règle de droit que ce qui s'oppose au règne de la loi. (…) Il s'agit d'une méconnaissance délibérée des procédures régulières, d'un acte qui heurte, ou du moins surprend, le sens de la correction juridique »[593].

Ainsi, les tribunaux CIRDI n'ont pas hésité à présenter une action arbitraire comme un mépris de la règle de droit dans l'affaire *LG&E*[594]; comme une « méconnaissance délibérée des procédures régulières, une insuffisance extrême de l'action » dans l'affaire *Alex Genin*[595]; comme une action qui dénote un « manque de convenance tel que (…) la pratique heurte, ou du moins surprend, le sens de la correction juridique » dans l'affaire *Joseph C. Lemire*[596]; ou encore comme une action « présentant des insuffisances qui seraient reconnues "…par tout homme raisonnable et impartial" ou, bien que n'étant pas en violation d'une réglementation spécifique, (…) contraire au droit parce que : … (elle) heurte, ou du moins surprend, le sens de la correction juridique »[597].

B. Le traitement non discriminatoire

Le traitement non discriminatoire constitue une autre expression du standard minimum de traitement propre aux sentences CIRDI.

Certaines sentences CIRDI soulignent que, pour déterminer l'existence d'une discrimination, la prise en compte de l'intention de discriminer, même si elle est secondaire, n'est pas dénuée de pertinence[598].

Par ailleurs, les développements dans le cadre de la clause de traitement national ont permis d'avoir un aperçu sur la non discrimination dans la jurisprudence des tribunaux CIRDI. En effet, à la différence du traitement national, l'évaluation de la différence de traitement prohibée par l'obligation de non-discrimination passe par la réponse à la question

---

[593] *Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI),* arrêt, *op. cit.,* p. 76, § 128. La version anglaise de ce passage se lit comme il suit: « *Arbitrariness is not so much something opposed to a rule of law, as something opposed to the rule of law. (…). It is a wilful disregard of due process of law, an act which shocks, or at least surprises, a sense of juridical propriety* »

[594] *LG&E c. Argentine*, CIRDI, affaire n° ARB/02/1, décision sur la responsabilité du 3 octobre 2006, §§ 162 et 163.

[595] *Alex Genin et autres c. Estonie,* préc., sentence, § 371.

[596] *Joseph C. Lemire c. Ukraine*, préc., décision sur la compétence et la responsabilité., § 418.

[597] *Tecmed c. Mexique,* préc., sentence, § 154 ; *Joseph C. Lemire c. Ukraine*, préc., décision sur la compétence et la responsabilité., § 418 ; *Alex Genin et autres c. Estonie*, préc., sentence, § 371 ; *LG&E c. Argentine*, préc., décision sur la responsabilité, §§ 162 et 163.

[598] *LG&E c. Argentine,* préc., décision sur la responsabilité, § 146 ; *Reinhard Unglaube c. Costa Rica*, préc., sentence, § 263.

de savoir si cette différence de traitement entre investisseurs est fondée sur une « base raisonnable »[599]. En atteste la dénomination trompeuse du traitement national par les sentences CIRDI qui présentent le traitement national comme une obligation de non-discrimination *fondée sur la nationalité étrangère* alors même que leur évaluation de la différence de traitement prohibée par le traitement national ne passe pas par l'appréciation du motif de la nationalité étrangère[600].

Il est à noter que bien que la Cour n'a pas considéré la non-discrimination comme expression du standard minimum de traitement, la définition de la non-discrimination par les tribunaux CIRDI est la même que celle retenue par la Cour qui considère la discrimination comme une différence de traitement basée sur / en raison d'une justification qui n'est pas objective[601].

II. Le respect des attentes légitimes et l'exigence de transparence

L'intégration du respect des attentes légitimes dans le contenu actuel du standard minimum de traitement est admise dans la jurisprudence des tribunaux CIRDI (A) tandis que la prise en compte de la transparence est controversée (B).

A. Le respect des attentes légitimes considéré comme élément actuel du standard minimum de traitement

Le respect des attentes légitimes a été présenté comme une composante constante du standard minimum de traitement dans le cadre de l'ALENA par la sentence *Waste Management II* précitée. La détermination du respect des attentes légitimes comme élément du standard minimum de traitement ressort également de sentences rendues en dehors de l'ALENA qui ont considéré que la substance actuelle du standard minimum de traitement est équivalente à celle du TJE. En effet, dans leur analyse du TJE, ces sentences ont cherché à déterminer s'il y avait eu frustration des attentes raisonnables de l'investisseur considérant ainsi que le respect des attentes légitimes est également une expression du standard minimum de traitement[602].

---

[599] *Reinhard Unglaube c. Costa Rica*, préc., sentence, § 262.
[600] *Cf. Supra*, Partie I, Titre I, Chapitre II, Section II, Paragraphe I, II.
[601] *Traitement des nationaux polonais et des autres personnes d'origine ou de langue polonaise dans le territoire de Dantzig*, avis consultatif, *op. cit*., p. 28 ; *Oscar Chinn*, arrêt, *op. cit*., p. 87. ; *Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI), op. cit*., pp. 72-73, § 122.
[602] Voir par exemple *Biwater Gauff (Tanzanie) c. Tanzanie*, préc., sentence, § 602 ; *Duke Energy c. Equateur*, préc., sentence, § 340.

La protection des attentes légitimes de l'investisseur renvoie à l'idée selon laquelle les contradictions dans les comportements successifs de l'Etat hôte ne doivent pas se faire au détriment de la confiance légitimement placée par l'investisseur dans le comportement antérieur. Il s'agit donc d'une protection contre les contradictions dans les comportements successifs de l'Etat hôte lorsque l'investisseur a raisonnablement ou légitimement tiré des attentes de la représentation que les autorités de l'Etat hôte ont pu donner de leur comportement antérieur. Cependant, toutes les attentes de l'investisseur et tous les comportements de l'Etat hôte n'ont pas vocation à attirer la conduite de l'Etat dans les limites de la violation du standard TJE, encore faut-il que certaines conditions soient remplies, qui tournent autour de la nature du comportement générant l'attente, l'objet de l'attente, le lien entre l'attente et le comportement, la prise en compte de circonstances liées à l'investisseur ou encore au contexte dans lequel il a investi[603].

A côté du respect des attentes légitimes, l'exigence de transparence apparaît comme une expression actuelle du standard minimum de traitement controversée.

B. L'exigence de transparence : une composante nouvelle controversée

L'extrait de la sentence *Waste Management (II)* qui résume les composantes du standard minimum de traitement sur la base des sentences antérieures, notamment les sentences *S.D. Myers*, *Mondev*, *ADF* et *Loewen*, se lit dans son entièreté comme il suit : « le standard minimum de traitement juste et équitable est violé par une conduite attribuable à l'Etat et qui nuit à l'investisseur si cette conduite est arbitraire, extrêmement injuste, injuste ou singulière, discriminatoire et expose le demandeur à des préjugés raciaux, ou implique une méconnaissance des procédures régulières conduisant à un résultat qui choque la correction judiciaire – comme cela pourrait être le cas avec un défaut évident de justice naturelle dans les procédures judiciaires ou une totale absence de transparence et franchise dans une procédure administrative. En appliquant ce standard, il est pertinent que le traitement contredise les déclarations faites par l'Etat hôte auxquelles le demandeur s'est raisonnablement fié. »[604].

Cette présentation du standard minimum de traitement appelle les remarques suivantes :

- La sentence *Waste Management (II)* ne fait pas référence à la sentence *Metalclad* qui, constitue pourtant, comme les autres sur lesquelles elle s'appuie, une sentence CIRDI

[603] Sur les règles qui encadrent la protection des attentes légitimes, voir CAZALA (J.), « La protection des attentes légitimes de l'investisseur dans l'arbitrage international », *RIDE*, février 2009, n°1, pp. 5-32 ; DE NANTEUIL (A.), *Droit international de l'investissement*, *op. cit*., pp. 332-336.

[604] *Waste Management c. Mexique (II)*, préc., sentence, § 98.

antérieure ayant interprété et appliqué l'article 1105 de l'ALENA. La particularité de la sentence *Metalclad* est que le tribunal arbitral fait tourner son analyse sur l'allégation de la violation du standard minimum de traitement juste et équitable autour de la problématique de la transparence[605].

- La transparence[606] n'est pas présentée comme un élément indépendant, en soi constitutif du traitement minimum exigé par le droit international coutumier, elle apparaît plutôt comme un aspect de la méconnaissance des procédures régulières.

L'exclusion de l'exigence de transparence des composantes du standard minimum de traitement est confirmée par les conclusions auxquelles ont abouti les sentences *Railroad Development Corporation*[607], *Cargill* et *Mobil*[608], rendues dans le cadre de l'ALENA et de l'ALEAC, postérieurement à la sentence *Waste Management* (*II*) à laquelle elles ne manquent, d'ailleurs, pas de se référer. Ainsi, la sentence *Cargill* souligne, par exemple, qu'il n'a pas été « établi qu'un devoir général de transparence est inclus dans le standard minimum de traitement de droit international coutumier dû aux investisseurs étrangers par l'exigence de l'article 1105 d'accorder un traitement juste et équitable »[609]. Cette position est d'autant plus logique que la sentence *Metalclad*, qui estime que l'article 1105 de l'ALENA exige une attitude cohérente et transparente dénuée d'ambiguïté de la part de l'Etat hôte, se fonde sur les objectifs et principes gouvernant l'ALENA, définis dans son Préambule, pour poser la transparence comme exigence de l'article 1105[610].

---

[605] *Metalclad c. Mexique*, préc., sentence, §§ 74-101.

[606] Pour une tentative de définition de la transparence sur la base de la jurisprudence arbitrale en matière d'investissements, voir DE NANTEUIL (A.), *Droit international de l'investissement*, *op. cit.*, p. 330.

[607] Cette sentence rendue sur la base de l'ALEAC affirme clairement adopter les éléments dégagés par la sentence *Waste Management II* en ce qu'elle « intègre de manière persuasive l'analyse des tribunaux ALENA antérieurs et reflète une description équilibrée du standard minimum de traitement ». *Railroad Development Corporation c. Guatemala*, préc., sentence, § 219.

[608] *Mobil Investments Canada Inc. et Murphy Oil Corporation c. Canada*, CIRDI, affaire n° ARB(AF)/07/4, décision sur la responsabilité et les principes de la réparation du 22 mai 2012, § 153.

[609] *Cargill c. Mexique*, préc., sentence, § 294.

[610] *Metalclad c. Mexique*, préc., sentence, §§ 75-76. C'est d'ailleurs le cas pour les sentences qui ont posé la clause TJE comme garantie de prévisibilité exigeant la transparence qui implique l'obligation d'assurer et de maintenir un cadre juridique stable et prévisible. Ces sentences ont majoritairement été rendues sur la base de TBI procédant du modèle américain de TBI de 1984 contenant dans son préambule la phrase suivante : « le traitement juste et équitable de l'investissement est souhaitable afin de maintenir un cadre stable pour l'investissement ». (Voir par exemple *CMS c. Argentine*, préc., sentence, § 274 ; *Azurix c. Argentine*, préc., sentence, § 360 ; *Enron c. Argentine*, préc., sentence, § 260 ; *Duke Energy c. Equateur*, préc., sentence, § 339 ; *LG&E c. Argentine*, préc., décision sur la responsabilité, § 125.) La sentence *AES Summit Generation* a quant à elle a tiré le « devoir d'assurer un cadre juridique et un environnement des affaires stables », élément du traitement juste et équitable, de l'article 10 du traité sur la Charte de l'énergie applicable en l'espèce (*AES Summit Generation c. Hongrie*, préc., sentence, §§ 9.3.27 et 9.3.28).

CONCLUSION DU CHAPITRE

L'étude de la jurisprudence de la Cour et des tribunaux CIRDI sur le standard minimum de traitement s'est focalisée sur son contenu et ses rapports avec les clauses conventionnelles TJE et de protection. Ces deux problématiques ont en commun de dénoter une adhésion relative de la jurisprudence des tribunaux CIRDI à la jurisprudence de la Cour.

En effet, en ce qui concerne la détermination des rapports entre le standard minimum de traitement et les clauses TJE et de protection, il est ressorti de l'analyse qu'elle se fait, pour la Cour et pour les tribunaux CIRDI, de façon générale, sur la base de la formulation des clauses conventionnelles. Ainsi, la lecture de la ligne de fracture dans la jurisprudence des tribunaux CIRDI, divisée entre autonomie des clauses TJE et de protection et assimilation de ces clauses au standard minimum de traitement, à la lumière des méthodes coutumières d'interprétation des traités, permet de la réconcilier avec la jurisprudence de la Cour.

Par ailleurs, l'ensemble des éléments que la Cour a pu dégager, lorsqu'elle a eu l'occasion de s'y prononcer, comme composantes du contenu du standard minimum de traitement, se retrouvent également, à ce titre, dans la jurisprudence des tribunaux CIRDI : l'interdiction de déni de justice, l'obligation de protection et l'obligation d'une indemnisation adéquate en cas d'expropriation. Cependant, les tribunaux CIRDI ont considéré comme composante du standard minimum de traitement des éléments que l'on ne retrouve pas à ce titre dans la jurisprudence de la Cour. Parmi ces composantes exclusives à la jurisprudence des tribunaux CIRDI présentées comme expression actuelle du standard minimum de traitement en vertu du caractère *dynamique* de ce dernier, l'exigence de transparence est apparue comme une composante controversée.

TITRE III : AU REGARD DES REGLES RELATIVES A L'EXPROPRIATION

La question de l'expropriation est depuis longtemps une problématique centrale du droit international, notamment du droit international des investissements, dont « elle a accompagné le développement … depuis ses origines »[611].

La souveraineté de l'Etat a conduit le droit international à admettre le principe du droit d'expropriation par l'État d'accueil. De nos jours, la pratique des Etats confirme l'existence de ce droit, les instruments conventionnels ne se contentant que d'organiser sa mise en œuvre sans le remettre en cause.

Les vagues de nationalisation[612] en Amérique latine depuis l'entrée dans le 21e siècle remettent en cause l'idée exprimée par certains selon laquelle « les grandes vagues de nationalisation des années 70 se rattachent désormais à « une autre époque » »[613]. Les faits ne contredisent cependant pas ces auteurs quand ils estiment que « (…) les expropriations ne sont pas … des pratiques d'un autre âge »[614]. En effet, avec les nouvelles vagues de nationalisation, les expropriations directes et formelles ont refait surface. Par ailleurs, de nos jours, l'expropriation ne se résume pas à une « mesure qui vise le transfert forcé de la propriété d'une personne privée à l'Etat (ou le transfert forcé par l'Etat au bénéfice d'une autre personne privée) »[615]. Les atteintes aux droits de l'investisseur étranger qui entraînent des effets comparables à ceux de l'expropriation formelle se manifestent de façons diverses désormais. C'est dans ce contexte qu'a émergé un lexique tendant à appréhender les réalités que recouvrent ces atteintes autres que l'expropriation directe et formelle : "mesures équivalant à une expropriation", "expropriation indirecte", "expropriation de fait", "expropriation rampante", … etc[616].

---

[611] DUPUY (P-M), RADI (Y.), « Le droit de l'expropriation directe et indirecte », *in* LEBEN (Ch.) (dir.), *Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational*, *op. cit.*, p. 375.

[612] Si dans les ordres juridiques internes l'expropriation et la nationalisation sont des mesures distinctes, les instruments conventionnels les présentent comme des notions synonymes et leur assignent le même régime juridique. C'est sur ce fondement de notions synonymes et assimilables en droit international que les notions d'expropriation et de nationalisation seront employées indifféremment tout au long de la présente étude.
Pour un aperçu sur la distinction entre expropriations et nationalisations, voir LEBEN (Ch.), « La liberté normative de l'Etat et la question de l'expropriation indirecte », *in* LEBEN (Ch.) (Dir.), *Le contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement. Nouveaux Développements,* Actes du Colloque organisé à Paris le 3 mai 2004, Anthémis, 2006, p. 164, note 3 ; DE NANTEUIL (A.), *L'expropriation indirecte en droit international de l'investissement*, Paris : Pedone, 2014, pp. 13-16.

[613] LONCLE (J-M), PHILLIBERT-POLLEZ (D.), « Les clauses de stabilisation dans les contrats d'investissement », *R.D.A.I.*, juin 2009, n°3, p. 267

[614] *Ibidem*.

[615] STERN (B.), « In search of the frontiers of indirect expropriation », *in* ROVINE (A.) (éd.), *Contemporary issues in international arbitration and mediation. The Fordham papers 2007*, Leiden, Nijhoff, 2008, p. 35.

[616] Pour un aperçu des réalités que recouvrent ces différentes notions, voir DE NANTEUIL (A.), *L'expropriation indirecte en droit international de l'investissement*, *op. cit.*, pp. 9-13.

Il ressort de ces différents constats que c'est en partie à raison qu'Arnaud DE NANTEUIL affirme que le contentieux de l'expropriation s'est déplacé « sur sa définition même »[617]. En partie seulement, car le contentieux portant uniquement sur la licéité de l'expropriation est loin d'avoir disparu, sa résurgence étant largement liée au retour de l'expropriation formelle.

Le contentieux de l'expropriation est donc partagé entre la précision du concept d'expropriation indirecte et la détermination de sa licéité. C'est sur ces deux problématiques, sur lesquelles la Cour et les tribunaux CIRDI se sont, au demeurant, conjointement prononcées, qu'il a été procédé à la mise en parallèle de leurs jurisprudences.

Ainsi, il sera démontré que la jurisprudence des tribunaux CIRDI prolonge relativement celle de la Cour tant en ce qui concerne le concept d'expropriation indirecte (Chapitre I) que la licéité de l'expropriation (Chapitre II).

[617] *Ibid.*, p. 4.

CHAPITRE I : CONCORDANCE PARTIELLE QUANT AU CONCEPT D'EXPROPRIATION INDIRECTE VU PAR LA COUR

Si les expressions désignant les différentes formes implicites d'expropriation sont récentes, les réalités qu'elles entendent saisir, c'est-à-dire les atteintes aux droits de l'investisseur étranger qui entraînent des effets comparables à ceux de l'expropriation formelle, se retrouvent déjà dans des arrêts rendus par la CPJI. En effet, la Cour a eu l'occasion de se prononcer sur des clauses d'expropriation, notamment directe, mais également sur des allégations qui bien que n'étant pas fondées sur une clause d'expropriation (indirecte), n'en étaient pas moins formulées comme des allégations d'expropriation indirecte. Des Etats prenant fait et cause pour leurs ressortissants, opérateurs économiques, ont prié la Cour de constater que des mesures de l'Etat hôte étaient constitutives d'une interférence ou d'une atteinte aux droits des opérateurs étrangers ayant entrainé la privation des droits en question.

Ces différentes catégories d'affaires portées devant la Cour entreront en ligne de compte pour apprécier son rôle dans la précision du concept d'expropriation.

Dans les jurisprudences de la Cour et des tribunaux CIRDI, la précision du concept d'expropriation a consisté, principalement, à le définir, à identifier les critères par lesquels il est possible de reconnaître une expropriation. Il apparaît que l'expropriation indirecte est au cœur d'un tel exercice, notamment au regard de sa prééminence dans le contentieux actuel de l'expropriation et de l'absence de difficultés soulevées par l'identification de l'expropriation directe au regard du transfert formel de propriété qu'il implique. Ainsi, c'est au regard de l'expropriation indirecte, pour laquelle la Cour et les tribunaux CIRDI ont eu à déterminer des critères d'identification, que leurs jurisprudences ont pu faire l'objet d'une analyse comparative. A l'examen de cette jurisprudence relative à l'expropriation indirecte, l'on peut observer une convergence partielle de la jurisprudence des tribunaux CIRDI avec celle de la Cour quant à la prise en compte de critères d'identification complémentaires à la privation de droit (Section II).

La précision du concept d'expropriation dans les jurisprudences de la Cour et des tribunaux CIRDI ne se limite cependant pas à la problématique des formes de l'expropriation. En effet, la Cour et des tribunaux CIRDI ont été confrontés à la question de savoir sur quoi pouvait porter une expropriation. Les réponses qu'ils ont apportées à la problématique de l'objet de l'expropriation ainsi soulevée témoignent d'une convergence partielle des

jurisprudences de la Cour et des tribunaux CIRDI quant au champ matériel de l'expropriation (Section I).

Section I : Convergence partielle quant au champ matériel de l'expropriation

La convergence partielle de la jurisprudence de la Cour et de celle des tribunaux CIRDI a été constatée d'une part, au regard de leur relative concordance quant au rejet de la valeur économique de l'investissement comme objet possible d'expropriation (Paragraphe I) et d'autre part, au regard de leur concordance quant à l'admisssion des droits contractuels comme objets possibles d'expropriation (Paragraphe II).

Paragraphe I : Concordance relative quant au rejet de la valeur économique de l'investissement comme objet possible d'expropriation

La concordance de la jurisprudence de la Cour et des tribunaux CIRDI sur le rejet de la valeur économique de l'investissement comme objet possible de l'expropriation (I) doit être relativisée au regard de l'admission par des sentences CIRDI de la valeur de l'investissement comme objet possible de l'expropriation (II).

I. Concordance sur le rejet de la valeur économique de l'investissement comme objet possible d'expropriation

Au nom de la distinction entre droit et intérêt, la Cour a rejeté la valeur économique de l'investissement comme objet possible de l'expropriation (A). Un raisonnement concordant ressort de certaines sentences CIRDI exigeant une atteinte à un droit de propriété (B).

A. Rejet par la Cour de la valeur économique de l'investissement comme objet d'expropriation au nom de la distinction droit/intérêt

Dans l'affaire *Oscar Chinn,* le Royaume-Uni soutenait qu'en instaurant un « monopole de fait »[618] au profit d'une société belge sous le couvert d'une mesure réglementaire visant à faire face aux conséquences de la crise économique générale, le Gouvernement belge a mis M. Chinn dans une « impossibilité commerciale de continuer ses affaires »[619]. Ce faisant, le Gouvernement belge aurait, selon le Royaume-Uni, violé les droits acquis par M. Chinn et interféré dans le droit de M. Chinn d'exercer librement son activité commerciale au Congo.

[618] *Oscar Chinn*, arrêt, *op. cit*., p. 81.
[619] *Ibid*., p. 82.

La Cour a apporté la réponse suivante à la prétention du Royaume-Uni : « sans méconnaître le changement de la situation économique de M. Chinn, laquelle l'aurait amené à liquider son entreprise de transport et son chantier, ne saurait apercevoir dans sa situation primitive, qui comportait la possession d'une clientèle et la possibilité d'en tirer profit, un véritable droit acquis. Une conjoncture économique favorable, ainsi que l'achalandage, sont des éléments temporaires susceptibles de modifications inévitables ; les intérêts des entrepreneurs de transports ont pu subir des atteintes par suite de la crise générale et des moyens pris en vue de la combattre. Aucune entreprise, surtout une entreprise de commerce ou de transports, dont le succès est lié au cours changeant des prix et des tarifs, ne peut échapper aux éventualités et aux risques qui sont le résultat des conditions économiques générales. »[620].

La Cour constate ainsi que la possession d'une clientèle et la possibilité d'en tirer profit ne constituent pas des droits acquis de l'entrepreneur mais simplement des intérêts économiques de ce dernier. La Cour met ainsi l'accent sur le fait que l'atteinte alléguée est une atteinte à la valeur économique de l'investissement et non une atteinte à un droit et qu'il ne peut y avoir d'atteinte aux droits acquis de l'investisseur étranger, autrement dit, il ne peut y avoir d'expropriation des droits de l'investisseur [621], là où seuls ses intérêts économiques ont été lésés.

Cette décision de la Cour est en conformité avec sa jurisprudence constante exprimée, par la suite, dans l'arrêt *Barcelona Traction*, qui « établi[ssant] une distinction entre la lésion d'un droit et la lésion d'un simple intérêt », pose le principe selon lequel « [L]a responsabilité n'est pas engagée si un simple intérêt est touché; elle ne l'est que si un droit est violé.»[622]. C'est au nom de ce principe que, dans l'affaire *Ahmadou Sadio Diallo*, le grief de la Guinée qui tendait en définitive à faire constater une expropriation de la valeur des intérêts de M. Diallo en tant qu'actionnaire, n'a pas prospéré. En effet, la Guinée entendait exercer la

[620] *Ibid.*, p. 88.
[621] Dans l'arrêt *Certains intérêts allemands en Haute Silésie polonaise*, la CPJI a constaté que la Convention relative à la Haute-Silésie polonaise « établissait en faveur de la Pologne un droit d'expropriation, qui constitue [à l'époque] une exception au principe général du respect des droits acquis » *Certains intérêts allemands en Haute Silésie polonaise (fond)*, arrêt, *op. cit.*, p. 21.
[622] *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*, exceptions préliminaires, arrêt, *op. cit.*, p. 36, § 46. Encore faut il se demander ce qui est entendu concrètement par droits et par intérêts affectés par une atteinte, d'une époque à l'autre, et d'un fondement juridique à l'autre susceptible de constituer un droit au profit d'une personne. L'atteinte à la valeur économique d'un investissement visant les intérêts des actionnaires, reste une atteinte à un simple intérêt en droit international coutumier en matière d'investissements étrangers depuis l'arrêt Barcelona Traction dans le contexte du passage précité confirmé par l'arrêt Diallo, tandis que dans le droit international conventionnel des investissements, dans la plupart des TBI, elle est une atteinte au droit qualifiable d'expropriation indirecte.

protection diplomatique en faveur de M. Diallo, citoyen guinéen, entre autres pour les atteintes aux droits des deux sociétés congolaises dont M. Diallo était actionnaire, sur la base de la "protection par substitution"[623], c'est-à-dire le droit d'action « d'un Etat d'exercer sa protection diplomatique en faveur de ses nationaux, actionnaires d'une société étrangère, lorsque cette société a été victime d'actes illicites commis par l'Etat en vertu de la législation duquel elle a été constituée »[624]. A ce titre, la Guinée estimait que, dans le cadre de son action en protection diplomatique en faveur de l'actionnaire, la responsabilité de la RDC devait être retenue pour l'expropriation des droits des deux sociétés. La Guinée a invoqué à l'appui de sa prétention la sentence *Biloune* au regard de la similitude des faits de cette espèce avec celle que la Guinée entendait porter à la connaissance de la Cour. Selon la Guinée, dans cette sentence, le « raisonnement du Tribunal a établi un lien direct entre l'expropriation des droits de la société immatriculée au Ghana (MDCL) et l'expropriation de la valeur des intérêts de l'actionnaire dans cette société (M. Biloune) »[625]. La Guinée appelait la Cour à en faire de même. Dans son arrêt sur les exceptions préliminaires, la Cour a déclaré irrecevable la protection diplomatique en faveur de M. Diallo, pour les atteintes aux droits des deux sociétés sur la base de la "protection par substitution", en se fondant sur la distinction entre droit de l'actionnaire et intérêt de l'actionnaire[626]. Ainsi, le grief tiré de l'expropriation de la valeur des intérêts de M. Diallo du fait de l'expropriation des droits de la société n'a pas prospéré tandis que le grief de l'expropriation indirecte des parts sociales de M. Diallo dans les sociétés a été retenu au titre des droits propres de M. Diallo en tant qu'associé des deux sociétés.

Il faut cependant noter la possibilité pour la Cour de considérer des intérêts comme objets possibles d'expropriation sur la base d'un traité comme ce fût le cas dans l'arrêt *ELSI*[627].

Autrement dit, au regard de la jurisprudence de la Cour, pour qu'une mesure puisse être qualifiée d'expropriation indirecte, elle doit, en principe, porter atteinte à des droits et non pas à des intérêts.

---

[623] *Ahmadou Sadio Diallo (République de Guinée c. République démocratique du Congo),* exceptions préliminaires, arrêt, *op. cit.*, p. 596, § 31.
[624] *Ibid.*, p. 596, § 30.
[625] Mémoire soumis par le Gouvernement de la Guinée, Livre I, CIJ, Mémoires, plaidoiries et documents, Affaire *Ahmadou Sadio Diallo (République de Guinée c. République démocratique du Congo)*, § 3.62,
[626] *Ahmadou Sadio Diallo (République de Guinée c. République démocratique du Congo),* exceptions préliminaires, arrêt, *op. cit.*, p. 614, § 86.
[627] *Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI)*, arrêt, *op. cit.*

B. Raisonnemment concordant dans certaines sentences CIRDI : exigence de l'atteinte à un droit de propriété

On retrouve dans la jurisprudence des tribunaux CIRDI des sentences qui n'admettent la qualification d'expropriation indirecte qu'à des mesures ayant des effets sur un droit de l'investisseur, notamment son droit de propriété.

Dans l'affaire *Marvin Feldman*, il était allégué qu'il y avait expropriation indirecte en ce sens que du fait d'une mesure de l'Etat hôte, l'investisseur étranger avait perdu la faculté d'exporter des cigarettes et tous les bénéfices en découlant. La sentence, constatant cette atteinte à la valeur économique de l'investissement, a indiqué que la question se posait de savoir si l'investisseur étranger possédait un « droit » d'exporter qui a été « exproprié » par l'Etat hôte. Par ailleurs, il a été constaté que l'investisseur a conservé le contrôle sur son investissement, ce qui lui permettait de continuer à exercer ses droits de propriété. La sentence conclut ainsi que la mesure litigieuse ne peut être qualifiée d'expropriation indirecte alors même qu'il a été constaté une atteinte à la valeur économique de l'investissement[628].

Dans la sentence *LG&E*, le tribunal souligne que bien que les mesures litigieuses aient eu un impact sur l'investissement, « spécialement au regard des bénéfices escomptés », ces mesures n'ont pas privé les investisseurs de « leur droit de jouir de l'investissement ». L'atteinte constitutive d'expropriation indirecte, selon ce tribunal porte sur « les droits relatifs à l'investissement » et pourrait porter sur la valeur de l'investissement en cas de « privation presque complète de la valeur de l'investissement »[629].

Selon la sentence *CMS*, « la question essentielle est …d'établir si la jouissance de la propriété a été effectivement neutralisée ». Constatant que l'investisseur a conservé la « pleine propriété » et le contrôle de l'investissement, la sentence a conclu qu'il n'y avait pas expropriation indirecte[630].

La sentence *Continental Casualty* présente, pour sa part, les expropriations indirectes comme des « limitations et entraves à la propriété, à la limite de la privation et de la suppression pure et simple, interférant avec un ou plusieurs éléments clés tels que la gestion, la jouissance, la transmissibilité, qui sont considérés comme équivalents à une expropriation, à cause de leur impact important sur le droit effectif de propriété »[631].

---

[628] *Marvin Feldman c. Mexique*, préc., sentence, § 152.
[629] *LG&E c. Argentine*, préc., décision sur la responsabilité, §§ 198-200.
[630] *CMS c. Argentine*, préc., sentence, §§ 260-262
[631] *Continental casualty company c. Argentine*, préc., sentence, § 276.

Ainsi, ce courant n'est pas sans rappeler la jurisprudence de la Cour, en ce sens qu'il admet qu'une mesure n'est pas qualifiée d'expropriation indirecte s'il n'y a pas atteinte à un droit, notamment de propriété.

La problématique soulevée par ce courant jurisprudentiel se retrouve sous la plume de Céline LEVESQUE. Selon elle, la détermination d'une expropriation implique d' « identifier un droit de propriété pouvant potentiellement faire l'objet d'une expropriation », le terme expropriation supposant étymologiquement une propriété privée. Pour elle, en effet, « le recours à la notion d'investissement, …, n'élimine pas le besoin de définir la propriété … c'est la privation du droit de propriété *sur* des investissements qui compte »[632].

L'allusion faite par l'auteure au « recours à la notion d'investissement » renvoie au courant de sentences CIRDI qui admettent l'intérêt, généralement couvert par la définition de l'investissement, comme objet de l'expropriation.

II. Discordance au regard de l'admission par des sentences CIRDI de la valeur économique de l'investissement comme objet d'expropriation

De nombreuses sentences CIRDI ont qualifié une mesure d'expropriation indirecte du fait de son impact sur la valeur de l'investissement, qu'il s'agisse d'une baisse importante de la valeur[633] de l'investissement ou d'une destruction de cette valeur[634]. On retrouve dans la sentence *Vivendi II* un lexique qui traduit les éléments pris en compte par ce courant : la mesure litigieuse doit « priver radicalement »[635] l'investisseur de l'utilisation économique et de la jouissance de son investissement ; « effectivement neutraliser »[636] les bénéfices de la propriété de l'investisseur ; « paralyser »[637], « ôter toute valeur à »[638], « frapper au cœur

[632] LEVESQUE (C.), « Les fondements juridiques de la distinction entre l'expropriation et la réglementation en droit international », *Revue générale de droit*, vol. 33, 2003, pp. 75 et 80.
[633] *Metalclad c. Mexique*, préc., sentence, § 103; *Consortium RFCC c. Maroc*, préc., sentence, § 69 ; *Alpha Pojektholding c. Ukraine*, préc., sentence du 8 novembre 2010, § 408.
[634] *Tecmed c. Mexique*, CIRDI, affaire n° ARB(AF)/00/2, sentence du 29 mai 2003, § 115 ; *Burlington c. Equateur, CIRDI, affaire n° ARB/08/5, décision sur la responsabilité du 14 décembre 2012*, § 397; *Telenor c. Hongrie*, préc., sentence, §§ 63 et 79; *Bayindir c. Pakistan*, préc., sentence, § 459; *Middle East Cement c. Egypte*, CIRDI, affaire n° ARB/99/6, sentence du 12 avril 2002, § 107; *Railroad Development Corporation c. Guatemala*, préc., sentence, § 151 ; *Reinhard Unglaube c. Costa Rica*, préc., sentence, § 234 ; *AES Summit Generation c. Hongrie*, préc., sentence, §§ 14.3.1 et 14.3.2 ; *Suez et InterAguas c. Argentine*, préc., décision sur la responsabilité,§ 129 ; *Cargill c. Mexique*, préc., sentence, § 551 ; *Inmaris Perestroïka et autres c. Ukraine*, préc., sentence ; *Alpha Projektholding c. Ukraine*, préc., sentence, §§ 409-410.
[635] *Vivendi c. Argentine II*, préc., sentence, § 7.5.24.
[636] *Ibidem*.
[637] *Ibid.*, § 7.5.25.
[638] *Ibid.*, § 7.5.28.

économique de »[639], « avoir des effets dévastateurs sur la viabilité économique de »[640] l'investissement.

La logique qui sous-tend la solution de ce courant a été exprimée dans la sentence *Burlington* qui souligne qu'« après tout, les investisseurs réalisent des investissements pour tirer des profits »[641]. Selon cette sentence, lorsque les investisseurs perdent la possibilité de tirer des profits de leurs investissements, ils en perdent « l'usage économique »[642].

Ces sentences sont ainsi à contre-courant de la jurisprudence de la Cour qui refuse de reconnaître la valeur économique de l'investissemnent comme objet d'une expropriation.

La jurisprudence des tribunaux CIRDI concorde néammoins parfaitement avec celle de la Cour pour ce qui est de la reconnaissance des droits contractuels comme objets possibles d'une expropriation.

Paragraphe II : Concordance quant à l'admission des droits contractuels comme objets d'expropriation

La reconnaissance par la Cour des droits contractuels comme éléments de propriété susceptibles d'expropriation (I) a été confirmée et précisée par la jurisprudence des tribunaux CIRDI (II).

I. La Cour, précurseur de la reconnaissance des droits contractuels comme objets possibles d'expropriation

La possibilité d'expropriation de droits contractuels a été clairement affirmée dans l'arrêt *Certains intérêts allemands en haute-Silésie polonaise.*

Dans cette affaire, l'Allemagne a saisi la CPJI d'une requête visant à faire reconnaître qu'un certain nombre d'actes de la Pologne n'étaient pas conformes aux articles 6 et suivants de la Convention (germano-polonaise) de Genève du 15 mai 1922 relative à la Haute-Silésie qui constituaient le cadre de l'expropriation licite applicable en l'espèce. Entre autres griefs, l'Allemagne a soutenu que la prise de possession par les autorités polonaises de l'usine de Chorzów – propriété d'une société allemande – et des biens meubles s'y rattachant, constituaient une expropriation illicite des droits contractuels de la *Bayerische* – autre société

[639] *Ibid.*, § 7.5.25.
[640] *Ibid.*, § 7.5.26.
[641] *Burlington c. Equateur*, préc., décision sur la responsabilité, § 397.
[642] *Ibidem.*

allemande – nés de contrats que cette dernière société avait conclus au sujet de l'usine de Chorzów. La Cour a favorablement reçu cette prétention de l'Allemagne en concluant à l'expropriation indirecte des droits contractuels de la *Bayerische* dans le cadre de l'expropriation (illicite) de l'usine de Chorzów : « il est clair que les droits de la Bayerische à l'exploitation, ainsi qu'à la rémunération stipulée par le contrat pour la direction de l'exploitation et pour l'utilisation de ses brevets, licences, expériences, etc., ont été directement lésés par la reprise de l'usine de Chorzów. Comme ces droits se rattachaient à l'usine et y étaient pour ainsi dire localisés, la défense, exprimée dans la dernière phrase de l'article 6 de la Convention, y est applicable. (…) ; l'attitude de la Pologne à l'égard de la Bayerische a donc été, de même que son attitude envers la Oberschlesische, contraire aux articles 6 et suivants de la Convention de Genève »[643].

L'admission de la possibilité d'expropriation de droits contractuels ressort également implicitement de l'arrêt *Mavrommatis en Palestine* dans lequel la Cour a décidé que la faculté ouverte à un cocontractant tiers du Gouvernement britannique de demander l'expropriation des droits nés de contrats de concession passés avec un ressortissant hellène, même si elle est contraire aux engagements internationaux du Gouvernement britannique, ne constitue pas en soi une expropriation des droits contractuels du ressortissant hellène[644].

Cette admission des droits contractuels, comme éléments de propriété protégés contre l'expropriation a été confirmée et précisée par la jurisprudence des tribunaux CIRDI.

II. Confirmation et précision par la jurisprudence des tribunaux CIRDI de l'admission des droits contractuels comme objets possibles d'expropriation

La jurisprudence de la Cour favorable à l'admission des droits contractuels au titre de biens susceptibles d'être expropriés a été reconduite par les sentences CIRDI.

On lit ainsi, dès la sentence *SPP* que : « le Tribunal ne peut pas non plus accepter l'argument selon lequel le terme "expropriation" s'applique seulement au *jus in rem*. (…) Il est largement admis que les droits contractuels bénéficient de la protection du droit international et que l'expropriation de tels droits fait naître une obligation d'indemniser. »[645].

---

[643] *Certains intérêts allemands en Haute Silésie polonaise* (fond), arrêt, *op. cit.*, p. 44.
[644] *Concessions Mavrommatis à Jérusalem*, arrêt du 26 mars 1925, CPJI Recueil, Série A, n° 5, notamment à la page 40.
[645] *Southern Pacific Properties (SPP) (Middle East)* c. Egypte, CIRDI, affaire n°ARB/84/3, sentence du 20 mai 1992, § 164.

Cette sentence ne manque d'ailleurs pas de faire référence à l'arrêt précurseur de la CPJI dans l'affaire *certains intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise*[646].

De nombreuses autres sentences CIRDI ont repris une telle solution[647]. Il est donc de jurisprudence constante que l'expropriation peut avoir pour objet des droits contractuels. La jurisprudence des tribunaux CIRDI a cependant précisé que toute atteinte aux droits contractuels de l'investisseur n'emporte pas *ipso facto* la qualification d'expropriation pour la mesure ou l'acte litigieux[648], qui même s'il s'analyse en une violation d'une obligation contractuelle du cocontractant étatique, ne pourrait recevoir la qualification d'expropriation que si ladite violation est intervenue dans le cadre de l'exercice par l'Etat de son autorité souveraine[649].

A coté de l'objet de l'expropriation, les jurisprudences de la Cour et des tribunaux CIRDI ont précisé le concept d'expropriation à travers une détermination relativement concordante des critères d'identification de l'expropriation indirecte.

Section II : Convergence partielle quant à la prise en compte de critères d'identification complémentaires à la privation

Sur les critères d'identification de l'expropriation indirecte, il a été constaté une convergence partielle des jurisprudences de la Cour et des tribunaux CIRDI qui s'accordent pour considérer l'effet de la mesure litigieuse sur l'investissement comme critère principal d'identification de l'expropriation directe. Cet effet s'analyse en une privation importante et permanente des droits ou des intérêts de l'investisseur renvoyant à l'intensité et à la durée de l'effet de la mesure litigieuse sur l'investissement (Paragraphe I).

---

[646] *Ibidem*, § 165: « *Moreover, it has been long been recognized that contractual rights may be indirectly expropriated. In the judgment of the Permanent Court of International Justice concerning Certain German Interests in Polish Upper Silesia, the Court ruled that, by taking possession of a factory, Poland had also"expropriated the contractual rights" of the operating company. (P.C.I.J., Series A, No.7, 1926, at p. 44.)* ».

[647] *Tecmed c. Mexique*, préc., sentence, § 113; *LG&E c. Argentine*, préc., décision sur la responsabilité, § 187 ; *Wena c. Egypte*, préc., sentence, § 98 ; *Vivendi c. Argentine II*, préc., sentence, § 7.5.4 ; *L.E.S.I. SpA et Astaldi SpA c. Algérie*, préc., sentence, § 131; *Bayindir c. Pakistan*, préc., sentence, §§ 458 et 462; *Consortium RFCC c. Maroc*, préc., sentence, § 69 ; *Azurix c. Argentine*, préc., sentence, § 314.

[648] *Waste management c. Mexique*, préc., sentence, §§ 159 et 175 ; *Azurix c. Argentine*, préc., sentence, § 315; *L.E.S.I. SpA et Astaldi SpA c. Algérie*, préc., sentence, § 131 ; *Bayindir c. Pakistan*, préc, sentence, § 458; *Telenor c. Hongrie*, préc., sentence, § 64; *Swisslion c. Macédoine*, CIRDI, affaire n° ARB/09/16, sentence du 6 juillet 2012, § 314 ; *Vigotop c. Hongrie*, CIRDI, affaire n° ARB/11/22, sentence du 1er octobre 2014, § 634 ; *Flughafen Zürichet Gestión e Ingeneríac. Venezuela*, CIRDI, affaire n° ARB/10/19, sentence du 18 novembre 2014, § 528 ; *Occidental Petroleum Corporation et OEPC c. Equateur*, CIRDI, affaire n° ARB/06/11, sentence du 5 octobre 2012, §§ 453-455.

[649] *Azurix c. Argentine*, préc., sentence, § 315; *Consortium RFCC c. Maroc*, préc., sentence, § 69 ; *Bayindir c. Pakistan*, préc., sentence, § 461 ; *Saipem c. Bangladesh*, CIRDI, affaire n°ARB/05/07, sentence du 30 juin 2009, § 131 ; *Inmaris Perestroika et autres c. Ukraine*, préc., sentence § 300.

Par ailleurs, il a été noté que des mesures de nature contractuelle, réglementaire ou législative et judiciaire ont été soumises à l'appréciation des tribunaux CIRDI au titre d'expropriation indirecte. Il ressort de l'analyse que certains tribunaux CIRDI ont pu mettre en avant des critères spécifiques dans l'identification de l'expropriation indirecte en fonction de la nature de la mesure précise qu'ils avaient à apprécier. Il ne s'agit pas de dire que le contentieux de l'expropriation indirecte est parfaitement cloisonné portant tantôt sur une mesure de telle ou telle nature et tantôt sur une mesure de telle ou telle autre nature. Dans certains cas en effet, la mesure litigieuse n'est pas unique et isolée, l'investisseur étranger pointant du doigt plusieurs mesures qui, selon lui, ont contribué à la survenance de la situation dénoncée comme constitutive d'expropriation indirecte. Il est plutôt question de constater que certains tribunaux ont insisté sur certains éléments selon qu'ils appréciaient une mesure de réglementation ou une décision de justice, telle la sentence *Saipem*[650], ou encore selon que l'effet dénoncé de la mesure s'inscrivait dans le cadre d'une relation contractuelle[651]. Au regard de la jurisprudence de la Cour, seules les mesures de réglementation offrent un champ d'intervention commune de la Cour et des tribunaux CIRDI quant à des critères complémentaires d'identification de l'expropriation indirecte. Sur ce point, la jurisprudence de la Cour n'a été confirmée que de façon relative par celle des tribunaux CIRDI (Paragraphe II).

[650] *Saipem c. Bangladesh*, préc., sentence. La sentence *Saipem* a conclu à une expropriation judiciaire des droits contractuels résiduels de Saipem tels que cristallisés dans une sentence CCI (§ 128). Concrètement, le tribunal a déterminé qu'il y a eu *privation importante* du bénéfice d'une sentence CCI par l'effet de décisions des juridictions bangladaises (§§ 129-132). Reconnaissant l'importance du critère de l'effet de la mesure, le tribunal a cependant estimé qu'au regard des circonstances particulières dans lesquelles l'expropriation est alléguée en l'espèce, la *privation importante* de droits n'est pas un critère suffisant. Selon le tribunal, il convient également de questionner la légalité des décisions judiciaires de l'espèce afin de décider si elles sont constitutives d'expropriation (§§ 133-134 et § 181). Après analyse, le tribunal a conclu qu'en l'espèce, il y a eu abus de droit de la part des juridictions bangladaises, la révocation de l'autorité du tribunal CCI étant contraire au droit international, en particulier au principe d'abus de droit et à la Convention de New-York pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères (§ 180). Par ailleurs, contrairement à un argument soulevé par le Bangladesh, le tribunal CIRDI a décidé que l'épuisement des voies de recours internes ne constitue pas une « exigence fondamentale » (§181) dans l'identification d'une expropriation judiciaire. Il en ressort qu'une décision de justice peut être qualifiée d'expropriation indirecte au regard de l'effet qu'elle a sur l'investissement et si elle est entachée d'illégalité, même si la décision ne constitue pas le dernier recours possible pour l'investisseur dans l'ordre interne. Voir également *Swisslion c. Macédoine*, préc., sentence, §§ 312-314 et 320-321.

[651] Pour les précisions de la jurisprudence des tribunaux CIRDI concernant l'expropriation dans le cadre d'une relation contractuelle et les rapports entre expropriation et violation du contrat, voir *supra*, Section I, Paragraphe II du présent Chapitre.

Paragraphe I : Convergence quant à la privation importante et permanente comme critère principal d'identification de l'expropriation indirecte

Au regard des jurisprudences de la Cour et des tribunaux CIRDI, la privation de droits ou d'intérêts de l'investisseur, pour être constitutive d'expropriation indirecte, doit être importante (I) et permanente (II).

I. La privation importante

La privation importante apparaît comme un critère incontournable pour la qualification d'expropriation indirecte dans la jurisprudence de la Cour (A) et des tribunaux CIRDI (B).

A. Dans la jurisprudence de la Cour

L'importance de l'effet de la mesure, qui implique d'établir un lien de cause à effet entre la mesure litigieuse et l'effet constaté sur l'investissement, ainsi que l'intensité de l'effet exigé ont été admis par l'arrêt *ELSI*.

Dans cette affaire, les Etats-Unis ont considéré que certains actes et omissions des autorités italiennes étaient constitutifs d'une expropriation rampante. A propos de la réquisition de l'usine appartenant à la société sous contrôle de ressortissants américains, l'une des actions visées par les Etats-Unis, la Cour, a conclu qu'elle « était un acte surérogatoire »[652] et qu'elle ne pouvait être considérée comme une expropriation indirecte « que si elle avait causé ou déclenché la faillite. »[653]. De même, après analyse de l'ensemble des arguments des Etats-Unis, la Cour a dit ne pas pouvoir se prononcer sur une allégation d'expropriation indirecte « puisqu'il n'est tout simplement pas possible de dire que le résultat final a été la conséquence des actes ou omissions des autorités italiennes, en ignorant en même temps l'élément le plus important, à savoir la situation financière de l'ELSI et la décision prise en conséquence par ses actionnaires de fermer son usine et de mettre fin à ses activités. »[654].

La Cour précise davantage les critères d'identification d'une expropriation indirecte : « indépendamment des motifs l'ayant prétendument inspirée, cette réquisition ne pouvait, de l'avis de la Chambre, être assimilée à un *« taking »* contrevenant à l'article V, à moins de constituer pour Raytheon et Machlett une privation importante de

[652] *Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI*), arrêt, *op. cit*, p. 71, § 119.
[653] *Ibidem*.
[654] *Ibid.*, § 119.

leur *interest* dans l'usine de l'ELSI (…). Cette réquisition ne pouvait donc être considérée comme importante à cet effet que si elle avait causé ou déclenché la faillite. »[655].

Il ressort de ces passages que pour conclure à l'existence d'une expropriation indirecte, il faut établir que la mesure ou l'acte litigieux est la *cause*, l'élément *déclencheur* de la situation dans laquelle se trouve le bien prétendument exproprié. En outre, l'impact, l'effet de la mesure sur ce bien doit atteindre un certain degré de gravité, l'atteinte au bien doit s'analyser en une *privation importante*.

C'est précisément cette expression qui constitue le baromètre de l'intensité de l'effet de la mesure dans l'identification de l'expropriation indirecte par les tribunaux CIRDI.

B. Dans la jurisprudence des tribunaux CIRDI

Une abondante jurisprudence retient la *privation importante* comme un critère déterminant dans l'identification de l'expropriation indirecte. C'est le cas par exemple des sentences *CMS, Enron, Vivendi II, Suez et InterAguas, Burlington, Continental casualty company, El Paso, LG&E, Telenor*[656].

Le *test* de l'expropriation indirecte passe donc nécessairement par une appréciation de l'ampleur de l'effet de la mesure présumée expropriante sur l'investissement. Ce degré d'atteinte doit être « comme si les droits … liés [à l'investissement] (…) avaient cessé d'exister »[657] même si l'investisseur conserve formellement ses droits sur son investissement. La privation importante traduit donc l'idée de l'exigence d'une atteinte substantielle à l'investissement comme *test* de l'expropriation indirecte.

Dans la sentence *Railroad* par exemple, le tribunal a décidé après analyse que « l'effet [de la mesure en cause[658]] sur l'investissement du demandeur ne s'élève pas au niveau d'une expropriation indirecte »[659]. Selon le tribunal, il ne peut y avoir privation importante alors même que plus de cinq années après l'édiction de la mesure litigieuse, le demandeur continue

---

[655] *Idem*.
[656] *CMS c. Argentine*, préc., sentence, § 262 ; *Enron c. Argentine*, préc., sentence, § 245 ; *Vivendi c. Argentine II*, préc., sentence, § 7.5.30 ; *Suez et InterAguas c. Argentine*, préc., décision sur la responsabilité, § 129 ; *Burlington c. Equateur*, préc., décision sur la responsabilité, §§ 396 et 433 ;*Continental casualty company c. Argentine*, préc., sentence, § 276 ; *El Paso c. Argentine*, préc., sentence, § 256 ; *LG&E c. Argentine*, préc., décision sur la responsabilité, § 191 ; *Telenor c. Hongrie*, préc., sentence, §§ 63 et 67.
[657] *Tecmed c. Mexique*, CIRDI, affaire n° ARB(AF)/00/2, sentence du 29 mai 2003, § 115.
[658] Mesure par laquelle le gouvernement du Guatemala a déclaré l'usufruit du matériel roulant de la société ferroviaire FVG (investissement de Railroad) dommageable pour les intérêts de l'Etat.
[659] *Railroad Development Corporation c. Guatemala*, préc., sentence, § 152.

d'être en possession de son équipement ferroviaire et de percevoir des loyers associés aux droits sur ses biens immeubles, les contrats lui conférant ces droits sont toujours en vigueur. De ce fait, il ne peut y avoir eu d'expropriation indirecte[660].

Dans la sentence *Inmaris Perestroïka et autres* c'est au regard de la *destruction* de la valeur des droits contractuels des investisseurs comme conséquence d'un ordre ministériel que le tribunal a constaté une expropriation indirecte[661].

Comme dans la jurisprudence de la Cour, le lien de causalité entre la mesure et l'atteinte substantielle doit être établi. L'atteinte substantielle doit avoir été causée par, être le résultat de la mesure pour que cette dernière puisse être qualifiée d'expropriation.

Cette absence de lien de causalité a conduit le tribunal dans la sentence *Renée Rose Levy* à conclure à l'absence d'expropriation indirecte. Dans cette affaire, la demanderesse estimait que par le biais de son administration chargée des banques (SBS), le Pérou est arbitrairement et illégalement intervenu dans les affaires de BNM, banque dont la demanderesse était actionnaire. L'intervention de SBS ayant débouché, selon la demanderesse, sur la dissolution et la liquidation de BNM, le Pérou aurait commis une expropriation indirecte rampante. Pour le tribunal, l'intervention, la dissolution et la liquidation étaient inévitables au regard d'une part du non respect répété par BNM de la réglementation bancaire péruvienne et d'autre part de la prise de risque par BNM en temps de crise de liquidités, prise de risque l'ayant affectée et conduit à manquer à l'exécution de ses obligations et à fermer ses bureaux[662]. Le tribunal précise, comme d'autres tribunaux avant lui, qu'un traité d'investissement ne constitue pas une assurance ou une garantie du succès d'un investissement notamment lorsque l'investisseur prend de mauvaises décisions d'affaires[663]. Pour les arbitres, ce sont les actions contraires aux bonnes pratiques bancaires et la violation de la réglementation péruvienne par BNM[664] – et non l'intervention de l'Etat péruvien – qui constituent la racine de la faillite de BNM selon le tribunal. De ce point de vue, l'intervention, la dissolution et la liquidation ne pourraient être qualifiées d'expropriation rampante[665].

---

[660] *Idem*. Voir également *Reinhard Unglaube c. Costa Rica*, préc., sentence, § 234 ; *AES Summit Generation c. Hongrie*, préc., sentence, §§ 14.3.1 et 14.3.2 ; *Suez et InterAguas c. Argentine*, préc., décision sur la responsabilité, § 129 ; *Cargill c. Mexique*, préc., sentence, § 551.

[661] *Inmaris Perestroïka et autres c. Ukraine*, préc., sentence, § 301. Voir également *Alpha Projektholding c. Ukraine*, préc., sentence, §§ 409-410.

[662] *Renée Rose Levy de Levi c. Pérou, CIRDI, sentence n°* ARB/10/17, Sentence du 26 février 2014, § 478.

[663] *Idem*.

[664] *Ibidem*, § 488.

[665] *Ibidem*, § 501 ; Voir dans le même sens, *Bosh International et B&P c. Ukraine*, préc., sentence, §§ 218-220.

Ainsi, les jurisprudences de la Cour et des tribunaux CIRDI se rejoignent quant à l'exigence d'un lien entre la mesure et l'effet et surtout de l'intensité de l'effet. L'autre caractère de l'effet de la mesure sur lequel les deux jurisprudences se rejoignent renvoie à sa durée : la privation doit avoir un caractère permanent.

II. La privation permanente

La jurisprudence de la Cour (A) et celle des tribunaux CIRDI (B) se rejoignent en ce qu'elles exigent une privation permanente pour la qualification d'expropriation indirecte.

A. Dans la jurisprudence de la Cour

Il ressort de la jurisprudence de la Cour que, pour établir si une mesure constitue ou non une expropriation indirecte, elle vérifie si la mesure a été permanente. En d'autres termes, une mesure ayant un caractère temporaire, ne peut, selon la Cour être constitutive d'expropriation. Ici encore, c'est dans la jurisprudence de la CPJI qu'il est possible de trouver les premiers indices en faveur du caractère permanent de la mesure comme élément à apprécier dans le *test* de l'effet de la mesure. Dans l'arrêt *Oscar Chinn* précitée, la CPJI a estimé que les mesures en cause ne pouvaient être considérées comme interférant dans le droit de M. Chinn d'exercer librement son activité commerciale au Congo « si on considère [entre autres] (…) leur caractère temporaire »[666]. Autrement dit, au regard du caractère temporaire des mesures par lesquelles le ministre belge des colonies entendait faire face à la crise économique, il n'est pas possible de conclure qu'elle a eu pour effet de priver définitivement M. Chinn d'un quelconque droit.

Dans le même ordre d'idées, dans l'arrêt *ELSI*, la Cour interprétant l'article V paragraphe 2 du TBI Italie / Etats-Unis, souligne que la « privation importante »[667] constitutive d'expropriation aurait pu être constatée « si, l'ELSI restant solvable, la durée de la réquisition avait été prolongée et la décision sur le recours administratif

---

Le lien de causalité est explicitement mis en avant comme critère de l'expropriation indirecte par les tribunaux *Alpha Projektholding c. Ukraine*, préc., sentence, § 410 ; *Suez et InterAguas c. Argentine*, préc., décision sur la responsabilité, § 118.

[666] *Oscar Chinn*, arrêt, *op. cit.*, p. 25.

[667] *Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI), op. cit.*, § 119.

différée. »[668]. Or, constate la Cour, la « réquisition avait selon ses propres termes une durée limitée et pouvait être annulée moyennant un recours administratif »[669].

C'est dire que pour la Cour, le caractère temporaire, la durée limitée ainsi que l'absence de caractère irréversible et définitif de la mesure sont des caractéristiques qui permettent d'exclure l'hypothèse d'une expropriation indirecte. Est-ce à dire que pour la Cour, le caractère permanent permettant de conclure à une expropriation indirecte renvoie seulement à la mesure et non pas à son effet ? Il semble qu'il soit possible d'apporter une réponse négative à cette interrogation si l'on se penche sur l'objet qui pour la Cour, est couverte par une expropriation.

Dans la jurisprudence de la Cour, la *privation importante* constitutive d'expropriation indirecte doit porter en principe, sur un *droit* et non sur un intérêt. Or, alors que le retrait d'une mesure temporaire qui a eu pour effet une privation de droits restitue ces droits, le retrait d'une mesure temporaire qui a eu pour effet la privation de la valeur d'un investissement n'entraîne pas nécessairement une restitution de la valeur de l'investissement. Le raisonnement de la Cour qui exclut une expropriation indirecte en cas de mesures temporaires ne signifie donc pas qu'elle n'accorde aucun égard au caractère permanent de l'effet de la mesure. La mesure devant avoir pour effet, selon la Cour, une privation de droits, lorsqu'elle est temporaire, elle n'emporte qu'une privation temporaire de ces droits. A *contrario,* lorsque la mesure est permanente, elle entraine une privation permanente des droits. En définitive, il est possible de constater qu'en rejetant le caractère temporaire de la mesure comme constitutive d'une expropriation, la Cour rejette également le caractère temporaire de l'effet de la mesure comme critère de l'expropriation indirecte et exige donc également une privation permanente.

B. Dans la jurisprudence des tribunaux CIRDI

Les tribunaux CIRDI, interprétant des clauses d'expropriation indirecte, s'attachent à vérifier le caractère permanent de l'effet de la mesure, de la privation qu'elle implique pour l'investisseur, même si la mesure est temporaire.

Les tribunaux CIRDI sont d'accord pour considérer que l'appréciation de l'effet de la mesure sur l'investissement passe par une appréciation de l'effet permanent de la

[668] *Ibidem.*
[669] *Ibidem.*

mesure[670]. Comme le souligne la sentence *LG&E,* « l'expropriation doit être permanente, en d'autres termes, elle ne peut avoir une nature temporaire »[671]. C'est la même idée qui ressort de la sentence *Cargill*, qui, estimant, entre autres, que l'investisseur n'a pas été en mesure de prouver que « le droit international coutumier a évolué dans le sens d'inclure une requête pour expropriation temporaire »[672], a rejeté l'argument fondé sur la violation par le Mexique de l'article 1110 de l'ALENA, clause d'expropriation de l'accord.

La sentence *Wena* de 2000 suite à son interprétation par la sentence de 2005 peut être rangée également dans la catégorie des sentences qui optent pour le caractère permanent de l'effet de la mesure : « Il est vrai que le Premier Tribunal ne déclare pas explicitement qu'une telle expropriation prive totalement et de façon permanente Wena de ses droits fondamentaux de propriété. Cependant, en évaluant l'impact des actions décrites ci-dessus, il n'y avait pas de doute dans l'esprit du tribunal sur le fait que la privation des droits fondamentaux de propriété de Wena était si profonde que l'expropriation était en effet une expropriation totale et permanente. »[673].

Si les jurisprudences de la Cour et des tribunaux CIRDI convergent quant à l'exigence d'une privation importante et permanente pour conclure à une expropriation indirecte, ce n'est que de façon partielle que la jurisprudence des tribunaux CIRDI confirme la prise en compte par la jurisprudence de la Cour de l'intérêt général et des attentes légitimes comme critères complémentaires.

Paragraphe II : La confirmation relative de la prise en compte de l'intérêt général et des attentes légitimes comme critères complémentaires

Certaines sentences CIRDI suivent la Cour en tenant compte de l'intérêt général et des attentes légitimes comme critères complémentaires à la privation importante et permanente dans le cadre de la qualification d'une mesure de réglementation d'expropriation indirecte (I).

---

[670] Voir par exemple *LG&E c. Argentine,* préc., décision sur la responsabilité, §§ 190 et 200; *Telenor c. Hongrie,* préc., sentence, § 70; *Alpha Projektholding c. Ukraine*, préc., sentence, § 410; *Archer Daniels Midland et Tate & Lyle Ingredients Americas c. Mexique,* préc., sentence, §§ 240 et 249.

[671] *LG&E c. Argentine*, préc., décision sur la responsabilité, § 193. Voir également *Tecmed c. Mexique,* préc., sentence, §§ 116 et 117; *Burlington c. Equateur*, préc., décision sur la responsabilité, § 473; *Suez et InterAguas c. Argentine*, préc., décision sur la responsabilité,§ 129.

[672] *Cargill c. Mexique*, préc., sentence, § 551.

[673] *Wena c. Egypte*, préc., décision du 31 octobre 2005 sur l'interprétation de la sentence du 8 décembre 2000, § 120. Voir également *Inmaris Perestroïka et autres c. Ukraine,* préc., sentence, §§ 300-301.

D'autres sentences CIRDI, se démarquant de la Cour, estiment que le critère de l'effet de la mesure traduit par la privation importante et permanente, est suffisant pour la qualification d'une mesure de réglementation d'expropriation indirecte (II).

I. Les alignements de sentences CIRDI sur la prise en compte de la finalité d'intérêt général et des attentes légitimes

Comme la Cour de la Haye, certains tribunaux CIRDI ont apprécié la finalité de la mesure (A) ainsi que les attentes légitimes de l'investisseur (B) dans leur analyse visant à qualifier une mesure d'expropriation indirecte.

A. La reconduction et le développement par des sentences CIRDI de la prise en compte de la finalité d'intérêt général

Tandis que certains tribunaux CIRDI adoptent une version simplifiée de la prise en compte de la finalité de la mesure que la Cour a eu à admettre comme critère complémentaire (1), d'autres mettent en œuvre une version plus élaborée, tenant compte de la finalité de la mesure dans un rapport de proportionnalité avec son effet sur l'investissement (2).

1. La reconduction par des sentences CIRDI de la prise en compte de la finalité d'intérêt général en soi

L'appréciation de la finalité de la mesure au titre de l'identification d'une expropriation indirecte opérée par la Cour (a), transparaît dans la théorie dite des *police powers* appliquée par certaines sentences CIRDI (b).

a) Le critère de la finalité d'intérêt général tel qu'appliqué par la Cour

C'est dans l'arrêt *Oscar Chinn* qu'il est possible de déceler des indices de prise en compte d'éléments autres que l'effet de la mesure dans l'appréciation d'une demande tendant à faire reconnaître qu'une mesure de règlementation de l'Etat hôte a entraîné une privation importante des intérêts économiques d'un opérateur étranger. Pour rappel, selon le Gouvernement du Royaume-Uni, une mesure de règlementation du Gouvernement belge a mis un ressortissant britannique dans l'impossibilité commerciale de continuer ses affaires par l'instauration d'un monopole de fait au profit d'une société belge et de ce fait, violé les droits acquis par M. Chinn en vertu du droit international général

et interféré dans le droit de M. Chinn d'exercer librement son activité commerciale au Congo en vertu de la Convention de Saint-Germain.

Pour répondre à ces allégations, la Cour a mis en exergue le contexte dans lequel la mesure a été prise, y compris la finalité visée par le Gouvernement[674]. La Cour a décidé que « si on considère les circonstances exceptionnelles en présence desquelles les mesures (…) ont été prises et le caractère qu'elles présentaient, c'est-à-dire leur caractère temporaire et leur application à des sociétés chargées par l'Etat de services publics, ces mesures ne peuvent être condamnées comme ayant contrevenu à l'engagement pris par le Gouvernement belge dans la Convention de Saint-Germain de respecter la liberté du commerce au Congo »[675]. En d'autres termes, « si on considère les circonstances exceptionnelles en présence desquelles les mesures … ont été prises …, ces mesures ne peuvent être condamnées »[676] comme une interférence de la Belgique dans le droit de M. Chinn d'exercer librement son activité commerciale, et ce, malgré « le changement de la situation économique de M. Chinn »[677] admise, par ailleurs, par la Cour. Pour la Cour, la mesure a été prise en réponse à la crise économique générale et son impact sur le commerce. Cette mesure avait pour destinataire « des sociétés chargées par 1'Etat de services publics »[678]. Ainsi, quels que puissent être les profits que ces dernières ont tiré de la mesure et l'effet qu'elle a pu avoir sur leurs concurrents, « on ne saurait en déduire, surtout en présence des circonstances précédemment rappelées, que tels aient été la cause et le but de l'intervention du Gouvernement belge. »[679].

Il ressort de la réponse de la Cour que la qualification d'une mesure prise par une autorité publique d'expropriation indirecte illégale, et les conséquences qui en découleraient, dépend en partie de la finalité de la mesure. Une telle qualification ne peut être retenue lorsque la finalité de la mesure est la protection de l'intérêt général en temps de crise, en l'occurrence la crise économique générale dans la colonie Belge, Etat hôte de l'investisseur étranger.

---

[674] Pour une lecture de l'arrêt *Osacr Chinn* en ce sens, voir DOLZER (R.), SCHREUER (C.), *Principles of International Investment* Law, *op. cit.*, 1ère éd., p. 104.
[675] *Oscar Chinn*, arrêt, *op. cit.*,p. 86.
[676] *Ibidem.*
[677] *Ibid.*, p. 88.
[678] *Ibid.*, p. 86.
[679] *Ibidem.*

En définitive, l'appréciation par la Cour de l'allégation d'interférence de la Belgique dans le droit de M. Chinn d'exercer librement son activité commerciale et de privation des intérêts économiques qui en est découlé, est passée par une appréciation du but et de la finalité de la mesure belge. Ainsi, dans la jurisprudence de la Cour, outre la temporalité et l'intensité de l'effet de la mesure, la finalité de protection d'intérêt général en temps de crise constitue un critère écartant la qualification d'une mesure en mesure d'expropriation indirecte de l'investisseur étranger.

b) Un critère concordant dans la jurisprudence des tribunaux CIRDI : la théorie des *police powers*

La théorie des *police powers*, avancée par certaines sentences CIRDI pour la qualification d'une mesure de règlementation d'expropriation indirecte est également fondée sur la finalité d'intérêt général.

La théorie des *police powers* a été développée par la jurisprudence de la Cour suprême des Etats-Unis qui l'utilise comme fondement pour rejeter des demandes d'indemnisation de personnes, fondée sur une mesure prise par les autorités publiques à des finalités d'intérêt général et qui affecte leurs droits individuels. Cette doctrine a notamment été utilisée par les tribunaux CIRDI pour apprécier les allégations d'atteinte au droit de propriété, entant que mesure d'expropriation indirecte

Alors qu'ils sont présentés par Rudolf DOLZER et Christoph SCHREUER comme les « pouvoirs réglementaires gouvernementaux »[680], Arnaud DE NANTEUIL appréhende les *police powers* du système juridique américain comme un pouvoir à « distinguer (…) du pouvoir de réglementation ordinaire »[681], à « singulariser par rapport au pouvoir de régulation général appartenant à toute autorité publique »[682]. En réalité, autant elles constituent une notion qui n'est pas facile à traduire en langue française[683], les *police powers* ne se laissent pas aisément définir. C'est ainsi que même dans le système juridique américain d'où elles tirent leur source, elles font l'objet de deux approches différentes[684]. Cependant, le sens dans

[680] DOLZER (R.), SCHREUER (C.), *op. cit.*, 2e éd., 2012, p. 120.
[681] DE NANTEUIL (A.), *L'expropriation indirecte en droit international de l'investissement*, *op. cit* , p. 468.
[682] *Ibidem*.
[683] Selon Arnaud DE NANTEUIL, « on ne peut traduire [l'expression] simplement par « pouvoirs de police » au sens du droit administratif français, qui est une notion bien plus large ». DE NANTEUIL (A.), *Droit international de l'investissement*, *op. cit.*, p. 357.
[684] Voir à ce propos, NIKIEMA (S. H.), *L'expropriation indirecte en droit international des investissements*, The graduate institute, Geneva Publications, Paris : P.U.F, 2012, pp. 168-170, DE NANTEUIL (A.), *L'expropriation indirecte en droit international de l'investissement*, *op. cit* , pp. 466-494.

lequel la doctrine des *police powers* est employé est assez clair : elle permet d'établir que l'Etat n'est pas soumis à une obligation d'indemnisation pour certaines atteintes que les mesures normatives qu'il prend dans l'intérêt général portent à la propriété privée. La doctrine des *police powers* permet donc de retenir la qualification de *regulatory takings* et d'écarter la responsabilité de l'Etat pour certaines mesures de réglementation prises par les pouvoirs publics. C'est en ce sens que cette doctrine a été reprise en droit international. Selon le *Restatement of Foreign Relations Law* des Etats-Unis, « un Etat n'est pas responsable de la perte de propriété ou de tout autre préjudice économique résultant d'une imposition générale légitime, d'une réglementation, d'une confiscation sanctionnant un délit ou de tout type d'action communément accepté comme entrant dans le cadre du pouvoir de police des Etats, à condition qu'il ne soit pas de nature discriminatoire »[685].

-Reconnaissance de la théorie dans la jurisprudence des tribunaux CIRDI sans application

Dans la jurisprudence des tribunaux CIRDI, la doctrine des *police powers* a été admise par certaines sentences comme élément possible à prendre en compte dans la détermination de l'existence d'une expropriation indirecte, sans l'appliquer aux cas d'espèce. Par exemple, la sentence *Suez et InterAguas* estime que, dans l'appréciation d'une requête pour expropriation, « il est important de reconnaître le droit légitime d'un Etat de réglementer et d'exercer son *police power* dans l'intérêt du bien-être public (pour protéger l'intérêt public)[686] et de ne pas confondre les mesures de cette nature avec l'expropriation »[687]. Selon les arbitres, « la doctrine des *police powers* est une reconnaissance du fait que les Etats ont un droit raisonnable de réglementer les investissements étrangers sur leurs territoires même si une telle réglementation affecte les droits de propriété de l'investisseur. (…) la doctrine vise à établir un équilibre entre le droit de l'Etat de réglementer et les droits de propriété des investisseurs étrangers sur son territoire »[688].

---

[685] « *a state is not responsible for loss of property or for other economic disadvantage resulting from bona fide general taxation, regulation, forfeiture for crime, or other action of the kind that is commonly accepted as within the police power of the states, if not discriminatory* », American Institute Law, *Restatement of the Law, (Third), The foreign relations law of the United States*, American Law Institute Publishers, St. Paul, Minesota, 1987, Vol 2, note 563, p. 200; que cette doctrine a été reprise en droit international des investissements en mouvement de nos jours, à travers l'expression "le droit de réglementer" de l'Etat hôte, voir OCDE "l'expropriation indirecte" et le "droit de réglementer" dans le Droit international de l'investissement".

[686] *Suez et InterAguas c. Argentine*, préc, décision sur la responsabilité, § 147 ; Voir également *Marvin Feldman c. Mexique*, préc., sentence, § 103.

[687] *Ibidem*, § 128.

[688] *Ibidem*, § 148.

-Reconnaissance de la théorie avec application

D'autres tribunaux CIRDI ont, pour leur part, apprécié les mesures portées à leur connaissance sous l'angle des *police powers* dans leurs analyses des allégations d'expropriation indirecte. C'est le cas de la sentence *EDF Services*. Dans cette affaire, l'investisseur estimait que l'effet cumulé d'une série de mesures prises par le Gouvernement roumain, dont une ordonnance d'urgence, a eu pour résultat d'exproprier son investissement. L'Etat hôte a soutenu que la mesure visait à combattre la corruption et s'inscrivait dans la procédure de son accession à l'Union européenne. Ayant analysé la procédure d'adoption de l'ordonnance d'urgence, le tribunal constate que la mesure n'a pas explicitement été présentée comme nécessaire en vue de s'aligner sur "l'acquis communautaire" comme il a été soutenu dans l'instance. Au regard de l'exposé des motifs et des circonstances ayant précédé l'adoption de la mesure, le tribunal établit cependant que l'ordonnance d'urgence « a certainement été dictée par la nécessité de lutter contre la corruption »[689]. De ce fait, conclut le tribunal, l'ordonnance d'urgence est « une mesure entrant dans le *police power* de l'Etat, adoptée dans l'intérêt public »[690], ce qui a valu à l'ordonnance d'urgence de ne pas être qualifiée en soi d'expropriation indirecte, le tribunal ayant également décidé que l'effet cumulé des mesures incriminées ne constituait pas non plus une expropriation indirecte[691]. L'on peut citer également dans le même ordre d'idées la sentence *Renée Rose Levy de Levi c. Pérou*[692].

Ces sentences qui admettent que la qualification de *police powers* permet d'écarter celle d'expropriation indirecte pour une mesure de réglementation, mettent l'accent sur la finalité d'intérêt général poursuivie par la mesure. Leur position revient à l'idée selon laquelle une mesure de réglementation ne peut être qualifiée d'expropriation indirecte du seul fait qu'elle a un effet important et permanent sur un investissement. Pour la qualifier d'expropriation indirecte, il faudrait qu'elle n'entre pas dans l'exercice des *police powers* de l'Etat au regard de la finalité qu'elle poursuit.

Ainsi, les sentences CIRDI faisant application de la doctrine des *police powers* concordent avec la jurisprudence de la Cour en ce que cette dernière tient également compte de la finalité de la mesure de réglementation pour déterminer si elle peut être qualifiée

[689] *EDF Services c. Roumanie,* CIRDI, affaire n° ARB/05/13, sentence du 8 octobre 2009, § 292.
[690] *Ibidem*.
[691] *Ibidem.*
[692] *Renée Rose Levy de Levi c. Pérou*, préc., sentence, §§ 475- 476.

d'expropriation indirecte. D'autres sentences CIRDI témoignent aussi de cette prise en compte de la finalité de la mesure mais au regard de sa proportionnalité avec l'effet de la mesure sur l'investissement.

2. La prise en compte de la finalité d'intérêt général dans un rapport de proportionalité avec son effet sur l'investissement par certaines sentences CIRDI

Selon certaines sentences CIRDI, une mesure de réglementation ne peut être qualifiée d'expropriation indirecte que si l'effet que la mesure a sur l'investissement n'est pas proportionnel à la finalité de la mesure.

Une telle approche a pu être justifiée par les insuffisances dont est porteuse la jurisprudence qui estime que la finalité de la mesure doit compléter la détermination de son effet sur l'investissement. La sentence *Azurix* met en exergue le paradoxe qui découle de la jurisprudence tenant compte de la finalité de la mesure en soi : les accords internationaux relatifs aux investissements « exigerai[ent] que les investissements ne soient pas expropriés sauf pour cause d'utilité publique et qu'il y ait indemnisation si une telle expropriation a lieu et, dans le même temps, les mesures réglementaires qui peuvent être équivalentes à l'expropriation ne donneraient pas lieu à une demande d'indemnisation si elles sont prises pour cause d'utilité publique »[693]. De l'avis du tribunal, « le critère de l'utilité publique en tant que critère additionnel à l'effet des mesures examinées doit être complété »[694].

La sentence *Azurix* a ainsi opté pour une approche tirée de la sentence *Tecmed* à laquelle elle n'a pas manqué de se référer[695]. En effet, la sentence *Tecmed* a estimé que pour déterminer si la mesure litigieuse qui lui était soumise constituait une mesure d'expropriation, il ne devait pas se contenter de considérer ses effets mais apprécier également ses caractéristiques[696]. C'est ainsi qu'ayant établi que les mesures de réglementation ne sont pas en soi exclues de la définition des actes d'expropriation, le tribunal a considéré qu'« il doit y avoir un rapport raisonnable de proportionnalité entre la charge ou le poids imposé à l'investisseur étranger et l'objectif visé par toute mesure

[693] *Azurix c. Argentine,* préc., sentence, § 311.
[694] *Ibid.,* § 311.
[695] *Ibid.,* §§ 311-312.
[696] *Tecmed c. Mexique,* préc., § 118.

d'expropriation »[697]. Plus précisément, il est question de déterminer – en plus de l'impact des mesures sur l'investissement – si les mesures « sont proportionnelles à l'intérêt public vraisemblablement protégé et à la protection juridiquement accordée aux investissements, tenant compte du fait que l'importance [de l'] impact a un rôle fondamental pour prendre la décision relative à la proportionnalité »[698] ; il doit être établi si les mesures « sont raisonnables par rapport à leurs buts, la privation de droits économiques et les attentes légitimes de celui qui a subi une telle privation »[699].

Le critère supplémentaire de proportionnalité de la charge d'une mesure à finalité d'intérêt général pesant sur l'investisseur étranger ainsi retenu par le tribunal *Tecmed* a emporté l'adhésion d'autres tribunaux CIRDI qui ont admis qu'une mesure de réglementation prise dans l'intérêt général peut être qualifiée de mesure d'expropriation si elle affecte l'investissement d'une façon disproportionnée au regard de l'objectif qu'elle poursuit. C'est le cas des sentences *LG&E, Continental casualty company, El Paso, Archer Daniels* et *Inmaris Perestroïka et autres*[700].

Il existe donc un courant jurisprudentiel appréciant la proportionnalité entre la finalité de la mesure et son effet sur l'investissement dans le cadre de l'identification d'une expropriation indirecte. Ce courant dénote donc, comme la Cour, une prise en compte de la finalité de la mesure comme critère complémentaire, mais dans un rapport de proportionnalité avec l'effet de la mesure sur l'investissement.

B. Le prolongement par des sentences CIRDI de la prise en compte des attentes légitimes

A côté de la finalité de la mesure, la prise en compte des attentes légitimes constitue un autre critère complémentaire que la Cour (1) et les tribunaux CIRDI (2) ont pris en compte.

[697] *Ibid.*, § 122.
[698] *Ibidem*.
[699] *Ibidem*.
[700] *LG&E c. Argentine*, préc., décision sur la responsabilité, § 195; *Continental casualty company c Argentine*, préc., sentence, § 276 ; *El Paso c. Argentine*, préc., sentence, § 241; *Archer Daniels Midland et Tate & Lyle Ingredients Americas c. Mexique*, préc., sentence, § 250; *Inmaris Perestroïka et autres c. Ukraine*, préc., sentence, § 303

1. La prise en compte des attentes légitimes telle que ressortant de la jurisprudence de la Cour

Dans l'arrêt *Oscar Chinn*, à côté de la mise en exergue de la finalité de la mesure du Gouvernement belge dans son analyse visant à établir si la réglementation édictée par ce dernier violait ou non les droits acquis par M. Chinn par interférence dans le droit de M. Chinn d'exercer librement son activité commerciale au Congo sur la base de la Convention de Saint-Germain, on note également des éléments qui conduisent à dire que la Cour s'arrête un moment sur les attentes légitimes de M. Chinn.

Selon la Cour, « M. Chinn, sujet britannique, en entreprenant, en 1929, l'exploitation des transports fluviaux, ne pouvait ignorer l'existence de la concurrence qu'il rencontrerait de la part de l'unatra, fondée depuis 1925, l'importance du capital investi dans cette société, ses attaches avec le Gouvernement colonial et le Gouvernement belge, ainsi que le rôle prépondérant réservé à ceux-ci relativement à la détermination et à l'application des tarifs de transport »[701].

Ainsi, les mesures ayant prétendument porté atteinte aux intérêts économiques de M. Chinn étaient fondées sur un élément dont M. Chinn avait connaissance et pouvait donc tenir compte. Selon la Cour, la mesure litigieuse était cohérente avec la relation entre l'Unatra et le Gouvernement belge, relation qui constituait un élément de l'environnement qui prévalait au moment de l'investissement de M. Chinn et dont il avait connaissance : « dans ce que le Gouvernement du Royaume-Uni appelle dans l'espèce « monopole de fait », la Cour ne voit cependant qu'une conséquence naturelle de la situation dans laquelle se trouvaient les services contrôlés par 1'Etat vis-à-vis des entreprises privées »[702].

Or, comme le notent DOLZER (R.) et SCHREUER (C.), se référant à l'arrêt *Oscar Chinn* en ce sens, lorsqu'une mesure litigieuse est en conformité avec l'environnement juridique qui prévalait dans l'Etat hôte au moment de l'investissement, l'investisseur peut difficilement convaincre la juridiction saisie d'une frustration de ses attentes légitimes contribuant à conclure à une expropriation indirecte[703].

[701] *Oscar Chinn*, arrêt, *op. cit*., p. 84.
[702] *Ibidem*, p. 85.
[703] DOLZER (R.), SCHREUER (C.), *Principles of International Investment Law*, *op. cit.*, 1ère éd., 2008, p. 105.

2. La prise en compte des attentes légitimes dans la jurisprudence des tribunaux CIRDI

La prise en compte des attentes légitimes dont il est possible de déceler l'analyse par la Cour dans l'arrêt *Oscar Chinn*, se retrouve également dans la jurisprudence des tribunaux CIRDI[704]. En effet, certaines sentences CIRDI ont clairement érigé le respect des attentes légitimes en critère à apprécier dans l'identification d'une expropriation indirecte. Ainsi, par exemple, dans l'affaire *Metalclad*, parmi les éléments qui ont conduit le Tribunal à conclure à une expropriation indirecte, on note les « déclarations du gouvernement fédéral mexicain auxquelles Metalclad s'est fiées »[705] ; l'investisseur s'étant fié aux assurances qui lui ont été données quant à certaines questions procédurales, ses attentes concernant la mise en œuvre de son investissement étaient légitimement fondées sur lesdites assurances[706]. De même, selon la sentence *Archer Daniels,* « d'autres facteurs doivent être pris en compte conjointement avec les effets de la mesure du gouvernement, notamment le fait que la mesure (…) compromette les attentes légitimes qu'avait l'investisseur au moment de la réalisation de l'investissement. »[707].

Les sentences *Azurix* et *Tecmed* témoignent également de la prise en compte des attentes légitimes au titre de la qualification d'une mesure d'expropriation indirecte[708].

Ainsi, comme dans la jurisprudence de la Cour, la frustration des attentes légitimes « participe à l'évaluation de l'occurrence d'une expropriation indirecte »[709] dans la jurisprudence des tribunaux CIRDI.

Cette concordance des jurisprudences de la Cour et des tribunaux CIRDI quant à la prise en compte de critères complémentaires à l'effet de la mesure est cependant remise en cause par les sentences CIRDI considérant que l'effet de la mesure est le seul critère à évaluer.

---

[704] Pour une analyse de la frustration des attentes légitimes comme critère de l'expropriation indirecte, voir DUPUY (P-M), RADI (Y.), « Le droit de l'expropriation directe et indirecte », *in* LEBEN (Ch.) (dir.), *Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational*, *op. cit.*, pp. 405-407.
[705] *Metalclad c. Mexique*, préc., sentence, § 107.
[706] *Ibidem*, § 89.
[707] *Archer Daniels Midland c. Mexique*, préc., sentence, § 250.
[708] *Azurix c. Argentine*, préc., sentence, §§ 316-322 ; *Tecmed c. Mexique*, préc., sentence, §§ 122 et 150.
[709] DUPUY (P-M), RADI (Y.), « Le droit de l'expropriation directe et indirecte », *op. cit.*, p. 406.

II. La remise en cause de la nécessité de critères complémentaires à l'effet de la mesure : la *sole effect doctrine*

L'effet de la mesure est considéré par certains tribunaux CIRDI comme le seul critère d'identification d'une forme implicite d'expropriation. Une telle jurisprudence adhère à la *sole effect doctrine*[710] qui est présentée comme une « théorie (…) selon laquelle une atteinte substantielle au droit de propriété serait à elle seule un élément suffisant pour engager la responsabilité de l'Etat pour expropriation indirecte en cas de défaut de compensation »[711].

Selon ce courant jurisprudentiel, l'objectif poursuivi par la mesure de réglementation ne lui retire pas sa qualification d'expropriation indirecte lorsque celle-ci a un effet significatif et permanent sur l'investissement.

La sentence *CDSE* apparaît comme une expression de ce courant. Selon cette sentence, « les mesures d'expropriation environnementales – aussi louables et bénéfiques soient-elles pour la société dans son ensemble – sont, à cet égard, similaires à toute autre mesure d'expropriation qu'un Etat peut prendre pour mettre en œuvre ses politiques : lorsque la propriété est expropriée, même pour des objectifs environnementaux, qu'ils soient nationaux ou internationaux, l'obligation de l'Etat de verser une indemnisation demeure (…). Il est largement reconnu qu'une propriété est expropriée lorsque les effets de la mesure prise par les Etats a été de priver le propriétaire du titre, de la possession ou de l'accès au bénéfice et à l'usage économique de sa propriété »[712]. Le tribunal cite une sentence à l'appui de son raisonnement tout en soulignant l'idée selon laquelle il est justifié de conclure à une expropriation « dès lors que les événements démontrent que le propriétaire a été privé des droits fondamentaux de la propriété et qu'il apparaît que cette privation n'est pas simplement éphémère »[713] .

On peut citer en ce sens également la sentence *Reinhard Unglaube*[714].

---

[710] Pour un bref exposé sur la doctrine du « seul effet » ou de l'« effet unique », voir DE NANTEUIL (A.), *L'expropriation indirecte en droit international de l'investissement*, *op. cit.*, pp. 21-25 ; NIKIEMA (S. H.), *L'expropriation indirecte en droit international des investissements*, *op. cit.*, pp. 141-152.

[711] DE NANTEUIL (A.), *L'expropriation indirecte en droit international de l'investissement*, *op. cit.*, p. 21.

[712] *Compania del dessarollo de Santa Elena (CDSE) c. Costa Rica*, CIRDI, affaire n° ARB/96/1, sentence du 17 février 2000, § 72 et 77. V. également § 78.

[713] *Ibidem.* Citant la sentence *Tippetts, Abbett, McCarthy, Stratton v. TAMS-AFFA,* Award No. 141-7-2 (June 22, 1984).

[714] *Reinhard Unglaube c. Costa Rica*, préc., sentence, §§ 213 ss.

En admettant que le seul critère à prendre en compte pour qualifier d'expropriation indirecte une mesure de règlementation, ce courant remet ainsi en cause la prise en compte de critères complétant l'effet de la mesure qu'il a été possible d'observer dans la jurisprudence de la Cour. Ainsi, la concordance des jurisprudences de la Cour et des tribunaux CIRDI quant aux critères d'identification de l'expropriation indirecte est également atténuée sur cette base.

CONCLUSION DU CHAPITRE

Les jurisprudences de la Cour et des tribunaux CIRDI relatives à l'objet de l'expropriation et aux critères d'identification de l'expropriation indirecte sont de nature à démontrer que le concept d'expropriation indirecte, vu par la Cour, n'est que partiellement prolongé par la jurisprudence des tribunaux CIRDI.

En effet, sur le champ matériel de l'expropriation, les jurisprudences de la Cour et des tribunaux CIRDI ne se recoupent que partiellement. Alors qu'une partie de la jurisprudence des tribunaux CIRDI rejoint celle de la Cour en rejetant la valeur économique de l'investissement comme objet possible de l'expropriation, une autre s'en éloigne en considérant que la valeur économique de l'investissement entre dans le champ matériel de l'expropriation. Par ailleurs, les deux jurisprudences s'accordent pour inclure les droits contractuels dans ce champ.

En ce qui concerne les critères d'identification de l'expropriation indirecte, il a été possible de noter également une convergence partielle. D'une part, la privation importante et permanente est considérée par la Cour et les tribunaux CIRDI comme critère principal d'identification de l'expropriation indirecte. Une bifurcation se constate cependant au niveau de la prise en compte de mesures complémentaires à l'effet de la mesure dans le cadre de la qualification des mesures de réglementation. Une partie de la jurisprudence des tribunaux CIRDI rejoint la Cour en tenant compte de la finalité d'intérêt général de la mesure ainsi que des attentes légitimes de l'investisseur. Au nom de la *sole effect doctrine*, certaines sentences estiment que le critère de la privation importante et permanente est suffisant sans qu'il soit besoin de vérifier des critères complémentaires pour qualifier une mesure de réglementation d'expropriation indirecte.

Le concept d'expropriation ne dénote ainsi qu'une reconduction partielle par la jurisprudence des tribunaux CIRDI de la jurisprudence de la Cour. Le même constat ressort d'une analyse de ces jurisprudences sur la licéité de l'expropriation.

CHAPITRE II : REPRISE LIMITEE DES CRITERES ET CONDITIONS DE LA LICEITE DE L'EXPROPRIATION JUGES PAR LA COUR

Le droit d'expropriation par l'État d'accueil, principe admis en droit international coutumier et sans doute jamais exclu du cadre conventionnel, est accompagné de conditions qui en fondent la licéité. Ces conditions qui sont explicitement prévues dans les instruments internationaux et de droit interne relatifs aux investissements internationaux sont pour la plupart bien établies aujourd'hui. Les conditions de licéité de l'expropriation que nous qualifions d'explicites sont celles que l'on retrouve, aujourd'hui, insérées de façon systématique dans les accords sur les investissements internationaux. En effet, il est généralement prévu dans ces instruments qu'une expropriation, qu'elle soit directe ou indirecte, est licite si elle est effectuée dans l'intérêt général (c'est-à-dire motivée par une cause d'utilité publique), si elle n'est pas discriminatoire, si elle est accompagnée d'une indemnisation et « effectuée avec les garanties prévues par la loi »[715] (« en conformité avec l'application régulière de la loi »[716], autrement dit conformément au *due process*[717]). Plus rarement, il est prévu que l'État hôte ne peut procéder à une expropriation que pour autant qu'elle n'est pas contraire à des engagements ou à un « engagement particulier »[718] de cet État.

Par ailleurs, à côté de ces conditions explicites de licéité de l'expropriation, les clauses de stabilisation contenues dans les contrats liant les États hôtes aux investisseurs étrangers ont soulevé des interrogations relatives à leur capacité à fonder l'illicéité de l'expropriation.

---

[715] Article 13 du Traité sur la Charte de l'énergie du 17 décembre 1994.

[716] Article 1110 de l'Accord de Libre-échange nord-américain (ALENA) du 17 décembre 1992.

[717] Expression qu'on retrouve également à l'article 6 du modèle américain de traité bilatéral d'investissement (2012).

[718] Clause type des accords français de protection et d'encouragement réciproques des investissements sur l'expropriation et la nationalisation :
« Les Parties contractantes ne prennent pas de mesures d'expropriation ou de nationalisation ou toutes autres mesures dont l'effet est de déposséder, directement ou indirectement, les nationaux et sociétés de l'autre Partie des investissements leur appartenant, sur leur territoire et dans leur zone maritime, si ce n'est pour cause d'utilité publique et à condition que ces mesures ne soient ni discriminatoires, ni contraires à un engagement particulier.
Toutes les mesures de dépossession qui pourraient être prises doivent donner lieu au paiement d'une indemnité juste et préalable dont le montant, égal à la valeur réelle des investissements concernés, doit être évalué par rapport à une situation économique normale et antérieure à toute menace de dépossession. ». Site Internet de la Direction générale du Trésor de la République française, précisément au lien suivant : https://www.tresor.economie.gouv.fr/206_principales-dispositions-des-accords-de-protection-et-dencouragement-reciproques-des-investissements

Ces deux problématiques qu'il a été possible de déceler dans le droit de la licéité de l'expropriation ont été abordées par la Cour et les tribunaux CIRDI.

Alors que l'ensemble des conditions insérées dans les conventions a fait l'objet d'appréciation par les tribunaux CIRDI, la Cour n'a eu à se prononcer dans sa jurisprudence relative à l'expropriation que sur l'indemnisation et l'utilité publique. D'un autre côté, elle a traité de la question de savoir si une clause de stabilisation pouvait constituer un fondement à l'illicéité d'une expropriation.

L'analyse a révélé que la jurisprudence des tribunaux CIRDI n'approuve que partiellement les règles de mise en œuvre de l'indemnisation et de l'utilité publique (Section I). Dans le même ordre d'idées, ce n'est qu'imparfaitement qu'elle adhère à la négation, par la Cour, de la clause de stabilisation comme condition de licéité internationale d'une expropriation (Section II).

Section I : Approbation partielle des règles de mise en œuvre de l'indemnisation et de l'utilité publique

Les jurisprudences de la Cour et des tribunaux CIRDI concordent partiellement quant au sens de l'utilité publique et au caractère *self-judging* de son invocation (Paragraphe I). En ce qui concerne l'indemnisation, la jurisprudence des tribunaux CIRDI reconduit partiellement la distinction indemnisation-condition / indemnisation-réparation posée par la Cour (Paragraphe II).

Paragraphe I : Concordance partielle quant au sens de l'utilité publique et au caractère *self-judging* de son invocation

L'utilité publique est présentée, par le *Projet de convention de l'OCDE sur la protection des biens étrangers,* en des termes assez vagues : « pour respecter les principes du droit international, la saisie de biens doit être justifiée par l'utilité publique, c'est-à-dire que les mesures doivent être adoptées dans l'intérêt de l'Etat ou de toute subdivision politique de cet Etat. Ainsi, est illicite et donne lieu à une action en réparation, la saisie effectuée sous le prétexte de l'utilité publique, mais en réalité dans l'intérêt de personnes qui s'intéressent aux biens en question en vue seulement de profits privés »[719]. Une mesure ayant un but d'utilité

[719] OCDE, « Projet de convention sur la protection des biens étrangers – Texte accompagné de notes et de commentaires », *Annexe à la Résolution du Conseil de l'OCDE adoptée le 12 octobre 1967*, Notes et commentaires relatifs à l'article 3, point 5 (l'utilité publique).

publique apparaît ainsi comme une mesure prise dans l'intérêt général, une mesure qui n'est pas justifiée par des considérations liées à des profits privés.

La condition d'utilité publique n'occupe pas une grande place dans les requêtes pour expropriation illicite. Ce fait peut s'expliquer par l'absence de définition précise et de contenu déterminé de ces expressions qui peuvent couvrir diverses situations et apparaissent de ce fait comme des concepts assez larges, comme en témoigne la définition ci-dessus.

Certains tribunaux CIRDI ont eu cependant à préciser quelques contours du but d'utilité publique comme condition de la licéité de l'expropriation. On retrouve également dans la jurisprudence de la Cour des éléments relatifs au régime de l'utilité publique. Il ressort de la comparaison de ces deux jurisprudences que la jurisprudence des tribunaux CIRDI vient consolider le sens de l'utilité publique qu'il est permis de déceler dans la jurisprudence de la Cour (I) mais ne coïncide pas toujours avec la position de la Cour qui semble conférer un caractère *self-judging* à l'appréciation de l'utilité publique par l'auteur de la mesure (II).

I. Consolidation du sens de l'utilité publique tiré de la jurisprudence de la Cour

Le sens de l'utilité publique posé par la Cour (A) a été repris dans la jurisprudence des tribunaux CIRDI (B).

A. Le sens de l'utilité publique dans la jurisprudence de la Cour

La Cour pose le principe de l'utilité publique comme condition de la licéité de l'expropriation en faisant état de l'« expropriation pour utilité publique »[720] au titre des mesures que le droit international autorise à prendre à l'égard des étrangers. Dans son arrêt *Oscar Chinn*, elle précise le sens de l'utilité publique à travers le but d'intérêt général.

En appréciant l'allégation d'interférence de la Belgique dans le droit de M. Chinn d'exercer librement ses activités commerciales sous le couvert d'une mesure de règlementation, la Cour, dans l'arrêt *Oscar Chinn,* a, comme démontré[721], tenu compte de la finalité de la mesure.

[720] *Certains intérêts allemands en Haute Silésie polonaise (fond)*, arrêt, *op. cit.*, p. 22.
[721] *Cf.* Chapitre I du présent Titre.

Dans ce contexte, elle a admis, pour rappel, que la mesure de règlementation se justifiait par « la crise économique générale et la nécessité de venir au secours du commerce, gravement atteint par la chute du prix des produits coloniaux, et de parer à ce qui risquait de devenir un désastre général pour la colonie »[722]. Ce faisant, la Cour a validé la défense belge selon laquelle « les mesures qu'il a adoptées ont été rendues nécessaires, pour que *l'intérêt général* fût sauvegardé, par la situation des marchés mondiaux des produits coloniaux »[723]. La Cour considère donc que la mesure adoptée et son impact su l'activité de M. Chinn qu'il déplorait, a été prise dans l'intérêt général. Elle précise le sens de l'intérêt général en indiquant que cette mesure avait pour destinataire « des sociétés chargées par l'Etat de services publics »[724] et que, quels que puissent être les profits que ces dernières ont tiré de la mesure, « on ne saurait en déduire, surtout en présence des circonstances précédemment rappelées, que tels aient été la cause et le but de l'intervention du Gouvernement belge. »[725]. Il apparaît ainsi qu'une mesure licite doit avoir été prise dans l'intérêt général et ne pas satisfaire à un but recherché autre que l'utilité publique.

B. Une lecture concordante dans la jurisprudence des tribunaux CIRDI

La jurisprudence des tribunaux CIRDI vient consolider le sens du motif d'utilité publique d'une mesure prise dans l'intérêt général.

Selon la sentence *LETCO,* en retirant des concessions à LETCO pour les accorder à d'autres sociétés sous contrôle étranger dirigées par de "bons amis" des autorités libériennes, le Gouvernement libérien ne peut avoir procédé à une expropriation pour le « bien public »[726].

La sentence *ADC* indique que le critère d'intérêt public exige qu'il y ait un « intérêt réel »[727] des citoyens. Cette idée peut être utilement éclairée par la sentence *Inmaris Perestroïka et autres*. Il ressort de cette sentence qu'une mesure ne peut être considérée comme n'ayant pas été prise pour cause d'utilité publique lorsqu' «il n'y a pas de

[722] *Oscar Chinn*, arrêt, *op. cit.*, p. 79.
[723] *Ibidem*, p. 82. Voir également p. 74.
[724] *Ibidem*, p. 86.
[725] *Ibidem.*
[726] *Liberian Eastern Timber Corporation (LETCO) c. Liberia*, CIRDI, affaire n° ARB/83/2, sentence du 31 mars 1986, pp. 32-33: « *There was no evidence of any stated policy on the part of the Liberian Government to take concessions of this kind into public ownership for the public good. On the contrary, evidence was given to the Tribunal that areas of the concession taken away from LETCO were granted to other foreign owned companies; according to Mr. Alain de Marti, who was LETCO's general manager in Liberia for the entire period of the concession, these foreign companies were run by people who were "good friends" of the Liberian authorities*».
[727] *ADC c. Hongrie*, CIRDI, affaire n° ARB/03/16, sentence du 2 octobre 2006, § 432.

preuve que les actions de [l'Etat hôte] étaient motivées par des considérations politiques, ou se justifient par la corruption, une volonté de profit personnel, ou une vengeance personnelle »[728]. Autrement dit, selon les arbitres, une mesure qui n'est pas motivée par « autre chose que protéger les intérêts du Gouvernement (…), protéger le fisc »[729] ne peut être considérée comme n'étant pas d'utilité publique. Ce sont autant éléments qui ont conduit le tribunal à conclure dans cette affaire que les mesures litigieuses « étaient réellement motivées par une intention de protéger l'intérêt public »[730].

Quant à la sentence *AGIP*, elle précise que la qualité d'actionnaire de l'Etat n'exclut pas en soi le motif d'intérêt général : « il a été soutenu par AGIP que la nationalisation serait irrégulière comme ne satisfaisant pas à la condition de fond qu'impose la Constitution en exigeant qu'elle réponde à un motif d'intérêt général. (…) Il ne semble pas au Tribunal qu'il puisse suivre AGIP dans la distinction qu'elle établit entre l'intérêt général et l'intérêt privé de l'Etat agissant en qualité d'actionnaire. Si un Etat, lorsqu'il participe à la constitution du capital d'une société, accomplit un acte de gestion privée analogue à celui d'un particulier, il n'en reste pas moins qu'il agit dans l'intérêt général de la collectivité nationale dont il a la charge. Dès lors, la qualité d'actionnaire de l'Etat qui procède à la nationalisation d'une société ne saurait, à elle seule permettre de considérer que cette mesure ne répond pas à l'intérêt général. »[731].

Enfin, la sentence *Waguih E. G. SIAG* a jugé que lorsqu'un acte identifié comme expropriant ne contient aucune référence à un quelconque motif d'utilité publique et qu'un tel motif est avancé dans une autre mesure quelques années après l'acte d'expropriation, il doit être conclu que l'expropriation n'a pas été effectuée pour cause d'utilité publique, que le critère d'utilité publique n'est pas rempli[732].

Au-delà de ces précisions qu'elle apporte sur le sens et l'exigence de l'utilité publique en comparaison de la jurisprudence de la Cour, la jurisprudence des tribunaux CIRDI n'adhère que partiellement à celle de la Cour quant au caractère *self-judging* de l'invocation de l'utilité publique.

[728] *Inmaris Perestroïka et autres c. Ukraine,* préc., sentence, § 303.
[729] *Ibidem*.
[730] *Ibidem*.
[731] *AGIP S.p.A. c. Congo*, CIRDI, affaire n° ARB/77/1, sentence du 30 novembre 1979, §§ 74-75.
[732] *Waguih E. G. Siag et Clorinda Vecchi c. Egypte,* préc, sentence, §§ 431-433.

II. Remise en cause partielle du caractère *self-judging* de l'invocation de l'utilité publique

Alors qu'une partie de la jurisprudence des tribunaux CIRDI adhère au caractère *self-judging* de l'invocation de l'utilité publique selon la Cour (A), une autre s'y oppose (B).

A. L'adhésion au caractère *self-judging* de l'invocation de l'utilité publique selon la Cour

Le caractère *self-judging* de l'invocation de l'utilité publique qu'il a été possible de tirer de la jurisprudence de la Cour (1) est repris par certaines sentences CIRDI (2).

1. Le caractère *self-judging* de l'invocation de l'utilité publique selon la Cour

Toujours dans l'arrêt *Oscar Chinn*, la Cour, démontrant que la mesure litigieuse avait été prise, dans un but d'intérêt général, pour faire face à la crise économique générale, a souligné que le Gouvernement belge « était seul juge de cet état critique et des remèdes à y apporter, sous la réserve naturellement de ne pas se départir de ses obligations internationales »[733]. De ce fait, la Cour a jugé qu'il n'était pas nécessaire de rechercher un fondement caché.

L'affaire *ELSI* aurait pu être une occasion d'une éventuelle confirmation ou non, compte tenu de l'allégation des Etats-Unis quant à la thèse de conspiration des autorités publiques italiennes pour le transfert de la propriété, si elle n'avait pas « cess[é] d'être soutenue »[734].

Quoi qu'il en soit, c'est dire que selon la Cour dans l'arrêt *Oscar Chinn*, l'État hôte avançant le motif d'utilité publique a le pouvoir de décider discrétionnairement que les critères d'une telle qualification sont réunis. L'invocation de l'utilité publique comme motif justifiant la prise d'une mesure ne peut donc faire l'objet d'un contrôle juridictionnel portant sur la vérification de l'existence des conditions d'une telle invocation. En d'autres termes, l'invocation du motif d'utilité publique a un caractère *self-judging* selon la Cour.

Une telle lecture de l'arrêt est corroborée par l'opinion dissidente du juge Anzilotti qui, n'adhérant pas au caractère ainsi attribué au motif d'utilité publique, souligne que

[733] *Oscar Chinn*, arrêt, *op. cit.* p. 18.
[734] *Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI)*, arrêt, *op. cit.*, § 117. Voir JUILLARD (P.), « L'arrêt de la Cour Internationale de Justice (chambre) du 20 juillet 1989 dans l'affaire de l'Elettronica Sicula (Etats-Unis c. Italie) Procès sur un traité ou procès d'un traité ? », *AFDI*, 1989, pp. 276-297.

« le droit international ne serait plus qu'un vain nom s'il suffisait à un Etat d'invoquer l'intérêt public pour se soustraire au devoir d'accomplir les obligations contractées »[735].

Le ralliement au caractère *self-judging* de l'invocation du motif d'utilité publique s'exprime dans une sentence CIRDI.

2. Le ralliement à la position de la Cour

Selon la sentence *Antoine Goetz et Consorts,* « en l'absence d'erreur de droit ou de fait, d'erreur manifeste d'appréciation ou de détournement de pouvoir, il n'appartient pas au Tribunal de substituer son propre jugement à l'appréciation faite discrétionnairement par le Gouvernement du Burundi des "impératifs d'utilité publique… ou d'intérêt national". »[736].

Cette façon qu'a cette sentence de concevoir le rôle de l'arbitre dans la détermination de l'existence de l'intérêt public, si elle rejoint la jurisprudence de la Cour, n'est pas partagée par d'autres sentences CIRDI.

B. L'opposition à la position de la Cour

Dans la sentence *ADC,* le tribunal estime que « si la simple référence à "l'intérêt public" pouvait, comme par enchantement, créer un tel intérêt et par conséquent satisfaire cette exigence, cette dernière serait vidée de son sens puisque le Tribunal ne peut imaginer aucune situation dans laquelle cette condition ne serait pas remplie. »[737]. De ce fait, l'Etat hôte doit, selon le tribunal, démontrer l'allégation de l'intérêt public « avec des éléments convaincants ou un raisonnement juridique »[738] ou comme le soutient la sentence *LETCO,* apporter « la preuve de (…) la politique déclarée (…) [adoptée] pour le bien public. »[739].

Cette façon d'appréhender l'invocation du but d'intérêt général confère incontestablement un pouvoir aux arbitres dans la détermination de l'existence de l'intérêt public. En effet, ces derniers doivent être convaincus par le raisonnement et la démonstration de l'Etat hôte. C'est donc en dernier ressort aux arbitres de juger s'il y

[735] *Oscar Chinn*, Opinion dissidente du juge Anzilotti, *op. cit.*, p. 112.
[736] *Antoine Goetz et consorts c. Burundi*, CIRDI, affaire n° ARB/95/3, sentence du 10 février 1999, § 126.
[737] *ADC c. Hongrie*, préc., sentence, § 432.
[738] *Ibid.*, § 430. On retrouve le raisonnement complet des arbitres dans les paragraphes 429 à 433.
[739] *Liberian Eastern Timber Corporation (LETCO) c. Liberia*, préc., sentence, p. 32.

avait ou non utilité publique ou intérêt général. En admettant de la sorte un contrôle juridictionnel sur l'existence de l'intérêt général, ces sentences rejettent le caractère *self-judging* de l'invocation du but d'intérêt général et du motif d'utilité publique.

Paragraphe II : Reconduction partielle de la distinction indemnisation-condition / indemnisation-réparation posée par la Cour

Parmi les critères de l'expropriation licite, l'indemnisation est celle qui suscite le plus de difficultés. Cette condition de licéité de l'expropriation était au cœur des désaccords entre partisans d'un traitement national comme traitement auquel ont droit les étrangers sur le territoire de l'Etat hôte et partisans d'un standard minimum de traitement des étrangers garanti par le droit international.

Les résolutions 1803 (Souveraineté permanente sur les ressources naturelles, 14 décembre 1962) et 3281 (Charte des droits et devoirs économiques des Etats, 12 décembre 1974) de l'Assemblée générale des Nations Unies, cristallisent les oppositions entre Etats développés et Etats en développement en ce qui concerne les modalités de l'indemnisation due en cas d'expropriation. Dans la Résolution 1803, l'indemnisation adéquate due en cas d'expropriation doit être versée « en conformité du droit international » (paragraphe 4). La Résolution 3281 vient contester ce principe en prévoyant qu'en cas d'expropriation des biens des étrangers, l'Etat verse une indemnisation adéquate « compte tenu de ses lois et règlements » (article 2.2.c). Ainsi, la résolution 3281 remet en cause les règles, jusque là, considérées comme règles générales du droit international en ce qui concerne l'indemnisation due en cas d'expropriation. Précisément, la référence aux règles du droit international en matière d'indemnisation et la formule « Hull » d'une indemnisation prompte et effective, ont été rejetées. La conclusion d'accords internationaux relatifs aux investissements qui reprennent la formule « Hull »[740] constitue une réaction à la remise en cause ainsi opérée par la résolution 3281. Si, le moins que l'on puisse dire, c'est que l'inclusion de cette formule dans ces accords prive, dans une certaine mesure, les controverses et les contradictions dans les résolutions 1803 et 3281 de leur intérêt et de leur portée, certains ont pu y voir le scellement de « l'atteinte d'un consensus »[741] et d'autres la preuve « qu'il existe bien,

[740] Quelques exemples : TBI Canada/Chine, article 10 ; Clause type (en matière d'expropriation et de nationalisation) des accords de protection et d'encouragement réciproques des investissements signés par la France ; TBI Ghana / Cuba, Article 5, § 1; TBI Pays-Bas / Venezuela, Article 6 ; Modèle américain de TBI (2012).

[741] DUPUY (P-M), RADI (Y.), « Le droit de l'expropriation directe et indirecte », *in* LEBEN (Ch.) (dir.), Droit *international des investissements et de l'arbitrage transnational*, *op. cit.*, p. 375.

aujourd'hui et de nouveau, après la période d'incertitude des années 50/70, des règles coutumières »[742] en matière d'indemnisation en cas d'expropriation.

Quoi qu'il en soit, la question de l'indemnisation occupe encore une grande place dans le contentieux de l'expropriation tant directe qu'indirecte notamment au regard des désaccords des parties au litige quant aux modalités de son évaluation. La Cour de la Haye a joué un rôle précurseur en apportant quelques précisions sur le régime de l'indemnisation comme condition de licéité de l'expropriation. Les tribunaux CIRDI reconduisent partiellement les règles ainsi établies. Si certaines sentences ont repris la distinction que la Cour a établie entre indemnisation pour expropriation licite et indemnisation pour expropriation illicite (A), d'autres l'ont remise en cause (B).

I. La distinction et sa confirmation

La distinction opérée par l'arrêt *Usine de Chorzów* entre l'indemnisation-condition et l'indemisation-réparation (A) a été confirmée par certaines sentences CIRDI (B).

A. La disctinction opérée par l'arrêt *Usine de Chorzów*

L'affaire *Usine de Chorzów* constitue la référence en matière de réparation pour fait internationalement illicite, mais également d'indemnisation en matière d'expropriation, en l'absence d'obligations conventionnelles différentes des Etats.

Dans cette affaire, le Gouvernement allemand avait saisi la CPJI au sujet de la réparation due par la Pologne pour l'expropriation illicite de l'usine de Chorzów à laquelle la Cour avait conclu dans l'arrêt *Certains intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise*. L'affaire *Usine de Chorzów* a été l'occasion pour la Cour d'établir la portée de la distinction entre l'expropriation licite et l'expropriation illicite au regard de l'indemnisation. Selon la Cour, lorsqu'il a été conclu à une expropriation illicite, l'indemnisation due l'est au titre de la réparation. De ce point de vue, elle ne saurait se confondre à l'indemnisation prévue comme condition de licéité de l'expropriation. Elle souligne le caractère inique d'une telle confusion[743].

[742] LEBEN (Ch.), « L'évolution du droit international des investissements », *in Un accord multilatéral sur l'investissement : d'un forum de négociation à l'autre ?* Journée d'études SFDI, Paris , Pedone, 1999, pp. 27-28.
[743] *Usine de Chorzów*, arrêt (fond), *op. cit.*, p. 47.

Ce faisant, la Cour a distingué entre l' "indemnisation-condition" à verser pour une expropriation licite et l'"indemnisation-réparation" due pour expropriation illicite[744]. Selon la Cour, l'indemnisation-condition est, en l'espèce, « limitée à la valeur qu'avait l'entreprise au moment de la dépossession », au « juste prix des choses expropriées », « plus les intérêts jusqu'au jour du paiement »[745]. Pour ce qui est de l'indemnisation-réparation, la réparation devant « 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 »[746], l'indemnisation « n'est pas nécessairement limitée à la valeur qu'avait l'entreprise au moment de la dépossession »[747]. Elle doit consister en un « paiement d'une somme correspondant à la valeur qu'aurait la restitution en nature »[748] et l'« allocation, s'il y a lieu, de dommages-intérêts pour les pertes subies et qui ne seraient pas couvertes par la restitution en nature ou le paiement qui en prend la place »[749].

L'expropriation illicite implique donc, pour la Cour, une méthode de calcul conduisant à une indemnisation au montant plus élevé que celui qu'implique la méthode de calcul d'une indemnisation pour expropriation licite. Comme le soulignent Rudolf DOLZER et Christoph SCHREUER, « *The result of these two methods can be markedly different. The difference will mainly concern the amount of lost profits* »[750], l'une consistant à calculer la valeur du bien exproprié au jour de l'expropriation et l'autre renvoyant au calcul

---

[744] *Ibidem*.
[745] *Ibidem*.
[746] *Ibidem*.
[747] *Ibidem*.
[748] *Ibidem*.
[749] *Ibidem*. Le célèbre *dictum* de la Cour sur cette question se lit comme il suit dans son intégralité : « Il s'ensuit que l'indemnité due au Gouvernement allemand n'est pas nécessairement limitée à la valeur qu'avait l'entreprise au moment de la dépossession, plus les intérêts jusqu'au jour du paiement. Cette limitation ne serait admissible que si le Gouvernement polonais avait eu le droit d'exproprier et que si son tort se réduisait à n'avoir pas payé aux deux Sociétés le juste prix des choses expropriées ; dans le cas actuel, elle pourrait aboutir à placer l'Allemagne et les intérêts protégés par la Convention de Genève, et pour lesquels le Gouvernement allemand a pris fait et cause, dans une situation plus défavorable que celle dans laquelle l'Allemagne et ces intérêts se trouveraient si la Pologne avait respecté ladite Convention. Une pareille conséquence serait non seulement inique, mais aussi et avant tout incompatible avec le but visé par les articles 6 et suivants de la Convention, voire la défense, en principe, de liquider des biens, droits et intérêts des ressortissants allemands et des sociétés contrôlées par des ressortissants allemands en Haute-Silésie, car elle équivaudrait à identifier la liquidation licite et la dépossession illicite en ce qui concerne leurs effets financiers. Le principe essentiel, qui découle de la notion même d'acte illicite et qui semble se dégager de la pratique internationale, notamment de la jurisprudence des tribunaux arbitraux, est que 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. Restitution en nature, ou, si elle n'est pas possible, paiement d'une somme correspondant à la valeur qu'aurait la restitution en nature ; allocation, s'il y a lieu, de dommages-intérêts pour les pertes subies et qui ne seraient pas couvertes par la restitution en nature ou le paiement qui en prend la place ; tels sont les principes desquels doit s'inspirer la détermination du montant de l'indemnité due à cause d'un fait contraire au droit international.», *Usine de Chorzów*, fond, arrêt, *op. cit.*, p. 47.
[750] DOLZER (R.), SCHREUER (C.), *principles of international investment law, op. cit.*, 1ère éd., pp. 91-92.

d'une restitution en valeur et dans tous les cas devant conduire « autant que possible, [à] effacer toutes les conséquences de l'acte illicite et rétablir l'état qui aurait vraisemblablement existé si ledit acte n'avait pas été commis ».

Il apparaît ainsi que l'arrêt *Usine de Chorzów* a été l'occasion, pour la Cour, de poser une *lex generalis* en matière d'indemnisation en cas d'expropriation illicite, qu'elle distingue des règles d'indemnisation de l'expropriation licite généralement prévues par le droit applicable au litige.

B. La confirmation de la distinction

La distinction ainsi opérée par la Cour entre l'indemnité comme condition de licéité de l'expropriation et l'indemnisation comme forme de la réparation a été reprise par une partie de la jurisprudence des tribunaux CIRDI.

Dans l'affaire *Siemens*, le tribunal ayant conclu à une expropriation illicite, indique que le droit applicable à l'évaluation de l'indemnisation en l'espèce est le droit international coutumier, le traité ne prévoyant que l'indemnisation pour une expropriation licite. Selon la sentence, le droit international coutumier relatif à l'indemnisation pour expropriation illicite a été formulé par l'arrêt *Usine de Chorzów*.La différence entre la formule *Chorzów* et celle du traité, poursuit la sentence, réside dans le fait qu' « en vertu de la première, l'indemnisation doit prendre en compte "tous les préjudices financièrement évaluables" ou "effacer toutes les conséquences de l'acte illicite" contrairement à l'indemnisation "équivalant à la valeur de l'investissement approprié" en vertu du Traité. En vertu du droit international coutumier, *Siemens* a droit, pas seulement à la valeur de son entreprise au 18 mai 2001, date de l'expropriation, mais également, à toute valeur plus élevée qu'a gagnée cette entreprise à la date de cette Sentence, plus tout préjudice indirect »[751].

La même logique se retrouve dans la sentence *ADC*. L'Etat hôte estimait que le tribunal devait appliquer les modalités de l'indemnisation contenues dans le traité applicable en l'espèce en tant que *lex specialis*. L'investisseur, pour sa part, était d'avis qu'il fallait faire application des principes de l'indemnisation tels que prévus dans l'arrêt *Usine de Chorzów*. Le tribunal, conscient du principe selon lequel la *lex specialis* prime la *lex generalis*, précise cependant que la *lex specialis* identifiée par l'Etat hôte

[751] *Siemens c. Argentine*, préc., sentence, §§ 349 et 352.

est relative à l'expropriation licite tandis que la *lex generalis* mise en avant par l'investisseur est relative à l'expropriation illicite. Or, en l'espèce, il était question d'expropriation illicite. Le traité ne prévoyant pas de modalités d'indemnisation en cas d'expropriation illicite, c'est vers la *lex generalis* relative à l'expropriation illicite, posée par l'arrêt *Usine de Chorzów,* que le tribunal a décidé de se tourner pour résoudre la question de l'indemnisation[752].

Plusieurs autres sentences CIRDI ont réaffirmé la distinction entre indemnité pour expropriation licite et indemnisation pour expropriation illicite posée par la CPJI[753]. Certaines sentences ont cependant remis en cause cette distinction en opérant une assimilation entre les deux formes d'indemnisation malgré le caractère « inique »[754] d'une telle confusion soulignée par la Cour.

II. Remise en cause de la distinction

Certaines sentences CIRDI, alors même qu'elles concluent à l'illicéité de l'expropriation, utilisent les modalités de l'indemnisation pour expropriation licite, généralement prévues dans les dispositions du traité applicable, pour évaluer l'indemnisation. Ainsi, ces sentences utilisent les modalités de l'indemnisation-condition comme principes d'évaluation de l'indemnisation-réparation. De ce point de vue, elles n'adoptent pas la distinction opérée par la Cour au nom du droit international général.

C'est par application du principe conventionnel d'évaluation de l'indemnisation-condition, la *market value,* que les sentences *Wena* et *Tecmed* ont déterminé la valeur de l'indemnisation pour expropriation illicite[755].

La sentence *MTD*, en recherchant la base pour l'évaluation de l'indemnité due pour la violation de dispositions conventionnelles autres que celle relative à l'expropriation indique que le TBI Malaisie / Chili contient des modalités d'indemnisation applicables à l'expropriation mais ne contient aucune précision quant aux principes à appliquer lorsqu'il

[752] *ADC c. Hongrie*, préc., sentence, §§ 479 et ss.
[753] Voir par exemple *LG&E c. Argentine,* préc., décision sur la responsabilité, § 38 ; *Mondev c. Etats-Unis d'Amérique*, CIRDI, affaire n° ARB (AF) /99/2, sentence du 11 octobre 2002, § 71 ; *Vivendi c. Argentine II,* préc., sentence, §§ 8.2.3-8.2.5; *Conoco Phillips c. Venezuela,* CIRDI, affaire n° ARB/07/30, sentence du 3 septembre 2013, § 342; *Tidewater et autres c. Venezuela, CIRDI,* affaire n° ARB/10/5, sentence du 13 mars 2015, §§129 ss.
[754] *Usine de Chorzów*, fond, arrêt, *op. cit*., p. 47.
[755] *Tecmed c. Mexique,* préc., sentence, §§ 187-189 ; *Wena c. Egypte,* préc., sentence, § 118.

s'agit de la violation du traité « *on other grounds* »[756]. Cette précision laisse sous-entendre que pour le tribunal, les modalités conventionnelles de l'indemnisation, qui sont en réalité relatives à l'expropriation licite, constituent les principes de l'indemnisation pour la violation du traité *on the ground of expropriation*.

Dans ces affaires, la (*fair*) *market value* de l'investissement, prévue dans les accords sur les investissements comme modalité de l'indemnisation qui doit accompagner l'expropriation licite a été considérée comme fondement de l'évaluation de l'indemnisation pour expropriation illicite. Il en est de même pour la sentence *Metalclad*, qui, ayant conclu à l'existence d'une expropriation illicite a évalué l'indemnisation sur la base de la *fair market value* de l'investissement tel que prévu à l'article 1110 de l'ALENA au titre de l'indemnisation-condition. Par ailleurs, cette sentence estime que cette méthode correspond aux principes de la réparation énoncés dans l'arrêt *Usine de Chorzow*[757]. Une telle conclusion dénote une mauvaise interprétation de l'arrêt *Usine de Chorzow* dans lequel les principes de la réparation ont justement été pensés comme base d'une indemnisation allant au-delà de la valeur, au-delà du « juste prix » du bien exproprié[758].

Section II : Adhésion imparfaite à l'inadmissibilité de la clause de stabilisation comme condition de licéité internationale d'une expropriation/nationalisation

La problématique qui sous-tend le binôme "clause de stabilisation - expropriation" s'inscrit dans un débat plus large qui est celui de la validité, de l'efficacité, de la valeur et de la portée juridiques des clauses de stabilisation. Il y a, d'une part, la thèse qui nie toute validité et efficacité à la clause de stabilisation au nom de la théorie de l'inaliénabilité de la souveraineté de l'Etat et qui tend à considérer qu'une clause de stabilisation, bien que contenue dans un contrat, n'a aucune existence et qu'un contrat qui prévoit une telle clause n'est en définitive pas différent d'un contrat qui n'en contient pas. D'autre part, il y a la thèse qui tend à reconnaître à la clause de stabilisation toute sa valeur juridique au nom de la volonté contractuelle et des principes de bonne foi et de *sanctity of contract* qui doivent nécessairement l'accompagner.[759]

---

[756] *MTD c. Chili*, préc., sentence, § 238.
[757] *Metalclad c. Mexique*, préc., sentence, §§ 113-122.
[758] *Usine de Chorzów*, arrêt (fond), *op. cit.*, p. 47.
[759] Pour un résumé des controverses, Voir KAHN (Ph.), « Contrats d'Etat et nationalisation. Les apports de la sentence arbitrale du 24 mars 1982 », *J.D.I.*, 1982, vol. 109, pp. 844 ss; WEIL (P.), « Les clauses de stabilisation ou d'intangibilité insérées dans les accords de développement économique », in *Ecrits de droit international*, Paris : P.U.F., 2000, pp. 325 à 349. L'article est paru à l'origine dans les *Mélanges offerts à Charles Rousseau, La communauté internationale*, Paris : Pedone, 1974, pp. 301 à 328.

Les arguments contre la reconnaissance de la validité et de l'efficacité de la clause de stabilisation en soi sont reconduits dans le strict cadre du débat sur la portée de la clause sur le droit d'exproprier de l'Etat d'accueil. Cependant, admettre la validité de la clause de stabilisation n'emporte pas automatiquement la conclusion selon laquelle une clause de stabilisation est opposable au droit d'exproprier de l'Etat. C'est ce qui ressort de la jurisprudence internationale, qui, aujourd'hui, reconnaît la validité des clauses de stabilisation sans pour autant avoir une position unanime quant à l'opposabilité de ces clauses au droit d'exproprier de l'Etat.

L'absence d'unanimité quant à la portée de la clause au regard du droit et des conditions de nationalisation se vérifie dans une certaine mesure aussi à travers la comparaison des jurisprudences de la Cour et des tribunaux CIRDI. En effet, si une sentence des tribunaux CIRDI infirme la jurisprudence constante de la Cour sur la nature et la localisation juridique du contrat d'Etat[760], dont la clause de stabilisation est sans effet pertinent sur les conditions de licéité de nationalisation (Paragraphe I), une grande partie de la jurisprudence des tribunaux CIRDI abonde dans le même sens que la jurisprudence de la Cour (Paragraphe II).

Paragraphe I : Infirmation de l'inadmissibilité

Le rejet, par la Cour, de la clause de stabilisation comme fondement d'une expropriation internationalement illicite peut ressortir implicitement de sa prise de position quant à la nature juridique de l'accord qui la contient (I). Cette position a été clairement contredite par la sentence *AGIP* dans la mesure où elle voit dans cette clause la preuve de l'internationalisation du contrat qui la contient. (II).

I. Le rejet de la clause de stabilisation comme fondement d'une expropriation internationalement illicite par la Cour

La question de savoir si l'expropriation est internationalement illicite lorsqu'elle s'effectue en présence d'une clause de stabilisation contenue dans un contrat conclu entre l'État hôte et l'investisseur étranger a été portée devant la CIJ dans le cadre de l'affaire *Anglo Iranian Oil Co.*

[760] LANKARANI (L.), *Les contrats d'Etat à l'épreuve du droit international*, *op. cit.*, pp. 313 et s.

Le contentieux relatif à la rupture du contrat de concession conclu en 1933 entre l'Iran et l'Anglo-Iranian Co. (société britannique) suite à la nationalisation du pétrole par des lois iraniennes, a été porté par le Gouvernement britannique devant la CIJ, faute pour l'Iran d'honorer la clause d'arbitrage contenue dans le contrat. Dans sa requête, le Royaume-Uni a demandé, à titre subsidiaire, à la Cour, de : « déclarer que *la mise en vigueur de la loi iranienne sur la nationalisation du pétrole* du Ier mai 1951, en tant que cette loi a pour objet, *contrairement aux articles 21 et 26 de la Convention conclue le 29 avril 1933 entre le Gouvernement impérial de Perse et l'Anglo-Persian Oil Company*, Limited, d'annuler ou de modifier unilatéralement les termes de ladite Convention, *serait un acte contraire au droit international qui engagerait la responsabilité internationale du Gouvernement impérial de l'Iran*»[761].

Le Royaume-Uni faisait ainsi valoir que la nationalisation constituait la violation d'un engagement international en ce qu'elle était contraire à la clause de stabilisation contenue à l'article 21 du contrat de concession. La CIJ, au regard des exceptions d'incompétence soulevées par la partie défenderesse qu'elle a retenues, n'a pas eu l'occasion de se prononcer directement sur cet argument. Sa position ressort cependant incidemment ou indirectement à travers l'appréciation portée sur la nature juridique du contrat de concession dans lequel s'insère la clause de stabilisation.

En effet, en vue de contrer d'une manière ou d'une autre, l'exception d'incompétence en vertu de la réserve de la déclaration de l'Iran à la compétence de la Cour, le Royaume-Uni a présenté le contrat de concession litigieux conclu postérieurement à la déclaration de l'Iran comme ayant un « double caractère » international. La thèse britannique du "double caractère" international du contrat de concession consistait précisément à considérer que le contrat était d'une part, bien plus qu'un contrat de concession ordinaire, un contrat de droit international entre l'Iran et l'Anglo-Iranian Oil Company en raison de la clause de stabilisation qu'il contenait, outre le fait qu'il serait d'autre part, un accord de droit international entre l'Iran et le Royaume-Uni[762].

[761] *Affaire de l'Anglo-Iranian Oil Co.* (compétence), *op. cit.*, pp. 95-96. C'est nous qui soulignons.

En rejetant, "dans ses deux branches principale et "additionnelle" cette argumentation tendant à asseoir sa compétence[763] pour conclure que ce contrat n'est pas un traité car "rien de plus qu'un contrat de concession"[764], et ainsi que l'analyse Leila LANKARANI, la Cour a logiquement rejeté la portée qu'entendait donner le demandeur à l'insertion d'une clause de stabilisation dans un contrat. Celle-ci ne saurait être considérée comme une clause "limitative du droit souverain de l'Etat d'exproprier et de nationaliser" et dont la violation constituerait "un acte internationalement illicite" en dépit de ce qu'avait ainsi soutenu le Royaume Uni[765]. Autrement dit, pour la CIJ, en tant qu'obligation de droit interne, en l'absence d'un traité dans lequel un tel contrat trouverait autrement une force obligatoire de droit international public, la clause de stabilisation contenue dans un contrat ne peut constituer le fondement de l'illicéité internationale d'une expropriation.

Ainsi, la Cour, en décidant que le contrat contenant la clause de stabilisation reste néanmoins un acte de droit interne[766], a décidé de l'impossibilité pour la clause de stabilisation, engagement de droit interne, de fonder l'illicéité internationale de la nationalisation.

II. Une jurisprudence clairement contredite par la sentence *AGIP*

La première affaire dans le cadre du CIRDI qui pose directement la problématique de la licéité d'une expropriation au regard d'une clause de stabilisation est l'affaire *AGIP*.

La société italienne AGIP, pour échapper au programme de nationalisation du secteur de la distribution des produits pétroliers au Congo qui a eu lieu le 12 janvier 1974 a signé avec le Gouvernement congolais un protocole d'accord le 2 janvier 1974.

En vertu de ce protocole, en contrepartie de la cession à l'Etat congolais de 50% des actions de la filiale d'AGIP constituée au Congo, le Gouvernement acceptait que ladite filiale, en dépit de cette participation étatique, demeure une société anonyme de

[763] La déclaration d'acceptation de la juridiction obligatoire de la Cour faite par l'Iran limitait la compétence de la CIJ aux différends « au sujet de situations ou de faits ayant directement ou indirectement trait à l'application des traités ou conventions acceptés par la Perse et postérieurs à la ratification de cette déclaration ». Le Royaume-Uni voyait dans le contrat de concession l'un de ces traités ou conventions visés par la déclaration de l'Iran.
[764] Voir, LANKARANI (L.), *Les contrats d'Etat à l'épreuve du droit international*, op. cit, pp. 313-322.
[765] *Ibid.*, p. 317.
[766] Voir aussi, *infra*, IIeme Partie, Titre II, Chapitre I, Section II.

droit privé. Le Gouvernement s'est donc engagé à ne pas appliquer à la société certains textes juridiques et « tout autre ordonnance ou décret successif ayant le but d'altérer le caractère de société anonyme de la société »[767] (article 4 du Protocole d'accord) et à « adopter des dispositions appropriées afin d'éviter l'application à la société des modifications futures au droit des sociétés visant la structure et la composition des organes de la société »[768] (Article 11 du Protocole d'accord). Néanmoins, par ordonnance n° 6/75 du 12 avril 1975, la filiale congolaise d'AGIP a été nationalisée. Un tribunal CIRDI a été constitué pour apprécier la licéité de cette mesure au regard du Protocole d'accord, notamment en ses articles 4 et 11 précités. Le Protocole d'accord prévoyait en son article 15 comme droits applicables, en cas de différends concernant son application ou son interprétation, « la loi congolaise, complétée le cas échéant par tout principe de droit international ».

Au-delà des contradictions que contient la sentence quant à l'ordre juridique de rattachement du Protocole d'accord, elle apparaît également contradictoire en ce qui concerne le fondement juridique de la clause de stabilisation contenue dans cet accord[769]. La sentence considère d'une part que la clause de stabilisation lie le Congo en vertu du droit congolais[770] et d'autre part que l'application de cette clause « résulte non du jeu automatique de la souveraineté de l'Etat contractant mais de la *commune volonté des parties exprimée au niveau de l'ordre juridique international* »[771].

C'est sur cette dernière base que la sentence a soutenu que c'est à propos de la clause de stabilisation que « les principes du droit international viennent compléter les règles du droit congolais »[772]. Considérant, ainsi, que la clause de stabilisation tire sa force obligatoire de l'ordre juridique international et est constitutive d'une obligation internationale, la sentence a décidé « de concentrer l'examen de la compatibilité de la nationalisation avec le droit international sur les clauses de stabilisation »[773].

[767] Article 4 du protocole d'accord entre la société AGIP et le Gouvernement congolais, reproduit au paragraphe 69 de la sentence.
[768] *AGIP S.p.A. c. Congo*, préc., sentence, § 18.
[769] LANKARANI (L.), *Les contrats d'Etat à l'épreuve du droit international*, *op. cit.*, pp. 469-470.
[770] *AGIP S.p.A. c. Congo*, préc., sentence, § 76.
[771] *Ibid.*, § 85. C'est nous qui soulignons.
[772] *Ibid.*, § 88.
[773] *Ibid.*, § 87.

C'est donc au regard de la clause de stabilisation que la sentence *AGIP* a apprécié la licéité internationale de la nationalisation et c'est d'ailleurs sur ce fondement que l'illicéité internationale de la nationalisation a été déclarée[774].

La sentence *AGIP* prend ainsi, clairement, le contre-pied de la jurisprudence de la Cour de la Haye.

Avec l'apparition de l'arbitrage fondé sur des traités d'investissement[775], qui avec l'arbitrage fondé sur les lois nationales a été qualifié d'arbitrage « *without Privity* »[776] ou encore d'« arbitrage transnational unilatéral »[777], certains obstacles peuvent être relevés quant au caractère inopérant, dans la jurisprudence des tribunaux CIRDI, d'une clause de stabilisation comme fondement de l'illicéité d'une expropriation. Les sentences opposant de tels obstacles rejoignent la jurisprudence de la Cour.

Paragraphe II : Paradoxe de confirmation de l'inadmissibilité : les arbitrages CIRDI *without privity*

Alors que la jurisprudence de la Cour peut être considérée comme rejetant la portée internationale possible quant aux conditions de licéité d'expropriation d'une disposition de stabilisation dans un contrat en l'absence d'un traité parapluie en support, la jurisprudence des tribunaux CIRDI, malgré l'avènement de ces traités parapluies, ne donne pas effet aux engagements contractuels de stabilisation. Il est en effet affirmé qu'il est impossible de connaître de l'illicéité d'une expropriation dans le cadre d'un *treaty claim* sur la base d'une clause de stabilisation, clause contractuelle (I) mais également qu'il est impossible pour l'investisseur non partie au contrat d'invoquer la clause de stabilisation qui y est contenue dans le cadre de son *treaty claim* (II).

I. Sur la base de la distinction *treaty claim-contract claim*

La problématique de la licéité de l'expropriation au regard de clauses de stabilisation a été soulevée devant un tribunal constitué sur la base d'accords internationaux sur les investissements dans le cadre de l'affaire *Ioannis Kardassopoulos*.

---

[774] *Ibid.*, §§ 86-88.
[775] Voir BURDEAU (G.), « Nouvelles perspectives pour l'arbitrage dans le contentieux économique intéressant les Etats », *Revue de l'arbitrage*, n° 1, 1995, pp. 3 ss.
[776] PAULSSON (J.), « Arbitration without privity », *ICSID Review*, 1995, n°2, p. 248.
[777] BEN HAMIDA (W.), *L'arbitrage transnational unilatéral : réflexions sur une procédure réservée à l'initiative d'une personne privée contre une personne publique*, Thèse de doctorat, Sous la direction de FOUCHARD (Ph.), Université Panthéon Assas Paris, 2003, 728 p.

M. Kardassopoulos était en effet actionnaire d'une société qui avait conclu avec l'entreprise publique pétrolière géorgienne un contrat de *joint venture* matérialisé par la société GTI. Dans le cadre de son mandat incluant le développement du secteur du pétrole et du gaz en Géorgie, il a été concédé à GTI des droits exclusifs sur divers projets de construction, d'entretien et d'exploitation de pipelines. GTI disposait à cet effet d'un titre de concession. Par des mesures administratives, le Gouvernement géorgien a transféré certains droits reconnus à GTI à une autre société. M. Kardassopoulos estimait qu'en mettant un terme aux droits que GTI avait sur les pipelines, la Géorgie a procédé à une expropriation illicite de son investissement. Il a invoqué à cet effet deux fondements distincts[778] : selon l'investisseur, l'expropriation était contraire à l'article 13 (1) du Traité sur la charte de l'énergie (TCE) et aux clauses de stabilisation contenues à l'article 12 du contrat de *joint venture* et à l'article 21 du titre de concession.

Le tribunal ayant déterminé qu'il s'agissait dans cette affaire d'un « cas classique d'expropriation directe »[779] a déclaré l'expropriation illicite en ce qu'elle n'avait pas respecté la condition de *due process* au regard de l'article 13 du TCE[780]. Cette conclusion rendait inutile l'examen du moyen alternatif tiré de l'illicéité de l'expropriation sur le fondement des clauses de stabilisation[781]. La position du tribunal ressort cependant indirectement à travers l'appréciation portée sur le désaccord entre les parties en ce qui concerne le rôle des clauses de stabilisation dans la détermination du montant de l'indemnisation. En effet, les clauses de stabilisation de l'espèce, qui se présentaient comme de véritables « clauses de non-nationalisation »[782] prévoyaient les modalités de l'indemnisation en cas d'expropriation ou de nationalisation[783].

---

[778] *Ioannis Kardassopoulos c. Georgie*, CIRDI, affaire n° ARB/05/18, sentence du 3 mars 2010, §§ 352 et 354.
[779] *Ibid.*, § 387.
[780] *Ibid.*, §§ 390 et 394-404.
[781] *Ibid.*, § 407.
[782] KAHN (Ph.), « Contrats d'Etat et nationalisation… », *op. cit.*, p. 852.
[783] Selon l'article 12.3 du contrat de *joint venture* : « *Any purported attempted or alleged act or event of expropriation, confiscation or nationalization of the Joint Venture, its property or its rights shall be null and void, and shall forthwith entitle the Foreign Partner to full reimbursement for the Foreign Partner's contribution to the Authorized Fund and any amounts invested by the Foreign Partner in any Projects, bearing interest on the free market value of such investment, whichever is higher and until such reimbursement in full shall forthwith entitle the Foreign Partner to payment of such users fee, rentals, royalties or other compensation as shall be determined by an arbitrator to be appointed pursuant to the provisions of this Agreement, during any period in which any such purported, attempted or alleged acts are being carried out against the rights of a property of the Joint Venture.The Partners hereby stipulate that the rate of the rental, users fee or royalties to be awarded shall be in the rate of at least fifty percent of the revenue of the Joint Venture. The arbitrator may also award any additional amounts as reimbursement of expenses or in respect of loss of profits.* »
Dans le même ordre d'idées, l'article 21.3 du titre de concession précisait que : *Any purported attempted or alleged act or event of expropriation, confiscation, nationalization of the Pipelines or grant of rights therein to other persons or entities shall be null and void, and shall forthwith entitle GTI the right to receive full*

La Géorgie, contrairement à ce qu'elle a défendu pour la licéité de l'expropriation, estimait que les clauses de stabilisation pouvaient être appliquées en l'espèce en ce qu'elles contenaient une « formule convenue »[784] pour le calcul des dommages-intérêts qui devait écarter l'application des modalités de l'indemnisation prévues par le TCE[785].

Le demandeur, contrairement à ce qu'il a défendu pour la licéité de l'expropriation, a souligné que le tribunal a été saisi pour des *treaty claims* et que les clauses de stabilisation ne peuvent pas affecter la mesure des dommages et intérêts dus pour la violation de l'article 13 (1) du TCE, des parties privées ne pouvant modifier par voie contractuelle une formule convenue entre des Etats dans un accord multilatéral tel que le TCE[786].

Tranchant cette divergence de vues, le tribunal commence par rappeler que les demandes de l'investisseur en l'espèce sont fondées sur des traités. De ce fait, poursuit le tribunal, « les dispositions pertinentes en vue de la détermination de la *responsabilité*[787] et du quantum sont contenues dans les traités et plus généralement dans le droit international. Si le contrat de *joint venture* et le titre de concession sont pertinents pour les faits allégués à l'appui de telles demandes, le tribunal n'a été constitué ni en vertu des dispositions du contrat de *joint venture* ni en vertu de celles du titre de concession pour connaître du différend contractuel des parties. L'article 12 du contrat de *joint venture* et l'article 21 du titre de concession ne régissent par conséquent pas en tant que tel le cadre juridique dans lequel le tribunal doit apprécier l'indemnisation »[788].

Si le tribunal a décidé que n'étant compétent que pour les *treaty claims*, c'est dans les traités qu'il devait rechercher le fondement de la responsabilité de la Géorgie, l'on voit mal comment il aurait pu fonder la responsabilité de la Géorgie pour expropriation illicite sur des clauses de stabilisation contenues dans des actes de nature contractuelle. De même, il n'est pas certain que le tribunal ait pu considérer que « l'article 12 du contrat de *joint venture* et l'article 21 du titre de concession …régissent … en tant que tel le cadre juridique dans lequel

---

reimbursement for any amounts expended by GTI in managing, operating or maintaining the Pipelines or in carrying out improvements, additions or extensions thereto, bearing interest on the free market value of such expenses or investment and until such reimbursement in full shall forthwith entitle GTI to payment of such users fee, rentals royalties or other compensation as shall be determined by an arbitrator to be appointed pursuant to the provisions of this Agreement, during any period in which any such purported, attempted or alleged acts are being carried out against the Pipelines or any part thereof. The arbitrator may also award any additional amounts as reimbursement of expenses or in respect of loss of profits. »

[784] *Ioannis Kardassopoulos c. Georgie*, préc., sentence, § 384.

[785] *Ibid.*, §§ 474-476.

[786] *Ibid.*, §§ 471-473.

[787] C'est nous qui soulignons.

[788] *Ioannis Kardassopoulos c. Georgie*, préc., sentence, § 480.

le tribunal doit apprécier » la licéité de l'expropriation alors même qu'il a abouti à une conclusion en sens contraire pour l'indemnisation due pour cette même expropriation.

Au regard de tous ces éléments, il peut être conclu qu'il n'est pas possible de déterminer l'illicéité d'une expropriation sur la base d'une clause de stabilisation contenue dans un contrat, et malgré un traité qui en devient le support. La distinction bâtie autour des *treaty claims* et *contract claims* dans la jurisprudence du CIRDI rend impossible de connaître et de juger de la portée de cette clause quant aux conditions de licéité internationale de l'expropriation.

Il en irait certainement autrement si la requête était fondée sur un traité qui prévoit parmi les conditions explicites de licéité de l'expropriation que l'expropriation ne soit pas contraire à un engagement particulier de l'Etat hôte[789].

L'obstacle à l'utilisation d'une clause de stabilisation comme fondement de l'illicéité de l'expropriation est ici relatif au fondement de la saisine du CIRDI. Il est possible de tirer de la jurisprudence des tribunaux CIRDI un autre obstacle, relatif à l'identité du bénéficiaire de la clause de stabilisation.

II. Au nom du *privity of contract*

Dans l'affaire *CMS*, le principe de l'effet relatif des contrats a pu être opposé à l'élévation du non-respect de clauses de stabilisation au rang de violation du traité applicable. Dans la décision sur la compétence, les clauses de stabilisation ont été présentées comme une expression de la quête de la stabilité et de la sécurité juridique[790]. En réglant le différend sur le fond, le tribunal a affirmé qu'en l'espèce, les clauses de stabilisation assurent un droit que le demandeur peut valablement invoquer[791] et que ce droit ayant été méconnu, il y a eu par conséquent violation de la clause *umbrella* contenue dans le TBI Argentine/Etats-Unis. C'est

[789] Dans le cadre du CIRDI, l'article 6 (b) du TBI Pays-Bas / Venezuela a donné lieu à des affaires portant sur la licéité de l'expropriation dans lesquelles la condition de la non-contrariété de l'expropriation à des engagements de l'Etat hôte a été discutée. Il ressort de ces affaires que l'engagement auquel l'expropriation ne doit pas être contraire s'entend d'une obligation souscrite par l'Etat hôte qui procède à l'expropriation. Lorsque l'Etat hôte a clairement réservé ses droits souverains (*Venezuela Holdings et Mobil c. Venezuela*, préc., sentence, § 299) et ne s'est pas explicitement engagé à ne pas exercer son droit d'exproprier, une telle obligation ne peut être relevée (*Conoco Phillips c. Venezuela*, préc., sentence, §§ 345-350). Cette dernière affaire met en lumière la relation entre la condition du respect des engagements et les clauses de stabilisation. En effet, la sentence a mis en exergue, sans la trancher, l'argumentation primaire des conseils des investisseurs qui ont défendu l'idée selon laquelle il peut être conclu à une expropriation contraire à un engagement de l'Etat hôte même en l'absence de clauses de stabilisation explicites.

[790] *CMS c. Argentine*, préc., décision sur la compétence du 17 juillet 2003, § 28.

[791] *CMS c. Argentine*, préc., sentence, §§ 145 à 151.

dire que le tribunal a conclu à la violation de la clause *umbrella,* obligation conventionnelle, au regard de la violation de clauses de stabilisation[792].

Le Comité *ad hoc* constitué pour connaître de la demande d'annulation de la sentence *CMS* a annulé la sentence sur ce point. Selon le Comité, le tribunal n'a pas démontré comment CMS pouvait, sur le fondement de la clause *umbrella*, opposer à l'Argentine la violation d'une obligation conventionnelle du fait de la violation d'une obligation contractuelle due par l'Argentine à TGN. En effet, les clauses de stabilisation étaient contenues dans la licence pour le transport de gaz délivrée à la société TGN dans laquelle CMS était actionnaire. Pour le Comité *ad hoc,* les obligations contenues dans les clauses de stabilisation étant dues à TGN et non directement à CMS, il aurait fallu démontrer dans quelle mesure CMS pouvait faire valoir de telles obligations[793].

Il ressort de cette décision d'annulation qu'une clause de stabilisation ne peut être invoquée comme fondement de la violation d'une obligation du traité fondant la demande de l'investisseur lorsque l'obligation souscrite à travers la clause de stabilisation n'est pas directement due à l'investisseur partie au règlement arbitral. C'est dire qu'un investisseur ne peut invoquer une clause de stabilisation comme fondement de l'illicéité d'une expropriation dans le cadre d'un *treaty claim* lorsqu'il n'est pas partie au contrat contenant la clause de stabilisation. En vertu du principe de l'effet relatif des accords, la différence d'identité entre les parties liées par la clause de stabilisation et les parties au différend, est donc susceptible d'être opposée à la partie au différend qui entend se prévaloir de la clause de stabilisation pour étayer son argumentation de l'illicéité de l'expropriation.

Il existe donc bien, dans la jurisprudence des tribunaux CIRDI, des sentences qui rejoignent la jurisprudence de la Cour. Comme cette dernière, ces sentences mettent en avant des obstacles qui s'opposent à l'utilisation des clauses de stabilisation comme fondement de l'illicéité de l'expropriation.

[792] *Ibid.*, §§ 301-303.
[793] *CMS c. Argentine*, préc., décision du Comité ad hoc du 25 septembre 2007, §§ 96-97.

CONCLUSION DU CHAPITRE

La mise en parallèle des jurisprudences de la Cour et des tribunaux CIRDI sur la problématique de la licéité de l'expropriation a été opérée dans un cadre double d'où il a été tiré que la jurisprudence des tribunaux CIRDI ne prolongeait que relativement celle de la Cour.

Dans le premier cadre, qui renvoie aux conditions classiques de licéité de l'expropriation que l'on retrouve dans la plupart des accords internationaux sur les investissements, ce sont les critères de l'utilité publique et de l'indemnisation qui ont offert un champ de comparaison. Si le sens de l'utilité publique dégagé de la jurisprudence de la Cour a fait l'objet de consolidation par les tribunaux CIRDI, le caractère *self-judging* de son invocation n'a pas fait l'unanimité auprès de ces tribunaux.

En ce qui concerne le régime de l'indemnisation, la distinction opérée par la Cour entre indemnisation pour expropriation licite et indemnisation pour expropriation illicite n'a reçu un écho favorable qu'auprès d'une partie seulement de la jurisprudence des tribunaux CIRDI.

Le second cadre de l'analyse a porté sur les clauses de stabilisation qui ont pu être avancées comme motifs d'illicéité d'une expropriation devant la Cour et les tribunaux CIRDI, à côté des conditions classiques de licéité de l'expropriation.

Confrontée à cette problématique, la Cour a décidé que les clauses de stabilisation ne pouvaient fonder l'illicéité internationale d'une expropriation. Une sentence CIRDI a explicitement pris le contre-pied de cette solution retenue par la Cour. D'autres sentences par contre, s'inscrivent dans la lignée de la jurisprudence de la Cour en admettant qu'il existe des obstacles à l'utilisation des clauses de stabilisation comme fondement de l'illicéité d'une expropriation.

Il apparaît ainsi que les règles relatives à l'expropriation, contribuent, comme les règles TJE, les règles de protection, le standard minimum international, les règles de traitement de la nation la plus favorisée et de traitement national, à démontrer que, la jurisprudence des tribunaux CIRDI ne suit que partiellement les règles primaires du droit des investissements internationaux telles que vues par la Cour. Une conclusion similaire a pu être tirée de l'analyse comparée des jurisprudences de la Cour et des tribunaux CIRDI sur les questions juridiques abordées en droit des investissements internationaux qu'il n'a pas été possible de classer au titre de règles primaires. En effet, la jurisprudence des tribunaux CIRDI n'emprunte

que partiellement à la jurisprudence de la Cour les règles secondaires qu'elle applique au droit des investissements internationaux.

PARTIE II : LES REGLES SECONDAIRES APPLIQUEES AU DROIT DES INVESTISSEMENTS INTERNATIONAUX PAR LES TRIBUNAUX CIRDI PARTIELLEMENT EMPRUNTEES A LA COUR

La recherche préalable sur les problématiques juridiques relatives aux investissements internationaux sur lesquelles la Cour de la Haye et les tribunaux CIRDI se sont conjointement prononcées a conduit à constater que ces problématiques ne se limitaient pas aux règles qui « prescrivent…d'accomplir ou de s'abstenir de certains comportements »[794]. Certaines de ces problématiques renvoient plutôt à des règles qui « déterminent la façon dont les règles primaires peuvent être définitivement identifiées, édictées, abrogées ou modifiées, et le fait de leur violation définitivement établi »[795]. Ces questions qui constituent des règles « *relatives* [aux règles primaires] »[796] du droit des investissements internationaux sont récurrentes dans cette discipline, et les passer sous silence aurait pour effet de dépouiller l'examen du droit des investissements internationaux vu par la CIJ et le CIRDI d'un important aspect.

Les règles de changement constituent dans la théorie de H.L.A. HART, des règles qui « habilit[ent] un individu ou un corps de personnes à introduire de nouvelles règles primaires …et à éliminer les règles anciennes »[797]. Ces règles qui « pourvoient à l'existence d'un corps législatif »[798] renvoient à des concepts tels que la législation, l'adoption, la promulgation, l'abrogation d'une loi[799].

Les règles de reconnaissance renvoient, selon H.L.A. HART, aux « règles qui détermin[ent] un ou plusieurs traits qui peuvent être considérés comme indiquant d'une manière positive et décisive que la règle visée qui les possède, constitue bien une règle du groupe »[800]. Selon H.L.A. HART, ce sont des règles qui « spécifi[ent] les « sources » du droit et ... fourniss[ent] des critères généraux permettant d'identifier ses règles »[801]. Les règles de reconnaissance renvoient ainsi aux problématiques de sources du droit, d'interprétation, de conflit de normes, de validité juridique[802], etc.

Les règles d'adjudication sont, quant à elles, « des règles secondaires habilitant des individus à résoudre d'autorité la question de savoir si, en des circonstances particulières, une règle primaire s'est trouvée transgressée »[803]. Ces règles renvoient ainsi au pouvoir juridictionnel et à la procédure juridictionnelle, ainsi qu'aux concepts juridiques sous-jacents tels que le recours, le tribunal, le juge, la compétence, la recevabilité, le jugement ... etc.

---

[794] HART (H. L. A.), *Le concept de droit, op. cit.,* p. 105.
[795] *Ibid.,* pp. 119-120.
[796] *Ibid.,* p. 119
[797] *Ibid.,* p. 121.
[798] *Ibid.,* p. 254.
[799] *Ibid.,* p. 121.
[800] *Ibid.,* p. 120
[801] *Ibid.,* p. 254.
[802] *Ibid.,* pp. 120-121.
[803] *Ibid.,* p. 122.

H.L.A. HART indique un lien entre ces règles d'adjudication et les règles de reconnaissance. Selon lui, « si les tribunaux sont habilités à décider d'autorité qu'une règle a été transgressée, ces décisions ne peuvent s'empêcher de déterminer d'autorité quelles sont ces règles »[804]. L'auteur fait ainsi état de l'existence d'une règle de reconnaissance à travers la règle d'adjudication par l'identification des règles primaires dans le cadre de l'exercice de la fonction juridictionnelle.

La recherche préalable a permis de relever que cette dernière catégorie de règle de reconnaissance – en plus d'autres règles de reconnaissance – ainsi que certaines règles d'adjudication appliquées en droit des investissements internationaux, offrent des champs de comparaison des jurisprudences de la Cour et des tribunaux CIRDI.

Il s'agit notamment de questions se rapportant à la compétence juridictionnelle, aux sources du droit et à l'identification des règles primaires dans le cadre de l'exercice de la fonction juridictionnelle.

En plus de ces questions, une catégorie de règles qui ne se retrouve pas explicitement dans la classification des règles secondaires opérée par H.L.A. HART (bien qu'implicite *via* la transgression de règles primaires), et qui peut néanmoins trouver sa place dans la définition des règles secondaires, est directement pertinente pour l'analyse comparée entreprise dans le cadre de la présente étude. Il s'agit des règles de la responsabilité internationale de l'Etat qui sont, à n'en point douter des « *relatives* [aux règles primaires] »[805], des règles qui « se rapportent…aux règles primaires elles-mêmes »[806]. Les règles de la responsabilité internationale ont pu être présentées, dès le premier rapport de Roberto AGO, comme « les conséquences de la violation de toute obligation primaire applicable »[807], comme « des règles secondaires [renvoyant aux] conditions générales que pose le droit international pour que l'État soit considéré comme responsable d'actions ou omissions illicites [c'est-à-dire constitutives de manquements aux règles primaires], et aux conséquences juridiques qui en découlent »[808].

[804] *Ibid.*, p. 123.
[805] *Ibid.*, p. 119
[806] *Ibidem*.
[807] CRAWFORD (J.), *Les articles de la C.D.I. sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite : introduction, texte et commentaires*, Paris : Pedone, 2003, p. 18. Pour le rapport de Roberto AGO, voir *Annuaire de la Commission du droit international*, 1970, vol. II, p. 327.
[808] Commission du droit international, « Projet d'articles sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite et Commentaires y relatifs », *op. cit.*, p. 61.

L'analyse comparée des jurisprudences de la Cour et des tribunaux CIRDI sur ces règles qui « se rapportent…aux règles primaires [du droit des investissements internationaux] elles-mêmes »[809] permet de confirmer le résultat auquel l'on est parvenu dans la première partie. En effet, si certaines sentences CIRDI sur les règles secondaires appliquées au droit des investissements internationaux puisent dans les jalons posés par la Cour, d'autres s'en départissent.

Ainsi, c'est au regard des règles d'adjudication (Titre I), des règles de reconnaissance (Titre II) et des règles de la responsabilité internationale (Titre III), que seront présentées ce constat de relatif emprunt à la Cour des règles secondaires appliquées au droit des investissements internationaux par les tribunaux CIRDI.

[809] *Ibidem*.

TITRE I : AU REGARD DES REGLES D'ADJUDICATION

Au regard du contentieux international des investissements internationaux, les règles d'adjudication constituant la principale pierre d'achoppement sont celles permettant d'établir non seulement l'existence du pouvoir de déterminer la violation des règles primaires mais également l'étendue et les limites de ce pouvoir.

Pour la CIJ et pour le CIRDI, de telles règles sont avant tout prévues dans les instruments les mettant en place mais également dans les instruments applicables dans chaque espèce, autour des notions de compétence et de recevabilité.

Les notions de compétence et de recevabilité sont difficiles à définir et à distinguer. La jurisprudence et la doctrine s'accordent à tout le moins à reconnaître que la recevabilité a trait à la requête et que la compétence est une qualité qui s'attache à l'organe à l'attention duquel la requête est portée[810]. C'est ainsi qu'on parle de la recevabilité de la demande et de la compétence de l'organe chargé de trancher un différend.

La compétence a pu être présentée comme un concept employé dans deux sens : « il désigne principalement *ce dont une juridiction peut connaître*, le domaine à l'intérieur duquel elle peut exercer ses pouvoirs. On dit alors que la compétence de telle juridiction s'étend à telle catégorie de différends. Mais le mot désigne aussi la conséquence de ce qu'une « affaire » (ou, plutôt, une « question ») entre dans le domaine de compétence de l'organe, *l'aptitude à en connaître*. On constate alors que telle juridiction a compétence pour connaître de telle demande. Si, en somme, une affaire entre dans son domaine de compétence (1er sens), alors la juridiction a compétence, elle peut en connaître (2e sens) »[811].

Il est attribué également deux sens au terme de recevabilité : « la première utilisation renvoie aux *conditions de recevabilité*, les éléments auxquels est subordonnée la décision sur le fond, existence du différend, intérêt pour agir, respect des délais, etc. Mais, ici encore, le mot est utilisé également pour désigner la conséquence de ce qu'une « demande » (ou, plutôt, une prétention) remplit les conditions pour faire l'objet d'une décision, *la demande est*

[810] Voir par exemple *Certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale (Djibouti c. France), arrêt, C.I.J. Recueil 2008*, p. 200, § 48: « La Cour fera d'abord observer que, en déterminant l'étendue du consentement exprimé par l'une des parties, elle se prononce sur sa compétence et non sur la recevabilité de la requête» ; *Hochtief c. Argentine*, préc., décision sur la compétence, § 90: « *Jurisdiction is an attribute of a tribunal and not of a claim, whereas admissibility is an attribute of a claim but not of a tribunal* »; HEISKANEN (V.), « Ménage à trois? Jurisdiction, Admissibility and Competence in Investment Treaty Arbitration», *ICSID Review*, 2013, p. 7: « *while jurisdiction is about the scope of the State's consent to arbitrate, admissibility is about whether the claim, as presented, can or should be resolved by an international tribunal, which otherwise has found jurisdiction* ».

[811] SANTULLI (C.), Droit du c*ontentieux international*, Paris : Montchrestien, 2e édition, 2015, p. 153.

recevable. Si une demande respecte l'ensemble des conditions de recevabilité (1er sens), alors elle peut être adjugée, elle est recevable (2e sens) »[812].

Il apparaît de la sorte que même s'il est établi qu'une juridiction a le pouvoir de connaître d'une affaire dans certaines limites, elle peut ne pas être apte à exercer ce pouvoir dans une affaire donnée en ce que même compétente, elle ne peut admettre des demandes qui ne présentent pas certaines qualités ou ne respectent pas certaines conditions requises pour être portées devant elle ou simplement pour être soumises à un examen au fond.

Les difficultés d'ordre conceptuel soulevées par les notions de compétence et de recevabilité sont exacerbées en langue anglaise par l'utilisation de deux notions distinctes, *jurisdiction* et *competence*, pour désigner la compétence. L'on a tenté d'élucider cette dichotomie en ces termes: « *'Jurisdiction' is a general concept; it refers to the tribunal's jurisdictional 'field' ratione temporis, personae or materiae, whereas 'competence' is a particular or specific concept; it refers to the tribunal's competence in a particular case* »[813].

Si cette explication de la dichotomie de l'anglais paraît plausible au regard de la version anglaise de la Convention de Washington[814], elle ne l'est pas au regard de la version anglaise du statut de la CIJ[815].

---

[812] *Ibid.*, p. 209.

[813] S'inspirant des travaux de Gerald FITZMAURICE sur la CIJ, Veijo HEISKANEN présente la distinction en ces termes :
«*The results of Fitzmaurice's analysis, which was no doubt merely preliminary and not intended to be exhaustive, can be summarized in terms of two conclusions:*
(i) 'Jurisdiction' is a general concept; it refers to the tribunal's jurisdictional 'field' ratione temporis, personae or materiae, whereas 'competence' is a particular or specific concept; it refers to the tribunal's competence in a particular case.
(ii) The relationship between the two concepts is asymmetric in the sense that, while competence requires a prior finding of jurisdiction, a finding of jurisdiction does not necessarily entail competence.
This is where legal scholars tend to leave us: jurisdiction is a more abstract concept than competence, and accordingly the relationship between jurisdiction and competence is asymmetric in the sense that while competence implies jurisdiction, the reverse is not necessarily true—a tribunal that has jurisdiction may also be competent, but this is not necessarily the case. While preliminary, Fitzmaurice's analysis sheds useful light on the distinction made in Article 41 of the ICSID Convention and Article 41 of the ICSID Arbitration Rules between the 'jurisdiction of the Centre' and the 'competence of the Tribunal'. » HEISKANEN (V.), « Ménage à trois? Jurisdiction, Admissibility and Competence in Investment Treaty Arbitration», *ICSID Review*, 2013, pp. 5-6.

[814] *Cf.* Article 41 de la Convention de Washington. Dans sa version anglaise, cet article se lit comme il suit :
« *(1) The Tribunal shall be the judge of its own competence.*
(2) Any objection by a party to the dispute that that dispute is not within the jurisdiction of the Centre, or for other reasons is not within the competence of the Tribunal, shall be considered by the Tribunal which shall determine whether to deal with it as a preliminary question or to join it to the merits of the dispute .» (Souligné par nous).
Tandis que dans la version française dispose que :
« (1) Le Tribunal est juge de sa compétence.
(2) Tout déclinatoire de compétence soulevé par l'une des parties et fondé sur le motif que le différend n'est pas de la compétence du Centre ou, pour toute autre raison, de celle du Tribunal doit être examiné par le Tribunal qui

La compétence du CIRDI est réglée par l'article 25 (1) de la Convention de Washington selon lequel « 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. Lorsque les parties ont donné leur consentement, aucune d'elles ne peut le retirer unilatéralement. ».

Il ressort de cette disposition que des critères *ratione materiae* (« différends d'ordre juridique…en relation directe avec un investissement »*, ratione personae* (« entre un Etat contractant …et le ressortissant d'un autre Etat contractant ») et *ratione voluntatis* (« que les parties ont consenti par écrit à soumettre au Centre ») gouvernent la compétence du CIRDI. A cela, la jurisprudence ajoute un critère *ratione temporis* qui découle du principe de non-rétroactivité appliqué à la Convention de Washington[816]. En plus de ces exigences relatives à la compétence (*jurisdiction*) du Centre, les tribunaux constitués sous les auspices du CIRDI peuvent être soumis à des conditions supplémentaires touchant à leur propre compétence (*competence*) dans une espèce donnée au regard de l'instrument sur la base duquel ils ont été saisis. Si la Convention de Washington traite de compétence – *jurisdiction* et *competence* – elle ne mentionne pas la problématique de la recevabilité. Tandis que certaines sentences estiment qu'il n'y a pas lieu de verser dans la controverse sur la distinction entre recevabilité et compétence[817], se prononçant sur les exceptions d'irrecevabilité et d'incompétence comme un tout formant des exceptions préliminaires[818], d'autres s'attachent à préciser si une question relève de la compétence ou de la recevabilité[819] et d'autres encore utilisent une telle précision comme élément pour résoudre certaines problématiques[820].

---

décide s'il doit être traité comme question préalable ou si son examen doit être joint à celui des questions de fond ». (Souligné par nous).

[815] *Cf.* Chapitre II du Statut de la Cour intitulé « *Competence of the Court* » et dont les articles se réfèrent uniquement à la notion de « *jurisdiction* ».

[816] Voir par exemple *Phoenix c. République Tchèque*, CIRDI, affaire n° ARB/06/5, sentence du 15 avril 2009, § 54 ; *Joseph C. Lemire c. Ukraine*, préc., décision sur la compétence et la responsabilité, § 45.

[817] Voir par exemple *Pan American et BP Argentina c. Argentine*, CIRDI, affaire n° ARB/04/8, décision sur les exceptions préliminaires du 27 juillet 2006, § 54: « *there is no need to go into the possible – and somewhat controversial – distinction between jurisdiction and admissibility. Whatever the labelling, the parties have presented their case on the basis of the six objections raised by the Respondent.* »

[818] Voir par exemple *Bayindir c. Pakistan*, préc., décision sur la compétence du 14 novembre 2005, § 87 ; *CMS c. Argentine*, préc., décision sur la compétence, § 41 ; *Total c. Argentine*, CIRDI, affaire n° ARB/04/01, décision sur la compétence du 25 août 2006.

[819] *SGS c.* Philippines, CIRDI, affaire n° ARB/02/6, décision sur la compétence du 29 janvier 2004, § 154 ; *Pantechniki c. Albanie*, préc., sentence, notamment l'intitulé de la position du tribunal sur les objections préliminaires (le paragraphe 31 résumant ces objections), ainsi que le dispositif de la sentence. Que cette dernière sentence fasse bien la part entre compétence et recevabilité ne surprend pas quand on sait que Jan PAULSSON, l'arbitre unique ayant rendu cette sentence, a écrit ailleurs que « *to distinguish between these two concepts is a matter of considerable concrete importance. Decisions of tribunals which do not respect*

En ce qui concerne la CIJ, les critères de sa compétence contentieuse sont régis par son Statut et son Règlement et précisés par sa jurisprudence. Au regard de ces instruments et de sa jurisprudence, la compétence de la Cour est fondée avant tout sur le consentement des parties. D'un autre côté, il ressort du Statut de la Cour qu'elle ne peut connaître que de différends interétatiques (articles 34 et 35), la pratique ayant démontré qu'il peut s'agir de litiges purement interétatiques comme de contestations puisant leur source dans un différend entre un Etat et une personne privée. Dans cette dernière hypothèse, l'affaire est portée devant la CIJ par le biais de la protection diplomatique. De même, les articles 36 et 38 du Statut révèlent que la Cour est compétente pour trancher les différends juridiques se rapportant à « toutes les affaires que les parties lui soumettront, ainsi qu'à tous les cas spécialement prévus dans la Charte des Nations Unies ou dans les traités et conventions en vigueur » (article 36 (1)). Au-delà de ces critères généraux de compétence de la Cour, d'autres conditions propres à chaque affaire peuvent exister. Ces exigences particulières découlent des instruments par lesquels les Etats donnent leur accord pour être attraits devant la Cour et par lesquels ces derniers fixent un cadre à la CIJ pour connaître des affaires portées à sa connaissance. Contrairement à la Convention de Washington qui ne le prévoit pas, le Règlement de la Cour, en son article 79, fait état de l'irrecevabilité comme fondement d'une exception préliminaire.

Les conclusions suivantes peuvent être tirées du rapprochement des règles de compétence et de recevabilité devant la CIJ et le CIRDI ainsi présentées :

- dans les deux cas, le consentement des parties, condition *ratione voluntatis*, est un élément indispensable à la compétence.

-en termes de compétence *ratione materiae*, les deux institutions se rapprochent du fait qu'elles connaissent de différends d'ordre juridique. Cependant, si la notion d'investissement est un élément déterminant de la compétence (spécialisée) du CIRDI, elle ne joue pas ce rôle pour la CIJ qui a une compétence générale. La notion d'investissement ne peut donc

---

jurisdictional limits may be invalidated by a controlling authority. But if parties have consented to the jurisdiction of a given tribunal, its determinations as to the admissibility of claims should be final. Mistakenly classifying issues of admissibility as jurisdictional may therefore result in an unjustified extension of the scope for challenging awards and frustrate the parties' expectation that their dispute be decided by the choses neutral tribunal. » PAULSSON (J.), « Jurisdiction and admissibility», *in* AKSEN (G.) *et al (eds), Global reflections on international law, Commerce and Dispute Resolution: Liber Amicorum in honour of Robert Briner*, Paris: ICC Publishing, 2005, p. 601.

[820] Certains arbitres ont par exemple jugé bon de s'arrêter sur la distinction entre compétence et recevabilité lorsqu'ils ont été confrontés à la question de savoir si la clause NPF permettait de bénéficier de dispositions d'un traité tiers relatives au règlement des différends. Voir par exemple *Hochtief c. Argentine*, préc., décision sur la compétence, §§ 94-96 ; *Daimler c. Argentine*, préc., sentence, §§ 192-194.

valablement être présentée comme une problématique relative à la compétence pour les deux institutions et ne sera par conséquent pas abordée comme telle dans ce titre. Certains développements toucheront néanmoins à la notion d'investissement en ce qu'elle a pu servir dans l'argumentation relative à des problématiques, qui, elles s'analysent en des questions de compétence et de recevabilité pour les deux institutions.

-les différends interétatiques portés devant la CIJ pouvant puiser leur source dans des litiges entre un Etat et une personne privée, les problématiques relatives à la compétence *ratione personae* du CIRDI peuvent se retrouver au niveau de la compétence *ratione personae* de la CIJ.

-même si cette problématique n'est pas abordée dans la Convention de Washington, certains tribunaux CIRDI traitent, comme la CIJ, de questions de recevabilité.

La Cour de la Haye et les tribunaux CIRDI ont apporté des précisions quant à ces règles relatives à leur compétence et à la recevabilité des demandes portées à leur connaissance. L'analyse a permis de déterminer que dans ce cadre, les questions ayant été abordées à la fois par la Cour et les tribunaux CIRDI se rapportent tant aux conditions *ratione materiae* que *ratione personae* et *ratione voluntatis* de compétence et de recevabilité.

C'est donc ce canevas qui sera retenu pour la présentation du résultat de la confrontation des jurisprudences de la Cour et des tribunaux CIRDI sur les règles d'adjudication en droit des investissements internationaux. Plus précisément, il a été possible de conclure à un emprunt seulement relatif des tribunaux CIRDI à la jurisprudence de la Cour de la Haye au regard des règles d'adjudication parce que les sentences CIRDI n'adhérent que de façon imparfaite à la jurisprudence de la Cour tant sur la mise en œuvre de certains aspects *ratione materiae* et *ratione voluntatis* de la compétence (Chapitre I) que sur la détermination de la qualité d'investisseur internationalement protégeable (Chapitre II).

CHAPITRE I : ADHESION IMPARFAITE A LA JURISPRUDENCE DE LA COUR QUANT A LA MISE EN ŒUVRE DE CERTAINS ASPECTS *RATIONE MATERIAE* ET *RATIONE VOLUNTATIS* DE LA COMPETENCE

La Cour de la Haye et les tribunaux CIRDI se sont prononcés sur diverses conditions *ratione materiae* et *ratione voluntatis* de la compétence juridictionnelle. Ces conditions sont largement propres à l'office de chacune de ces instances en ce qu'elles découlent des critères généraux de leur compétence ou des instruments qu'elles ont à appliquer dans chaque espèce.

L'analyse a cependant permis de déceler des conditions *ratione materiae* et *ratione voluntatis* de compétence sur lesquelles à la fois la Cour et les tribunaux CIRDI se sont prononcés et qui présentent un intérêt particulier en droit des investissements internationaux.

Ainsi, l'on s'attachera à démontrer comment la jurisprudence des tribunaux CIRDI n'adhère que de façon imparfaite à celle de la Cour quant à la mise en œuvre de certains aspects *ratione persone* et *ratione voluntatis* de la compétencenon seulement au regard de l'interprétation de clauses fixant l'objet des différends entrant dans la compétence mais également au regard de l'incidence de la clause NPF sur la compétence au regard du consentement. Plus précisément, il a été possible de conclure que, comparée à celle de la Cour, la jurisprudence des tribunaux CIRDI dénote parfois une interprétation désaxée de clauses fixant l'objet des différends délimitant la compétence (Section I) et est parfois négatrice de l'importance du consentement dans la détermination de la compétence (Section II).

Section I : Une interprétation en partie désaxée de clauses fixant l'objet des différends délimitant la compétence

La problématique de la compétence matérielle a pu être tranchée par la Cour et les tribunaux CIRDI au regard de clauses attributives de compétence circonscrivant la compétence à des différends ayant un objet déterminé.

Devant la Cour de la Haye, cette problématique a été soulevée en termes d'allégation selon laquelle la Cour n'avait pas compétence parce que l'objet du différend porté à sa connaissance n'entrait pas dans le cadre de l'objet des différends fixé par la clause attributive de compétence.

Dans la jurisprudence des tribunaux CIRDI par contre, la problématique du défaut de compétence matérielle au regard de clauses attributives de compétence circonscrivant la

compétence à des différends ayant un objet déterminé est perceptible au travers d'une problématique plus précise, celle des *treaty claims* et des *contract claims*. En effet, La possibilité pour l'investisseur de saisir le CIRDI sur la base d'une offre d'arbitrage contenue dans un accord international combinée à la probabilité pour un litige entre l'investisseur et l'Etat hôte d'émerger dans un cadre contractuel a suscité une interrogation qui n'a pas manqué d'être soulevée devant les arbitres CIRDI. Ces derniers ont été confrontés à la question de savoir si le tribunal saisi sur le fondement d'un accord international (de requêtes fondées sur un traité, *treaty claims*) peut connaître d'un différend contractuel entre l'Etat hôte et l'investisseur (de requêtes fondées sur un contrat, *contract claims*). Pour répondre à cette interrogation, les arbitres se penchent au cas par cas sur la formulation de l'offre d'arbitrage qui, généralement, se réfère à l'objet des différends qui sont couverts par elle. C'est donc à travers l'interprétation par les tribunaux CIRDI de clauses précisant l'objet des différends entrant dans la compétence, aux fins de décider si oui ou non les *contract claims* entrent dans les limites de leur compétence, que l'analyse comparée avec la jurisprudence de la Cour sera opérée.

Il ressort de cette analyse que, comparée à la jurisprudence de la Cour, la jurisprudence des tribunaux CIRDI adopte parfois une interprétation désaxée des clauses précisant l'objet des différends entrant dans la compétence. En effet, certains tribunaux CIRDI tranchant la question de leur compétence sur les *contract claims* perpétuent la démarche adoptée par la Cour qui axe son interprétation sur la limite fixée par la clause attributive de compétence, c'est-à-dire, l'objet des différends (Paragraphe I). D'autres sentences par contre, en déclinant leur compétence sur les *contract claims*, alors même que leur compétence est limitée par l'objet des différends, procèdent à une interprétation désaxée des clauses précisant l'objet des différends entrant dans la compétence (Paragraphe II).

Paragraphe I : La perpétuation de l'interprétation axée sur l'objet du différend

Pour répondre à une allégation de défaut de compétence fondée sur une clause limitant la compétence à des différends ayant un objet donné, la Cour s'en est tenue à la lettre de la clause attributive de compétence en se bornant à rechercher si l'objet du différend qui lui est soumis correspond bien à l'objet des différends fixé par la clause attributive de compétence (I). Une démarche concordante est adoptée par une partie de la jurisprudence des tribunaux CIRDI sur les *contract claims* (II).

I. L'interprétation de la Cour axée sur le seul objet du différend

C'est sur l'analyse de la Cour dans les affaires *Concessions Mavrommatis en Palestine*[821] et *Certains intérêts allemands en Haute Silésie polonaise*[822]qu'il convient de s'arrêter en ce qu'elles soulèvent la question du défaut de compétence fondée sur une clause limitant la compétence à des différends ayant un objet déterminé.

Au cœur de l'affaire *Mavrommatis en Palestine*, se trouvaient des contrats de concessions de travaux publics signés entre Mavrommatis, ressortissant hellène, et les autorités ottomanes. Selon le Gouvernement hellénique, le refus par la Palestine puis par le Gouvernement de sa Majesté britannique (en tant que Puissance mandataire pour la Palestine) de reconnaître dans toute leur étendue les droits découlant pour le concessionnaire, Mavrommatis, de ces contrats, constituait une violation de l'article II du Mandat pour la Palestine[823].

Le Gouvernement hellénique a porté un tel grief à la connaissance de la CPJI sur la base de l'article 26 du Mandat pour la Palestine qui donnait compétence à la CPJI pour connaître des différends « relatif[s] à l'interprétation ou à l'application du Mandat » qui viendraient à s'élever entre le mandataire et les autres membres de la SDN.

Contre cette requête, le Gouvernement britannique a argué du défaut de compétence de la Cour en ce qu'il n'avait pas donné son consentement pour porter le différend concernant les concessions Mavrommatis à l'attention de la CPJI. Selon le Royaume-Uni, la Cour n'était pas compétente pour connaître du différend relatif aux concessions Mavrommatis en vertu de l'article 26 du Mandat qui limite la compétence de la Cour aux différends se rapportant à l'interprétation et à l'application du Mandat. Or, le différend relatif aux concessions Mavrommatis « ne se rapporte pas à l'interprétation ou à l'application du Mandat »[824] vu que

[821] *Concessions Mavrommatis en Palestine*, arrêt (exception d'incompétence), *op. cit.*
[822] *Certains intérêts allemands en Haute Silésie polonaise*, (exceptions préliminaires), arrêt du 25 août 1925, C.P.J.I. Recueil, Série A, n° 6.
[823] Selon cet article, « l'Administration de la Palestine prendra toutes mesures nécessaires pour sauvegarder les intérêts de la communauté concernant le développement du pays et, sous réserve des obligations internationales acceptées par le Mandataire, elle aura pleins pouvoirs pour décider quant à la propriété ou au contrôle public de toutes les ressources naturelles du pays ou de travaux et services d'utilité publique déjà établis ou à y établir. Elle y introduira un régime agraire adapté aux besoins du pays, en ayant égard, entre autres choses, aux avantages qu'il pourrait y avoir à encourager la colonisation intense et la culture intensive de la terre. ».
[824] *Preliminary objection to the jurisdiction of the Court and Preliminary counter-case filed by the british Government*, CPJI, Actes et documents relatifs aux arrêts et aux avis consultatifs de la Cour, *Concessions Mavrommatis en Palestine*, Autres documents, Série C05/1, pp. 439-440.

ledit différend porte sur une question qui n'est pas régie par le Mandat mais par un autre accord qui ne contient pas de clause attributive de compétence à la CPJI[825].

Le Gouvernement hellénique soutenait pour sa part que le différend relatif aux concessions Mavrommatis entrait bien dans la compétence de la CPJI tel qu'exprimée à l'article 26 du Mandat. Selon le Gouvernement hellénique, contrairement à ce qu'avance le Gouvernement britannique, le différend porté à l'attention de la CPJI ne porte pas uniquement sur la validité, à 1'égard du Mandataire, des concessions contestées. Le différend relatif aux concessions Mavrommatis se rapporte *à l'interprétation ou à l'application du Mandat* vu qu'il soulève la question de savoir si le Mandataire a violé ou non une de ses obligations internationales, notamment celle découlant de l'article II du Mandat[826].

La Cour, dans son arrêt sur les exceptions préliminaires de 1924, devait donc à titre principal résoudre la question de savoir si le différend relatif aux concessions Mavrommatis entrait dans sa compétence telle qu'exprimée à l'article 26 du Mandat et précisément, si ce différend concernait *l'interprétation* ou *l'application* du Mandat. La Cour a estimé que résoudre une telle question revenait à se demander si elle « puise dans la nature et dans l'objet de la contestation portée devant elle le pouvoir d'en connaître »[827], à « rechercher si l'affaire des concessions Mavrommatis (…) rentre, par sa nature et par son objet, dans la juridiction prévue »[828] à l'article 26 du Mandat.

Elle a conclu que le différend concernant les concessions Mavrommatis à Jérusalem, parce qu'il *doit être décidé sur la base de l'article II* du Mandat, est relatif à l'interprétation ou à l'application du Mandat, et donc rentre, par son objet, dans les limites de la compétence de la Cour. Par contre, le différend concernant les concessions Mavrommatis à Jaffa, soulevant des questions directement relatives à l'application et l'interprétation du Protocole XII de Lausanne, « ne regarde pas l'article II du Mandat », et par conséquent, ne rentre pas, au regard de son objet, dans les limites de la compétence de la Cour qui n'a pas compétence pour

[825] *Ibid.*, p. 440.
[826] Réponse du Gouvernement hellénique au contre-mémoire préliminaire du Gouvernement britannique sur la compétence de la Cour, § 7, CPJI, Actes et documents relatifs aux arrêts et aux avis consultatifs de la Cour, Concessions *Mavrommatis en Palestine*, *op. cit*, pp. 458-459 : « Le Gouvernement hellénique soutient, en effet, que son ressortissant avait acquis en Palestine, sous l'empire de la domination ottomane, certains droits, dont le respect, en vertu des principes généraux du droit international, confirmés par le Traité de Sèvres, puis par le Protocole de Lausanne, s'imposait à la Palestine, comme Etat successeur de la Turquie, et à la Grande-Bretagne, en sa qualité de Puissance mandataire de la Palestine ; et que ces droits ont été méconnus par le Gouvernement de Palestine et le Gouvernement britannique, parce que, ayant octroyé à un tiers, à M. Rutenberg, des travaux antérieurement concédés à M. Mavrommatis, ils ont refusé d'accorder à celui-ci une compensation adéquate au préjudice qu'ils lui ont ainsi injustement causé » (*Ibidem*).
[827] *Concessions Mavrommatis en Palestine*, arrêt (exception d'incompétence), *op. cit*., p. 10.
[828] *Ibid.*, p. 11.

régler les litiges qui par leur objet relève de ce Protocole ne contenant aucune clause à cet effet[829]. La Cour précise néanmoins qu'elle est compétente pour appliquer le Protocole XII dans la mesure nécessaire à l'exercice de la compétence qu'elle tire de l'article 26 du Mandat[830].

Ainsi, pour trancher les divergences de vues des parties quant à sa compétence sur la base d'une clause attributive de compétence précisant l'objet des différends dont elle pouvait connaître, la Cour s'est contentée de rechercher si le différend porté à sa connaissance, par son objet, rentrait bien dans le cadre de ceux pour lesquels les parties avaient accepté sa compétence. S'il apparaît que pour ce faire, la Cour s'est référée au fondement juridique du grief à elle soumis, précisant que le différend qui devait *être décidé sur la base de l'article II* du Mandat entrait dans sa compétence tandis que celui qui *ne regardait pas l'article II du Mandat* n'entrait pas dans sa compétence, cette démarche a été rendue nécessaire par la formulation précise, par la lettre, de la clause attributive de compétence de l'espèce. Pour décider que le différend était relatif à *l'interprétation ou l'application* de l'accord contenant la clause, la Cour a démontré que le différend devait être réglé sur la base d'une disposition de cet accord. La requête s'analysant en une allégation de violation d'une disposition de l'accord est relative à *l'application et à l'interprétation* de l'accord, l'objectif de la Cour étant en définitive de démontrer que l'objet du différend entrait bien dans l'objet des différends fixé par la clause attributive de compétence.

Dans l'arrêt sur les exceptions préliminaires de 1925 dans l'affaire *Certains intérêts allemands en Haute Silésie polonaise*, on retrouve la même problématique et la même solution que dans l'affaire *Mavrommatis en Palestine.*

Dans cette affaire, la compétence de la CPJI était fixée par l'article 23 de la Convention (germano-polonaise) de Genève du 15 mai 1922 relative à la Haute-Silésie polonaise. Cette disposition limitait la compétence de la Cour aux « divergences d'opinion, résultant de l'interprétation et de l'application des articles 6 à 22 » de la Convention[831].

---

[829] *Ibid*, p. 29.
[830] *Ibid.*, p. 28.
[831] Article 23 de la Convention (germano-polonaise) de Genève du 15 mai 1922 relative à la Haute-Silésie polonaise :
« 1. - Si des divergences d'opinion, résultant de l'interprétation et de l'application des articles 6 à 22, s'élevaient entre le Gouvernement allemand et le Gouvernement polonais, elles seraient soumises à la décision de la Cour permanente de Justice internationale.
2. - Il n'est porté aucune atteinte à la compétence du Tribunal arbitral mixte germano-polonais résultant des dispositions du Traité de paix de Versailles. »

Pour répondre à l'exception d'incompétence soulevée par la Gouvernement polonais, la Cour a indiqué que pour décider si elle a ou non compétence en vertu de l'article 23, elle devait « en première ligne examiner si elle puise dans l'article 23 de la Convention de Genève le pouvoir de connaître du litige dont elle est saisie, et notamment si les dispositions auxquelles il faut recourir pour décider sur la Requête, sont parmi celles au sujet desquelles la compétence de la Cour est établie »[832].

Sur la base de ce raisonnement, la CPJI a décidé que les différends relatifs aux grands fonds ruraux et à l'usine de Chorzów que lui avait soumis le Gouvernement allemand en l'espèce, entraient dans sa compétence telle que fixée à l'article 23 de la Convention de Genève. Selon la CPJI, ces différends concernaient l'interprétation et l'application des articles 6 à 22 de ladite Convention et entraient donc dans les limites de sa compétence telles que fixées à l'article 23 en ce qu'ils portaient sur « l'étendue du champ d'application » des articles 6 à 22 qui fait partie des divergences d'opinion visées à l'article 23[833].

Cet arrêt a également été l'occasion pour la Cour d'indiquer que « l'interprétation d'autres accords internationaux rentre incontestablement dans la compétence de la Cour si cette interprétation doit être considérée comme incidente à la décision d'un point pour lequel elle est compétente »[834].

Il ressort ainsi des arrêts *Mavrommatis* et *Certains intérêts allemands en Haute Silésie polonaise* que :

- pour apprécier l'existence ou non de sa compétence sur la base d'une clause attributive de compétence qui indique l'objet des différends couverts, la Cour opère une dichotomie au regard de l'objet du différend qui est le critère fixé par la clause. Les différends *relatifs à* l'objet précis fixé par la clause attributive de compétence entrent dans la compétence juridictionnelle tandis que ceux *qui ne sont pas relatifs* à cet objet sont en dehors de la compétence juridictionnelle.

- les actes juridiques qui n'entrent pas dans la compétence sont susceptibles d'être interprétés par la Cour dans les limites nécessaires à l'exercice de sa compétence[835].

---

[832] *Certains intérêts allemands en Haute Silésie polonaise*, (exceptions préliminaires), arrêt, *op. cit.*, p. 15.
[833] *Ibid.*, p. 16.
[834] *Ibid.*, p. 18.
[835] Ceci est vrai pour les accords internationaux mais également pour les contrats entre les Etats et les personnes privées étrangères. En effet, dans les arrêts sur le fond rendus dans ces deux affaires, pour résoudre les questions qui leur étaient soumises, les juges de la CPJI n'ont pas hésité à apprécier certains éléments relatifs aux relations contractuelles en cause dans ces espèces. Voir *Certains intérêts allemands en Haute Silésie polonaise (fond),*

II. Une démarche concordante dans la jurisprudence des tribunaux CIRDI sur les *contract claims*

La démarche de la Cour consistant à interpréter une clause qui précise l'objet des différends entrant dans la compétence juridictionnelle en s'en tenant à la lettre de la clause est perceptible dans certaines sentences CIRDI interprétant une clause attributive de compétence ayant un objet large.

En effet, les clauses attributives de compétence dans les traités d'investissements peuvent être formulées de diverses façons.

Certaines limitent l'offre d'arbitrage aux violations de l'accord contenant la clause[836]. Dans ce cas, il apparaît que la compétence « ne concerne que les *treaty claims* »[837], que « la compétence est ainsi définie…par le fondement de la demande (…violation du traité) »[838]. Cette hypothèse se vérifie par exemple à l'article 26 du TCE et à l'article 1116 de l'ALENA qui prévoient le recours à l'arbitrage pour les allégations de manquement « à une obligation … au titre de la partie III » pour le TCE et « à une obligation découlant a) de la section A ou du paragraphe 1503 (2) (Entreprises d'État), ou b) de l'alinéa 1502(3) a) (Monopoles et entreprises d'État), lorsque le monopole a agi d'une manière qui contrevient aux obligations de la Partie aux termes de la section A » pour l'ALENA[839].

Dans d'autres accords tels que le modèle américain de TBI (de 2012), la compétence est définie par le fondement de la demande mais n'est pas limitée à la seule violation du traité. Le recours à l'arbitrage dans ce modèle de TBI (article 24) est prévu pour les violations d'une

---

arrêt, *op. cit*., pp. 37-45 ; *Concessions Mavrommatis à Jérusalem*, arrêt du 26 mars 1925, CPJI Recueil, Série A, n° 5, pp. 28-45.

836 Voire à une question précise traitée dans l'accord : voir par exemple article 4.4.1 du TBI Chypre-Bulgarie et Art 10.1 TBI Chine –Hongrie (offre d'arbitrage limitée à la détermination du montant de l'indemnisation pour expropriation) ; art XI TBI Hongrie-Norvège (offre d'arbitrage limitée à toute question faisant suite à un acte d'expropriation).

837 MAYER (P.), « *Contract Claims* et clauses juridictionnelles des traités relatifs à la protection des investissements », *JDI*, 2009, n°1, p. 81.

838 FADLALLAH (I.), « La distinction "*Treaty claims-Contract claims*" et la compétence de l'arbitre CIRDI : faisons-nous fausse route ? », *in* LEBEN (Ch.) (dir.), *Le contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement, nouveaux développements*, Paris : LGDJ, 2006, p.210.

839 Ce consentement limité ne soulève pas de difficultés particulières pour les arbitres. Par exemple, dès la première affaire rendue dans le cadre du CIRDI en application du chapitre 11 de l'ALENA, les arbitres ont indiqué que « l'ALENA…n'autorise pas les investisseurs à recourir à l'arbitrage international pour de simples manquements à des obligations contractuelles » (*Azinian c. Mexique*, préc., sentence, § 87.). Dans la décision sur la compétence rendue dans le cadre de l'affaire *Ioannis Kardassopoulos*, le tribunal CIRDI saisi sur la base du TCE s'est assuré que « les demandes du demandeur sont présentées en termes de manquements allégués aux obligations de la partie III du TCE » (*Ioannis Kardassopoulos c. Georgie*, préc., décision sur la compétence du 6 juillet 2007, § 249).

obligation découlant des articles 3 à 10 de l'accord, d'une autorisation d'investissement ou d'un accord d'investissement.

Enfin, dans la grande majorité des traités d'investissements, la compétence s'étend à *tout différend relatif à l'investissement* entre un investisseur et l'Etat hôte[840]. Cette offre d'arbitrage formulée de façon large définit la compétence par l'objet du différend. De telles clauses ont généralement été interprétées dans le cadre de l'appréciation de la compétence des tribunaux CIRDI face à une allégation de défaut de compétence pour des *contract claims*.

La démarche adoptée par certains tribunaux CIRDI interprétant, dans ce cadre, de telles clauses attributives de compétence précisant l'objet des différends couverts, rejoint celle de la Cour de la Haye.

Ces tribunaux se sont en effet bornés à donner effet à la clause dès lors que le différend était *relatif à l'investissement*, donc dès lors que l'objet du différend de l'espèce entrait dans l'objet fixé par la clause attributive de compétence, sans se focaliser sur le fondement de la demande sur la base duquel l'allégation de défaut de compétence était avancée. Il s'agit là de sentences ayant admis la compétence du tribunal arbitral pour des *contract claims* au regard de clauses prévoyant que la compétence s'étend à *tout différend relatif aux investissements*[841].

En effet, plusieurs sentences CIRDI estiment que la clause d'un accord international attribuant compétence pour *tout différend relatif à l'investissement* entre un investisseur et l'Etat hôte est assez large pour permettre au tribunal arbitral saisi sur le fondement de l'accord international de connaître de demandes fondées sur un contrat[842].

Comme la Cour de la Haye, ces sentences ne font qu'appliquer la lettre de la clause qui précise seulement l'objet des différends entrant dans la compétence juridictionnelle. Comme le souligne à juste titre le Comité *ad hoc Vivendi*, les clauses attribuant compétence pour *tout différend relatif à l'investissement*, contrairement, par exemple à l'article 1116 de l'ALENA

[840] Voir par exemple l'article 8 du TBI France-Argentine, l'article 8 du TBI Royaume-Uni-Burundi, ou encore l'article 8 du TBI Belgique-Chine.

[841] Il est à noter que la compétence des tribunaux CIRDI pour connaître de violations d'un contrat dans la mesure nécessaire à établir la violation d'une obligation découlant d'un traité ne pose pas de difficultés particulières. Comme le note Ibrahim FADLALLAH, « aucune sentence n'a dénié la compétence Cirdi offerte par un Traité lorsque l'investisseur invoque une violation de ce Traité, même si elle repose sur une violation du contrat ». (FADLALLAH (I.), « La distinction "*Treaty claims-Contract claims*" et la compétence de l'arbitre (Cirdi : faisons-nous fausse route ?) », *Gazette du Palais, Les Cahiers de l'Arbitrage*, 2004/2, 2è partie, p. 5.).

[842] Voir par exemple *SGS c. Paraguay*, CIRDI, affaire n° ARB/07/29, décision sur la compétence du 12 février 2010, § 129 ; Pour les arbitres ayant rendu la sentence *Alpha Projektholding*, par une telle clause de consentement, les arbitres saisis sur la base de l'accord international sont également compétents pour connaître des différends relatifs à la législation de l'Etat hôte sur les investissements : *Alpha Projektholding c. Ukraine*, préc., sentence, § 243.

« n'utilise[nt] pas une formulation plus étroite exigeant que la demande de l'investisseur se fasse en termes d'allégation de violation du TBI. Lu littéralement, les exigences pour la compétence arbitrale [dans ce type de clause] ne nécessitent pas que le demandeur allègue une violation du TBI : il suffit que le différend soit relatif à un investissement effectué en vertu du TBI »[843]. De même, le tribunal *SGS c. Philippines* souligne qu'au regard de la clause lui attribuant compétence pour les "différends relatifs à des investissements", sa compétence « n'est pas limitée par référence à la classification juridique de la demande qui est formulée »[844].

Il est toutefois à noter que certaines sentences CIRDI admettant la compétence du tribunal arbitral pour des *contract claims* au regard de clauses prévoyant que la compétence s'étend à *tout différend relatif aux investissements* émettent cependant quelques réserves. En effet, il ressort de certaines sentences que ces clauses ne peuvent emporter un tel effet d'une part lorsque le contrat en cause contient une clause attribuant compétence exclusive à un tribunal arbitral ou une juridiction autre que le CIRDI[845] et d'autre part lorsque ce n'est pas l'Etat lui-même qui est directement partie au contrat en cause mais l'une de ses émanations[846].

---

[843] *Vivendi c. Argentine I*, préc., décision du 3 juillet 2002 du comité *ad hoc* sur la demande d'annulation de la sentence du 21 novembre 2000, § 55.

[844] *SGS c. Philippines*, préc., décision sur la compétence, §§ 131-132.

[845] Ainsi, pour les arbitres dans l'affaire *SGS c. Philippines*, la formulation large de la clause conventionnelle de juridiction permet au tribunal de connaître des différends contractuels, sous réserve cependant du jeu de la clause contractuelle de juridiction exclusive (*SGS c. Philippines*, préc., décision sur la compétence. §§ 134-135). Par le jeu de cette clause, le tribunal a sursis à statuer, estimant que la question qu'il avait à trancher dépendait d'une autre qui elle, relevait de la compétence du juge du contrat (*SGS c. Philippines*, préc., décision sur la compétence, §§ 136-155) ; Voir également *Vivendi c. Argentine I* , préc., décision du comité *ad hoc* sur la demande d'annulation de la sentence, § 98 : « *In a case where the essential basis of a claim brought before an international tribunal is a breach of contract, the tribunal will give effect to any valid choice of forum clause in the contract* ».

[846] Pour le tribunal dans l'affaire *RFCC c. Maroc* par exemple, la clause de règlement des différends est assez large pour couvrir les différends d'origine contractuelle, sous réserve que l'Etat défendeur soit directement partie au contrat en cause. Les arbitres opèrent de la sorte une distinction entre les parties à l'arbitrage et les parties au contrat : si le cocontractant de l'investisseur est une émanation de l'Etat, les parties au contrat sont considérées comme différentes des parties à l'arbitrage (qui oppose l'investisseur à l'Etat). De ce fait, l'arbitre saisi sur la base du consentement donné par l'Etat ne peut connaître des différends purement contractuels auxquels l'Etat n'est pas directement partie (*Consortium RFCC c. Maroc*, préc, décision sur la compétence du 16 juillet 2001, §§ 67-69). La même solution se retrouve dans la sentence *Salini c. Maroc* (*Salini c. Maroc*, CIRDI, affaire n° ARB/00/4, décision sur la compétence du 31 juillet 2001, §§ 60-62) et semble emporter l'adhésion du tribunal *Salini c. Jordanie.* Dans cette dernière affaire, le TBI prévoyait une clause de juridiction large (articles 9 (1) et 9 (3)) mais aussi que lorsque l'investisseur a conclu un contrat avec une entité de l'Etat d'accueil, la clause compromissoire de ce contrat devait être respectée (article 9 (2)). Le tribunal précise que l'existence d'une telle exigence fait qu'elle n'a pas à répondre en l'espèce à la question de savoir si la clause de compétence large permet en soi que le tribunal puisse connaître des différends purement contractuels (§101). Sa précision au paragraphe 100 *in fine* semble pourtant le ranger dans la continuitié des sentences *RFCC* et *Salini c. Maroc* qu'il ne manque d'ailleurs pas de citer :« *Now, one may doubt whether Articles 9 (1) and 9 (3) also cover breaches of a contract concluded in name between an investor and an entity other than a State Party, and the Tribunal observes that several ICSID tribunals have already handed down decisions against such extensions of jurisdiction* (*see Salini Costruttori and Italstrade v. Kingdom of Morocco, case No. ARB/00/06, decision of 23*

Ceci ne doit toutefois pas faire perdre de vue que ces sentences admettent qu'en principe, au regard de la lettre des clauses juridictionnelles couvrant *tout différend relatif aux investissements* qui visent l'objet des différends couverts, un tribunal arbitral a compétence pour connaître de *contract claims* qui se rapportent au fondement des demandes présentées.

Une telle appréhension des clauses précisant l'objet des différends couverts par la compétence est de nature à rapprocher ces sentences de la jurisprudence de la Cour interprétant des clauses d'une telle nature. Comme la Cour, pour établir leur compétence au regard de clauses fixant l'objet des différends entrant dans la compétence, la dichotomie de base qu'opère ces sentences, est celle entre différend qui par son objet entre dans le consentement à la compétence et différend qui par son objet relève d'une autre relation juridique qui ne prévoit pas la compétence.

Certaines sentences CIRDI, appréciant la question de savoir si oui ou non les *contract claims* entrent dans les limites de leur compétence, n'ont pas adopté une telle démarche.

Paragraphe II : L'interprétation désaxée dans la jurisprudence des tribunaux CIRDI sur les *contract claims*

Certains tribunaux CIRDI ont approuvé l'allégation selon laquelle les *contract claims* n'entrent pas dans les limites de leur compétence, alors même que la clause attributive de compétence indiquait que la compétence couvre *tout différend relatif aux investissements*.

Dans la sentence *Vivendi I*, l'offre d'arbitrage contenue à l'article 8 du TBI France / Argentine couvrait *tout différend relatif aux investissements*. Le tribunal s'est déclaré compétent pour connaître de ce qui lui apparaissait comme des *treaty claims* au regard du fondement des demandes à lui présentées. Cependant, après analyse, les arbitres ont renvoyé les parties devant les tribunaux argentins vu l'impossibilité, au regard des faits de l'espèce, de distinguer les violations du contrat des violations du traité[847]. Ce faisant, ce tribunal se déclare incompétent pour connaître des allégations des parties dès lors qu'elles se fondent sur une violation du contrat au cœur du litige. Cette partie de la sentence a été annulée, le comité *ad hoc* estimant que le tribunal aurait dû traiter des violations du contrat dans la mesure

---

July 2001 on jurisdiction, paras.60 to 62; Consortium RFCC v. Kingdom of Morocco, case No.ARB/00/06, Decision of 22 December 2003 on jurisdiction, paras. 67 to 69) ». *Salini c. Jordanie*, préc., decision sur la compétence, § 100.

[847] *Vivendi c. Argentine I*, préc, sentence, §§ 53-81.

nécessaire à l'établissement des violations du traité pour lesquelles il s'était à juste titre reconnu compétent[848].

Le tribunal *SGS c. Pakistan* a affirmé plus clairement que les arbitres ayant rendu la sentence *Vivendi I* l'impossibilité pour lui de connaître des *contracts claims* sur la base d'une clause attributive de compétence couvrant pourtant *les différends relatifs aux investissements*[849]. Ce tribunal arbitral reconnaît que les différends dans lesquels est alléguée une violation du TBI et ceux mettant en cause une violation du contrat peuvent être décrits comme *des différends concernant les investissements*, formule utilisée dans le TBI applicable. Cependant, poursuivent les arbitres, cette formule, « bien que décrivant *l'objet factuel* des différends, ne se rapporte pas au *fondement juridique* des demandes, ou au *fondement de l'action* présenté dans les requêtes. En d'autres termes, de cette description seule, sans plus, nous pensons qu'il ne peut être nécessairement déduit que les parties contractantes entendaient couvrir par l'article 9 aussi bien les demandes fondées sur le TBI que les demandes purement contractuelles »[850]. Ainsi, pour ce tribunal, la clause délimitant la compétence sur la base de l'objet des différends, en soi, ne permet pas de trancher la question de savoir si des demandes fondées sur un contrat entrent dans sa compétence.

Au-delà de la « réticence à l'ouverture de la compétence du tribunal du traité aux *contract claims* (…) qui conduit à un dualisme »[851], il apparaît que ces décisions ne donnent pas effet à la clause attributive de compétence au regard du seul critère qu'elle met en avant pour délimiter la compétence, c'est-à-dire l'objet des différends. La prise en compte de ce seul critère devait conduire ces décisions à ne tenir compte que de l'objet du différend pour conclure ou non à leur compétence sans se focaliser sur le fondement des requêtes ; d'autant plus que certaines, comme la sentence *SGS c. Pakistan*, admettent que les demandes fondées sur une violation d'un contrat peuvent être décrites comme *des différends concernant les investissements*.

---

[848] *Vivendi c. Argentine I*, préc., décision sur la demande d'annulation de la sentence du 21 novembre 2000, §§ 101-115.

[849] Voir en ce sens, également *El Paso c. Argentine*, préc., décision sur la compétence du 27 avril 2006, § 65: « *It is the Tribunal's view that it will not be enough to assert that a dispute is of a contractual nature to disqualify it as a legal dispute. It is well known that ICSID tribunals have been dealing over the years with contractual as well as non-contractual disputes. The question here is, rather, the extent of the jurisdiction of this Tribunal, which is based on a BIT and not on an arbitration clause in a contract. The Tribunal finds that, at first sight, it has jurisdiction over treaty claims and cannot entertain purely contractual claims which do not amount to claims for violations of the BIT.* »

[850] *SGS c. Pakistan*, préc., décision sur la compétence, § 161.

[851] MAYER (P.), « *Contract Claims* et clauses juridictionnelles des traités relatifs à la protection des investissements », *op. cit.*, p. 82.

Les tribunaux CIRDI qui se déclarent incompétents pour connaître de certaines demandes au regard de leur fondement juridique alors même que leur compétence est délimitée par l'objet des différends ne s'inscrivent donc pas dans la lignée de la jurisprudence de la Cour qui, dans cette hypothèse, détermine sa compétence sur la seule base de l'objet du différend.

C'est ainsi qu'il a été possible de conclure à une interprétation parfois désaxée des clauses précisant l'objet des différends entrant dans la compétence par la jurisprudence des tribunaux CIRDI, comparée à celle de la Cour de la Haye.

L'idée d'emprunt partiel à la jurisprudence de la Cour qui en ressort peut être également tirée de l'analyse des jurisprudences de la Cour et des tribunaux CIRDI en ce qui concerne l'incidence de la clause NPF sur la compétence au regard du consentement.

Section II : Une jurisprudence CIRDI parfois négatrice de l'importance du consentement dans la détermination de la compétence

Le résultat de la confrontation des jurisprudences de la Cour et des tribunaux CIRDI sur la portée de la clause NPF offre un cadre pour l'analyse comparée de ces jurisprudences sur l'importance du consentement dans la détermination de la compétence.

En effet, les sentences qui adoptent une conception extensive de la portée de la clause NPF remettent en cause la jurisprudence de la Cour qui considère le consentement comme un obstacle à la détermination de la compétence *via* la clause NPF (Paragraphe I). Les sentences qui adoptent la conception de la portée de la clause NPF retenue par la Cour concordent avec cette dernière en posant le consentement comme obstacle à l'établissement ou à la modification de la compétence par la clause NPF (Paragraphe II).

Paragraphe I : La réfutation de l'importance du consentement à travers la mise en œuvre de clauses NPF

L'analyse de la jurisprudence de la Cour de la Haye a permis de dire que cette dernière adopte une conception restrictive de la portée de la clause NPF en ce qu'elle a refusé d'établir sa compétence sur le fondement d'une clause NPF. Bien que ne l'ayant pas explicitement motivé de la sorte, ce refus de la Cour peut s'expliquer par l'importance qu'elle a toujours attachée au consentement à sa compétence dans sa jurisprudence (I). Le caractère essentiel du consentement ainsi mis en avant dans la détermination de la compétence a été mis à mal par

certaines sentences CIRDI qui admettent l'établissement et la modification de la compétence *via* une clause NPF (II).

I. La lecture du refus de la Cour d'établir sa compétence *via* une clause NPF à la lumière du caractère essentiel du consentement

La conception restrictive de la portée de la clause NPF a été tirée de l'analyse de l'arrêt sur la compétence rendu par la CIJ dans le cadre de l'affaire *Anglo-iranian Oil Co*[852] qui a opposé le Royaume-Uni à l'Iran.

Dans cette affaire, le Royaume-Uni avait invoqué, sous diverses formes, des clauses NPF pour régler les questions juridictionnelles entre les parties au différend, précisément pour établir la compétence de la Cour. L'une des allégations fondées sur les clauses NPF en l'espèce consistait à dire que le Royaume-Uni était en droit de bénéficier du traitement plus favorable que constituait le droit pour un Etat tiers (le Danemark en l'occurrence) de porter devant la Cour un différend relatif à l'application du traité conclu par cet Etat avec l'Iran.

Répondant à cette prétention, la Cour a fait remarquer que le droit pour le Danemark de porter à sa connaissance un différend l'opposant à l'Iran est fondé sur le consentement de l'Iran à la compétence de la Cour tel qu'exprimé dans sa déclaration d'acceptation de la juridiction de la Cour : « si le Danemark a le droit, d'après l'article 36, paragraphe 2, du Statut, de porter devant la Cour un différend relatif à l'application du traité conclu par lui avec l'Iran, c'est parce que ce traité est postérieur à la ratification de la déclaration de l'Iran»[853]. Puis, elle souligne qu'un tel droit « ne peut faire surgir aucune question se rapportant au traitement de la nation la plus favorisée »[854] et que les clauses NPF n'ont « aucun rapport quelconque avec les questions juridictionnelles entre les deux gouvernements »[855].

Il en ressort que, pour la Cour, la détermination de la compétence juridictionnelle se fait sur la base du consentement des parties à sa compétence tel qu'exprimé dans l'instrument consignant ce consentement et ne saurait être appréciée sur la base du traitement NPF. Autrement dit, la clause NPF ne saurait fonder la compétence de la Cour qui est toujours fondée sur le consentement des parties.

---

[852] Voir *supra*, Partie I, Titre I, Chapitre I, Section II, Paragraphe I, I.
[853] *Affaire de l'Anglo-Iranian Oil Co*. (compétence), *op. cit.*, p. 110.
[854] *Ibidem.*
[855] *Ibidem*.

Une telle lecture de l'arrêt *Anglo-iranian Oil Co*. est conforme à la jurisprudence de la Cour de la Haye qui consacre le caractère essentiel du consentement dans la détermination de la compétence juridictionnelle.

En effet, déjà à l'époque de la CPJI, la Cour a reconnu qu'« il est bien établi en droit international qu'aucun Etat ne saurait être obligé de soumettre ses différends avec les autres Etats soit à la médiation, soit à l'arbitrage, soit enfin à n'importe quel procédé de solution pacifique, sans son consentement »[856]. Ce principe a été rappelé à maintes reprises par la CIJ dans plusieurs affaires pour ce qui est de sa propre compétence[857].

La volonté d'un Etat de soumettre un différend à la Cour de la Haye est donc une exigence fondamentale pour l'existence de la compétence de la Cour[858] que le caractère des normes ou la nature des obligations prétendument violées ne sauraient éluder. En effet, même en cas d'allégation de violation de normes de *jus cogens* ou d'obligations *erga omnes*, il faut établir l'existence du consentement des Etats à la compétence de la Cour[859].

---

[856] *Statut de la Carélie orientale*, Avis consultatif du 23 juillet 1923, C.P.J.I., Série B, n° 5, p. 27.

[857] Ainsi, dans l'avis consultatif relatif à l'*Interprétation des traités de paix*, elle indique que « le consentement des États parties à un différend est le fondement de la juridiction de la Cour en matière contentieuse » (*Interprétation des traités de paix*, Avis consultatif : C. I. J. Recueil 1950, p.71.). Dans l'*Affaire de l'or monétaire pris à Rome en 1943*, elle fait état d'un « principe de droit international bien établi et incorporé dans le Statut, à savoir que la Cour ne peut exercer sa juridiction à l'égard d'un État si ce n'est avec le consentement de ce dernier » (*Affaire de l'or monétaire pris à Rome en 1943* (question préliminaire), arrêt du 15 juin 1954 : C.I.J. Recueil 1954, p.32). Elle réitère cette idée dans l'affaire *Timor oriental* où elle rappelle que « l'un des principes fondamentaux de son Statut est qu'elle ne peut trancher un différend entre des Etats sans que ceux-ci aient consenti à sa juridiction » (*Timor oriental (Portugal c. Australie)*, arrêt, C.I.J. Recueil 1995, p. 101, § 26).

[858] *Affaire relative à l'incident aérien du 27 juillet I955 (Israël **c.** Bulgarie)*, Exceptions préliminaires, Arrêt du 26 mai 1959 : C. I. J. Recueil 1959, p. 142 ; *Plateau continental (Jamahiriya arabe libyenne/Malte)*, requête à fin d'intervention, arrêt, C.I.J. Recueil 1984, p. 25, § 40; *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique), compétence et recevabilité, arrêt, C. I. J. Recueil 1984, p. 43 1, § 88 ; *Différend frontalier (Burkina Faso/République du Mali)*, arrêt, C.I.J. Recueil 1986, p. 579, § 49; *Différend frontalier terrestre, insulaire et maritime (El Salvador/Honduras)*, requête à fin d'intervention, arrêt, C.I.J. Recueil 1990, p. 114-116, § 54-56, et p. 122, § 73 ; *Certaines terres à phosphates a Nauru (Nauru c. Australie)*, exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1992, p. 259-262, par. 50-55) ; *Licéité de l'emploi de la force (Yougoslavie c. Belgique)*, demande en indication de mesures conservatoires, C. I. J. Recueil 1999 (1), p. 132, § 20 *; Activités armées sur le territoire du Congo (nouvelle requête : 2002) (République démocratique du Congo c. Rwanda)*, mesures conservatoires, ordonnance du 10 juillet 2002, C.I.J. Recueil 2002, p. 241, § 57.

[859] Ainsi, dans l'affaire *Timor oriental*, la Cour souligne que « l'opposabilité *erga omnes* d'une norme et la règle du consentement à la juridiction sont deux choses différentes. Quelle que soit la nature des obligations invoquées, la Cour ne saurait statuer sur la licéité du comportement d'un Etat lorsque la décision à prendre implique une appréciation de la licéité du comportement d'un autre Etat qui n'est pas partie à l'instance. En pareil cas, la Cour ne saurait se prononcer, même si le droit en cause est opposable *erga omnes*. » (*Timor oriental (Portugal c. Australie)*, arrêt, *op. cit*, p. 102, § 29.). De même, dans l'affaire *Activités armées sur le territoire du Congo*, la CIJ rappelant qu'elle a déjà eu à souligner dans l'affaire *Timor oriental* que « le seul fait que des droits et obligations *erga omnes* seraient en cause dans un différend ne saurait donner compétence à la Cour pour connaître de ce différend » (*Activités armées sur le territoire du Congo* (nouvelle requête : 2002) (République démocratique du Congo c. Rwanda), compétence et recevabilité, arrêt, C.I.J. Recueil 2006, p. 32, § 64.), indique qu'« il en va de même quant aux rapports entre les normes impératives du droit international général (*jus cogens*) et l'établissement de la compétence de la Cour : le fait qu'un différend porte sur le respect d'une norme possédant un tel caractère, ce qui est assurément le cas de l'interdiction du génocide, ne saurait en lui-même

Ainsi, la compétence de la Cour est « *toujours* fondée sur le consentement des parties »[860] et, à l'instar du caractère des normes ou de la nature des obligations prétendument violées, la clause NPF ne saurait fonder la compétence de la Cour.

Le consentement apparaît alors comme un obstacle à l'établissement de la compétence juridictionnelle sur le fondement de la clause NPF selon la jurisprudence de la Cour. Certaines sentences CIRDI remettent en cause cette jurisprudence en admettant l'établissement et la modification de la compétence *via* une clause NPF.

II. La mise à mal du caractère essentiel du consentement par l'établissement et la modification de la compétence *via* une clause NPF

Les sentences CIRDI adoptant une conception extensive de la portée de la clause NPF[861] remettent en cause la jurisprudence de la Cour concernant l'importance du consentement dans la détermination de la compétence[862].

Parmi ces sentences, on compte d'une part celles qui relèvent du courant *Maffezini*, acceptant d'importer des conditions d'accès à l'arbitrage CIRDI par le jeu de clauses NPF et d'autre part, une sentence qui a conclu à l'existence du consentement de l'Etat hôte à l'arbitrage CIRDI par le jeu d'une clause NPF.

Il s'agit donc de sentences qui acceptent d'établir la compétence ou d'en modifier les limites sur la base d'une clause NPF. Ce faisant, ces sentences admettent la possibilité d'importation du consentement et des conditions du consentement.

Cette façon d'appréhender le consentement dans le cadre de la détermination de la compétence surprend à la lecture du Rapport des Administrateurs accompagnant la

---

fonder la compétence de la Cour pour en connaître. En vertu du Statut de la Cour, cette compétence est toujours fondée sur le consentement des parties. » (*Ibidem*).

[860] *Activités armées sur le territoire du Congo* (nouvelle requête : 2002) (République démocratique du Congo c. Rwanda), compétence et recevabilité, arrêt, *op. cit.*, p. 32, § 64.

[861] Voir *supra*, Partie I, Titre I, Chapitre I, Section II, Paragraphe I, II.

[862] Selon Geneviève BASTID BURDEAU, l'*arbitration without privity* est déjà une remise en cause du consentement des parties comme pierre angulaire de la compétence juridictionnelle : « le développement spectaculaire et la banalisation de la saisine unilatérale des juridictions internationales par des personnes privées agissant contre des Etats a soulevé de multiples questions. Il est remarquable que le principe du consentement des parties à la juridiction ou à l'arbitrage, qui a été pendant si longtemps la pierre angulaire du contentieux international, soit aujourd'hui cantonné à l'arbitrage interétatique et à la juridiction de la CIJ, cependant que la saisine unilatérale devient le mode habituel de saisine de juridictions dont le contentieux est quantitativement très supérieur ». BASTID BURDEAU (G.), « Le pouvoir créateur de la jurisprudence internationale à l'épreuve de la dispersion des juridictions », *in* Académie des sciences morales et politiques (eds), Université de Paris-Nord. UFR de droit, sciences politiques et sociales (eds.), *La création du droit par le juge*, Paris : Dalloz, 2007, p. 300.

Convention de Washington. En effet, le commentaire de l'article 25 (1) de la Convention (compétence *ratione voluntatis*) commence par la précision suivante : « le consentement des parties est la pierre angulaire de la compétence du Centre »[863].

Il est difficile de percevoir une telle expression du caractère essentiel du consentement des parties dans la détermination de la compétence du CIRDI dans des sentences qui acceptent d'établir ou de modifier les limites de leur compétence par le biais d'une clause NPF, important de la sorte le consentement ou les conditions du consentement.

Ces sentences naviguent par conséquent à contre-courant de la jurisprudence de la Cour en ce qu'en se fondant sur une clause NPF pour déterminer la compétence, elles ne fondent pas *toujours* la compétence sur un consentement clairement exprimé ou sur le consentement tel qu'exprimé par l'Etat hôte.

D'autres sentences CIRDI, au contraire, mettent l'accent sur l'importance du consentement dans la détermination de la compétence et refusent pour cette raison de modifier les limites de la compétence par le jeu d'une clause NPF. Ces sentences corroborent ainsi la jurisprudence de la Cour.

Paragraphe II : La corroboration de l'importance du consentement à travers la mise en œuvre de clauses NPF

Certaines sentences CIRDI emboîtant clairement le pas à la Cour de la Haye en refusant d'étendre la portée de clauses NPF à des questions d'ordre juridictionnel ont en partie fondé leur décision sur la place du consentement des parties dans la détermination de la compétence juridictionnelle. Une telle motivation se retrouve au niveau de sentences qui ont refusé d'utiliser des clauses NPF pour modifier les conditions d'accès à l'arbitrage CIRDI, précisément dans les sentences *Daimler* et *Wintershall*.

Les tribunaux, dans ces affaires, avaient à répondre à la question de savoir si, par le jeu de clauses NPF, l'obligation pour les investisseurs de saisir les tribunaux de l'Etat hôte et d'attendre un certain délai avant de pouvoir saisir le CIRDI en vertu des traités de base pouvait être écartée au profit de l'absence d'une telle obligation dans des traités tiers. Comme il a été donné de le voir, les tribunaux *Daimler* et *Wintershall* se sont inspirés de la

[863] 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, accompagnant la Convention soumise le 18 mars 1965 à l'examen des gouvernements membres de la Banque mondiale en vue de sa signature et de sa ratification*, § 23.

jurisprudence de la Cour sur les rapports entre consentement et compétence juridictionnelle pour dégager des principes qui ont guidé leur réponse à une telle interrogation[864].

C'est en partie au regard de ces principes, témoignant en substance du caractère essentiel du consentement pour la détermination de la compétence juridictionnelle[865], que les sentences *Daimler* et *Wintershall* ont refusé de donner suite aux prétentions des investisseurs concernant les clauses NPF dans ces espèces.

La sentence *Wintershall* estime précisément que faire bénéficier les investisseurs de l'accès direct à l'arbitrage CIRDI (prévu par le traité tiers) jugé plus favorable que l'accès conditionné à l'arbitrage CIRDI (prévu dans le traité de base) poserait problème du point de vue du consentement de l'Etat hôte à l'arbitrage CIRDI. Selon cette sentence, les conditions posées dans le traité de base pour l'accès à l'arbitrage CIRDI constituent des éléments de ce consentement et fixent les limites de l'offre d'arbitrage qui doit être acceptée par l'investisseur dans les mêmes termes[866].

La sentence *Daimler* souligne, pour sa part, que c'est dans les limites du consentement des parties à la compétence qu'il faut chercher à savoir si elles entendaient autoriser le demandeur à importer toute ou partie de la clause de règlement des différends d'un traité tiers[867]. On retrouve ici l'idée tirée de la jurisprudence de la Cour selon laquelle les questions juridictionnelles sont tranchées sur le fondement du consentement des parties à la compétence.

A l'instar de la Cour, ces sentences donnent ainsi plein effet au consentement comme fondement essentiel de la compétence en posant le consentement comme un obstacle à la modification des limites de la compétence sur le fondement de la clause NPF. Le refus de modifier les limites de la compétence sur la base d'une clause NPF procède donc du refus de modifier les termes du consentement à la compétence par le jeu d'une clause NPF au regard du caractère essentiel du consentement.

---

[864] *Daimler c. Argentine*, préc., sentence, §§ 168-178, *Wintershall c. Argentine*, préc., sentence, §§ 160 (3) et 161. Voir également *supra*, Partie I, Titre I, Chapitre I, Section II, Paragraphe II, I.

[865] Pour mémoire, les principes mis en avant dans ces sentences sont précisément les suivants : le consentement est la « pierre angulaire de tout engagement conventionnel », la compétence juridictionnelle ne peut être exercée à l'égard d'un Etat qu'avec son consentement ; il n'est pas possible de présumer du consentement d'un Etat ; l'instrument par lequel l'Etat donne son consentement en contient les limites, il n'est pas possible d'élargir la portée du consentement par interprétation, une clause juridictionnelle ne doit pas être interprétée de sorte à aller au-delà de l'intention des parties qui y ont souscrit. Voir *supra*, Partie I, Titre I, Chapitre I, Section II, Paragraphe II, I.

[866] *Wintershall c. Argentine*, préc., sentence, §§ 160 *in fine* et 162.

[867] *Daimler c. Argentine*, préc., sentence, § 259.

Cette impossibilité pour une clause NPF de modifier les conditions du consentement se retrouve, avec un fondement différent, sous la plume de Brigitte STERN. En effet, adhérant à la conception restrictive de la portée de la clause NPF, l'arbitre, dans son *opinion individuelle et dissidente* jointe à la sentence *Impregilo c. Argentine*[868], propose un cadre d'analyse de cette conception dans lequel le consentement tient une place importante.

Selon Brigitte STERN, l'investisseur n'a pas accès au traitement juridictionnel et au traitement substantiel dans les mêmes conditions, c'est la raison fondamentale pour laquelle il ne faut pas assimiler les deux types de traitement. En effet, explique-t-elle, sur le plan international, le traitement juridictionnel n'est jamais inhérent au traitement substantiel, la plupart des droits ne sont pas assortis d'une procédure juridictionnelle, ils le sont exceptionnellement lorsque l'Etat a donné son consentement : ce n'est qu'à cette condition qu'un traitement juridictionnel viendra compléter le traitement substantiel. Ainsi, les droits juridictionnels, même s'ils peuvent être considérés comme un élément du traitement de l'investisseur, doivent être distingués des droits substantiels, le principe *ejusdem generis* exigent que les deux ne soient pas assimilés parce que le traitement juridictionnel exige une condition supplémentaire (en plus des conditions *ratione materiae*, *temporis* et *personae*) pour être octroyée à l'investisseur : le consentement, la condition *ratione voluntatis*[869].

La dichotomie opérée par Brigitte STERN repose également sur la distinction qu'elle établit entre les droits et les conditions fondamentales pour l'accès à ces droits : il y a des règles octroyant des droits substantiels et juridictionnels aux investisseurs étrangers pour leurs investissements et il y a des règles traitant de l'accès de ces investisseurs aux droits substantiels et juridictionnels accordés[870].

Cette distinction entre conditions requises et droits expliquerait les solutions qui ont été adoptées dans différentes espèces impliquant des clauses NPF qu'il s'agisse de questions substantielles ou procédurales[871]. Brigitte STERN démontre en effet qu'il n'est pas contesté que les conditions d'accès aux droits substantiels ne peuvent être importées par une clause NPF[872] : bien qu'entrant en soi dans toutes les matières régies par le traité, il n'a jamais été admis que les conditions *ratione personae*, *ratione materiae*, et *ratione temporis* puissent être

[868] *Impregilo c. Argentine*, préc., opinion individuelle et dissidente de Brigitte STERN du 21 juin 2011.
[869] *Ibid.*, §§ 51 et 52.
[870] *Ibid.*, §§ 47 et 60.
[871] *Ibid.*, § 56.
[872] *Ibid.*, §§ 57, 58, 60 et 76.

modifiées en se fondant sur une clause NPF[873]. Selon l'auteure, ceci doit être vrai également pour les droits procéduraux/juridictionnels concernant l'accès à la compétence du CIRDI qui sont octroyés seulement à l'investisseur lorsque les conditions *ratione personae, ratione materiae,* et *ratione temporis* plus une condition *ratione voluntatis* sont réunies[874]. Il ne serait pas logique d'admettre que les conditions *ratione personae, ratione materiae*, et *ratione temporis* ne pourraient pas être modifiées par la clause NPF – ce qui n'est pas contesté – tandis que la condition *ratione voluntatis,* pour une raison inconnue, pourrait être modifiée de la sorte par la clause NPF[875].

Brigitte STERN en conclut que les conditions modelant le consentement à l'arbitrage ne peuvent être modifiées par l'utilisation d'une clause NPF vu qu'elles conditionnent l'accès au mécanisme d'arbitrage[876] : en tant que conditions d'accès aux droits juridictionnels, les conditions du consentement ne peuvent être importées par une clause NPF, comme c'est le cas pour les conditions d'accès aux droits substantiels. L'auteure ajoute que cette impossibilité pour la clause NPF de modifier les conditions du consentement de l'Etat donné dans le traité de base « est cohérent[e] avec l'importance du consentement de l'Etat dans l'arbitrage international »[877] .

Cette opinion doctrinale vient appuyer la jurisprudence des tribunaux CIRDI dans laquelle le consentement apparaît comme une explication à l'impossibilité de modifier la compétence juridictionnelle par une clause NPF, que le consentement soit appréhendé du point de vue de son caractère essentiel ou qu'il soit considéré comme une condition d'accès aux droits juridictionnels.

C'est sur cette base qu'il a été possible de conclure qu'une partie de la jurisprudence des tribunaux CIRDI corrobore la jurisprudence de la Cour en réaffirmant l'importance du consentement dans la détermination de la compétence.

[873] *Ibid.*, §§ 63 et § 77.
[874] *Ibid.*, §§ 61, 77 *in fine* et 78.
[875] *Ibid.*, § 63.
[876] *Ibid.*, §§ 78-81.
[877] *Ibid.*, §§ 89-99.

CONCLUSION DU CHAPITRE

La confrontation des jurisprudences de la Cour et des tribunaux CIRDI a révélé que la jurisprudence des tribunaux CIRDI dénote une adhésion imparfaite à la jurisprudence de la Cour au regard des règles d'ajudication que constituent certaines conditions *ratione materiae* et *ratione voluntatis* de la compétence. Il a été possible d'aboutir à une telle conclusion sur la base de deux problématiques.

D'abord, il a été constaté que depuis l'époque de la CPJI, la Cour interprétant des clauses couvrant les *différends relatifs à l'interprétation ou à l'application* de dispositions données ne s'en tient qu'au seul objet du différend ainsi précisé par de telles clauses pour délimiter sa compétence.

A l'analyse de la jurisprudence des tribunaux CIRDI, il est apparu qu'une partie de cette jurisprudence perpétue une telle démarche de la Cour tandis qu'une autre la met à l'écart. En effet, en admettant leur compétence quant aux *contract claims* en présence de clauses couvrant *tout différend relatif à l'investissement*, certains tribunaux CIRDI, comme la Cour, limitent leur interprétation de telles clauses au seul objet du différend précisé par ces clauses. D'autres tribunaux CIRDI, en déniant leur compétence quant aux *contract claims* en présence de clauses couvrant *tout différend relatif à l'investissement*, contrairement à la Cour, interprètent des clauses de compétence fixant l'objet des différends couverts par la compétence en ne s'en tenant pas au seul objet du différend ainsi précisé par ces clauses. Le fondement des requêtes est ainsi considéré par ces tribunaux comme un obstacle à leur compétence là où le seul critère mis en avant pour délimiter la compétence est l'objet du différend.

Ensuite, il est apparu que la lecture du refus de la Cour d'étendre la clause NPF aux questions d'ordre juridictionnel pouvait se faire à la lumière du caractère essentiel du consentement à sa compétence. En se penchant sur la jurisprudence des tribunaux CIRDI, il a été constaté qu'une partie de cette jurisprudence va dans le même sens en ce que le consentement à la compétence juridictionnelle a pu constituer l'un des fondements mis en avant par certaines sentences CIRDI ayant une conception restrictive de la portée de la clause NPF. *A contrario*, d'autres sentences CIRDI remettent en cause la jurisprudence de la Cour en ce qu'en admettant la possibilité de modifier leur compétence par la clause NPF, elles mettent à mal le caractère essentiel du consentement qui ressort de la jurisprudence de la Cour.

Un deuxième élément témoignant du relatif emprunt de la jurisprudence des tribunaux CIRDI à celle de la Cour quant aux règles d'adjudication réside dans la façon dont ces jurisprudences déterminent la qualité d'investisseur internationalement protégeable.

CHAPITRE II : ADHESION IMPARFAITE A LA JURISPRUDENCE DE LA COUR QUANT A LA DETERMINATION DE LA QUALITE D'INVESTISSEUR INTERNATIONALEMENT PROTEGEABLE

On entend par investisseur internationalement protégeable, l'investisseur susceptible de bénéficier de la protection offerte par un *locu standi* international : le recours à l'arbitrage international ou au règlement juridictionnel international. Il est en effet possible de déceler à cet égard des paramètres en matière de compétence et de recevabilité *ratione personae* qui ressortent des jurisprudences de la Cour et des tribunaux CIRDI.

Les tribunaux CIRDI ont en partie rejeté la vision qu'a la Cour de l'investisseur internationalement protégeable. Un tel constat est fondé sur la confrontation des jurisprudences de la Cour et des tribunaux CIRDI sur les problématiques de la nationalité de la réclamation, et de la conduite de l'investisseur bénéficiant ou titulaire d'une action en réclamation internationale.

En effet, d'une part, il peut être constaté que les tribunaux CIRDI ne valident que partiellement la détermination de la qualité d'investisseur internationalement protégeable sur la base de la nationalité telle que conçue par la CIJ (Section I). D'autre part, il apparaît que la jurisprudence des tribunaux CIRDI remet en cause la jurisprudence de la Cour quant à la non-pertinence de la conduite pour la détermination de la qualité d'investisseur internationalement protégeable (Section II).

Section I : Validation partielle de la détermination de la qualité d'investisseur internationalement protégeable sur la base de la nationalité

La nationalité de l'investisseur est un élément important dans la détermination de la protection à laquelle il peut prétendre en droit international.

Les règles substantielles contenues dans un accord relatif aux investissements internationaux ne s'appliquent généralement qu'aux nationaux des Etats parties à l'accord. Ainsi, la nationalité peut constituer un critère de compétence d'un tribunal international ou conditionner la recevabilité d'une requête portée devant ce tribunal.

Dans le cadre du CIRDI, l'investisseur qui entend bénéficier des dispositions procédurales de la Convention de Washington, et substantielles d'un traité relatif aux investissements internationaux, doit démontrer souvent qu'il a la nationalité d'une des parties à ces instruments juridiques.

Pour ce qui est de la procédure devant la CIJ, la nationalité est une condition de recevabilité de l'exercice de la protection diplomatique par l'État « ce droit ne [pouvant] nécessairement être exercé qu'en faveur de son national, parce que, en l'absence d'accords particuliers, c'est le lien de nationalité entre l'Etat et l'individu qui seul donne à l'Etat le droit de protection diplomatique »[878]. La protection diplomatique est un moyen pour un Etat, sinon « le droit qu'il a de faire respecter en la personne de ses ressortissants, le droit international »[879].

La nationalité constitue donc une problématique déterminante de la qualité d'investisseur internationalement protégeable. La jurisprudence des tribunaux CIRDI ne prolonge que relativement celle de la Cour de la Haye sur cette problématique. D'une part, des principes et critères que la Cour a posés pour la détermination de la nationalité ont été confirmés par la jurisprudence des tribunaux CIRDI (Paragraphe I). D'autre part, en cas de pluralité de nationalités en présence, la jurisprudence des tribunaux CIRDI ne confirme que partiellement celle de la Cour sur la détermination de la qualité d'investisseur internationalement protégeable (Paragraphe II).

Paragraphe I : Confirmation de principes et critères de détermination de la nationalité de la réclamation

La jurisprudence des tribunaux CIRDI rejoint celle de la Cour de la Haye qui a avancé quelques principes et critères, en cas de nationalités multiples possibles, pour la détermination de la nationalité tant des personnes physiques que morales. Le contexte procédural concerne la nationalité des réclamations qui seraient fondées sur la violation de ses obligations internationales par un Etat à l'égard d'une personne privée. Ainsi, il a été admis par les deux jurisprudences que les documents officiels délivrés par un Etat dans le cadre de l'exercice de sa compétence exclusive d'attribution de la nationalité font office de preuve *prima facie* pour le tribunal international qui dispose d'un pouvoir d'appréciation au regard des exceptions préliminaires (I). Par ailleurs, s'agissant des personnes morales, les deux jurisprudences ont reconnu le caractère traditionnel de certains critères de détermination de leur nationalité à cet égard (II).

[878] *Chemin de fer Panevezys-Saldutiskis*, arrêt, *op. cit*., p.16.
[879] *Concessions Mavrommatis en Palestine*, arrêt, *op. cit*., p. 12.

I. Le pouvoir d'appréciation du tribunal international et le caractère de preuve *prima facie* des documents officiels

Il ressort de la jurisprudence de la Cour que les questions de nationalité relèvent en principe de la compétence de l'Etat mais qu'une juridiction internationale a la faculté d'apprécier la problématique de la nationalité lorsque la nationalité de la réclamation est contestée, et ne doit pas se borner à constater l'existence de documents délivrés par l'Etat qui établissent la nationalité de l'individu.

La jurisprudence constante de la Cour de la Haye depuis la CPJI précise qu'en droit international coutumier, les questions de nationalité relèvent de la compétence exclusive de l'Etat souverain.

L*'Affaire des Décrets de nationalité promulgués à Tunis et au Maroc* a été l'occasion pour la CPJI de préciser dès 1923 que « dans l'état actuel du droit international, les questions de nationalité sont, en principe, comprises dans [l]e domaine réservé »[880]. La Cour réitère ce principe dans l'*Affaire de l'échange des populations grecques et turques* en ces termes : « la qualité de ressortissant d'un Etat ne peut se fonder que sur la loi de cet Etat »[881].

Dans la continuité de son prédécesseur, La CIJ affirme dans l'affaire *Nottebohm* qu' « il appartient … à tout État souverain de régler par sa propre législation l'acquisition de sa nationalité (…). La nationalité rentre dans la compétence nationale de l'État. (…) Le droit international laisse à chaque Etat le soin de régler l'attribution de sa propre nationalité »[882].

Pourtant, dans cette affaire, la CIJ ne s'est pas limitée à constater que M. Nottebohm disposait de documents délivrés par le Liechtenstein attestant qu'il avait la nationalité du Liechtenstein. La Cour a cherché elle-même à établir qu'aux fins de cette réclamation, Monsieur Nottebohm jouissait bien de la nationalité du Liechtenstein. Cette démarche de la CIJ indique que même si elle reconnaît la compétence exclusive de l'Etat pour l'attribution de la nationalité, elle n'en reconnaît pas moins le pouvoir d'appréciation des tribunaux internationaux pour l'établissement de la nationalité de la réclamation, les documents officiels délivrés par l'Etat faisant, de ce point de vue, office de preuves *prima facie*.

---

[880] *Décrets de nationalité promulgués à Tunis et au Maroc*, avis consultatif du 7 février 1923, C.P.J.I. Recueil, série B, n° 4, p. 24.
[881] *Echange des populations grecques et turques*, avis consultatif du 21 février 1925, C.P.J.I. Recueil, série B, n°10, p. 19.
[882] *Affaire Nottebohm (deuxième phase)*, arrêt du 6 avril 1955 : C. I. J. Recueil 1955, pp. 20 et 23.

Ces principes qu'il est possible de tirer de la jurisprudence de la Cour sont perceptibles dans certaines sentences CIRDI. En effet, les tribunaux CIRDI considèrent globalement que le principe selon lequel la détermination de la nationalité relève du domaine réservé de l'État n'exonère pas le tribunal saisi d'établir sa compétence en examinant la législation de l'Etat relative à la nationalité et ce, même en présence de documents officiels que le tribunal doit traiter comme preuves *prima facie*[883].

Dans l'affaire *Soufraki* par exemple, M. Soufraki estimait que le tribunal arbitral devait se contenter de constater l'existence de documents valides établissant sa nationalité italienne, et qu'il n'avait pas vocation à interpréter la loi italienne. Le tribunal arbitral n'était pas de cet avis. Il a rappelé les principes qu'il a été possible de relever dans la jurisprudence de la Cour en ces termes : « il est généralement admis en droit international que la nationalité relève de la compétence nationale de l'Etat qui établit par sa propre législation, les règles relatives à l'acquisition (et à la perte) de sa nationalité. (…). Mais il est aussi admis que, lorsque, dans les procédures arbitrales ou judiciaires internationales, la nationalité d'une personne est contestée, le tribunal international est compétent pour statuer sur cette contestation »[884]. Les arbitres poursuivent en indiquant que le tribunal international doit accorder une place importante à la législation sur la nationalité de l'État concerné et à l'interprétation et l'application de cette législation par ses autorités mais décidera finalement de lui-même pour examiner sa compétence si au regard des faits et de la législation portés à sa connaissance, la personne dont la nationalité est en cause était ou n'était pas un national de l'Etat en question et quand elle l'a été, et ce qui découle de cette constatation.

En un mot, concluent les arbitres, « lorsque, comme en l'espèce, la compétence d'un tribunal international repose sur une question de nationalité, le tribunal international est habilité à, en fait est tenu de, trancher cette question »[885]. Le Comité *ad hoc* constitué en vue de l'annulation de la décision d'incompétence du tribunal – fondée sur le fait que la condition de nationalité n'était pas remplie – a confirmé les principes ainsi précisés[886].

---

[883] Voir par exemple DOUGLAS (Z.), *The international law of investment claims*, *op. cit.*, pp. 287-289; DOLZER (R.), SCHREUER (C.), *Principles of International Investment Law*, New-York: Oxford University Press, 1ère edition, 2008, pp. 47-49

[884] *Soufraki c. Emirats Arabes Unis*, CIRDI, affaire n° ARB/02/7, sentence du 7 juillet 2004, § 55.

[885] *Ibidem*.

[886] *Soufraki c. Emirats Arabes Unis*, préc., décision sur la demande d'annulation du 5 juin 2007, §§ 60 ss. Omar NABULSI, membre du Comité *ad hoc* ayant émis une opinion individuelle et dissidente, a lui aussi admis ces principes (§§ 17 et 18 de l'opinion), mais ne partageait pas l'avis des autres membres du Comité sur la façon dont le tribunal a fait application de la législation italienne et utilisé les documents officiels en tant que preuve *prima facie* : « *The Tribunal stated that it will accept the Claimant's certificates of nationality as "prima facie evidence" but, in fact, these certificates were not treated by the Tribunal as such* » (§ 53).

Ces principes sont reconduits par le tribunal *Waguih E. G. SIAG* qui, tout en reconnaissant que les questions de nationalité relèvent du domaine réservé des Etats, estime que les documents officiels de l'Etat égyptien présentés en l'espèce ne suffisent pas à établir la nationalité aux fins de l'accès au tribunal, mais qu'ils constituent « seulement des preuves *prima facie* »[887]. Selon les arbitres, bien que de tels documents soient pertinents, ils ne satisfont pas l'exigence pour le tribunal d'appliquer la législation égyptienne sur la nationalité aux fins de déterminer la nationalité égyptienne [888].

La décision sur la compétence *Ioan Micula, Viorel Micula et autres*[889] ainsi que la sentence *Victor Pey Casado et Fondation Président Allende*[890] rappellent également ces principes.

Il apparaît ainsi que la jurisprudence de la Cour est reconduite par celle des tribunaux CIRDI en ce qui concerne certains principes relatifs à la détermination de la nationalité de la réclamation aux fins de l'établissement de la compétence. Il en est de même en ce qui concerne les critères traditionnels de détermination de la nationalité des personnes morales.

II. Le lieu de constitution / d'enregistrement et le siège social : critères traditionnels de détermination de la nationalité des personnes morales

Selon la Cour de la Haye, puis les tribunaux CIRDI, le siège social et le lieu de constitution et d'enregistrement des personnes morales constituent les critères traditionnels de détermination de nationalité des personnes morales aux fins de la réclamation.

- ***Dans la jurisprudence de la CIJ***

Dans la jurisprudence de la Cour, il est possible de trouver d'abord des indices qui tendent à démontrer que le lieu de constitution, d'enregistrement et le siège social constituent pour la Cour les critères "naturels" de nationalité des personnes morales, puis un arrêt qui exprime clairement cette idée.

En effet, il ressort des arrêts de la CPJI et de la CIJ que la Cour de la Haye emploie systématiquement l'expression "société de l'Etat X" pour désigner une société enregistrée, constituée ou ayant son siège social dans un Etat X. Ainsi, dans l'arrêt relatif à *Certains*

[887] *Waguih E. G. Siag et Clorinda Vecchi c. Egypte*, préc., décision sur la compétence du 11 avril 2007, § 153.
[888] *Ibid.*, § 153.
[889] *Ioan Micula, Viorel Micula et autres c. Roumanie,* CIRDI, affaire n° ARB/05/20, décision sur la compétence du 24 septembre 2008, §§ 86 et 94.
[890] *Victor Pey Casado et Fondation Président Allende, préc., s*entence, § 319.

intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise, la CPJI a qualifié de « sociétés allemandes »[891] des sociétés ayant leurs sièges sociaux à Munich et à Berlin. Dans l'arrêt *Compagnie d'électricité de Sofia et de Bulgarie*, à propos d'une « société fondée à Bruxelles »[892], la Cour a parlé de « compagnie belge »[893], de « société belge »[894]. L'affaire de *l'Anglo-iranian Oil Co* a été l'occasion pour la CIJ de désigner une « société enregistrée au Royaume-Uni »[895] comme « société britannique »[896], « personne juridique de nationalité britannique »[897]. Dans l'arrêt *Interhandel*, une société « inscrite au registre du commerce du canton de Bâle-Ville »[898] a été qualifiée de « société suisse »[899], de « ressortissant »[900] du Gouvernement suisse. Pour la Chambre de la CIJ ayant tranché l'affaire *ELSI*, Raython et Machlett, des sociétés constituées aux Etats-Unis étaient « deux sociétés américaines »[901], des « sociétés des Etats-Unis »[902] tandis que l'ELSI, société constituée en Italie était une « société italienne »[903]. Dans l'affaire *Ahmadou Sadio Diallo*, la CIJ a dit de deux sociétés « enregistrées au registre du commerce de la ville de Kinshasa »[904] qu'elles « possèdent la nationalité congolaise »[905].

Il apparaît donc tout naturel pour la Cour de la Haye de qualifier une société enregistrée, constituée ou ayant son siège dans un Etat donné, de national de cet Etat, ce qu'elle affirme explicitement dans l'arrêt *Barcelona Traction* de 1970[906].

Dans cette affaire, des ressortissants belges détenaient les actions de la société Barcelona Traction, constituée et ayant son siège social au Canada et exerçant ses activités en Espagne. Aux fins de la protection diplomatique, la CIJ a dû déterminer la nationalité de cette société qui avait des liens avec différents Etats, la protection diplomatique ne pouvant s'exercer par un Etat qu'à l'égard de son national. La Cour a conclu à la nationalité canadienne de la Barcelona Traction au regard du fait que le Canada était « 1'Etat sous les lois

---

[891] *Certains intérêts allemands en Haute Silésie polonaise*, (exceptions préliminaires), arrêt, *op. cit.*, p. 18.
[892] *Compagnie d'électricité de Sofia et de Bulgarie*, arrêt (exceptions préliminaires) du 4 avril 1939, CPJI Recueil, série A/B, n° 77, p. 69.
[893] *Ibid.*, pp. 70 et 73.
[894] *Ibid.*, p. 82.
[895] *Affaire de l'Anglo-IranianOil Co.* (compétence), arrêt, *op. cit*., p. 102.
[896] *Ibidem.*
[897] *Ibid.*, § 112.
[898] *Affaire de l'Interhandel,* arrêt du 21 mars 1959 : C. I. J. Recueil 1959, p. 16.
[899] *Ibidem.*
[900] *Ibid.*, p. 28.
[901] *Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI)*, arrêt, *op. cit*., p. 42, § 49.
[902] *Ibid.*, p. 46, § 60.
[903] *Ibidem ;* et *Ibid.* p. 70, § 118.
[904] *Ahmadou Sadio Diallo (République de Guinée c. République démocratique du Congo),* exceptions préliminaires, *op. cit.*,p. 590, § 14.
[905] *Ibid.*, p. 616, § 94.
[906] *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*, arrêt, *op. cit.*, p. 3

duquel [la Barcelona Traction] s'est constituée et sur le territoire duquel elle a son siège »[907]. La Cour précise que « ces deux critères ont été confirmés par une longue pratique et par maints instruments internationaux »[908].

Les liens qui existaient entre la Barcelona traction et d'autres Etats que celui de sa constitution et de son siège social n'ont pas conduit la Cour à s'écarter de la « règle traditionnelle »[909] en l'espèce. La Cour a plutôt démontré comment les liens qui existaient entre le Canada et la Barcelona traction dès ses origines de par sa constitution et l'établissement de son siège social dans cet État ont été pérennisés et renforcés et a, sur cette base, confirmé le résultat auquel elle a logiquement abouti en application des critères du lieu de constitution ou d'enregistrement et du siège social.[910]

- ***Dans les sentences CIRDI***

Ces critères que la Cour a considérés comme des critères classiques de détermination de la nationalité d'une société, ont également été retenus en ce sens par la jurisprudence des tribunaux CIRDI[911].

En effet, à côté des personnes physiques, la Convention de Washington entend par « ressortissant d'un autre Etat contractant » :

« (b) toute personne morale 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 et toute personne morale qui possède la nationalité de l'Etat contractant partie au différend à la même date et que les parties sont convenues, aux fins de la présente Convention, de considérer comme ressortissant d'un autre Etat contractant en raison du contrôle exercé sur elle par des intérêts étrangers ».

L'article 25 (2) (b) de la Convention de Washington envisage ainsi deux catégories de personnes morales en faveur desquelles la compétence du Centre peut être admise : d'une

[907] *Ibid.*, p. 43, § 70. Comme la Cour l'a souligné, dans cette affaire, « il [n'était] pas contesté que la société s'est constituée au Canada et que son siège statutaire s'y [trouvait] (*Ibid.*, p. 43, § 71.)
[908] *Ibidem*.
[909] *Ibidem*.
[910] Ainsi, la Cour a considéré qu'au regard des éléments relatifs à sa constitution et à l'établissement de son siège social, « les rapports entre la Barcelona Traction et le Canada sont…multiples », le lien entre la société et son Etat de nationalité est « étroit et permanent […] et] n'est nullement affaibli parce que la société a exercé dès le début des activités commerciales en dehors du Canada, car tel était son objet déclaré » (*Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*, arrêt, *op. cit.*, p. 43, § 70).
[911] Voir par exemple DOLZER (R.), SCHREUER (C.), *Principles of International Investment Law*, *op. cit.*,1ère edition, p.49.

part, les personnes morales ayant la nationalité d'un Etat partie à la Convention de Washington différente de celle de l'Etat partie au différend, d'autre part, et à certaines conditions, les personnes morales ayant la nationalité de l'Etat partie au différend. Aucun critère de détermination de la nationalité n'étant prévu par cette disposition, c'est aux tribunaux arbitraux qu'est revenue la tâche d'apprécier la nationalité des personnes morales dans les différentes espèces qui leur ont été soumises.

Il ressort des décisions rendues par ces tribunaux que, comme la Cour de la Haye, ces derniers considèrent comme règle générale de détermination de la nationalité des personnes morales aux fins de réclamation, la règle selon laquelle la personne morale a la nationalité de l'Etat dans lequel elle a été constituée et/ou a son siège social[912].

Ainsi, les arbitres dans la sentence *SOABI*, ayant constaté que la Convention de Washington ne définit pas la notion de nationalité et qu'il revient à chaque Etat le pouvoir de déterminer les critères d'octroi de sa nationalité à une société, indique qu'« en règle générale, les Etats appliquent à cette fin ou bien le critère du siège social ou bien celui du lieu d'incorporation ». De ce fait, conclut le tribunal, « une "personne morale qui possède la nationalité de 1'Etat contractant partie au différend", expression utilisée à l'article 25(2)(b) de la Convention, est donc une personne morale qui, selon le système juridique de l'Etat en question, a son siège social dans l'Etat ou a été créée en application de son droit des sociétés (incorporation) »[913]. De même, selon la décision sur la compétence *AMCO I* de 1983, « le concept de nationalité…est un concept classique fondé sur le droit sous l'empire duquel la personne morale a été constituée, le lieu de constitution et le lieu du siège social »[914]. Quant aux arbitres ayant tranché l'affaire *Aucoven*, ils estiment que, « conformément au droit international et à la pratique internationale, il y a différents critères possibles pour déterminer la nationalité d'une personne morale. Le critère le plus communément utilisé est celui du lieu de constitution ou du siège social. »[915].

Il est à noter que dans la jurisprudence des tribunaux CIRDI, ces critères du lieu de constitution et/ou du siège social ont eu également à s'appliquer au titre de règle

[912] Voir en ce sens ALEXANDROV (S. A.), « The "Baby Boom" of Treaty based Arbitrations and the Jurisdiction of ICSID Tribunals: Shareholders as "Investors" and Jurisdiction RationeTemporis», *Law and Practice of International Courts and Tribunals*, Vol. 4, 2005, pp. 34-40.
[913] *SOABI c. Sénégal*, CIRDI, affaire n° ARB/82/1, décision sur la compétence du 1er août 1984, § 29.
[914] *Amco c. Indonésie I*, préc., décision sur la compétence du 25 septembre 1983. Traduction d'Emmanuel GAILLARD du texte original (en anglais). GAILLARD (E.), *La jurisprudence du CIRDI*, Pedone, Tome I, 2006, p. 24.
[915] *Autopista Concesionada de Venezuela (Aucoven) c. Venezuela*, CIRDI, affaire n° ARB/00/5, décision sur la compétence du 27 septembre 2001, § 107.

conventionnelle. Ainsi, le tribunal ayant rendu la sentence *ADC* a décidé qu'il n'était pas nécessaire de se référer à ces « principes de droit coutumier relatifs à la nationalité, tels que présentés dans l'arrêt Barcelona Traction, qui en tout état de cause, ne sont pas différents »[916] du droit conventionnel applicable en l'espèce. La même démarche se retrouve dans les sentences *Wena c. Egypte*[917], *Total c. Argentine*[918], *AES Corporation c. Argentine*[919]et *Rumeli Telekom et Telsim Mobil c. Kazakhstan*[920].

Il apparaît donc que la jurisprudence des tribunaux CIRDI suit celle de la Cour en ce qu'elle a considéré les critères de constitution/d'enregistrement et du siège social comme critères traditionnels de détermination de la nationalité d'une société. Cependant, pour ce qui est de la détermination de la qualité d'investisseur internationalement protégeable dans l'hypothèse où plusieurs nationalités sont en cause, la jurisprudence des tribunaux CIRDI ne suit qu'en partie celle de la Cour.

Paragraphe II : Rejet et confirmation partiels des règles posées par la Cour en cas de pluralité de nationalités en présence

La jurisprudence des tribunaux CIRDI a maintenu pour sa compétence les critères de recevabilité de la nationalité de réclamation pour les personnes physiques ayant une double nationalité, et posés par la Cour (I). La détermination de la personne internationalement protégeable en présence d'une société sous contrôle étranger n'a pas donné lieu à une telle concordance. La problématique de la protection de l'actionnaire en droit international telle qu'elle s'est posée dans le contexte de la protection diplomatique peut en effet se lire sous l'angle suivant : en cas de préjudices subis par une société dont l'actionnaire a une nationalité différente de la sienne, qui, de la société et de l'actionnaire, est la personne internationalement protégeable par voie de réclamation juridictionnelle ? Ainsi, dans le cadre d'actions en protection diplomatique, la question de savoir si l'actionnaire d'une société est une personne internationalement protégeable pour les préjudices subis par la société trouve tout son intérêt concret en cas de pluralité de nationalités, lorsque la nationalité de la réclamation pour

[916] *ADC c. Hongrie*, préc., sentence, § 357.
[917] *Wena c. Egypte*, préc., décision sur la compétence du 25 mai 1999. Dans cette affaire, après analyse des discussions autour de l'article 8 (1) de l'accord entre le Royaume-Uni et l'Egypte prévoyant le critère du contrôle, le tribunal a décidé que l'interprétation qu'il convenait de donner de cette disposition ne correspondait pas aux faits de l'espèce. C'est donc au regard du critère du lieu de constitution de la société (prévu à l'article 1. d du même accord) que la nationalité de la société demanderesse a été déterminée.
[918] *Total c. Argentine*, préc., décision sur la compétence, § 57.
[919] *AES Corporation c. Argentine*, CIRDI, affaire n° ARB/02/17, décision sur la compétence du 26 avril 2005, §§ 77-80.
[920] *Rumeli Telekom et Telsim Mobil c. Kazakhstan*, préc., sentence, §§ 326-329.

l'actionnaire est différente de la nationalité de la société. La réponse à cette question permet en effet de savoir si l'Etat de nationalité de l'actionnaire peut introduire une action en protection diplomatique lorsqu'une telle action n'est pas introduite par l'Etat de nationalité de la société lésée. La CIJ a répondu à cette interrogation en décidant de l'irrecevabilité en droit coutumier de réclamations en protection de l'actionnaire d'une société sous contrôle étranger. Les tribunaux CIRDI ont désavoué cette jurisprudence de la Cour (II).

I. Maintien des critères de détermination retenus par la CIJ pour les personnes physiques ayant une double nationalité

Pour les personnes physiques, il a pu être observé que la problématique de la pluralité de nationalités s'est posée en termes de double nationalité. A ce sujet, il est possible de constater que le test de l'effectivité posé par la Cour pour la réclamation dans le cadre de l'action en protection diplomatique du double national à l'égard d'un Etat n'étant pas son autre Etat de nationalité, a été suivi par la jurisprudence des tribunaux CIRDI pour établir leur compétence (A). Par ailleurs, dans les sentences rendues sous les auspices du CIRDI, on retrouve l'idée d'impossibilité de réclamation du double national à l'égard d'un Etat étant son autre Etat de nationalité telle que la Cour a eu à décider (B).

A. La réclamation en cas de double nationalité contre un Etat n'étant pas l'autre Etat de nationalité : test de l'effectivité

L'hypothèse envisagée ici est celle d'un individu disposant de deux nationalités et souhaitant porter sa réclamation par le recours à l'arbitrage international CIRDI ou la faire porter par voie de règlement judiciaire international à l'encontre d'un Etat dont il n'a pas la nationalité.

1. Le test de l'effectivité consacré par la Cour pour la recevabilité de la réclamation

Le cas de figure s'est d'abord présenté à la Cour de la Haye qui l'a résolue en se fondant sur le test dit de l'effectivité. Dans l'affaire *Nottebohm*, la CIJ avait à répondre à la question de savoir si au regard des faits de l'espèce, le Liechtenstein était recevable, en vertu du droit international, à exercer une action en protection diplomatique à l'égard de M. Nottebohm vis-à-vis du Guatemala. En effet, le Guatemala ne reconnaissait pas la nationalité acquise par M.

Nottebohm au Liechtenstein par naturalisation, et se fondait sur la nationalité allemande d'origine de ce dernier.

Répondant à cette divergence de vues, la CIJ a considéré que l'octroi de la nationalité en vertu des lois nationales ne peut produire l'effet international qu'est le titre à exercer la protection diplomatique si la nationalité n'est pas opposable à l'Etat défendeur. Or, dit la CIJ, pour être opposable à cet effet, la nationalité doit être effective.

En d'autres termes, la nationalité octroyée par un Etat ne lui confère un titre à l'exercice de la protection de l'individu vis-à-vis d'un autre Etat que si elle est « la traduction en termes juridiques de l'attachement de l'individu considéré à l'Etat qui en a fait son national »[921], la « consécration en droit de l'appartenance en fait de [l'individu] à la population de [l'Etat] »[922], « l'expression juridique exacte d'un fait social de rattachement, préexistant ou se constituant ensuite »[923], que si elle « concord[e] avec la situation de fait, … repos[e] sur un lien de fait supérieur entre l'intéressé et [l'Etat] »[924]. Tel n'était pas le cas en l'espèce selon la CIJ[925] qui a déclaré irrecevable l'action en protection diplomatique introduite par le Liechtenstein.

La compétence souveraine d'octroi de la nationalité ne peut donc être opposée à un Etat qui conteste la nationalité que si l'octroi de la nationalité matérialise un lien réel, une véritable attache factuelle entre la personne physique et l'Etat[926].

2. Le test de l'effectivité suivi par les tribunaux CIRDI pour la compétence à statuer sur la réclamation

Ce *test* de l'effectivité dans la détermination de la nationalité de la réclamation au regard d'une personne physique disposant de deux nationalités vis-à-vis d'un Etat dont il n'a

[921] *Affaire Nottebohm (deuxième phase),* arrêt du 6 avril 1955 : C. I. J. Recueil 1955, p. 23.
[922] *Ibid.*, p. 26.
[923] *Ibid.*, p. 24.
[924] *Ibid.*, p. 22.
[925] *Ibid.,* p. 26 : « ces faits établissent clairement d'une part l'absence de tout lien de rattachement entre Nottebohm et le Liechtenstein, d'autre part l'existence d'un lien ancien et étroit de rattachement entre lui et le Guatemala, lien que sa naturalisation n'a aucunement affaibli. Cette naturalisation ne repose pas sur un attachement réel au Liechtenstein qui lui soit antérieur et elle n'a rien changé au genre de vie de celui à qui elle a été conférée dans des conditions exceptionnelles de rapidité et de bienveillance. Sous ces deux aspects, elle manque de la sincérité qu'on doit attendre d'un acte aussi grave pour qu'il s'impose au respect d'un Etat se trouvant dans la situation du Guatemala. Elle a été octroyée sans égard à l'idée que l'on se fait, dans les rapports internationaux, de la nationalité ».
[926] Il est à noter que la Commission du droit international, dans son projet d'articles sur la protection diplomatique (2006), n'a pas retenu la règle du caractère effectif de la nationalité dégagée par l'affaire *Nottebohm* pour l'hypothèse de la protection diplomatique d'une personne ayant une double nationalité ou une pluralité de nationalités contre un État dont elle n'a pas la nationalité (article 6).

pas la nationalité, a été retenu par le tribunal CIRDI dans l'affaire *Olguin* en vue de sa compétence.

Dans cette affaire, l'investisseur, M. Olguin, avait la double nationalité, péruvienne et américaine, et entendait bénéficier du recours au CIRDI contre le Paraguay et de la protection de ses droits sur le fondement du TBI Paraguay / Pérou. Cependant, le Paraguay contestait le droit pour M. Olguin de bénéficier de la protection offerte par ce TBI. Le Paraguay considérait en effet que M. Olguin ne pouvait se prévaloir de sa nationalité péruvienne en l'espèce vu que la loi péruvienne prescrivait qu'en cas de double nationalité le lieu du domicile de l'individu est déterminant pour l'exercice de certains droits. Or, M. Olguin résidait aux Etats-Unis. Aux fins de sa compétence, le tribunal CIRDI a estimé que l'élément qui importe pour l'accès de M. Olguin au tribunal est de savoir si ce dernier a la nationalité péruvienne et si cette nationalité est « effective »[927] pour conclure qu'à ses yeux, « l'effectivité de sa nationalité péruvienne est suffisante pour déterminer qu'il ne peut pas être exclu du bénéfice de la protection du TBI »[928].

Ainsi, même s'il ne s'y réfère pas expressément[929], ce tribunal CIRDI a adopté la jurisprudence *Nottebohm* pour trancher la problématique de la protection du double national à l'égard d'un Etat tiers contestant la nationalité de la réclamation.

Dans l'hypothèse d'un individu ayant une double nationalité et sollicitant la protection par voie de réclamation internationale contre un Etat dont il a la nationalité, la jurisprudence des tribunaux CIRDI rejoint également celle de la Cour de la Haye.

B. Impossibilité de réclamation pour la protection du double national à l'égard de l'un des deux Etats nationaux

Ainsi qu'il ressort des travaux de la Commission du droit international, la problématique de la réclamation pour l'individu ayant une double nationalité contre un Etat dont cet individu a également la nationalité a donné lieu à deux prises de position opposées en droit

[927] *Olguin c. Paraguay*, CIRDI, affaire n° ARB/98/5, sentence du 26 juillet 2001, § 61.
[928] *Ibidem*.
[929] Dans l'affaire *Soufraki*, dans laquelle l'investisseur se présentait comme un double national italien et canadien, les Emirats Arabes Unis, Etat hôte défendeur en l'espèce, ont soulevé la problématique de la nationalité effective et les parties ont discuté la question en se référant à l'arrêt *Nottebohm*. Cependant, il n'a pas été nécessaire pour le tribunal de trancher la problématique de la nationalité effective, ayant finalement établi que l'investisseur n'était pas un double national. Voir *Soufraki c. Emirats Arabes Unis*, préc., sentence, §§ 42-46. Voir également au sujet de cette affaire, SCHLEMMER (E. C.), « Investment, Investor, Nationality and Shareholders », *in* MUCHLINSKI (P.), ORTINO (F.), SCHREUER (C.), *The Oxford Handbook of International Investment Law*, New-York : Oxford University Press, 2008, pp. 73-74.

international en matière d'action en protection diplomatique. On a, d'une part, la règle selon laquelle un État de nationalité ne peut exercer la protection diplomatique pour le compte d'un double national contre l'autre État de nationalité et, d'autre part, la règle selon laquelle un État de nationalité peut exercer l'action en protection diplomatique dans ce cas lorsqu'il détient la nationalité dominante ou effective du double national[930].

1. La règle d'impossibilité devant la CIJ

La Cour de la Haye a opté pour la première solution dont fait état la Commission, tandis que cette dernière s'est fondée dans son rapport de 2006 sur la seconde, issue de réclamations devant d'autre instances internationales[931]. En effet, dans son avis relatif à la *Réparation des dommages subis au service des Nations Unies*, la CIJ fait état d'une « pratique généralement suivie selon laquelle un État n'exerce pas sa protection au profit d'un de ses nationaux contre un Etat qui considère celui-ci comme son propre national »[932]. La Cour affirme ainsi l'impossibilité de protection du double national contre un Etat étant son autre Etat de nationalité.

2. La règle d'impossibilité suivie par le CIRDI

Une telle position ressort également de la jurisprudence des tribunaux CIRDI se fondant notamment sur l'article 25 (2) (a) de la Convention de Washington.

En effet, l'une des conditions *ratione personae* de compétence du CIRDI est relative à la nationalité de l'investisseur, qui doit être « ressortissant d'un autre Etat contractant » (article 25 (1) de la Convention de Washington). L'article 25 (2) (a) de la même Convention précise le sens de l'expression « Ressortissant d'un autre Etat contractant » en ces termes : « toute personne physique qui possède la nationalité d'un Etat contractant autre que l'Etat partie au différend (…) à l'exclusion de toute personne qui, (…), possède également la nationalité de l'Etat contractant partie au différend ; ». En vertu de l'article 25 (2) (a), le

[930] Voir Commission du droit international, « Projet d'articles sur la protection diplomatique et commentaires », *Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa cinquante-huitième session*, Document A/61/10, pp. 44-48.

[931] La Commission du droit international a, quant à elle, opté pour la deuxième solution en l'article 7 de son projet d'articles sur la protection diplomatique de 2006. Elle prévoit l'impossibilité de l'exercice de la protection diplomatique par un État de nationalité contre un autre État de nationalité « à moins que la nationalité prépondérante … soit celle du premier État en question tant à la date du préjudice qu'à la date de la présentation officielle de la réclamation ».

[932] *Réparation des dommages subis au service des Nations Unies, avis consultatif : C. I. J. Recueil* 1949, p. 186

CIRDI n'a donc pas compétence sur les différends entre une personne physique ayant une double nationalité et un Etat constituant l'un de ses Etats de nationalité.

Pourtant, en pareille hypothèse, investisseurs et Etats, invoquant l'arrêt *Nottebohm*, ont eu à prier les tribunaux arbitraux d'appliquer le test de l'effectivité de la nationalité à leurs réclamations, en estimant que l'absence de lien réel avec l'Etat défendeur dont ils ont juridiquement la nationalité devait conduire le tribunal arbitral à conclure à sa compétence.

En rejetant leur compétence pour connaître de telles réclamations, les tribunaux CIRDI ont jugé non pertinente l'application du test de l'effectivité de la nationalité. Les affaires *Champion Trading, Ameritrade International*,[933]*Marvin Feldman*[934], *Waguih E. G. SIAG*[935], *Ioan Micula, Viorel Micula et autres*[936], *Victor Pey Casado et Fondation Président Allende*[937] ont été l'occasion pour des tribunaux CIRDI de développer une telle position.

La sentence rendue dans le cadre de l'affaire *Saba Fakes* permet de faire le point sur les raisons invoquées par les tribunaux CIRDI pour conclure qu'il n'y a pas de place pour le test de l'effectivité devant les tribunaux CIRDI dans l'hypothèse d'une réclamation d'un double national contre l'un de ses Etats de nationalité [938] :

-Les critères de l'article 25 (2) (a) se suffisent à eux-mêmes étant assez clairs[939] ; cette disposition prévoit deux conditions précises en rapport avec la nationalité sans aucune référence au *test* de l'effectivité ;

-Les faits de l'affaire *Nottebohm* sont différents de ceux des espèces portées devant les tribunaux CIRDI qui impliquent un double national et l'un de ses Etats de nationalité ;

-L'affaire *Nottebohm* est relative à la protection diplomatique ;

-Les TBI applicables aux espèces portées devant le CIRDI ne prévoient pas le test de l'effectivité.

---

[933] *Champion Trading, Ameritrade International c. Egypte*, préc., décision sur la compétence du 21 octobre 2003, p 16.
[934] *Marvin Feldman c. Mexique*, préc., décision sur la compétence du 6 décembre 2000, §§ 31-32.
[935] *Waguih E. G. Siag et Clorinda Vecchi c. Egypte*, préc., décision sur la compétence, §§ 200-201.
[936] *Ioan Micula, Viorel Micula et autres c. Roumanie*, préc., décision sur la compétence §§ 83 ss.
[937] *Victor Pey Casado et Fondation Président Allende, préc.,* sentence, § 241.
[938] *Saba Fakes c.* Turquie, CIRDI, affaire n° ARB/07/20, sentence du 14 juillet 2010, §§ 59-79.
[939] La décision sur la compétence dans l'affaire *Champion Trading, Ameritrade International c. Egypte* énonce cependant la possibilité d'écarter l'article 25 (2) (a) lorsque son application conduit à des situations absurdes ou déraisonnables, ce qui n'est pas le cas en l'espèce selon le tribunal, d'autant plus que les demandeurs ont réalisé l'investissement au cœur de l'affaire en utilisant exclusivement leur nationalité égyptienne (*Champion Trading, Ameritrade International c. Egypte*, préc., décision sur la compétence, pp. 16-17.)

Malgré la diversité des arguments invoqués, il est permis de conclure que les tribunaux CIRDI tiennent à la règle dégagée par la Cour et reflétée par la Convention dont ils ne s'écartent point par des astuces interprétatives pour opter pour une autre voie qui serait opposée à la jurisprudence de la CIJ. Pour établir la nationalité de la réclamation en vue de leur compétence, les tribunaux CIRDI ne s'entrainent pas dans la voie consistant à mesurer laquelle des deux nationalités en présence est effective ou laquelle des deux est plus effective[940].

Il n'est pas possible d'observer une telle adéquation entre les deux jurisprudences pour ce qui est de la détermination de l'investisseur internationalement protégeable dans l'hypothèse d'une société lésée dont l'actionnaire a une nationalité différente de la sienne.

II. Désaveu de la règle de rejet par la CIJ de l'action en protection de l'actionnaire d'une société lésée n'ayant pas la nationalité de celle-ci

Tandis que pour la Cour, en droit international coutumier, lorsqu'une société dont l'actionnaire a une nationalité différente de la sienne a subi des préjudices, c'est la société, et non pas l'actionnaire, qui est la personne internationalement protégeable (A), cette règle a été jugée dépassée par la jurisprudence des tribunaux CIRDI (B).

A. L'inexistence, en principe, d'une action en protection de l'investisseur d'une société lésée ayant une nationalité différente selon la Cour

Alors qu'elle a posé l'absence de qualité d'investisseur internationalement protégeable de l'actionnaire d'une société sous contrôle étranger comme règle de droit international coutumier (1), la CIJ a eu l'occasion de déroger à cette règle par application du droit conventionnel au titre de *lex specialis* (2).

1. La règle telle que présentée par la Cour

C'est dans l'arrêt *Barcelona Traction* que la Cour de la Haye a décidé pour la première fois de l'irrecevabilité en droit coutumier de réclamations en protection de l'actionnaire d'une société sous contrôle étranger.

[940] Voir en ce sens *Esphahanian,* Tribunal des réclamations Etats-Unis / Iran, affaire A/ 18, décision d'interprétation, 6 avril 1984, dans laquelle le tribunal se reconnaît compétent pour connaître d'une requête contre l'Iran introduite par des individus ayant la double nationalité, iranienne et américaine, lorsque la nationalité effective et prédominante pendant la période pertinente est celle des Etats-Unis.

Dans l'affaire de la *Barcelona Traction*, la Belgique a saisi la CIJ d'une action en protection diplomatique contre l'Espagne pour les préjudices qu'auraient subis les investissements des actionnaires belges de la société Barcelona Traction du fait de mesures prises par le Gouvernement espagnol affectant cette société canadienne exerçant ses activités commerciales en Espagne.

Le Gouvernement espagnol a soulevé des exceptions préliminaires contre la requête de la Belgique, l'estimant irrecevable, entre autres, parce que la Belgique n'avait pas qualité pour une réclamation en vue d'introduire une action pour le compte d'intérêts belges dans une société canadienne lésée du fait des autorités espagnoles.

Pour examiner cette exception d'irrecevabilité, la Cour s'est référée « à des règles généralement acceptées par les systèmes de droit interne reconnaissant la société anonyme, dont le capital est représenté par des actions »[941].

Elle a constaté que dans ces systèmes, la société anonyme et les actionnaires ont des personnalités juridiques distinctes et qu'en principe, les actionnaires n'ont pas un droit d'action indépendant lorsque sont en cause les droits de la société, la situation étant différente lorsqu'il est question des droits propres des actionnaires[942].

La Cour établit également une distinction entre droits et intérêts au regard du droit d'action en vue de demander réparation. Sur cette base, elle souligne que c'est la violation d'un droit qui peut engager la responsabilité et non le préjudice causé à un intérêt, « de sorte que des actes qui ne visent et n'atteignent que les droits de la société n'impliquent aucune responsabilité à l'égard des actionnaires même si leurs intérêts en souffrent »[943].

---

[941] *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited,* arrêt, *op. cit.*, p. 38, § 50. Ce recours aux règles de droit interne est expliqué et justifié par la Cour en ces termes : «(…) cela ne revient pas à faire dépendre les règles du droit international de catégories de droit interne. Cela veut simplement dire que le droit international a dû reconnaître dans la société anonyme une institution créée par les Etats en un domaine qui relève essentiellement de leur compétence nationale. Cette reconnaissance nécessite que le droit international se réfère aux règles pertinentes du droit interne, chaque fois que se posent des questions juridiques relatives aux droits des Etats qui concernent le traitement des sociétés et des actionnaires et à propos desquels le droit international n'a pas fixé ses propres règles. C'est pourquoi, vu la pertinence en l'espèce des droits de la société anonyme et des droits des actionnaires dans l'ordre interne, la Cour doit examiner leur nature et leur interaction » (pp. 34-35, § 38). « Si la Cour devait se prononcer sans tenir compte des institutions de droit interne, elle s'exposerait à de graves difficultés juridiques et cela sans justification. Elle perdrait contact avec le réel, car il n'existe pas en droit international d'institutions correspondantes auxquelles la Cour pourrait faire appel. C'est pourquoi, comme il est indiqué plus haut, non seulement la Cour doit prendre en considération le droit interne mais encore elle doit s'y référer » (p. 38, § 50).

[942] *Ibid.*, pp.35-36-37, §§ 41, 42 et 47.

[943] *Ibid.*, p. 37, § 46.

Se fondant sur ces éléments[944], la CIJ a conclu qu'au regard du droit international général, le droit d'introduire une action en responsabilité pour les préjudices subis par une société revient à l'Etat de nationalité de cette société[945].

La Cour évoque cependant l'existence de circonstances qui pourraient justifier que la règle générale soit écartée. Elle mentionne d'abord deux cas assez particuliers s'analysant en des pratiques dérogatoires : la levée du voile social pour le traitement des biens ennemis après les deux guerres mondiales[946] et des arrangements *sui generis* par lesquels des actionnaires étrangers de sociétés de droit local nationalisées ont été indemnisés. Elle énonce ensuite deux situations exceptionnelles : d'une part, « le cas où la société aurait cessé d'exister » et d'autre part, « le cas où 1'Etat national de la société n'aurait pas qualité pour agir en faveur de celle-ci »[947]. La CIJ estime qu'aucune de ces deux circonstances ne se vérifie en l'espèce. Une autre hypothèse, enfin, est mise en lumière par la Cour qui n'en apprécie pas la validité, vu qu'elle ne correspond pas aux faits de l'espèce. Il s'agit de la "thèse"[948] fondée sur des considérations d'équité selon laquelle « 1'Etat des actionnaires aurait le droit d'exercer sa protection diplomatique lorsque 1'Etat dont la responsabilité est en cause est 1'Etat national de la société »[949].

Finalement, la CIJ décide qu'aucune circonstance ne justifie de s'écarter de la règle générale de droit international en matière d'action en réclamation qu'elle a énoncée et qui est seule applicable en l'espèce : la Belgique, Etat de nationalité des actionnaires dont les *intérêts* ont été affectés du fait du préjudice causé aux *droits* d'une société de droit canadien, ne peut donc introduire une action en responsabilité contre l'Espagne. Ainsi, selon l'arrêt *Barcelona Traction*, les actionnaires belges de la société canadienne, dont les intérêts ont été affectés, ne sont pas des personnes bénéficiaires d'une réclamation internationale de leur Etat de nationalité pour l'atteinte portée aux droits de la société ayant une autre nationalité.

---

[944] La démarche de la Cour est bien résumée dans l'opinion dissidente du juge RIPHAGEN : « la Cour arrive à la conclusion que, dans l'ordre juridique interne, les droits des actionnaires ne sont pas affectés par des mesures prises contre la société. Il s'ensuit, d'après l'arrêt, que 1'Etat dont les actionnaires d'une société sont les ressortissants, n'a pas non plus un droit qui pourrait être lésé sur le plan international, par des mesures prises par un autre Etat contre ladite société. ». (*Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, opinion dissidente de M. Riphagen,* C.I.J. Recueil 1970, p. 335.)

[945] *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited,* arrêt, *op. cit.*, p. 47, § 88 et p. 48, § 93.

[946] Cette question se posait dans l'affaire *Interhandel* que la Cour n'a pas eu l'occasion d'examiner au fond en raison du non-épuisement des voies de recours internes.

[947] *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited,* arrêt, *op. cit.*, p. 41, § 64.

[948] *Ibid.*, p. 49, § 92.

[949] *Ibidem.*

Cette solution sera confirmée en 2007 par l'arrêt *Ahmadou Sadio* Diallo dans laquelle les discussions sur la protection diplomatique des actionnaires ont tourné, entre autres, autour de l'une des thèses d'exceptions précitées par la Cour dans l'affaire *Barcelona* Traction, selon laquelle, « 1'Etat des actionnaires aurait le droit d'exercer sa protection diplomatique lorsque 1'Etat dont la responsabilité est en cause est 1'Etat national de la société »[950]. En effet, la Guinée entendait exercer la protection diplomatique en faveur de M. Diallo, citoyen guinéen, à trois titres dont deux pour la violation, respectivement, de ses droits propres en tant qu'associé de deux sociétés de droit congolais et pour les atteintes aux droits des deux sociétés sur la base de la "protection par substitution"[951]. Par son exception d'irrecevabilité, la République démocratique du Congo (RDC), a contesté le droit pour la Guinée d'introduire une réclamation contre elle sur la base de ces deux griefs. Par « protection par substitution », la Guinée entendait le droit d'action « d'un Etat d'exercer sa protection diplomatique en faveur de ses nationaux, actionnaires d'une société étrangère, lorsque cette société a été victime d'actes illicites commis par l'Etat en vertu de la législation duquel elle a été constituée »[952]. Selon la Guinée, la positivité et le caractère coutumier de cette règle évoquée dans l'arrêt *Barcelona Traction* ne faisait pas de doute au regard de la pratique conventionnelle et jurisprudentielle, notamment des traités bilatéraux et multilatéraux relatifs à la protection des investissements étrangers, des contrats entre Etats et investisseurs étrangers et des sentences arbitrales[953]. De même et en référence à l'article 11, paragraphe b)[954] du projet d'articles sur la protection diplomatique adopté en 2006 par la CDI, la Guinée a soutenu que la mise en œuvre de l'action en protection par substitution qui serait devenue ainsi coutumière se justifiait d'autant plus en l'espèce que pour exercer ses activités en RDC, M. Diallo avait l'obligation de constituer des sociétés de droit congolais.

---

[950] *Ibid.*, p. 49, § 92.
[951] *Ahmadou Sadio Diallo (République de Guinée c. République démocratique du Congo),* exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 2007, p. 596, § 31.
[952] *Ibid.*, p. 596, § 30.
[953] *Ibid.*, pp. 610-611, § 78 et p. 615, § 90.
[954] Article 11 : Protection des actionnaires
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.

Face à ces arguments de la Guinée suggérant tant l'évolution de la règle coutumière annoncée par la Cour en 1970[955] que fondés sur les thèses d'exception mentionnées par cet arrêt, la Cour commence par rappeler « qu'en matière de protection diplomatique le principe, tel qu'il a été souligné dans l'affaire de la *Barcelona Traction*, est que «la responsabilité n'est pas engagée si un simple intérêt est touché; elle ne l'est que si un droit est violé, de sorte que des actes qui ne visent et n'atteignent que les droits de la société n'impliquent aucune responsabilité à l'égard des actionnaires même si leurs intérêts en souffrent.» (*C.I.J. Recueil 1970*, p. 36, par. 46.) »[956]; le droit d'action au bénéfice des actionnaires fait toujours défaut et ne remplit pas la condition de la nationalité de la réclamation.

Quant à l'argument sur la protection par substitution, et après analyse, la CIJ a conclu qu'il n'existe pas à l'heure actuelle en droit international coutumier, une protection par substitution telle que présentée par la Guinée. Selon la Cour, en effet, « le fait, dont se prévaut la Guinée, que différents accords internationaux tels les accords sur la promotion et la protection des investissements étrangers et la convention de Washington aient institué des régimes juridiques spécifiques en matière de protection des investissements, ou encore qu'il soit courant d'inclure des dispositions à cet effet dans les contrats conclus directement entre Etats et investisseurs étrangers, ne suffit pas à démontrer que les règles coutumières de protection diplomatique auraient changé; il pourrait tout aussi bien se comprendre dans le sens contraire. Les arbitrages qui ont été invoqués par la Guinée relèvent eux aussi de régimes particuliers, qu'ils aient été fondés sur des accords internationaux spécifiques entre deux ou plusieurs Etats dont celui responsable des actes prétendument illicites à l'égard des sociétés concernées (…) ou sur des accords passés directement entre une société et l'Etat prétendument responsable du préjudice causé à celle-ci »[957].

Il en ressort que selon la Cour, les pratiques conventionnelles et jurisprudentielles évoquées par la Guinée ne remettent pas en cause la règle générale de droit international dégagée par l'arrêt *Barcelona Traction*, elles constituent des régimes *spécifiques*, *particuliers* qui ne sont pas de nature à démontrer un changement au niveau de la règle coutumière. Ces pratiques relèvent donc de la possibilité pour certains instruments, de déroger, en tant que *lex specialis,* à la règle coutumière, et de prévoir un droit d'action spécifique, signifiant que les

[955] Voir par exemple, Mémoire soumis par le Gouvernement de la Guinée, Livre I, CIJ, Mémoires, plaidoiries et documents, Affaire *Ahmadou Sadio Diallo (République de Guinée c. République démocratique du Congo)*, § 3.62, et § 4.28.
[956] *Ahmadou Sadio Diallo (République de Guinée c. République démocratique du Congo),* exceptions préliminaires, *op. cit.*, p. 614, § 86.
[957] *Ibid.*, p. 615, § 90.

intérêts des actionnaires constituent des intérêts juridiquement protégeables de ces personnes au titre de ces instruments[958].

Pour ce qui est de la protection par substitution de portée plus limitée avancée par la Guinée en référence à l'article 11, paragraphe b) précité du projet d'articles sur la protection diplomatique adopté en 2006 par la CDI, la Cour a estimé, sans nécessite de prendre parti sur le caractère coutumier ou non de cette disposition, que les conditions d'application de cet article n'étaient pas réalisées en l'espèce dans la mesure où le droit congolais n'exigeait pas l'activité par voie de société constituée obligatoirement au Congo[959].

La Cour rejette ainsi la thèse de la protection par substitution défendue par la Guinée, et, admettant l'exception soulevée par la RDC, décide que c'est la règle normale de la nationalité des réclamations qui régit la question de l'action en protection des sociétés de droit congolais Africom-Zaïre et Africontainers-Zaïre pour l'atteinte à leurs droits[960], entraînant l'irrecevabilité de la réclamation dont la nationalité est guinéenne. Dans la continuité de l'arrêt *Barcelona Traction*, l'arrêt *Ahmadou Sadio Diallo* dénie la qualité de personne internationalement protégeable à l'actionnaire guinéen pour les préjudices subis par des sociétés congolaises. Ce faisant, l'arrêt *Ahmadou Sadio Diallo* vient confirmer l'actualité du raisonnement et de la solution *Barcelona Traction*, y compris sa dérogation conventionnelle possible que la Cour elle-même avait eu à envisager par application d'une *lex specialis* permettant une solution contraire, et susceptible d'ouvrir le droit d'action pour la protection d'actionnaires étrangers d'une société lésée.

2. La dérogation à la règle coutumière d'action par application du droit conventionnel

Dans l'arrêt *Barcelona* Traction, la CIJ a fait état de la possibilité pour des instruments conventionnels ou contractuels, en tant que *Lex specialis*, de déroger à la règle traditionnelle consacrant l'absence de protection des actionnaires lorsque les droits de la société ont été lésés[961]. La Cour précise que ces règles « ont un caractère relatif »[962], n'ayant pas été « accepté[es] de manière générale »[963].

[958] *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited,* arrêt, *op. cit*., p. 48, § 90.
[959] *Ahmadou Sadio Diallo (République de Guinée c. République démocratique du Congo),* exceptions préliminaires, *op. cit.*, p. 616, § 93.
[960] *Ibid.*, p. 616, § 94.
[961] *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited,* arrêt, *op. cit.*, p. 48, § 90.
[962] *Ibid.*, p. 42, § 70.
[963] *Ibidem.*

Dans son arrêt *Ahmadou Sadio Diallo*, la Cour a attribué ce caractère relatif aux traités bilatéraux et multilatéraux relatifs à la protection des investissements étrangers et aux contrats entre Etats et investisseurs étrangers évoqués par la Guinée, pour autant que de tels instruments prévoient une protection de l'actionnaire pour les préjudices subis par la société[964].

Cette possibilité de dérogation à la règle coutumière a été mise en œuvre par la Cour elle-même par application du droit conventionnel, en tant que *lex specialis.*

Dans l'affaire *ELSI*, jugée en 1989, les Etats-Unis ont saisi la CIJ d'une action en responsabilité contre l'Italie pour les préjudices qu'auraient subis des sociétés américaines, actionnaires de la société italienne ELSI, du fait d'actions et d'omissions du Gouvernement italien affectant l'ELSI. C'est sur le fondement de l'article XXVI du traité d'amitié, de commerce et de navigation du 2 juin 1948 entre les Etats-Unis d'Amérique et la République italienne que la CIJ a été saisie.

Au regard de cette disposition qui donnait compétence à la Cour pour connaître des différends relatifs à l'interprétation ou à l'application du traité, l'Italie n'a pas contesté la compétence de la Cour pour connaître de l'action des Etats-Unis, qui était l'Etat de nationalité des sociétés actionnaires de la société italienne prétendument affectée par les actes et omissions de l'Italie.

Néanmoins, la problématique de la protection des actionnaires étrangers d'une société en cas de préjudice subi par la société a été soulevée.

L'Italie a en effet souligné que si certaines dispositions, exceptionnelles, du traité d'amitié, s'appliquaient aux sociétés américaines en leur qualité d'actionnaires, les dispositions du traité sont destinées généralement aux sociétés américaines exerçant directement leurs activités en Italie et non pas aux sociétés américaines intervenant en Italie par le biais de sociétés italiennes. Pour l'Italie, les Etats-Unis opèrent une confusion entre la société italienne et les sociétés américaines actionnaires quand ils prétendent obtenir réparation pour des dommages causés aux biens de ces dernières en se fondant sur des prétendues atteintes aux biens de la société italienne[965].

---

[964] *Ahmadou Sadio Diallo (République de Guinée c. République démocratique du Congo),* exceptions préliminaires, *op. cit*, p. 615, § 90.

[965] Contre mémoire de l'Italie, CIJ, Mémoires, plaidoiries et documents, Affaire de l'Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI), Volume II, Contre mémoire ; Réplique ; Duplique, pp. 30-46.

D’une façon générale, l’Italie n’était pas convaincue de l’applicabilité de certaines dispositions invoquées par les Etats-Unis au cas d’espèce où, d’une part, il était question d’appliquer ces dispositions à des sociétés américaines qui avaient la qualité d’actionnaires, et d’autre part, les actions et omissions citées à l’appui des prétentions étaient dirigées non pas contre les sociétés américaines mais contre une société italienne dont les sociétés américaines étaient actionnaires.

Cette dichotomie opérée par l’Italie n’a, de toute évidence, pas convaincu la Cour qui n’a pas considéré les prétentions des Etats-Unis mal fondées du fait que les actions et omissions citées à l’appui de ces prétentions visaient en réalité l’ELSI, société italienne, plutôt que ses actionnaires, sociétés américaines.

Les Etats-Unis prétendaient, par exemple, que l’Italie avait violé les paragraphes 1 et 3 de l'article V du traité de 1948 qui garantissaient la sécurité pleine et entière aux ressortissants des parties pour leurs personnes et leurs biens, en ce que les actes et omissions de l'Italie constituaient un manquement à l'obligation d'assurer pleinement la protection et la sécurité de l’usine de Palerme. L’Italie a contesté l’applicabilité des paragraphes 1 et 3 de l’article V à l’usine de Palerme. Selon elle, ces dispositions garantissaient la protection et la sécurité des *biens de sociétés américaines en Italie,* alors que ces dispositions sont invoquées par les Etats-Unis pour des préjudices causés directement à l'usine de Palerme, qui est le *bien d’une société italienne en Italie*, l’ELSI. Les Etats-Unis ont rétorqué que l'ELSI elle-même constituait « les biens de Raytheon et Machlett en Italie » et que l'Italie était tenue de protéger l'entité formée par l'ELSI tout entière contre les effets préjudiciables de la réquisition[966].

Si la chambre de la Cour a émis un doute quant à cette lecture faite par les Etats-Unis des paragraphes 1 et 3 de l'article V du traité de 1948, c’est sur cette lecture qu’elle se fonde lorsqu’elle examine la prétention de violation de ces paragraphes. En effet, la Chambre de la Cour décide que « bien qu'il soit douteux que, lorsqu'il s'agit d'actionnaires, le mot « biens » figurant au paragraphe 1 de l'article V s'étende, au-delà des actions elles-mêmes, à la société ou à ses avoirs, la Chambre examinera la question en se fondant sur l'argumentation des Etats-Unis selon laquelle les «biens» à protéger au sens de cette disposition du traité de 1948 n'étaient pas l'usine et l'équipement, lesquels étaient l'objet de la réquisition mais l'entité formée par 1'ELSI elle-même »[967].

[966] *Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI), op. cit*., p. 64, § 106.
[967] *Ibidem.*

Dans le même ordre d'idées, l'Italie contestait l'applicabilité à l'espèce de l'article VII du traité de 1948 qui garantissait aux ressortissants, sociétés et associations des parties, dans les territoires de l'autre partie, le droit d'acquisition, de détention et de cession de biens immobiliers ou d'intérêts dans ces biens, selon des modalités déterminées. En effet, les Etats-Unis prétendaient que l'Italie avait violé l'article VII, en ce que ses actes et omissions ont dénié à Raytheon et Machlett le droit de céder leurs intérêts dans des biens immobiliers à des conditions non moins favorables que celles dont aurait joui une société italienne sur une base de réciprocité. Selon l'Italie, cet article ne s'appliquait pas à Raytheon et Machlett, leurs droits réels ne portant que sur des actions de l'ELSI et le bien immobilier en cause en l'espèce étant l'usine de Palerme, qui appartient à l'ELSI, société italienne. Pour les Etats-Unis, les termes de l'expression *biens immobiliers ou intérêts dans ces biens* « sont assez généraux pour comprendre la possibilité d'être indirectement titulaire de droits de propriété par l'intermédiaire d'une filiale qui n'était pas une société américaine. »[968]. A propos de cette divergence de vues, la Chambre de la Cour a estimé que la thèse des Etats-Unis est « plus en accord avec le but général du traité de 1948 »[969].

La chambre de la Cour a ainsi accueilli favorablement la logique de l'action en réclamation des Etats-Unis qui entendaient obtenir réparation pour le compte de sociétés américaines actionnaires d'une société italienne pour des préjudices subis par la société italienne.

Une telle décision de la Cour a été saluée par le juge SCHWEBEL dans son opinion dissidente[970]et critiquée par le juge ODA dans son opinion individuelle[971].

La position de la Cour a également suscité des remarques et critiques au sein de la doctrine. Pour Brigitte STERN, « cette affaire revêt une importance considérable puisqu'elle ne constitue pas moins qu'une non-application de la règle générale adoptée par la Cour dans

[968] *Ibid.*, p. 79, § 132.
[969] *Ibidem.*
[970] *Elettronica Sicula S.p.A (ELSI), Opinion dissidente du juge Schwebel*, C.I.J. Recueil 1989, pp. 94-95 : « Dans une large mesure, l'arrêt interprète le traité d'amitié, de commerce et de navigation entre les Etats-Unis et l'Italie d'une façon qui le soutient au lieu de le restreindre en tant qu'instrument pour la protection des droits des ressortissants, sociétés et associations des Etats-Unis en Italie et des droits des ressortissants, sociétés et associations de l'Italie aux Etats-Unis. Des arguments ont été présentés avec insistance qui, s'ils avaient été retenus, auraient privé le traité d'une bonne partie de sa valeur. En particulier, on a soutenu que le traité était, pour l'essentiel, sans rapport avec les réclamations des Etats-Unis en l'espèce, parce que les mesures prises par l'Italie (notamment la réquisition de l'usine de l'ELSI et de son équipement) affectaient directement non pas des ressortissants ou des sociétés des Etats-Unis, mais une société italienne, l'ELSI, dont les actions se trouvaient appartenir à des sociétés américaines dont les droits en tant qu'actionnaires étaient, dans une large mesure, hors du champ de la protection assurée par le traité. La Chambre n'a pas retenu cet argument. »
[971] *Elettronica Sicula S.p.A (ELSI), Opinion individuelle du juge Oda*, C.I.J. Recueil 1989, pp. 83 ss.

l'affaire de la Barcelona Traction sur la nécessaire distinction entre les actionnaires et la société…Rien ne s'oppose bien sûr à ce que l'existence de textes conventionnels déplacent l'affaire sur un autre terrain que celui sur lequel avait été résolue l'affaire Barcelona Traction. Encore eût-il alors été souhaitable que soit clairement indiqué en quoi les règles conventionnelles dérogeaient au droit international général…Quel article permet de dire par exemple qu'une atteinte à la société doit être considérée comme une atteinte directe aux droits des sociétés ? Il n'y en a pas…la Chambre semble avoir interprété de façon particulièrement extensive la protection accordée par de tels traités [d'amitié, d'établissement et de commerce] aux investissements, ce qui n'était pas leur but prioritaire…Aucun des cas particuliers n'a été explicitement invoqué comme fondement juridique des solutions auxquelles est parvenue la Chambre »[972].

Patrick JUILLARD, quant à lui, fait remarquer qu' « on ne saurait…assimiler le Traité de 1948 à une Convention d'investissement, parce qu'il couvre les opérateurs plus que les opérations…les difficultés qu'ont éprouvées les Parties comme les Juges à prendre appui sur les stipulations conventionnelles pour y trouver les moyens d'une efficace protection de l'investissement international [conduisent] à se demander si les Traités d'amitié, de commerce et de navigation sont susceptibles de s'ajuster aux nécessités de la protection de l'investissement international…on peut s'interroger sur l'identité des bénéficiaires des stipulations conventionnelles : sont-ce les investisseurs – en l'espèce Raytheon et Machlett – ou sont-ce leurs investissements – en l'espèce l'Elettronica Sicula ? »[973].

En décidant que les actionnaires américains de la société italienne ELSI étaient bénéficiaires de dispositions conventionnelles qui n'étaient pas explicitement destinées à couvrir des actionnaires et ce, sur la base d'actes dirigés contre la société italienne, la Cour a clairement consacré la protection des actionnaires en cas de préjudice porté aux droits de la société. L'interprétation du traité par laquelle elle a abouti à ce résultat rend floue la frontière qu'elle établit entre la société et ses actionnaires et de ce fait ne coïncide pas avec le raisonnement de la Cour dans l'affaire de la *Barcelona Traction*. Toutefois, même si la Cour n'a pas « clairement indiqué en quoi les règles conventionnelles dérogeaient au droit

[972] STERN (B.), « La protection diplomatique des investissements internationaux. De la Barcelona Traction à Sicula ou les glissements progressifs de l'analyse », *JDI (Clunet)* 1990, n° 2, pp. 897 ss, précisément, pp. 922, 929, 930 et 931.
[973] JUILLARD (P.), « L'arrêt de la Cour Internationale de Justice (chambre) du 20 juillet 1989 dans l'affaire de l'Elettronica Sicula (Etats-Unis c. Italie). Procès sur un traité ou procès d'un traité ? », *AFDI*, 1989, pp. 289-291.

international général »[974], il ne faut pas perdre de vue qu'elle n'a pas conclu à une protection des actionnaires américains pour le préjudice porté aux droits de la société italienne *ex nihilo*. Cette solution est le résultat de l'interprétation qu'elle a entendu donner d'un traité ; que cette interprétation emporte ou non l'adhésion est une toute autre question.

C'est dire que c'est dans un cadre conventionnel qu'a été admise, au sein de la CIJ, la protection des actionnaires dans une espèce où il avait prétendument été porté préjudice aux droits de la société. L'arrêt *Ahmadou Sadio Diallo* de la CIJ explicite ainsi clairement la portée de sa jurisprudence ELSI en précisant que « Depuis son *dictum* dans l'affaire de la *Barcelona Traction* (*ibid.,* p. 48, par. 93) …, la Cour n'a pas eu l'occasion de se prononcer sur la question de savoir s'il existe bien, en droit international, une exception à la règle générale « selon laquelle le droit de protection diplomatique d'une société revient à son Etat national » (ibid., p. 48, par. 93), exception qui autoriserait une protection des actionnaires par leur propre Etat national « par substitution », et quelle en serait la portée. Certes, dans l'affaire de *l'Elettronica Sicula…,* la Chambre de la Cour a admis un recours des Etats-Unis en faveur de deux sociétés américaines détenant cent pour cent des actions d'une société italienne, relativement à des actes attribués aux autorités italiennes et dont il était prétendu qu'ils avaient porté atteinte aux droits de ladite société. Cependant, la Chambre s'est fondée à cet effet non sur le droit international coutumier, mais sur un traité d'amitié, de commerce et de navigation entre les deux pays, qui octroyait directement à leurs ressortissants, sociétés et associations certains droits relatifs à la participation de ceux-ci dans des sociétés et associations de la nationalité de l'autre Etat. »[975].

En définitive, au regard de la jurisprudence de la Cour en dehors d'une base conventionnelle contraire, l'actionnaire d'une société sous contrôle étranger ne peut pas bénéficier d'un droit d'action à la protection pour les préjudices causés à la société, solution qu'une sentence CIRDI au moins a considéré comme étant dépassée.

[974] STERN (B.), « La protection diplomatique des investissements internationaux. De la Barcelona Traction à Sicula ou les glissements progressifs de l'analyse », *op. cit.*, p. 929.
[975] *Ahmadou Sadio Diallo (République de Guinée c. République démocratique du Congo),* exceptions préliminaires, *op. cit.*, p. 614, § 87.

B. Une jurisprudence jugée non pertinente et dépassée dans la jurisprudence des tribunaux CIRDI

Avant d'examiner le caractère dépassé de la règle de la CIJ selon au moins une sentence CIRDI (2), il est à préciser que pour les tribunaux CIRDI, leur compétence pour connaître de réclamations en vue de la protection des actionnaires pour les préjudices subis par la société se fonde largement sur une base conventionnelle. Ce qui rend non pertinent à leurs yeux la règle coutumière au regard de leur compétence (1).

1. La non pertinence

Les accords relatifs aux investissements internationaux dont les tribunaux CIRDI connaissent, définissent généralement l'investissement qu'ils couvrent, l'investissement susceptible de bénéficier de la protection qu'ils prévoient. Très souvent, ces instruments donnent une définition large de l'investissement[976]. C'est cette conception étendue de la notion d'investissement dans ces accords qui a constitué la base de la reconnaissance par les tribunaux CIRDI du droit d'action devant lui par des actionnaires des sociétés dont les droits sont affectés.

Le raisonnement est schématiquement le suivant : les accords relatifs aux investissements internationaux prévoient une protection pour des investissements bien définis ; la procédure d'arbitrage est une garantie de l'effectivité de cette protection ; il est donc naturel de reconnaître à ceux à qui les investissements protégés appartiennent la faculté de déclencher la procédure en garantissant le respect[977]. Un tel raisonnement est perceptible dans les décisions sur la compétence rendues dans les affaires *AES c. Argentine*[978], *Vivendi*

---

[976] Voir par exemple Article 1 du TBI Argentine / Etats-Unis :
For the purposes of this Treaty,
a) "investment" means every kind of investment in the territory of one Party owned or controlled directly or indirectly by nationals or companies of the other Party, such as equity, debt, and service and investment contracts; and includes without limitation:
(i) tangible and intangible property, including rights, such as mortgages, liens and pledges;
(ii) a company or shares of stock or other interests in a company or interests in the assets thereof;
(iii) a claim to money or a claim to performance having economic value and directly related to an investment;
(iv) intellectual property which includes, inter alia, rights relating to: literary and artistic works, including sound recordings, inventions in all fields of human endeavor, industrial designs, semiconductor mask works, trade secrets, know-how, and confidential business information, and trademarks, service marks, and trade names; and
(v) any right conferred by law or contract, and any licenses and permits pursuant to law

[977] ALEXANDROV (S. A.), « The "Baby Boom" of Treaty based Arbitrations and the Jurisdiction of ICSID Tribunals: Shareholders as "Investors" and Jurisdiction RationeTemporis», *op. cit.*, pp. 27-34.

[978] On lit dans la décision sur la compétence dans l'affaire *AES* que « les termes dans lesquels le TBI Etats-Unis / Argentine définit un "investissement" fournissent une base solide pour reconnaitre l'intérêt juridique d'AES en

II[979] et *Gas Natural*[980] ainsi que dans la décision du Comité *ad hoc* se prononçant sur la demande d'annulation de la sentence *CMS*[981].

Les parts des actionnaires dans les sociétés directement affectées par les actes ou omissions de l'Etat hôte ont donc pu être considérées comme entrant dans la définition

---

tant que demandeur pour le préjudice prétendument subi par suite de son investissement en Argentine » (*AES Corporation c. Argentine*, préc, décision sur la compétence, § 86.)

[979] Ce tribunal estime qu'il est évident que la participation au capital d'une société de droit local par un actionnaire d'une société sous contrôle étranger, « en vertu du TBI … constitue un "investissement". »[979]. Les arbitres ajoutent que « les investisseurs qui procèdent à de tels investissements en participations » entrant dans la définition de l'investissement selon le TBI, peuvent « présenter une réclamation pour les prétendues violations par l'Argentine de la protection offerte par le traité en ce qui concerne ces investissements ». *Vivendi c. Argentine II*, préc., décision sur la compétence du 14 novembre 2005, § 93. Le tribunal fournit en appendix une liste de dix-huit (18) décisions qui abondent dans le même sens :

« 1. Asian Agricultural Products Ltd. (AAPL) v. Republic of Sri Lanka, ICSID Case No.ARB/87/3, June 21, 1990.

2. American Manufacturing & Trading, Inc. (AMT) v. Republic of Zaire, ICSID Case No. ARB/93/1, Award, February 21, 1997.

3. *Lanco International Inc. v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/97/6, Preliminary Decision: Jurisdiction of the Arbitral Tribunal, December 8, 1998.

4. Antoine Goetz et consorts c. République du Burundi, ICSID Case No. ARB/95/3, Award, February 10, 1999.

5. *Emilio Agustín Maffezini v.The Kingdom of Spain*, ICSID Case No. ARB/97/7, Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction, January 25, 2000.

6. Alex Genin et al. v.The Republic of Estonia, ICSID Case No. ARB/99/2, Award, June 25, 2001.

7. *CME Czech Republic B.V. v. The Czech Republic*, UNCITRAL Proceeding, Partial Award, September 13, 2001.

8. *CMS Gas Transmission Co. v. The Republic of Argentina*, ICSID Case No. ARB/01/8, Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction, July 17, 2003.

9. *Azurix Corp. v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/01/12, Decision on Jurisdiction, December 8, 2003.

10. *Enron Corp. & Ponderosa Assets, L.P. v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/01/3, Decision on Jurisdiction, January 14, 2004.

11. *Siemens A.G. v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/*02/8*, Decision on Jurisdiction, August 3, 2004.

12. GAMI Investments, Inc. v. the Government of the United Mexican States, NAFTA UNCITRAL Proceeding, Final Award, November 15, 2004.

13. *AES Corp. v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/02/17, Decision on Jurisdiction, April 26, 2005.

14. *Sempra Energy International v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/02/16, Decision on Objections to Jurisdiction, May 11, 2005.

15. *Camuzzi International S.A. (CGS/CGP) v. The Argentine Repbublic*, ICSID Case No. ARB/03/2, Decision on Objections to Jurisdiction, May 11, 2005.

16. CMS Gas Transmission Co. v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/01/8, Award, May 12, 2005.

17. *Camuzzi International S.A. (TRANSPA) c. República Argentina*, ICSID Case No. ARB/03/7, Decisióndel Tribunal de Arbitraje sobre Excepciones a la Jurisdicción, June 10, 2005.

18. *Gas Natural SDG, S.A. v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/03/10, Decision of the Tribunal on Preliminary Questions on Jurisdiction, June 17, 2005. » (*Vivendi c. Argentine II*, préc., décision sur la compétence, p. 31).

[980] Les arbitres, après analyse de la définition de l'investissement dans le TBI applicable en l'espèce concluent que les actions d'une société constituent un investissement au sens du TBI et que « le schéma de la Convention CIRDI et des traités bilatéraux d'investissements est que dans ces circonstances, l'investisseur étranger acquiert des droits en vertu de la Convention et du traité notamment la qualité pour introduire une demande d'arbitrage international » *Gas natural c. Argentine*, préc., décision sur les questions préliminaires de compétence, § 34.

[981] Selon le Comité *ad hoc*, CMS « a réalisé un investissement en capitaux dans TGN couvert par le TBI. Son action est fondée sur le TBI et en rapport avec cet investissement protégé. Par conséquent, ses requêtes pour violation de ses droits en vertu du TBI relevaient de la compétence du tribunal ». *CMS c. Argentine,* préc., décision sur la demande d'annulation du 25 septembre 2007, § 75.

conventionnelle de l'investissement dans les instruments servant de base à l'action devant les tribunaux CIRDI – donc comme un investissement protégé – de sorte qu'il a été reconnu aux actionnaires détenteurs desdites parts le droit de recours au CIRDI en vue de la protection, que leur participation soit minoritaire[982] ou indirecte[983].

Ce droit à la protection des actionnaires a cependant été, plus d'une fois, contesté par les Etats hôtes au nom du droit international coutumier tel que posé par l'arrêt *Barcelona Traction*. L'attitude des tribunaux CIRDI faisant face à une telle objection a été globalement de la rejeter en considérant que l'affaire *Barcelona Traction*, qui concernait le droit de protection diplomatique en vertu du droit international coutumier, n'était pas pertinente[984] pour les espèces portées à leurs connaissances qui sont relatives à la protection des droits et intérêts des investisseurs étrangers en vertu des traités relatifs à la protection des investissements par le biais d'une procédure d'arbitrage international[985]. Ainsi, en vue de juger de leur compétence, ces tribunaux procèdent à une distinction entre la problématique dans l'affaire *Barcelona Traction* et celle des arbitrages CIRDI.

D'une façon générale donc, tel qu'il ressort par exemple de la sentence *Waste Management c. Mexique (II)*[986], les tribunaux CIRDI ne s'arrêtent pas sur les argumentations des parties fondées sur l'arrêt *Barcelona Traction* en considérant que cette dernière ne contient pas la solution à la problématique de la protection des actionnaires devant les

---

[982] Les arbitres dans les affaires *Enron*, *CMS* et *Vivendi II* ont reconnu la qualité pour agir d'actionnaires minoritaires au regard des traités applicables dans ces espèces. En effet, il a été décidé que « les requêtes introduites par les investisseurs qui n'ont pas la majorité [des parts] ou le contrôle de la société affectée…sont recevables» (*Enron c. Argentine*, préc., décision sur la compétence du 14 janvier 2004, § 49) , que « les investissements effectués par les actionnaires minoritaires sont couverts par le libellé de la définition [de l'investissement] » (*CMS c. Argentine*, préc., décision sur la demande d'annulation, § 73), mais aussi qu'« il ne fait vraiment pas de doute que la Convention CIRDI et le TBI France-Argentine accordent aux actionnaires, qu'ils soient majoritaires ou minoritaires, le statut d'investisseurs » (*Vivendi c. Argentine II*, préc., décision sur la compétence, § 90; Voir également *Vivendi c. Argentine I*, préc., décision sur la demande d'annulation, § 50.).

[983] Dans les affaires *Siemens*, *Azurix* et *LG&E* dans lesquelles l'Argentine déniait la qualité pour agir aux propriétaires ultimes des sociétés, arguant que seuls les investisseurs directs pouvaient avoir qualité pour agir, les tribunaux ont admis que « Siemens a le *jus standi* … en tant qu'investisseur dans SITS par le biais de SNI » (*Siemens c. Argentine*, préc., décision sur la compétence, §§ 137 et 144.) , « Azurix est l'investisseur qui a effectué l'investissement au travers de filiales indirectement détenues et contrôlées » (*Azurix c. Argentine*, préc., décision sur la compétence du 8 décembre 2003, § 74) et enfin que « les demandeurs doivent être considérés comme des investisseurs étrangers même s'ils n'ont pas directement réalisé l'investissement en Argentine mais ont agi par le biais de sociétés constituées à cette fin sur ce territoire » (*LG&E c. Argentine*, préc., décision sur la compétence du 30 avril 2004, § 63). Voir également *Enron c. Argentine*, préc., décision sur la compétence, §§ 50-57.

[984] Voir en ce sens PELLET (A.), « La jurisprudence de la Cour internationale de justice dans les sentences CIRDI », *op. cit.*, pp. 20-22.

[985] Voir *Azurix c. Argentine*, préc., décision sur la compétence, § 72 ; *Suez Interagua c. Argentine*, préc., décision sur la compétence, § 50 ; *Siemens c. Argentine*, préc., décision sur la compétence, § 141 ; *Sempra Energy International c. Argentine*, préc., décision sur la compétence du 11 mai 2005, §§ 150-151 ; *Enron c. Argentine*, préc., décision sur la compétence, § 38 ; *LG&E c. Argentine*, préc., décision sur la compétence, § 52.

[986] Précitée, §§ 84-85, et *ADC c. Hongrie*, préc., sentence, § 357.

tribunaux CIRDI, et qu'en présence de dispositions conventionnelles, il n'est nullement besoin de se référer à une prétendue règle coutumière.

2. L'obsolescence

Pour certaines sentences CIRDI, même si la solution de l'arrêt *Barcelona Traction* devait être considérée comme pertinente pour la protection des actionnaires en cas d'atteinte aux droits de la société, les dispositions conventionnelles prévoyant la protection de l'actionnaire peuvent être appréhendées comme des règles y dérogeant[987].

La décision sur la compétence rendue dans le cadre de l'affaire *CMS* voit dans les règles conventionnelles bien plus qu'une simple *lex specialis*. Elle considère d'une part que rien n'interdit d'autoriser les actionnaires à présenter des réclamations indépendamment de la société concernée, cette situation étant principalement le résultat de *lex specialis* et d'arrangements conventionnels spécifiques. D'autre part, les arbitres soutiennent que «le fait est que la *lex specialis* dans ce contexte est si courante qu'elle peut désormais être considérée comme la règle générale, certainement en ce qui concerne les investissements étrangers et de plus en plus pour d'autres problématiques. Dans la mesure où le droit international coutumier ou généralement le droit traditionnel des réclamations internationales pourrait avoir suivi une approche différente – une position qui est discutable – cette approche peut être considérée comme l'exception »[988].

Comme dans l'arrêt *Barcelona Traction,* la décision *CMS* commence par présenter la protectiondes actionnaires en cas d'atteinte aux droits de la société comme une règle spéciale. Cependant, le tribunal *CMS* ne s'arrête pas là, il estime que la règle spéciale est si couramment employée qu'elle doit être considérée aujourd'hui comme la règle générale. Pour ce tribunal, la règle générale posée par l'arrêt *Barcelona Traction,* selon laquelle les actionnaires n'ont pas droit à la protection lorsqu'il est porté atteinte aux droits de la société, est dépassée. Cette règle serait remplacée par un droit à la protection des actionnaires devenue règle générale au regard du caractère fréquent de la pratique conventionnelle et jurisprudentielle du droit d'action reconnu aux actionnaires.

Cette analyse du tribunal *CMS* est partagée par les arbitres qui se sont prononcés sur l'affaire *AES c. Argentine*. Dans la décision sur la compétence, ces arbitres estiment que

[987] *Enron c. Argentine*, préc., décision sur la demande d'annulation, § 114 ; *CMS c. Argentine*, préc., décision sur la demande d'annulation du 30 juillet 2010, § 69.
[988] *CMS c. Argentine*, préc., décision sur la compétence, § 48.

« l'évolution actuelle du droit international général sur cette question [de la protection des actionnaires et celle de leur *jus standi* devant un tribunal CIRDI] … a été analysée de façon convaincante par le tribunal dans l'affaire *CMS* »[989].

La Cour a eu l'occasion de prendre le contrepied de cette jurisprudence des tribunaux CIRDI sur l'évolution du droit international coutumier depuis l'arrêt *Barcelona Traction*. En effet, par l'arrêt *Ahmadou Sadio Diallo*, intervenu après la décision *CMS*, la Cour a confirmé l'actualité de la solution de la *Barcelona Traction* et par conséquent du caractère exceptionnel en droit international du droit à la protection des actionnaires en cas d'atteinte aux droits de la société[990].

Cette discordance entre les jurisprudences de la Cour et des tribunaux CIRDI quant à l'action en protection de l'actionnaire d'une société lésée n'ayant pas la nationalité de celle-ci, rapprochée de la concordance des deux jurisprudences quant aux critères de protection des personnes physiques ayant une double nationalité, a permis de constater que la jurisprudence des tribunaux CIRDI ne confirme que de façon relative celle de la Cour sur la question de la détermination de la qualité d'investisseur internationalement protégeable lorsque différentes nationalités sont en présence.

Si la nationalité, en tant qu'élément d'appréciation de la qualité pour agir d'investisseurs par voie de réclamation internationale, n'a pas été l'objet d'un accord parfait entre la Cour et les tribunaux CIRDI, il en est de même pour la conduite de l'investisseur et sa répercussion sur le droit d'action en vue de protection par voie de réclamation internationale, autre élément d'appréciation de la qualité d'investisseur internationalement protégeable.

Section II : Réfutation de la non pertinence de la conduite pour la détermination de la qualité d'investisseur internationalement protégeable retenue par la Cour

De nombreuses parties aux affaires soumises à l'arbitrage CIRDI ont avancé au stade des exceptions préliminaires des allégations de conduite incorrecte, de comportement blâmable ou illicite du demandeur. Une telle problématique n'apparaît pas en soi comme un élément de compétence *ratione personae* dans la Convention de Washington. Cependant, bon

[989]*AES Corporation c. Argentine*, préc., décision sur la compétence, § 86. Le tribunal cite en note de bas de page, en appui à son idée, les paragraphes 43-48, 49-56, 57-65 de la décision sur la compétence rendue dans le cadre de l'affaire *CMS*.
[990]*Ahmadou Sadio Diallo (République de Guinée c. République démocratique du Congo)*, exceptions préliminaires, *op. cit.*, p. 615, § 90.

nombre de tribunaux CIRDI ont en commun d'appréhender ces allégations comme un aspect préliminaire avant l'examen de l'affaire au fond et de construire leurs analyses autour de l'idée de (mauvaise) conduite du demandeur.

L'absence de conduite correcte de l'Etat demandeur ou du national pour lequel l'Etat demandeur prend fait et cause dans le cadre de la protection diplomatique a été soulevée également dans certaines affaires soumises à la Cour de la Haye à travers la théorie dite des « mains propres ».

L'analyse a permis de voir qu'une grande majorité de tribunaux CIRDI dénient la qualité de personne internationalement protégeable à l'investisseur qui a une conduite incorrecte (Paragraphe II) alors même qu'il ressort de la jurisprudence de la Cour qu'elle n'a jamais utilisé la conduite comme fondement pour dénier la qualité de personne internationalement protégeable à la personne pour le compte de laquelle la protection diplomatique est actionnée (Paragraphe I).

Paragraphe I : La conduite incorrecte, élément non pertinent au regard de la jurisprudence de la Cour

Selon Gerald FIZTMAURICE, « « Qui demande réparation doit avoir les mains propres ». Ainsi, un État qui se rend coupable d'un comportement illicite peut être privé du nécessaire *locus standi in judicio* l'autorisant à se plaindre d'actes illicites correspondants d'autres États, en particulier si ces actes résultent des siens ou visent à répliquer aux siens, en d'autres termes s'ils ont été provoqués par lui-même. »[991].

Pour Luis GARCIA-ARIAS, « un Etat ne peut pas présenter une réclamation en faveur d'une personne physique ou juridique — qu'il a le droit de protéger diplomatiquement face à un autre Etat — si cette personne n'a pas observé une conduite correcte envers cet autre Etat »[992].

La théorie des mains propres dans le cadre de la protection diplomatique a été également défendue par Alain PELLET, l'un des partisans de l'inclusion d'une disposition reprenant cette théorie dans le projet d'articles de la CDI sur la protection diplomatique,

[991] FITZMAURICE (G.), « The General Principles of International Law Considered from the Standpoint of the Rule of Law », *RCADI*, Tome 92, 1957, p. 119. Cité par DUGARD (J.) (Rapporteur spécial), « Sixième rapport sur la protection diplomatique », document A/CN.4/546, 11 août 2004, § 2.
[992] GARCIA-ARIAS (L.), « la doctrine des « clean hands » en droit international public », *Annuaire des anciens Auditeurs de l'Académie de droit international*, 1960, vol. 30, p. 17. Cité par SALMON (J.), « Des mains propres comme conditions de recevabilité des réclamations internationales », *AFDI*, vol. 10, 1964, p. 226.

proposition qui n'a pas propéré. Il a déclaré à cet effet que : « cette conception très vague des « mains propres » n'est pas très différente du principe général de la bonne foi dans les relations d'État à État et ne présente, de par ses conséquences, aucune autonomie par rapport aux règles générales de la responsabilité internationale, sur lesquelles elle n'a guère d'effet utile. En revanche, dans le contexte de la protection diplomatique, où il s'agit de relations entre États et particuliers, cette notion revêt une portée nouvelle : elle devient fonctionnelle, car l'absence de « mains propres » paralyse l'exercice de la protection diplomatique. Si la personne privée protégée a violé soit le droit interne de l'État responsable – et il convient de noter que le droit interne ne joue absolument aucun rôle dans les affaires où il s'agit de relations d'État à État –, soit le droit international, dans le contexte général de la réclamation, l'État ayant vocation à exercer sa protection ne pourra plus le faire »[993].

La théorie des mains propres est donc une théorie avancée aussi bien dans le cadre d'actions en protection diplomatique que dans le cadre d'actions puisant leurs sources dans des désaccords purement interétatiques. Dans ce dernier cadre, il peut être observé que la Cour n'a jamais admis un argument basé sur le comportement d'un Etat comme fondement de l'irrecevabilité de sa requête[994]. Néanmoins, elle a pu juger, dans les circonstances propres à l'affaire *Avena*, que l'absence de conduite irréprochable d'un Etat vis-à-vis de l'exécution d'un traité ne pouvait fonder l'irrecevabilité de la demande de cet Etat tendant à établir la violation du même traité[995]. Son attitude dans d'autres affaires montre qu'elle ne conteste pas le bien-fondé de l'évaluation des mains propres de l'Etat dans l'examen au fond des questions portées à sa connaissance[996]. Cette attitude est d'ailleurs conforme à la place réservée à la théorie des mains propres dans les travaux sur la responsabilité internationale des Etats[997].

---

[993] Commission du droit international, « Comptes rendus analytiques des séances de la cinquante-sixième session – 2793 e séance – Protection diplomatique », *Annuaire de la Commission du droit international,* 2004, vol. I, p.12, § 5.

[994] Voir par exemple *LaGrand (Allemagne c. Etats-Unis d'Amérique),* arrêt du 27 juin 2001, C.I.J. Recueil 2001, p. 489, § 63 ; *Projet Gabčikovo-Nagymaros (Hongrie/Slovaquie),* arrêt, *op. cit,* p. 76, § 133 ; *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé,* avis consultatif, CIJ, Recueil 2004, p. 164, § 64.

[995] *Avena et autres ressortissants mexicains* (Mexique c. Etats-Unis d'Amérique), arrêt, C.I.J. Recueil 2004, p. 38, § 47.

[996] Voir par exemple *Projet Gabčikovo-Nagymaros (Hongrie/Slovaquie),* arrêt, *op. cit,* p. 76, § 133 ; *Plates-formes pétrolières (République islamique d'Iran c. Etats- Unis d'Amérique),* arrêt, C. I. J. Recueil 2003, pp. 178, § 30.

[997] Dans son *Rapport sur les travaux de sa cinquante et unième session* et sur la base du *Deuxième rapport sur la responsabilité des Etats* du Rapporteur spécial James Crawford («Deuxième rapport sur la responsabilité des Etats par James CRAWFORD, Rapporteur spécial», Document A/CN.4/498 et Add.1–4, 1999, §§ 332-336), la CDI a conclu que la théorie des mains propres « devrait plutôt être abordée dans le cadre de l'examen de la deuxième partie du projet d'articles, vu son importance pour la mesure de la réparation et l'existence même de l'obligation de réparer. Le Rapporteur spécial a constaté que, parmi les membres qui s'étaient exprimés à ce sujet, aucun ne souhaitait voir mentionner la théorie au chapitre V de la première partie. Il fallait s'en féliciter,

Cette absence de prise en compte du comportement d'un Etat donné pour apprécier la recevabilité de son action contre un autre Etat se retrouve également dans le cadre de la détermination de la qualité de personne internationalement protégeable dans le cadre d'une action en protection diplomatique. La question s'est en effet posée de savoir si la conduite incorrecte de la personne pour laquelle un Etat entend prendre fait et cause constitue un obstacle à l'action en protection (diplomatique) de cette personne.

Dans l'affaire de la *Barcelona Traction,* en sa qualité de conseil du Gouvernement espagnol, Paul REUTER explique par deux raisons principales la nécessité de revenir dans la procédure orale sur le thème de la *Structure du groupe de la Barcelona Traction et ses rapports avec les autorités espagnoles*[998] qui a fait l'objet de nombreux développements dans les écritures. Parmi ces raisons, Paul REUTER soutient que « quand on a mesuré le nombre, l'étendue et la gravité des atteintes portées à l'ordre légal espagnol par le comportement du groupe de la Barcelona Traction et de ses dirigeants, on est en droit de se demander si ce groupe peut encore être l'objet d'une protection diplomatique quelconque et notamment de la part du Gouvernement belge. Sans doute le Gouvernement espagnol n'a-t-il pas donné à cette considération la forme technique d'une exception préliminaire qui serait venue s'ajouter à celles, déjà trop nombreuses, qu'il a soulevées. Mais la question est posée devant la Cour »[999]. Paul REUTER va plus loin encore pour indiquer que « comme la Cour le sait, le Gouvernement espagnol estime qu'au regard des conditions relatives à la nationalité, la requête présentée par le Gouvernement belge n'est pas recevable. Mais le droit international met aussi à l'exercice de la protection diplomatique des conditions qui tiennent à la conduite de ceux qui doivent en bénéficier, et, à cet égard, le Gouvernement espagnol estime que le groupe de la Barcelona Traction et de ses dirigeants n'est plus recevable à bénéficier d'une protection diplomatique quelconque et spécialement de celle de l'Etat belge. »[1000].

Dans sa plaidoirie, Henri ROLIN, Conseil du Gouvernement belge, s'est en partie attelé à rejeter l'argumentation de Paul REUTER. Il a affirmé n'avoir connaissance d'« aucun

---

car quelle que fût la manière de le présenter, l'argument des mains propres ne pouvait pas être allégué comme excuse de l'illicéité. À son sens, cette théorie pourrait être analysée ultérieurement à propos de la perte du droit d'invoquer la responsabilité de l'État ». Commission du droit international, « Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa cinquante et unième session – Responsabilité des Etats » (Examen du Deuxième rapport sur la responsabilité des Etats par James CRAWFORD, Rapporteur spécial), Document A/54/10, *Annuaire de la Commission du droit international*, 1999, vol. II, IIe partie, §§ 414-415.

[998] Thème de sa plaidoirie.

[999] Plaidoirie de Paul REUTER à l'audience publique du 11 mars 1964 (matin), C.I.J., *Mémoires, plaidoiries et documents, Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Nouvelle Requête : 1962)*, volume II, Procédure orale (exceptions préliminaires), p. 5.

[1000] *Ibidem.*

exemple où une réclamation présentée par un gouvernement dans l'exercice de son droit de protection, ait été écartée en raison de l'indignité des ressortissants protégés. C'est aux gouvernements, en effet, dans l'exercice de leurs droits souverains, d'apprécier tout à fait librement quels sont le mérite et la valeur des demandes de protection qui leur sont adressées et on concevrait difficilement qu'un tribunal arbitral ou une cour saisie d'un différend puisse exercer un contrôle de la décision prise par un gouvernement dans ce domaine. Tout au plus peut-on relever dans la jurisprudence internationale certaines décisions qui … ont tenu compte des fautes commises par certaines victimes pour mesurer l'atténuation de responsabilité qui doit en résulter, voire l'incidence que cela peut exercer sur le montant de la réparation »[1001].

Malgré les longs développements que Paul REUTER a consacré à la théorie des mains propres dans sa plaidoirie, malgré le fait qu'il ait estimé que la question était posée devant la Cour, malgré la contestation qu'a soulevée Henri ROLIN à propos de cette question, malgré les divergences de vues des deux conseils sur le sujet, la Cour ne s'est pas arrêtée sur la question des mains propres dans son arrêt.

Ceci s'explique certainement par le fait que la théorie exposée par Paul REUTER n'a pas été présentée formellement comme une exception préliminaire, comme il le reconnaît lui-même, « la possibilité de soulever une exception préliminaire relative aux *clean hands* peut être discutée »[1002], même s'il estime par ailleurs qu'une telle entreprise « n'est pas si vaine »[1003].

Ceci s'explique également certainement par le fait que Paul REUTER lui-même semble abandonner l'objectif qu'il entendait assigner à son exposé sur les mains propres[1004], l'idée étant selon lui d'en faire « un fond commun dans lequel chacun des conseils ferait - au besoin et au gré des nécessités de l'argumentation - emprunt des éléments nécessaires »[1005]. Pour lui en effet, « une possibilité était…ouverte d'utiliser, à propos de l'une ou de l'autre exception, et à charge d'en établir le bien-fondé, des éléments utiles qui pourraient être trouvés dans la

[1001] Plaidoirie de M. ROLIN à l'audience publique du 6 avril 1964 (matin), C.I.J., *Mémoires, plaidoiries et documents, Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Nouvelle Requête : 1962), op. cit.*,p. 337.
[1002] Réplique de M. Reuter à l'audience publique du 27 avril 1964 (matin), C.I.J., *Mémoires, plaidoiries et documents, Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Nouvelle Requête : 1962)*, volume III, Procédure orale (exceptions préliminaires) (suite et fin), p. 680.
[1003] *Ibidem.*
[1004] Exposé qui selon Henri ROLIN était une « simple tentative de diversion » (Plaidoirie de M. Rolin à l'audience publique du 3 avril 1964 (après-midi), C.I.J., *Mémoires, plaidoiries et documents, Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Nouvelle Requête : 1962), op. cit.*, p. 333.
[1005] Réplique de M. Reuter à l'audience publique du 27 avril 1964 (matin), *op. cit.*, p. 680.

matière que l'on rattache au principe des *clean hands* »[1006]. Cependant, ajoute-t-il « le Gouvernement espagnol, étant donné les positions déjà assez complexes prises par le gouvernement belge, *ne le fera pas*[1007], et se contentera de garder à ses thèses leur ligne la plus simple et la plus directe »[1008].

La question des mains propres comme condition de recevabilité des actions en protection diplomatique a également été soulevée dans l'affaire *Ahmadou Sadio Diallo*. Dans la requête introductive d'instance déposée au nom de la Guinée, on peut lire parmi « les conditions légales pour être protégé diplomatiquement »[1009] que « l'individu protégé doit avoir les « mains propres »»[1010]. Selon la Guinée, cette condition d'exercice de la protection diplomatique était remplie[1011]. Dans les exceptions préliminaires qu'elle a soulevées à l'encontre de la demande guinéenne, la RDC a, pour sa part, soutenu que les mains propres n'étaient pas une condition de recevabilité de l'action en protection diplomatique mais qu'il était possible de tirer des conséquences de la conduite incorrecte de la personne à protéger. Ainsi, la RDC a utilisé la théorie des mains propres pour étayer son argumentation visant à rejeter la protection de M. Diallo « par substitution » aux sociétés *Africom-Zaïre* et *Africontainers-Zaïre* pour les atteintes aux droits des dites sociétés que la Guinée prétendait pouvoir exercer pour des raisons d'équité. Pour la RDC, « la conduite incorrecte de M. Diallo constitue ainsi une raison de plus pour écarter comme inéquitable la tentative de 1'Etat demandeur de protéger une personne dont, non seulement, les droits propres n'ont pas été violés mais, en outre, le comportement s'est révélé profondément abusif et incorrect »[1012].

Dans son arrêt sur les exceptions préliminaires, la CIJ ne s'est pas prononcée sur la question des mains propres comme condition de recevabilité de l'action en protection diplomatique. La Cour a admis l'exception préliminaire de la RDC relative à la protection

[1006] *Ibid.*, p. 681.
[1007] C'est nous qui soulignons.
[1008] Réplique de M. Reuter à l'audience publique du 27 avril 1964 (matin), *op. cit.*, p. 681.
[1009] *Ahmadou Sadio Diallo (République de Guinée c. République démocratique du Congo)*, Requête introductive d'instance enregistrée au Greffe de la Cour le 28 décembre 1998, p. 32.
[1010] *Ibidem.*
[1011] Cette référence à la théorie des mains propres dans cette affaire ne surprend pas quand on sait que la Guinée comptait Alain PELLET parmi ses conseils, Alain PELLET étant l'un des partisans de l'inclusion d'une disposition reprenant la théorie des mains propres dans le projet d'articles de la CDI sur la protection diplomatique.
[1012] *Ahmadou Sadio Diallo (République de Guinée c. République démocratique du Congo)*, Exceptions préliminaires présentées par la République démocratique du Congo, volume I, p. 100, § 2.101.

« par substitution » sous le couvert de la règle générale de protection des actionnaires sans s'arrêter sur la problématique de la conduite incorrecte[1013].

C'est dire que lorsque la théorie des mains propres s'est invitée dans les débats entre les parties aux différends portés devant la CIJ dans le cadre de la protection diplomatique, la Cour n'a pas jugé nécessaire de se prononcer sur les questions qu'elle a pu soulever.

Ce qu'il faut noter cependant, c'est que l'absence de mains propres de la personne pour le compte de laquelle l'action en protection diplomatique était engagée, n'a jamais clairement été présentée comme une exception d'irrecevabilité en soi[1014]. La Cour n'a elle non plus jamais soutenu que les mains propres constituaient une condition de recevabilité d'une action en protection diplomatique.

L'attitude de la Cour peut se lire à la lumière de deux instruments de codification qui ne font aucune place à la théorie des mains propres en termes de recevabilité des réclamations internationales. Tant dans le projet d'articles de la CDI sur la responsabilité internationale des Etats que dans celui sur la protection diplomatique, seuls la nationalité de la réclamation et l'épuisement des voies de recours interne apparaissent respectivement comme conditions régissant l'invocation de la responsabilité internationale de l'Etat[1015] et comme critères d'exercice de la protection diplomatique[1016]. Dans le cadre des travaux sur la protection diplomatique, il avait été proposé, comme déjà signalé, d'inclure la théorie des mains propres dans le projet de la CDI. Dans son rapport visant à examiner cette proposition, John DUGARD a conclu en ces termes : « le présent rapport montre que les arguments en faveur de l'existence d'une jurisprudence « mains propres » ne sont pas concluants. Des arguments s'appuyant sur cette théorie sont régulièrement avancés dans des affaires soumises à la CIJ mettant en jeu des relations d'État à État directes, mais leur bien-fondé reste à établir. Il est fort douteux que la théorie soit applicable à toutes les demandes de protection diplomatique. Il n'existe pas d'argument faisant vraiment autorité en faveur de l'applicabilité de la doctrine des mains propres dans le contexte de la protection diplomatique. Ceux qui existent sont imprécis et anciens, datant essentiellement du milieu du XIXe siècle, comme le prouvent les

[1013] *Ahmadou Sadio Diallo (République de Guinée c. République démocratique du Congo),* exceptions préliminaires, *op. cit* , §§ 76-94.
[1014] L'on remarquera que même dans les affaires *Avena* et *Lagrand*, l'argument des Etats-Unis qui s'apparentait à la théorie des mains propres avait pour objet les Etats et non pas les personnes pour le compte desquelles la protection diplomatique avait été actionnée.
[1015] Article 44 du Projet d'articles de la CDI sur la responsabilité des Etats.
[1016] Articles 3 et 14 du Projet d'articles de la CDI sur la protection diplomatique.

considérations de Salmon[1017] citées plus haut. Bien que certains auteurs défendent l'existence de la doctrine dans le contexte de la protection diplomatique, nul argument ne vient conforter leur démarche. Qui plus est, des voix fortes s'élèvent – celles de Salmon et de Rousseau – contre. Dans ces circonstances, le Rapporteur spécial ne voit aucune raison d'inclure dans le projet d'articles une disposition sur la théorie des mains propres. Une telle disposition ne constituerait assurément pas un exercice de codification du droit, et elle ne se justifie pas en tant qu'exercice de développement progressif du droit, vu les incertitudes liées à l'existence même de la théorie et à son applicabilité dans le contexte de la protection diplomatique »[1018].

Au regard de tous ces éléments, il est difficile d'affirmer que la jurisprudence de la Cour ou plus largement le droit international que la Cour se doit d'appliquer contient une règle claire[1019] selon laquelle les mains propres constituent un critère de détermination de la qualité de personne internationalement protégeable[1020]. Or, de ce point de vue, la jurisprudence de la CIJ ne coïncide pas avec la grande majorité des sentences CIRDI.

[1017] Note ajoutée par nous. L'étude de Jean SALMON dont s'est inspiré John DUGARD dans son rapport contient les conclusions suivantes :
« 1. — Si par théorie des mains propres on entend qu'un gouvernement a le droit de refuser sa protection diplomatique à un citoyen indigne, cette théorie est inutile. Cet aspect n'est, en effet, qu'un cas d'application du caractère discrétionnaire de la protection diplomatique.
2. — Si cette théorie tend à prouver que l'indignité ou la conduite blâmable du requérant peut conduire le tribunal international à repousser sa demande au fond ou à ne lui accorder qu'une indemnité réduite, elle est encore inutile car ce n'est, à nouveau, qu'un cas d'application des principes généraux relatifs à la condition d'illicite ou au calcul des dommages et intérêts.
3. — Dans la mesure enfin où cette théorie a pour but de conclure à l'irrecevabilité des demandes émanant de requérants dont la conduite a été blâmable, elle repose sur de fausses prémisses. En effet, la pratique arbitrale que l'on invoque à l'appui de cette conclusion est inexistante s'agissant de violations du droit interne, ancienne et très limitée s'agissant de violations du droit international.
Cette dernière jurisprudence, par les limites dans lesquelles elle s'est volontairement cantonnée, est, nous l'avons vu, inutile, car une décision au fond aurait le même résultat, et contestable, car le débat relatif aux mains propres n'a rien d'un débat d'irrecevabilité. Elle est, enfin, dangereuse dans son principe car elle est contraire à une bonne administration de la justice si le requérant a un accès direct à la juridiction pour y faire valoir un droit propre qu'il tient du droit international et elle serait inadmissible si elle faisait obstacle au droit d'un Gouvernement de prendre fait et cause pour ses ressortissants sur base d'une violation du droit international. ». SALMON (J.), « Des mains propres comme conditions de recevabilité des réclamations internationales », *op. cit.*, pp. 265-266.

[1018] DUGARD (J.) (Rapporteur spécial), « Sixième rapport sur la protection diplomatique », document A/CN.4/546, 11 août 2004, § 18.

[1019] James CRAWFORD a pu parler de « *new and vague maxims such as the "clean hands" doctrine* ». CRAWFORD (J.), « Deuxième rapport sur la responsabilité des Etats », document A/CN.4/498 and Add.1–4, 1999, § 333.

[1020] Quand bien même la jurisprudence de la CIJ permet de conclure à l'existence d'un ordre public international. Voir par exemple MOULIER (I.), « L'ordre public international », *in* DUBREUIL (C-A) (dir.), *L'ordre public*, Actes du colloque organisé les 15 & 16 décembre 2011 par le Centre Michel de l'Hospital de l'Université d'Auvergne, Paris : CUJAS, 2013, pp. 85-102.

Paragraphe II : La conduite incorrecte, condition de la qualité d'investisseur internationalement protégeable devant les tribunaux CIRDI

Dans le contentieux CIRDI, la question de savoir si la conduite de l'investisseur peut faire obstacle à ce qu'il soit considéré comme une personne internationalement protégeable s'est posée tantôt comme question de fond et tantôt, et le plus souvent, dès l'étape d'appréciation de la compétence du tribunal. Certaines sentences CIRDI ont en effet considéré que les allégations de conduite blâmable du réclamant constituent des questions à apprécier lors de l'examen de l'affaire au fond[1021]. Cependant, l'écrasante majorité des tribunaux CIRDI estiment clairement qu'ils ne peuvent passer à l'étape de l'examen de l'affaire au fond dès lors qu'il est établi que l'investisseur réclamant a eu une conduite incorrecte. La conduite incorrecte de l'investisseur dans le contentieux CIRDI tourne globalement autour d'allégations de corruption et d'illégalité dans la constitution ou l'exécution de l'investissement mais aussi d'allégations de fraude (fraude relative à la constitution de l'investissement, et fraude relative à l'accès à arbitrage CIRDI)[1022].

Fraude, corruption et illégalité ont largement fondé les décisions de tribunaux CIRDI de ne pas faire jouir certains investisseurs de la compétence de ces tribunaux pour la protection prévue par l'accord applicable à l'arbitrage et à l'investissement[1023]. Ces tribunaux ont justifié leurs positions principalement par les clauses dites de légalité d'une part (I), et par les principes de droit international et l'ordre public international, d'autre part[1024] (II), tout en

---

[1021] *Malicorp c. Egypte*, CIRDI, affaire n° ARB/08/18, sentence du 7 février 2011, §§ 115-120 ; *Vannessa Ventures c. Venezuela*, préc., sentence, §§ 109-113 ; §§ 164-169. Cette solution n'a pas été adoptée à l'unanimité par le tribunal ; *Niko Resources c. Bangladesh*, CIRDI, affaire n° ARB/10/11, Décision sur la compétence du 19 août 2013, notamment §§ 434-485. Le tribunal insiste sur les faits propres à l'espèce pour aboutir à cette solution ; *David Minnotte et Robert Lewis c. Pologne*, CIRDI, affaire n° ARB(AF)/10/1, sentence du 16 mai 2014, §§ 128-140. Le tribunal est d'avis qu'il est plus pertinent d'apprécier les allégations de conduite blâmable de l'espèce lors de l'examen au fond, les allégations de fraude telle qu'avancées en l'espèce ne peuvent être un fondement d'incompétence ou d'irrecevabilité.

[1022] Procédure abusive (*Phoenix c. République Tchèque*, préc., sentence. *Cementownia c. Turquie*, CIRDI, affaire n°ARB (AF)/06/2, sentence du 17 septembre 2009 ; *Europe Cement Investment & Trade S.A. c. Turquie*,CIRDI, affaire n° ARB(AF)/07/2, sentence du 13 août 2009 ; *Quiborax et autres c. Bolivie*, CIRDI, affaire n° ARB/06/2, décision sur la compétence du 27 septembre 2012 ; *Tokios Tokelés c. Ukraine*, CIRDI, affaire n° ARB/02/18, décision sur la compétence du 29 avril 2004) ; Fraude pour l'obtention du consentement (*Abaclat et autres c. Argentine*, préc., décision sur la compétence et la recevabilité) ; Fraude pour l'obtention d'un document prouvant la nationalité (*Waguih E. G. Siag et Clorinda Vecchi c. Egypte*, préc., sentence).

[1023] Pour un aperçu des conséquences juridiques de la corruption sur la compétence des tribunaux arbitraux d'investissements, voir KREINDLER (R.), « Corruption in International Investment Arbitration : Jurisdiction and the Unclean Hands Doctrine » *in* HOBER (K.) et al. (eds), *Between East and West: Essays in Honour of Ulf Franke*, New York: Juris Publishing, 2010, pp. 309-327; KREINDLER (R.), «Legal Consequences of Corruption in International Investment Arbitration: An Old Challenge with New Answers» *in* LEVY (L.) et DERAINS (Y.) (eds.), *Liber Amicorum en l'honneur de Serge* Lazareff, Paris: Pedone, 2011, p. 383.

[1024] Voir en ce sens LAMM (C.), GREENWALD, B., YOUNG (K.), « From World Duty Free to Metal-Tech: A Review of International Investment Treaty Arbitration Cases Involving Allegations of Corruption », *ICSID Review - FILJ*, n° 29-2, 2014, pp. 342-349.

retenant un seuil de pertinence pour conclure à la conduite incorrecte comme obstacle à la qualité d'investisseur internationalement protégeable dans une espèce donnée (III).

I. Sur la base de la présence d'une clause dite de légalité[1025] dans l'accord applicable à l'arbitrage et à l'investissement

Certains accords relatifs aux investissements internationaux contiennent soit dans leur définition de l'investissement[1026], soit dans les dispositions relatives à leur champ d'application[1027] soit encore dans celles prévoyant une obligation de protection[1028], l'expression « conformément aux lois » ou « en conformité avec les lois » de l'autre partie, « *in accordance with the laws* » en langue anglaise.

La violation de cette clause de légalité de l'investissement, réputée non réalisée en cas de fraude ou de corruption établie de l'investisseur, a été considérée par de nombreux tribunaux CIRDI comme obstacle à la disponibilité de la compétence du tribunal en vue de connaître du litige et de la protection offerte par l'accord contenant la clause.

C'est ainsi que les arbitres dans la sentence *Anderson et autres*[1029] et la majorité du tribunal *Fraport*[1030] ayant établi que l'exigence de légalité de l'investissement n'était pas remplie, ont décidé que le tribunal n'avait pas compétence *ratione materiae*.

Dans la sentence *Inceysa*, c'est plutôt la compétence *ratione voluntatis* du tribunal qui était considérée comme faisant défaut lorsqu'il a été démontré que l'investissement n'avait pas été effectué conformément aux lois de l'Etat hôte[1031]. Il en est de même pour la sentence

---

[1025] Voir PAREDES (F-X), « La conformité de l'investissement au droit national, condition de sa protection internationale », *ICSID Review*, Vol. 29, n° 2 (2014), pp. 484-492.

[1026] Article I (e) du TBI Venezuela-Canada « *"Investment" means any kind of asset owned or controlled by an investor of one Contracting Party either directly or indirectly, including through an investor of a third State, in the territory of the other Contracting Party in accordance with the latter's laws*. »

[1027] Article II.2 du TBI Pays-Bas-Turquie: « *The present Agreement shall apply to investments owned or controlled by investors of one Contracting Party in the territory of the other Contracting Party which are established in accordance with the laws and regulations in force in the latter Contracting Party's territory at the time the investment was made* »

[1028] Article III du TBI El Salvador-Espagne: « *Each Contracting Party shall protect in its territory the investments made, in accordance with its legislation*».

[1029] *Anderson et autres c. Costa Rica*, CIRDI, affaire n° ARB(AF)/07/3, sentence 19 mai 2010, §§ 59 et 61.

[1030] *Fraport c. Philippines*, CIRDI, affaire n° ARB/03/25, sentence du 16 août 2007, §§ 401 et 404. Selonl'arbitre dissident: «*If the legality of the Claimant's conduct is a jurisdictional issue, and the legality of the Respondent's conduct a merits issue, then the Respondent Host State is placed in a powerful position. As a matter of principle, therefore, the legality of the investor's conduct is a merits issue. The inquiry at the jurisdictional phase required by the phrase «in accordance with the laws and regulations of the Host State» is limited to determining whether the type of asset is legal in domestic law. For the reasons already explained, I consider that the proper interpretation of Article 1(1) of the Philippines-Germany BIT in accordance with the principles of the Vienna Convention produces exactly this result.* »

[1031] *Inceysa c. El Salvador*, CIRDI, affaire n° ARB/03/26, sentence du 2 août 2006, § 257.

Metal-Tech dans laquelle le tribunal a déterminé que l'investissement étant compromis par des actes de corruption, qu'ainsi, la condition de légalité n'était pas remplie et que, par conséquent, l'investissement n'était pas couvert par le consentement de l'Etat hôte[1032]. Pour les arbitres, les droits de l'investisseur vis-à-vis de l'Etat hôte, y compris le droit d'accès à l'arbitrage, ne peuvent être protégés parce que l'investissement est vicié par des activités illégales notamment la corruption : le droit est clair, dans ce genre de situation l'investisseur est privé de protection et par conséquent l'Etat hôte évite toute responsabilité potentielle[1033].

Les arbitres dans les sentences *Lesi Spa Astaldi Spa* et *Lesi Dipenta* soutiennent, pour leur part, que l'exigence de la conformité aux lois et règlements est relative non pas à la « reconnaissance formelle de la notion d'investissement » selon le droit de l'Etat hôte mais à l'exclusion de la protection pour tous les investissements qui auraient été effectués en violation des principes fondamentaux en vigueur[1034]. On retrouve cette même idée dans les sentences *Tokios Tokeles, Salini c. Maroc, SGS c. Paraguay* et *Niko Resources* d'où il ressort que cette exigence touche à la problématique de l'investissement susceptible d'être protégé[1035], à la validité de l'investissement plutôt qu'à sa définition[1036].

Les sentences *Fraport*[1037], *Gustav Hamester*[1038], *Quiborax*[1039] et *Metal-Tech*[1040] ont été l'occasion de préciser que la clause de légalité étant une disposition conventionnelle, elle ne pouvait être appliquée qu'au regard de ses propres termes. Ainsi, ces tribunaux ont pu considérer que le critère de légalité dans les TBI qu'ils avaient à appliquer était relatif à la constitution de l'investissement. De ce fait, les allégations de non-respect de la clause de

---

[1032] *Metal-Tech c. Ouzbekistan*, préc., sentence, § 373. Le tribunal ajoute que «*While reaching the conclusion that the claims are barred as a result of corruption, the Tribunal is sensitive to the ongoing debate that findings on corruption often come down heavily on claimants, while possibly exonerating defendants that may have themselves been involved in the corrupt acts. It is true that the outcome in cases of corruption often appears unsatisfactory because, at first sight at least, it seems to give an unfair advantage to the defendant party. The idea, however, is not to punish one party at the cost of the other, but rather to ensure the promotion of the rule of law, which entails that a court or tribunal cannot grant assistance to a party that has engaged in a corrupt act*.» (§389).

[1033] *Metal-Tech c. Ouzbekistan*, préc., sentence, § 422. Cependant, ajoute le tribunal, la participation de l'Etat étant implicite dans la nature même de la corruption, les frais relatifs à la procédure d'arbitrage doivent être partagés entre les parties (§422).

[1034] *L.E.S.I. SpA et Astaldi SpA c. Algérie*, préc., décision sur la compétence du 12 juillet 2006, § 83 iii. *L.E.S.I.-Dipenta c. Algérie*, CIRDI, affaire n° ARB/03/8, décision sur la compétence du 10 janvier 2005, § 22 iii.

[1035] *Tokios Tokelés c. Ukraine*, préc., décision sur la compétence, § 84.

[1036] *Salini c. Maroc*, préc., décision sur la compétence, § 46 ; *SGS c. Paraguay*, CIRDI, affaire n°ARB/07/29, décision sur la compétence du 12 février 2010, §§ 120 et 123 ; *Niko Resources c. Bangladesh*, préc., décision sur la compétence, § 439.

[1037] *Fraport c. Philippines*, préc., sentence, § 345.

[1038] *Gustav Hamester& Co KG c. Ghana*, CIRDI, affaire n° ARB/07/24, sentence du 18 juillet 2010, §§ 127 et 129.

[1039] *Quiborax et autres c. Bolivie*, préc., décision sur la compétence, §266.

[1040] *Metal-Tech c. Ouzbekistan*, préc., sentence §§ 185 et 193.

légalité ne pouvaient servir de fondement à l'incompétence du tribunal que si la conduite incorrecte de l'investisseur se rapportait à la formation de l'investissement, les allégations de conduite blâmable relatives à l'exécution de l'investissement étant, dans ces conditions, des questions relatives au fond.

II. Au nom des principes de droit international et l'ordre public international

Certains tribunaux CIRDI ont estimé qu'un investisseur ne peut prétendre à la protection internationale si sa requête est fondée sur des éléments contraires aux principes de droit international et à l'ordre public international.

Dans la sentence rendue dans le cadre de l'affaire *Wena*, des allégations de corruption ont été avancées, bien qu'elles n'aient pas été prouvées, les arbitres ont favorablement accueilli l'idée selon laquelle la corruption est contraire aux bonnes mœurs internationales, et constitue un motif pour ne pas accorder à un investisseur la protection offerte par le recours à l'arbitrage international[1041].

Cette idée est mise en œuvre dans la sentence *World Duty Free* dans laquelle les arbitres se sont dit convaincus que « la corruption est contraire à l'ordre public international de la plupart, sinon de tous les Etats ou pour utiliser une autre formule, à l'ordre public transnational »[1042]. Par conséquent, selon le Tribunal, les investisseurs dont les requêtes sont fondées sur des contrats de corruption ou sur des contrats obtenus par la corruption, ne peuvent voir leurs demandes soumises à la compétence du Tribunal

Certaines sentences ont, quant à elles, mis l'accent sur les principes de droit international comme fondement pour refuser leur compétence à la plainte des investisseurs lorsque les allégations de fraude, de corruption ou d'illégalité en rapport avec les investissements étaient avérées.

Les arbitres dans la sentence *Inceysa* ont recouru aux principes de droit international sur la base d'une disposition du TBI qui prévoyait que le tribunal arbitral applique les principes de droit international. Le tribunal a considéré que les principes suivants étaient applicables en

[1041] *Wena c. Egypte*, préc., sentence, § 111.
[1042] *World Duty Free c. Kenya*, CIRDI, affaire n° ARB/00/7, sentence du 4 octobre 2006, § 157. On retrouve la même idée dans la sentence *Niko Resources:* « *The Tribunal therefore accepts without further development that the prohibition of bribery forms part of international public policy*». *Niko Resources c. Bangladesh*, préc., décision sur la compétence, § 433.

l'espèce et avaient été violés : bonne foi, *nemo auditur propiam turpitudinem allegans*[1043], ordre public international, principe interdisant l'enrichissement illicite[1044]. La requête a de ce fait été rejetée sur la compétence.

Le tribunal constitué pour trancher l'affaire *Plama* a considéré à cet égard les principes de droit international applicables au regard de l'article 26 du TCE[1045]. Il a estimé que recevoir la requête du demandeur serait contraire au principe *nemo auditur propriam turpitudinem allegans*, à la notion d'ordre public international[1046] et que la conduite de l'investisseur était contraire au principe de bonne foi[1047].

Les sentences *Lesi Spa Astaldi Spa* et *Lesi Dipenta* précisent, pour leur part, que la mention « conformité aux lois et règlements » prévue dans le traité est relative à l'exclusion de la protection pour tous les investissements qui auraient été effectués en violation des principes fondamentaux en vigueur[1048].

Pour les sentences *Phoenix* de 2009 et *Saur* de 2012, la Convention de Washington, interprétée à la lumière de son objet et de son but, suffit à elle seule pour un tribunal CIRDI à n'accepter sa compétence que pour les investissements licites et effectués de bonne foi par l'investisseur. Selon les arbitres, la conformité de la réalisation de l'investissement aux lois nationales est une condition implicite de l'accès à l'arbitrage CIRDI selon la Convention qui doit être appliquée même si aucune disposition du TBI applicable ne le prévoit ; les Etats ne peuvent être présumés consentir à soumettre à l'arbitrage un investissement effectué en violation de leurs lois. Ainsi, la protection offerte par le recours à l'arbitrage ne peut être accordée si elle va à l'encontre des principes du droit international, l'investissement n'est

---

[1043] Le Tribunal indique que « *in connection with this principle, there are various maxims that clearly apply to the present case:*
a) "Ex dolomalo non orituractio" (an action does not arise from fraud).
b) "Malitiisnosestindulgendum" (there must be no indulgence for malicious conduct).
c) "Dolossuusneminemrelevat" (no one is exonerated from his own fraud).
d) "In universumautumhaec in ea re regulasequendaest, utdolosomnimodo puniatur" (in general, the rule must be that fraud shall be always punished).
e) "Unusquiquedolisuipoenamsufferat" (each person must bear the penalty for his fraud).
f) "Neminidolossuusprodessedebet" (nobody must profit from his own fraud).
All of the legal maxims indicated above are based on justice and have been created on the basis of decisions in concrete cases. » *Inceysa c. El Salvador*, préc., sentence, §§ 240-241.
[1044] *Inceysa c. El Salvador*, préc., sentence, §§ 239-256.
[1045] *Plama c. Bulgarie*, préc., sentence, §§ 138 et 140.
[1046] *Ibid*., § 143.
[1047] *Ibid*., § 144.
[1048] *L.E.S.I. SpA et Astaldi SpA c. Algérie*, préc., décision sur la compétence, § 83 iii. *L.E.S.I.-Dipenta c. Algérie*, préc., décision sur la compétence, § 22 iii.

protégé que s'il est effectué de bonne foi et ne constitue pas une tentative d'abuser du système du CIRDI[1049].

La même idée ressort de la sentence *Gustav Hamester* selon laquelle « un investissement ne sera pas protégé s'il a été créé en violation des principes nationaux ou internationaux de bonne foi ; au moyen de corruption, de fraude ou d'une conduite trompeuse ; ou si sa création elle-même constitue un abus du système de protection des investissements internationaux en vertu de la Convention du CIRDI. Il ne sera pas non plus protégé s'il est constitué en violation des lois de l'Etat hôte. Ce sont là des principes généraux qui existent indépendamment d'un langage spécifique à cet effet dans le traité »[1050].

Dans la décision sur la compétence de l'affaire *Ioan Micula, Viorel Micula et autres,* les arbitres ont considéré qu'il serait inapproprié de reconnaître que M. Micula remplit le critère de la nationalité de la réclamation en vue de la compétence du CIRDI s'il s'avère qu'il a acquis la nationalité par fraude ou erreur matérielle, c'est-à-dire d'une façon contraire au droit international[1051].

Dans les sentences *Cementownia* et *Europe Cement,* il a été déterminé que les requêtes étaient frauduleuses et introduites de mauvaise foi, constituaient par conséquent des procédures abusives qui devaient aboutir au rejet de la compétence du Tribunal[1052].

[1049] *Phoenix c. République Tchèque*, préc., sentence, §§ 101, 106 et 113 ; *Saur c. Argentine*, CIRDI, affaire n° ARB/04/4, décision sur la compétence et la responsabilité du 6 juin 2012, § 308.

[1050] *Gustav Hamester & Co KG c. Ghana*, préc., sentence, §§ 123-124.

[1051] *Ioan Micula, Viorel Micula et autres c. Roumanie*, préc., décision sur la compétence, § 91. L'arbitre dissident de la sentence *Waguih E. G. Siag et Clorinda Vecchi* abonde dans le meme sens: *« I am convinced that money changed hands improperly so as to obtain a certificate of a non-existent registration, a situation which was not uncommon at the time as a consequence of the civil war. While the goal pursued by the original certification was to avoid Egyptian military service, a goal which is bad enough, and this was done some years before the actual dispute was submitted to arbitration, the fact is that the same certification has now been used in support of a multi-million-dollar claim.*
Whether the principle of ex turpi causa non oritur actio, the doctrine of unclean hands or the policy of eliminating corruption domestically and internationally are relied upon, the result is that an arbitration tribunal cannot find for a claim that is tainted by such practices». *Waguih E. G. Siag et Clorinda Vecchi c. Egypte*, préc., sentence, opinion dissidente de Francisco Orrego Vicuňa, pp. 4-5.

[1052] *Cementownia c. Turquie*, préc., sentence, §§ 157 et 179; *Europe Cement Investment & Trade S.A. c. Turquie,* préc., sentence, §§ 174-175.

III. En application d'un certain seuil de pertinence

Dans les affaires présentées, si les tribunaux ont reconnu le bien-fondé de la conduite incorrecte comme exception préliminaire, certains ont rejeté, *in fine*, l'exception tirée de la conduite incorrecte dans les espèces qui leur étaient soumises et ce, pour des raisons variables :

- L'absence d'allégation spécifique de conduite blâmable[1053] et l'absence de preuves[1054] ;

- Le fait que l'investisseur n'ait pas accompli une simple formalité exigée pour la constitution de l'investissement, les erreurs formelles et les violations mineures, ne peuvent suffire à rejeter une requête. Exclure un investissement de la protection d'un TBI pour de telles erreurs/violations serait contraire à l'objet et au but du TBI[1055] ;

- Le principe de l'*estoppel* : par exemple, les arbitres dans les affaires *Desert Line*[1056], *Fraport*[1057], *Inmaris*[1058]et *Quiborax*[1059] ont décidé qu'au regard de ce principe, il n'est pas logique de valider l'exception d'incompétence soulevé par l'Etat hôte et tirée du non-respect de la condition de légalité alors même que ce dernier a approuvé l'investissement en connaissance de cause. Dans la décision sur la compétence de l'affaire *Niko Resources*, le tribunal ne voit pas en quoi le système CIRDI serait affecté si en l'espèce il déclarait recevable la requête du demandeur fondée sur des accords que les défendeurs n'ont pas annulé, et dont ils continuent de bénéficier malgré le fait qu'ils avaient connaissance de cas de corruption relatifs à ces accords[1060].

[1053] *Southern Pacific Properties (SPP) (Middle East) c. Egypte*, préc., sentence, §128.

[1054] Voir *Desert Line c. Yemen*, CIRDI, affaire n° ARB/05/17, sentence du 6 février 2008 (§105) ; *TSA Spectrum de Argentina c. Argentine, affaire n° ARB/05/5, sentence du 19 décembre 2008*, § 175 ; *Alpha Projektholding c. Ukraine*, préc., sentence, §191 et *African Holding & SAFRICAS c. République Démocratique du Congo*, CIRDI, affaire n° ARB/05/21, sentence sur les déclinatoires de compétence et de recevabilité, 29 juillet 2008, §§ 52-56. *Quiborax et autres c. Bolivie*, préc., décision sur la compétence : les arbitres reconnaissent le bien-fondé de l'utilisation de la fraude pour la détermination d'une procédure abusive et le rejet d'une demande mais en l'espèce la fraude n'est pas prouvée (§§ 192 et 297) ; *Tokios Tokelés c. Ukraine*, préc., décision sur la compétence, § 56 : il n'est pas prouvé que le demandeur ait constitué une société dans le seul but d'avoir accès à la procédure d'arbitrage CIRDI ; le demandeur n'a pas utilisé sa nationalité dans un but malhonnête : il n'y a pas de procédure abusive.

[1055] *Desert Line c. Yemen*, préc., sentence, § 119 ; *Quiborax et autres c. Bolivie*, préc., décision sur la compétence, § 266 ; *Tokios Tokelés c. Ukraine*, préc., décision sur la compétence, § 86.

[1056] *Desert Line c. Yemen*, préc., sentence, §120.

[1057] *Fraport c. Philippines*, préc., sentence, § 346.

[1058] *Inmaris Perestroika et autres c. Ukraine*, préc., décision sur la compétence du 8 mars 2010, §§ 140 et 145.

[1059] *Quiborax et autres c. Bolivie*, préc., décision sur la compétence, § 256.

[1060] *Niko Resources c. Bangladesh*, préc., décision sur la compétence, § 475.

Quoi qu'il en soit, la tendance dominante dans la jurisprudence des tribunaux CIRDI est donc de considérer que la mauvaise conduite de l'investisseur est un obstacle à l'accès à l'arbitrage CIRDI en vue de la protection dont l'investisseur peut bénéficier.

En d'autres termes, contrairement à la Cour, pour la plupart des tribunaux CIRDI, à l'appui d'un texte conventionnel, qu'il soit le TBI et/ou la Convention de Washington, ou sur le fondement des principes qualifiés de généraux, la mauvaise conduite de l'investisseur constitue un obstacle à son action en réclamation internationale en vue d'engager la responsabilité internationale de l'Etat. Sous cet angle, l'investisseur de mauvaise conduite ne saurait être reconnu comme personne internationalement protégeable selon les tribunaux CIRDI là où la Cour ne tient pas compte de la mauvaise conduite pour une telle qualification.

CONCLUSION DU CHAPITRE

La détermination de la qualité d'investisseur internationalement protégeable constitue une autre problématique témoignant du relatif emprunt de la jurisprudence des tribunaux CIRDI à la jurisprudence de la Cour quant aux règles d'adjudication.

En effet, les tribunaux CIRDI ont en partie rejeté l'investisseur internationalement protégeable vu par la Cour de la Haye. Un tel constat est tiré du fait que les tribunaux CIRDI ne prolongent pas totalement la jurisprudence de la Cour sur la nationalité et la conduite en tant qu'éléments d'appréciation de la qualité d'investisseur internationalement protégeable.

En ce qui concerne la nationalité de la réclamation, si les tribunaux CIRDI rejoignent la Cour sur les principes et critères de détermination de la nationalité tant pour les personnes physiques que morales, ces dernières constituent un point de discorde quand il s'agit de déterminer la qualité d'investisseur internationalement protégeable lorsqu'il y a plusieurs nationalités en présence. Plus précisément, les tribunaux CIRDI ne suivent pas la position de la Cour qui dénie, au nom du droit coutumier, la qualité d'investisseur internationalement protégeable à l'actionnaire d'une société sous contrôle étranger.

La divergence de vues peut être aussi constatée pour ce qui est de la conduite de l'investisseur. Alors que la Cour ne tient pas compte de la conduite dans la détermination de la qualité de personne internationalement protégeable, les tribunaux CIRDI la prennent en compte et dénient la qualité de personne internationalement protégeable à l'investisseur qui a une conduite incorrecte. A cet égard, les chances de recevabilité de l'action en protection diplomatique de l'investisseur devant la Cour sont bien plus grandes que celles de compétence du CIRDI suite à un recours de l'investisseur.

Ainsi, tant au regard de certains aspects *ratione voluntatis* et *ratione materiae* de la compétence que de la détermination de la qualité d'investisseur internationalement protégeable, les règles d'adjudication constituent une problématique permettant d'éclairer les conclusions de cette recherche quant aux règles secondaires, à savoir l'emprunt relatif par les tribunaux CIRDI à la jurisprudence de la Cour.

Il sera démontré que la confrontation des jurisprudences de la Cour et des tribunaux CIRDI relatives aux règles de reconnaissance contribue également à étayer cette conclusion.

TITRE II : AU REGARD DES REGLES DE RECONNAISSANCE

Comme il a été donné de voir dans l'introduction de la présente partie, les sources du droit constituent le concept central au cœur des règles de reconnaissance.

Patrick JUILLARD, dans son cours professé à l'Académie de droit international de La Haye et portant sur l'évolution des sources du droit des investissements internationaux a dressé le bilan suivant : « les problèmes du droit des investissements internationaux au cours des deux décennies 1970 et 1980 ont été avant tout des problèmes de protection, que l'on a essayé de résoudre en recourant successivement au droit interne et au droit international ; puis, lorsqu'il est devenu évident que le droit international ne se laisserait pas évincer, en tentant de faire prévaloir, selon l'optique, les sources non conventionnelles ou les sources conventionnelles. Ce n'est qu'avec la décennie 1990 que, l'impératif de sécurité laissant place à l'impératif de mobilité, la source conventionnelle l'emporte sur les sources non conventionnelles, mais en passant du bilatéralisme au multilatéralisme »[1061].

Si la grande partie des idées ainsi avancées correspond à une analyse sur la base de constats, l'affirmation du passage du bilatéralisme conventionnel au multilatéralisme – comme matérialisation de la prise de conscience de la communauté internationale quant à l'inadéquation du bilatéralisme face aux nouveaux enjeux du droit des investissements internationaux – relevait de la prospective. Trois années après ce cours, l'Accord multilatéral sur les investissements (AMI) échouait[1062] et à ce jour, aucune convention multilatérale n'a été signée.

D'un autre point de vue, ce bilan met en exergue la dualité des ordres juridiques qui interviennent en droit des investissements internationaux qui puise ses sources aussi bien en droit interne qu'en droit international[1063].

Par ailleurs, ce bilan ne tient pas compte de la réalité soulignée par Prosper WEIL en ces termes : « en interprétant les standards conventionnels et en identifiant certaines règles coutumières ou principes généraux la jurisprudence arbitrale est elle-même devenue une source de ce véritable *corpus juris* que constitue le droit international des

[1061] JUILLARD (P.), « L'évolution des sources du droit des investissements », *RCADI*, Tome 250, 1994, pp. 35-36.
[1062] Sur l'échec de l'AMI, Voir JUILLARD (P.), « A propos du décès de l'A.M.I. », *AFDI*, 1998, p. 595.
[1063] Sur les sources du droit des investissements internationaux, Voir DE NANTEUIL (A.), *Droit international de l'investissement*, *op. cit.*, pp. 55-155.

investissements »[1064]. Cette réalité s'intègre dans la théorie de H.L.A. HART quand il soutient l'existence d'une règle de reconnaissance à travers la règle d'adjudication par l'identification des règles primaires dans le cadre de l'exercice de la fonction juridictionnelle.

Ces différents constats offrent un cadre de présentation de la comparaison des jurisprudences des tribunaux CIRDI et de la Cour quant aux règles de reconnaissance.

La dualité des ordres juridiques intervenant en droit des investissements internationaux n'a pas manqué de soulever la problématique du droit à appliquer en cas de litiges. Les solutions que les tribunaux CIRDI ont apportées à ce problème dénotent une remise en cause partielle de celles retenues par la Cour (Chapitre I).

L'interprétation et l'identification des règles primaires dans le cadre de l'exercice de la fonction juridictionnelle ont également été le lieu d'une reconduction seulement partielle de la jurisprudence de la Cour par celle des tribunaux CIRDI, notamment à travers les rapports qu'elles ont établi entre la coutume et le traité (Chapitre II).

[1064] WEIL (P.), « L'Etat, l'investisseur étranger et le droit international : la relation désormais apaisée d'un ménage à trois », *in Ecrits de droit international, Théorie générale du droit international, droit des espaces, droit des investissements privés internationaux,* Paris : PUF, 2000, p. 421. (Version française de WEIL (P.), « *The state, The foreign investor and International law, The No Longer Stormy Relationship of a* Ménage à trois », *in Liber Amicorum Ibrahim F. I. Shihata: International finance and development law,* La Haye: Kluwer Law International, 2000, pp. 839-856).

CHAPITRE I : REMISE EN CAUSE PARTIELLE DES REGLES CONCERNANT LE DROIT APPLICABLE AUX LITIGES RELATIFS AUX INVESTISSEMENTS INTERNATIONAUX VUES PAR LA COUR

La problématique du droit applicable au litige est une question centrale pour le droit des investissements internationaux devant le juge international *lato sensu*. Avant de traiter les questions précises qui sont portées à son appréciation, le juge ou l'arbitre va généralement devoir déterminer les règles ou le corps de règles auxquelles il se réfèrera pour trancher les divergences des parties.

Cette détermination est simplifiée lorsque les parties ont elles-mêmes indiqué leur choix quant au droit à appliquer pour régler le différend. Elle l'est également en principe lorsque le contentieux est porté devant une instance qui s'inscrit dans un cadre institutionnalisé prévoyant les règles que cette dernière doit appliquer.

La CIJ et le CIRDI entrent dans l'une et/ou l'autre de ces hypothèses, pourtant, la problématique de la recherche du droit applicable au litige n'a pas toujours été une question évidente devant l'un ou l'autre.

En effet, la Cour et les tribunaux CIRDI ont été confrontés à la question de savoir lequel du droit international et du droit interne devait s'appliquer d'une part au fond des litiges à eux soumis et d'autre part pour déterminer la validité des contrats entre Etats et personnes privées étrangères.

Aussi bien sur la détermination du droit applicable au fond du litige (Section I) que sur la détermination du droit régissant la validité des contrats entre Etats et personnes privées étrangères (Section II), les tribunaux CIRDI se sont en partie démarqués des solutions adoptées par la Cour.

Section I : Rejet partiel de la nécessité de qualification des différends pour la détermination du droit applicable au fond

Lorsqu'elle a été confrontée à la problématique du droit applicable au fond d'un litige, la Cour de la Haye a adopté une attitude qui témoigne du fait qu'elle a procédé à la qualification du litige pour déterminer le droit applicable. Tandis qu'une partie de la jurisprudence des tribunaux CIRDI dénote une opposition à cette démarche de la Cour (Paragraphe I), une autre en est l'expression (Paragraphe II).

Paragraphe I : L'opposition à la technique de qualification comme critère de l'articulation du droit interne et du droit international par certaines sentences CIRDI

La technique de la qualification du litige à travers son objet tiré de la jurisprudence de la Cour comme critère de l'articulation du droit interne et du droit international (I) a été mise à l'écart par certaines sentences CIRDI reconnaissant une fonction seulement corrective ou supplétive au droit international comme expression de l'articulation de ces deux corps de règles en tant que droits applicables au fond des litiges (II).

I. La technique telle que tirée de la jurisprudence de la Cour

La qualification du litige comme critère de détermination du droit applicable au fond du litige par la Cour ressort, d'une part, de l'arrêt des *Emprunts serbes*[1065] où elle a eu à appliquer le droit interne à titre principal et, d'autre part, des arrêts dans lesquels elle a appliqué le droit interne à titre incident.

Dans l'affaire des *Emprunts serbes*, la CPJI, avait à trancher les différences de vue entre le Gouvernement des Serbes, Croates et Slovènes et le Gouvernement français quant à certaines modalités du service de la dette serbe envers des porteurs français. La Cour a constaté à cet effet que la contestation qui lui était soumise « a pour objet l'existence et l'étendue de certaines obligations que l'Etat serbe aurait contractées envers les porteurs de certains emprunts ; elle concerne *donc* exclusivement des rapports entre l'Etat emprunteur et des personnes privées, c'est-à-dire des rapports qui par eux-mêmes sont du domaine du droit interne »[1066].

C'est donc au regard de l'objet exact du litige que la Cour a conclu qu'il s'agissait d'une question de droit interne.

Constatant que l'article 38 de son Statut n'indique clairement que l'application du droit international, la Cour a cherché à établir sa compétence pour connaître de ce différend interétatique, qui, selon elle, de par son objet, « ne demande […] pas l'application du droit international »[1067].

[1065] *Affaire concernant le paiement de divers emprunts serbes émis en France*, C.P.J.I. : Recueil des arrêts, Série A, n° 20.
[1066] *Ibid.*, pp. 17 et 18.
[1067] *Ibid.*, p. 20.

Ainsi, c'est au regard de sa saisine par compromis et sur la base des dispositions l'ayant permis avant modification de son Statut[1068] – notamment l'article 36, paragraphes 1[1069] et 2.c[1070] – que la Cour a conclu à sa compétence pour un litige qui, au regard de son objet, appelait l'application d'un ou du droit national[1071].

La CPJI a eu à déterminer le droit national précisément qui devait être applicable en l'espèce. En d'autres termes et pour paraphraser Leila LANKARANI, ayant décidé que « seuls les droit nationaux ét[aient] concernés, [la Cour devait procéder à] l'identification de l'un d'entre eux à titre de droit applicable »[1072]. Pour ce faire, la Cour souligne :

- d'une part que lorsqu'elle est « saisie d'un différend impliquant la question de savoir quelle est la loi qui régit les obligations contractuelles dont il s'agit, [elle] ne saurait déterminer cette loi qu'en s'inspirant de la nature même de ces obligations et des circonstances de leur création, sauf à tenir compte également de la volonté exprimée ou présumée des parties »[1073] .

- d'autre part qu'« il est bien possible que ce ne soit pas la même loi qui régisse l'obligation sous tous les rapports. La distinction qui semble s'imposer pour les besoins

[1068] Comme le souligne à juste titre Leila LANKARANI, « il faut également tenir compte du fait qu'à l'époque, l'article 38 du Statut ne contenait pas la précision actuelle selon laquelle, « la Cour dont la mission est de régler conformément au droit international les différends qui lui sont soumis » ». LANKARANI (L.), *Les contrats d'Etat à l'épreuve du droit international*, *op. cit.*, p. 229, note (2). D'ailleurs, l'auteure souligne que « L'amendement de la première phrase de l'article 38 du Statut, a été entrepris dans le but d'éviter à la Cour de s'encombrer des différends entre Etats dont la solution se trouve dans les droits internes (*Ibid.*, p. 238, note (1)) ; « compte tenu de la réforme de l'article 38, première phrase, du Statut de la Cour internationale de justice, il n'est pas évident que l'expérience des arrêts serbes et brésiliens puisse se renouveler devant la Cour » (*Ibid.*, p. 238) ; Dans le même ordre d'idées, voir également LEVY (D.), « L'arrêt de la Cour Internationale de Justice dans l'affaire relative à certains emprunts norvégiens (France c. Norvège) », *AFDI.*, volume 3, 1957, pp. 157 - 158 ; Plaidoirie de M. Bouquin à l'audience publique du 20 mai 1957 après midi, CIJ, *Mémoires, Plaidoiries et documents, Affaire relative à certains emprunts norvégiens*, IIe partie, plaidoiries, audiences publiques tenues au Palais de la Paix, La Haye, du 13 au 28 mai et le 6 juillet 1957, p 110 -114 .

[1069] Article 36 paragraphe 1. : « La compétence de la Cour s'étend à toutes les affaires que les parties lui soumettront, ainsi qu'à tous les cas spécialement prévus dans la Charte des Nations Unies ou dans les traités et conventions en vigueur. »

[1070] Article 36 paragraphe 2.c : « les Etats parties au présent Statut pourront, à n'importe quel moment, déclarer reconnaître comme obligatoire de plein droit et sans convention spéciale, à l'égard de tout autre Etat acceptant la même obligation, la juridiction de la Cour sur tous les différends d'ordre juridique ayant pour objet :
(…)
c. la réalité de tout fait qui, s'il était établi, constituerait la violation d'un engagement international ; ».

[1071] Pour une compréhension des bases de compétence de la CPJI et du titre d'application du droit interne dans l'affaire des *Emprunts serbes*, voir LANKARANI (L.), *Les contrats d'Etat à l'épreuve du droit international*, *op. cit.*, pp. 223-245.

[1072] LANKARANI (L.), *Les contrats d'Etat à l'épreuve du droit international*, *op. cit.*, p. 234.

[1073] *Affaire concernant le paiement de divers emprunts serbes émis en France*, arrêt, *op. cit.*, p. 41.

de l'affaire est notamment celle entre la substance de la dette et certaines modalités de son paiement »[1074].

Il est possible de tirer de tous ces éléments relevés de l'arrêt des *Empruts serbes* que :

- pour décider qu'il s'agissait d'un litige qui appelait l'application du droit interne et non pas du droit international, la Cour s'est fondée sur l'objet du litige ;

- pour décider quelle loi nationale s'applique à une obligation contractuelle, la Cour se fonde sur la nature de l'obligation et sur les « circonstances de [sa] création » ;

- la loi applicable au fond du litige peut varier en fonction de la question précise dont la Cour a à trancher, les problèmes juridiques soulevés par une même obligation pouvant être résolues sur la base de règles d'origines différentes.

Ainsi, il ressort de l'arrêt des *Emprunts serbes* que, dans la recherche du droit applicable au fond du litige d'ordre contractuel entre l'Etat et la personne privée étrangère, « en l'absence de règle du droit national relative à la solution des conflits de lois » , la Cour applique la technique de la qualification[1075], qui « *refers to the process of assigning a factual situation to its proper legal category* »[1076], et à la technique connexe du dépeçage du droit du contrat, « *which allows a court or tribunal to apply, in one and the same case, norms stemming from different legal orders, depending on the nature of the issues at hand* »[1077].

Ces conclusions sont confirmées par l'application du droit interne à titre incident dans nombre d'affaires que la Cour a résolu à titre principal sur la base du droit international.

Dans l'affaire *Franco-Hellénique des phares* par exemple, on trouve parmi les questions auxquelles la CPJI avait à répondre celle de savoir si « ce contrat [de concession entre le Gouvernement ottoman et une société française] est « dûment intervenu » d'après le droit ottoman »[1078].

[1074]*Ibidem*.
[1075] Pour une lecture de l'arrêt Emprunts serbes en ce sens, voir KJOS (H. E.), *Applicable law in investor-state arbitration* : *The interplay between national and international law*, *op. cit.*, p. 107.
[1076] KJOS (H. E.), *Applicable law in investor-state arbitration*: *The interplay between national and international law, op. cit.*, p. 106. Voir également DOUGLAS (Z.), *The international law of investment claims*, *op. cit.*, pp. 45-46.
[1077]*Ibid.*, p. 107.
[1078]*Affaire Franco-Hellénique des Phares*, arrêt du 17 mars 1934, C.P.J.I. Recueil, Série A/B, n° 62, p. 18.

Dans l'arrêt *Barcelona Traction*, la Cour ayant admis que la société anonyme est une institution mise en place par les Etats dans leur domaine de compétence nationale, est d'avis que le droit international doit se « réfère[r] aux règles pertinentes du droit interne, chaque fois que se posent des questions juridiques relatives aux droits des Etats qui concernent le traitement des sociétés et des actionnaires et à propos desquels le droit international n'a pas fixé ses propres règles »[1079].

C'est ainsi que dans l'arrêt sur les exceptions préliminaires rendu dans le cadre de l'affaire *Ahmadou Sadio Diallo*, la Cour a indiqué qu'« afin de préciser la nature juridique des sociétés Africom-Zaïre et Africontainers-Zaïre, [elle] doit se référer au droit interne de la RDC »[1080]. En tranchant l'affaire au fond, elle a donc eu à « examiner la question de l'existence et de la structure de ces sociétés en droit congolais »[1081].

La chambre constituée pour traiter de l'affaire *ELSI* quant à elle précise que : « chaque fois qu'il sera essentiel, pour que la Cour puisse statuer dans une affaire, de trancher une question de droit interne, la Cour devra apprécier la jurisprudence des tribunaux internes »[1082]. Dans l'espèce qui lui était soumise, elle a eu à apprécier certaines situations « du point de vue du droit italien »[1083].

L'articulation des sources de droits applicables dans les litiges qui lui sont soumis sur la base de l'objet du litige ou en fonction de la problématique à résoudre ainsi tirée de la jurisprudence de la Cour n'a pas été reprise par une partie de la jurisprudence des tribunaux CIRDI qui attribue une seule fonction au droit international comme critère de l'articulation du droit international et du droit interne à titre de droits applicables aux litiges soumis au CIRDI.

[1079] *Barcelona Traction, Light and Power Company*, arrêt, *op. cit.*, p. 35, § 38.
[1080] *Ahmadou Sadio Diallo* (République de Guinée c. République démocratique du Congo), exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 2007, p. 605, § 62.
[1081] *Ahmadou Sadio Diallo (République de Guinée c. République démocratique du Congo)*, fond, arrêt, C.I.J. Recueil 2010, p. 675, § 104.
[1082] *Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI)*, arrêt, *op. cit.*, p. 47, § 62.
[1083] *Ibid.*, p. 52, §76 : « Il reste néanmoins une question essentielle à examiner. Selon le défendeur, Raytheon et Machlett étaient déjà, du fait de la situation financière de l'ELSI, privées des droits de contrôle et de gestion dont elles prétendent précisément avoir été dépouillées. Il est par conséquent nécessaire à présent de voir quel effet la situation financière de l'ELSI peut éventuellement avoir eu à cet égard, d'abord d'un point de vue pratique puis du point de vue du droit italien. »

II. La mise à l'écart de la technique de la Cour par certaines sentences CIRDI : la fonction seulement corrective ou supplétive du droit international

Le droit applicable aux litiges devant les tribunaux CIRDI est fixé par l'article 42 (1) de la Convention de Washington. Selon cette disposition, « 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 ».

Dans le Rapport des Administrateurs, l'article 42 (1) fait l'objet du commentaire suivant : « En vertu de la Convention, un Tribunal arbitral est tenu d'appliquer le droit désigné par les parties. A défaut d'accord, le Tribunal doit appliquer le droit de l'Etat partie au différend (sauf si le droit de cet Etat prévoit l'application d'un autre droit), et toute règle de droit international applicable en l'espèce. Le terme « droit international » doit ici être interprété au sens de l'article 38(1) du Statut de la Cour internationale de Justice, compte tenu cependant du fait que cet article 38 est destiné à s'appliquer à des différends interétatiques »[1084].

A première vue, la question du droit applicable aux litiges portés devant le CIRDI est résolue par la Convention de Washington et ne soulève donc pas de difficultés. Lorsque le différend a pour objet ou est relatif à un contrat, la solution retenue dans la première phrase de l'article 42 (1) est assez classique, renvoyant au libre choix des parties par application du principe de l'autonomie de la volonté. En l'absence de choix des parties, la seconde phrase entre en jeu, prévoyant que le tribunal arbitral constitué sous l'égide du CIRDI applique le droit de l'Etat contractant partie au différend *ainsi que*[1085] les règles de droit international (toutes sources confondues) en la matière.

Pourtant, la mise en œuvre de l'article 42 (1) a soulevé nombre d'interrogations, dont l'articulation du droit international et du droit interne prévus comme droits applicables dans la deuxième phrase de l'article 42 (1).

[1084] *CIRDI, Rapport des Administrateurs, préc.*, § 40. Une note de bas de page rappelle les termes de l'article 38 du statut de la CIJ.

[1085] C'est nous qui soulignons. Dans la version anglaise de ce texte, « ainsi que » se lit « *and* »: « The Tribunal shall apply the law of Contracting State party to the dispute …and such rules of International Law as may be applicable ».

La doctrine a largement admis que l'expression « ainsi que » dans l'article 42 (1) seconde phrase a pu signifier, pour une partie de la jurisprudence des tribunaux CIRDI, « en cas de lacune ou de contrariété du droit de l'Etat d'accueil avec les principes du droit international »[1086]. En effet, pour un courant de sentences mené par les décisions des Comités *ad hoc* sur les demandes d'annulation des sentences *Klöckner I*[1087] et *Amco I*[1088], la mise en œuvre de l'article 42 (1) deuxième phrase conduit à assigner seulement un rôle complémentaire et un rôle correctif au droit international. D'autres sentences ont suivi la solution de ces Comités quant à l'application du droit international à titre complémentaire ou correctif du droit national. C'est le cas des sentences *LETCO*[1089] et *CDSE*[1090] ainsi que de la décision sur la compétence *Ioan Micula, Viorel Micula et autres*[1091].

Au regard d'une telle application de l'article 42 (1) deuxième phrase de la convention de Washington, les critères de l'articulation entre droit interne et droit international sont la lacune du droit de l'Etat d'accueil et la contrariété entre droit international et droit national. Ici, et contrairement à la jurisprudence de la Cour, le déclenchement de l'application de tel ou tel corps de règles n'est donc pas *per se* fonction de l'objet du litige ou de la problématique en cause : le déclenchement de l'application du droit national est automatique, le déclenchement de l'application du droit international est subordonné à la détermination de certaines insuffisances dans le droit national.

De ce point de vue, il est difficile de dire que la doctrine *Klöckner-Amco*[1092], dans son interprétation de l'article 42 (1) deuxième phrase, fait, comme la Cour de la Haye, une place à la technique de la qualification dans l'articulation des sources nationales et internationales comme droits applicables au fond du litige.

[1086] GAILLARD (E.), BANIFATEMI (Y.), « 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 », *ICISID Review-FILJ*, vol. 18, 2003, p. 381. Voir également DOLZER (R.), SCHREUER (C.), *Principles of International Investment Law*, *op. cit.*, pp. 269-271; DE NANTEUIL (A.), *Droit international de l'investissement*, *op. cit.*, pp. 134-135; KJOS (H. E.), *Applicable law in investor-state arbitration*: *The interplay between national and international law*, *op. cit.*, pp. 189-195.

[1087] *Klöckner c. Cameroun I*, CIRDI, affaire n° ARB/81/2, décision sur la demande d'annulationdu 3 mai 1985, § 69.

[1088] *AMCO c. Indonésie I*, préc., décision sur la demande d'annulation du 16 mai 1986, § 20. Traduction d'Emmanuel GAILLARD du texte original (en anglais). GAILLARD (E.), *La jurisprudence du CIRDI*, *op. cit.*, p. 207, p. 178.

[1089] *Liberian Eastern Timber Corporation (LETCO) c. Liberia*, préc., sentence, p. 19.

[1090] *Compania del dessarollo de Santa Elena (CDSE) c. Costa Rica*, préc., sentence, §§ 64-65

[1091] *Ioan Micula, Viorel Micula et autres c. Roumanie*, préc., décision sur la compétence, § 151.

[1092] GAILLARD (E.), BANIFATEMI (Y.), « 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 », *op. cit.*, p. 393.

Or, un autre courant de sentences CIRDI mené par la décision du Comité *ad hoc* Wena, dans l'interprétation qu'il adopte de l'article 42 (1) deuxième phrase, réconcilie une partie de la jurisprudence des tribunaux CIRDI avec la technique de la qualification.

Paragraphe II : La « *doctrine Wena* » et la réconciliation avec la technique de la qualification

La lecture de l'article 42 (1) deuxième phrase de la Convention de Washington par le courant issu des décisions *Klöckner-Amco* qui ne laisse pas de place à la qualification du litige ou de la question à trancher, a été contredite par un courant différent, appelé la « *doctrine Wena* »[1093], et amorcé par la décision du Comité *ad hoc* statuant en 2002 sur la demande d'annulation de la sentence *Wena*.

Cette décision estime qu'au sens de l'article 42(1) deuxième phrase, l'ordre juridique interne et l'ordre juridique international ont un rôle à jouer et que les tribunaux arbitraux ont une *certaine* marge d'appréciation dans la détermination de ce rôle : « le droit de l'Etat d'accueil peut être appliqué conjointement avec le droit international si cela est justifié. De même, le droit international peut être appliqué de façon autonome si la règle appropriée se trouve dans cet ordre juridique »[1094].

Un tel sens de l'article 42 (1) quant à l'approche des droits applicables qu'il prévoit rappelle celui que Leila LANKARANI a attribué à cette disposition en vue de « la qualification du différend »[1095] qui doit selon elle déterminer le droit applicable. Ainsi, elle envisage les cas notamment où « le droit international est de pleine application, voire d'application exclusive et autonome, lorsqu'il s'agit des différends relevant *ratione legis* du droit des gens ou lorsque la matière du différend fait l'objet de sa règlementation substantielle par voie de règles coutumières ou conventionnelles en vigueur entre l'Etat d'accueil et celui dont relève l'investisseur », ou, « d'application secondaire dans son rôle correctif ». Selon l'auteure, en effet, « l'expression rationnelle

---

[1093] GAILLARD (E.), BANIFATEMI (Y.), « 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 », *op. cit.*, p. 404.

[1094] *Wena c. Egypte*, préc., décision sur la demande d'annulation du 5 février 2002, §§. 39-40: « *the use of the word "may" in the second sentence of this provision indicates that the Convention does not draw a sharp line for the distinction of the respective scope of international and of domestic law and, correspondingly, that this has the effect to confer on to the Tribunal a certain margin and power for interpretation.*
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. ».

[1095] LANKARANI (L.), *Les contrats d'Etat à l'épreuve du droit international, op. cit.* p. 394.

et utile de l'article 42 (1) *in fine* réside dans la combinaison des expressions "ainsi que" et "en la matière" [dont il] résulte que le droit international intervient le cas échéant, et n'a pas d'application systématique dans tous différends »[1096].

La sentence *CMS* s'intégrant dans ce courant concurrent à la doctrine *Klöckner-Amco*, fait état ainsi de l'émergence d'une « approche plus pragmatique et moins doctrinaire … permettant l'application tant du droit interne que du droit international si les faits propres à chaque espèce le justifient »[1097] : « il n'est plus question de l'un prévalant sur l'autre et l'excluant complètement. Les deux sources ont plutôt un rôle à jouer »[1098]. Il en est de même pour les sentences *LG&E*[1099] *L.E.S.I. SpA et Astaldi SpA*[1100], *Enron*[1101] et *Alpha Projektholding*[1102].

Avec ce courant, la locution « ainsi que » signifie « ainsi que » pour une partie de la doctrine[1103] en ce qu'à travers la « doctrine *Wena* », l'article 42 (1) seconde phrase pose le droit international et le droit de l'Etat d'accueil comme un "fonds" dans lequel, au regard de son pouvoir d'appréciation, l'arbitre peut puiser sans se fixer un ordre d'intervention préétabli pour les composantes de ce "fonds" qu'il peut appliquer conjointement ou séparément.

Ainsi, en reconnaissant « *the freedom of ICSID tribunals to find in international law, as well as in the law of the host State, the proper rules for the resolution of the disputes brought before them* »[1104], la « doctrine *Wena* », en plus d'être conforme au texte, au but et à l'objet de l'article 42 (1)[1105], laisse indéniablement une place à la technique de la qualification[1106]. La décision *Wena* est explicite à cet égard: «*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*

[1096] *Ibid*., pp. 421-422.
[1097] *CMS c. Argentine*, préc., sentence, § 116.
[1098] *Ibidem.*
[1099] *LG&E c. Argentine*, préc., décision sur la responsabilité, §§ 95-96.
[1100] *L.E.S.I. SpA et Astaldi SpA c. Algérie*, préc., sentence, § 102.
[1101] *Enron c. Argentine*, préc., sentence, § 205.
[1102] *Alpha Projektholding c. Ukraine*, préc., sentence, §§ 233-234.
[1103] GAILLARD (E.), BANIFATEMI (Y.), « 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 », *op. cit.*, p. 403.
[1104] *Ibid*., pp. 408-409.
[1105] *Ibidem*.
[1106] *Ioannis Kardassopoulos c. Georgie*, préc., sentence, § 222: « *In that case, the tribunal determined that it would apply domestic law and international law to the extent pertinent and relevant to the decision of the various claims before it* ».

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 »[1107].

Comme le souligne en ce sens et à juste titre Leila LANKARANI, « la diversité des droits prévus à l'article 42-1 de la Convention est la conséquence directe de la diversité des différends soumis à la compétence *ratione materiae* du Centre. Aussi, l'article 42 de la Convention est conçu de sorte que toutes et chacune des catégories de différends – contractuels, extra-contractuels, ceux qui, à titre principal ou incident, présentent des aspects relevant du droit des gens – puissent être soumis à son droit approprié. Les diverses bases légales prévues à l'article 42 peuvent être considérées comme étant d'application distributive »[1108].

C'est par la qualification du litige ou de la question à trancher que le tribunal, en exerçant son pouvoir d'appréciation, va déterminer le droit approprié à appliquer.

Ainsi, le courant *Wena* réconcilie la jurisprudence des tribunaux CIRDI à la fois avec la technique de la qualification et avec la jurisprudence de la Cour de la Haye sur l'articulation des sources de droit applicables au fond d'un litige.

La même adhésion partielle de la jurisprudence des tribunaux CIRDI à la jurisprudence de la Cour se retrouve en ce qui concerne le droit applicable à la validité des contrats entre Etats et personnes privées étrangères.

Section II : Rejet partiel du droit interne comme droit régissant la validité des contrats entre un Etat et une personne privée étrangère

La problématique de la nature juridique des contrats conclus entre Etats et investisseurs étrangers – résolue par la détermination de l'ordre juridique auquel le contrat est rattaché, l'ordre juridique qui lui confère son fondement juridique, sa validité, d'où il puise sa force obligatoire[1109] – a fait l'objet d'importantes controverses doctrinales[1110].

[1107] *Wena c. Egypte*, préc., décision sur la demande d'annulation, § 40.

[1108] LANKARANI (L.), *Les contrats d'Etat à l'épreuve du droit international*, *op. cit.*, pp. 404-405.

[1109] Ordre juridique de base, « *grundlegung* », qui a été distingué de la loi applicable au fond : le premier confère sa nature, son caractère obligatoire au contrat tandis que le second livre les règles matérielles qui sont appelées à régir les relations contractuelles valablement formées au regard de la *grundlegung.* Voir WEIL (P.), « Droit international et contrats d'Etat », *in Mélanges offers à Paul Reuter : Le droit international : Unité et diversité*, Paris : Pedone, 1981, pp. 549-582 (repris *in Ecrits de droit international, Théorie générale du droit international, droit des espaces, droit des investissements privés internationaux, op. cit.*, pp. 351-378).

[1110] Pour des études sur les contrats d'Etat, Voir notamment WEIL (P.), « Un nouveau champ d'influence pour le droit administratif français : le droit international des contrats », *Etudes et documents du Conseil d'Etat*, n° 23,

Plusieurs thèses divergentes ont porté sur cette problématique[1111]. Il s'agit ici de n'en rendre compte que dans le cadre limité de l'examen de la position de la CIJ et du CIRDI sur la question de savoir si ces contrats sont considérés des actes de droit interne ou des actes de droit international.

L'examen de la jurisprudence continue de la Cour démontre qu'elle considère qu'un contrat conclu entre un Etat et une personne privée étrangère est rattaché à un ordre juridique national. Quant à la jurisprudence du CIRDI, les sentences font apparaître les contrats conclus entre Etats et investisseurs étrangers à la fois comme des actes de droit interne, et des actes de droit international.

Ainsi, il sera démontré comment une partie de la jurisprudence des tribunaux CIRDI s'oppose à la nature d'actes de droit interne des contrats d'Etats dégagée par la Cour (Paragraphe I) et comment une autre s'aligne sur la jurisprudence de la Cour (Paragraphe II).

Paragraphe I : L'opposition à la nature juridique d'actes de droit interne des contrats d'Etat

Le rattachement de principe des contrats d'Etat à un ordre juridique national retenu par la Cour (I) a été remis en cause par certaines sentences CIRDI (II).

1970, Paris : Imprimerie nationale, 1971, pp. 13-25 (repris *in Ecrits de droit international, Théorie générale du droit international, droit des espaces, droit des investissements privés internationaux, op. cit*., pp 303-323) ; WEIL (P.), « Les clauses de stabilisation ou d'intangibilité insérées dans les accords de développement économique », *in Mélanges offerts à Charles Rousseau : La communauté internationale*, Paris : Pedone, 1974, pp. 301-328 (repris *in Ecrits de droit international, Théorie générale du droit international, droit des espaces, droit des investissements privés internationaux, op. cit.*, pp. 325-349) ; WEIL (P.), « Principes généraux du droit et contrats d'Etat », *in Etudes offertes à Berthold Goldman : Le droit des relations économiques internationales*, Paris : Litec, 1982, pp. 387-414 (repris *in Ecrits de droit international, Théorie générale du droit international, droit des espaces, droit des investissements privés internationaux, op. cit.*, pp. 379-407) ; WEIL (P.), « L'Etat, l'investisseur étranger et le droit international : la relation désormais apaisée d'un ménage à trois », *op. cit*., pp. 409-423 ; LEBEN (Ch.), « Retour sur la notion de contrat d'Etat et sur le droit applicable à celui-ci », *in L'évolution du droit international*, Mélanges Hubert Thierry, Paris : Pedone, 1998, p. 247 ; BASTID BURDEAU (G.), « Droit international et contrats d'États - La sentence Aminoil contre Koweit du 24 mars 1982 », *AFDI*., volume 28, 1982. pp. 454-470; BURDEAU (G.), « La contribution des nationalisations françaises de 1982 au droit international des nationalisations », *RGDIP*, 1985, p.5 ; LANKARANI (L.), *Les contrats d'Etat à l'épreuve du droit international*, *op. cit.*; LEBEN (Ch.), « La théorie du contrat d'Etat et l'évolution du droit international des investissements », *RCADI*., Tome 301, 2003, pp. 197-386.

[1111] WEIL (P.), « Droit international et contrats d'Etat », *op. cit*.; LANKARANI (L.), *Les contrats d'Etat à l'épreuve du droit international*, *op. cit* ; LEBEN (Ch.), « La théorie du contrat d'Etat et l'évolution du droit international des investissements », *op. cit.*

I. La nature juridique des contrats d'Etat telle que vue par la Cour

Dans l'évaluation critique de leur internationalité sous cet angle, une étude de la jurisprudence de la CPJI et de la CIJ sur les contrats conclus entre Etats et particuliers étrangers a permis à Leila LANKARANI de conclure que pour la Cour, ces accords ne sont per *se* pas constitutifs d'une catégorie d'actes juridiques de droit international public, mais d'actes de droit national[1112]. Ainsi, dans l'arrêt précité sur les *Emprunts serbes* où elle avait à trancher le différend relatif à certaines modalités du service de la dette serbe envers des porteurs français, la CPJI ne s'est pas contentée de démontrer que le litige porté à sa connaissance appelait l'implication exclusive d'un droit national. Elle a également pris position expressément sur la nature juridique du contrat en cause. En effet, la CPJI a décidé que les « rapports entre l'État emprunteur et des personnes privées »[1113] constituent des « rapports qui par eux-mêmes sont du domaine du droit interne »[1114], autrement dit des « rapports de droit interne »[1115]. Plus explicitement, la Cour décide que « tout contrat qui n'est pas un contrat entre des États en tant que sujets du droit international a son fondement dans une loi nationale »[1116]. Elle précise à cet effet qu'« un État souverain… ne peut être présumé avoir soumis … la validité des engagements pris par lui [au sujet de sa dette] à une loi autre que sa loi propre »[1117].

Cette jurisprudence de la Cour localisant le contrat d'Etat dans l'ordre juridique national est confirmée dans son arrêt portant sur l'affaire *Chemin de fer Panevezys-Saldutiskis*.

Dans cette affaire, le Gouvernement estonien entendait prendre fait et cause pour la société *Esimene* face au refus du Gouvernement lithuanien de reconnaitre à ladite société les droits de propriété et de concession qu'elle revendiquait sur la ligne de chemin de fer Panevezys-Saldutiskis qui avait été saisie par le Gouvernement lithuanien.

Le Gouvernement lithuanien a soulevé entre autres exceptions préliminaires l'absence d'épuisement des voies de recours internes. Avant d'entrer dans l'examen de cette exception d'irrecevabilité, la Cour observe que dans l'espèce qui lui est soumise, « la thèse estonienne se fonde sur le refus de la Lithuanie de reconnaître les droits de

[1112] *Cf.* LANKARANI (L.), *Les contrats d'Etat à l'épreuve du droit international*, *op. cit.*, pp. 311-322.
[1113] *Affaire concernant le paiement de divers emprunts serbes émis en France*, arrêt, *op. cit.*, p. 18.
[1114] *Ibidem*.
[1115] *Ibid.*, p. 20.
[1116] *Ibid.*, p. 41.
[1117] *Ibid.*, p. 42.

l'*Esimene*, en tant que concessionnaire et propriétaire de la ligne de chemin de fer Panevezys-Saldutiskis : c'est-à-dire que cette thèse se fonde sur un différend relatif à la non-reconnaissance d'une prétention, avancée par une personne privée, à un droit de propriété et à un droit contractuel » avant de souligner qu' « en principe, dans tous les Etats, les droits de propriété et les droits contractuels des particuliers relèvent du droit interne »[1118].

La CPJI confirme ainsi sa jurisprudence selon laquelle les contrats entre Etats et investisseurs étrangers sont rattachés aux ordres juridiques nationaux.

A l'analyse de la jurisprudence de la CIJ l'on doit souscrire également qu'elle a adopté la même position que son prédécesseur, notamment dans l'affaire de l'*Anglo iranian Oil Co*. où il ne s'agissait pas d'un contrat d'emprunt, ou de dette souveraine, mais un « véritable spécimen »[1119] de contrat d'Etat présentant l'ensemble de ses caractéristiques car contenant une clause d'arbitrage, une clause de stabilisation, et une clause de droit applicable se référant au droit international et non à un droit national.

La nationalisation du pétrole par les lois iraniennes des 15 et 20 mars 1951 a eu pour conséquence la rupture du contrat de concession conclu en 1933 entre l'Iran et l'Anglo-Iranian Co., société britannique. Le Gouvernement britannique a porté le contentieux relatif à cette rupture de contrat devant la CIJ, faute pour l'Iran d'honorer la clause d'arbitrage contenue dans le contrat.

Dans son Mémoire, le Gouvernement britannique a soutenu le « double caractère »[1120] du contrat de concession. En effet, pour le Gouvernement britannique, le contrat de concession conclu en 1933 entre l'Iran et l'Anglo-Iranian Oil Company était à la fois un contrat entre l'Iran et l'Anglo-Iranian Oil Company et un accord de droit international entre l'Iran et le Royaume-Uni. Il ressort des arguments développés par le Royaume-Uni dans son mémoire que même considéré sous l'angle du contrat entre l'Iran et l'Anglo-Iranian Oil Company, le contrat de concession n'en était pas moins considéré à ses yeux comme un accord de droit international régi par le droit international. D'une part, pour le Royaume-Uni, une loi de l'Etat violant la clause de stabilisation, engagement explicite contenu dans le contrat de concession entre l'Iran et

[1118] *Chemin de fer Panevezys-Saldutiskis*, arrêt, *op. cit.*, p. 18.
[1119] LANKARANI (L.), *Les contrats d'Etat à l'épreuve du droit international*, *op. cit.*, pp. 316 et s.
[1120] Mémoire soumis par le Gouvernement du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, CIJ, Mémoires, plaidoiries et documents, Affaire de l'Anglo-Iranian Oil Co., Section c. - mémoire ; pièces écrites relatives à l'exception préliminaire, pp. 74 et ss.

l'Anglo-Iranian Oil Company, personne privée étrangère, « est internationalement illicite et … engage la responsabilité internationale de l'Etat »[1121]. D'autre part, pour le Royaume-Uni, si un contrat entre un Etat et une personne privée étrangère « peut en premier lieu être régi par le droit de l'Etat – ce n'est pas nécessairement le cas et en effet ce n'était pas le cas de la Convention de 1933 – »[1122] : le contrat de concession de 1933 « ne peut être considéré comme un contrat ordinaire, régi par le droit interne, entre l'Iran et une société étrangère »[1123].

Il apparaît ainsi que la thèse du "double caractère" du contrat de concession consistait en réalité pour le Royaume-Uni à considérer que le contrat était d'une part, bien plus qu'un contrat de concession de droit privé ordinaire, un contrat de concession de droit international entre l'Iran et l'Anglo-Iranian Oil Company et d'autre part, un accord de droit international entre l'Iran et le Royaume-Uni.

De ce point de vue, logiquement, en rejetant l'argumentation du Royaume-Uni visant à utiliser sa thèse du double caractère du contrat de concession pour asseoir la compétence de la Cour[1124], cette dernière ne s'est pas limitée à démontrer que le contrat de concession entre l'Iran et l'Anglo-iranian Oil company n'était en rien un accord international – que ce soit de nature contractuelle ou conventionnelle – entre l'Iran et le Royaume-Uni. Ainsi, la Cour a rejeté la construction du Gouvernement britannique dans sa totalité, non seulement en ce qu'elle entendait faire du contrat de concession un accord de droit international entre l'Iran et le Royaume-Uni mais aussi en ce qu'elle estimait qu'il s'agissait d'un contrat de concession de droit international entre l'Iran et l'Anglo-Iranian Oil Company.

[1121] *Ibid.*, p. 90, § 15.
[1122] *Ibid.*, p. 90.
[1123] *Ibid.*, p. 91, § 16. Il en est ainsi selon le Royaume-Uni d'une part au regard du « double caractère » du contrat. D'autre part, parce que les relations entre l'Iran et la société dans le cadre de la concession ne sont pas régis par le droit iranien : les litiges y relatifs sont soumis à l'arbitrage et non pas aux juridictions iraniennes ; dans le cadre de l'interprétation du contrat, le droit à appliquer est celui appliqué par la Cour de la Haye en vertu de l'article 38 de son Statut et non pas le droit iranien; « la source de la convention, conclue dans le cadre d'un accord international pour le règlement du différend entre le Royaume-Uni et la Perse sous les auspices de la Société des Nations, avait manifestement un caractère international » (*Ibidem*)
[1124] La déclaration d'acceptation de la juridiction obligatoire de la Cour faite par l'Iran limitait la compétence de la CIJ aux différends « au sujet de situations ou de faits ayant directement ou indirectement trait à l'application des traités ou conventions acceptés par la Perse et postérieurs à la ratification de cette déclaration ». Le Royaume-Uni voyait dans le contrat de concession l'un de ces traités ou conventions visés par la déclaration de l'Iran.

En indiquant que ce contrat « *n'est rien de plus* qu'un contrat de concession »[1125], « une concession *privée* »[1126] « entre un gouvernement et une société privée étrangère »[1127], la CIJ a nécessairement jugé que le contrat de concession de l'espèce n'est pas bien plus qu'un contrat de concession ordinaire et qu'il est un contrat de concession de droit privé (donc de droit national), contrairement à ce qui ressort des démonstrations du Royaume-Uni.

Cette lecture faite de l'arrêt se vérifie dans l'opinion dissidente du juge Carneiro qui indique qu'« on a insisté, pour exclure l'intervention de la Cour, sur le *caractère strictement privé du litige actuel* »[1128] .

Ainsi, l'on ne peut que souscrire à l'analyse de Leila LANKARANI quant à la portée de l'arrêt l'*Anglo iranian Oil Co*. « sur ce qu'est l'accord de 1933 » et à la position de la Cour rejetant « l'internationalité » *proprio motu* des contrats d'Etat[1129].

De la CPJI à la CIJ, la Cour de la Haye estime donc que l'ordre juridique de base des contrats entre Etats et personnes privées étrangères est un ordre juridique national.

Cette jurisprudence de la Cour n'est pas partagée par certaines sentences CIRDI qui présentent les contrats entre Etats et investisseurs étrangers comme des actes de droit international.

II. La remise en cause de la nature juridique par certaines sentences CIRDI

Certaines sentences CIRDI ont appréhendé les contrats conclus entre Etats et personnes privées étrangères comme des actes de droit international[1130].

L'affaire *AGIP* est née de la nationalisation de la filiale congolaise de la société AGIP qui avait signé avec l'Etat du Congo un accord d'investissement (Protocole d'accord). Le Protocole d'accord prévoyait en son article 15 comme droits applicables,

---

[1125] *Affaire de l'Anglo-Iranian Oil Co*. (compétence), *op. cit.*, p. 112
[1126] *Ibid*., p. 113.
[1127] *Ibid*., p. 112.
[1128] *Affaire de l'Anglo-Iranian Oil Co. (compétence), opinion dissidente de M. Levi Carneiro*, *op. cit*, p. 152. De son point de vue cependant, on ne peut pas « considérer le contrat-concession de 1933 comme une simpleconvention privée, et sa révocation comme une affaire d'intérêt particulier exclusif » (*Ibid*., pp. 152-153) ; voir aussi, LANKARANI (L.), *Les contrats d'Etat à l'épreuve du droit international*, *op. cit*, pp. 319-320.
[1129] LANKARANI (L.), *Les contrats d'Etat à l'épreuve du droit international*, *op. cit* ., pp. 313-322, et spéc. pp. 318 ss.
[1130] Sur l'examen de la jurisprudence des tribunaux CIRDI sous cet angle, *cf.* LANKARANI (L.), *Les contrats d'Etat à l'épreuve du droit international*, *op. cit.*, pp.465-493.

en cas de différends concernant son application ou son interprétation, « la loi congolaise, complétée le cas échéant par tout principe de droit international ».

Il a été considéré dans la sentence que le Protocole d'accord était un accord international conclu avec une personne privée, par lequel « l'Etat [a] exerc[é] une compétence souveraine dès lors que son consentement [a été] librement donné »[1131]. Il a également été considéré que l'application de la clause de stabilisation contenue dans le Protocole d'accord « résulte non du jeu automatique de la souveraineté de l'Etat contractant mais de la *commune volonté des parties exprimée au niveau de l'ordre juridique international* »[1132] mais également que c'est à propos de cette clause que « les principes du droit international viennent compléter les règles du droit congolais »[1133]. Cet ancrage de la clause de stabilisation dans l'ordre juridique international est confirmé par l'utilisation de la clause de stabilisation comme fondement de l'illicéité internationale de la nationalisation[1134]. Ainsi, la sentence *AGIP* a considéré qu'un accord entre un Etat et une personne privée étrangère, de même que la clause de stabilisation y contenue, tire sa force obligatoire de l'ordre juridique international.

Une telle qualification semble pouvoir être inférée également de la sentence *LETCO*. Le contrat de concession dont la résolution a donné lieu à cette sentence avait choisi le droit libérien comme droit applicable. Dans son appréciation du droit applicable au litige, le tribunal arbitral a souligné qu'il n'y avait pas de divergence entre ordre juridique national et ordre juridique international en l'espèce, le droit international – plus précisément les « principes généralement acceptés de droit international public gouvernant la validité des contrats et les recours relatifs à leur rupture »[1135] – n'avait donc pas à jouer le rôle de « "régulateur" du système juridique national »[1136].

En admettant la possibilité de voir le droit international appliqué à la validité d'un contrat de concession, le tribunal arbitral reconnaît sans en assumer une démonstration logique[1137] qu'un contrat entre un Etat et un investisseur étranger peut être considéré comme un contrat de droit international.

[1131] *AGIP S.p.A. c. Congo*, préc., sentence, § 81.
[1132] *Ibid.*, § 85.
[1133] *Ibid.*, § 88.
[1134] *Ibid.*, §§ 86-88.
[1135] *Liberian Eastern Timber Corporation (LETCO) c. Liberia, préc., sentence*, p. 19.
[1136] *Ibidem*.
[1137] LANKARANI (L.), *Les contrats d'Etat à l'épreuve du droit international*, *op. cit.*, pp.490-493.

La sentence *SPP* aboutirait également à cette conclusion selon l'analyse de Leila LANKARANI pour qui le tribunal dans cette affaire procède à « l'internationalisation implicite des droits contractuels de la SPP … sans base légale »[1138].

Ce courant de sentences s'inscrit *a priori* dans la doctrine favorable au contrat de droit international et à l'existence d'un droit international des contrats présenté par Prosper WEIL comme l'« ensemble de règles de droit international public relatives aux contrats passés entre un Etat et un ressortissant étranger »[1139].

Cette tendance d'une partie de la jurisprudence des tribunaux CIRDI à considérer que les contrats d'Etat sont rattachés à l'ordre juridique international a cependant été démontrée[1140] comme « accidents de parcours », « exceptions » confirmant le principe de « la réticence globale de la jurisprudence CIRDI à l'internationalisation immédiate » des contrats d'Etat[1141].

Paragraphe II : Les alignements du CIRDI sur le rattachement des contrats d'Etat à l'ordre juridique national

Selon certains auteurs, la localisation des contrats d'Etat dans un ordre national ressort de la Convention de Washington, notamment de son article 42 (1) seconde phrase, et de l'application qui en a été faite par certains tribunaux et Comités CIRDI notamment dans les affaires *Klöckner* et *Amco*.

Selon Leila LANKARANI en effet, la jurisprudence CIRDI qu'elle a examinée « ne manifeste pas un intérêt spécial à l'égard du concept de « contrat de droit international » et/ou de « doit international des contrats ». Au contraire, l'application de l'article 42-1 de la Convention de Washington par les tribunaux arbitraux CIRDI, et le contrôle de la régularité de cette application, exercé par les Comités *ad hoc*, font état d'une réticence à l'égard de l'un ou de l'autre des deux concepts »[1142]. Pour l'auteure, cette réticence à l'égard de "l'internationalité" *proprio motu* de contrat d'Etat découle également de l'évolution des travaux préparatoires de l'article 42 de la Convention de

[1138] LANKARANI (L.), « Quelques remarques sur la sentence SPP c. la République arabe d'Egypte », *RBDI*, 1994/2, p. 553. Voir également LANKARANI (L.), *Les contrats d'Etat à l'épreuve du droit international*, *op. cit.*, pp. 474-489.
[1139] WEIL (P.), « Droit international et contrats d'Etat », *op. cit.* p. 366.
[1140] Voir LANKARANI (L.), *Les contrats d'Etat à l'épreuve du droit international*, *op. cit.* pp.465-495.
[1141] *Ibid*. p. 465.
[1142] LANKARANI (L.), *Les contrats d'Etat à l'épreuve du droit international*, *op. cit.*, respectivement, p. 405 et s., et p. 465.

Washington lui permettant de constater que « l'ordre juridique de base des rapports juridiques nés des investissements est un droit national, sauf convention – ou coutume – internationale contraire »[1143].

Appliqué au contexte contractuel du différend, la solution retenue à l'article 42 (1) seconde phrase viendrait à l'appui de cette conclusion : « la soumission première des différends au droit de l'Etat hôte et ses règles de conflits, dans le cadre de l'article 42-1, seconde phrase, est la confirmation de la règle classique selon laquelle l'ordre juridique de base régissant les contrats d'Etat est le droit national »[1144].

Le rattachement des contrats d'Etat à l'ordre juridique national dans la jurisprudence des tribunaux CIRDI découle des sentences qui ont qualifié des contrats entre Etats et personnes privées étrangères de contrats de droit interne.

Dans la sentence *SOABI*, à propos d'un contrat signé entre l'Etat sénégalais et une société contrôlée par des ressortissants étrangers, un tribunal CIRDI a pu parler de « contrats administratifs »[1145].

Dans la sentence *Impregilo c. Pakistan*, le contrat entre l'Etat pakistanais et la société *Impregilo* a été qualifiée de « *municipal law contract* »[1146].

La sentence *AGIP* qui a présenté l'accord entre un Etat et une personne privée étrangère comme un accord de droit international et la clause de stabilisation y contenue comme une obligation internationale est empreinte de contradictions en ce qu'elle avait préalablement situé le fondement juridique de la validité du Protocole d'Accord dans le « droit civil [précisément] dans l'article 1134 du code civil français»[1147], donc dans un ordre juridique national, mais également indiqué que la clause de stabilisation liait l'Etat en vertu du droit congolais[1148].

Ainsi, une partie de la jurisprudence précitée des tribunaux CIRDI rejoint celle de la Cour en qualifiant un contrat entre Etat et personne privée étrangère de contrat relevant des catégories d'un droit national.

[1143] *Ibidem*.
[1144] *Ibid.*, p. 464.
[1145] *SOABI c. Sénégal*, préc., sentence du 25 février 1988, § 5.02.
[1146] *Impregilo c Pakistan*, CIRDI, affaire n° ARB/03/3, décision sur la compétence du 22 avril 2005, § 210.
[1147] *AGIP S.p.A. c. Congo*, préc., § 77; sur les contradictions, voir LANKARANI (L.), *Les contrats d'Etat à l'épreuve du droit international*, *op. cit.*, pp. 469-470.
[1148] *Ibid.*, § 76.

CONCLUSION DU CHAPITRE

Le droit applicable aux litiges relatifs aux investissements internationaux constitue un aspect des règles de reconnaissance qui fait l'objet d'une lecture relativement différente par les jurisprudences de la Cour et des tribunaux CIRDI.

En effet, la détermination du droit applicable au fond du litige, notamment dans le sens de l'articulation des sources nationales et internationales du droit applicables, n'a pas toujours été appréhendée dans le même sens par les jurisprudences de la Cour et des tribunaux CIRDI.

L'analyse de la jurisprudence de la Cour a permis de conclure qu'elle a eu à appliquer soit le droit interne (exceptionnellement à titre principal et largement à titre incident) soit le droit international après qualification du litige ou des questions à trancher pour résoudre le litige.

Cette technique de qualification comme critère de l'articulation du droit international et du droit interne en tant que droits applicables au fond d'un litige a été délaissée par une partie de la jurisprudence des tribunaux CIRDI qui, mettant en œuvre l'article 42 (1) seconde phrase de la Convention de Washington, applique le droit international et le droit interne non pas en fonction de la nature du litige ou des questions à trancher, mais sur la base d'un ordre préétabli.

La doctrine *Wena*, qui délie les mains des arbitres de cet ordre préétabli en postulant un pouvoir d'appréciation pour l'application du droit international ou du droit interne en fonction de l'ordre juridique qui contient la règle appropriée, réconcilie la jurisprudence des tribunaux CIRDI avec la technique de qualification et partant, avec la jurisprudence de la Cour.

Par ailleurs, la détermination de l'ordre juridique constituant le fondement juridique de la validité des contrats passés entre Etats et personnes privées étrangères, n'a pas non plus fait l'objet d'une lecture totalement identique de la part de la Cour et des tribunaux CIRDI.

Alors que certaines sentences CIRDI ont remis en cause la jurisprudence de la Cour considérant les contrats d'Etat comme des actes de droit interne, d'autres se sont alignés sur ce rattachement des contrats d'Etat aux ordres juridiques nationaux.

Ainsi, les jurisprudences de la Cour et des tribunaux CIRDI sur le droit applicable aux litiges relatifs aux investissements internationaux participent de la démonstration du relatif emprunt par les tribunaux CIRDI des règles secondaires appliqués en droit des investissements internationaux selon la Cour. Il en est de même des jurisprudences de ces

deux instances quant à l'interprétation et à l'identification des règles primaires, notamment, à travers les rapports entre la coutume et le traité.

CHAPITRE II : RECONDUCTION ET REMISE EN CAUSE DES RAPPORTS ENTRE LA COUTUME ET LE TRAITE SELON LA COUR

L'interprétation de règles conventionnelles et l'identification de règles coutumières se rapportant aux investissements internationaux ont été l'occasion pour la Cour et les tribunaux CIRDI de se prononcer sur les rapports entre la coutume et le traité[1149].

Ces problématiques dénotent également un relatif emprunt des tribunaux CIRDI à la jurisprudence de la Cour en ce qui concerne les règles secondaires appliquées en droit des investissements internationaux. D'une part, il apparaît qu'en matière d'interprétation des traités relatifs aux investissements internationaux, la jurisprudence des tribunaux CIRDI a adhéré aux complémentarités fonctionnelles entre la coutume et le traité que la Cour a eu à dégager (Section I). D'autre part, en ce qui concerne l'identification de règles coutumières relatives aux investissements internationaux sur la base d'une pratique conventionnelle répétée, la jurisprudence des tribunaux CIRDI s'est démarquée de celle de la Cour (Section II).

Section I : Une adhésion aux complémentarités fonctionnelles entre la coutume et le droit international conventionnel

Par sa jurisprudence, la Cour de la Haye a posé des règles qui fixent des rapports complémentaires entre le traité et la coutume qui sont perceptibles dans la jurisprudence des tribunaux CIRDI. Il ressort des sentences CIRDI qu'elles ont suivi les jalons posés par la Cour en ce qui concerne la place de la coutume dans les méthodes d'interprétation des traités (Paragraphe I) et qu'elles mettent en œuvre des règles conventionnelles comme règles spéciales vis-à-vis de la coutume (Paragraphe II).

[1149] Pour une analyse des rapports entre la coutume et le traité en droit des investissements internationaux, voir GAZZINI (T.), « The Role of Customary International Law in the field of Foreign Investment », *Journal of World Investment & Trade*, Volume 8, Issue 5, 2007, pp. 691-715; CAI (C.), « International Investment Treaties and the Formation, Application and Transformation of Customary International Law Rules », *CJIL*, Novembre 2008, pp.659-679; KISHOIYIAN (B.), « The Utility of Bilateral Investment Treaties in the Formulation of Customary International Law », *Northwestern Journal of International Law & Business*, 1994, pp. 327-374; FARUQUE (A.), « Creating customary international Law through bilateral investment treaties: a critical appraisal », *IJIL*,vol. 44, 2004, pp. 292-318.

Paragraphe I : Suivisme des jalons concernant la place de la coutume dans les méthodes d'interprétation des traités

En reconnaissant un caractère coutumier aux règles d'interprétation prévues dans la Convention de Vienne sur le droit des traités, la Cour[1150] a posé les bases de l'interprétation des traités en droit international. Ces bases ont été suivies par les tribunaux CIRDI[1151] qui admettent également que les articles 31 et 32 de la Convention de Vienne « sont largement reconnus comme reflétant le droit international général »[1152].

Ainsi, comme dans la jurisprudence de la Cour, les sentences CIRDI ont admis l'interprétation des traités d'investissement à la lumière de la coutume (I) et, la coutume a pu être considérée comme complétant utilement le traité en le suppléant (II).

I. L'interprétation du traité à la lumière de la coutume

Dans l'affaire des *Plates-formes pétrolières*, la Cour a décidé que l'alinéa d) du paragraphe 1 de l'article XX du traité bilatéral d'amitié, de commerce et de droits consulaires (1955) entre les Etats-Unis et l'Iran[1153] devait être interprété en tenant compte du droit international coutumier[1154].

[1150] Voir par exemple l'arrêt rendu dans l'affaire *Avena et autres ressortissants mexicains* (Mexique c. Etats-Unis d'Amérique), arrêt, préc., p. 12, § 83 : « La Cour se penchera à présent sur la question de l'interprétation qu'il convient de donner à l'expression « sans retard » à la lumière des arguments avancés devant elle par les Parties. La Cour constate tout d'abord que le sens précis de cette expression, tel qu'il faut l'entendre à l'alinéa b) du paragraphe 1 de l'article 36, n'est pas indiqué dans la convention. Cette expression doit donc être interprétée au regard des règles coutumières d'interprétation des traités, telles qu'elles ont trouvé leur expression aux articles 31 et 32 de la Convention de Vienne sur le droit des traités. »
Voir également l'affaire *Souveraineté sur Pulau Ligitan et Pulau Sipadan* (Indonésie c. Malaisie), arrêt, C. I. J. Recueil 2002, p**.** 625, § 37 : « La Cour note que l'Indonésie n'est pas partie à la convention de Vienne du 23 mai 1969 sur le droit des traités ; elle rappellera toutefois que, selon le droit international coutumier qui a trouvé son expression dans les articles 31 et 32 de ladite convention : (…) »

[1151] Pour une analyse des techniques employées par les tribunaux CIRDI dans leur rôle d'« interprète incontournable de la norme internationale », voir LATTY (F.), « Les techniques interprétatives du CIRDI », *RGDIP*, Dossier : *Les techniques interprétatives de la norme internationale*, Tome 115, n° 2, 2011, pp. 459-480.

[1152] *Bureau veritas c. Paraguay*, préc., décision sur la compétence, § 59. La décision renvoie (note 9) aux arrêts de la Cour reconnaissant le caractère coutumier des article 31 et 32.

[1153] L'article XX.1.d de ce traité contenait une clause de sauvegarde.

[1154] *Plates-formes pétrolières (République islamique d'Iran c. Etats- Unis d'Amérique)*, arrêt, *op. cit.*, pp. 182-183, § 42. Voir également *Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay (Argentine c. Uruguay)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2010, pp. 46-47, § 66. Une telle approche est conforme à l'article 31.3.c de la Convention de Vienne sur le droit des traités selon lequel, dans le cadre de l'interprétation d'un traité, « il sera tenu compte, en même temps que du contexte : (…) de toute règle pertinente de droit international applicable dans les relations entre les parties ». Le groupe d'étude de la CDI sur la fragmentation du droit international a souligné « la souplesse du paragraphe 3 c) de l'article 31 et convenu que les règles mentionnées dans cette disposition comprenaient non seulement les autres règles conventionnelles mais aussi les règles de droit coutumier et les principes généraux du droit, citant l'arrêt des *Plates-Formes pétrolières* à l'appui de ses analyses en ce sens.(Commission du droit international, « Etude relative à l'interprétation des traités à la lumière de « toute règle pertinente de droit international applicable dans les

Comme pour leurs prédécesseurs (les traités d'amitié), il a été reconnu la nécessité d'interpréter des dispositions des traités d'investissements en tenant compte de la coutume dans la jurisprudence des tribunaux CIRDI[1155].

Résolvant l'affaire *AAPL*, le tribunal arbitral a fixé les règles qui devaient le guider dans l'interprétation du traité soumis à son appréciation dont celle selon laquelle il ne faut pas s'écarter de l'usage courant qui est fait de l'expression à interpréter à moins qu'il y ait de solides raisons de ce faire, adhérant à l'idée selon laquelle la coutume intervient utilement dans la détermination de cet usage courant[1156]. De ce fait, le tribunal arbitral était d'avis que l'expression "jouir de la pleine protection et sécurité" devait être interprétée « conformément à l'usage courant que la coutume lui a apposé »[1157].

On lit dans la sentence *CMS* qu'« il n'y a rien dans le contexte du droit international coutumier ou dans l'objet et le but du traité qui pourrait en soi exclure les crises économiques majeures de la portée de l'Article XI »[1158].

Dans la sentence *Metalclad*, le tribunal arbitral est d'avis que l'interprétation qu'il a donné de certaines dispositions de l'ALENA est « pleinement conforme à la position établie en droit international coutumier »[1159].

Les sentences *LG&E*[1160], *ADC*[1161] et *Railroad*[1162] reconnaissent également à la coutume, en des termes plus généraux, une fonction d'« instrument de l'interprétation des traités »[1163].

---

relations entre les parties» (art. 31, § 3 c), de la Convention de Vienne sur le droit des traités), dans le contexte de l'évolution générale du droit international et des préoccupations de la communauté internationale » (Groupe d'étude sur la « fragmentation du droit international: difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international ») , *Rapport de la Commission du droit international*, Cinquante-septième session 2 mai-3 juin et 11 juillet-5 août 2005, Document A/60/10, p. 215, § 471 et p. 217, § 477).

[1155] Voir en ce sens GAZZINI (T.), « The Role of Customary International Law in the field of Foreign Investment », *op. cit.*, pp. 710-712.

[1156] *AAPL c. Sri Lanka*, préc., sentence, § 40.

[1157] *Ibid.*, § 47.

[1158] *CMS c. Argentine*, préc., sentence, § 359. Voir également *Enron c. Argentine*, préc., sentence, §§ 333-334.

[1159] *Metalclad c. Mexique*, préc., sentence, § 73.

[1160] *LG&E c. Argentine*, préc., décision sur la responsabilité, § 89.

[1161] *ADC c. Hongrie*, préc., sentence, §§ 242 et 290.

[1162] *Railroad Development Corporation c. Guatemala*, préc., Seconde Décision sur la compétence, 18 mai 2010, § 111.

[1163] *LG&E c. Argentine*, préc., décision sur la responsabilité, § 89.

II. La coutume suppléant le traité

La CIJ a admis que la coutume peut suppléer le traité pour remédier soit à son silence ou à son insuffisance soit à son absence. Ce rôle de la coutume suppléant le traité a été admis aussi bien dans des arrêts tranchant des différends purement interétatiques[1164] que dans des arrêts touchant au traitement et à la protection de la propriété et des biens des étrangers.

Ainsi, dans l'affaire *Usine de Chorzów,* après avoir constaté que la Convention (germano-polonaise) de Genève du 15 mai 1922 relative à la Haute-Silésie polonaise, qui fixait les conditions de l'expropriation licite, ne contenait pas de dispositions relatives à l'indemnisation en cas d'expropriation illicite, c'est de la « pratique internationale » qu'elle a dégagé la règle relative à une telle indemnisation dans son célèbre *dictum* sur la réparation[1165].

La même démarche a été adoptée par nombre de sentences CIRDI se référant à la règle coutumière dégagée par l'arrêt *Usine de Chorzów* pour remédier au silence des traités d'investissements – qui ne contenaient que des dispositions sur l'indemnisation en cas d'expropriation licite – quant à l'indemnisation en cas d'expropriation illicite[1166].

Dans l'affaire *Loewen,* le tribunal arbitral constitué sous l'égide du CIRDI constate qu'aucune disposition de l'ALENA ne permet de répondre à la question de savoir si la nationalité doit continuer au moment de la résolution du différend, les dispositions de l'Accord mises en avant par le demandeur ne traitant que de la condition de la nationalité en rapport avec le *dies a quo.* Selon les arbitres, « c'est ce silence dans le

[1164] Dans l'affaire des *Immunités juridictionnelles de l'Etat*, la CIJ ayant constaté l'absence de traité liant l'Allemagne et l'Italie sur la question a décidé que le droit international coutumier constituait le fondement du droit à l'immunité dans les rapports entre les deux parties (*Immunités juridictionnelles de l'Etat (Allemagne c. Italie ; Grèce (intervenant)),* arrêt, C.I.J. Recueil 2012, p.122, § 54.). Il ressort également de cet arrêt que pour la Cour, lorsqu'une « question sort […] entièrement du champ d'application de la convention [elle] d[oi]t être tranchée au regard du droit international coutumier » (*Ibid.*, p. 129, § 68.). Dans le même ordre d'idées, la CIJ, dans son arrêt sur le *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000*, s'est arrêtée un instant sur les différents textes relatifs aux immunités évoqués par les parties puis a constaté que « des enseignements utiles peuvent être tirés de ces conventions sur tel ou tel aspect de la question des immunités. Elles ne contiennent toutefois aucune disposition fixant de manière précise les immunités dont jouissent les ministres des affaires étrangères. C'est par conséquent sur la base du droit international coutumier que la Cour devra trancher les questions relatives aux immunités de ces ministres soulevées en l'espèce.» (*Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c. Belgique),* arrêt, C. I. J. Recueil 2002, p. 22, § 52.).

[1165] *Usine de Chorzów*, arrêt (fond), *op. cit.*, p. 47.

[1166] *Cf. supra,* Partie I, Titre III, Chapitre II, Section I, Paragraphe II, I.

traité qui exige l'application du droit international coutumier pour résoudre la question de la nécessité de la continuité de la nationalité »[1167].

Par ailleurs, la sentence *Noble*, constatant que le TBI applicable « ne fournit aucune réponse à cette question [de l'attribution à l'Etat des actes commis par des personnes privées] »[1168], s'est tournée vers le droit international coutumier qui, selon elle, « complète le TBI à cet égard »[1169].

Cette faculté pour la coutume de compléter utilement un traité applicable dans une espèce donnée peut être prévue par le traité lui-même comme en attestent l'arrêt *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*[1170] de la CIJ et les sentences *Archer Daniels*[1171] et *Noble*[1172] du CIRDI.

Paragraphe II : Mise en œuvre de la relation *lex specialis* / *lex generalis* entre le traité et la coutume

La règle selon laquelle un traité peut constituer ou contenir une *lex specialis* dérogeant à la coutume a été d'abord posée et mise en œuvre par la Cour de la Haye avant de recevoir une application dans la jurisprudence des tribunaux CIRDI[1173].

Comme pour les précédentes règles, cette règle a été admise dans des arrêts relatifs aussi bien à des différends interétatiques[1174] qu'au traitement et à la protection des biensdes étrangers.

Ainsi, dans l'arrêt *Certains intérêts allemands en Haute Silésie polonaise*, la CPJI a constaté que la Convention relative à la Haute-Silésie polonaise « établissait en faveur de la

[1167] *Loewen c. Etats-Unis*, préc., sentence, § 226.
[1168] *Noble Ventures c. Roumanie*, préc., sentence, § 69.
[1169] *Ibidem.*
[1170] *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique)*, fond, arrêt, *op. cit.*, p. 94, § 176.
[1171] *Archer Daniels Midland et Tate & Lyle Ingredients Americas c. Mexique*, préc., sentence, § 111.
[1172] *Noble Ventures c. Roumanie*, préc., sentence, § 116.
[1173] GAZZINI (T.), « The Role of Customary International Law in the field of Foreign Investment », *op. cit.*, pp. 706-710.
[1174] Dans son arrêt *Plateau continental de la mer du Nord*, la CIJ a souligné qu'« en pratique il est possible de déroger par voie d'accord aux règles de droit international dans des cas particuliers ou entre certaines parties » (*Plateau continental de la mer du Nord*, arrêt, *op. cit.*, p. 43, § 72. Voir également Affaire du Détroit de Corfou, Arrêt du 9 avril 1949 : C.I.J. Recueil 1949, p. 28 ; *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique), arrêt, fond, *op. cit.*, p. 137, § 274 ; *Projet Gabčikovo-Nagymaros (Hongrie/Slovaquie)*, arrêt, *op. cit.*, p. 76, § 132.

Pologne un droit d'expropriation, qui constitue [à l'époque] une exception au principe général du respect des droits acquis »[1175].

Dans l'arrêt *ELSI*, la CIJ a admis la possibilité qu'un « principe important du droit international coutumier [puisse être] écarté »[1176] à moins que « l'intention de l'écarter soit verbalement précisée »[1177]. En l'occurrence, la Cour a dit ne pas douter que « les parties à un traité peuvent convenir, dans son texte, … que la règle de l'épuisement des recours internes ne s'appliquera pas aux demandes fondées sur de prétendues violations de ce traité »[1178].

L'exigence de la formulation claire de la dérogation d'une norme conventionnelle à la coutume ainsi exprimée dans l'arrêt *ELSI* est réaffirmée par la sentence *Loewen* qui cite explicitement l'arrêt de la Cour à l'appui de son raisonnement : « un principe important du droit international ne doit pas être présumé avoir été écarté tacitement par un accord international, en l'absence de mots rendant claire une intention de ce faire (Elettronica Sicula SpA (ELSI) United States v Italy (1989) ICJ 15 at 42) »[1179]

Quant à la possibilité pour une règle conventionnelle de déroger à la règle coutumière d'épuisement des voies de recours interne évoquée par le même arrêt *ELSI*, elle a été directement mise en œuvre par la sentence *Marvin Feldman* qui a décidé que l'article 1121(2) (b) et (3) de l'ALENA constitue une règle spéciale dérogeant à la règle générale de droit international coutumier sur l'épuisement des voies de recours internes[1180].

Par ailleurs, il ressort de la sentence *Archer Daniels* qu'une coutume générale n'a pas à s'appliquer à une question régie par un traité, étant entendu que la coutume n'est exclue dans cette hypothèse que pour les questions couvertes par le traité, les autres problématiques dont la *lex specialis* ne traite pas et qui sont régies par le droit international coutumier restent encadrées par ce dernier[1181].

Ceci n'est pas sans rappeler la formule de la Cour selon laquelle « d'une manière générale, les règles conventionnelles ayant le caractère de *lex specialis***,** il ne conviendrait pas qu'un Etat présente une demande fondée sur une règle de droit

[1175] *Certains intérêts allemands en Haute Silésie polonaise*, fond, arrêt, *op. cit.*, p. 21.
[1176] *Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI)*, arrêt, *op. cit.*, p. 42, § 50.
[1177] *Ibidem*.
[1178] *Ibidem*.
[1179] *Loewen c. Etats-Unis*, préc., sentence, § 160.
[1180] *Marvin Feldman c. Mexique*, préc., sentence, § 73.
[1181] *Archer Daniels Midland et Tate & Lyle Ingredients Americas c. Mexique*, préc., sentence, §§ 118-120 et § 174.

international coutumier si, par traité, il a déjà prévu des moyens de régler une telle demande »[1182].

Enfin, il ressort de certaines sentences CIRDI sur l'indemnisation en cas d'expropriation que la règle conventionnelle portant sur l'indemnisation pour expropriation licite ne peut être considérée comme une *lex specialis* vis-à-vis de la règle coutumière d'indemnisation pour expropriation illicite, les deux règles conventionnelles et coutumières ne traitant pas du même sujet[1183]. Comme il a été démontré *supra*[1184], c'est la même analyse qui a été retenue par l'arrêt *Usine de Chorzów* dans lequel la question a été tranchée sur la base du constat du silence du traité[1185].

Cette solution retenue par des tribunaux CIRDI est également conforme à la règle qu'il est possible de dégager de l'arrêt *Concessions Mavrommatis en Palestine* (portant en l'espèce sur la relation *lex specialis / lex generalis* entre deux dispositions conventionnelles) selon laquelle la *lex specialis* ne peut jouer qu'entre une règle générale et une règle spéciale traitant du même sujet[1186].

Si les jurisprudences de la Cour et des tribunaux CIRDI paraissent ainsi globalement d'accord sur le fait qu'une disposition conventionnelle peut déroger à une règle coutumière, elles ne partagent pas le même avis sur le passage de ce rapport entre le traité et la coutume à l'interaction entre le traité et la coutume consistant à identifier une règle coutumière sur la base d'une pratique conventionnelle répétée.

Section II : Des vues divergentes quant à la réalisation coutumière du droit des investissements par voie de TBI

La jurisprudence des tribunaux CIRDI a admis la formation de règles coutumières au regard d'une pratique conventionnelle répétée (Paragraphe I). La Cour de la Haye a eu un avis différent sur la question (Paragraphe II).

[1182] *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique), arrêt, fond, *op. cit.*, p. 137, § 274.
[1183] *ADC c. Hongrie*, préc., sentence, §§ 479-484 ; *Siemens c. Argentine*, préc., §§ 349 et 352 ; *LG&E c. Argentine*, préc., décision sur la responsabilité, § 38 ; *Mondev c. Etats-Unis d'Amérique*, préc., sentence, § 71 ; *Vivendi c. Argentine II*, préc., sentence, §§ 8.2.3-8.2.5.
[1184] Au paragraphe I de la présente section.
[1185] *Usine de Chorzów*, arrêt (fond), *op. cit.*, p. 47.
[1186] *Concessions Mavrommatis en Palestine*, arrêt (exception d'incompétence), *op. cit.*, p. 31.

Paragraphe I : L'admission par des sentences CIRDI de la formation de règles coutumières au regard d'une pratique conventionnelle répétée

La jurisprudence des tribunaux CIRDI s'est prononcée en faveur de la naissance de nouvelles règles coutumières du droit des investissements internationaux au gré de la répétition de certaines dispositions conventionnelles avec la prolifération des accords sur les investissements internationaux[1187].

La protection de l'actionnaire d'une société sous contrôle étranger en cas de préjudices subis par la société a été une problématique abordée dans ce sens.

Comme il a été donné de le voir, la reconnaissance de la protection des actionnaires par les sentences CIRDI a un fondement conventionnel, notamment, la définition de l'investissement dans les accords sur les investissements. De ce point de vue, la solution dégagée par l'arrêt *Barcelona Traction* a été globalement écartée à un double titre par les sentences CIRDI. Selon cette solution, au regard du droit international coutumier, les actionnaires d'une société sous contrôle étranger, dont les intérêts ont été affectés, ne sont pas des personnes internationalement protégeables pour l'atteinte portée aux droits de la société. D'une part, certaines sentences CIRDI ont considéré que l'arrêt *Barcelona Traction* qui était relatif à la protection diplomatique n'est pas pertinent pour régler la problématique de la protection des actionnaires d'une société sous contrôle étranger devant les tribunaux CIRDI. D'autres sentences CIRDI considèrent que même si la solution de l'arrêt *Barcelona Traction* devait être considérée comme la règle générale concernant la protection des actionnaires d'une société sous contrôle étranger en cas d'atteinte aux droits de la société, les dispositions conventionnelles prévues dans les accords sur les investissements doivent être appréhendées comme des règles y dérogeant. Ces décisions soutiennent à cet effet qu' un traité peut modifier les règles de droit international coutumier qui seraient applicables entre les Etats parties au traité en l'absence de ce dernier, ainsi les traités prévoyant un droit d'action directe des actionnaires indépendamment de celui de la société dont les droits sont affectés et en particulier la convention de Washington, doivent être appliqués en tant que *lex specialis*[1188].

[1187] Selon la base de données *International Investment Agreement Navigator* de la CNUCED, au 19 octobre 2016, 2962 TBI ont été signés, dont 2322 en vigueur et 363 autres accords internationaux contenant des dispositions sur les investissements dont 293 en vigueur. URL : http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA [Consulté le 19 octobre 2016].

[1188] Voir *supra*, Partie II, Titre I, Chapitre II, Section I, Paragraphe II, II.

C'est dire que dans la jurisprudence des tribunaux CIRDI, la règle de la protection de l'actionnaire d'une société sous contrôle étranger a pu être considérée comme une *lex specialis* contenue dans les accords sur les investissements et dérogeant à la règle coutumière.

Cependant, dans cette même jurisprudence, cette règle a été identifiée comme une règle coutumière au regard de la pratique conventionnelle concordante avec la multiplication des accords sur les investissements.

La décision sur la compétence rendue dans le cadre de l'affaire *CMS* considère que la règle de la protection de l'actionnaire d'une société sous contrôle étranger doit être aujourd'hui considérée comme plus qu'une simple *lex specialis*.

Selon cette décision, rien n'interdit en droit international contemporain d'autoriser les actionnaires à présenter des réclamations indépendamment de la société lésée, cette situation étant principalement le résultat de *lex specialis* et d'arrangements conventionnels spécifiques. Seulement, « le fait est que la *lex specialis* dans ce contexte est si courante qu'elle peut désormais être considérée comme la règle générale, certainement en ce qui concerne les investissements étrangers et de plus en plus pour d'autres problématiques. Dans la mesure où le droit international coutumier ou généralement le droit traditionnel des réclamations internationales pourrait avoir suivi une approche différente – une position qui est discutable – cette approche peut être considérée comme l'exception »[1189]

L'abondante *lex specialis* qui consacre la protection de l'actionnaire d'une société sous contrôle étranger dans l'hypothèse d'une atteinte aux droits de la société supplanterait donc la règle coutumière qui dénie, dans la même hypothèse, le droit à la protection de l'actionnaire.

Il existerait donc une nouvelle règle générale reconnaissant la protection de l'actionnaire, les règles spéciales s'étant hissées au rang de règle coutumière générale[1190].

[1189] *CMS c. Argentine*, préc., décision sur la compétence, § 48.

[1190] On peut percevoir dans la décision sur la demande d'annulation un rappel à l'ordre voilé des arbitres par leurs collègues du comité *ad hoc* qui ne rendent pas fidèlement compte de l'idée contenue dans la décision sur la compétence. Selon le comité, comme indiqué par le tribunal, rien n'empêche la conclusion de traités reconnaissant le *jus standi* aux actionnaires indépendamment de celui de la société ; alors que la décision du tribunal ajoute que « le fait est que la *lex specialis* dans ce contexte est si courante qu'elle peut désormais être considérée comme la

La décision *CMS* a reçu un écho favorable dans la décision sur la compétence en l'affaire *AES c. Argentine* selon laquelle « l'évolution actuelle du droit international général sur cette question [de la protection des actionnaires et celle de leur *jus standi* devant un tribunal CIRDI] …a été analysée de façon convaincante par le tribunal dans l'affaire *CMS* »[1191].

Une telle identification d'une nouvelle règle coutumière relative à la protection des actionnaires d'une société sous contrôle étranger dans la pratique conventionnelle concordante[1192] dans la jurisprudence des tribunaux CIRDI ne coïncide pas avec la jurisprudence de la Cour.

Paragrahe II : Une interaction rejetée par la Cour comme dénotant une confusion entre dérogation à la coutume et formation de la coutume *via* les TBI

La Cour a eu l'occasion de se prononcer sur la question de l'évolution du droit international coutumier, de la formation d'une nouvelle règle coutumière relative à la protection de l'actionnaire de la société sous contrôle étranger depuis son arrêt *Barcelona Traction*.

La CIJ a eu l'occasion de ce faire dans l'arrêt *Ahmadou Sadio Diallo* quand elle s'est prononcée sur la théorie guinéenne de la protection « par substitution »[1193] étayée entre autres par les accords sur les investissements internationaux et les sentences arbitrales invoquées à l'appui.

---

règle générale», le comité *ad hoc* conclut quant à lui que ces traités «doivent être appliqués en tant que *lex specialis* » (§ 69) en renvoyant au paragraphe 48 de la décision sur la compétence dans une note de bas de page.

[1191] *AES Corporation c. Argentine*, CIRDI, affaire n° ARB/02/17, décision sur la compétence, 26 avril 2005, § 86. Le tribunal cite en note de bas de page, en appui à son idée, les paragraphes 43-48, 49-56, 57-65 de la décision sur la compétence rendue dans le cadre de l'affaire *CMS*.

[1192] L'idée de la naissance de nouvelles règles coutumières du droit des investissements internationaux sur la base d'une pratique conventionnelle concordante semble être soutenue par une partie de la doctrine, notamment à l'appui de la thèse de l'internationalisation des contrats d'Etat. Brigitte STERN, par exemple, fait état de « la naissance de règles coutumières internationales régissant les contrats d'Etat, sur la base de la multiplication des traités bilatéraux et multilatéraux de protection des investissements » (LANKARANI (L.), *Les contrats d'Etat à l'épreuve du droit international*, *op. cit.*, préface de Brigitte STERN, p. XIV.). Dans le même ordre d'idées, Prosper WEIL soutient que « par leur répétition même, certaines clauses des traités bilatéraux d'investissement peuvent ainsi acquérir valeur coutumière. » (WEIL (P.), « L'Etat, l'investisseur étranger et le droit international : la relation désormais apaisée d'un ménage à trois », *op. cit.*, p. 421) ; mais également que « non seulement pourra-t-on se référer aux règles de fond énoncées dans les traités bilatéraux ou multilatéraux pertinents lorsque de telles conventions existent, mais la répétition de certaines clauses dans la plupart de ces traités peut donner à penser qu'il s'agit souvent là de règles de caractère coutumier applicables en l'absence même de tout *umbrella agreement* » (LANKARANI (L.), *Les contrats d'Etat à l'épreuve du droit international*, *op. cit.*, Avant-propos de Prosper WEIL, pp XX-XXI).

[1193] *Cf. supra*. Partie II, Titre I, Chapitre II, Section I, Paragraphe II, II, A.

Selon la CIJ, « le fait, dont se prévaut la Guinée, que différents accords internationaux tels les accords sur la promotion et la protection des investissements étrangers et la convention de Washington aient institué des régimes juridiques spécifiques en matière de protection des investissements, ou encore qu'il soit courant d'inclure des dispositions à cet effet dans les contrats conclus directement entre Etats et investisseurs étrangers, ne suffit pas à démontrer que les règles coutumières de protection diplomatique auraient changé; il pourrait tout aussi bien se comprendre dans le sens contraire. Les arbitrages qui ont été invoqués par la Guinée relèvent eux aussi de régimes particuliers (…) »[1194].

Le membre de phrase « ne suffit pas à démontrer que les règles coutumières de protection diplomatique auraient changé »[1195] indique que pour la Cour la naissance d'une règle coutumière par le fait des traités n'est pas chose impossible[1196]. Seulement, le seul fait d'avancer l'existence d'une pratique conventionnelle concordante « ne suffit pas » à établir la réalité de cette hypothèse.

Cette analyse est cohérente avec la jurisprudence constante[1197] de la Cour sur la théorie des deux éléments (matériel et psychologique) nécessaires à la formation de la coutume, « il est bien évident que la substance du droit international coutumier doit être recherchée en premier lieu dans la pratique effective et *l'opinio juris* des Etats »[1198].

Ces deux éléments sont clairement présentés dans l'arrêt *Plateau continental de la mer du Nord* dans lequel la Cour indique que pour que des actes soient érigés au rang de

---

[1194] *Ahmadou Sadio Diallo (République de Guinée c. République démocratique du Congo),* exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 2007, p. 615, § 90.
[1195] *Ibidem.*
[1196] Voir *Plateau continental de la mer du Nord*, arrêt, *op. cit.*, p. 42, § 71, p. 43, § 73 et p. 44, §74 ; *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique)*, fond, *op. cit*, pp. 96-97, § 181.
[1197] *Plateau continental de la mer du Nord*, arrêt, *op. cit.*, p. 45, § 77 ; *Délimitation de la frontière maritime dans la région du golfe du Maine*, arrêt, *op. cit.*, p. 299, § 111 ; *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1996, pp. 254-255, § 70 ; p. 253, §64 ; *Lotus*, arrêt du 7 septembre 1927, C.P.J.I. Recueil, Série A, n° 10, p. 28 ; *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader (Belgique c. Senegal),* arrêt, C.I.J. Recueil 2012, p. 457, § 99 ; *Affaire du droit de passage sur territoire indien (fond),* Arrêt du 12 avril 1960: C. I. J . Recueil 1960, p. 39 et p. 40 ; *Affaire des pêcheries*, Arrêt du 18 décembre 1951 : C. I. J. Recueil 1951, p. 139 ; *Affaire colombo-péruvienne relative au droit d'asile*, Arrêt du 20 novembre 1950: C. I. J. Recueil 1950, p. 276 et p. 277 : « Les faits soumis à la Cour révèlent tant d'incertitude et de contradictions, tant de fluctuations et de discordances dans l'exercice de l'asile diplomatique et dans les vues officiellement exprimées à diverses occasions ; il y a eu un tel manque de consistance dans la succession rapide des textes conventionnels relatifs à l'asile, ratifiés par certains États et rejetés par d'autres, et la pratique a été influencée à tel point par des considérations d'opportunité politique dans les divers cas, qu'il n'est pas possible de dégager de tout cela une coutume constante et uniforme acceptée comme étant le droit en ce qui concerne la prétendue règle de la qualification unilatérale et définitive du délit. ».
[1198] *Plateau continental (Jamahiriya arabe libyenne/Malte),* arrêt, C.I.J. Recueil 1985, p. 29, § 27.

règle coutumière, « non seulement les actes considérés doivent représenter une pratique constante, mais en outre ils doivent témoigner, par leur nature ou la manière dont ils sont accomplis, de la conviction que cette pratique est rendue obligatoire par l'existence d'une règle de droit. La nécessité de pareille conviction, c'est-à-dire l'existence d'un élément subjectif, est implicite dans la notion même d'*opinio juris sive necessitatis*. Les Etats intéressés doivent donc avoir le sentiment de se conformer à ce qui équivaut à une obligation juridique »[1199]. Selon la Cour, « ni la fréquence ni même le caractère habituel des actes ne suffisent. II existe nombre d'actes internationaux, dans le domaine du protocole par exemple, qui sont accomplis presque invariablement mais sont motivés par de simples considérations de courtoisie, d'opportunité ou de tradition et non par le sentiment d'une obligation juridique »[1200].

Il apparaît ainsi que pour la Cour, les conditions de l'interaction possible entre la coutume et le traité en vue de la formation d'une règle coutumière, ne sont pas remplies en droit conventionnel des investissements. Si la pratique conventionnelle concordante satisfait à la condition matérielle de la formation de la coutume, la Cour semble souligner que la condition psychologique – le sentiment, la conviction d'une obligation juridique – fait défaut en droit conventionnel des investissements[1201]. Il semble donc qu'il y ait « *"so much uncertainty and contradiction, so much fluctuation and discrepancy in the rapid conclusion of BITs, and the practice has been so much influenced by considerations of political expediency in the various cases, that it is not easy to discern in all the treaties any constant and uniform usage, accepted as law regulating foreign investment"* »[1202].

En évoquant la possibilité d'interpréter la répétition de clauses conventionnelles concordantes dans les accords sur les investissements « dans le sens contraire »[1203] à la naissance d'une nouvelle règle coutumière, la CIJ, dans le passage précité de l'affaire

---

[1199] *Plateau continental de la mer du Nord*, arrêt, *op. cit.*, p. 45, § 77.

[1200] *Ibidem.*

[1201] La solution ainsi retenue par la Cour a été également défendue par la doctrine. Voir GAZZINI (T.), «The Role of Customary International Law in the field of Foreign Investment», *op.cit.*, pp. 704 et 707-710; FARUQUE (A.), « Creating customary international Law through bilateral investment treaties: a critical appraisal », *op. cit.*, pp. 292-318; CAI (C.), « International Investment Treaties and the Formation, Application and Transformation of Customary International Law Rules », *op. cit.*, pp.659-670; KISHOIYIAN (B.), « The Utility of Bilateral Investment Treaties in the Formulation of Customary International Law », *op. cit.*, pp. 327-374.

[1202] KISHOIYIAN (B.), «The Utility of Bilateral Investment Treaties in the Formulation of Customary International Law», *op. cit*., p. 372. C'est en ces termes que Bernard KISHOIYIAN, paraphrasant en cela l'arrêt *Affaire colombo-péruvienne relative au droit d'asile* de la CIJ (Arrêt du 20 novembre 1950 : C. I. J. Recueil 1950, p. 276 et p. 277), a conclu son analyse des TBI dans le contexte de la formation de la coutume.

[1203] *Ahmadou Sadio Diallo (République de Guinée c. République démocratique du Congo),* exceptions préliminaires, arrêt, *op. cit.,* p. 615, § 90.

Ahmadou Sadio Diallo, met en exergue le fait que la conclusion de ces accords pourrait être vue comme marquant plutôt la persistance et le caractère actuel de la règle coutumière, ces textes étant justement prévus pour établir des « régimes juridiques spécifiques »[1204] d'ordre conventionnel. Les sentences arbitrales, notamment la sentence rendue en l'affaire *Biloune*[1205], largement invoquée à l'appui de la prétention de la Guinée[1206], s'inscrivent, pour la Cour, dans le même ordre d'idées. Selon la Cour, c'est en vertu de l'existence d'un accord entre la société dont M. Biloune était actionnaire et le *Ghana Investments Center* que M. Biloune a été admis à introduire une action en responsabilité contre le Ghana pour la prétendue expropriation de la valeur de ses intérêts d'actionnaire là où les droits de la société ont été expropriés[1207].

En définitive, et contrairement à ce qu'avait avancé la décision *CMS*, les nombreux accords sur les investissements internationaux reconnaissant la protection de l'actionnaire d'une société sous contrôle étranger demeurent à l'heure actuelle, pour la Cour, pas plus que des règles conventionnelles, n'ayant pas donné lieu à une règle coutumière, malgré la répétition de cette pratique conventionnelle.

Au regard de l'arrêt *Ahmadou Sadio Diallo*, le courant CMS se démarque de la position de la Cour qui a confirmé l'actualité de la règle coutumière déniant la protection de l'actionnaire de la société sous contrôle étranger. Ce faisant, elle a refusé d'admettre la formation d'une nouvelle règle coutumière relative à la protection des actionnaires sur la base d'une pratique conventionnelle concordante. Selon la Cour, cette pratique conventionnelle concordante n'est que la traduction de la *lex specialis*, qu'elle a évoqué dans son arrêt *Barcelona Traction* comme l'une des circonstances qui pourraient justifier que la règle générale soit écartée.

[1204] *Ibidem.*

[1205] *A. Biloune et Marine Drive Complex Ltd. c. Ghana Investment Center et Gouvernement du Ghana*, CNUDCI, sentence sur la compétence et la responsabilité du 27 octobre 1989.

[1206] Mémoire soumis par le Gouvernement de la Guinée, Livre I, CIJ, Mémoires, plaidoiries et documents, Affaire *Ahmadou Sadio Diallo (République de Guinée c. République démocratique du Congo).*

[1207] *Ahmadou Sadio Diallo (République de Guinée c. République démocratique du Congo),* exceptions préliminaires, arrêt, *op. cit.,* p. 615, § 90.

CONCLUSION DU CHAPITRE

L'interprétation et l'identification des règles primaires du droit des investissements internationaux à travers les rapports entre la coutume et le traité constituent des problématiques se rapportant aux règles de reconnaissance sur lesquelles il a été possible de procéder à la confrontation des jurisprudences de la Cour et des tribunaux CIRDI.

Sur ces questions, il a été observé que la jurisprudence de la Cour n'est reprise qu'en partie par celle des tribunaux CIRDI.

En ce qui concerne l'interprétation des règles primaires, il a été donné de voir que les jurisprudences de la Cour et des tribunaux CIRDI s'accordent sur les rapports complémentaires que peuvent avoir le traité et la coutume dans ce cadre. La coutume suppléant le traité, la coutume éclairant l'interprétation du traité ou encore le traité offrant des règles spéciales pour s'adapter à certaines situations que la règle coutumière générale ne saurait convenablement régir. Il y a là autant de rapports entre la coutume et le traité dont les jalons ont été posés par la Cour lorsqu'elle a interprété, entre autres, des règles relatives à la protection et au traitement des biens des étrangers et que les tribunaux CIRDI ont reconduit dans l'exercice de leur fonction juridictionnelle.

L'identification des règles primaires, notamment coutumières, du droit des investissements internationaux ne dégage pas pareille harmonie.

La Cour et les tribunaux CIRDI ne sont pas d'accord quant à l'identification de règles coutumières à travers la pratique conventionnelle concordante. Sur ce point, la problématique de la protection de l'actionnaire de la société sous contrôle étranger a fait clairement l'objet de solutions discordantes de la Cour et des tribunaux CIRDI.

Ainsi, les règles de reconnaissance constituent une question au regard de laquelle il a pu être vérifié une dissidence en ce que les tribunaux CIRDI n'empruntent que relativement les solutions de la Cour sur les règles secondaires appliquées en droit des investissements internationaux.

La mise en parallèle des jurisprudences de la Cour et des tribunaux CIRDI quant aux règles de la responsabilité des Etats permet également d'étayer une telle conclusion.

TITRE III : AU REGARD DES REGLES DE LA RESPONSABILITE INTERNATIONALE DE L'ETAT

Le droit de la responsabilité internationale de l'Etat entretient des liens étroits, d'une part, avec la protection des étrangers – dont le droit des investissements internationaux est un aspect – et d'autre part, avec la jurisprudence internationale.

Comme le souligne James CRAWFORD, « *There is a close connection between the evolution of the rules of State responsibility and the modern field of what we now think of as investment protection law* »[1208]. En effet, la responsabilité internationale des États a d'abord été entendue d'une responsabilité pour les dommages causés sur leurs territoires à la personne ou aux biens des étrangers. En atteste le sujet d'études de la Troisième commission de la Conférence de codification du droit international qui s'est tenue à la Haye en 1930 sous les auspices de la SDN[1209]. C'est cet héritage de la SDN qui a orienté les premiers travaux de la CDI sur la responsabilité des États qui ont porté au départ sur la *Responsabilité des États à raison des dommages causés sur son territoire à la personne ou aux biens des étrangers*[1210]. Suivant, depuis, la distinction entre règles primaires et règles secondaires, ces travaux ont par la suite pris une orientation plus générale et abouti au Projet d'articles de la CDI sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite[1211].

Cet effort de codification ne doit pas faire perdre de vue le fait que le droit de la responsabilité internationale a d'abord été forgé par la jurisprudence internationale dont la CDI n'a pas manqué de s'inspirer dans le cadre de ses travaux. Ce rapport étroit entre la jurisprudence internationale et le droit de la responsabilité internationale est savamment résumé par Alain PELLET en ces termes : « le droit de la responsabilité internationale de l'État a toujours été d'essence prétorienne. Ce sont les tribunaux arbitraux constitués à la fin du XIXème siècle et au début du XXème qui en ont posé les bases – surtout dans les affaires opposant des États européens ou les États-Unis d'Amérique aux pays latino-américains, sommés de respecter leurs obligations internationales à l'égard surtout des intérêts étrangers menacés par les révolutions à répétition et l'instabilité régnant alors dans le sous-continent. C'est la Cour permanente qui l'a figé en des formules bien frappées devenues aujourd'hui la

[1208] CRAWFORD (J.), «Investment arbitration and the ILC articles on state responsibility », *op. cit.*, p. 127.

[1209] Parmi les trois thèmes qui avaient été retenus pour codification à la Conférence de codification du droit international qui a eu lieu à la HAYE du 13 mars au 12 avril 1930, figurait la « Responsabilité des États en ce qui concerne les dommages causés sur leur territoire à la personne ou aux biens d'étrangers ». (Voir Société des Nations, *Journal officiel, Supplément spécial* n° 53 (octobre 1927), p. 9.). La Conférence n'a cependant pas adopté de convention internationale sur ce thème.

[1210] Commission du droit international, « Responsabilité des États à raison des dommages causés sur son territoire à la personne ou aux biens des étrangers : avant-projet révisé », *op. cit.*

[1211] Commission du droit international, « Projet d'articles sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite et Commentaires y relatifs », *op. cit.*

vulgate du droit de la responsabilité. Et, dans une large mesure, la C.D.I. a pris note, dans ses Articles de 2001, de ce droit d'essence jurisprudentielle sans en contester les éléments fondamentaux et en se contentant d'en combler certaines lacunes et d'en lever des incertitudes, tout en y ajoutant un zeste prudent mais bien venu de développement progressif »[1212].

Si la jurisprudence de la Cour a constitué l'un des fondements des travaux de la CDI sur la responsabilité des États, la Cour a également contribué à consolider ces travaux pendant leur réalisation, puis confirmé la positivité des règles retenues dans le Projet d'articles de la CDI sur la responsabilité des États. Ce Projet d'articles, bien que n'ayant pas encore accédé au rang de convention internationale[1213], constitue aujourd'hui le texte de référence pour la Cour lorsqu'elle traite de questions relatives à la responsabilité internationale de l'État[1214]. Les tribunaux CIRDI se réfèrent également fréquemment au Projet d'articles[1215] pour trancher les questions de responsabilité internationale portées à leur connaissance.

Le projet d'articles de la CDI sur la responsabilité des États offre donc une structure de base adéquate pour la construction d'une réflexion autour de la responsabilité des États pour manquement aux règles primaires du droit des investissements internationaux au regard des jurisprudences de la Cour et des tribunaux CIRDI. Il apparaît cependant que dans le contentieux des investissements internationaux, les problématiques du droit de la responsabilité internationale les plus récurrentes et abordées aussi bien par la Cour que par les tribunaux CIRDI[1216] sont celles de l'attribution à l'Etat des comportements aux fins de la détermination de sa responsabilité et des excuses et justificatifs des manquements aux règles primaires.

[1212] PELLET (A.), « Remarques sur la jurisprudence récente de la C.I.J. dans le domaine de la responsabilité internationale » *in* KOHEN (M.), KOLB (R.), TEHINDRAZANARIVELO (D. L.) (eds.), *Perspectives du droit international au 21e siècle : Liber Amicorum Professeur Christian Dominicé in honour of his 80 th birthday*, Leiden ; Boston : Martinus Nijhoff, 2012, p. 321.

[1213] James CRAWFORD est assez pessimiste quant à la transformation du Projet en Convention internationale: « *It may well be that some of the governments who are agitating for the conversion of the ILC articles into a trety text are doing so because they would like to reopen some of the questions which the Commission laboriously closed. With this in mind, it is unlikely that we will see the rapid emergence of a Convention on State Responsibility* ». CRAWFORD (J.), « Investment arbitration and the ILC articles on state responsibility », *op. cit.*, p. 129.

[1214] Voir par exemple PELLET (A.), « Remarques sur la jurisprudence récente de la C.I.J. dans le domaine de la responsabilité internationale » *op. cit.*, pp. 321-345.

[1215] Voir par exemple CRAWFORD (J.), « Investment arbitration and the ILC articles on state responsibility », *op. cit., Appendix*, pp. 136-199.

[1216] Pour un aperçu d'autres problématiques du droit de la responsabilité internationale qui ont pu être soulevées dans le contentieux des investissements internationaux, voir par exemple la chronique « Arbitrage transnational et droit international général » animée par Franck LATTY (depuis 2008), Patrick JACOB (depuis 2011) et Arnaud DE NANTEUIL (depuis 2013) dans l'Annuaire français de droit international.

Pour rendre compte de la responsabilité des États en droit des investissements internationaux de façon pertinente, il convient donc de se focaliser sur ces deux problématiques. L'analyse de la jurisprudence des tribunaux CIRDI à la lumière de celle de la Cour sur ces problématiques permet de conclure à une reproduction partielle de la jurisprudence de la Cour de la Haye par les tribunaux CIRDI pour ce qui est de l'attribution (Chapitre I) et une reproduction substantielle en ce qui concerne les conditions de mise en œuvre des excuses et justificatifs aux manquements aux règles primaires (Chapitre II).

CHAPITRE I : REPRODUCTION PARTIELLE DE LA JURISPRUDENCE DE LA COUR SUR L'ATTRIBUTION

L'attribution d'un comportement à l'État apparaît comme une étape importante dans la reconnaissance de la responsabilité de l'État pour manquement à une obligation internationale. En effet, si le fait prétendument illicite n'est pas attribuable à l'État, nul n'est besoin de rechercher s'il est constitutif d'une violation d'une obligation internationale. Une action ou une omission qu'il n'est pas possible d'attribuer à un État donné ne peut donc constituer un fait internationalement illicite de ce dernier de sorte à engager sa responsabilité internationale.

Ces règles qui gouvernent la responsabilité de l'État pour manquement à une obligation internationale ont été codifiées par le Projet d'articles de la CDI sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite[1217]. L'attribution y est considérée, avec la violation d'une obligation internationale, comme élément constitutif du fait internationalement illicite. Le Projet d'articles ne se contente pas de poser l'attribution comme un critère nécessaire de l'engagement de la responsabilité internationale de l'État, il précise également les conditions dans lesquelles une action ou une omission peut être attribuée à l'État.

Sur la problématique de l'attribution à l'Etat d'un comportement[1218] aux fins de la détermination de sa responsabilité, d'une part, il a été donné de constater que les jurisprudences de la Cour et des tribunaux CIRDI se sont conjointement prononcés sur deux hypothèses d'attribution : l'attribution des actes des organes et l'attribution des actes des personnes ou entités sous contrôle. D'autre part, il a été déterminé que la jurisprudence des tribunaux CIRDI a, dans une certaine mesure, reproduit celle de la Cour. En effet, l'on constate que sur la problématique de l'attribution, les tribunaux CIRDI se réfèrent presque systématiquement aux règles contenues dans le Projet d'articles de la CDI. Or, la plupart des règles contenues dans cet *instrumentum*, a été dégagé par la Cour de la Haye, comme il a déjà été relevé : « dans une large mesure, la C.D.I. a pris note, dans ses Articles de 2001, de ce droit d'essence jurisprudentielle sans en contester les éléments fondamentaux et en se

[1217] Commission du droit international, « Projet d'articles sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite et Commentaires y relatifs », *op. cit.*

[1218] Dans son étude sur les entités paraétatiques dans la jurisprudence du CIRDI, Yves NOUVEL soutient que le rattachement des entités paraétatiques à l'Etat, aboutissant à « étatiser » l'objet du rattachement, peut s'exercer à trois titres : « à l'égard de l'entité elle-même, de son comportement ou de sa volonté. » (NOUVEL (Y.), « Les entités paraétatiques dans la jurisprudence du CIRDI », *op. cit.*,, p. 25). La deuxième opération qui « vise à déterminer le caractère étatique du comportement de l'entité [paraétatique,] …l'imputabilité de [sa] conduite » à l'Etat, s'effectue « aux fins de déterminer la responsabilité de l'Etat » (*Ibid.*, p. 26).

contentant d'en combler certaines lacunes et d'en lever des incertitudes, tout en y ajoutant un zeste prudent mais bien venu de développement progressif »[1219].

De ce point de vue, il apparaît que la jurisprudence de la Cour sur l'attribution d'un acte à l'Etat est reprise dans la jurisprudence des tribunaux CIRDI de façon indirecte ou « comme un argument d'appui assez secondaire »[1220]. Alain PELLET a pu parler à ce propos d'une « jurisprudence [de la Cour] éclipsée »[1221] par le projet d'articles de la CDI, d'une jurisprudence de la Cour utilisée « comme faire-valoir des articles de la CDI sur la responsabilité »[1222].

C'est au regard de tous ces éléments qu'il sera démontré que la jurisprudence des tribunaux CIRDI adhère au critère de l'attribution à l'Etat des actes de ses organes retenu par la Cour – et ce, de façon relative (Section I) ainsi qu'aux règles d'attribution à l'Etat des comportements de personnes sous son contrôle (Section II). Mais avant de présenter ces résultats de la confrontation des jurisprudences de la Cour et des tribunaux CIRDI quant à l'attribution d'actes à l'Etat, il convient, à titre liminaire, de s'arrêter sur l'usage exclusif que certaines sentences CIRDI ont pu faire des règles d'attribution à l'Etat d'un acte en vue d'établir sa responsabilité (Section liminaire).

Section liminaire : la « décontextualisation » : usage exclusif des règles d'attribution de la responsabilité dans la jurisprudence des tribunaux CIRDI

Les règles générales d'attribution prévues dans le projet de la CDI aux fins de la détermination de la responsabilité internationale de l'Etat ont pu être utilisées à d'autres fins dans la jurisprudence des tribunaux CIRDI.

En effet, il y a des espèces qui témoignent d'une utilisation de ces règles dans un but autre que d'attribuer à l'Etat un *comportement*[1223] aux fins de la détermination de sa

[1219] PELLET (A.), « Remarques sur la jurisprudence récente de la C.I.J. dans le domaine de la responsabilité internationale », *op.cit.*, p. 321.
[1220] PELLET (A.), « La jurisprudence de la Cour internationale de justice dans les sentences CIRDI », *op. cit.*, p. 22.
[1221] *Ibid.*, p. 23.
[1222] *Ibid.*, p. 22.
[1223] Dans son étude sur les entités paraétatiques dans la jurisprudence du CIRDI, Yves NOUVEL soutient que le rattachement des entités paraétatiques à l'Etat, aboutissant à « étatiser » l'objet du rattachement, peut s'exercer à trois titres : « à l'égard de l'entité elle-même, de son comportement ou de sa volonté. » (NOUVEL (Y.), « Les entités paraétatiques dans la jurisprudence du CIRDI », *in* LEBEN (Ch.) (Dir.), *Le contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement. Nouveaux Développements,* Actes du Colloque organisé à Paris le 3 mai 2004, Louvain-La-Neuve : Anthémis, Paris : L.G.D.J., 2006, p. 25). La deuxième opération qui « vise à déterminer le caractère étatique du comportement de l'entité [paraétatique,] …l'imputabilité de [sa] conduite» à l'Etat, s'effectue « aux fins de déterminer la responsabilité de l'Etat » (*Ibid.*, p. 26).

responsabilité. Franck LATTY a pu parler à ce propos de « décontextualisation » des règles d'attribution à l'État d'un comportement contraire au droit international[1224].

Cette *décontextualisation* qu'il est possible de souligner dans la jurisprudence des tribunaux CIRDI se manifeste dans différents domaines :

-Certains tribunaux CIRDI ont pu se référer à ou appliquer les règles d'attribution en matière de responsabilité de l'État pour déterminer leur compétence *ratione personae* à l'égard d'un État donné[1225].

-Les règles d'attribution établies dans le cadre de la responsabilité internationale de l'État ont également pu être utilisées pour déterminer la portée de clauses *umbrella*[1226].

-Un tribunal CIRDI a utilisé les règles d'attribution de la CDI « pour présumer la connaissance par l'État de comportements de ses organes »[1227].

Ces différentes façons d'utiliser les règles d'attribution d'un acte à l'Etat aux fins de la détermination de sa responsabilité internationale dénotent un usage de ces règles par la jurisprudence des tribunaux CIRDI qui ne se retrouve pas dans la jurisprudence de la Cour.

De ce point de vue, la « décontextualisation » peut être perçue comme un point de divergences entre la Cour et les tribunaux CIRDI sur la problématique de l'attribution de façon générale.

Plus spécifiquement, et dans le cadre de l'attribution à l'Etat d'un comportement en vue de déterminer sa responsabilité, il a été possible de constater une adhésion relative des tribunaux CIRDI au critère de l'attribution à l'Etat des actes de ses organes.

[1224] LATTY (F.), Chronique « Arbitrage transnational et droit international général », *AFDI.*, 2009, p. 703.
[1225] Voir par exemple *Maffezini c. Espagne,* préc., décision sur la compétence, §§ 71 ss ; *Toto c. Liban,* préc., décision sur la compétence, §§ 43 ss ; Voir en ce sens NOUVEL (Y.), « Les entités paraétatiques dans la jurisprudence du CIRDI », *op. cit.*, pp. 26-34.
[1226]Voir en ce sens NOUVEL (Y.), « Les entités paraétatiques dans la jurisprudence du CIRDI », *op. cit.*, pp. 41-51.
[1227] LATTY (F.), Chronique « Arbitrage transnational et droit international général », *AFDI.*, 2009, p. 703. Citant à cet égard *Waguih E. G. Siag et Clorinda Vecchi c. Egypte*, préc., sentence, § 195.

Section I : Adhésion relative au critère de l'attribution à l'Etat des actes de ses organes

L'attribution à l'Etat des actes de ses organes suppose de déterminer si une personne ou une entité donnée est un organe de l'Etat. La jurisprudence des tribunaux CIRDI a repris la règle d'attribution à l'Etat hôte des actes de ses organes retenue par la Cour de la Haye. Les tribunaux CIRDI n'ont éprouvé aucune difficulté particulière à la suivre et attribuer à l'Etat hôte les actes d'organes exerçant les fonctions étatiques traditionnelles (Paragraphe I).

Cependant, en dehors des organes traditionnels, la notion d'organe de l'État ne paraît pas aisée à définir, les critères pour ce faire ne faisant pas l'unanimité en tous points entre la Cour et les tribunaux CIRDI qui, n'adhèrent que de façon relative à la conception de la notion d'organe de l'Etat selon la Cour (paragraphe II).

Paragraphe I : Consolidation de l'attribution à l'État hôte des actes d'organes exerçant les fonctions étatiques traditionnelles

La règle de l'attribution à l'Etat hôte des actes d'organes exerçant les fonctions étatiques traditionnelles posée par la Cour (I) a été reconduite dans les sentences CIRDI (II).

I. La règle telle que posée par la Cour

L'attribution à l'État des actes de ses organes a été clairement admise par la Cour de la Haye.

Dans son avis consultatif sur le *Différend relatif à l'immunité de juridiction d'un rapporteur spécial de la Commission des droits de l'homme,* la CIJ souligne que « selon une règle bien établie du droit international, le comportement de tout organe d'un État doit être regardé comme un fait de cet État »[1228]. La Cour rappelle cette règle dans ses arrêts plus récents rendus dans les affaires *Activités armées sur le territoire du Congo (République démocratique du Congo c. Ouganda)*[1229] et *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro)*[1230].

[1228] *Différend relatif à l'immunité de juridiction d'un rapporteur spécial de la Commission des droits de l'homme,* avis consultatif, C. I. J. Recueil 1999, p. 87, § 62.
[1229] *Activités armées sur le territoire du Congo (République démocratique du Congo c. Ouganda),* arrêt, *op. cit.*, p. 242, § 213.
[1230] *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro),* arrêt, C.I.J. Recueil 2007, p. 202, § 385.

La règle est présentée par la Cour comme revêtant un caractère coutumier[1231] et « l'une des pierres angulaires du droit de la responsabilité internationale »[1232].

La jurisprudence de la Cour de la Haye démontre que la règle d'attribution ainsi posée s'applique qu'il s'agisse d'actes d'organes législatifs, exécutifs ou judiciaires, mais également, que la Cour a eu à l'appliquer dans des affaires portant sur diverses matières dont celles relatives à la protection des étrangers et de leurs biens.

Ainsi, dès l'époque de la CPJI, on lit dans l'arrêt rendu sur le fond dans l'affaire *Certains intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise* qu'« au regard du droit international et de la Cour qui en est l'organe, les lois nationales sont […] [des] manifestations de la volonté et de l'activité des États, au même titre que les décisions judiciaires ou les mesures administratives »[1233]. De ce fait, la Cour a pu apprécier la responsabilité d'un État donné sur la base d'agissements qui étaient le fait d'autorités législatives, judiciaires et administratives en tant que fait étatique internationalement illicite.

Par exemple, dans son avis consultatif sur les *Colons allemands en Pologne*, la CPJI a estimé que « les mesures prises par les autorités polonaises en vertu de la loi du 14 juillet 1920 et en particulier de l'article 5 de cette loi »[1234] étaient contraires à l'égalité que la Pologne s'était engagée à assurer à tous ses ressortissants à travers le Traité de Minorités.

Ce sont les articles 2 et 5 de cette même loi polonaise que l'Allemagne considérait comme une violation des obligations conventionnelles de la Pologne et que la Cour a examinés au titre de la responsabilité internationale de l'Allemagne dans l'affaire *Certains intérêts allemands en Haute Silésie polonaise*[1235].

Dans l'affaire *Oscar Chinn*, c'est à la lumière d'une décision du ministre des colonies que la CPJI a apprécié la responsabilité de la Belgique[1236].

Des actes du maire et du Préfet de Palerme étaient en cause devant la CIJ dans l'affaire *ELSI*[1237].

[1231] *Différend relatif à l'immunité de juridiction d'un rapporteur spécial de la Commission des droits de l'homme,* avis consultatif, *op. cit.*, p. 87, § 62 ; *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro)*, arrêt, *op. cit.*, p. 202, § 385.
[1232] *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro)*, arrêt, *op. cit.*, p. 202, § 385.
[1233] *Certains intérêts allemands en Haute Silésie polonaise (fond)*, arrêt, *op. cit*, p. 19.
[1234] *Colons allemands en Pologne,* Avis consultatif du 10 septembre 1923, *op. cit.*, pp. 36-37.
[1235] *Certains intérêts allemands en Haute Silésie polonaise (fond)*, arrêt, *op. cit.*
[1236] *Oscar Chinn*, arrêt, *op. cit.*
[1237] *Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI)*, arrêt, *op. cit.*

Ce sont des décisions de tribunaux anglais que le Gouvernement grec entendait porter à la connaissance de la Cour dans l'affaire *Ambatielos*[1238]. L'affaire *Lagrand*[1239] a été portée à la connaissance de la Cour sur la base d'actes de juridictions de l'État de l'Arizona, État fédéré au sein des États-Unis et l'affaire *Avena*[1240] sur la base d'actes de juridictions de neuf États fédérés des États-Unis.

Ce sont là autant de comportements de divers organes exerçant les fonctions législative, judiciaire et exécutive que la Cour a nécessairement considéré comme attribuables aux États hôtes en cause lorsqu'elle a procédé à l'appréciation de la responsabilité de ces États sur la base de tels comportements[1241].

Dans la lignée de cette jurisprudence de la Cour attribuant à l'Etat hôte de l'étranger et de ses biens les actes de ses organes exerçant les fonctions étatiques, les tribunaux CIRDI, ont consacré l'attribution à l'État hôte de l'investissement les actions et omissions, à l'égard de l'investissement et investisseurs étrangers, d'organes exerçant des fonctions étatiques traditionnelles y compris les faits d'organes de ses subdivisions territoriales.

II. Reconduction par les sentences CIRDI

Les tribunaux CIRDI n'ont pas hésité à considérer comme attribuables à l'Etat hôte les actes d'organes exerçant diverses fonctions étatiques au sein de cet État que ce soit au niveau de l'État central ou au sein d'une entité dans le cadre de l'organisation territoriale de l'État.

Ainsi, des actes de ministres[1242], de cours et tribunaux[1243], de l'armée et/ou de la police[1244], du pouvoir législatif[1245] de l'Etat hôte, ont pu être considérés comme des actes attribuables à l'État aux fins de la détermination de sa responsabilité par des tribunaux CIRDI.

[1238] *Affaire Ambatielos (compétence)*, arrêt, *op. cit.*

[1239] *LaGrand (Allemagne c. Etats-Unis d'Amérique)*, arrêt, *op. cit*, p. 466.

[1240] *Avena et autres ressortissants mexicains (Mexique c. Etats- Unis d'Amérique)*, arrêt, *op. cit.*

[1241] Pour d'autres exemples d'actes d'organes exerçant des fonctions étatiques portés à la connaissance de la Cour, voir le Commentaire de l'article 4 du Projet d'articles, point 6, note 113. Commission du droit international, « Projet d'articles sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite et Commentaires y relatifs », *Rapport de la Commission sur les travaux de sa cinquante-troisième session*, Document A/56/10, 2001, p. 42.

[1242] *Duke Energy c. Équateur*, préc., sentence, § 301 ; *Inmaris Perestroika et autres c. Ukraine*, préc., sentence, § 236 ; *Gustav Hamester & Co KG c. Ghana*, préc., sentence, §§ 290 ss ; *Bosh International et B & P c. Ukraine*, CIRDI, affaire n° ARB/08/11, sentence du 25 octobre 2012, §§ 146-147 ; *Deutsche Bank c. Sri Lanka*, CIRDI, affaire n° ARB/09/2, sentence du 31 octobre 2012, § 402.

[1243] *Franck Charles Arif c. Moldavie*, préc., sentence, § 439 ; *Loewen c. Etats-Unis*, préc., sentence, § 148 ; *Mondev c. Etats-Unis d'Amérique*, préc., sentence, § 92 ; *Plama c. Bulgarie*, préc., sentence, § 254 ; *Swisslion c. Macédoine*, préc, sentence, § 261 ; *Bosh International et B & P c. Ukraine*, préc., sentence, § 147 ; Deutsche *Bank c. Sri Lanka*, préc., sentence, § 402 ; *Saipem c. Bangladesh*, préc, décision sur la compétence, § 143.

Comme il a été déjà souligné, les tribunaux CIRDI ont largement fondé ces solutions directement sur l'article 4 du projet d'articles de la CDI sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, lui-même tiré de la jurisprudence de la Cour à l'appui de la codificaton. Ce projet ainsi que les commentaires y relatifs ont également servi à étayer la position des tribunaux CIRDI qui ont vu par exemple dans des comportements de provinces argentines[1246] et de municipalités d'États fédérés au sein de l'État mexicain[1247] des actes susceptibles d'engager la responsabilité du Mexique et de l'Argentine en tant qu'Etats hôtes. La jurisprudence de la Cour a pu être avancée directement comme argument supplémentaire corroborant les solutions tirées du Projet[1248].

Il apparaît de la sorte que la qualification en tant qu'organes de l'État hôte, des personnes ou entités exerçant des fonctions législatives, exécutives et judiciaires, traditionnellement reconnues comme fonctions étatiques, a reçu, dans la jurisprudence des tribunaux CIRDI, une approche similaire à celle de la Cour.

Cependant, la reconduction par ces tribunaux CIRDI de la règle d'attribution à l'Etat hôte des actes de ses organes – notamment législatifs, exécutifs et judiciaires – ne doit pas faire perdre de vue que certains tribunaux CIRDI ne conçoivent pas la notion d'organe de l'Etat dans le même sens que la Cour de la Haye.

[1244] *Amco c. Indonésie I,* préc., sentence, §§ 165-172 *; Amco c. Indonésie I*, préc., décision sur la demande d'annulation, §§ 60 ss ; *AAPL c. Sri Lanka*, préc., sentence. *AMT c. Zaïre*, préc., sentence, § 6.13.

[1245] *EDF Services c.* Roumanie, préc., sentence, § 186 ; *Enron c. Argentine*, préc., sentence, § 154.

[1246] Voir par exemple les comportements portés à la connaissance des tribunaux ayant connu des affaires *Saur* (*Saur c. Argentine*, préc., décision sur la compétence et la responsabilité) ; *Enron* (Enron *c. Argentine,* préc., sentence) et *Vivendi* (*Vivendi c. Argentine I,* préc., sentence, § 64 ; *Vivendi c. Argentine I*, préc, décision sur la demande d'annulation, § 96 ; *Vivendi c. Argentine II*, préc., sentence, § 7.4.43).

[1247]Voir *Azinian c. Mexique,* préc., sentence, § 84 et *Metalclad c. Mexique*, préc., sentence § 73.

[1248] Voir par exemple *ADF c. Etats-Unis d'Amérique,* préc., sentence, § 166 ; *Generation Ukraine c Ukraine*, préc., sentence, § 10.3 ; *Jan de Nul et Dredging International c. Egypte*, préc., sentence, § 173 ; *Gustav Hamester & Co KG c. Ghana*, § 179.

Paragraphe II : Approbation relative de la conception de la notion d'organe de l'État

Alors qu'une partie de la jurisprudence des tribunaux CIRDI rejoint celle de la Cour en considérant l'organe de l'Etat à la fois comme un organe *de jure* et *de facto* (I), une autre partie s'en départit en limitant l'organe de l'Etat au seul organe *de jure* (II).

I. Approche commune de la règle de l'organe de l'Etat hôte comme organe *de jure* et *de facto*

La conception de l'organe de l'Etat comme un organe *de jure* et *de facto* retenue par la Cour (I) a été reprise par certaines sentences CIRDI (II).

A. L'approche telle que posée par la Cour

Il ressort de la jurisprudence de la Cour que les organes de l'Etat, qu'il soit hôte ou non, ne se limitent pas aux organes *de jure*, c'est-à-dire aux organes ayant ce statut en vertu du droit interne de l'Etat.

Dans son arrêt *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*[1249], la Cour à chercher à « déterminer si les liens entre les contras et le Gouvernement des Etats-Unis étaient, à tel point, marqués par la dépendance d'une part et l'autorité de l'autre qu'il serait juridiquement fondé d'assimiler les contras à un organe du Gouvernement des Etats-Unis ou de les considérer comme agissant au nom de ce gouvernement »[1250]. L'organe *de facto* apparait ainsi comme une personne, un groupe, une entité qui ne dispose pas du statut d'organe d'État en vertu du droit interne de cet État et qu'il est possible d'assimiler à un organe de l'État sur la base d'un lien de dépendance.

Cette jurisprudence de la Cour est confirmée par son arrêt *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro)*[1251] dans lequel elle a été conduite à se demander « si un État peut, en principe, se voir attribuer les comportements de personnes — ou de groupes de personnes — qui, sans avoir le statut légal d'organes de cet État, agissent en fait sous un contrôle tellement étroit de

[1249] *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique),* fond, arrêt, *op. cit.*
[1250] *Ibid.*, pp. 62, § 109.
[1251] Voir Alain PELLET qui estime que la notion d'organe *de facto* fait son entrée dans la jurisprudence de la Cour avec cet arrêt : « la Cour introduit entre le critère institutionnel de l'article 4 et le test *Nicaragua* repris à l'article 8, la notion d'organe *de facto* – dont elle prend soin de préciser qu'il ne se confond ni avec l'un, ni avec l'autre ». PELLET (A.), « Remarques sur la jurisprudence récente de la C.I.J. dans le domaine de la responsabilité internationale », *op. cit.*, p. 335.

ce dernier qu'ils devraient être assimilés à des organes de celui-ci aux fins de l'attribution nécessaire à l'engagement de la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite »[1252].

La Cour apporte une réponse affirmative à une telle interrogation en se référant à son arrêt *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*. Selon la Cour, il ressort de cet arrêt qu'aux fins de la détermination de la responsabilité internationale, une personne, un groupe de personnes ou une entité qui ne jouit pas de la qualité d'organe de l'État en vertu du droit interne de cet État peut néanmoins être assimilé à un organe de l'État « lorsque cette personne, ce groupe ou cette entité agit en fait sous la « totale dépendance » de l'État, dont il n'est, en somme, qu'un simple instrument »[1253].

Le critère de l'assimilation en fait à l'Etat, de la qualification en tant qu'organe *de facto,* est donc, selon la Cour, la « totale dépendance »[1254]. Lorsque ce « degré particulièrement élevé de contrôle[1255] de l'État sur les personnes ou entités en cause »[1256] est établi, la Cour appelle à lever le "voile du statut juridique" « pour appréhender la réalité des rapports entre la personne qui agit et l'État auquel elle se rattache si étroitement qu'elle en apparaît comme le simple agent »[1257]. Par une telle opération, qui « ne peut que rester exceptionnelle »[1258], les États ne pourront pas se soustraire à leur responsabilité internationale pour le comportement d'une personne, d'un groupe, d'une entité dont « l'autonomie à leur égard …est pure[ment] ficti[ve] »[1259].

Ainsi, il ressort de la jurisprudence de la Cour qu'une personne ou entité qui n'a pas le statut d'organe en vertu du droit interne de l'État peut être assimilée en fait à un organe de

---

[1252] *Ibid*., p. 204, § 391.
[1253] *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro), op. cit.,* p. 205, § 392.
[1254] *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique),* fond, arrêt, *op. cit*., p. 63, § 110 ; *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro), op. cit.,*, p. 205, § 392 et p. 205, § 393 : « Il reste à rechercher si, en la présente affaire, les personnes ou entités qui ont commis les actes de génocide de Srebrenica possédaient, avec la RFY, à la date des faits, des liens tels qu'on puisse les regarder comme ayant été placées sous la totale dépendance de cet Etat: *c'est à cette condition seulement* [c'est nous qui soulignons] qu'on pourrait les assimiler à des organes du défendeur aux fins de la mise en œuvre de la responsabilité internationale de ce dernier » ; Voir également p. 207, § 397.
[1255] Note ajoutée par Nous. Même si elle se réfère ici à la notion de contrôle, la Cour a tenu à distinguer la notion d'organe *defacto* de l'hypothèse de personnes, entités ou groupes sous le contrôle de l'Etat. *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro), op. cit.,* §§ 397 et 400.
[1256] *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro), op. cit.,* p. 205, § 393.
[1257] *Ibid*., p. 205, § 392.
[1258] *Ibid*., p. 205, § 393.
[1259] *Ibidem.*

l'État parce qu'elle agit *de fait* sous la totale dépendance de l'État de sorte qu'elle n'est pas réellement autonome vis-à-vis de l'État dont elle est en définitive l'instrument, l'agent. Une telle personne ou entité est qualifiée d'organe *de facto*.

En définitive, la notion d'organe de l'État dans la jurisprudence de la Cour renvoie aussi bien à l'organe *de facto* qu'à l'organe *de jure*. En témoigne, dans l'arrêt *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro)*, l'analyse de la problématique des organes *de facto* à la suite de celle des organes *de jure*, toutes deux dans le cadre de la section de l'arrêt intitulée *La question de l'attribution du génocide de Srebrenica au défendeur à raison du comportement de ses organes* [1260].

Une partie de la jurisprudence des tribunaux CIRDI seulement traduit cette conception consistant à voir dans l'organe de l'État à la fois un organe *de jure* et un organe *de facto*.

B. Adoption de cette approche par certaines sentences CIRDI

En suggérant ou en considérant que le fait qu'une entité soit dotée d'une personnalité juridique propre distincte de celle de l'État hôte ne constitue pas un obstacle à sa qualification en tant qu'organe de l'État, des sentences CIRDI véhiculent l'idée selon laquelle l'organe de l'Etat hôte ne se limite pas à l'organe ayant ce statut en vertu du droit interne de l'Etat.

Les arbitres ayant rendu la sentence *Waste II* considèrent que le simple fait qu'une entité distincte de l'État soit majoritairement possédée ou substantiellement contrôlée par l'État n'en fait pas *ipso facto* un organe de l'État au sens de l'article 4[1261]. Si pour ces arbitres le critère de la propriété ou du contrôle par l'État ne permet pas *ipso facto* de qualifier d'organe d'État une entité ayant une personnalité juridique distincte de l'État, il n'en demeure pas moins que cette façon de voir suppose que sous certaines conditions, une entité ayant une personnalité juridique propre peut être considérée comme un organe de l'État.

Le tribunal *MCI Power* admet clairement – sans grande démonstration néanmoins – la qualification d'une entité en tant qu'organe de l'État même si cette entité est dotée d'une personnalité juridique propre. Dans cette sentence, l'Institut équatorien d'électrification a été présenté comme un « organisme du secteur public [ayant] une personnalité juridique propre,

[1260] *Ibid.*, pp. 202-206, §§ 385-395. C'est nous qui soulignons.
[1261] *Waste Management c. Mexique (II)*, préc., sentence, § 75.

son propre capital et une gestion autonome »[1262]. Ces éléments n'ont pas empêché les arbitres de considérer qu'« au regard de sa structure institutionnelle et de sa composition ainsi que de ses fonctions, [l'institut] devrait être considéré, conformément au droit international, comme un organe de l'État équatorien »[1263].

L'idée selon laquelle une entité ayant une personnalité juridique propre peut être considérée comme un organe de l'État à certaines conditions se retrouve également dans la sentence *Deutsche Bank.* Alors qu'il a conclu qu'il ne lui était pas nécessaire de déterminer si les actes de la compagnie pétrolière nationale du Sri Lanka (CPC, entreprise d'Etat) étaient attribuables au Sri Lanka, le tribunal n'en a pas moins formulé des observations sur cette question. Pour les arbitres, bien qu'il ne soit pas courant de considérer une entreprise d'État comme un organe de l'État, cette idée ne vaut que pour une entreprise d'État qui est « réellement indépendante - le fait que [cette entreprise] prenne la forme d'une entité juridique distincte n'est pas déterminant »[1264]. Autrement dit, une entreprise d'État, même si elle jouit d'une personnalité juridique distincte de celle de l'État, si elle n'est pas « réellement indépendante » à l'égard de l'État, peut recevoir la qualification d'organe de l'État. En l'espèce, le tribunal a dégagé des « indicateurs de défaut d'indépendance réelle »[1265]. Les parties ayant en outre discuté la question de savoir si la problématique de l'attribution des actes de CPC était régie par le droit international ou le droit anglais, le tribunal a indiqué que l'application du droit anglais n'aurait pas permis d'aboutir à une conclusion différente de celle du droit international à laquelle il avait déjà abouti. Plus précisément, le tribunal souligne qu'il ressort de la décision *Gécamines* rendue par le *Privy Council* du Royaume-Uni[1266] que « bien que la personnalité juridique distincte constitue un indicateur solide d'une entité qui n'est pas un organe de l'État, il y a des exceptions »[1267]. Parmi ces exceptions dont la mise en œuvre dépend des faits de chaque espèce, poursuit la sentence *Deutsche Bank,* figure

[1262] *MCI Power et New Turbine c. Equateur*, préc., sentence, § 224.
[1263] *Ibid.*, § 225.
[1264]*Deutsche Bank c. Sri Lanka*, CIRDI, affaire n° ARB/09/2, sentence du 31 octobre 2012, § 405, point a).
[1265] *Ibid.*, § 405, point e). Ces indicateurs sont les suivants : le contrôle de CPC par l'État; CPC est détenue à 100% par l'État; elle bénéficie de l'immunité de juridiction ; le ministre du pétrole en nomme les directeurs et peut les révoquer ; CPC a été mise en place pour conduire la politique pétrolière du Sri Lanka dans l'intérêt national ; le Gouvernement exerce un contrôle important sur le personnel, les finances et la prise de décision de CPC, plus précisément , CPC est tenue de se conformer à toutes les instructions écrites émanant du Ministre du Pétrole, peu importe que ces instructions soient dans l'intérêt de CPC ; Les comportements litigieux de l'espèce ont également été adoptés sur instruction directe du sri Lanka, CPC se devait d'appliquer les directives du gouvernement, elle n'avait pas le choix (*Ibid.*, § 405, point c), d), e).
[1266]*La Générale des Carrières et des Mines v F.G. Hemisphere Associates LLC* (Jersey) [2012] UKPC 27.
[1267]*Deutsche Bank c. Sri Lanka*, préc., sentence, § 405, point e).

l'absence « d'existence indépendante réelle »[1268]. Le caractère exceptionnel de cette opération consistant à appréhender la réalité des rapports entre une entité et l'Etat, n'est pas sans rappeler le caractère exceptionnel de la levée du "voile du statut juridique" suggéré par la Cour pour établir la qualité d'organe *de facto*[1269].

En définitive, selon la sentence *Deutsche Bank*, CPC, entreprise d'État ayant une personnalité juridique distincte de celle de l'État sri lankais en vertu du droit sri lankais, peut être considérée comme un organe de l'État du Sri Lanka vu qu'elle « ne joui[t] pas d'une existence juridique distincte »[1270], qu'elle n'est pas « réellement indépendante »[1271] vis-à-vis de l'État. Cette solution n'est pas sans rappeler l'arrêt *Application de la Convention sur le Génocide*. Alors que cet arrêt a fait l'objet de discussions entre les parties dans le cadre de la problématique de l'attribution[1272], le tribunal n'en fait nullement mention. Pourtant, les observations du tribunal s'inspirent largement des arguments de la partie demanderesse qui sont précisément fondés sur l'arrêt *Application de la Convention sur le Génocide*. En effet, c'est sur la base de cet arrêt que le demandeur a mis l'accent sur « l'absence d'autonomie réelle »[1273] comme indice pour la qualification d'une entité en tant qu'organe de l'État et c'est pour démontrer l'absence d'autonomie réelle en l'espèce qu'il a évoqué certains éléments[1274] que l'on retrouve dans les « indicateurs de défaut d'indépendance réelle »[1275] mis en avant par le tribunal.

On peut donc conclure que l'idée d'organe *de facto* dans la jurisprudence de la Cour qui permet d'éviter que les États « échapp[ent] à leur responsabilité internationale en choisissant d'agir par le truchement de personnes ou d'entités dont l'autonomie à leur égard serait une pure fiction »[1276] a indirectement inspiré la solution de la sentence *Deutsche Bank*.

La sentence *Gustav Hamester* rendue quelques années avant la sentence *Deutsche Bank* a également constitué une occasion pour un tribunal CIRDI de se rallier à la notion d'organe *de facto* dégagée par la jurisprudence de la Cour.

[1268] *Ibidem.* Or, souligne la sentence *Deutsche Bank*, les « indicateurs de défaut d'indépendance réelle en l'espèce sont plus solides que ceux établis dans la décision *Gécamines* ».
[1269] Voir *supra*, A. de ce I.
[1270] *Deutsche Bank c. Sri Lanka*, préc., sentence, § 405, point f).
[1271] *Ibid.*, § 405, point a).
[1272] *Ibid.*, §§ 351-356; §§ 379-382.
[1273] *Ibid.*, § 351.
[1274] *Ibid.*, § 352.
[1275] *Ibid.*, § 405, point e).
[1276] *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro), op. cit.*, p. 205, § 392.

Dans l'affaire *Gustav Hamester*, la question de l'attribution s'est cristallisée autour des comportements de Cocobod, l'entité en charge du secteur ghanéen du cacao. En présentant les positions des parties sur la question de l'attribution, le tribunal a indiqué que, s'appuyant sur les arrêts *Application de la Convention sur le Génocide* et *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* de la CIJ, la partie demanderesse « semble suggérer que Cocobod était un organe *de facto* du Gouvernement »[1277] ghanéen. Une telle interprétation par le tribunal de la position de la partie demanderesse résultait du fait que cette dernière a invoqué des arguments tendant à démontrer que Cocobod était sous « la totale dépendance de, ou au moins incapable de fonctionner indépendamment du, Gouvernement »[1278] ghanéen. Ce faisant, la sentence non seulement confirme que la « totale dépendance » dégagée par la jurisprudence de la Cour est le critère pour la qualification d'une entité d'organe *de facto* d'un État mais également indique que l' « incapa[cité] de fonctionner indépendamment du Gouvernement » est un indice de cette totale dépendance.

Exposant sa propre analyse sur la question de l'attribution, le tribunal *Gustav Hamester* commence par la question de savoir si *Cocobod est un organe de l'État en vertu de l'article 4 du projet d'articles de la CDI*. Ayant conclu que Cocobod n'est pas un organe de l'État du Ghana en vertu du droit interne de cet État, le tribunal passe à l'examen de la question de savoir si Cocobod peut être considéré comme un organe *de facto* de l'État du Ghana. Les arbitres apportent une réponse à cette interrogation en analysant deux arguments avancés par le demandeur.

Le premier argument a été jugé non pertinent en l'espèce par le tribunal[1279]. Le deuxième argument invoqué par le demandeur pour démontrer que Cocobod était un organe *de facto* de l'État ghanéen résidait dans l'article 32[1280] de la loi portant création de Cocobod qui octroyait à un membre du Gouvernement provisoire ghanéen de l'époque le pouvoir de donner des directives au Conseil d'administration de Cocobod concernant l'exercice des fonctions du Conseil d'administration. Selon le demandeur, cette disposition était de nature à démontrer que Cocobod était un organe *de facto* de l'État. Le tribunal n'était pas de cet avis

[1277] *Gustav Hamester & Co KG c. Ghana*, préc., sentence, § 154.
[1278] *Ibidem.*
[1279] *Ibid*., § 186.
[1280] Selon cet article tel que reproduit dans la sentence (§ 187), « "*The P.N.D.C. [Provisional National Defence Council] Co-ordinating Secretary may, after consultation with the Board of Directors or the Management, give the Board in writing directions of a general character not being inconsistent with the provisions of this Law or with the contractual or other legal obligations of the Board relating to the exercise of the Board of its functions under this Law and the Board shall give effect to such directions"*»[1280].

pour trois raisons : les directives prévues dans la disposition doivent être de caractère général et non des instructions spécifiques ; ces directives générales ne peuvent intervenir qu'après consultation du Conseil d'administration ou de la Direction de Cocobod ; ces directives générales ne peuvent être en contradiction avec les obligations contractuelles ou toute autre obligation juridique de Cocobod.

Si les faits de l'espèce n'ont pas permis à la sentence *Gustav Hamester* de conclure que le pouvoir de l'État de donner des directives à Cocobod était de nature à faire de Cocobod un organe *de facto* de l'État, il n'en demeure pas moins que cette sentence admet la notion d'organe *de facto* comme une expression de la notion d'organe de l'Etat hôte.

La jurisprudence des tribunaux CIRDI contient donc certaines sentences dans la continuité de la jurisprudence de la Cour, d'où il peut être tiré l'idée selon laquelle la possibilité d'une assimilation de fait à l'Etat peut permettre de qualifier une entité d'organe de l'Etat même si cette entité ne peut recevoir une telle qualification en vertu du droit interne de l'Etat. Il n'en est pas de même pour d'autres sentences CIRDI.

II. Le rejet de l'organe *de facto* de l'État hôte par certaines sentences CIRDI

Il ressort de certaines sentences CIRDI que la notion d'organe de l'Etat se limite à l'organe *de jure* de l'Etat, excluant ainsi l'organe *de facto*. Ce constat est tiré du fait que ces sentences considèrent que l'existence d'une personnalité juridique propre de l'entité en droit interne constitue un obstacle à sa qualification en tant qu'organe de l'Etat.

C'est le cas par exemple des arbitres ayant rendu la sentence *EDF services* pour qui « comme énoncé à l'article 4 (2) du projet de la CDI, le droit interne de l'État détermine si une entité est un organe de l'État »[1281].

Il en est de même pour la décision sur la compétence rendue dans le cadre de l'affaire *Jan de Nul*[1282]. Si dans la sentence relative à cette affaire il est indiqué que « pour déterminer si une entité est un organe d'État, l'on doit *d'abord*[1283] se tourner vers le droit interne »[1284], la qualité d'organe d'État de l'Autorité du Canal de Suez n'en a pas moins été appréciée sur la seule base du droit interne égyptien, comme annoncé dans la décision sur la compétence[1285].

[1281] *EDF Services c.* Roumanie, préc., sentence, § 188 *in fine*.
[1282] *Jan de Nul et Dredging International c. Egypte*, préc., décision sur la compétence du 16 juin 2006, § 89.
[1283] C'est nous qui soulignons.
[1284] *Jan de Nul et Dredging International c. Egypte*, préc., sentence, § 160.
[1285] *Ibid.*, décision sur la compétence, § 89.

Plus précisément, le tribunal a conclu « qu'il apparaît que l'Autorité du Canal de Suez n'est pas classée comme organe de l'État en vertu du droit égyptien »[1286] notamment au regard du fait que la loi portant création de l'Autorité du Canal de Suez indique que cette dernière « jouit d'une personnalité juridique indépendante »[1287].

En effet, de nombreuses sentences CIRDI sont précisément en faveur d'un rejet de la qualification d'organe de l'État pour toute entité jouissant d'une personnalité juridique propre distincte de celle de l'État au regard du droit interne de ce dernier.

Dans la sentence *Noble*, le tribunal a considéré que les institutions roumaines chargées de la privatisation des entreprises d'État et de la gestion de la propriété de l'État, en tant qu'entités juridiques distinctes de l'État roumain, ne pouvaient être considérées comme des organes de cet État[1288].

Le tribunal ayant rendu la sentence *Bayindir* a lui aussi « rejet[é] la possibilité de traiter [l'Autorité des routes nationales du Pakistan] comme un organe d'État »[1289] au regard de son « statut juridique distinct »[1290].

Pour les arbitres ayant rendu la sentence *EDF Services*, ni l'entité chargée de la gestion de l'aéroport international de Bucarest Otopeni, ni la compagnie aérienne nationale de Roumanie ne peuvent être considérés comme organe de l'État, « l'un et l'autre étant dotés d'une personnalité juridique séparée et distincte de cellee de l'État en vertu du droit roumain »[1291].

Dans la sentence *Tradex*, le tribunal a décidé que la *joint-venture* mise en place entre une société de droit privé et une entreprise d'État, en tant qu'« entité juridique distincte en vertu du droit albanais (…) n'est pas identique à l'État albanais et, par conséquent, les mesures prises par la *joint-venture* elle-même ne sont *per se* pas attribuables à la République d'Albanie »[1292].

Les arbitres ayant rendu la sentence *Bosh* ont souligné, « pour dissiper tout doute »[1293], qu'ils n'auraient pas approuvé l'idée selon laquelle l'Université nationale Taras Chevtchenko

[1286] *Ibid.*, sentence, § 161.
[1287] *Ibidem.*
[1288] *Noble Ventures c. Roumanie*, préc., sentence, § 69.
[1289] *Bayindir c. Pakistan*, préc., sentence, § 119.
[1290] *Ibidem.*
[1291] *EDF Services c.* Roumanie, préc., sentence, § 190.
[1292] *Tradex Hellas c. Albanie*, CIRDI, affaire n° ARB/94/2, sentence du 29 avril 1999, §§ 103-104.
[1293] *Bosh International et B & P c. Ukraine*, préc., sentence, § 163.

de Kiev est un organe de l'État. Quelques lignes plus loin, les arbitres présentent cette Université comme une « entité juridique distincte [avec] un large degré d'autonomie »[1294].

Il apparaît donc que nombre de sentences CIRDI sont d'avis que dès lors qu'une entité possède une personnalité juridique propre distincte de celle de l'État en vertu du droit interne de cet État, elle ne peut recevoir la qualification d'organe de l'État sur la base de la notion d'organe *de facto*. Ces sentences rejettent ainsi la jurisprudence de la Cour.

Cette conception limitée à l'organe *de facto* dans la qualification du fait étatique procède d'une lecture rétrograde du projet de la CDI qui, comme souligné, constitue souvent l'instrument de référence direct des tribunaux CIRDI.

En effet, c'est la version en première lecture, du projet d'articles adopté par la CDI qui est seule prise en considération par ce courant jurisprudentiel. Celle-ci au sein de son article 5 considérait comme fait de l'Etat les actes de « tout organe ayant ce statut d'après le droit interne de cet État ». Cette formulation invitait à se reporter exclusivement au droit interne pour déterminer le statut d'organe de l'État. En octroyant ainsi un rôle exclusif au droit interne dans la détermination du statut d'un organe de l'État, cette formule laissait assez peu de marge de manœuvre à l'instance chargée d'apprécier la responsabilité de l'État.

Ce n'est pas le cas de l'article 4 du projet adopté en deuxième lecture qui précise en son paragraphe 2 que l'organe de l'Etat « *comprend* toute personne ou entité qui a ce statut d'après le droit interne de l'État ». L'utilisation du verbe *comprend* dans cette version indique que l'organe de l'Etat ne se limite pas à toute personne ou entité ayant ce statut en vertu du droit interne de l'Etat. Cette lecture est confirmée par le point 11 du commentaire de l'article 4 qui aménage en effet une marge de manœuvre à l'instance chargée de qualifier une personne ou entité d'organe de l'Etat afin qu'elle puisse tenir compte de la pratique, de la réalité des rapports entre l'entité et l'Etat, du silence ou des insuffisances du droit interne de l'Etat quant aux entités à classer dans la catégorie « organe de l'Etat »[1295].

[1294] *Ibid.*, § 172.

[1295] Le point 11 du commentaire de l'article 4 se lit comme il suit : « Le paragraphe 2 définit le rôle du droit interne dans la détermination du statut d'un organe de l'État. La qualification d'un organe comme tel par le droit interne s'impose. Toutefois, il ne suffit pas de se référer au droit interne pour déterminer le statut d'un organe de l'État. Dans certains systèmes, le statut et les fonctions des diverses entités sont définis non seulement par la loi mais aussi par la pratique, et se reporter exclusivement au droit interne peut induire en erreur. De plus, la loi nationale peut être laconique, voire muette, quant aux entités qui ont le statut d'« organe ». Dans ce cas, les pouvoirs de l'entité considérée et sa relation avec d'autres entités en vertu du droit interne entreront en ligne de compte pour sa qualification en tant qu'« organe », mais le droit interne en lui-même ne permettra pas d'opérer cette classification. Et même s'il le permet, le mot « organe » peut avoir en droit interne un sens particulier et non celui, très général, qu'il a à l'article 4. Par exemple, dans certains systèmes juridiques, le mot « gouvernement » vise seulement les organes qui se situent au plus haut niveau, comme le chef de l'État et le

Les sentences CIRDI qui limitent l'organe de l'État aux personnes ou entités ayant ce statut en vertu du droit interne de cet Etat, appliquent donc le Projet de la CDI dans sa version antérieure, notamment, l'article 5 du projet adopté en première lecture. A l'inverse, les sentences CIRDI et la jurisprudence de la Cour, qui mettent en oeuvre la règle de l'article 4 du projet d'article définitif, estiment qu'il ne faut pas se référer exclusivement au droit interne de l'État pour la qualification d'une entité en tant qu'organe de cet État.

La lecture de ces divergences de vues des tribunaux CIRDI à la lumière des travaux de la CDI sur la responsabilité de l'Etat est partagée par Franck LATTY et Patrick JACOB. Commentant les différents points de vue au sein des tribunaux arbitraux transnationaux au sujet de la problématique de la personnalité juridique d'une entité dans le cadre de sa qualification en tant qu'organe de l'État[1296], ces auteurs soulignent le lien entre ces différences de conception et l'évolution de la rédaction du projet de la CDI. Ils résument bien la question en ces termes : « la nuance [entre l'article 5 du projet d'articles de la CDI adopté en première lecture et l'article 4 du projet adopté en deuxième lecture] est de taille puisque l'inclusion du verbe « comprend » vise à indiquer que la notion d'organe ne se limite pas aux entités qui ont ce statut d'après le droit interne mais inclut « tous les organes, institutions et fonctionnaires qui font partie de son organisation et agissent en cette qualité, qu'ils aient ou non la personnalité juridique en droit interne ». Les tribunaux arbitraux oscillent ainsi entre une jurisprudence forgée à partir des articles adoptés en première lecture, qui les conduit à restreindre la qualification d'organe aux entités qui ont ce statut dans l'ordre interne, et le texte final des *Articles,* qui les invite à ne pas s'arrêter à la personnalité juridique de l'entité considérée mais à examiner également ses fonctions, ses pouvoirs et sa relation avec d'autres entités pour déterminer si elle peut être qualifiée d'organe » [1297].

Il apparaît ainsi qu'il existe des divergences de vues entre la Cour et certains tribunaux CIRDI sur la notion d'organe de l'Etat, même si les tribunaux CIRDI ont validé le principe de

---

conseil des ministres. Dans d'autres, la police jouit d'un statut spécial, indépendant de l'exécutif ; ceci ne signifie pas pour autant qu'aux fins du droit international elle n'est pas un organe de l'État [Note de bas de page non reproduite]. En conséquence, un État ne saurait, pour se soustraire à sa responsabilité du fait d'une entité qui agit véritablement en tant qu'un de ses organes, se contenter de dénier ce statut à l'entité en cause en invoquant son droit interne. C'est cette idée que rend le mot « comprend » employé au paragraphe 2.». Commission du droit international, « Projet d'articles sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite et Commentaires y relatifs », *op. cit.*, p. 43.

[1296] Précisément, étaient évoquées deux sentences : *White industries Australia Ltd. c. Inde*, CNUDCI, sentence finale, 30 novembre 2011 et *Sergei Paushok, CJSC Golden East Company et CJSC Vostokneftegaz Company c. Mongolie*, CNUDCI, sentence sur la compétence et la responsabilité, 28 avril 2011.

[1297] LATTY (F.), JACOB (P.), Chronique « Arbitrage transnational et droit international général », *AFDI* 2011, p 550.

l'attribution à l'Etat des actes de ses organes posé par la Cour. Les règles d'attribution à l'Etat de comportements de personnes ou entités autres que ses organes, posées par la Cour, ont également fait l'objet d'une adhésion de la part des tribunaux CIRDI.

Section II : Adhésion aux règles d'attribution à l'État des actes des personnes sous son contrôle

Si la Cour a retenu le contrôle effectif comme règle générale d'attribution à l'Etat des actes des personnes sous son contrôle, elle a aussi admis la possibilité d'appliquer une règle spéciale pour l'attribution à l'Etat des actes des personnes sous contrôle. Tant la *lex generalis* (Paragraphe I) que l'idée de la possibilité d'une *lex specialis* (Paragraphe II) ont été confirmées par la jurisprudence des tribunaux CIRDI.

Paragraphe I : L'adoption du critère du contrôle effectif

Le contrôle effectif retenu pas la Cour comme degré de contrôle requis pour l'attribution à l'Etat des actes de personnes juridiques privées sous son contrôle (I), a été repris dans la jurisprudence des tribunaux CIRDI (II).

I. Le critère tel que posé par la Cour

Il apparaît que dans l'affaire *Personnel diplomatique et consulaire des Etats-Unis* à *Téhéran*, la Cour a écarté l'hypothèse selon laquelle les actes des personnes privées qui avaient envahi l'Ambassade des Etats-Unis à Téhéran devaient être attribués à l'Iran du fait du contrôle exercé par cet Etat sur ces personnes. Selon la Cour, des « déclarations générales », « des félicitations venues après coup, » ainsi que des « déclarations ultérieures d'approbation officielle » ne suffisent pas à attribuer le comportement de personnes privées à l'Etat sur la base du contrôle de celui-ci sur celles là[1298].

C'est cependant dans l'arrêt *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* qu'elle précise explicitement le degré de contrôle requis pour l'attribution à l'État des actes des personnes sous son contrôle. Selon la Cour, le contrôle de l'Etat sur les personnes privées doit être effectif.

[1298] *Personnel diplomatique et consulaire des Etats-Unis* à *Téhéran,* arrêt, *op. cit.*, pp. 29-30, § 59

L'affaire *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* a été portée à la connaissance de la Cour par le Nicaragua qui accusait les États-Unis de diverses violations du droit international. Le Nicaragua soutenait que les États-Unis devaient être tenus responsables entre autres des faits constitutifs de violation des droits de l'homme et du droit international humanitaire perpétrés par les *contras*[1299], en ce que ces unités paramilitaires étaient sous la direction et le contrôle des États-Unis[1300].

La Cour a jugé que la participation multiforme des États-Unis aux activités des *contras* qu'elle a déterminée[1301], « même prépondérante ou décisive (…) demeure insuffisante en elle-même, …, pour que puissent être attribués aux États-Unis les actes commis par les *contras* au cours de leurs opérations militaires ou paramilitaires au Nicaragua »[1302].

En effet, pour la CIJ, il n'a pas été prouvé que les Etats-Unis ont « ordonné ou imposé » les violations alléguées du droit international[1303]. Si l'extrême dépendance des *contras* aux États-Unis dénotent un « contrôle général »[1304], ce degré de contrôle reste insuffisant pour aboutir à la conclusion selon laquelle les États-Unis sont responsables des actes spécifiques constitutifs notamment de violation du droit international humanitaire et des droits de l'homme. Selon la Cour, il ne peut être exclu que ces actes spécifiques perpétrés par les forces *contras* dans le cadre d'un contrôle général des États-Unis aient pu l'être en dehors du contrôle des États-Unis[1305]. De ce point de vue, le degré de contrôle pertinent pour l'attribution aux États-Unis des actes commis par les *contras* dans le cadre de leurs opérations militaires ou paramilitaires au Nicaragua et constitutifs de violations du droit international est le « contrôle effectif des opérations militaires ou paramilitaires au cours desquelles les violations en question se seraient produites »[1306].

[1299] Des opposants armés au régime sandiniste au pouvoir au Nicaragua à l'époque des faits litigieux.

[1300] *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique), fond, arrêt, *op. cit.*, pp 63-64, § 113. De ce point de vue, la demanderesse a soutenu que « les *contras*ne [sont] que des bandes de mercenaires recrutées, organisées, payées et commandées par le Gouvernement des États-Unis. Elles n'auraient donc pas de réelle autonomie par rapport à ce gouvernement. En conséquence, les infractions qu'elles auraient commises seraient imputables au Gouvernement des États-Unis, comme celles de toutes autres forces placées sous l'autorité de ce dernier » (*Ibid.*, p. 64, § 114).

[1301] La Cour a indiqué tenir « pour établi que les autorités des États-Unis ont dans une large mesure financé, entraîné, équipé, armé et organisé » l'un des groupes de rébellion nicaraguayen (p. 62 § 108) et souligné « la participation des États-Unis à l'organisation, à la formation, à l'équipement, au financement et à l'approvisionnement des *contras,* à la sélection de leurs objectifs militaires ou paramilitaires et à la planification de toutes leurs opérations » (p. 64, § 115) .

[1302]*Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique), fond, arrêt, *op. cit*, p. 64, § 115.

[1303] *Ibidem.*

[1304] *Ibidem.*

[1305] *Ibid.*, p. 65, § 115.

[1306] *Ibidem*.

Il en ressort que pour la Cour, attribuer le fait d'une personne ou d'un groupe de personnes à un État sur le fondement de la direction ou du contrôle exercées par cet État sur cette personne ou ce groupe suppose que l'État ait ordonné ou imposé le fait en question ou encore qu'au-delà du contrôle global qu'il peut exercer sur cette personne ou ce groupe, il ait exercé un contrôle effectif sur les activités dans le cadre desquelles le fait litigieux a été commis.

L'exigence du degré de contrôle effectif aux fins de l'attribution de fait(s) de personne(s) à l'Etat est reprise dans son arrêt *Application de la Convention sur le génocide,* à savoir après la controverse créée par le critère du « contrôle global » jugé suffisant dans l'arrêt *Tadic* du TPIY que la Cour n'est pas prête à adopter.

En effet, dans sa décision du 15 juillet 1999 dans l'affaire *Tadić*[1307], se fondant sur les règles régissant la responsabilité internationale des États pour déterminer si le conflit armé dont elle avait à connaître était ou non international[1308], la Chambre d'appel du TPIY a retenu que le droit international requiert un contrôle global de l'État sur un groupe tel qu'une unité paramilitaire pour l'attribution des actes de cette dernière à l'État en question. Selon cette décision, le droit international n'exige le « critère du contrôle très étroit »[1309] que lorsqu'il s'agit de « *particulier isolé* ou un *groupe qui n'est pas militairement organisé* »[1310]; c'est dans cette hypothèse qu'il est utile de rechercher s'il y a eu des instructions spécifiques, s'il y a eu un contrôle effectif de l'activité au cours de laquelle la violation du droit international est intervenue. Pour ce qui est « des *forces armées, des milices ou des unités paramilitaires* »[1311], hypothèse qui s'est présentée dans l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*, le contrôle global suffit, le droit international n'exigeant pas dans ce cas des instructions spécifiques ou un contrôle de l'opération précise au cours de laquelle la violation du droit international est intervenue.

Dans son arrêt *Application de la Convention sur le génocide*, la Cour est d'avis que « le critère du « contrôle global » présente le défaut majeur d'étendre le champ de la responsabilité des États bien au-delà du principe fondamental qui gouverne le droit de la responsabilité internationale, à savoir qu'un État n'est responsable que de son propre comportement, c'est-à-dire de celui des personnes qui, à quelque titre que ce soit, agissent en son nom (…). A cet

[1307] TPIY, Chambre d'appel, *Tadić*, affaire n° IT-94-1-A, arrêt du 15 juillet 1999.
[1308] *Ibid.*, pp. 40-41, § 98, p.43, § 105.
[1309] *Ibid.*, p. 41, § 99.
[1310] *Ibid.*, p.60, § 137.
[1311] *Ibid.*, pp. 60-61, § 137.

égard, le critère du « contrôle global » est inadapté, car il distend trop, jusqu'à le rompre presque, le lien qui doit exister entre le comportement des organes de l'État et la responsabilité internationale de ce dernier »[1312]. La Cour confirme ainsi son critère *Nicaragua*[1313], soulignant que la nature particulière du crime de génocide ne justifie pas que la Cour adopte une position différente de celle retenue dans l'affaire *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*[1314].

Comme le souligne Alain PELLET, ce faisant, la Cour a saisi l'occasion pour « réaffirmer avec vigueur le « test du *Nicaragua* » que le T.P.I.Y. avait eu le front de contester […]. On peut difficilement être plus clair : « inventeur » du concept de « contrôle effectif au sens de l'arrêt *Nicaragua*, la Cour s'y tient et entend qu'il soit accepté par les autres juridictions internationales qui pourraient avoir vocation à l'appliquer »[1315].

Le contrôle effectif ainsi dégagé et confirmé par la Cour comme degré de contrôle requis pour l'attribution à l'Etat des actes de personnes sous son contrôle, en droit international coutumier, a été repris dans la jurisprudence des tribunaux CIRDI.

II. Reprise du critère dans la jurisprudence des tribunaux CIRDI

Pour conclure à l'attribution d'un acte à l'État sur le fondement du contrôle exercé par ce denier sur l'auteur de l'acte, certaines sentences CIRDI ont suivi la jurisprudence constante et affichée de la Cour de la Haye en ce qui concerne le degré de contrôle requis.

Dans les affaires *Jan De Nul*, *Gustav Hamester* et *Electrabel*, les tribunaux arbitraux ont explicitement admis que la mise en œuvre du critère du contrôle dans le cadre de l'attribution d'un fait à l'État aux fins de la détermination de sa responsabilité suppose que l'État ait exercé un contrôle effectif sur l'auteur du fait.

Dans la sentence *Jan De Nul*, le tribunal indique que « la jurisprudence internationale est très exigeante en matière d'attribution d'un acte d'une personne ou d'une entité à l'État, vu qu'elle exige à la fois un contrôle général de l'État sur la personne ou l'entité et un

[1312] *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro), op. cit., p*. 210, § 406.
[1313] *Ibid*., p. 208, §§ 399 et 400.
[1314] *Ibid*., pp. 208-209, § 401.
[1315] PELLET (A.), « Remarques sur la jurisprudence récente de la C.I.J. dans le domaine de la responsabilité internationale », *op. cit.*, pp. 333 et 335. Antonio CASSESE, notant pour sa part que « *the ICJ missed a good opportunity to elaborate upon and improve the Nicaragua test* »[1315], espère que « *in the future the Court, when it returns to this matter, will pay attention to state practice and case law instead of confining itself to uncritically restating its previous views* ». (CASSESSE (A.), « The Nicaragua and Tadić tests revisited in light of the ICJ judgment on genocide in Bosnia », *EJIL*, vol. 18, n° 4, 2007, pp. 667.)

contrôle spécifique de l'État sur l'acte dont l'attribution est en cause ; ce qui est connu sous le nom du critère du " contrôle effectif " »[1316]. En l'espèce, le tribunal a estimé qu'il n'y a pas de preuve d'instructions quelconques que l'État aurait données à l'Autorité du Canal de Suez au sujet des actes et omissions spécifiques de cette entité qui font l'objet de la requête. De ce fait, les actes et omissions en question ne peuvent être attribués à l'Égypte[1317].

La sentence *Gustav Hamester*, dans les mêmes termes que la sentence *Jan de Nul* fait état pour sa part d'une « jurisprudence de la CIJ…très exigeante »[1318] en ce qu'elle requiert un contrôle effectif. Le tribunal présente le critère du contrôle comme une exigence de « contrôle effectif »[1319] ou encore de « commandement direct »[1320], de « contrôle direct »[1321]. Il a décidé qu'aucun des actes litigieux de l'espèce, qui correspondaient à des faits de Cocobod, l'entité ghanéenne en charge du secteur du cacao, ne répondait à une telle exigence[1322]. Par exemple, le tribunal est d'avis que le fait que le gouvernement ait été informé du différend entre Gustav Hamester et Cocobod et en ait discuté avec les parties ne signifie pas que Cocobod était sous le « contrôle effectif » du Gouvernement ghanéen et que les actes de Cocobod pourraient être attribués à l'État du Ghana[1323].

La sentence *Electrabel*, exposant les différentes hypothèses d'attribution prévues par l'article 8 du projet d'articles de la CDI, dont la matrice est la jurisprudence de la Cour, a également considéré que le degré de contrôle requis pour l'attribution d'un fait à l'État est « très exigeant »[1324]. Pour présenter ce degré de contrôle, le tribunal se réfère à la formule de la sentence *Jan de Nul* concluant à l'exigence de contrôle effectif[1325].

Il semble ainsi que la jurisprudence des tribunaux CIRDI adhère au contrôle effectif, degré de contrôle retenu par la Cour pour attribuer à l'Etat les comportements de personnes

---

[1316] *Jan de Nul et Dredging International c. Egypte*, préc., sentence, § 173.
[1317] *Ibidem.*
[1318] *Gustav Hamester & Co KG c. Ghana*, préc., sentence, § 179: « *The jurisprudence of the ICJ sets a very demanding threshold in attributing the act of a private entity to a State, as it requires both general control of the State over the entity, and specific control of the State over the particular act in question. This is known as the "effective control" test*». *Jan de Nul et Dredging International c. Egypte*, préc., sentence, § 173: « *International jurisprudence is very demanding in order to attribute the act of a person or entity to a State, as it requires both a general control of the State over the person or entity and a specific control of the State over the act the attribution of which is at stake; this is known as the "effective control" test*.».
[1319] *Ibid*., §§ 172, 198 et 199.
[1320] *Ibid*., §§ 198, 200 et 203.
[1321] *Ibid*., § 255.
[1322] *Ibid*., §§ 256, 267 et 285.
[1323] *Ibid*., § 199.
[1324] *Electrabel c. Hongrie*, CIRDI, affaire n° ARB/07/19, décision sur la compétence, le droit applicable et la responsabilité du 30 novembre 2012, § 7.69.
[1325] *Ibidem.*

sous son contrôle. On peut cependant se demander s'il s'agit d'une véritable tendance au sein des tribunaux CIRDI lorsqu'on sait qu'un même arbitre se retrouve membre des trois tribunaux adhérant au contrôle effectif[1326].

Au-delà de cette confirmation de la règle générale d'attribution à l'Etat des actes des personnes sous son contrôle vue par la Cour, une sentence CIRDI au moins a admis comme la Cour le principe de l'existence possible d'une *lex specialis* pour régler la question de l'attribution au regard du contrôle.

Paragraphe II : La confirmation de la possibilité d'une *lex specialis*

La Cour a admis la possibilité d'une *lex specialis* pour l'attribution à l'Etat des actes des personnes sous son contrôle (1) dont la sentence *Bayindir* a suggéré l'existence (2).

I. Le principe d'existence possible d'une *lex specialis*

Selon la Cour de la Haye, la présence d'une *lex specialis* justifie que soit écartée la règle générale d'attribution sur la base du contrôle.

Dans l'affaire *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide,* la Bosnie-Herzégovine avait argué de la nature particulière du crime de génocide pour justifier une mise à l'écart de la règle ou du critère du contrôle effectif dans l'attribution à l'Etat de faits commis par des personnes privées. La Cour a rétorqué que la nature particulière du crime de génocide ne justifiait pas qu'elle adopte une position différente de celle retenue dans l'affaire *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* [1327]. Selon la Cour, l'attribution du génocide à l'Etat se fera par application du critère du contrôle effectif des personnes privées auteurs des faits incriminés : « ainsi se présente aujourd'hui le droit international coutumier en la matière, tel que reflété par les articles de la CDI sur la responsabilité de l'État »[1328].

La Cour souligne que la nature de l'acte litigieux n'est pas un fondement pour mettre à l'écart la règle d'attribution au regard du contrôle, comme pourrait l'être une *lex specialis* : « en l'absence d'une *lex specialis* expresse, les règles relatives à l'attribution d'un

[1326] Brigitte STERN a siégé comme arbitre dans les tribunaux ayant rendu les sentences *Jan de Nul, Gustav Hamester* et *Electrabel*. Gabrielle KAUFMANN-KOHLER était arbitre au sein des tribunaux ayant rendu les sentences *Electrabel* et *Jan De Nul*.
[1327] *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro)*, arrêt, *op. cit.*, pp. 208-209, § 401.
[1328] *Ibidem*.

comportement internationalement illicite à un Etat sont indépendantes de la nature de l'acte illicite en question »[1329].

Ainsi, tout en rejetant cette hypothèse en l'occurrence par le désaveu adressé à une telle portée de l'arrêt *Tadic* du TPIY[1330], la Cour affirme que les règles coutumières d'attribution de fait à l'Etat peuvent être écartées, par l'existence d'une *lex specialis*.

II. La suggestion de son existence par la sentence Bayindir

La sentence *Bayindir* qui suggère la mise à l'écart des règles traditionnelles d'attribution au regard du contrôle dans le cadre du droit international des investissements internationaux, peut être considéré dans la même lignée.

Dans la sentence *Bayindir*, le tribunal a envisagé l'attribution du point de vue de l'article 8 du projet d'articles de la CDI. Ainsi, le tribunal faisant allusion au contrôle effectif et au contrôle global retenus par les arrêts *Nicaragua* et *Tadić*, souligne que l'existence de ces critères ne doit pas être un obstacle à la détermination d'une attribution en vertu de l'article 8 du projet de la CDI en droit des investissements internationaux au motif que les degrés de contrôle qu'ils requièrent ne sont pas atteints. Pour le tribunal, ces approches « ne sont pas toujours adaptées aux réalités du droit international économique »[1331]. De ce point de vue, conclut le tribunal, « elles ne devraient pas empêcher de conclure à l'attribution si les faits spécifiques d'un différend relatif à un investissement le justifient »[1332].

En faisant état de la possibilité de l'attribution du fait du contrôle sur la base d'un degré de contrôle autre que le contrôle effectif (et le contrôle global), la sentence *Bayindir* admet la possibilité de la mise en œuvre en droit des investissements internationaux de règles spéciales en matière d'attribution d'un fait à l'État sur le fondement du contrôle opéré par ce dernier sur l'auteur du fait[1333].

[1329] *Ibidem*.
[1330] *Ibid.*, § 403.
[1331] *Bayindir c. Pakistan*, préc., sentence, § 130.
[1332] *Ibidem.*
[1333] Voir LATTY (F.), « Arbitrage transantional et droit international général (2009) », *AFDI*,2009, pp. 701-702. LATTY (F.), « Les techniques interprétatives du CIRDI », *RGDIP*, Dossier : *Les techniques interprétatives de la norme internationale*, Tome 115, n° 2, 2011, p. 479 ; LATTY (F.), « Conditions d'engagement de la responsabilité de l'Etat d'accueil de l'investissement », *in* LEBEN (Ch.) (Dir.), *Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational*, *op. cit.*, p. 429 : « La sentence *Bayindir*, qui a examiné le critère du contrôle au regard des spécificités du droit économique, peut être interprétée comme une tentative (isolée) de développement d'une *lex specialis*, propre au droit des investissements en matière d'attribution ».

Les « réalités du droit international économique » justifieraient donc de mettre de côté les règles générales en matière d'attribution sur le fondement du contrôle en droit des investissements internationaux.

Certains auteurs ont mis en exergue cette possibilité de mise à l'écart des règles générales d'attribution dans le contentieux des investissements internationaux[1334] notamment en ce qui concerne les entités habilitées à exercer des prérogatives de puissance publique[1335] ou encore précisément les entités dites paraétatiques[1336]. Par exemple, selon Yves NOUVEL[1337], certaines dispositions conventionnelles « sont de nature à modifier les mécanismes d'imputation »[1338] ou à rendre inutile leur mise en œuvre[1339].

Cette faculté de mettre à l'écart les règles générales d'attribution en matière de responsabilité internationale en présence d'une *lex specialis* ou du fait de l'interprétation de certaines dispositions rendant inutiles l'opération d'attribution, est en totale adéquation avec le projet d'articles de la CDI. Comme l'indique clairement l'article 55 du projet, les articles

---

[1334] *Ibid.*, pp. 429-433.

[1335] RAUX (M.), La *responsabilité de l'Etat sur le fondement des traités de promotion et de protection des investissements. Etude du fait internationalement illicite dans le cadre du contentieux investisseur Etat*, *op. cit.*, pp. 90-98.

[1336] NOUVEL (Y.), « Les entités paraétatiques dans la jurisprudence du CIRDI », *op. cit.*, pp. 37-41.

[1337] *Ibidem*.

[1338] *Ibid.*, pp. 37-38. Selon l'auteur, c'est le cas par exemple de certaines dispositions relatives au champ d'application des TBI qui, en excluant certains domaines, excluent que le comportement des entités en charge desdits domaines puisse faire l'objet d'attribution à l'État. L'auteur évoque également les TBI susceptibles « d'élargir l'imputation » (p. 38) et cite à cet égard la disposition du modèle français d'accord sur les investissements selon laquelle « pour l'application du présent accord, il est entendu que les Parties contractantes sont responsables des actions ou omissions de leurs collectivités publiques, et notamment de leurs États fédérés, régions, collectivités locales ou de toute autre entité sur lesquels la Partie contractante exerce une tutelle, la représentation ou la responsabilité de ses relations internationales ou sa souveraineté». Il évoque dans le même sens la clause relative aux *state enterprises* des TBI conclus par les États-Unis, (par exemple l'article II 2 (b) du TBI Estonie / États-Unis), l'article 22 § 3 du traité sur la Charte de l'énergie et l'article 1503 (2) de l'ALENA.

[1339] *Ibid.*, pp. 39-41. S'agissant de la version de la clause relative aux *state enterprises* du modèle de TBI de 2004 des États-Unis, Yves NOUVEL estime qu'elle est à classer au titre des hypothèses dans lesquelles la mise en œuvre du mécanisme d'imputation devient inutile. Selon l'article 2 (2) (a) de ce modèle, « *A Party's obligations under Section A shall apply: (a) to a state enterprise or other person when it exercises any regulatory, administrative, or other governmental authority delegated to it by that Party*». L'auteur observe que dans cette formule, « au lieu que l'État veille à ce que l'entité se soumette au traité, c'est l'entité qui est directement soumise au traité. Une disposition de ce type donne au traité un effet direct à l'égard des entités paraétatiques. Elle met à leur charge l'obligation de se conformer aux dispositions conventionnelles. Par sa formulation intrusive, le traité rend le mécanisme d'imputation inutile, puisqu'il suffit d'établir que la conduite de l'entité visée ne s'est pas conformée aux obligations internationales pour engager la responsabilité de l'État » (p.39). Dans le même ordre d'idées, l'auteur cite les articles 25(1) et 25(3) de la Convention de Washington instituant le CIRDI qui prévoient qu'une « collectivité publique ou un organisme dépendant d'un État contractant » puisse être partie au différend porté à la connaissance du Centre. Il fait également état des clauses relatives aux pertes subies dans des situations de troubles et de l'application qui en a été faite par exemple dans la sentence *AMT*. Dans cette sentence, une clause de ce type a été utilisée pour conclure à la responsabilité de l'État du Zaïre pour les pertes subies par l'investisseur étranger à la suite d'émeutes et de pillages, « sans que le tribunal ait à rechercher l'identité de l'auteur des actes de violence commis sur le territoire zaïrois » (*AMT c. Zaïre*, préc., sentence, § 6.13.).

qu'il contient « ne s'appliquent pas dans les cas et dans la mesure où les conditions de l'existence d'un fait internationalement illicite ou le contenu ou la mise en œuvre de la responsabilité internationale d'un État sont régis par des règles spéciales de droit international »[1340]. Dans le même ordre d'idées, James CRAWFORD a pu également souligner que « *The ILC articles are residual articles and an adjudicator must first look at the treaty under review and see what it says on the subject. If the treaty (such as a BIT) covers the field of the issue at stake, the ILC articles have no role to play.* »[1341].

[1340] Commission du droit international, « Projet d'articles sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite et Commentaires y relatifs », *op. cit.*, p. 150.
[1341] CRAWFORD (J.), «Investment arbitration and the ILC articles on state responsibility », *ICSID Review-Foreign Investment Law Journal*, Vol. 25(1), 2010, p. 131.

CONCLUSION DU CHAPITRE

La mise en parallèle des jurisprudences de la Cour et des tribunaux CIRDI sur les hypothèses d'attribution sur lesquelles elles ont eu à se prononcer conjointement, a conduit à conclure que les tribunaux CIRDI, en bonne part, reproduisent la jurisprudence de la Cour.

En effet, les sentences CIRDI se réfèrent directement au Projet d'articles de la CDI sur la responsabilité de l'Etat dans le cadre de l'opération d'attribution. Ce faisant, elles reproduisent indirectement la jurisprudence de la Cour qui constitue l'un des fondements essentiels du Projet.

Si les sentences CIRDI adhèrent aux principes d'attribution à l'Etat des actes de ses organes et des actes de personnes sous son contrôle, la reprise des critères de mise en œuvre de ces principes n'est pas systématique mais partielle.

En ce qui concerne l'attribution à l'Etat des actes de ses organes, les jurisprudences de la Cour et des tribunaux CIRDI ne se recoupent pas totalement. L'élément déclencheur de l'attribution à l'Etat des actes de ses organes, la qualité d'organe de l'Etat, est conçue dans le même sens que la Cour, en tant qu'organe *de jure* et *de facto*, seulement par une partie de la jurisprudence des tribunaux CIRDI. Certaines sentences CIRDI se démarquent de la conception qu'a la Cour de la notion d'organe de l'Etat en la limitant à l'organe *de jure*, seul.

Pour ce qui est de l'attribution à l'Etat des comportements de personnes, groupes ou entités sous son contrôle, la concordance des jurisprudences de la Cour et des tribunaux CIRDI est plus marquée. Non seulement, les tribunaux CIRDI adhèrent au degré de contrôle, le contrôle effectif, retenu par la Cour pour attribuer un acte à l'Etat du fait du contrôle, mais, comme la Cour, un tribunal CIRDI a suggéré l'existence possible d'une *lex specialis* en faisant état de la mise à l'écart des règles traditionnelles d'attribution au regard du contrôle dans le cadre du droit international des investissements internationaux.

Un autre chapitre du droit de la responsabilité internationale sur lequel il a été possible de mettre en parallèle les jurisprudences de la Cour et des tribunaux CIRDI, est constitué par les excuses et justificatifs aux manquements aux règles primaires.

CHAPITRE II : REPRODUCTION SUBSTANTIELLE DE LA JURISPRUDENCE DE LA COUR SUR LES CONDITIONS DE MISE EN ŒUVRE DES EXCUSES ET JUSTIFICATIFS AUX MANQUEMENTS AUX REGLES PRIMAIRES

Dans le contentieux porté devant le CIRDI, les États hôtes n'ont pas manqué d'invoquer l'existence de certaines circonstances pour excuser ou justifier leurs actes présentés par les investisseurs comme des manquements aux règles primaires relatives aux investissements internationaux ou encore pour démontrer qu'ils étaient fondés à déroger à leurs obligations. De telles argumentations ont en commun de viser à conduire le tribunal arbitral à ne pas conclure à la responsabilité internationale de l'État en cause ou à l'exonérer de sa responsabilité.

L'étude de la jurisprudence des tribunaux CIRDI a permis de voir que l'état de nécessité, la contre-mesure, la force majeure, le consentement[1342], les clauses de sauvegarde et les clauses relatives aux périodes de troubles intérieurs sont autant d'éléments avancés dans cette optique.

Hormis la clause relative aux périodes de troubles intérieurs, la Cour de la Haye s'est prononcée sur chacune des circonstances précitées portées à la connaissance du CIRDI par les États hôtes pour excuser ou justifier les manquements à leurs obligations. Parmi ces circonstances conjointement abordées, la force majeure et le consentement n'appellent pas d'importants développements du point de vue de l'analyse comparée entreprise ici. En dehors du fait que les jurisprudences de la Cour et des tribunaux CIRDI conduisent à comprendre que la force majeure est porteuse de la théorie de l'imprévision ayant pour effet une impossibilité d'exécution[1343], ces jurisprudences n'offrent pas d'autres champs de comparaison sur le

---

[1342] C'est donc à tort qu'il a été affirmé que « le consentement…n'[a] pas encore été » invoqué devant des tribunaux d'investissement. Voir LATTY (F.), « Conditions d'engagement de la responsabilité de l'Etat d'accueil de l'investissement », *in* LEBEN (Ch.) (Dir.), *Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational*, *op. cit.*, p. 449.

[1343] Pour la Cour, voir :
Affaire concernant le paiement de divers emprunts serbes émis en France, arrêt, *op. cit.*, pp. 39-40 ; *Emprunts brésiliens*, arrêt, *op. cit*., p. 120 ; *Projet Gabčikovo-Nagymaros (Hongrie/Slovaquie)*, arrêt, *op. cit*,, p. 63, § 102 ; *Société commerciale de Belgique*, arrêt du 15 juin 1939, CPJI Recueil, Série A/B, n° 78, pp. 177-178.
Pour le CIRDI, voir :
- *Liberian Eastern Timber Corporation (LETCO) c. Liberia*, préc., sentence, p. 29 et *RSM c. République centrafricaine*, CIRDI, affaire n° ARB/07/2, sentence du 11 juillet 2011, § 179 : invocation de la force majeure en tant que clause contractuelle ;
- *Autopista Concesionada de Venezuela (Aucoven) c. Vénézuela*, préc, sentence du 23 septembre 2003, §§ 106-129 : les dispositions contractuelles prévoyaient l'invocation de la force majeure par le concessionnaire alors qu'en l'espèce elle était invoquée par l'État hôte. C'est donc dans le droit vénézuélien et le droit international – en tant que droits applicables – que les arbitres sont allés chercher les conditions par lesquelles la force majeure pouvait excuser les manquements par l'État hôte à ses obligations.

terrain de la force majeure. Pour ce qui est du consentement, il a été possible de parvenir aux constats suivants : le consentement excluant l'illicéité doit émaner de la personne[1344] ou de l'ensemble des personnes[1345] auxquelles l'obligation violée est directement due ; le consentement excluant l'illicéité doit couvrir la mesure litigieuse d'un point de vue *ratione materiae*[1346].

Ainsi, les résultats de la recherche comparative sur les circonstances excluant l'illicéité des manquements aux règles primaires du droit des investissements internationaux, ainsi que les exceptions conventionnelles à celles-ci, porteront sur l'état de nécessité, les clauses de sauvegarde et les contre-mesures, qui constituent les excuses et justificatifs les plus invoqués ou ayant soulevé le plus de problématiques dans le contentieux des investissements internationaux.

A propos de ces circonstances, il résulte de l'étude comparative que les tribunaux CIRDI ont adopté les régimes juridiques de l'état de nécessité et des clauses de sauvegarde dégagés par la Cour (Section I), ainsi que l'effet relatif de l'exclusion de l'illicéité par une contre-mesure tiré de la jurisprudence de la Cour (Section II).

Section I : Adoption des régimes juridiques de l'état de nécessité et des clauses de sauvegarde dégagés par la Cour

L'état de nécessité et les clauses de sauvegarde ont fait l'objet d'analyses par la Cour de la Haye bien avant qu'ils acquièrent une certaine "notoriété" dans l'explosion du contentieux argentin relatif aux investissements internationaux consécutive à l'importante crise économique en Argentine dans les années 1990, et dont le CIRDI a eu à connaître.

En effet, l'état de nécessité et les clauses de sauvegarde sont devenus – avec les clauses relatives aux périodes de troubles sociaux ou politiques ou de conflit armé – le principal cheval de bataille de l'Argentine en ce qu'ils constituent sa défense[1347] visant à démontrer

---

-*Enron c. Argentine*, préc., sentence, § 217 ; *Sempra Energy International c. Argentine*, préc., sentence, § 246 : Mise en œuvre de l'article 23 du projet d'articles de la CDI.

[1344]*El paso c. Argentine*, préc., sentence, §§ 539-551. Le consentement y a été analysé au titre d' « excuse » aux actes litigieux de l'Argentine.

[1345]*Régime douanier entre l'Allemagne et l'Autriche*, avis consultatif du 5 septembre 1931, CPJI Recueil, Série A/B, n° 41, pp. 46 et 49.

[1346]*Activités armées sur le territoire du Congo (RDC c. Ouganda)*, arrêt, *op. cit.*, p. 215, § 111. *EDF International et autres c. Argentine*, préc., sentence, §§ 1144-1148. Le consentement y a été analysé au titre de « défense » de l'Argentine.

[1347] Sur l'applicabilité de l'état de nécessité dans le contentieux investisseur / Etat, voir RAUX (M.), La *responsabilité de l'Etat sur le fondement des traités de promotion et de protection des investissements. Etude du fait internationalement illicite dans le cadre du contentieux investisseur Etat*, *op. cit.*, pp. 375-381.

qu'elle ne peut être tenue responsable des manquements à ses obligations relatives aux investissements internationaux qui lui sont reprochés.

Par les réponses apportées à ces arguments, les tribunaux CIRDI ont relativement emboité le pas à la CIJ en pérennisant et précisant le régime juridique de l'état de nécessité (Paragraphe I) et en pérennisant celui des clauses de sauvegarde (Paragraphe II).

Paragraphe I : Pérennisation et précision du régime juridique de l'état de nécessité

Trois points relatifs à l'état de nécessité ont été abordés à la fois par la CIJ et les tribunaux CIRDI. L'absence de caractère *self-judging* de l'invocation de l'état de nécessité posée par la Cour a été validée par les tribunaux CIRDI (I) qui ont également prolongé la lecture faite par la Cour des conditions d'invocation de l'état de nécessité (II). Enfin, les tribunaux CIRDI ont prolongé la jurisprudence de la Cour quant aux conséquences juridiques de l'état de nécessité (III).

I. Validation de l'absence de caractère *self-judging* de l'invocation de l'état de nécessité

L'absence de caractère *self-judging* de l'invocation de l'état de nécessité décidée par la cour (A) a été validée par les tribunaux CIRDI (B).

A. L'absence de caractère self-judging de l'invocation de l'état de nécessité dans la jurisprudence de la Cour

C'est dans son arrêt *Gabčíkovo-Nagymaros* de 1997 opposant la Slovaquie à la Hongrie que la Cour de la Haye a fourni des précisions sur l'état de nécessité. Répondant à l'Etat défendeur qui invoquait un « état de nécessité écologique », en vue de justifier les manquements conventionnels que lui reprochait la Slovaquie, la CIJ a été conduite à l'examen des principes régissant le concept de l'état de nécessité pour se prononcer sur les circonstances invoquées en l'espèce.

Avant de se pencher au fond sur la défense de nécessité écologique avancée par la Hongrie, la CIJ a indiqué que « l'État concerné n'est pas seul juge de la réunion [des] conditions [d'invocation de l'état de nécessité] »[1348].

[1348] *Projet Gabčikovo-Nagymaros (Hongrie/Slovaquie),* arrêt, *op. cit.*, p. 40, § 51.

C'est dire que l'État invoquant l'état de nécessité n'a pas le pouvoir de décider discrétionnairement que les conditions qui président à son invocation sont réunies. L'invocation de l'état de nécessité peut donc faire l'objet d'un contrôle juridictionnel portant sur la vérification de l'existence des conditions d'une telle invocation. En d'autres termes et selon l'expression anglo-saxonne appropriée, l'invocation de l'état de nécessité n'a pas un caractère *self-judging*.

B. Validation par les tribunaux CIRDI

En procédant à la vérification de la réunion de l'ensemble des conditions gouvernant l'invocation de l'état de nécessité dans chacune des espèces dans lesquelles il a été invoqué[1349], les tribunaux CIRDI ont confirmé l'absence de caractère *self-judging* de l'invocation de l'état de nécessité retenue par la Cour.

Qui plus est, alors même que la problématique du caractère *self-judging* de l'invocation de l'état de nécessité n'a pas été discutée par les parties dans les affaires portées devant les tribunaux CIRDI, ces derniers n'ont pas manqué de rappeler la position de la CIJ sur ce point. Ainsi, les tribunaux des affaires *Enron*[1350] et *Sempra*[1351] ont évoqué le *dictum* de l'arrêt *Gabčíkovo-Nagymaros* selon lequel « l'État concerné n'est pas seul juge de la réunion de ces conditions [d'invocation de l'état de nécessité] »[1352] dans leur analyse des discussions autour du caractère *self-judging* de clauses de sauvegarde. Les sentences *Bernadus Henricus Funnekoter et autres*[1353] et *Impregilo*[1354] ont, pour leur part, rappelé ledit *dictum* dans le cadre de l'appréciation dans ces espèces de l'excuse coutumière de nécessité invoquée par les États hôtes.

En rejetant implicitement ou explicitement[1355] le caractère *self-judging* de l'invocation de l'état de nécessité, les tribunaux CIRDI se sont reconnus, comme la CIJ, le pouvoir d'exercer un contrôle sur l'existence des conditions permettant d'invoquer l'état de nécessité.

[1349] Voir *infra*, II. du présent paragraphe.
[1350] *Enron c. Argentine*, préc, sentence, § 336.
[1351] *Sempra Energy International c. Argentine*, préc., sentence, § 383.
[1352] *Projet Gabčikovo-Nagymaros (Hongrie/Slovaquie),* arrêt, *op. cit.*, p. 40, § 51.
[1353] *Bernadus Henricus Funnekoter et autres c. Zimbabwe,* CIRDI, affaire n° ARB/05/6, sentence du 22 avril 2009, § 105.
[1354] *Impregilo c. Argentine*, préc., sentence, § 347.
[1355] Voir également *CMS c. Argentine*, préc., sentence, § 317 ; *LG&E c. Argentine*, préc., décision sur la responsabilité, §§ 207-214 ; *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona et Vivendi Universal c. Argentine,* CIRDI, affaire n° ARB/03/19, décision sur la responsabilité du 30 juillet 2010, § 263.

Dans le cadre de ce contrôle, ils ont prolongé la lecture faite par la Cour des conditions d'invocation de l'état de nécessité.

II. Prolongation de la lecture faite par la Cour des conditions d'invocation de l'état de nécessité

La lecture que la Cour a faite des conditions d'invocation de l'état de nécessité (A) a été confirmée et précisée par les tribunaux CIRDI (B).

A. Les conditions d'invocation de l'état de nécessité vues par la Cour

Dans l'arrêt *ELSI*, l'état de nécessité est présenté comme un concept admis et commun à tout système juridique, en ce que « Tout système juridique doit prévoir, par exemple, des limites à l'exercice normal de certains droits dans des situations d'urgente nécessité publique ou autres »[1356]. Cette nécessité publique légitime justifiant des mesures exceptionnelles peut avoir une palette large. Ainsi, entre dans cette palette au regard de sa jurisprudence ainsi confirmée en principe, la grave situation budgétaire et monétaire d'un Etat, et d'autres situations dont la jurisprudence de la Cour a pu également faire état, jurisprudence par référence à laquelle, notamment, a été conçue la codification de l'état de nécessité dans le texte d'articles de la CDI de 2001[1357].

Dans son arrêt relatif à l'affaire précitée *Gabčíkovo-Nagymaros*, la CIJ a apprécié l'existence de l'état de nécessité sur la base des conditions prévues à l'article 33 du projet d'articles de la CDI sur la responsabilité internationale des États adopté en première lecture en 1996[1358]. Cet article, qui correspond à l'article 25 du projet dans sa version de 2001, est considéré par la Cour comme reflétant le droit international coutumier[1359]. Ce qui semble être également le cas pour les parties qui, comme le rappelle la Cour, « se sont accordées pour estimer que l'existence d'un état de nécessité doit être appréciée à la lumière des critères

[1356] *Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI)*, arrêt, *op. cit.*, § 74.
[1357] Voir Commission du droit international, « Projet d'articles sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite et Commentaires y relatifs », *op. cit.*, p. 217, et l'analyse faite des arrêts *Emprunts serbes*, *Société commerciale de Belgique* et *Oscar Chinn* dans le commentaire de l'article 25 du Projet, pp. 208 ss.
[1358] Selon Théodore CHRISTAKIS, alors qu'elle s'est basée sur le projet d'articles de la CDI adopté en première lecture en 1996 pour apprécier l'état de nécessité invoqué dans l'affaire *Gabčíkovo-Nagymaros* en 1997, la CIJ a, par l'arrêt rendu dans cette affaire, contribué au maintien de l'état de nécessité dans la version du projet de 2001. CHRISTAKIS (Th.), « « Nécessité n'a pas de loi ? » La nécessité en droit international », *in* SFDI, *La nécessité en droit international*, Paris : Pedone, 2007, pp. 41-44.
[1359] *Projet Gabčikovo-Nagymaros (Hongrie/Slovaquie)*, arrêt, *op. cit.*, p. 41, § 52.

énoncés par la Commission du droit international à l'article 33 du projet d'articles sur la responsabilité internationale des États qu'elle a adopté en première lecture »[1360].

Selon cette disposition, « 1. L'état de nécessité ne peut pas être invoqué par un État comme une cause d'exclusion de l'illicéité d'un fait de cet État non conforme à une de ses obligations internationales, à moins que

a) ce fait n'ait constitué le seul moyen de sauvegarder un intérêt essentiel dudit État contre un péril grave et imminent ; et que

b) ce fait n'ait pas gravement porté atteinte à un intérêt essentiel de 1'État à l'égard duquel l'obligation existait.

2. En tout état de cause, l'état de nécessité ne peut pas être invoqué par un État comme une cause d'exclusion d'illicéité

a) si l'obligation internationale à laquelle le fait de l'État n'est pas conforme découle d'une norme impérative du droit international général ; ou

b) si l'obligation internationale à laquelle le fait de 1'État n'est pas conforme est prévue par un traité qui, explicitement ou implicitement, exclut la possibilité d'invoquer l'état de nécessité en ce qui concerne cette obligation ; ou

c) si 1'État en question a contribué à la survenance de l'état de nécessité.».

Reflet du droit international coutumier, la Cour résume en partant ainsi de ce texte, les conditions de l'état de nécessité pertinentes pour l'espèce. Selon la CIJ, « un « intérêt essentiel » de 1'État auteur du fait contraire à l'une de ses obligations internationales doit avoir été en cause; cet intérêt doit avoir été menacé par un «péril grave et imminent » ; le fait incriminé doit avoir été le « seul moyen » de sauvegarder ledit intérêt; ce fait ne doit pas avoir « gravement porté atteinte à un intérêt essentiel» de 1'État à l'égard duquel l'obligation existait; et 1'État auteur dudit fait ne doit pas avoir « contribué à la survenance de l'état de nécessité » »[1361]. Elle précise que ces conditions sont cumulatives[1362].

Sur cette base, la CIJ procède à l'appréciation de la pertinence de l'invocation de l'état de nécessité en commençant par confirmer la possibilité pour la « nécessité écologique » de constituer une cause d'exclusion de l'illicéité d'un fait[1363].

[1360] *Ibid.*, p. 39, § 50.
[1361] *Ibid.*, pp. 40-41, § 52.
[1362] *Ibid.*, p. 40, § 51.
[1363] *Ibid.*, p. 41, § 53.

Puis, elle explicite les notions clés autour desquelles sont construites les conditions d'invocation de l'état de nécessité.

Selon la Cour, la notion de péril ne laisse pas de place aux incertitudes dans le cadre de l'invocation de l'état de nécessité ; le péril doit être « réel »[1364], « précis »[1365], « dûment avéré »[1366] ; les « dangers…incertains »[1367] et « l'appréhension d'un péril possible »[1368] n'étant pas pertinents dans ce contexte.

L'imminence quant à elle est pour la CIJ « synonyme d' « immédiateté » ou de «proximité» et dépasse de loin le concept d'«éventualité» »[1369] . Ce qui n'exclut pas pour autant le péril « dont la réalisation aurait été inéluctable dans le long terme »[1370]. Le péril s'inscrivant dans le long terme peut être pertinent « dès lors qu'il serait établi, au moment considéré, que la réalisation de ce péril, pour lointaine qu'elle soit, n'en serait pas moins certaine et inévitable »[1371]. Le péril ne peut donc être qualifié d'imminent s'il n'est pas suffisamment certain.

Concernant le critère du « seul moyen », pour l'auteur, il signifie que « seules les mesures prises (…) pouvaient permettre [de] faire face »[1372] au péril grave et imminent. Dès lors, un État ne peut invoquer l'état de nécessité s'il avait à sa disposition d'autres moyens pour faire face à la situation, même si ces derniers sont plus coûteux, cet argument « ne constitu[ant] pas un élément déterminant au regard de l'état de nécessité »[1373].

Sur la base de l'ensemble deces éléments, la Cour décide qu'en l'espèce, « les périls invoqués par la Hongrie, sans préjudice de leur gravité éventuelle, n'étaient en 1989 ni suffisamment établis, ni « imminents » ; et que, pour y faire face, la Hongrie disposait à l'époque d'autres moyens que la suspension et l'abandon de travaux dont elle avait la charge (…). Même s'il avait été établi qu'il existait en 1989 un état de nécessité lié à l'exécution du traité de 1977, la Hongrie n'aurait pas été admise à s'en prévaloir pour justifier le manquement à ses obligations conventionnelles, car elle aurait contribué, par action ou omission, à sa

[1364] *Ibid.*, p. 42, § 54.
[1365] *Ibid.*, p. 44, § 56.
[1366] *Ibid.*, p. 42, § 54.
[1367] *Ibid.*, p. 42, § 55.
[1368] *Ibid.*, p. 42, § 54.
[1369] *Ibidem.*
[1370] *Ibid.*, p. 44, § 56.
[1371] *Ibid.*, p. 42, § 54.
[1372] *Ibidem.*
[1373] *Ibid.*, p. 43, § 55.

survenance »[1374]. La CIJ conclut ainsi dans l'arrêt *Gabčíkovo-Nagymaros* que la Hongrie ne peut se prévaloir de l'état de nécessité[1375].

Elle aboutit à la même conclusion dans son avis consultatif sur les *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*. La Cour, rappelant son arrêt dans l'affaire *Gabčíkovo-Nagymaros* a estimé que le critère du « seul moyen » n'était pas rempli et a par conséquent jugé « qu'Israël ne saurait se prévaloir (…) de l'état de nécessité, comme excluant l'illicéité de la construction du mur »[1376] en cause dans cette espèce.

B. Confirmation et explicitation par les tribunaux CIRDI

La lecture faite par la Cour des conditions d'invocation de l'état de nécessité a été confirmée et complétée par les tribunaux CIRDI qui prennent également pour point de départ de leurs analyses les travaux de la CDI avec des références à l'arrêt *Gabčíkovo-Nagymaros*.

La jurisprudence des tribunaux CIRDI sur l'état de nécessité a essentiellement été forgée à partir du contentieux argentin des investissements internationaux né des mesures prises par l'Argentine pour faire face à la crise économique et financière qu'a traversée le pays dès la fin des années 1990. L'état de nécessité a été l'un des principaux moyens de défense de l'Argentine par lequel elle entendait ne pas être tenue responsable des impacts sur les investisseurs étrangers des mesures qu'elle a prises pour lutter contre la crise. C'est en répondant à ce moyen de défense de l'Argentine que des tribunaux CIRDI ont confirmé les conditions d'invocation de l'état de nécessité que la Cour a dégagées des travaux de la CDI au titre de droit international coutumier mais également apporté des précisions complémentaires nécessaires à la bonne compréhension de certaines de ces conditions.

-*Un intérêt essentiel de l'État en cause*

Les tribunaux CIRDI ont admis que l'intérêt essentiel de l'État qui doit être en cause pour que ce dernier puisse invoquer l'état de nécessité ne se rapporte pas exclusivement à un intérêt relatif à l'existence ou à l'indépendance de l'État et que les questions d'ordre économique ou social peuvent valablement avoir trait à un « intérêt essentiel » de l'État.

[1374] *Ibid.*, p. 45-46, § 57,

[1375] Pour une solution contraire concluant à l'existence d'un état de nécessité dans cette espèce, voir *Projet Gabčikovo-Nagymaros (Hongrie/Slovaquie)*, Opinion dissidente de M. Herczegh, *op. cit.*, pp. 182-188.

[1376] *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé,* avis consultatif, *op. cit.*, p. 195, § 142.

Il est vrai qu'un passage de la sentence *Enron c. Argentine* a pu prêter à confusion dans ce contexte. Pour les arbitres, « l'argument selon lequel [la situation économique de l'Argentine] compromet l'existence de l'État et son indépendance de sorte à être considéré comme impliquant un intérêt essentiel de l'État n'est pas convaincant »[1377] . Devant le Comité *ad hoc*, qu'elle a saisi, l'Argentine a invoqué ce passage comme signifiant que les intérêts essentiels de l'État sont limités à son existence et son indépendance, et comme l'un des fondements de son recours en annulation de la sentence. Le Comité *ad hoc* a éclairé le passage précité de la sentence en admettant que la position du tribunal, replacé dans son contexte, était plutôt que s'il y avait un intérêt essentiel menacé, cet intérêt n'avait pas trait à l'existence et l'indépendance de l'État[1378].

Selon la sentence *LG&E* plus explicite, « ce qui est qualifié d'intérêt "essentiel" n'est pas limité aux intérêts renvoyant à l'existence de l'État…les intérêts économiques, financiers ou les intérêts liés à la protection de l'État contre tout danger compromettant sérieusement sa situation interne ou externe, sont aussi considérés comme des intérêts essentiels »[1379].

Dans le même ordre d'idées, les arbitres ayant rendu la sentence *Impregilo* sont d'avis que l'expression intérêt essentiel « peut inclure non seulement l'existence et l'indépendance de l'État, mais aussi d'autre intérêts subsidiaires mais non moins "essentiels", comme la préservation de la stabilité sociale, économique et environnementale de l'État »[1380].

Par leur adhésion à la conception de la nécessité de l'Etat ne se limitant pas à celle liée à son existence ou indépendance (conception consacrée par la Cour à travers la "nécessité écologique"), ces sentences valident ainsi la possibilité d'invocation de "nécessités économique, sociale ou financière " par l'Etat hôte devant les tribunaux CIRDI.

Les sentences *LG&E* et *Impregilo* ont par ailleurs souligné que la condition de l'intérêt essentiel ne se préjuge pas et ne se prédétermine pas dans l'abstrait, mais dépend des conditions de chaque espèce[1381].

-La mesure litigieuse comme seul moyen de sauvegarder l'intérêt essentiel en cause

A propos du critère du « seul moyen », le comité *ad hoc* se prononçant sur la demande d'annulation de la sentence *Enron* estime qu'il implique un certain nombre de questions

[1377] *Enron c. Argentine*, préc., sentence, § 306.
[1378] *Enron c. Argentine*, préc., décision sur la demande d'annulation, §§ 358-360.
[1379] *LG&E c. Argentine*, préc., décision sur la responsabilité, § 251.
[1380] *Impregilo c. Argentine*, préc., sentence, § 346.
[1381] *LG&E c. Argentine*, préc., décision sur la responsabilité, § 252 ; *Impregilo c. Argentine*, préc., sentence, § 346.

essentielles sur lesquelles le tribunal arbitral ne s'est pas arrêté : la définition juridique de l'expression "seul moyen" qui peut faire l'objet de diverses interprétations ; la question de savoir si l'efficacité relative des mesures alternatives doit être prise en compte : l'État peut-il se prévaloir du fait que « la mesure prise était le "seul moyen" qui avait une très grande chance d'être très efficace » ? ; Qui prend la décision de savoir s'il y a une alternative pertinente et conformément à quel test?[1382]

- *La mesure litigieuse ne doit pas avoir porté gravement atteinte à un intérêt essentiel de l'État auquel l'obligation était due*

Concernant le critère selon lequel la mesure ne doit pas porter gravement atteinte à un intérêt essentiel de l'État à l'égard duquel l'obligation existe, la sentence *Enron* a estimé que dans le contexte des traités d'investissement, il faut se poser la question de savoir s'il y a eu atteinte grave à un intérêt essentiel de l'investisseur étranger, bénéficiaire ultime des obligations dans ces traités[1383]. Pour le comité *ad hoc* chargée d'examiner la demande d'annulation de la sentence, l'exigence d'une atteinte grave à un intérêt essentiel de l'investisseur étranger par la sentence *Enron* « contraste avec le langage de l'article 25 (1) (b) des Articles de la CDI, qui parle d'une situation dans laquelle l'acte de l'État invoquant le principe de nécessité porterait gravement atteinte à un intérêt essentiel pertinent »[1384].

Ainsi, la déformation de la jurisprudence de la Cour – qui prévoit plutôt une atteinte grave à « un « intérêt essentiel » de 1'État qui invoque l'état de nécessité[1385] – par la sentence *Enron* a été corrigée par le comité *ad hoc* constitué pour connaître de l'annulation de cette sentence.

La sentence *Impregilo* va encore plus loin dans son rejet de la position de la sentence *Enron* en observant que « les intérêts d'un petit nombre de nationaux ou entités juridiques d'un État partie ne sont pas cohérents avec ou qualifiés d'« intérêt essentiel » de cet État. Il s'ensuit que toute atteinte à ces intérêts n'est pas pertinente aux fins de ce paragraphe [1(b) de l'article 25] »[1386].

[1382] *Enron c. Argentine*, préc., décision sur la demande d'annulation, §§ 368-373.
[1383] *Enron c. Argentine*, préc., sentence, § 342.
[1384] *Enron c. Argentine*, préc., décision sur la demande d'annulation, § 383.
[1385] *Projet Gabčikovo-Nagymaros (Hongrie/Slovaquie)*, arrêt, *op. cit.*, p. 40, § 51.
[1386] *Impregilo c. Argentine*, préc., sentence, § 354.

- La non contribution de l'État à la survenance de la situation de nécessité

Dès la première affaire dans laquelle l'état de nécessité est invoqué devant un tribunal CIRDI, les arbitres complètent utilement la jurisprudence de la CIJ en indiquant que, concernant le critère de l'absence de contribution à la survenance de la situation, le commentaire de l'article 25 du projet d'articles de 2001 précise que la contribution « doit être " suffisamment substantielle et non pas simplement accessoire ou marginale" »[1387].

La sentence *Suez* indique pour sa part que « la notion centrale de cette condition est le verbe "contribuer", pas "causer" ou "créer". Par conséquent, le fait que d'autres acteurs, en plus de l'État en cause, puissent avoir contribué à la situation de nécessité de l'État ne signifie pas automatiquement que cet État n'y a pas contribué »[1388].

Toujours au sujet du critère de la non contribution à la situation de nécessité, certains tribunaux CIRDI ont soulevé des questions qui ne se retrouvent pas dans l'arrêt *Gabčíkovo-Nagymaros*. Il ressort de certaines sentences en effet que la condition selon laquelle 1'État auteur du fait ne doit pas avoir contribué à la survenance de l'état de nécessité renvoie à l'idée d'absence de commission de faute. Ainsi, dans l'affaire *LG&E*, on lit qu' « en cas de faute de l'État, l'exception disparaît, vu qu'en pareille hypothèse le lien de causalité entre l'acte de l'État et le dommage causé est établi »[1389]. De même, pour la sentence *Enron*, la condition de la non contribution est « bien entendu l'expression d'un principe général conçu pour éviter qu'une partie ne prenne avantage juridique de sa propre faute »[1390]. Le comité *ad hoc* mis en place pour statuer sur la demande d'annulation de cette sentence fait observer que cette position du tribunal suggère que pour ce dernier, la conduite de l'État contribuant à une situation de nécessité doit constituer une certaine forme de faute. Cependant, poursuit le comité, le tribunal n'a pas répondu aux interrogations que doivent logiquement susciter une telle considération : « qu'est ce qui sera tenu pour "faute" dans ce contexte ? La conduite de l'État en cause doit-elle être délibérée (dans le sens où elle aurait délibérément pour but de provoquer la situation de nécessité), ou suffit-il que la conduite soit imprudente ou négligente, ou un degré bien moindre de faute est suffisant ? »[1391]. On trouve des éléments de réponse à cette dernière interrogation dans la sentence *Impregilo*. Selon cette sentence, « la contribution d'un État à sa situation de nécessité n'a pas à être spécifiquement projetée ou planifiée – cela

[1387] *CMS c. Argentine*, préc., sentence, § 328.
[1388] *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona et Vivendi Universal c. Argentine*, préc., décision sur la responsabilité, § 263.
[1389] *LG&E c. Argentine*, préc., décision sur la responsabilité, § 256.
[1390] *Enron c. Argentine*, préc., sentence, § 311.
[1391] *Enron c. Argentine*, préc., décision sur la demande d'annulation, § 389.

peut être la conséquence, entre autres, de politiques partant de bonnes intentions mais mal conçues. Ce résultat découle du bon sens »[1392].

Finalement, seul le tribunal de l'affaire *LG&E* est arrivé à la conclusion selon laquelle les conditions d'invocation de l'état de nécessité étaient réunies dans le contexte de crise économique et financière qui a secoué l'Argentine. Cependant, dans cette affaire, les arbitres avaient déjà déterminé un autre fondement pour exclure la responsabilité de l'Argentine, leurs développements sur l'état de nécessité en droit international coutumier intervenaient donc à titre surabondant, pour confirmer leurs conclusions[1393].

L'Argentine n'a donc jamais été admise à se prévaloir de l'excuse coutumière de nécessité de façon autonome dans le riche contentieux relatif aux investissements internationaux au cœur duquel elle se trouve. Les raisons du rejet de la défense de nécessité fondée sur le droit international coutumier se retrouvent principalement dans les conditions du "seul moyen" et de la "non contribution à la situation" qui ont largement été considérés comme n'étant pas remplies[1394], l'existence d'un péril grave et imminent ayant été mis en doute par certains tribunaux[1395].

Au-delà de quelques contradictions intestines, ce qu'il est possible de retenir dans le cadre de l'analyse comparée, c'est que les tribunaux CIRDI ont, par leurs analyses, confirmé, puis contribué à préciser les conditions d'invocation de l'état de nécessité retenues par la Cour.

Les tribunaux CIRDI ont également perpétué les conséquences juridiques de l'état de nécessité tirées de la jurisprudence de la Cour.

[1392]*Impregilo c. Argentine*, préc., sentence, § 356.
[1393]*LG&E c. Argentine*, préc., décision sur la responsabilité, §§ 245 et 258.
[1394]*CMS c. Argentine*, préc., sentence, § 324 et § 329 ; *Enron c. Argentine*, préc., sentence, §§ 308-312 ; *Sempra Energy International c. Argentine*, préc., sentence, §§ 350-354 ; *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona et Vivendi Universal c. Argentine*, préc., décision sur la responsabilité, § 265 ; *Total c. Argentine*, préc., décision sur la responsabilité du 27 décembre 2010, § 22 ; *Impregilo c. Argentine*, préc., sentence, §§ 356-360 (dans cette affaire, le critère de "non contribution à la situation de nécessité" a été considéré comme n'étant pas rempli seulement par la majorité).
[1395]*Enron c. Argentine*, préc., sentence, § 307 ; *Sempra Energy International c. Argentine*, préc., sentence, § 349 ; *Total c. Argentine*, préc., décision sur la responsabilité, § 223.

III. Perpétuation des conséquences juridiques de l'état de nécessité

La jurisprudence de la Cour, reprise en cela par la jurisprudence des tribunaux CIRDI, a considéré que l'état de nécessité a pour effet d'exclure l'illicéité d'un comportement et par conséquent la responsabilité pour fait internationalement illicite (A). Par ailleurs, les deux jurisprudences s'accordent pour considérer que les pertes subies par le fait de l'état de nécessité doivent être indemnisées (B).

A. L'état de nécessité comme fait justificatif excluant l'illicéité et donc la responsabilité pour fait internationalement illicite

La jurisprudence de la Cour qui a présenté l'état de nécessité comme une circonstance excluant l'illicéité, mais également comme une circonstance excluant la responsabilité pour fait internationalement illicite (1) est reprise par la jurisprudence des tribunaux CIRDI (2).

1. L'état de nécessité : circonstance excluant l'illicéité et la responsabilité pour fait internationalement illicite dans la jurisprudence de la CIJ

L'affaire *Gabčíkovo-Nagymaros* a aussi été l'occasion pour la CIJ de préciser les conséquences juridiques de l'état de nécessité. La Cour a en effet indiqué le sens, la portée, le "mode opératoire" de cette circonstance exceptionnelle en spécifiant à quelles conclusions elle permet d'aboutir, et les résultats qu'il n'est pas possible d'en inférer tant en droit de la responsabilité internationale qu'en droit des traités.

Sur le plan du droit des traités, la CIJ indique que l'état de nécessité ne peut fonder la fin d'un traité[1396].

Du point de vue de la responsabilité internationale, la Cour de la Haye, a précisé, dans un premier temps, que l'état de nécessité permet de « justifier »[1397] un comportement illicite, un manquement à une obligation internationale. Ainsi, on lit dans l'arrêt que la conduite de la Hongrie, « en l'absence d'une telle circonstance (…) eût été illicite »[1398], mais aussi que «

[1396] *Projet Gabčikovo-Nagymaros (Hongrie/Slovaquie)*, arrêt, *op. cit.*, p. 63, § 101 : « La Cour examinera maintenant le premier motif invoqué par la Hongrie, à savoir celui tiré de l'état de nécessité. A cet égard, la Cour se bornera à observer que même si l'existence d'un état de nécessité est établie, il ne peut être mis fin à un traité sur cette base. L'état de nécessité ne peut être invoqué que pour exonérer de sa responsabilité un État qui n'a pas exécuté un traité. Même si l'on considère que l'invocation de ce motif est justifiée, le traité ne prend pas fin pour autant ; il peut être privé d'effet tant que l'état de nécessité persiste ; il peut être inopérant en fait, mais il reste en vigueur, à moins que les parties n'y mettent fin d'un commun accord. Dès que l'état de nécessité disparaît, le devoir de s'acquitter des obligations découlant du traité renaît. »

[1397] *Ibid.*, p. 39, § 48 et p. 45, § 57.

[1398] *Ibid.*, p. 39, § 48.

l'état de nécessité constitue une cause, reconnue par le droit international coutumier, d'exclusion de l'illicéité d'un fait non conforme à une obligation internationale »[1399]. La même lecture des conséquences juridiques de l'état de nécessité peut être tirée de l'avis consultatif de la CIJ dans l'affaire *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*. Dans cette affaire, la Cour a eu à se « demander si Israël pourrait se prévaloir d'un état de nécessité permettant d'exclure l'illicéité de la construction du mur (…) si l'état de nécessité tel que reconnu par le droit international coutumier pourrait être invoqué … comme cause excluant l'illicéité des mesures ou décisions incriminées »[1400].

Ces passages d'arrêts et avis de la Cour de la Haye présentent l'état de nécessité comme un fait justificatif ayant pour effet d'écarter le caractère illicite d'un agissement. De ce point de vue, l'état de nécessité, lorsqu'il est établi, a pour effet de conclure que l'État qui l'invoque, bien qu'ayant manqué à ses obligations, bien que son comportement puisse être qualifié d'illicite, voit une telle qualification écartée, parce que l'illicéité est justifiée, au regard des circonstances.

D'autres passages de l'arrêt *Gabčíkovo-Nagymaros* montrent que l'état de nécessité est aussi présenté comme une excuse empêchant de conclure à la responsabilité de l'État : dans cette hypothèse, l'accent est mis sur le fait que la conséquence qui découle normalement du comportement illicite disparaît. Ainsi, selon la CIJ, « l'état de nécessité allégué par la Hongrie – à le supposer établi – ne pourrait donc permettre de conclure qu'en 1989 elle aurait agi conformément à ses obligations en vertu du traité de 1977 ou que ces obligations auraient cessé de la lier. Il permettrait seulement d'affirmer que, compte tenu des circonstances, la Hongrie n'aurait pas engagé sa responsabilité internationale en agissant comme elle l'a fait »[1401]. Cette deuxième façon de présenter l'état de nécessité est également conforme avec l'esprit du projet d'Articles de la CDI.

Théodore CHRISTAKIS a suggéré qu'il est préférable de parler de « circonstance excluant ou atténuant la responsabilité » plutôt que de « circonstance excluant l'illicéité » à propos de l'état de nécessité[1402]. Mais en réalité, plutôt que de constituer deux façons différentes de présenter l'état de nécessité, les expressions « circonstance excluant l'illicéité » et « circonstance excluant la responsabilité » se rejoignent dans le cadre dans

[1399] *Ibid.*, p. 40, § 51.
[1400] *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé,* avis consultatif, *op. cit.*, pp. 194-195, § 140.
[1401] *Projet Gabčikovo-Nagymaros (Hongrie/Slovaquie),* arrêt, *op. cit.*, p.39, § 48. Voir également p. 39, § 49.
[1402] CHRISTAKIS (Th.), « « Nécessité n'a pas de loi ? » La nécessité en droit international », *op. cit.*, pp. 45-63.

lequel elles ont été utilisées par la Cour. En effet, les circonstances excluant l'illicéité justifient la violation d'une obligation internationale et mettent à l'écart le caractère illicite d'un comportement. Or, au regard des articles 1 et 2 du Projet d'articles de la CDI, c'est le fait internationalement illicite (violation d'une obligation internationale) imputable à l'Etat qui entraîne la responsabilité de ce dernier. De ce point de vue, dans le cadre de la responsabilité pour fait internationalement illicite, les circonstances excluant l'illicéité constituent des circonstances excluant la responsabilité pour fait internationalement illicite. C'est ce qui explique la double présentation de l'état de nécessité à la fois comme une circonstance excluant l'illicéité et comme une circonstance excluant la responsabilité qu'il a été possible de relever dans la jurisprudence de la Cour.

Ainsi, il apparaît que la présentation de l'état de nécessité comme une circonstance excluant la responsabilité, ne peut être entendue que comme une circonstance excluant la responsabilité pour fait internationalement illicite et non une circonstance excluant la responsabilité internationale de façon générale.

Cette exclusion de l'illicite et de la responsabilité comme conséquence de l'état de nécessité ne peut, selon la Cour, qu'avoir un caractère temporaire et exceptionnel[1403].

Ces conclusions peuvent également être tirées de la jurisprudence des tribunaux CIRDI.

2. La reprise dans la jurisprudence des tribunaux CIRDI

La présentation de l'état de nécessité comme circonstance excluant l'illicéité et circonstance excluant la responsabilité se retrouve dans la jurisprudence des tribunaux CIRDI.

Les sentences *CMS*, *Enron* et *Sempra* présentent l'état de nécessité comme une cause « d'exclusion de l'illicéité »[1404], une circonstance permettant d'« excuser la responsabilité ou d'exclure l'illicéité »[1405]. La sentence *LG&E* quant à elle ne voit dans l'état de nécessité prévu à l'article 25 du projet de la CDI que l'idée « d'excuser la responsabilité d'un État pour la violation de ses obligations internationales »[1406]. Il en est de même pour les Comités *ad hoc* chargés de se prononcer sur les demandes d'annulation des sentences *CMS* et *Sempra*. Pour eux, ce n'est que si les tribunaux arbitraux avaient conclu à un manquement à ses obligations

[1403] *Projet Gabčikovo-Nagymaros (Hongrie/Slovaquie),* arrêt, *op. cit.*, p. 36, § 41
[1404] *Enron c. Argentine*, préc., sentence, § 339 ; *Sempra Energy International c. Argentine*, préc., sentence, § 388.
[1405] *Ibid.*, § 356.
[1406] *LG&E c. Argentine*, préc., décision sur la responsabilité, § 245.

par l'État argentin qu'ils auraient eu à déterminer « si [sa] responsabilité pouvait être exclue »[1407], « l'état de nécessité justifi[ant] l'exonération de la responsabilité de l'État »[1408].

Les sentences *El Paso, Total, Impregilo, Continental Casualty* estiment que l'état de nécessité constitue une « cause d'exclusion de l'illicéité d'un fait non conforme à l'une de ses obligations internationales »[1409]. Plus précisément, pour ces tribunaux, l'état de nécessité permet « d'écarter l'illégalité »[1410], « agit pour excuser un acte autrement illicite »[1411]; par son action, « un acte autrement en violation d'une obligation internationale (« non conforme à » cette obligation) n'est pas considéré comme illicite et n'entraîne par conséquent pas les obligations secondaires attachées à un acte illicite grâce à la présence « exceptionnelle » de l'une des conditions qui en droit international exclut l'illicéité, en l'occurrence la nécessité »[1412].

Ainsi présenté comme circonstance excluant l'illicéité et *par conséquent* circonstance excluant la responsabilité, l'état de nécessité n'a pu être entendu que comme circonstance excluant la responsabilité pour fait internationalement illicite dans la jurisprudence des tribunaux CIRDI.

A l'instar de la jurisprudence de la Cour, l'exclusion de l'illicite et de la responsabilité a, ici aussi, été considérée comme exceptionnelle[1413] et temporaire[1414].

B. L'indemnisation des pertes causées par l'état de nécessité

La Cour de la Haye, suivie en cela par les tribunaux CIRDI, a considéré que l'état de nécessité ne dispense pas l'Etat qui l'invoque d'accorder une indemnisation pour les pertes subies du fait des mesures prises pour faire face à l'état de nécessité.

Toujours dans l'arrêt *Gabčíkovo-Nagymaros*, la Cour a souligné que « la Hongrie a expressément reconnu qu'en tout état de cause un tel état de nécessité ne la dispenserait pas de

[1407] *CMS c. Argentine*, préc., décision sur la demande d'annulation, § 134.
[1408] *Sempra Energy International c. Argentine*, préc., décision sur la demande d'annulation du 29 janvier 2010, § 176.
[1409] Voir par exemple *Impregilo c. Argentine*, préc., sentence, § 359.
[1410] *El Paso c. Argentine*, préc., sentence, § 554.
[1411] *Total c. Argentine*, préc., décision sur la responsabilité, § 221.
[1412] *Continental casualty company c. Argentine*, préc., sentence, § 166.
[1413] *CMS c. Argentine*, préc., sentence, § 317 ; *Enron c. Argentine*, préc., sentence, § 304; *Sempra Energy International c. Argentine*, préc., sentence, § 345. *Continental casualty company c. Argentine*, préc., sentence, § 166.
[1414] Voir par exemple *LG&E c. Argentine*, préc., décision sur la responsabilité, §§ 261, 263 et 265 ; *Enron c. Argentine*, préc., sentence, § 343.

devoir dédommager son partenaire »[1415]. C'est cette idée qui a été traduite dans l'article 27. b du Projet d'articles selon lequel « l'invocation d'une circonstance excluant l'illicéité conformément au présent chapitre est sans préjudice : (…) De la question de l'indemnisation de toute perte effective causée par le fait en question ».

Le commentaire de l'article 27.b indique que la notion d'indemnisation visée ici n'est pas « l'indemnisation dans le cadre de la réparation d'un comportement illicite » mais « porte plutôt sur la question de savoir si un État qui invoque une circonstance excluant l'illicéité devrait néanmoins réparer toute perte effective subie par tout État lésé directement. (…). ». Toujours selon ce commentaire, « l'alinéa b énonce une condition légitime, dans certains cas, pour permettre à un État de se prévaloir d'une circonstance excluant l'illicéité »[1416].

Le parallèle entre l'indemnisation des pertes causées par l'état de nécessité et l'indemnisation dans le cadre de l'expropriation licite peut alors être osé : « à l'instar de l'expropriation (licite), l'Etat n'est pas responsable d'une illicéité mais d'une atteinte à un droit individuel au nom de l'intérêt général supérieur. Il est donc logique qu'il en assume le coût, puisque c'est lui qui incarne et promeut cet intérêt général : c'est bien à la collectivité de payer le prix des sacrifices individuels que l'intérêt supérieur impose »[1417].

Cette conséquence de la mise en œuvre de l'état de nécessité est reprise par la jurisprudence des tribunaux CIRDI. A l'instar de la jurisprudence de la Cour, les tribunaux CIRDI ont estimé que l'état de nécessité est sans préjudice de l'indemnisation due pour les pertes subies du fait des mesures prises pour faire face à l'état de nécessité[1418].

En définitive, l'image de l'état de nécessité retenue par les tribunaux CIRDI ressemble à celle qu'on lui connaît dans la jurisprudence de la Cour : les tribunaux CIRDI n'ont globalement pas suivi une voie différente de celle tracée par la CIJ en ce qui concerne l'état de nécessité. L'analyse comparée aboutit au même résultat pour ce qui est des clauses de sauvegarde.

[1415] *Projet Gabčikovo-Nagymaros (Hongrie/Slovaquie),* arrêt, *op. cit.*, p.39, § 48.
[1416] « Projet d'articles sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite et Commentaires y relatifs », *op.cit.*, Commentaire de l'raticle 27, §§ 4 et 5.
[1417] DE NANTEUIL (A.), *Droit international de l'investissement, op. cit.*, p. 398.
[1418] *CMS c. Argentine*, préc., sentence, §§ 383 ss ; *EDF International et autres c. Argentine*, préc., sentence, § 1077 ; *Enron c. Argentine*, préc., sentence, § 345.

Paragraphe II : Pérennisation du régime juridique des clauses de sauvegarde

La clause de sauvegarde est, en droit international, une règle conventionnelle se présentant comme une règle primaire généralement formulée sous une forme négative consistant à énoncer l'idée selon laquelle l'accord dans lequel la clause se trouve ne fait pas obstacle à ce que les parties prennent un certain nombre de mesures portant sur des objets déterminés variant d'un accord à l'autre. Ces objets sont généralement relatifs à des problématiques d'intérêt général, vital ou essentiel pour l'État qui adopte les mesures ainsi sauvegardées[1419].

Les clauses de sauvegarde ont été invoquées dans le contentieux international par des États, comme moyens de défense, aux fins de ne pas être déclarés responsables pour le non-respect de leurs obligations conventionnelles.

Les obligations contenues dans les accords relatifs aux investissements internationaux n'échappent pas à un tel usage des clauses de sauvegarde. Ainsi, une clause de sauvegarde a été soulevée devant de nombreux tribunaux CIRDI notamment dans le cadre du contentieux argentin faisant suite à la crise économique et financière qu'a traversé l'Argentine. Cette

[1419] Voir par exemple les articles XX et XXI du GATT :
Article XX
Exceptions générales
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 ;
(...);
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 ;
Article XXI
Exceptions concernant la sécurité
Aucune disposition du présent Accord ne sera interprétée :
a) comme imposant à une partie contractante l'obligation de fournir des renseignements dont la divulgation serait, à son avis, contraire aux intérêts essentiels de sa sécurité ;
b) ou comme empêchant une partie contractante de prendre toutes mesures qu'elle estimera nécessaires à la protection des intérêts essentiels de sa sécurité :
i) se rapportant aux matières fissiles ou aux matières qui servent à leur fabrication ;
ii) se rapportant au trafic d'armes, de munitions et de matériel de guerre et à tout commerce d'autres articles et matériel destinés directement ou indirectement à assurer l'approvisionnement des forces armées ;
iii) appliquées en temps de guerre ou en cas de grave tension internationale ;
c) ou comme empêchant une partie contractante de prendre des mesures en application de ses engagements au titre de la Charte des Nations Unies, en vue du maintien de la paix et de la sécurité internationales.

dernière a en effet entendu faire jouer l'article XI du TBI États-Unis / Argentine pour emmener les arbitres à conclure qu'elle était en droit de se dégager de ses obligations conventionnelles découlant dudit TBI et que par conséquent elle n'encourait aucune responsabilité.

Les tribunaux CIRDI ont appréhendé cette clause de sauvegarde dans un sens qui vient, dans une certaine mesure, confirmer la vision que la CIJ a pu en avoir à plusieurs titres : ils ont validé l'absence de caractère *self-judging per se* de l'invocation d'une clause de sauvegarde retenue par la Cour (I), reconduit la double conception de la clause de sauvegarde tirée de la jurisprudence de la Cour (II) et maintenu l'ambiguïté des rapports entre clause de sauvegarde et circonstances excluant l'illicéité en droit international coutumier perceptible dans la jurisprudence de la Cour (III).

I. Validation de l'absence de caractère *self-judging per se* de l'invocation d'une clause de sauvegarde

L'absence de caractère *self-judging per se* de l'invocation d'une clause de sauvegarde décidée par la Cour (A) se retrouve dans la jurisprudence des tribunaux CIRDI (B).

A. L'absence de caractère *self-judging per se* dans la jurisprudence de la Cour

Les clauses de sauvegarde que la Cour a eu à apprécier s'analysent globalement en des clauses d'exception de sécurité. C'était le cas dans l'affaire *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*, avec l'article XXI[1420] du traité d'amitié, de commerce et de navigation entre les États-Unis et le Nicaragua (1956) et dans l'affaire des *Plates-formes pétrolières* avec le paragraphe 1 de l'article XX[1421] du traité bilatéral d'amitié, de commerce et de droits consulaires (1955).

Dans ces deux affaires, la Cour a jugé que les clauses de sauvegarde, au regard de leurs formulations, ne conféraient pas aux États-Unis le pouvoir de décider discrétionnairement et

[1420] « Le présent traité ne fera pas obstacle à l'application de mesures :
(…)
c) concernant la production ou le commerce des armes, des munitions et du matériel de guerre, ou le commerce d'autres produits lorsqu'il a pour but direct ou indirect d'approvisionner des unités militaires ;
d) nécessaires à l'exécution des obligations de l'une ou l'autre partie relatives au maintien ou au rétablissement de la paix et de la sécurité internationales ou à la protection des intérêts vitaux de cette partie en ce qui concerne sa sécurité. ».

[1421] « Le présent traité ne fera pas obstacle à l'application de mesures :
d)…nécessaires à l'exécution des obligations de l'une ou l'autre des Hautes Parties contractantes relatives au maintien ou au rétablissement de la paix et de la sécurité internationales ou à la protection des intérêts vitaux de cette Haute Partie contractante sur le plan de la sécurité. ».

sans aucun contrôle que les conditions de mise en œuvre de l'exception de sécurité étaient réunies. Dans un passage de l'arrêt *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* repris par l'arrêt *Plates-formes pétrolières*, la Cour souligne que « d'après les termes du traité lui-même, la question de savoir si une mesure est nécessaire à la protection des intérêts vitaux de sécurité d'une partie ne relève pas de l'appréciation subjective de la partie intéressée, ainsi que la Cour l'a déjà souligné (…) ; le texte ne vise pas ce que la partie « estime nécessaire » »[1422].

Dans l'affaire *Certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale*, alors même que la clause de sauvegarde applicable contenait l'expression « si l'État requis estime »[1423], la Cour n'en a pas moins décidé qu'elle devait exercer un contrôle minimum sur l'usage que la France avait entendu en faire. Certes, la CIJ a reconnu que la formulation de la clause d'exception de sécurité donnait une marge d'appréciation à la France. Cependant, elle a décidé que « même si la France est fondée à dire que les termes de l'article 2 donnent un très large pouvoir discrétionnaire à l'État requis, l'exercice de ce pouvoir demeure soumis à l'obligation de bonne foi codifiée à l'article 26 de la convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités »[1424].

Dans l'affaire *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, des clauses de sauvegarde d'objets divers ont été examinées par la CIJ. Ces clauses portaient entre autres et pour certaines sur des impératifs militaires, des nécessités de sécurité nationale ou d'ordre public[1425]. Le fait que la Cour ait cherché à déterminer, dans cette affaire, si les conditions de mise en œuvre des clauses de sauvegarde étaient réunies témoigne de sa position en faveur de l'absence de caractère *self- judging* des clauses de sauvegarde de l'espèce[1426].

Ainsi, il ressort de la jurisprudence de la Cour que les clauses de sauvegarde n'ont pas un caractère *self judging per* se. Elles ne peuvent être considérées comme telles qu'au regard

---

[1422] *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique),* fond, arrêt, *op. cit.*, p. 141, § 282, voir également p. 116, § 222 ; *Plates-formes pétrolières (République islamique d'Iran c. États-Unis d'Amérique)*, arrêt, *op. cit.*, p. 183, § 43.

[1423] La convention d'entraide judiciaire en matière pénale entre la France et Djibouti (1986) disposait en son article 2 que :
« L'entraide judiciaire pourra être refusée :
c) Si l'État requis estime que l'exécution de la demande est de nature à porter atteinte à sa souveraineté, à sa sécurité, à son ordre public ou à d'autres de ses intérêts essentiels ».

[1424] *Certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale (Djibouti c. France),* arrêt, *op. cit.*, p. 229, § 145.

[1425] *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé,* avis consultatif, *op. cit.*, pp. 192-193, §§ 135-136.

[1426] *Ibidem.*

de leur formulation et même, lorsqu'un tel caractère peut être tiré de la formulation d'une clause de sauvegarde donnée, un contrôle juridictionnel sur son invocation de bonne foi est effectué.

B. Solution concordante des tribunaux CIRDI

L'absence de caractère *self judging per se* des clauses de sauvegarde ressort également de la jurisprudence des tribunaux CIRDI[1427].

Devant les tribunaux CIRDI, la clause de sauvegarde contenue dans le TBI États-Unis / Argentine a fondé l'un des moyens de défense de l'Argentine dans le contentieux qui l'a opposé à de nombreux investisseurs de nationalité américaine suite à la crise économique et financière susmentionnée.

Cette clause, contenue dans l'article XI du traité se lit comme il 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*. ».

Les tribunaux CIRDI qui ont eu à apprécier cette disposition sont unanimes pour considérer qu'elle n'est pas *self-judging* et que le contrôle à y exercer est « substantiel », allant au-delà de l'évaluation de la bonne foi pour s'étendre à la vérification de la réunion des conditions de son invocation[1428].

Pour parvenir à une telle conclusion, les tribunaux CIRDI ont eux aussi tenu compte de la formulation de cette clause de sauvegarde pour juger de l'absence de son caractère *self-judging*[1429]. Ce faisant, le tribunal *Enron* n'a pas manqué de se référer à la jurisprudence de la

---

[1427] Voir en ce sens RAUX (M.), La *responsabilité de l'Etat sur le fondement des traités de promotion et de protection des investissements. Etude du fait internationalement illicite dans le cadre du contentieux investisseur Etat*, *op. cit.,* pp. 405-421.

[1428] Voir par exemple *CMS c. Argentine*, préc., sentence, §§ 373-374 ; *LG & E c. Argentine*, préc., décision sur la responsabilité, §§ 207 ss ; *Enron c. Argentine*, préc., sentence, §§ 332 et 340 ; *Sempra Energy International c. Argentine*, préc., décision sur la demande d'annulation, § 170 ; *Continental casualty company c. Argentine*, préc., sentence, §§ 187-188 ; *El paso c. Argentine*, préc., sentence, §§ 589 ss.

[1429]Voir par exemple *Continental casualty company c. Argentine*, préc., sentence, § 187: « *Although a provision such as Art. XI, as earlier indicated, involves naturally a margin of appreciation by a party invoking it, caution must be exercised in allowing a party unilaterally to escape from its treaty obligations in the absence of clear textual or contextual indications*. » ; *El paso c. Argentine*, préc., sentence, § 589 : «*The Tribunal believes that Article XI contains no self-judging elements, as it will now show by examining the content of that provision in the light of the canons of treaty interpretation of Articles 31 and 32 of the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties* »

Cour : « les discussions relevées au sujet du GATT et de l'arrêt *Nicaragua* aussi bien que de l'affaire des *Plate-forme pétrolières* confirment que l'énoncé d'une disposition doit être très précis afin de conduire à conclure à son caractère *self-judging* et dans toutes ces espèces, les différences d'énoncés se sont avérées déterminantes pour rejeter les arguments en faveur d'un tel caractère exceptionnel »[1430].

Ainsi, la jurisprudence des tribunaux CIRDI va dans le même sens que celle de la Cour : l'invocation d'une clause de sauvegarde est soumise au contrôle de l'instance devant laquelle elle est invoquée et non pas à la seule appréciation de l'État qui l'invoque. Ce contrôle peut se limiter à un contrôle de l'invocation de bonne foi ou aller au-delà et constituer un contrôle substantiel, contrôle de la réunion des conditions requises pour son invocation, en fonction de la formulation de la clause de sauvegarde.

II. Reconduction de la double conception de la clause de sauvegarde

La double conception de la clause de sauvegarde qu'il est permis de tirer de la jurisprudence de la Cour (A) ressort également de la jurisprudence des tribunaux CIRDI (B).

A. La clause de sauvegarde comme justificatif excluant l'illicéité et règle primaire dans la jurisprudence de la Cour

Il ressort des arrêts *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*, *Plates-formes pétrolières, Certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale, Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, que plusieurs sens peuvent être attribués aux clauses de sauvegarde.

Une clause de sauvegarde peut en effet être entendue comme excluant les domaines qu'elle couvre du champ d'application du traité la contenant et par conséquent de la compétence de la juridiction désignée pour connaître de l'interprétation et de l'application du traité. La Cour a indiqué clairement ne pas adhérer à cette façon de voir la clause de sauvegarde dans ses arrêts *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*[1431] et *Plates-formes pétrolières*[1432].

[1430] *Enron c. Argentine*, préc., sentence, § 336.
[1431] *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique)*, fond, arrêt, *op. cit.*, p. 116, § 222.
[1432] *Plates-formes pétrolières* (République islamique d'Iran c. États-Unis d'Amérique), exceptions préliminaires, *op. cit.*, p. 811, § 20.

D’un autre côté, la clause de sauvegarde peut se comprendre comme un moyen de défense. En ce sens, elle peut être invoquée soit comme une clause justifiant une violation des autres dispositions du traité soit comme une règle permissive autonome à la lumière de laquelle la mesure litigieuse peut être directement appréciée. Cette acception de la clause de sauvegarde se retrouve dans la jurisprudence de la Cour dans ses deux branches.

Il ressort des arrêts de la CIJ qu’une clause de sauvegarde peut constituer un justificatif à une mesure qui s’analyse en une violation d’un traité et permet d’écarter une telle violation. Autrement dit et pour paraphraser Rosalyn HIGGINS, à la clause de sauvegarde, l’on « assign[e] pour fonction… de permettre de vérifier s'il [est] possible de défendre ou de justifier une atteinte portée à un droit découlant d'un traité »[1433].

De ce point de vue, la clause de sauvegarde est examinée *après* qu’une violation d’une ou plusieurs dispositions du traité ait été établie et est par conséquent appréhendée comme une règle secondaire, précisément comme contenant une circonstance excluant l’illicéité. C’est cette démarche qu’a entrepris la Cour dans son arrêt *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*[1434] et dans son avis consultatif *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*[1435] où l’examen de la clause de sauvegarde a été entrepris après que l’illicéité ait été établie.

[1433] *Plates-formes pétrolières (République islamique d'Iran c. États-Unis d'Amérique),* arrêt, opinion individuelle de Mme le juge Higgins, *op. cit.*, pp. 250-251, § 23.

[1434] Dans cette affaire, c’est après avoir constaté la violation du traité d'amitié, de commerce et de navigation entre les États-Unis et le Nicaragua que la Cour a fait intervenir l’article XXI (clause de sauvegarde) de ce même traité. Ayant conclu que « le minage des ports nicaraguayens par les États-Unis constitu[ait] une mesure en contradiction manifeste avec l'article XIX, paragraphe 1, du traité de 1956 qui garantit la liberté de navigation et la liberté de commerce » (*Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique),* fond, arrêt, *op. cit.*, p. 139, § 278), la Cour ajoute qu’il « reste à savoir si l'article XXI pourrait justifier cette action » (*Ibidem*). On lit également à propos d’une autre allégation de violation du traité : « La Cour a par conséquent jugé que les États-Unis enfreignent une obligation de ne pas priver le traité d'amitié, de commerce et de navigation de 1956 de son but et de son objet et qu'ils ont commis des actes qui sont en contradiction avec les termes de ce traité, pour autant que les exceptions de l'article XXI, paragraphe 1 *c)* et *d),* concernant respectivement le « commerce des armes » et les « mesures nécessaires à l'exécution des obligations... relatives au maintien ou au rétablissement de la paix et de la sécurité internationales ou à la protection des intérêts vitaux » d'une partie en ce qui concerne sa sécurité ne puissent être invoquées pour justifier les actes incriminés ». (*Ibid.*, pp. 140-141).

[1435] Dans l’affaire *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, la Cour a *d’abord* conclu que la construction du mur par Israël portait atteinte à divers droits contenus dans des instruments relatifs aux droits de l’homme et était contraire à des obligations souscrites dans la quatrième convention de Genève et certaines résolutions du Conseil de sécurité des Nations Unies. C’est fort de ce constat que la Cour a fait état de la présence dans les instruments de droit international humanitaire et de droits de l’homme applicables en l’espèce de « dispositions permettant de tenir compte dans certains cas des impératifs militaires » (*Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé,* avis consultatif, *op. cit.*, p. 192, §135), de « clauses qui peuvent être invoquées par les États parties en vue de déroger, sous diverses conditions, à certaines de leurs obligations conventionnelles » (*Ibid.*, p. 192, § 136) et de « clauses de limitation des droits couverts par [certaines] dispositions » (*Ibidem*). Après analyse de ces clauses, la Cour conclut que « le mur tel que tracé et le régime qui lui est associé portent atteinte de manière grave à de nombreux

Une autre façon d'appréhender la clause de sauvegarde consiste à l'aborder comme une règle permissive autonome, comme une règle primaire intervenant en amont de la détermination d'une illicéité. Ici, la mesure litigieuse est appréciée directement à la lumière de la clause de sauvegarde au titre de conduite autorisée par le traité. Lorsqu'il est établi que la mesure a été prise conformément à la clause de sauvegarde, elle ne peut être qualifiée d'illicite. C'est cette conception de la clause de sauvegarde qu'exprime l'arrêt *Plates-formes pétrolières* en ces termes : « si en la présente espèce la Cour est convaincue par l'argument des Etats-Unis selon lequel les actions menées contre les plates-formes pétrolières étaient, dans les circonstances de l'espèce, des « mesures …nécessaires… à la protection des intérêts vitaux [des Etats-Unis] ... sur le plan de la sécurité » au sens de l'alinéa d) du paragraphe 1 de l'article XX du traité de 1955, elle doit en conclure qu'aucune violation du paragraphe 1 de l'article X du traité n'a été établie »[1436]. Ce principe admis, la Cour soulève le problème de la logique d'appréciation de la clause de sauvegarde : doit-elle d'abord apprécier les violations du traité d'amitié alléguées par l'Iran avant d'appliquer la clause de sauvegarde ou se pencher en premier lieu sur la clause de sauvegarde invoquée par les États-Unis ? La Cour constate que dans l'affaire *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*, l'examen des allégations de violation du traité d'amitié Nicaragua / États-Unis a précédé celui de la clause de sauvegarde contenue dans ce même traité. Elle estime que l'ordre adopté dans cette affaire « n'a pas …été dicté par l'économie du traité [mais] illustre plutôt le principe selon lequel la Cour « reste libre dans le choix des motifs sur lesquels elle fondera son arrêt » »[1437]. Au regard de ce principe, la Cour décide d'examiner la clause de sauvegarde soulevée par les États-Unis avant d'aborder les violations du traité alléguées par l'Iran[1438]. L'ordre ainsi retenu par la Cour n'a pas fait l'unanimité au sein de ses membres[1439].

---

droits des Palestiniens habitant dans le territoire occupé par Israël sans que les atteintes résultant de ce tracé puissent être *justifiées* par des impératifs militaires ou des nécessités de sécurité nationale ou d'ordre public. La construction d'un tel mur constitue *dès lors* une violation par Israël de diverses obligations qui lui incombent en vertu des instruments applicables de droit international humanitaire et des droits de l'homme » (*Ibid.*, pp. 193-194, § 137).

[1436] *Plates-formes pétrolières (République islamique d'Iran c. Etats-Unis d'Amérique)*, arrêt, *op. cit.*, p. 179, § 34.

[1437] *Ibid.*, p. 180, § 37.

[1438] *Ibid.*, pp. 180-181, § 37. L'ordre ainsi retenu abonde dans le sens de la position des États-Unis sur la clause de sauvegarde en l'espèce – même si la Cour ne fonde pas sa décision sur cette position – qui présente clairement cette clause comme une règle permissive autonome. En effet, « en la présente espèce, les États-Unis ont soutenu que l'alinéa d) du paragraphe 1 de l'article XX du traité de 1955 ne constituait pas une limitation au paragraphe 1 de l'article X, pas plus qu'il n'y dérogeait ; il s'agit selon eux d'une disposition de fond qui, en même temps et sur le même plan que le paragraphe 1 de l'article X, détermine, définit et délimite les obligations des parties. Les États-Unis affirment donc qu'il n'existe aucune raison impérieuse d'examiner la question de la violation du paragraphe 1 de l'article X avant de se pencher sur l'alinéa d) du paragraphe 1 de l'article XX. Ils suggèrent que la Cour peut rejeter la demande de l'Iran soit au motif que les actions menées par les États-Unis

En appréciant les actions litigieuses des États-Unis directement à la lumière de la clause de sauvegarde afin de vérifier si ces actions avaient été prises au titre de la règle que contient la clause, la Cour a abordé la clause de sauvegarde non pas comme un justificatif d'une violation d'une obligation internationale qu'elle avait établi en amont – donc non pas comme une circonstance excluant l'illicéité, règle secondaire – mais en soi comme une règle qui autorise à adopter certaines mesures et empêche de procéder à la qualification d'illicite – donc comme une règle primaire.

Ainsi, dans la jurisprudence de la Cour, deux conceptions de la clause de sauvegarde cohabitent, la posant à la fois comme une clause permettant d'exclure une illicéité établie et comme une clause empêchant d'établir une illicéité.

B. Une double conception concordante dans la jurisprudence des tribunaux CIRDI

La double conception de la clause de sauvegarde se retrouve dans la jurisprudence des tribunaux CIRDI.

La conception consistant à appréhender la clause de sauvegarde comme une règle permettant d'exclure la qualification d'illicite a été retenue par les décisions d'annulation *CMS*, *Sempra* et les sentences *Continental Casualty Company* et *El Paso*. Ces sentences et décisions ont pu présenter l'article XI du TBI États-Unis / Argentine comme une clause permettant de déroger[1440], d'échapper[1441] aux autres obligations du TBI. Plus précisément, ces décisions ont considéré que les mesures prises au titre de l'article XI se situent en dehors de la portée du traité[1442]. Autrement dit, lorsque l'article XI s'applique, les obligations substantielles du traité ne s'appliquent pas[1443].

---

n'ont pas entraîné une violation du paragraphe 1 de l'article X, soit au motif que ces actions étaient des mesures nécessaires à la protection des intérêts vitaux des États-Unis sur le plan de la sécurité, et donc qu'elles étaient autorisées par l'alinéa d) du paragraphe 1 de l'article XX. ». (*Plates-formes pétrolières (République islamique d'Iran c. États-Unis d'Amérique)*, arrêt, *op. cit.*, p. 180, § 36).

[1439] Voir par exemple *Plates-formes pétrolières (République islamique d'Iran c. États-Unis d'Amérique)*, arrêt, Opinion individuelle de Mme le juge Higgins, *op. cit.*, p.229, § 15 ; p. 230, § 21 ; pp. 230-231, § 23 ; *Plates-formes pétrolières (République islamique d'Iran c. États-Unis d'Amérique)*, arrêt, Opinion individuelle de M. le juge Parra-Aranguren, *op. cit.*, p. 244, § 13 ; *Plates-formes pétrolières (République islamique d'Iran c. États-Unis d'Amérique)*, arrêt, Opinion individuelle de M. le juge Owada, *op. cit*., p. 336.

[1440] *Continental casualty company c. Argentine*, préc., sentence §§ 164 et § 167.

[1441] *Ibid*., § 187.

[1442] *Ibid*., § 164 ; Voir également *El Paso c. Argentine*, préc., sentence, § 554.

[1443] *CMS c. Argentine*, préc., décision sur la demande d'annulation, § 129 ; *Continental casualty company c. Argentine*, préc., sentence, § 164 ; *Continental casualty company c. Argentine*, préc, décision sur la demande d'annulation du 16 septembre 2011, § 124 ; *Sempra Energy International c. Argentine*, préc., décision sur la demande d'annulation, § 200.

Une telle conception a conduit ce courant de sentences à assigner à la clause de sauvegarde le même mode opératoire que dans l'affaire des *Plates-formes pétrolières*. Distinguant la clause de sauvegarde de l'état de nécessité, ce courant estime que la première implique de mettre directement la mesure litigieuse à l'épreuve de la clause de sauvegarde, et d'exclure toute qualification d'illicite en cas de conformité de la mesure à la clause tandis que le second implique d'établir d'abord l'illicéité puis d'écarter cette illicéité grâce à l'état de nécessité[1444]. Cette façon de concevoir la clause de sauvegarde la situe donc en amont de la qualification d'illicite de la mesure litigieuse, « au regard de cette démarche, la licéité du comportement de l'État hôte découle de sa conformité à une règle permissive du traité lui « reconnaissant des "droits réservés" »[1445].

Ainsi, lorsque la clause conventionnelle de sauvegarde s'applique, « les autres dispositions du traité… ne peuvent entrer en jeu ni, de ce fait, être méconnues »[1446] . C'est en ce sens qu'il est permis d'affirmer que « les arbitres considèrent [la clause de sauvegarde] comme une règle primaire, en ce sens qu'elle limite le champ d'application des obligations substantielles pesant sur l'Etat. Ils estiment ainsi qu'en situation de crise l'Etat peut prendre toute mesure nécessaire au maintien de l'ordre public ou à la protection de ses intérêts essentiels sans violer ses obligations en vertu du TBI car celles-ci sont suspendues. En l'absence d'obligation, il ne saurait y avoir de fait illicite »[1447]. Mais contrairement à ce qu'exprimaient ainsi Franck LATTY et Patrick JACOB, les arbitres CIRDI ne considèrent pas la clause de sauvegarde seulement comme une règle primaire.

En effet, la jurisprudence des tribunaux CIRDI valide également l'autre aspect de la double conception de la clause de sauvegarde tirée de la jurisprudence de la Cour en l'affaire *Activité militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci.*

Comme la Cour, d'autres tribunaux CIRDI ont utilisé la clause de sauvegarde comme justificatif pour exclure l'illicéité *après* avoir établi une telle illicéité. En ce sens, la clause de sauvegarde est appréhendée comme une circonstance excluant l'illicéité, donc comme une règle secondaire. Cette deuxième conception de la clause de sauvegarde a été retenue par les

---

[1444] *CMS c. Argentine,* préc., décision sur la demande d'annulation, §§ 129 et 133 ; *Sempra Energy International c. Argentine,* préc., décision sur la demande d'annulation, § 200. ; *Continental casualty company c. Argentine,* préc., sentence, §§ 161 et 164 *El Paso c. Argentine,* préc., sentence, §§ 552-554.

[1445] *Continental casualty company c. Argentine,* préc., sentence, § 164.

[1446] RAUX (M.), La *responsabilité de l'Etat sur le fondement des traités de promotion et de protection des investissements. Etude du fait internationalement illicite dans le cadre du contentieux investisseur Etat*, *op. cit.*, p. 425.

[1447] LATTY (F.), JACOB (P.), Chronique « Arbitrage transnational et droit international général », *AFDI* 2011, p 554.

sentences *CMS*[1448], *Enron*[1449] et *Sempra*[1450] ainsi que la décision sur la responsabilité dans l'affaire *LG&E*[1451].

Il apparaît que comme la Cour, la jurisprudence des tribunaux CIRDI est partagée entre une conception de la clause de sauvegarde comme règle primaire et une conception de la clause de sauvegarde comme règle secondaire.

III. Maintien de l'ambiguïté des rapports entre les clauses de sauvegarde et les circonstances excluant l'illicéité en droit international coutumier

Dans les affaires impliquant des traités contenant des clauses de sauvegarde portées devant la CIJ et les tribunaux CIRDI, des circonstances excluant l'illicéité en droit international coutumier n'ont pas manqué d'être invoquées. L'invocation simultanée de ces deux catégories de normes a suscité des interrogations et entraîné des difficultés.

Les jurisprudences de la Cour et des tribunaux CIRDI ont ainsi apprécié les rapports entre clauses de sauvegarde et certaines circonstances excluant l'illicéité en droit international coutumier. De ces jurisprudences, il est difficile de se faire une idée précise de ces rapports qui varient entre complémentarité et assimilation (A), relations *lex specialis / lex generalis*, règles primaires / règles secondaires (B).

A. Complémentarité ou assimilation ?

Il ressort de la jurisprudence de la Cour qu'elle a opéré un glissement de la complémentarité fonctionnelle à l'assimilation entre une clause de sauvegarde et une circonstance excluant l'illicéité en droit international coutumier, lorsqu'elle est passée de l'interprétation à l'application d'une clause de sauvegarde (1). Un tel glissement est également perceptible dans la jurisprudence des tribunaux CIRDI (2).

[1448] *CMS c. Argentine*, préc., sentence, §§ 304 ss.
[1449] *Enron c. Argentine*, préc., sentence, §§ 288 ss.
[1450] *Sempra Energy International c. Argentine*, préc., sentence, §§ 325 ss.
[1451] *LG&E c. Argentine*, préc., décision sur la responsabilité, §§ 201 ss et § 261.

1. Le glissement dans la jurisprudence de la Cour

Les arrêts *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* et *Plates-formes pétrolières* illustrent l'ambiguïté dans les rapports entre clause de sauvegarde et circonstance excluant l'illicéité de droit international coutumier, qui peuvent glisser de la complémentarité fonctionnelle à l'assimilation pure et simple.

Dans l'affaire *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci,* dans le cadre de l'appréciation d'une clause de sauvegarde en tant que moyen de défense des Etats-Unis, au regard des faits de l'espèce, de la nature des mesures litigieuses (emploi de la force armée) et des allégations de légitime défense des États-Unis, la Cour a établi un lien entre mesures de légitime défense et la clause de sauvegarde de l'espèce. Selon cette clause, le traité qui la contient, « ne fera pas obstacle à l'application de mesures : (…) nécessaires à l'exécution des obligations de l'une ou l'autre partie relatives au maintien ou au rétablissement de la paix et de la sécurité internationales ou à la protection des intérêts vitaux de cette partie en ce qui concerne sa sécurité ».

Pour la Cour, si les mesures de légitime défense individuelle ou collective ne relèvent pas des mesures « nécessaires à l'exécution des obligations de l'une ou l'autre partie relatives au maintien ou au rétablissement de la paix et de la sécurité internationales », elles « peuvent être considérées comme entrant dans la catégorie plus vaste des mesures qualifiées à l'article XXI de « nécessaires à la protection des intérêts vitaux » d'une partie « en ce qui concerne sa sécurité »[1452]. Autrement dit, « la Cour a estimé qu'une action menée au titre de la légitime défense pouvait constituer une « mesure » qu'une partie considérerait comme nécessaire à la protection de ses intérêts vitaux sur le plan de la sécurité »[1453].

Malgré le lien ainsi établi entre la clause de sauvegarde et la légitime défense, la Cour a examiné les deux défenses séparément, la légitime défense au titre de justificatif de la violation des règles coutumières en matière de responsabilité et la clause de sauvegarde au titre de justificatif de la violation des règles conventionnelles[1454]. Dans l'appréciation de la clause de sauvegarde à ce titre, la Cour n'opère pas non plus une confusion entre les deux

[1452] *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique),* fond, arrêt, *op. cit.*, p 117, § 224.
[1453] *Plates-formes pétrolières (République islamique d'Iran c. États-Unis d'Amérique),* arrêt, opinion individuelle de Mme le juge Higgins, *op. cit.*, p. 236, § 42.
[1454] *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique),* fond, arrêt, *op. cit*, p. 135, §§ 270 ss et pp. 118-119, § 228.

défenses, elle a interprété[1455] puis appliqué[1456] les conditions d'invocation de la clause de sauvegarde indépendamment de celles de la légitime défense. C'est au terme de cette appréciation autonome de la clause de sauvegarde qu'elle a conclu que les « Etats-Unis ne p[ouvaient] invoquer l'article XXI comme moyen de défense au sujet de l'un quelconque des actes considérés ici »[1457].

Cependant, dans l'affaire des *Plates-formes pétrolières*, elle établit une relation toute autre entre légitime défense et clause de sauvegarde prévue à l'article XX du traité d'amitié Etats-Unis / Iran.

Dans cette affaire, la Cour souligne bien le caractère subsidiaire de la défense des États-Unis fondée sur la légitime défense qu'ils ont présentée indépendamment de celle fondée sur la clause de sauvegarde[1458]. Cependant, la Cour fait intervenir la légitime défense dans l'interprétation et l'application de la clause de sauvegarde en avançant les deux fondements suivants : l'article 1 du traité d'amitié entre les Etats-Unis et l'Iran – que la Cour appliquait en l'espèce – selon lequel il « y aura paix stable et durable et amitié sincère entre les Etats-Unis d'Amérique et l'Iran»[1459] ; et surtout la règle selon laquelle l'interprétation doit tenir compte de toute règle pertinente de droit international applicable dans les relations entre les parties[1460].

[1455] *Ibidem.*

[1456] *Ibid.*, pp. 140-142, §§ 280-282.

[1457] *Ibid.*, p. 142, § 282.

[1458] La Cour indique en effet dans son arrêt que les Etats-Unis « soutiennent que, même si la Cour devait conclure que leurs actions n'entraient pas dans le champ d'application de l'alinéa d) du paragraphe 1 de l'article XX, elles n'étaient pas illicites, en tant qu'elles constituaient des actes de légitime défense nécessaires et appropriés » (*Plates-formes pétrolières (République islamique d'Iran c. Etats-Unis d'Amérique),* arrêt, *op. cit.,* pp. 180-181, § 37.)

[1459] Il est à noter que le préambule du traité d'amitié entre les Etas-Unis et le Nicaragua appliqué dans l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* posait le désir des deux Etats de « *strengthening the bonds of peace and friendship traditionally existing between them* » comme l'un des buts du traité.

[1460] L'argumentation de la Cour se lit dans son entièreté comme il suit : « Il convient de ne pas perdre de vue qu'aux termes de l'article premier du traité de 1955, cité au paragraphe 31 ci-dessus, « [il y aura paix stable et durable et amitié sincère entre les Etats-Unis d'Amérique et l'Iran ». En 1996, la Cour a dit que cet article était « de nature à éclairer l'interprétation des autres dispositions du traité » (C. I. J. Recueil 1996 (II), p. 815, par. 31). Une interprétation de l'alinéa d) du paragraphe 1 de l'article XX selon laquelle les ((mesures » qui y sont prévues pourraient même comprendre un recours illicite à la force par une partie contre l'autre ne serait guère compatible avec l'article premier. En outre, conformément aux règles générales d'interprétation des traités telles qu'elles ont trouvé leur expression dans la convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités, l'interprétation doit tenir compte «de toute règle pertinente de droit international applicable dans les relations entre les parties)) (alinéa c) du paragraphe 3 de l'article 31). La Cour ne saurait admettre que l'alinéa d) du paragraphe 1 de l'article XX du traité de 1955 ait été conçu comme devant s'appliquer de manière totalement indépendante des règles pertinentes du droit international relatif à l'emploi de la force, de sorte qu'il puisse être utilement invoqué, y compris dans le cadre limité d'une réclamation fondée sur une violation du traité, en cas d'emploi illicite de la force. L'application des règles pertinentes du droit international relatif à cette question fait donc partie intégrante de la tâche d'interprétation confiée à la Cour par le paragraphe 2 de l'article XXI du traité de 1955 ». *Plates-formes pétrolières (République islamique d'Iran c. Etats-Unis d'Amérique),* arrêt, *op. cit.*, p. 182, § 41.

Insistant sur la nécessité d'interpréter la clause de sauvegarde de l'espèce « à la lumière du droit international relatif à l'emploi de la force en cas de légitime défense »[1461], l'analyse qui devait conduire la Cour à dire si les mesures prises par les États-Unis se justifiaient au titre de la clause de sauvegarde s'est présentée comme un examen de la question de savoir si lesdites mesures se justifiaient au titre de la légitime défense[1462]. La Cour a ainsi conclu que « les actions menées par les forces américaines contre les installations pétrolières iraniennes … ne sauraient être justifiées, en vertu de l'alinéa d) du paragraphe 1 de l'article XX du traité de 1955, en tant que mesures nécessaires à la protection des intérêts vitaux des États-Unis sur le plan de la sécurité, dès lors qu'elles constituaient un recours à la force armée et ne pouvaient être considérées, au regard du droit international relatif à cette question, comme des actes de légitime défense, et ne relevaient donc pas de la catégorie des mesures prévues par cette disposition du traité telle qu'elle doit être interprétée »[1463].

Il ressort de cette conclusion que pour la Cour, interpréter la clause de sauvegarde de l'espèce à la lumière des règles relatives à la légitime défense est revenu à substituer les conditions d'invocation de la clause de sauvegarde à celles de la légitime défense : le recours à la force armée, mesure litigieuse en l'espèce, ne pouvait être justifiée au titre de la clause de sauvegarde dès lors qu'elle ne répondait pas aux conditions de la légitime défense.

Le glissement de la complémentarité à l'assimilation de la clause de sauvegarde à la légitime défense dans l'arrêt *Plates-Formes pétrolières* ainsi que le décalage entre l'arrêt *Plates-Formes pétrolières* et l'arrêt *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua* est bien mis en exergue par la juge Rosalyn HIGGINS dans son opinion individuelle jointe à l'arrêt *Plates-Formes pétrolières*. Le résumé de son opinion annonce déjà les couleurs : « *Interpréter par rapport au droit international et écarter le droit applicable sont deux choses*

[1461] *Plates-formes pétrolières (République islamique d'Iran c. Etats-Unis d'Amérique),* arrêt, *op. cit.*, p. 183, § 44. La CIJ souligne que les mesures litigieuses consistent en un usage de la force et que les États-Unis les ont justifiées devant le Conseil de sécurité comme des mesures prises au titre de la légitime défense. Par ailleurs, se référant à la règle générale selon laquelle l'interprétation doit tenir compte « de toute règle pertinente de droit international applicable dans les relations entre les parties », la Cour estime qu'« une interprétation de l'alinéa d) du paragraphe 1 de l'article XX selon laquelle les « mesures » qui y sont prévues pourraient même comprendre un recours illicite à la force par une partie contre l'autre ne serait guère compatible avec l'article premier ». (*Plates-formes pétrolières (République islamique d'Iran c. Etats-Unis d'Amérique),* arrêt, *op. cit.*, p. 182,§ 41.

[1462] Cette façon de procéder n'a pas fait l'unanimité au sein de la Cour, suscitant de longs développements dans les opinions de certains juges : Voir par exemple *Plates-formes pétrolières (République islamique d'Iran c. États-Unis d'Amérique),* arrêt, Opinion individuelle de Mme le juge Higgins, *op. cit.*, pp. 236-240, §§ 40-54 ; *Plates-formes pétrolières (République islamique d'Iran c. États-Unis d'Amérique),* arrêt, Opinion individuelle de M. le juge Kooijmans, *Op. cit.*, pp. 253-254, §§ 22-25 ; *Plates-formes pétrolières (République islamique d'Iran c. États-Unis d'Amérique),* arrêt, Opinion individuelle de M. le juge Buergenthal, pp. 278-283, §§ 20-32 ; *Plates-formes pétrolières (République islamique d'Iran c. États-Unis d'Amérique),* arrêt, Opinion individuelle de M. le juge Owada, *op. cit*, p. 310, §§ 13-14 et pp. 315-319, §§ 31-40.

[1463] *Plates-formes pétrolières (République islamique d'Iran c. Etats-Unis d'Amérique),* arrêt, *op. cit*, p. 199, § 78.

différentes »[1464]. Dans son opinion, elle souligne que « après avoir dit en 1986 qu'une des mesures nécessaires à la protection d'intérêts vitaux sur le plan de la sécurité pouvait consister à mener une action au titre de la légitime défense, la Cour passe tout simplement à l'idée assez différente selon laquelle il faut qu'il y ait eu agression armée contre un Etat, laquelle autorise la légitime défense, avant que des actes militaires puissent être considérés comme des mesures prises en vertu de l'alinéa d) du paragraphe 1 de l'article XX du traité »[1465]. Selon la juge HIGGINS, dans l'arrêt *Plates-Formes pétrolières*, la Cour n'a pas interprété la clause de sauvegarde[1466], elle n'en a pas examiné les termes[1467], « elle a plutôt en fait invoqué la notion de l'interprétation des traités pour écarter le droit applicable. Elle a remplacé les termes de l'alinéa d) du paragraphe 1 de l'article XX par ceux que le droit international applique à l'emploi de la force et 1'on perd alors complètement de vue le texte de l'alinéa d) du paragraphe 1 de l'article XX »[1468] ; la Cour « fai[t] de la question à régler une question de légitime défense internationale et non une question relative à l'action « nécessaire » aux fins d'assurer la protection [d']«intérêts vitaux sur le plan de la sécurité», suivant les termes mêmes du traité de 1955 »[1469].

Il apparaît ainsi que la Cour a opéré un glissement de la complémentarité fonctionnelle à l'assimilation entre une clause de sauvegarde et une circonstance excluant l'illicéité en droit international coutumier, en l'occurrence, la légitime défense.

[1464] *Plates-formes pétrolières (République islamique d'Iran c. États-Unis d'Amérique),* arrêt, Opinion individuelle de Mme le juge Higgins, *op. cit.*, p. 225.
[1465] *Ibid.*, pp. 236-237, § 43.
[1466] *Ibid.*, p. 238, § 47 : « Mais concrètement, le fait est que la Cour ne cherche pas à interpréter ce paragraphe 1 d) de l'article XX. Il faut aller jusqu'au paragraphe 73 pour trouver une première référence juridique au texte de cette disposition. Entre-temps, on a eu quinze pages sur le droit international de l'agression armée, de la légitime défense et de son application, aux yeux de la Cour, aux événements entourant les attaques lancées par les Etats-Unis contre les plates-formes pétrolières. ».
[1467] *Ibid.*, p. 238, § 47 : la Cour n'a pas « examin[é] attentivement les termes mêmes de l'alinéa d) du paragraphe 1 de l'article XX », n'a pas « cherch[é] elle-même d'abord à apprécier si des intérêts vitaux sur le plan de la sécurité étaient en danger ».
[1468] *Ibid.*, p. 238, § 49 : « Or, la Cour n'a pas interprété l'alinéa d) du paragraphe 1 de l'article XX en faisant appel aux règles de l'interprétation des traités. Elle a plutôt en fait invoqué la notion de l'interprétation des traités pour écarter le droit applicable. Elle a remplacé les termes de l'alinéa d) du paragraphe 1 de l'article XX par ceux que le droit international applique à l'emploi de la force et 1'on perd alors complètement de vue le texte de l'alinéa d) du paragraphe 1 de l'article XX. Soulignant qu'« initialement » et « devant le Conseil de sécurité » (arrêt, par. 62, 67, 71-72) les Etats-Unis avaient déclaré avoir agi au titre de la légitime défense, la Cour estime fondamentalement que le « véritable différend » porte sur le droit de l'agression armée et de la légitime défense. Ce serait le droit par rapport auquel il faut interpréter les dispositions de l'alinéa d) du paragraphe 1 de l'article XX, et les dispositions proprement dites de ce paragraphe 1 d) de l'article XX sont mises de côté et ne sont pas interprétées du tout ».
[1469] *Ibid.*, p. 231, § 51. La juge en conclut que « la disposition que la Cour [a] qualifi[é]...de « moyen de défense » lui sert désormais de point d'ancrage pour statuer sur la licéité des actions militaires des Etats-Unis en droit international (*Ibid.*, p 240, § 54).

2. Un glissement concordant dans la jurisprudence des tribunaux CIRDI

La jurisprudence des tribunaux CIRDI a également eu à opérer un glissement entre une clause de sauvegarde et une circonstance excluant l'illicéité du droit international coutumier, notamment, l'état de nécessité.

Les tribunaux CIRDI sont largement d'accord pour considérer que la règle coutumière relative à l'état de nécessité peut intervenir dans la mise en œuvre de l'article XI du TBI Etats-Unis / Argentine par le jeu des règles d'interprétation des traités. Plus précisément, l'état de nécessité est appréhendé comme une « règle pertinente de droit international applicable dans les relations entre les parties »[1470] dans le cadre de l'interprétation de l'article XI du TBI Etats-Unis / Argentine. Cependant, cette idée n'est pas appliquée de façon uniforme dans la jurisprudence des tribunaux CIRDI.

En effet, certains tribunaux voient dans l'état de nécessité une règle coutumière à laquelle il faut se référer dans la seule mesure nécessaire à l'appréciation des conditions d'invocation de l'article XI du TBI Etats-Unis / Argentine[1471]. Ici, l'état de nécessité est entendu et appréhendé comme une règle coutumière *à la lumière de* laquelle la clause de sauvegarde, règle conventionnelle, est interprétée.

Les sentences *CMS, Enron* et *Sempra* sont allées au-delà de la simple *prise en compte* de l'état de nécessité dans l'interprétation de l'article XI du TBI Etats-Unis/Argentine en substituant les conditions d'invocation du premier à celles du second, opérant de la sorte une totale confusion entre ces deux règles[1472]. Ce groupe de sentences n'est pas sans rappeler l'arrêt *Plates-formes pétrolières* de la CIJ, qui sous couvert de l'interprétation de la clause de sauvegarde de l'espèce « à la lumière du droit international relatif à l'emploi de la force en cas de légitime défense »[1473] a appréhendé ladite clause sur la seule base des règles régissant la légitime défense en droit international.

Le Comité d'annulation *CMS* a contesté l'assimilation des deux moyens de défense opéré par la sentence en estimant que leurs conditions d'invocation et leur mode opératoire

[1470] Article 31.3.c de la Convention de Vienne sur le droit des traités entre Etats.
[1471] Voir par exemple *LG&E c. Argentine*, préc., décision sur la responsabilité, § 206 ; *Continental casualty company c. Argentine*, préc., sentence, §§ 167-168 ; *El paso c. Argentine*, préc., sentence, §§ 613-624 ; *Sempra Energy International c. Argentine*, préc., décision sur la demande d'annulation, § 197.
[1472] *CMS c. Argentine*, préc., sentence § 374 ; *Enron c. Argentine*, préc., sentence, §§ 333-339 ; *Sempra Energy International c. Argentine*, préc., sentence, §§ 375-388.
[1473] *Plates-formes pétrolières (République islamique d'Iran c. Etats-Unis d'Amérique)*, arrêt, *op. cit*, p. 183, § 44.

sont différents[1474]. Le comité d'annulation *Sempra,* a, pour les mêmes raisons, considéré que la confusion entre les deux moyens de défense devait fonder l'annulation de la sentence[1475].

Il en ressort que, comme la Cour, la jurisprudence des tribunaux CIRDI est paratgée entre la complémentarité fonctionnelle entre clause de sauvegarde et circonstance excluant l'illicéité de droit international coutumier, et le glissement de cette complémentarité à la confusion pure et simple de ces deux moyens de défense.

B. *Lex specialis Vs Lex generalis* ou règle primaire *Vs* règle secondaire ?

Les difficultés et interrogations concernant l'invocation simultanée de clauses conventionnelles de sauvegarde et de circonstances excluant l'illicéité en droit international coutumier se sont naturellement posées dans les affaires où pour les mêmes faits l'existence de la « nécessité » en droit international coutumier devait être appréciée conjointement à la question de savoir si les mesures litigieuses étaient « nécessaires » à la sauvegarde des intérêts spécifiés dans la clause de sauvegarde pertinente.

Cette hypothèse s'est clairement posée dans le contentieux argentin relatif aux investissements internationaux porté devant plusieurs tribunaux CIRDI suite à la crise économique et financière en Argentine.

La jurisprudence de la Cour suscite des interrogations face à cette problématique plus qu'elle n'y répond, conduisant à se demander si la clause de sauvegarde constitue une règle spéciale permettant d'écarter l'application de la règle générale contenue dans la règle relative à l'état de nécessité ou si l'application de la clause de sauvegarde, en tant que règle primaire, se situe en amont de l'application de la règle relative à l'état de nécessité, en tant que règle secondaire (1). La jurisprudence des tribunaux CIRDI ne permet pas non plus d'avoir une réponse tranchée, se positionnant pour l'une et l'autre de ces deux relations (2).

[1474] *CMS c. Argentine*, préc., décision sur la demande d'annulation, §§ 129-131.
[1475] *Sempra Energy International c. Argentine*, préc., décision sur la demande d'annulation, §§ 159 ss.

1. Dans la jurisprudence de la Cour

La Cour de la Haye a, elle aussi, été confrontée à la problématique de l'invocation dans une même affaire d'une clause de sauvegarde et de l'état de nécessité. Dans son avis *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, la CIJ s'est posée la question de savoir s'il est possible d'invoquer l'état de nécessité dans une espèce donnée alors même qu'il existe une clause de sauvegarde dans le traité applicable à cette espèce. La Cour a observé que « dès lors que ces traités font déjà place à de telles considérations dans leurs dispositions même, on pourrait se demander si l'état de nécessité tel que reconnu par le droit international coutumier pourrait être invoqué en ce qui concerne ces traités comme cause excluant l'illicéité des mesures ou décisions incriminées »[1476]. La Cour a estimé qu'elle n'avait pas à examiner cette question en l'espèce vu que les conditions n'étaient pas réunies pour qu'Israël puisse se prévaloir de l'état de nécessité[1477].

Cependant, le fait qu'elle en vienne à se demander si la présence de clauses de sauvegarde peut écarter l'invocation de l'état de nécessité du droit international coutumier suscite des interrogations quant aux rapports que la Cour établit entre clauses de sauvegarde et état de nécessité.

L'on est d'abord conduit à se demander si la Cour considère les clauses de sauvegarde comme une *lex specialis* vis-à-vis de l'état de nécessité. Ce qui impliquerait que selon la Cour, les deux règles sont de même nature. La question se pose d'autant plus que la Cour, comme il a été démontré *supra*, a pu considérer une clause de sauvegarde comme une clause d'exclusion d'illicéité, alors même que l'état de nécessité est une circonstance excluant l'illicéité.

D'un autre côté, le fait pour la Cour d'avoir eu à appréhender la clause de sauvegarde comme une règle primaire, conduit à émettre des réserves quant à la relation *lex specialis* / *lex generalis* que sa jurisprudence impliquerait pour les relations entre clauses de sauvegarde et état de nécessité. Cette jurisprudence peut ainsi tout aussi bien se lire comme établissant entre la clause de sauvegarde et l'état de nécessité une relation règle primaire / règle secondaire.

[1476] *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé,* avis consultatif, *op. cit.*, pp.194-195, § 140.
[1477] *Ibidem.*

Ces relations ambigües entre état de nécessité et clause de sauvegarde se retrouvent également dans la jurisprudence des tribunaux CIRDI qui s'est prononcée sur les rapports entre l'état de nécessité et l'article XI du TBI Etats-Unis / Argentine.

2. Dans la jurisprudence des tribunaux CIRDI

Comme dans la jurisprudence de la Cour, la jurisprudence des tribunaux CIRDI a adopté une double conception des clauses de sauvegarde, qui devrait, logiquement, avoir un impact sur les rapports entre la clause de sauvegarde et l'état de nécessité.

Pour les décisions considérant que la clause de sauvegarde doit être appréciée avant toute éventuelle détermination d'illicéité, la clause de sauvegarde devrait en toute logique apparaître dans une relation règle primaire / règle secondaire avec l'invocation de l'état de nécessité. La clause de sauvegarde apparaissant comme une règle primaire « dans la mesure où sa mise en œuvre devrait impliquer…qu'aucun manquement au traité ne puisse être caractérisé »[1478] et la règle prévoyant l'état de nécessité comme une règle secondaire, « susceptible, en tant que telle, de n'être actionnée, qu'à la condition qu'une règle primaire ait été violée »[1479].

Pour les décisions abordant la clause de sauvegarde comme une règle permettant de justifier un manquement à une obligation internationale une fois que ce manquement est établi, elles appréhendent la clause de sauvegarde exactement selon la même approche que l'état de nécessité du droit international coutumier. Ainsi, en tant que règles secondaires, ces deux moyens de défense peuvent se voir appliquer la relation *lex specialis* / *lex generalis*.

Alors que dans la relation *lex specialis* / *lex generalis*, l'application de l'article XI exclut celle de l'état de nécessité, dans la relation règle primaire / règle secondaire, l'application de l'article XI peut soit précéder soit rendre inutile l'appréciation de l'état de nécessité. Cette dualité de relations possibles entre clause de sauvegarde et état de nécessité ainsi que leurs conséquences sont mises en exergue par le Comité d'annulation *CMS*[1480].

[1478] RAUX (M.), La *responsabilité de l'Etat sur le fondement des traités de promotion et de protection des investissements. Etude du fait internationalement illicite dans le cadre du contentieux investisseur Etat*, *op. cit.*, p. 425.

[1479] *Ibid.*, pp. 425-426.

[1480] *CMS c. Argentine*, préc., décision sur la demande d'annulation, §§ 132-134 : « (…). *One could wonder whether state of necessity in customary international law goes to the issue of wrongfulness or that of responsibility. But in any case, the excuse based on customary international law could only be subsidiary to the exclusion based on Article XI. If state of necessity means that there has not been even a prima facie breach of the BIT, it would be, to use the terminology of the ILC, a primary rule of international law. But this is also the case with Article XI. In other terms, and to take the words of the International Court of Justice in a comparable case,*

Ces conséquences qui devraient logiquement découler des conceptions des clauses de sauvegarde dans leurs relations avec l'état de nécessité ne se vérifient pas toujours dans la jurisprudence des tribunaux CIRDI. Dans les sentences *CMS*, *Enron* et *Sempra*, par exemple, qui ont abordé la clause de sauvegarde comme une clause d'exclusion de l'illicéité et donc comme une règle de même nature que celle contenue dans la règle prévoyant l'état de nécessité en droit international coutumier, le recours à l'état de nécessité n'a pas été exclu au profit de la clause de sauvegarde. Ces sentences ont appliqué les deux moyens de défense, opérant même une confusion quant à leurs conditions de mise en œuvre[1481].

La sentence *El Paso*, bien que faisant partie du courant de décisions qui considèrent que l'appréciation de l'article XI doit intervenir avant celle de l'état de nécessité, l'application de l'article XI pouvant rendre superflue l'examen de l'état de nécessité[1482] et semble adhérer à l'idée des natures différentes de ces deux moyens de défense[1483], n'en a pas moins qualifié leur relation de relation *lex specialis* / *lex generalis*[1484]. Une telle qualification est reprise dans la décision sur la demande d'annulation de cette sentence[1485].

En définitive, les rapports entre la clause de sauvegarde et la règle coutumière de nécessité n'est pas des plus clairs, que l'on se penche sur la jurisprudence de la Cour ou sur celle des tribunaux CIRDI.

Ainsi, l'opinion de Théodore CRISTAKIS selon laquelle dans la question de savoir s'il est possible d'invoquer l'état de nécessité en présence d'une clause de sauvegarde , « l'idée est … que, lors de l'élaboration de certaines règles primaires, les États ont tenu compte de la « nécessité » en amont, ce qui exclurait, quel que soit le libellé de la norme, toute référence à la règle secondaire d' « état de nécessité » » [1486], ne se vérifie pas toujours dans les jurisprudences de la Cour et des tribunaux CIRDI.

---

if the Tribunal was satisfied by the arguments based on Article XI, it should have held that there had been "no breach" of the BIT. Article XI and Article 25 thus construed would cover the same field and the Tribunal should have applied Article XI as the lex specialis governing the matter and not Article 25. If, on the contrary, state of necessity in customary international law goes to the issue of responsibility, it would be a secondary rule of international law – and this was the position taken by the ILC. In this case, the Tribunal would have been under an obligation to consider first whether there had been any breach of the BIT and whether such a breach was excluded by Article XI. Only if it concluded that there was conduct not in conformity with the Treaty would it have had to consider whether Argentina's responsibility could be precluded in whole or in part under customary international law. ».

[1481] *CMS c. Argentine*, préc., sentence §§ 304 ss ; *Enron c. Argentine*, préc., sentence, §§ 288 ss ; *Sempra Energy International c. Argentine*, préc., sentence, §§ 325 ss.

[1482] *El paso c. Argentine*, préc., sentence, § 552.

[1483] *Ibid.*, § 553.

[1484] *Ibid.*, § 552.

[1485] *El paso c. Argentine*, préc., décision sur la demande d'annulation du 22 septembre 2014, § 254.

[1486] Comme le souligne Théodore CHRISTAKIS, « l'idée est donc que, lors de l'élaboration de certaines règles primaires, les États ont tenu compte de la « nécessité » en amont, ce qui exclurait, quel que soit le libellé de la

La contre-mesure constitue une autre circonstance excluant l'illicéité sur laquelle il a été possible de confronter les jurisprudences de la Cour et des tribunaux CIRDI.

Section II : Adoption de l'effet relatif de l'exclusion de l'illicéité par les contre-mesures dégagé par la Cour

La contre-mesure, en tant que circonstance excluant l'illicéité a été invoquée dans le contentieux des investissements internationaux. L'invocation par un Etat hôte d'une contre-mesure dirigée contre l'Etat de nationalité de l'investisseur pour justifier le manquement à certaines obligations dans des différends opposant l'Etat hôte non pas à l'Etat de nationalité mais à l'investisseur étranger, n'a pas manqué de soulever des interrogations quant à l'invocabilité d'une contre-mesure dans le contentieux investisseurs / Etats.

C'est sur cette problématique de l'invocabilité d'une contre-mesure dans le contentieux investisseur / Etat qu'il apparaît que la jurisprudence des tribunaux CIRDI suit celle de la Cour. En effet, la jurisprudence des tribunaux CIRDI admet l'impossibilité d'invocation des contre-mesures contre des droits individuels (Paragraphe II) reprenant ainsi l'effet relatif de l'exclusion de l'illicéité par les contre-mesures retenue par la Cour (Paragraphe II).

Paragraphe I : L'effet relatif de l'exclusion de l'illicéité par les contre-mesures au regard de la jurisprudence de la Cour

Dans l'affaire des *activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci,* le soutien des États-Unis aux *Contras* opérant au Nicaragua a été apprécié sous l'angle d'une contre-mesure en réponse au soutien du Nicaragua aux oppositions armées au Salvador, au Honduras et au Costa Rica. La Cour a décidé sur ce point que « les faits reprochés au Nicaragua, à supposer même qu'ils aient été établis et qu'ils lui soient imputables, n'auraient pu justifier des contre-mesures proportionnées que de la part de 1'État qui en aurait été *victime*[1487], c'est-à-dire El Salvador, le Honduras ou le Costa Rica. Ils ne sauraient justifier des contre-mesures prises par un *État tiers*[1488], les États-Unis et en particulier une intervention impliquant l'usage de la force »[1489].

---

norme, toute référence à la règle secondaire d' « état de nécessité » ».CHRISTAKIS (Th.), « L'État avant le droit? L'exception de « sécurité nationale » en droit international », *RGDIP* 2008, p. 34.

[1487] C'est nous qui soulignons.

[1488] C'est nous qui soulignons.

[1489] *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique),* fond, arrêt, *op. cit.,* p. 127, § 249.

L'arrêt *Gabcikovo-Nagymaros* intervenu après l'adoption en première lecture du projet d'articles de la CDI cite la jurisprudence internationale et les travaux de la CDI dans le cadre de l'appréciation de l'invocation de la contre-mesure par la Slovaquie. Le projet d'articles, dans sa version finale, prend à son tour appui sur l'arrêt de la CIJ en précisant dans le commentaire de l'article 22 que la Cour reconnaît qu'une contre-mesure « prise pour riposter à un fait internationalement illicite d'un autre État et *... dirigée contre ledit État*[1490] »[1491] peut exclure l'illicéité d'un fait sous réserve du respect de certaines conditions.

Ces deux arrêts de la CIJ sont de nature à démontrer que pour la Cour, il n'y a pas de "ménage à trois" dans le cadre de la contre-mesure : c'est une mesure « dirigée contre » l'État auteur du fait internationalement illicite par la « victime », une mesure de « l'État lésé [prise] à l'encontre de l'État responsable » comme en témoigne l'article 49 du projet d'articles[1492].

Ainsi, au regard de la jurisprudence de la Cour, le tiers n'a pas sa place dans la relation instaurée par une contre-mesure : une contre-mesure ne peut être *prise* par un tiers et ne peut être *dirigée* contre un tiers.

Les travaux de la CDI permettent de comprendre que ce tiers qui ne peut avoir ni l'initiative de la contre-mesure, ni la subir ne se limite pas à l'Etat. En effet, l'effet relatif de l'exclusion de l'illicéité par une contre-mesure joue également en faveur des droits individuels des ressortissants de l'Etat visé.

Dans son *Troisième rapport sur la responsabilité des* États, James CRAWFORD indique que « (…) les bénéficiaires [des droits de l'homme] sont par essence des tierces parties par rapport à l'État visé, même si elles en sont les ressortissants »[1493], mais aussi qu' « il est bien sûr possible que l'État A, en prenant des contre-mesures contre l'État B (…), viole les droits d'une personne donnée, que celle-ci soit ou non ressortissante de l'État B. Il est cependant évident … que le caractère licite ou légitime du comportement adopté à l'égard de l'État B n'implique pas qu'il soit licite envers des tierces parties, notamment des individus. Quoi qu'il en soit, ce n'est pas la mesure elle-même qui serait interdite dans un tel cas, mais simplement ses effets sur une tierce partie »[1494].

[1490] C'est nous qui soulignons.
[1491] *Projet Gabčikovo-Nagymaros (Hongrie/Slovaquie),* arrêt, *op. cit,* p. 55, § 83.
[1492] Voir à ce propos l'absence d'admission des contre-mesures pour « l'Etat autre que l'Etat lésé » et la rédaction de l'article 54 du projet d'articles.
[1493] Commission du droit international, « Troisième rapport sur la responsabilité des États par James CRAWFORD, Rapporteur spécial », Document A/CN.4/507 et Add. 1 à 4, 2000, § 312.
[1494] *Ibid.*, § 340.

Il ressort des commentaires des articles 22 et 49 du projet que les effets ainsi interdits doivent porter sur des droits. Le commentaire de l'article 22 du projet d'articles de la CDI souligne en effet que « les effets indirects d'une contre-mesure sur des tierces parties qui n'entraînent pas une violation indépendante d'une quelconque obligation due auxdites parties n'emporteront pas exclusion de la contre-mesure du champ d'application de l'article 22 »[1495]. Par ailleurs, si dans le commentaire de l'article 49, le « manque à gagner, voire la faillite, pour une ou plusieurs sociétés » causé par une contre-mesure est qualifié d'« effets indirects ou collatéraux », il est indiqué que ces sociétés peuvent protester dans l'hypothèse où elles ont un « droit individuel à cet égard »[1496].

Ainsi, il est possible de constater à partir des arrêts de la Cour, éclairés en cela par les travaux sur la responsabilité de l'Etat, qu'une contre-mesure licite prise par l'Etat victime à l'encontre de l'Etat visé ne peut porter atteinte aux droits de tierces parties, y compris les ressortissants de l'État auteur du fait. Si la contre-mesure exclut l'illicéité à l'égard de l'État, elle ne l'exclut donc pas à l'égard du national de l'État lorsque ce dernier a un « droit individuel à cet égard »[1497] et qu'il y a « violation indépendante d'une quelconque obligation [qui lui est] due »[1498]. Une contre-mesure dirigée par l'État hôte contre l'État de nationalité de l'investisseur ne peut donc être invoquée par le premier comme défense au regard du non-respect des obligations *dues* à l'investisseur et ce, au nom de l'effet relatif de l'exclusion de l'illicéité par une contre-mesure[1499]. Ainsi, chaque fois que la Cour établira qu'une disposition d'un accord international sur les investissements crée des droits individuels pour l'investisseur de sorte que l'obligation de l'État hôte est due à l'investisseur, elle conclura qu'une contre-mesure dirigée contre l'État de nationalité de l'investisseur ne peut être invoquée par l'État hôte pour justifier le manquement à son obligation due à l'investisseur.

La jurisprudence des tribunaux CIRDI semble adhérer à cette équation.

[1495] Commission du droit international, « Projet d'articles sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite et Commentaires y relatifs », *op. cit.*, p 194.
[1496] *Ibid.*, p. 356.
[1497] *Ibidem*.
[1498] *Ibid.*, p. 194.
[1499] A propos de la portée des contre-mesures, voir Commission du droit international, « Projet d'articles sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite et Commentaires y relatifs », *op. cit.*, pp. 354-358.

Paragraphe II : Une solution concordante : l'impossibilité d'invocation des contre-mesures contre des droits individuels

Si l'Argentine est à l'origine de l'invocation de l'état de nécessité dans le contentieux des investissements internationaux, c'est le Mexique qui a initié l'invocation de la contre-mesure comme excuse aux manquements aux règles primaires du droit des investissements internationaux.

Le Mexique a adopté une telle défense notamment dans le contentieux né de la taxe qu'il a imposé sur les boissons sans alcool utilisant des édulcorants qui ne sont pas fabriqués à partir de sucre de canne. En effet, en tant que substitut au sucre de canne dans la fabrication des boissons sans alcool, le sirop de maïs à haute teneur en fructose était concerné par la mesure fiscale. Des investisseurs américains qui contrôlaient le marché de ce sirop au Mexique ont saisi le CIRDI arguant de la violation par le Mexique de ses obligations découlant du chapitre 11 de l'ALENA du fait de l'imposition de la taxe. Ce contentieux a donné lieu à des affaires dans lesquelles le Mexique a soutenu que la taxe qui affectait les investisseurs américains constituait une contre-mesure à l'encontre des États-Unis qui avaient préalablement manqué aux obligations prévues aux Chapitres 3, 7 et 20 de l'ALENA.Les sentences rendues dans le cadre de ces affaires semblent considérer, comme la Cour, que la nature des droits des investisseurs constitue la clé pour répondre à la problématique de l'invocabilité d'une contre-mesure dans le contentieux investisseur / Etat.

Ainsi, une sentence, estimant que les droits découlant du chapitre 11 de l'ALENA ne sont pas des droits individuels, a décidé que le Mexique pouvait invoquer la contre-mesure (I). Deux autres sentences, considérant que le chapitre 11 de l'ALENA contient des droits individuels, a rejeté la possibilité d'invocation de la contre-mesure par le Mexique (II).

I. Absence de droits individuels au chapitre 11 de l'ALENA justifiant l'invocabilité de la contre-mesure dans le contentieux investisseur/Etat

Dans le cadre de l'appréciation de la validité de la défense de la contre-mesure par le Mexique, le tribunal *ADM et TLIA* a analysé la question de savoir si la taxe portait atteinte aux droits individuels substantiels des investisseurs américains, ce qui l'a emmené à se prononcer sur la nature des droits de l'investisseur au regard du chapitre 11 de l'ALENA.

Pour les arbitres, les obligations substantielles du Chapitre 11 de l'ALENA demeurent interétatiques et ne créent pas des droits individuels directs pour les investisseurs qui ne

disposent que de droits procéduraux à initier un arbitrage international et invoquer la responsabilité de l'État hôte[1500]. De ce point de vue, la sentence estime que la question de la violation par l'État hôte de ses obligations vis-à-vis des investisseurs doit être considérée dans le contexte des relations conventionnelles entre les États parties[1501].

Ainsi, c'est dans ce contexte de relations conventionnelles entre les Etats parties, d'obligations interétatiques et d'absence de droits individuels découlant, à son sens, de l'ALENA, que la sentence *ADM et TLIA* a abordé la défense de contre-mesures. Sur ces fondements, il a été décidé, dans cette sentence, que le Mexique pouvait invoquer une contre-mesure à l'encontre des États-Unis pour justifier l'imposition d'une taxe à des investisseurs américains.

Selon la sentence, pour être retenue, la contre-mesure invoquée par le Mexique doit remplir les conditions du droit international coutumier telles que mises en lumière par la CIJ et confirmée par le projet d'articles de la CDI. Les arbitres citent à cet effet certains passages de l'affaire *Gabcikovo-Nagymaros* résumant le test de la validité de la contre-mesure : « En premier lieu, elle doit être prise pour riposter à un fait internationalement illicite d'un autre État et doit être dirigée contre ledit État…En second lieu, 1'État lésé doit avoir invité 1'État auteur du fait illicite à mettre fin à son comportement illicite ou à en fournir réparation (…). De l'avis de la Cour, une condition importante est que les effets d'une contre-mesure doivent être proportionnés aux dommages subis compte tenu des droits en cause … [et] celle-ci doit avoir pour but d'inciter 1'État auteur du fait illicite à exécuter les obligations et (…) la mesure doit partant être réversible. »[1502].

Les arbitres constatent alors que la première condition à apprécier dans le cadre de la défense de contre-mesure est celle de la violation par les États-Unis de leurs obligations prévues aux Chapitres 3, 7 et 20 de l'ALENA. Ils soulignent cependant qu'en tant que tribunal constitué en vertu du Chapitre 11, ils n'ont pas compétence pour se prononcer sur les allégations de violations d'autres chapitres de l'ALENA. Se déclarant compétent pour se prononcer sur les autres conditions, le tribunal estime qu'une fois qu'il aura conclu qu'elles sont toutes réunies, il pourra surseoir à statuer (conformément à une demande du Mexique) jusqu'à ce qu'un tribunal constitué en vertu du Chapitre 20 se prononce sur les allégations de violation des chapitres 3 et 7.

[1500] *Archer Daniels Midland et Tate & Lyle Ingredients Americas c. Mexique*, préc., sentence, §§ 161-179.
[1501] *Ibid.*, § 163.
[1502] *Ibid.*, § 126.

Le tribunal n'a néanmoins pas eu à surseoir à statuer ayant conclu que la taxe n'était pas une contre-mesure valide parce que n'ayant pas été adoptée pour inciter les États-Unis à exécuter leurs obligations découlant de l'ALENA et ne respectait pas non plus l'exigence de proportionnalité[1503].

II. Identification de droits individuels au chapitre 11 de l'ALENA justifiant le rejet de l'invocation de la contre-mesure dans le contentieux investisseur/Etat

Les tribunaux CIRDI constitués pour trancher les deux autres affaires nées de la taxe mexicaine sur les boissons sans alcool utilisant des édulcorants qui ne sont pas fabriqués à partir de sucre de canne n'ont pas abondé dans le même sens que la sentence *ADM et TLIA.*

Les sentences *CARGILL* et *Corn Products International* estiment en effet que le Chapitre 11 de l'ALENA crée des droits individuels directs pour les investisseurs (qu'ils soient substantiels ou procéduraux) qui coexistent avec les obligations interétatiques et que par conséquent même si une contre-mesure licite est dirigée contre l'État de nationalité de l'investisseur, elle ne peut valablement affecter les droits de l'investisseur.

Selon la sentence *Corn Products International,* au regard du commentaire de l'article 49 du projet d'articles de la CDI, si une contre-mesure peut affecter les intérêts d'un tiers, elle ne peut affecter ses droits. Or, le Chapitre 11 de l'ALENA prévoit des droits substantiels directs pour les investisseurs, différents de ceux de leurs États de nationalité[1504]. Par conséquent, une contre-mesure prise contre les États-Unis, si elle peut exclure l'illicéité des actes du Mexique contre les États-Unis, ne peut exclure l'illicéité des actes du Mexique contre Corn Products International[1505].

La sentence *Cargill* abonde dans le même sens que la sentence *Corn Products International* en précisant qu'il ne faut pas confondre l'origine des droits et le titulaire des droits[1506].

[1503] *Ibid.*, § 180.

[1504] Pour une discussion sur la nature des droits des investisseurs en vertu de l'ALENA et de façon plus large en vertu des accords internationaux sur les investissements, voir GOURGOURINIS (A.), « Investors' Rights qua Human Rights ? Revisiting the 'Direct' / 'Derivative' Rights Debate»" in FITZMAURICE (M.), MERKOURIS (P.) (eds.), *The interpretation and application of the European Convention of Human Rights: legal and practical implications*, Leiden; Boston: M. Nijhoff, 2013, pp. 147-182; PAPARINSKIS (M.), «Investment Treaty Arbitration and the (New) Law of State Responsibility», *EJIL* (2013), Vol. 24 No. 2, pp. 617–647. Voir également VOLTERRA (R.), «International Law Commission Articles on State Responsibility and Investor-State Arbitration: Do Investors Have Rights? », *ICSID Review*, Vol 25 (1), 2010, pp. 218-223.

[1505] *Corn Products International c. Mexique*, préc., décision sur la responsabilité, §§ 144-192.

[1506] *Cargill c. Mexique*, préc., sentence, § 426.

Ces sentences intervenues sur la problématique de la contre-mesure l'ont été dans le cadre de l'interprétation du chapitre 11 de l'ALENA, ce qui ne permet de tirer des conclusions sur la jurisprudence des tribunaux CIRDI quant aux contre-mesures et à la nature des droits des investisseurs en vertu des accords internationaux sur les investissements, en principe, que pour le seul ALENA.

CONCLUSION DU CHAPITRE

Les excuses et justificatifs aux manquements aux règles primaires du droit des investissements internationaux constituent une problématique témoignant également de l'emprunt des tribunaux CIRDI à la jurisprudence de la Cour au regard des règles de la responsabilité internationale.

Dans ce domaine, les tribunaux CIRDI se sont largement inspirés du droit international général notamment du droit de la responsabilité des États. Plus précisément, les sentences CIRDI n'ont pas manqué de se référer à l'instrument qui a codifié et contribué au développement progressif de ce « droit d'essence jurisprudentielle »[1507] et à la jurisprudence de la Cour qui a joué un rôle important dans la formulation de ce droit.

C'est sur cette base qu'il a été possible de conclure à une reproduction substantielle de la jurisprudence de la Cour par les tribunaux CIRDI concernant les excuses et justificatifs des manquements aux règles primaires.

Concrètement, il a été noté que les sentences CIRDI adhèrent aux caractéristiques dégagées par la Cour concernant l'état de nécessité, les clauses de sauvegarde et les contre-mesures, éléments sur lesquels il a été possible de procéder à une analyse comparée conséquente des jurisprudences de la Cour et des tribunaux CIRDI sur les excuses et justificatifs aux manquements aux règles primaires du droit des investissements internationaux.

[1507] PELLET (A.), « Remarques sur la jurisprudence récente de la C.I.J. dans le domaine de la responsabilité internationale » *op. cit.*, p. 321.

CONCLUSION GENERALE

Incontestablement, le droit des investissements internationaux vu par la CIJ n'est que partiellement le droit des investissements internationaux vu par les tribunaux CIRDI.

En mettant les sentences rendues sous l'égide du CIRDI à l'épreuve de la jurisprudence de la Cour, il est apparu que l'héritage ou l'apport de la Cour sur les questions juridiques relatives aux investissements internationaux ne transparaît que sur certains points dans la jurisprudence des tribunaux CIRDI. En effet, des règles primaires aux règles secondaires, le suivisme et l'emprunt des sentences des tribunaux et décisions des Comités ad hoc CIRDI à la jurisprudence de la Cour de la Haye sont partiels. Ainsi, comme les deux faces d'une même pièce, c'est à travers des convergences et des divergences qu'il a été possible de déployer ce fil conducteur du résultat de la recherche sur chacune des problématiques qu'il a été permis d'aborder.

Certes, les problématiques qui ont fait l'objet d'une confrontation des deux jurisprudences restent limitées à celles sur lesquelles à la fois la Cour et les tribunaux CIRDI se sont prononcées. Il n'en demeure pas moins qu'elles sont représentatives du droit des investissements internationaux dans ses problématiques incontournables comme en attestent les chapitres du manuel et du recueil dédiés depuis peu au droit international de l'investissement[1508].

Des thèmes clés tels que le traitement de la nation la plus favorisée, le traitement national, l'expropriation, le standard minimum de traitement de droit international coutumier, le traitement juste et équitable ainsi que la pleine et entière protection et sécurité sont autant de problématiques qui ont fait l'objet de l'analyse comparative au titre des règles primaires.

Pour ce qui est des règles secondaires, ont été analysées des questions telles que la responsabilité internationale de l'Etat, l'importance du consentement pour la compétence juridictionnelle, la qualité d'investisseur internationalement protégeable, le droit applicable aux litiges relatifs aux investissements internationaux ainsi que la réalisation - reconnaissance coutumière du droit des investissements internationaux à travers les TBI.

[1508] LEBEN (Ch.) (Dir.), *Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational*, *op. cit.* ; DE NANTEUIL (A.), *Droit international de l'investissement*, *op. cit*.

Tant en ce qui concerne les règles primaires que pour ce qui est des règles secondaires, la conclusion est la même, la jurisprudence des tribunaux CIRDI ne reflète qu'en partie celle de la Cour.

L'on aurait pu s'attendre à ce que les règles secondaires, à propos desquelles le rôle général de la Cour est notoire, aient fait l'objet d'un traitement différent de la part des tribunaux CIRDI, en comparaison des règles primaires qui constituent l'objet de la compétence spécialisée des tribunaux CIRDI. Il est vrai que les règles relatives à la responsabilité internationale dégagées par la Cour ont été largement suivies par les tribunaux CIRDI – encore que, généralement sous le couvert du Projet d'articles de la CDI. Cependant, les autres règles secondaires subissent globalement le même sort que les règles primaires, elles oscillent entre emprunts et remises en cause.

L'emprunt partiel, ainsi que la mise à l'écart partiel qui en est le corollaire nécessaire, s'est exprimé de plusieurs façons. Les tribunaux CIRDI ont évoqué la jurisprudence de la Cour, soit pour la retenir à l'appui de leurs raisonnements, soit pour la rejeter soit encore pour constater qu'elle n'est pas pertinente pour régler une question donnée. Ces hypothèses se sont souvent réalisées sur fond d'interprétation erronée de la jurisprudence de la Cour. A côté de cette façon explicite de suivre la jurisprudence de la Cour, de s'en démarquer ou de la mettre à l'écart, la place de l'apport de la Cour à la jurisprudence des tribunaux CIRDI est ressortie de décisions qui ne font pas cas de la jurisprudence de la Cour mais dont les solutions et les raisonnements juridiques ont autorisé à tirer des conclusions dans le sens de l'analyse comparative.

Un autre élément qu'il est intéressant de relever au terme de l'étude, c'est que les convergences et divergences des jurisprudences de la Cour et des tribunaux CIRDI n'ont pas porté que sur l'interprétation de règles conventionnelles, les règles coutumières ont également été l'objet d'analyses tant concordantes qu'en sens opposé.

Le caractère partiel du suivisme par les tribunaux CIRDI des jalons posés par la Cour en droit des investissements internationaux peut s'expliquer dans une certaine mesure par les clivages internes aux tribunaux CIRDI, qu'Alain PELLET a qualifié de « regrettable fouillis jurisprudentiel »[1509].

[1509] PELLET (A.), « La jurisprudence de la Cour internationale de justice dans les sentences CIRDI », *op. cit.*, p.7.

Ceci conduit à aborder certaines questions connexes soulevées dans le cadre du propos introductif de l'étude.

Existe-t-il une jurisprudence cohérente en droit des investissements internationaux ? Au regard du résultat de la recherche, qui indique des convergences et des divergences des jurisprudences de la Cour et des tribunaux CIRDI, ainsi qu'au sein même de la jurisprudence des tribunaux CIRDI, sur nombre de problématiques du droit des investissements internationaux, il faut répondre par la négative. Si le droit des investissements internationaux vu par la CIJ et le CIRDI dénote l'existence d'une « collection de décisions produites par une juridiction ou un système organisé de règlement des différends »[1510], il n'est pas possible d'y voir un « ensemble de règles et principes interprétés ou appliqués par le juge, soit, de manière plus précise, « *la position qui se dégage, sur un point de droit donné des décisions rendues par une juridiction* » »[1511] (selon les acceptions matérielle et substantielle de la jurisprudence selon Geneviève BASTID BURDEAU). Sur nombre de points de droit des investissements internationaux, il est difficile de déterminer « la » position qui se dégage d'une lecture combinée des arrêts de la Cour et des sentences des tribunaux CIRDI.

Cette absence de cohérence de la jurisprudence en matière d'investissements internationaux conduit également à constater que même si, dans un souci de facilitation de présentation du résultat de la recherche, la distinction entre règles primaires et règles secondaires a été adoptée, il est difficile de conclure à l'existence d'un système juridique s'agissant du droit des investissements internationaux. La position de Dominique CARREAU et Patrick JUILLARD selon laquelle « il n'existe (…) pas de système international des investissements »[1512] emporte ainsi l'adhésion[1513].

[1510] BASTID BURDEAU (G.), « Le pouvoir créateur de la jurisprudence internationale à l'épreuve de la dispersion des juridictions », *op. cit.*, p. 293.

[1511] *Ibidem*.

[1512] CARREAU (D.), JUILLARD (P.), *Droit international économique*, *op. cit.*, p 439. Selon ces auteurs, « ce n'est pas là dire qu'il n'y ait pas du droit international dans la matière de l'investissement. Bien au contraire, c'est là l'un des domaines où la densité conventionnelle est la plus forte. Mais c'est précisément là que réside le problème. Car ces instruments conventionnels, sont, pour l'essentiel, des accords bilatéraux, qui ne sont ni hiérarchisés entre eux, ni coordonnés les uns aux autres, si bien que chacun d'entre eux demeure *res inter alios acta* pour tous les autres. Et ce problème est encore aggravé du fait que les mécanismes de règlement des différends que prévoient ces instruments conventionnels ne sont pas des mécanismes centralisés et unificateurs, à l'instar de ce qui existe en matière de commerce international. Ce sont des mécanismes décentralisés, administrés par des instances différentes les uns des autres, et qui sont elles-mêmes régies par des règlements différents les uns des autres » (*Ibidem*).

[1513] S'appuyant sur les mêmes fondements que ces deux auteurs, Olivia DANIC aboutit dans sa thèse de doctorat à une conclusion différente en constatant que « « le *corpus juris* » cohérent constituant le droit international des investissements vient conforter l'idée selon laquelle il existe bel et bien un ordre juridique relatif aux investissements, qui est le résultat de l'action conjointe de la jurisprudence du CIRDI et des traités bilatéraux d'investissement, qui ont permis, non seulement sa création mais aussi son développement et son

La présente étude soulève enfin la question de l'usage par les juridictions internationales des précédents adoptés par les autres. L'étude démontre qu'alors même qu'ils ne sont liés par aucun lien hiérarchique, les tribunaux arbitraux CIRDI n'éprouvent pas de difficultés, sur le principe, à utiliser la jurisprudence émanant de la Cour de la Haye. L'inverse, par contre, n'a pas pu se vérifier. Gilbert GUILLAUME fait le même constat : « toutes les sentences citées par la Cour concernent des différends interétatiques et…celle-ci n'a jamais fait référence à des sentences intervenues dans d'autres cadres, tels que l'arbitrage commercial ou l'arbitrage dans le domaine des investissements »[1514].

En somme, les apports de la présente étude sont multiples :

En premier lieu, en offrant d'une part une étude de portée générale en langue française sur le droit des investissements internationaux et d'autre part une étude sur le droit des investissements internationaux à travers la jurisprudence ne se limitant pas à la jurisprudence arbitrale, la thèse se présente comme un effort de contribution à la correction des lacunes qui ont suscitées sa rédaction.

Deuxièmement, la thèse apparaît comme un instrument de nature à démontrer que la jurisprudence en matière d'investissements internationaux n'est pas un modèle de sécurité juridique, les divergences des jurisprudences de la Cour et des tribunaux CIRDI ainsi qu'au sein même de la jurisprudence des tribunaux CIRDI, sur nombre de problématiques du droit des investissements internationaux, ayant pour corollaire évident la fragmentation du droit des investissements internationaux.

Troisièmement, la thèse conduit également à constater que dans la construction jurisprudentielle du droit des investissements internationaux, « le dialogue entre la Cour internationale de justice et [les tribunaux CIRDI] est à sens unique »[1515].

Enfin, parce qu'elle donne une vue d'ensemble de la jurisprudence de la CIJ et de sa devancière en matière d'investissements internationaux, démarche inédite, la thèse pourrait avoir vocation à constituer, aux mains des arbitres, un instrument au service de l'émergence d'une jurisprudence arbitrale cohérente en droit des investissements internationaux.

épanouissement sur la scène internationale ». DANIC (O.), L'émergence *du droit international des investissements : contribution des traités bilatéraux d'investissement et de la jurisprudence du CIRDI ;* Sous la direction de PELLET (A.) et MALINTOPPI (L.), Université Paris X Nanterre, 2012, vol. 1, p. 919.

[1514] GUILLAUME (G.), « Le précédent dans la justice et l'arbitrage international », *JDI*, 2010, vol. 137, n° 3, p. 699.

[1515] PELLET (A.), « La jurisprudence de la Cour internationale de justice dans les sentences CIRDI », *op. cit.*, p.5.

INDEX DE LA JURISPRUDENCE CITEE

Sommaire

A. Cour permanente de justice internationale
B. Cour internationale de justice
C. Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements
D. Jurisprudence arbitrale hors CIRDI / Commissions mixtes
E. Tribunal Pénal International pour l'ex-Yougoslavie

Les numéros renvoient aux pages
Les numéros entre crochets renvoient aux notes de bas de pages

A. Cour permanente de justice internationale

Consultable en ligne : <http://www.icj-cij.org/pcij/index.php?p1=9>

Affaire concernant le paiement de divers emprunts serbes émis en France, arrêt du 12 juillet 1929, C.P.J.I., Recueil des arrêts, Série A, n° 20.

334, 336, 344 [1065, 1071, 1073, 1075, 1112, 1343, 1357]

Affaire Franco-hellénique des Phares (Grèce c. France), arrêt du 17 mars 1934, C.P.J.I. Recueil, Série A/B, n° 62.

336, [1078]

Certains intérêts allemands en Haute Silésie polonaise, exceptions préliminaires, arrêt du 25 août 1925, C.P.J.I. Recueil, Série A, n° 6.

261, 263, 286, [822, 832, 891]

Certains intérêts allemands en Haute Silésie polonaise, fond, arrêt du 25 mai 1926, C.P.J.I. Recueil, Série A, n° 7.

178, 198, 200, 229, 264, 358, 380, 479 [575, 621, 643, 646, 720, 835, 1175, 1233, 1235]

Chemin de fer Panevezys-Saldutiskis, arrêt du 28 février 1939, C.P.J.I. Recueil, Série A/B, n°76.

172, 344, 345, [553, 878, 1178]

Colons allemands en Pologne, avis consultatif du 10 septembre 1923, C.P.J.I. Recueil, Série B, n°6.

380, [1234]

Compagnie d'électricité de Sofia et de Bulgarie, exceptions préliminaires, arrêt du 4 avril 1939, C.P.J.I. Recueil, série A/B, n°77.

286, [892]

Concessions Mavrommatis en Palestine, exception d'incompétence, arrêt du 30 août 1924, C.P.J.I. Recueil, Série A, n° 2.

261, 262, 360, [431, 821, 824, 826, 827, 879, 1186]

Concessions Mavrommatis à Jérusalem, arrêt du 26 mars 1925, C.P.J.I. Recueil, Série A, n 5.

262, [644, 835]

Décrets de nationalité promulgués à Tunis et au Maroc, avis consultatif du 7 février 1923, C.P.J.I. Recueil, série B, n°4.

283, [880]

Echange des populations grecques et turques, avis consultatif du 21 février 1925, C.P.J.I. Recueil, série B, n°10.

283, [881]

Lotus, arrêt du 7 septembre 1927, C.P.J.I. Recueil, Série A, n° 10.

[241, 1197]

Oscar Chinn, arrêt du 12 décembre 1934, C.P.J.I. Recueil, série A/B, n° 63.

103, 105, 112, 113, 193, 205, 208, 215, 216, 223, 226, 380, [309, 311, 368, 601, 618, 666, 675, 701, 722, 733, 735, 1236, 1357]

Phosphates du Maroc, arrêt (exceptions préliminaires) du 14 juin 1938, C.P.J.I. Recueil, série A/B, n° 73.

167, 174, [530, 569]

Régime douanier entre l'Allemagne et l'Autriche, avis consultatif du 5 septembre 1931, C.P.J.I. Recueil, Série A/B, n° 41.

[1345]

Traitement des nationaux polonais et des autres personnes d'origine ou de langue polonaise dans le territoire de Dantzig, avis consultatif du 4 février 1932, C.P.J.I. Recueil, Série A/B, n° 44.

116, [354, 356, 541, 601]

Usine de Chorzów, compétence, arrêt du 26 juillet 1927, C.P.J.I. Recueil, série A, n° 9.

167, 178, 198, 199, 229, 231, 232, 233, 264, 357, 360 [529, 576, 743, 749, 754, 758, 1165, 1185]

B. Cour internationale de justice

Consultable en ligne : <http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3>

Activités armées sur le territoire du Congo (nouvelle requête : 2002) (République démocratique du Congo c. Rwanda), compétence et recevabilité, arrêt du 3 février 2006, C.I.J. Recueil 2006.

[859, 860]

Activités armées sur le territoire du Congo (nouvelle requête : 2002) (République démocratique du Congo c. Rwanda), mesure conservatoires, ordonnance du 10 juillet 2002, CIJ Recueil 2002.

[858]

Activités armées sur le territoire du Congo (RDC c. Ouganda), arrêt du 19 décembre 2005, CIJ Recueil 2005.

178, 379 [577, 580, 860, 1229, 1346]

Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique), compétence et recevabilité, arrêt du 26 novembre 1984, C.I.J. Recueil 1984.

[858]

Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (*Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique),* fond, arrêt du 27 juin 1986, C.I.J. Recueil 1986.

358, 383, 384, 388, 393, 394, 395, 396, 398, 422, 423, 425, 426, 427, 431, 433, 440 [447, 1170, 1174, 1182, 1196, 1249, 1254, 1300, 1302, 1422, 1431, 1434, 1452, 1454, 1459, 1489]

Affaire Ambatielos (Grèce c. Royaume-Uni de Grande-Bretagne), compétence, arrêt du 1er juillet 1952, C.I.J. Recueil 1952.

64, 86, 381 [164]

Affaire Ambatielos (Grèce c. Royaume-Uni de Grande-Bretagne), fond : obligation d'arbitrage, arrêt du 19 mai 1953, C.I.J. Recueil 1953.

64, 67, 86 [164, 165, 168, 169, 173, 240, 242 1238]

Affaire colombo-péruvienne relative au droit d'asile (Colombie c. Pérou), arrêt du 20 novembre 1950, C.I.J. Recueil 1950.

[1197, 1202]

Affaire de l'Anglo-Iranian Oil Co. (Royaume-Uni c. Iran), compétence, arrêt du 22 juillet 1952, C.I.J. Recueil 1952.

39, 42, 43, 50, 51, 53, 61, 64, 65, 67, 68, 71, 73, 76, 77, 82, 86, 88, 97, 234, 235, 271, 272, 286, 345, 346, 347 [67, 70, 71, 72, 76, 84, 88, 89, 113, 155, 163, 170, 174, 214, 234, 761, 853, 895, 1120, 1125, 1128]

Affaire de l'Interhandel (Suisse c. Etats-Unis d'Amérique), arrêt du 21 mars 1959, C.I.J. Recueil 1959.

172, 286, [553, 898, 946]

Affaire de l'or monétaire pris à Rome en 1943(Italie c. France, Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord et Etats-Unis d'Amérique), question préliminaire, arrêt du 15 juin 1954, C.I.J. Recueil 1954.

[857]

Affaire des pêcheries (Royaume-Uni c. Norvège), arrêt du 18 décembre 1951, C.I.J. Recueil 1951.

[1197]

Affaire du Détroit de Corfou (Royaume-Uni de. Grande-Bretagne c. Albanie), arrêt du 9 avril 1949, C.I.J. Recueil 1949.

[1174]

Affaire du droit de passage sur territoire indien (Portugal c. Inde), fond, arrêt du 12 avril 1960, C.I.J. Recueil 1960.

[447, 1197]

Affaire Nottebohm (deuxième phase) (Lichtenstein c. Guatemala), arrêt du 6 avril 1955, C.I.J. Recueil 1955.

283, 290, 291, 292, 294 [882, 921, 925, 926, 929]

Affaire relative à l'incident aérien du 27 juillet I955 (Israël c. Bulgarie), Exceptions préliminaires, arrêt du 26 mai 1959, C.I.J. Recueil 1959.

[858]

Affaire relative aux droits des ressortissants des Etats-Unis d'Amérique au Maroc (France c. Etats-Unis d'Amérique), arrêt du 27 août 1952, C.I.J. Recueil 1952.

41, 44, 46, 54, 68, 70, 72, 77, 86, 88, 97 [93, 98, 101, 102, 105, 179, 216]

Ahmadou Sadio Diallo (République de Guinée c. République démocratique du Congo), exceptions préliminaires, arrêt du 24 mai 2007, C.I.J. Recueil 2007.

152, 194, 286, 298, 300, 301, 305, 310, 315, 337, 363, 366 [478, 623, 625, 626, 904, 951, 955, 956, 959, 964, 975, 990, 1099, 1012, 1013, 1080, 1194, 1203, 1206, 1207]

Ahmadou Sadio Diallo (République de Guinée c. République démocratique du Congo), fond, arrêt, C.I.J. Recueil 2010

337 [1081]

Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro), arrêt du 26 février 2007, C.I.J. Recueil 2007.

379, 382, 385 [1230, 1231, 1232, 1253, 1254, 1255, 1256, 1276, 1312, 1327]

Avena et autres ressortissants mexicains (Mexique c. Etats-Unis d'Amérique), arrêt, C.I.J. Recueil 2004.

312, 381 [995, 1014, 1150, 1240]

Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, (Belgique c. Espagne), exceptions préliminaires, arrêt du 24 juillet 1964, C.I.J. Recueil 1964.

172, 194, 313 [555, 558, 622, 999, 1001, 1002, 1004]

Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgique c. Espagne), arrêt du 5 février 1970, C.I.J. Recueil 1970.

180, 181, 286, 287, 288, 295-300, 304, 305, 308, 309, 310, 337, 361, 363, 366 [481, 587, 906, 910, 941, 944, 945, 947, 958, 961, 1079]

Certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale (Djibouti c. France), arrêt du 4 juin 2008, C.I.J. Recueil 2008.

423, 425, [810, 1424]

Certaines terres à phosphates à Nauru (Nauru c. Australie), exceptions préliminaires, arrêt du 26 juin 1992, C.I.J. Recueil 1992.

[858]

Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé, avis consultatif du 9 juillet 2004, CIJ, Recueil 2004.

411, 417, 423, 425, 426, 437 [994, 1376, 1400, 1425, 1435, 1476]

Délimitation de la frontière maritime dans la région du golfe du Maine (Canada c. Etats-Unis d'Amérique), arrêt 12 octobre 1984 rendu par la chambre constituée par ordonnance de la cour du 20 janvier 1982, C.I.J. Recueil 1984.

[1197]

Différend frontalier (Burkina Faso c. République du Mali), arrêt du 22 décembre 1986, C.I.J. Recueil 1986.

[858]

Différend frontalier terrestre, insulaire et maritime (El Salvador c. Honduras), requête à fin d'intervention, arrêt du 13 septembre 1990, C.I.J. Recueil 1990.

[858]

Différend relatif à l'immunité de juridiction d'un rapporteur spécial de la Commission des droits de l'homme, avis consultatif du 29 avril 1999, C.I.J. Recueil 1999.

379, [1228, 1231]

Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI) (Etats-Unis d'Amérique c. Italie), arrêt 20 juillet 1989, C.I.J. Recueil 1989, p. 15.

117-118, 132-138, 142, 144, 154, 165-171, 175, 180, 183, 195, 202-205, 226, 286, 301-305, 337, 359, 380, 408 [353, 359, 361, 364, 367, 396, 422, 442, 449, 485, 488, 525, 532, 542, 544, 563, 593, 601, 627, 652, 667, 734, 901, 965, 966, 970, 971, 1082, 1176, 1237, 1356]

Immunités juridictionnelles de l'Etat (Allemagne c. Italie ; Grèce (intervenant)), arrêt du 3 février 2012, C.I.J. Recueil 2012.

[1164]

Interprétation des traités de paix conclus *avec la Bulgarie, la Hongrie et la Roumanie*, avis consultatif du 18 juillet 1950, C.I.J. Recueil 1950.

[857]

LaGrand (Allemagne c. Etats-Unis d'Amérique), arrêt du 27 juin 2001, C.I.J. Recueil 2001.

381, [994, 1014, 1239]

Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires, avis consultatif du 8 juillet 1996, C.I.J. Recueil 1996.

[447, 1197]

Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c. Belgique), arrêt du 14 février 2002, C.I.J. Recueil 2002.

[1164]

Personnel diplomatique et consulaire des Etats-Unis à Téhéran (Etats-Unis d'Amérique c. Iran), arrêt du 24 mai 1980, C.I.J. Recueil 1980.

134, 137, 142, 180, 393 [404, 421, 440, 443, 453, 585, 1298]

Personnel diplomatique et consulaire des Etats-Unis à *Téhéran (Etats-Unis d'Amérique c. Iran),* Demande en indication de mesures conservatoires, Ordonnance du 15 décembre 1979, C.I.J. Recueil 1979.

[482]

Plateau continental de la mer du Nord *(République fédérale d'Allemagne c. Danemark ; République fédérale d'Allemagne c. Pays-Bas),* arrêt du 20 février 1969, C.I.J. Recueil 1969.

373, [464, 1192, 1214-1217]

Plateau continental (Jamahiriya arabe libyenne c. Malte), arrêt du 3 juin 1985, C.I.J. Recueil 1985.

[1198]

Plateau continental (Jamahiriya arabe libyenne c. Malte), requête de l'Italie à fin d'intervention, arrêt du 1er février 1984, C.I.J. Recueil 1984.

[858]

Plates-formes pétrolières (République islamique d'Iran c. Etats-Unis d'Amérique), arrêt du 6 novembre 2003, C.I.J. Recueil 2003.

355, 422-427, 429, 431-435 [996, 1154, 1422, 1432, 1433, 1436, 1438, 1439, 1453, 1458, 1460, 1461, 1462, 1463, 1464, 1466, 1473]

Plates-formes pétrolières (République islamique d'Iran c. Etats-Unis d'Amérique), exception préliminaire, arrêt du 12 décembre 1996, C.I.J. Recueil 1996.

129 [390]

Projet Gabčikovo-Nagymaros (Hongrie c. Slovaquie), arrêt du 25 septembre 1997, C.I.J. Recueil 1997.

406-408, 411, 414-419, 441, 444 [447, 994, 996, 1174, 1343, 1348, 1352, 1358, 1359, 1375, 1385, 1396, 1401, 1403, 1415, 1491]

Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader (Belgique c. Sénégal), arrêt du 20 juillet 2012, C.I.J. Recueil 2012.

[1197]

Réparation des dommages subis au service des Nations Unies, avis consultatif du 11 avril 1949, C.I.J. Recueil 1949.

293 [932]

Souveraineté sur Pulau Ligitan et Pulau Sipadan (Indonésie c. Malaisie), arrêt du 17 décembre 2002, C.I.J. Recueil 2002.

[1150]

Timor oriental (Portugal c. Australie), arrêt du 30 juin 1995, C.I.J. Recueil 1995.

[857, 859]

Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay (Argentine c. Uruguay), arrêt 20 avril 2010, C.I.J. Recueil 2010.

[1154]

C. Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements

Consultable en ligne :
< https://icsid.worldbank.org/apps/icsidweb/cases/pages/advancedsearch.aspx >

A.A.P.L. c. Sri Lanka, affaire n° ARB/87/3, sentence du 27 juin 1990.

52-55, 60, 135, 138, 147-148, 181, 356 [117, 121, 122, 123, 130, 134, 136, 140, 141, 143, 145, 146, 410, 415, 417, 420, 423, 467, 469, 470, 591, 979, 1156, 1244]

Abaclat et autres c. Argentine, affaire n° ARB/07/5, décision du 4 août 2011 sur la compétence et la recevabilité.

[279, 1022]

ADC c. Hongrie, affaire n° ARB/03/16, sentence du 2 octobre 2006.

224, 227, 231, 289, 356 [727, 737, 752, 916, 986, 1161, 1183]

ADF c. Etats-Unis d'Amérique, affaire n° ARB (AF)/00/1, sentence du 9 janvier 2003.

166, 185 [122, 278, 353, 502, 518, 521, 527, 1248]

AES Corporation c. Argentine, affaire n° ARB/02/17, décision sur la compétence du 26 avril *2005.*

289, [919, 978, 979, 989, 1191]

AES Summit Generation c. Hongrie, affaire n° ARB/07/22, sentence du 23 septembre 2010.

[413, 420, 431, 610, 634, 660]

African Holding & SAFRICAS c. République Démocratique du Congo, affaire n° ARB/05/21, sentence sur les déclinatoires de compétence et de recevabilité du 29 juillet 2008.

[1054]

AGIP S.p.A. c. Congo, affaire n° ARB/77/1, sentence du 30 novembre 1979.
225, 234-238, 347-350 [731, 767, 768, 770, 1131, 1147]

Alex Genin et autres c. Estonie, affaire n° ARB/99/2, sentence du 25 juin 2001.
161, 183 [513, 583, 595, 597, 979]

Alpha Projektholding c. Ukraine, affaire n° ARB/07/16, sentence du 8 novembre 2010.
341 [352, 353, 381, 633, 634, 661, 665, 670, 842, 1054, 1102]

Amco c. Indonésie, affaire n° ARB/81/1 :
**Amco c. Indonésie I*,
- Décision sur la compétence du 25 septembre 1983
  288, [914]
- Sentence du 20 novembre 1984
  588, [1244]
- Décision sur la demande d'annulation du 16 mai 1986.
  339-341, 349, [1088, 1244]

**Amco c. Indonésie II*,
- Sentence du 5 juin 1990.
  177 [572]

AMT c. Zaïre, affaire n° ARB/93/1, sentence du 21 février 1997.
55, 58-60, 138, 147, 161, [148, 151, 416, 419, 424, 468, 469, 470, 513, 979, 1244, 1339]

Anderson et autres c. Costa Rica, affaire n° ARB(AF)/07/3, sentence 19 mai 2010.
319, [1029]

Antoine Goetz et consorts c. Burundi, affaire n° ARB/95/3, sentence du 10 février 1999.
227, [736, 979]

Archer Daniels Midland et Tate & Lyle Ingredients Americas c. Mexique, affaire n° ARB (AF)/04/5, sentence du 21 novembre 2007.

106, 214, 216,358, 359 [353, 371, 670, 700, 707, 1171, 1181, 1500]

ATA c. Jordanie, affaire n° ARB/08/2, sentence du 18 mai 2010.

[278]

Autopista Concesionada de Venezuela (Aucoven) c. Venezuela, affaire n° ARB/00/5 :

- Décision sur la compétence du 27 septembre 2001

  288, [915]
- Sentence du 23 septembre 2003.

  [1343]

Azinian c. Mexique, affaire n° ARB(AF)/97/2, sentence du 1er novembre 1999.

170, 171, [547, 548, 571, 839, 1247]

Azurix c. Argentine, affaire n° ARB/01/12 :

- Décision sur la compétence du 8 décembre 2003

  [983, 985]
- Sentence du 14 juillet 2006.

  161, 213, 216, [434, 504, 509, 513, 515, 519, 610, 647, 648, 649, 693, 708, 979]

Bayindir c. Pakistan, affaire n° ARB/03/29 :

- Décision sur la compétence du 14 novembre 2005

  [818]
- Sentence du 27 août 2009

  110- 113, 122, 390, 395, 399, [278, 341, 342, 345, 376, 379, 634, 647, 648, 649, 1289, 1331, 1333]

Bernadus Henricus Funnekoter et autres c. Zimbabwe, affaire n° ARB/05/6, sentence du 22 avril 2009.

407 [1353]

Biwater Gauff (Tanzanie) c. Tanzanie, affaire n° ARB/05/22, sentence du 24 juillet 2008.
156, [415, 420, 434, 492, 494, 519, 602]

Bosh International et B & P c. Ukraine, affaire n° ARB/08/11, sentence du 25 octobre 2012.
390 [665, 1242, 1243, 1293]

Bureau veritas c. Paraguay, affaire n° ARB/07/9, décision supplémentaire sur la recevabilité du 9 octobre 2012.
[1152]

Burlington c. Equateur, affaire n° ARB/08/5, décision sur la responsabilité du 14 décembre 2012.
198, 203 [634, 641, 656, 671]

Camuzzi International S.A. (CGS/CGP) c. Argentine, Affaire n° ARB/03/2, décision sur la compétence du 11 mai 2005.
[979]

Camuzzi International S.A. (TRANSPA) c. Argentine, Affaire n° ARB/03/7, décision sur la compétence du 11 juin 2005.
[979]

Cargill c. Mexique, affaire n° ARB(AF)/05/2, sentence du 18 septembre 2009.
108, 113, 179, 186, 207, 445, [330, 371, 502, 518, 582, 609, 634, 660, 672, 1506]

Champion Trading, Ameritrade International c. Egypte, affaire n° ARB/02/9 :

- Décision sur la compétence du 21 octobre 2003
  [933, 939]
- Sentence du 27 octobre 2006.
  110-113, 120, 294 [340, 342, 343, 373]

Cementownia c. Turquie, affaire n° ARB(AF)/06/2, sentence du 17 septembre 2009.
323, [1022, 1052]

CMS c. Argentine, affaire n° ARB/01/8 :

- Décision sur la compétence du 17 juillet 2003
  309-310, 362-363, 366 [790, 818, 979, 988, 989, 1189, 1191]
- Sentence du 12 mai 2005
  94, 146, 196, 203, 241, 341, 356, 418, 430, 435, 439, [455, 460, 462, 520, 610, 630, 656, 791, 979, 1097, 1158, 1355, 1387, 1394, 1413, 1418, 1428, 1448, 1472, 1481]
- Décision du Comité *ad hoc* du 25 septembre 2007
  242,307, 418, 428, 435, 438 [793, 981, 982, 987, 1407, 1443, 1444, 1474, 1480]

Conoco Phillips c. Venezuela, affaire n° ARB/07/30, sentence du 3 septembre 2013.
[753, 789]

Consortium RFCC c. Maroc, affaire n° ARB/00/6 :

- Décision sur la compétence du 16 juillet 2001
  [846]
- Sentence du 22 décembre 2003.
  [381, 633, 647, 649]

Continental casualty company c. Argentine, affaire n° ARB/03/9:

- Sentence du 5 septembre 2008
  161, 196, 203, 214, 419, 428 [511, 513, 631, 656, 700, 1412, 1413, 1428, 1429, 1440, 1443, 1445, 1471]
- Décision sur la demande d'annulation du 16 septembre 2011.
  [1443, 1444]

Corn Products International c. Mexique, affaire n° ARB (AF)/04/1, décision sur la responsabilité du 15 janvier 2008.
108-109, 113, 121-122 [334, 353, 371, 377, 1505]

Compania del dessarollo de Santa Elena (CDSE) c. Costa Rica, affaire n° ARB/96/1, sentence du 17 février 2000.
217, 339, [712, 1090]

CSOB c. République slovaque, affaire n° ARB/97/4, sentence du 29 décembre 2004
[431]

Daimler c. Argentine, affaire n° ARB/05/1, sentence du 22 août 2012.
81-84, 274-275 [230, 231, 232, 233, 234, 239, 248, 820, 864, 867]

David Minnotte et Robert Lewis c. Pologne, affaire n° ARB(AF)/10/1, sentence du 16 mai 2014.
[1021]

Desert Line c. Yémen, affaire n° ARB/05/17, sentence du 6 février 2008.
324, [1054, 1055, 1056]

Deutsche Bank c. Sri Lanka, affaire n° ARB/09/2, sentence du 31 octobre 2012.
386, 387, [1242, 1243, 1264, 1267, 1268, 1270]

Duke Energy c. Equateur, affaire n° ARB/04/19, sentence du 18 août 2008 :
[520, 602, 610, 1242]

EDF International et autres c. Argentine, affaire n° ARB/03/23, sentence du 11 juin 2012.
[279, 1346, 1418]

EDF Services c. Roumanie, affaire n° ARB/05/13, sentence du 8 octobre 2009.
212, 389, 390 [689, 1245, 1281, 1291]

Electrabel c. Hongrie, affaire n° ARB/07/19, décision sur la compétence, le droit applicable et la responsabilité du 30 novembre 2012.
396-397, [1324, 1326]

El Paso c. Argentine, affaire n° ARB/03/15

- Décision sur la compétence du 27 avril 2006 :
[849]

- Sentence du 31 octobre 2011
  181, 203, 214, 419, 428, 439, [590, 656, 700, 1344, 1410, 1428, 1429, 1442, 1444, 1471, 1482]
- Décision sur la demande d'annulation du 22 septembre 2014.
  [1484]

Enron c. Argentine, affaire n° ARB/01/3 :

- Décison sur la compétence du 14 janvier 2004 :
  [979, 982, 983, 985]
- Sentence du 22 mai 2007 :
  146, 161, 203, 341, 407, 412-414, 418, 424, 430, 435, 439 [433, 456, 461, 510, 513, 610, 656, 1101, 1158, 1245, 1246, 1343, 1350, 1377, 1383, 1390, 1394, 1395, 1404, 1413, 1414, 1418, 1428, 1430, 1449, 1472, 1481]
- Décision sur la demande d'annulation du 30 juillet 2010
  413, 414, [987, 1378, 1382, 1384, 1391]

Europe Cement Investment & Trade S.A. c. Turquie, affaire n° ARB(AF)/07/2, sentence du 13 août 2009.

323 [1022, 1052]

Franck Charles Arif c. Moldavie, affaire n° ARB/11/23, sentence du 8 avril 2013.

[279, 1243]

Fraport c. Philippines, affaire n° ARB/03/25, sentence du 16 août 2007.

319, 320, 324 [1030, 1037, 1057]

Flughafen Zürichet Gestión e Ingeneríac. Venezuela, affaire n° ARB/10/19, sentence du 18 novembre 2014.

[648]

Garanti koza c. Turkménistan, affaire n° ARB/11/20, décision sur l'exception d'incompétence pour défaut de consentement du 3 juillet 2013.

78, 80 [219, 223, 224, 225]

Gas Natural c. Argentine, affaire n° ARB/03/10, décision sur les questions préliminaires de compétence du 17 juin 2005.

74, 75, 307 [201, 210, 211, 213, 979, 980]

GEA c. Ukraine, affaire n° ARB/08/16, sentence du 31 mars 2011.

54 [126, 547, 571]

Generation Ukraine c Ukraine, affaire n° ARB/00/9, sentence du 16 septembre 2003.

179, [583, 1248]

Gustav Hamester & Co KG c. Ghana, affaire n° ARB/07/24, sentence du 18 juillet 2010.

320, 323, 387-389, 396-397 [1038, 1050, 1242, 1248, 1277, 1318, 1326]

Hochtief c. Argentine, affaire n° ARB/07/31, décision sur la compétence du 24 octobre 2011.

74-75, 82, [206, 210, 212, 810, 820]

Impregilo c. Argentine, affaire n° ARB/07/17, sentence du 21 juin 2011.

146, 147, 276 350, 412, 413, [204, 210, 211, 236, 279, 293, 458, 464, 489, 868, 1354, 1380, 1381, 1386, 1392, 1394, 1409]

Impregilo c Pakistan, affaire n° ARB/03/3, décision sur la compétence du 22 avril 2005

[1146]

Inceysa c. El Salvador, affaire n° ARB/03/26, sentence du 2 août 2006.

319, 321, [1031,1043, 1044]

Inmaris Perestroika et autres c. Ukraine, affaire n° ARB/08/8 :

- Décision sur la compétence du 8 mars 2010

  324, [1058]
- Sentence du 1er mars 2012.

  156, 157, 204, 214, 224, [492, 504, 634, 649, 661, 673, 700, 728, 1242]

Ioan Micula, Viorel Micula et autres c. Roumanie, affaire n° ARB/05/20, décision sur la compétence du 24 septembre 2008

285, 294, 323, 339, |889, 936, 1051, 1091]

Ioannis Kardassopoulos c. Georgie, affaire n° ARB/05/18 :

- Décision sur la compétence du 6 juillet 2007

  [839]
- Sentence du 3 mars 2010.

  238, 239, [778, 784, 788, 1106]

Jan de Nul et Dredging International c. Egypte, affaire n° ARB/04/13 :

- Décision sur la compétence du 16 juin 2006

  389, [1282]
- Sentence du 6 novembre 2008.

  170, 176, 389, 396, 397, [415, 537, 547, 567, 571, 1248, 1284, 1316, 1318, 1326]

Joseph C. Lemire c. Ukraine, affaire n° ARB/06/18, décision sur la compétence et la responsabilité du 14 janvier 2010.

161, 183, [512, 513, 596, 597, 816]

Kiliç Ĭnşaat Ĭthalat c. Turkménistan, affaire n° ARB/10/1, sentence du 2 juillet 2013.

81, 84, [230, 231, 232, 233, 248, 250]

Klöckner c. Cameroun I, affaire n° ARB/81/2, Sentence du 21 octobre 1983 et Décision sur la demande d'annulation du 3 mai 1985.

339, 340, 341, 349, [1087]

Lanco International Inc. c. Argentine, affaire n° ARB/97/6, décision préliminaire sur la compétence du 8 décembre 1998.

[979]

L.E.S.I. SpA et Astaldi SpA c. Algérie, affaire n° ARB/05/3 :

- Décision sur la compétence du 12 juillet 2006
  320, 322, [1034, 1048]
- Sentence du 12 novembre 2008.
  141, 148, 341, [278, 471, 475, 647, 648, 1100]

L.E.S.I.-Dipenta c. Algérie, affaire n° ARB/03/8, décision sur la compétence du 10 janvier 2005.
320, 322, [1034, 1048]

LG&E c. Argentine, affaire n° ARB/02/1 :

- Décision sur la compétence du 30 avril 2004
  [983, 985]
- Décision sur la responsabilité du 3 octobre 2006
  183, 196, 203, 207, 214, 341, 356, 412, 414, 415, 418, 430, [594, 597, 598, 610, 629, 647, 656, 670, 671, 700, 753, 1099, 1160, 1163, 1183, 1355, 1379, 1381, 1389, 1393, 1406, 1414, 1451, 1471]

Liberian Eastern Timber Corporation (LETCO) c. Liberia, affaire n° ARB/83/2, Sentence du 31 mars 1986.
224, 227, 339, 348, [726, 739, 1089, 1135, 1343]

Loewen c. Etats-Unis, affaire n° ARB(AF)/98/3, sentence du 26 juin 2003.
115, 123, 124, 125, 165, 166, 170, 175, 176, 185, 357, 359, [382, 385, 388, 502, 521, 526, 527, 547, 565, 1167, 1179, 1243]

Maffezini c. Espagne, affaire n° ARB/97/7, Décision sur la compétence du 25 janvier 2000
42, 43, 71, 74, 75, 77, 80, 81, 82, 273, [79, 184, 185, 186, 195, 979, 1225]

Malicorp c. Egypte, affaire n° ARB/08/18, sentence du 7 février 2011.
[1021]

Marvin Feldman c. Mexique, affaire n° ARB(AF)/99/1 :

- Décision sur la compétence du 6 décembre 2000
  294, [934]
- Sentence du 16 décembre 2002.
  106, 107, 120, 196, 359, [320, 324, 353, 369, 628, 686, 1180]

MCI Power et New Turbine c. Equateur, affaire n° ARB/03/6, sentence du 31 juillet 2007.
93, 385, [288, 290, 1262]

Metalclad c. Mexique, affaire n° ARB(AF)/97/1, sentence du 30 août 2000.
163, 185-186, 216, 233, 356 [522, 605, 610, 633, 705, 757, 1159, 1247]

Metal-Tech c. Ouzbekistan, affaire n° ARB/10/3, sentence, du 4 octobre 2013.
90-91, 420, [280, 282, 285, 286, 1024, 1032, 1033, 1040]

Middle East Cement c. Egypte, affaire n° ARB/99/6, sentence du 12 avril 2002.
[634]

Mobil Investments Canada Inc. et Murphy Oil Corporation c. Canada, affaire n° ARB(AF)/07/4, décision sur la responsabilité et les principes de la réparation du 22 mai 2012.
168 [608]

Mondev c. Etats-Unis d'Amérique, affaire n° ARB(AF)/99/2, sentence du 11 octobre 2002.
166, 170-171, 176, 185,502, 518, 521, 527, 547, 552, 568, 571, 753, 1183, 1243]

MTD c. Chili, affaire n° ARB/01/7, sentence du 25 mai 2004.
156, 232, [278, 493, 756]

Niko Resources c. Bangladesh, affaire n° ARB/10/11, décision sur la compétence du 19 août 2013.
320, 324, [1021, 1036, 1042, 1060]

Noble Ventures c. Roumanie, affaire n° ARB/01/11, Sentence du 12 octobre 2005.
181, 358, 390 [413, 415, 589, 1168, 1172, 1288]

Occidental Petroleum Corporation et OEPC c. Equateur, affaire n° ARB/06/11, sentence du 5 octobre 2012.
[648]

Olguin c. Paraguay, affaire n° ARB/98/5, sentence du 26 juillet 2001.
292, [927]

Pan American et BP Argentina c. Argentine, affaire n° ARB/04/8, décision sur les exceptions préliminaires du 27 juillet 2006.
[817]

Pantechniki c. Albanie, affaire n° ARB/07/21, sentence du 30 juillet 2009.
171, 176 [415, 419, 550, 567, 571, 819]

Parkerings-Compagniet AS c. Lithuanie, affaire n° ARB/05/8, sentence du 11 septembre 2007.
[413, 414, 418, 431]

Phoenix c. République Tchèque, affaire n° ARB/06/5, sentence du 15 avril 2009.
322, [16, 816, 1022, 1049]

Plama c. Bulgarie, affaire n° ARB/03/24 :

- Décision sur la compétence du 8 février 2005.
  87-88 [260, 263, 266, 413]
- Sentence du 27 août 2008.
  322 [414, 1045, 1243]

PSEG Global, Inc. et autres c. Turquie, affaire n° ARB/02/5, sentence du 19 janvier 2007.
[433]

Quiborax et autres c. Bolivie, affaire n° ARB/06/2, décision sur la compétence du 27 septembre 2012.

320, 324 [1022, 1039,1054, 1055, 1059]

Railroad Development Corporation c. Guatemala, affaire n° ARB/07/23:

- Seconde Décision sur la compétence, 18 mai 2010.
  356, [1162]
- Sentence du 29 juin 2012.
  160, 186, 203, [507 , 607, 634, 659]

Reinhard Unglaube c. Costa Rica, affaire n° ARB/09/20, sentence du 16 mai 2012.

168, 176, 217[433, 534, 567, 598, 599, 634, 660, 714]

Renée Rose Levy de Levi c. Pérou, affaire n° ARB/10/17, sentence du 26 février 2014.

204, 212 [662, 692]

Rompetrol c. Roumanie, affaire n° ARB/06/3 :

Sentence du 6 mai 2013.

[427]

RSM c. République centrafricaine, affaire n° ARB/07/2, sentence du 11 juillet 2011.

[1343]

Rumeli Telekom et Telsim Mobil c. *Kazakhstan*, affaire n° ARB/05/16, sentence du 29 juillet 2008.

138, 168, 171, 289, [278, 415, 419, 428, 520, 535, 549, 571, 920]

Saba Fakes c. Turquie, affaire n° ARB/07/20, sentence du 14 juillet 2010.

294, [938]

Saipem c. Bangladesh, affaire n°ARB/05/07:

- Décision sur la compétence du 21 mars 2007.
  [1243]

- Sentence du 30 juin 2009.
  201, [649, 650]

Salini c. Jordanie, affaire n° ARB/02/13, décision sur la compétence du 9 novembre 2004.
85-89 [252, 254, 846]

Salini c. Maroc, affaire n° ARB/00/4, décision sur la compétence du 31 juillet 2001.
320, [846, 1036]

Saur c. Argentine, affaire n° ARB/04/4, décision sur la compétence et la responsabilité du 6 juin 2012.
322 [1049, 1246]

Sempra Energy International c. Argentine, affaire n° ARB/02/16 :

- Décision sur la compétence du 11 mai 2005.
  [979, 985]
- Sentence du 28 septembre 2007.
  407, 418, 430, 435, 439, [433, 1343, 1351, 1394, 1395, 1404, 1413, 1450, 1472, 1481]
- Décision sur la demande d'annulation du 29 janvier 2010.
  428, 436 [1408, 1428, 1443, 1444, 1471, 1475]

SGS c. Pakistan, affaire n° ARB/01/13, décision sur la compétence du 6 août 2003.
269, [850]

SGS c. Philippines, affaire n° ARB/02/6, décision sur la compétence du 29 janvier 2004.
267, [819, 844, 845]

SGS c. *Paraguay*, affaire n° ARB/07/29, décision sur la compétence du 12 février 2010.
320, [842, 1036]

Siemens c. Argentine, affaire n° ARB/02/8 :

- Décision sur la compétence du 3 août 2004.

54, 74, 75, 76, 82, [127, 205, 210, 215, 217, 979, 983, 985]

- Sentence du 6 février 2007.

  156, 157, 231, [432, 435, 495, 751, 1183]

Soabi c. Sénégal, affaire n° ARB/82/1 :

- Décision sur la compétence du 1er août 1984.

  288, [913]

- Sentence du 25 février 1988.

  350 [1145]

Soufraki c. Emirats Arabes Unis, affaire n° ARB/02/7 :

- Sentence du 7 juillet 2004.

  284 [884, 929]

- Décision sur la demande d'annulation du 5 juin 2007.

  284[886]

Southern Pacific Properties (SPP) (Middle East) c. Egypte, affaire n° ARB/84/3, sentence du 20 mai 1992.

199, 349, [645, 1053, 1138]

Suez et InterAguas c. Argentine, affaire n° ARB/03/17 :

- Décision sur la compétence du 16 mai 2006.

  43-45, 74-75, [86, 128, 203, 210, 211, 212, 213]

- Décision sur la responsabilité du 30 juillet 2010.

  146, 203, 211 [449, 457, 459, 463, 634, 656, 660, 665, 671, 686]

Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona et Vivendi Universal c. Argentine, affaire n° ARB/03/19, décision sur la responsabilité du 30 juillet 2010

414, [1355, 1388, 1394]

Swisslion c. Macédoine, affaire n° ARB/09/16, sentence du 6 juillet 2012.

[648, 649, 1243]

Tecmed c. Mexique, affaire n° ARB (AF)/00/2, sentence du 29 mai 2003.
92, 138, 158, 213, 214, 216, 232, [287, 413, 414, 426, 499, 597, 634, 647, 657, 671, 696, 708, 755]

Teinver c. Argentine, affaire n° ARB/09/1, décision sur la compétence du 21 décembre 2012.
74-75, [202, 211, 212]

Telenor c. Hongrie, affaire n° ARB/04/15, sentence du 13 septembre 2006.
87-88, 203 [261, 275, 634, 648, 656, 670]

Tidewater et autres c. Venezuela, affaire n° ARB/10/5, sentence du 13 mars 2015.
[753]

Tokios Tokelés c. Ukraine, affaire n° ARB/02/18, décision sur la compétence du 29 avril 2004.
320, [1022, 1035, 1054, 1055]

Total c. Argentine, affaire n° ARB/04/01, décision sur la responsabilité du 27 décembre 2010.
289, 419, [818, 918, 1394, 1395, 1411]

Toto c. Liban, affaire n° ARB/07/12, décision sur la compétence du 11 septembre 2009.
[417, 1225]

Tradex Hellas c. Albanie, affaire n° ARB/94/2, sentence du 29 avril 1999.
390 [1292]

TSA Spectrum de Argentina c. Argentine, affaire n° ARB/05/5, sentence du 19 décembre 2008.
[1054]

Tza yap shum c. Pérou, affaire n° ARB/07/6, décision sur la compétence du 19 juin 2009
87-88 [262, 274]

Vannessa Ventures c. Venezuela, affaire n° ARB(AF)/04/6, sentence du 16 janvier 2013.
90-92 [281, 285, 286, 1021]

Venezuela Holdings et Mobil c. Venezuela, affaire n° ARB/07/27, sentence du 9 octobre 2014.
[789]

Victor Pey Casado et Fondation Président Allende c. Chili, affaire n° ARB/98/2, sentence du 8 mai 2008.
285, 294 [536, 890, 937]

Vigotop c. Hongrie, affaire n° ARB/11/22, sentence du 1er octobre 2014.
[648]

Vivendi c. Argentine, affaire n° ARB/97/3 :

**Vivendi c. Argentine I*,

- Sentence du 21 novembre 2000 :
  268 [847, 1246]
- Décision du comité ad hoc du 3 juillet 2002 sur la demande d'annulation de la sentence du 21 novembre 2000.
  266-269 [843, 845, 848, 982, 1246]

**Vivendi c. Argentine II*,

- Décision sur la compétence du 14 novembre 2005 :
  306-307 [979, 982]
- Sentence du 20 août 2007
  157, 197, 203, [436, 497, 538, 635, 647, 656, 753, 1183, 1246]

Waguih E. G. Siag et Clorinda Vecchi c. Egypte, affaire n° ARB/05/15 :

- Décision sur la compétence du 11 avril 2007
  285, 294, [887, 935]
- Sentence du 1er juin 2009.
  177, 225, [279, 414-415, 573, 732, 1022, 1051]

Waste Management c. Mexique (II), affaire n° ARB(AF)/00/3, sentence du 30 avril 2004.
159, 163-167, 184-186, 308, 385 [503, 521, 527, 604, 607, 648, 1261]

Wena c. Egypte, affaire n° ARB/98/4 :

- Décion sur la compétence du 25 mai 1999
  289 [917]
- Sentence du 8 décembre 2000
  138, 232, 321 [417, 418, 425, 647, 755, 1041]
- Décision du 31 octobre 2005 sur l'interprétation de la sentence du 8 décembre 2000
  207 [673]
- Décision sur la demande d'annulation du 5 février 2002.
  340-342, 352, [1094, 1107]

Wintershall c. Argentine, affaire n° ARB/04/14, sentence du 8 décembre 2008.
43, 54, 81-84, 274-275 [82, 124, 230, 231, 232, 233, 238, 240, 241, 242, 243, 864, 866]

World Duty Free c. Kenya, affaire n° ARB/00/7, sentence du 4 octobre 2006.
321, [1024, 1042]

D. Jurisprudence arbitrale hors CIRDI / Commissions mixtes

A. Biloune et Marine Drive Complex Ltd. c. Ghana Investment Center et Gouvernement du Ghana, CNUDCI, sentence sur la compétence et la responsabilité du 27 octobre 1989.
195, 366 [1205]

Ambatielos, Commission d'arbitrage *ad hoc*, sentence du 6 mars 1956, *RSA*, vol. XII, 1963, p.91.
64, 73, 86 [&64, 195]

Esphahanian, Tribunal des réclamations Etats-Unis / Iran, Affaire A/ 18, décision d'interprétation, 6 avril 1984.
[940]

Neer c. Mexique, Commission des requêtes générales Etats-Unis / Mexique, *RSA*, vol. IV (1926).

161, 162 [516]

S.D. Myers c. Canada, CNUDCI, Première sentence partielle, 13 novembre 2000.

107, 166, 185, [321, 521, 527]

Saluka c. République tchèque, CNUDCI, sentence partielle du 17 mars 2006, § 484.

139 [430]

Sergei Paushok, CJSC Golden East Company et CJSC Vostokneftegaz Company c. Mongolie, CNUDCI, sentence sur la compétence et la responsabilité, 28 avril 2011.

[1296]

Pope & Talbot c. Canada, CNUDCI, sentence provisoire, 26 juin 2000.

107, [322, 500, 501]

Methanex c. Etats-Unis d'Amérique, CNUDCI, sentence finale, 3 août 2005.

107 [323]

White industries Australia Ltd. c. Inde, CNUDCI, sentence finale, 30 novembre 2011.

[1296]

E. Tribunal Pénal International pour l'ex-Yougoslavie

TPIY, Chambre d'appel, *Tadić*, affaire n° IT-94-1-A, arrêt du 15 juillet 1999.

395, 399, [1307, 1315]

BIBLIOGRAPHIE

Sommaire

I. Ouvrages généraux

II. Ouvrages spécialisés

III. Cours de l'Académie de droit international de la Haye

IV. Articles

V. Chroniques

VI. Travaux de la Commission du droit international

VII. Travaux d'institutions internationales

VIII. Thèses

I. Ouvrages généraux

CARREAU (D.), JUILLARD (P.), *Droit international économique,* Paris : Dalloz, 5e édition, 2013.

COMBACAU (J.), SUR (S.), *Droit international public*, Paris : Montchrestien, Lextenso éditions, 9e édition, 2010.

DAILLIER (P.), FORTEAU (M.), PELLET (A.), *Droit international public*, Paris : L.G.D.J., 8e édition, 2009.

HART (H. L. A.), *Le concept de droit.* H.L.A. Hart, traduit de l'anglais par VAN DE KERCHOVE (M.), avec la collaboration de VAN DROOGHENBROECK (J.) et CELIS (R.), Bruxelles : facultés universitaires Saint-Louis, 1976.

SALMON (J.) (dir.), *Dictionnaire de droit international public*, Bruxelles : Bruylant, 2001.

SANTULLI (C.), *Droit du contentieux international*, Paris : Montchrestien, 2e édition, 2015.

II. Ouvrages spécialisés

BRADLOW (D.), ESCHER (A.) (eds.), *Legal aspects of foreign direct investment*, The Hague: Kluwer Law International, 1999.

CRAWFORD (J.), *Les articles de la C.D.I. sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite : introduction, texte et commentaires*, Paris : Pedone, 2003.

CRÉPET DAIGREMONT (C.), *La clause de la nation la plus favorisée*, Paris : Pedone, 2015.

DE NANTEUIL (A.), *Droit international de l'investissement*, Paris : Pedone, 2014.

DE NANTEUIL (A.), *L'expropriation indirecte en droit international de l'investissement*, Paris : Pedone, 2014.

DOLZER (R.), SCHREUER (C.), *Principles of International Investment Law*, New-York: Oxford University Press, 1ère edition (2008), 2e édition (2012).

DOUGLAS (Z.), *The international law of investment claims*, Cambridge: Cambridge University Press, 2009.

FOURET (J.), KHAYAT (D.), *Recueil des commentaires des décisions du CIRDI (2002-2007)*, Bruxelles : Bruylant, 2009.

GAILLARD (E.), *La jurisprudence du CIRDI*, Paris : Pedone, Tome I (2006) et II (2010).

GILLES (A.), *La définition de l'investissement international*, Bruxelles : Larcier, 2012.

HORCHANI (F.) (dir.), *Où va le droit de l'investissement ? : Désordre normatif et recherche d'équilibre*, Actes du colloque organisé à Tunis les 3 et 4 mars 2006, Paris : Pedone, 2006.

KJOS (H. E.), *Applicable law in investor-state arbitration* : *The interplay between national and international law*, Oxford, U.K. : Oxford University press, 2013.

LANKARANI (L.), *Les contrats d'Etat à l'épreuve du droit international*, Bruxelles : Bruylant, 2001.

LAVALLEE (T.), *Histoire de l'empire ottoman depuis les temps anciens jusqu'à nos jours,* Paris : [s.n.], 1855.

LEBEN (Ch.) (dir.), *Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational*, Paris : Pedone, 2015.

LEBEN (Ch.) (dir.), *La procédure arbitrale relative aux investissements internationaux : aspects récents*, Actes du colloque organisé à Paris le 3 avril 2008, Louvain-La-Neuve : Anthémis, Paris : L.G.D.J., 2010.

LEBEN (Ch.) (dir.), *Le contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement. Nouveaux Développements*, Actes du Colloque organisé à Paris le 3 mai 2004, Louvain-La-Neuve : Anthémis, Paris : L.G.D.J., 2006.

MANCIAUX (S.), *Investissements étrangers et arbitrage entre Etats et ressortissants d'autres Etats : Trente années d'activités du CIRDI*, Paris : Litec, 2004.

MUCHLINSKI (P.), ORTINO (F.), SCHREUER (C.), *The Oxford Handbook of International Investment Law*, New-York: Oxford University Press, 2008.

NEWCOMBE (A.), PARADELL (L.), *Law and practice of investment treaties* : *Standards of treatment*, The Hague : Kluwer law international, 2009.

NIKIEMA (S. H.), *L'expropriation indirecte en droit international des investissements*, The graduate institute, Geneva Publications, Paris : PUF, 2012.

PAULSSON (J.), *denial of justice in international law*, Cambridge : Cambridge University Press, 2005.

TERSEN (D.), BRICOUT (J.L.), *L'investissement international*, Paris : A. Colin, 1996.

WEIL (P.), *Ecrits de droit international, Théorie générale du droit international, droit des espaces, droit des investissements privés internationaux,* Paris *:* PUF., 2000.

WEILER (T.), *International investment law and arbitration: leading cases from the ICSID, NAFTA, bilateral treaties and customary international law*, London: Cameron May, 2005.

ZICCARDI CAPALDO (G.) (eds.), NEGRI (S.), *Répertoire de la jurisprudence de la Cour internationale de justice (*1947-1992), Dodrecht ; Boston : M. Nijhoff, 1995.

III. Cours de l'Académie de droit international de la Haye

DUPUY (P.-M.), « L'unité de l'ordre juridique international », *R.C.A.D.I.*, Tome 297, 2002, pp 9-496.

JUILLARD (P.), « L'évolution des sources du droit des investissements », *R.C.A.D.I.*, Tome 250, 1994, pp. 9-216.

LEBEN (Ch.), « La théorie du contrat d'Etat et l'évolution du droit international des investissements », *R.C.A.D.I.*, Tome 301, 2003, pp. 197-386.

VIGNES (D.), « La clause de la nation la plus favorisée et la pratique contemporaine : problèmes posés par la Communauté économique européenne », *R.C.A.D.I.*, Tome 130, 1970, pp. 207-349.

VIRALLY (M.), « Cours général de droit international public », *RCADI*, tome 183, 1983-V, pp. 116-117.

VON VERDROSS (A.), « Les règles internationales concernant le traitement des étrangers », *R.C.A.D.I.*, Tome 37, 1931, pp. 323-412.

IV. Articles

ALEXANDROV (S. A.), « The "Baby Boom" of Treaty based Arbitrations and the Jurisdiction of ICSID Tribunals: Shareholders as "Investors" and Jurisdiction Ratione Temporis», *Law and Practice of International Courts and Tribunals*, Vol. 4, 2005, pp. 19-59.

BANIFATEMI (Y.), « The Emerging Jurisprudence on the Most-Favoured-Nation Treatment in Investment Arbitration », *in* BJORKLUND (A. K.), LAIRD (I. A.), RIPINSKY (S.) (eds.), *Remedies in International Investment Law. Emerging Jurisprudence of International*

Investment Law, London: British Institute of International and Comparative Law, 2009, pp. 241-273.

BASTID BURDEAU (G.), « Le pouvoir créateur de la jurisprudence internationale à l'épreuve de la dispersion des juridictions », in Académie des sciences morales et politiques (eds.), Université de Paris-Nord. UFR de droit, sciences politiques et sociales (eds.), *La création du droit par le juge*, Paris : Dalloz, 2007, pp 289-304.

BASTID BURDEAU (G.), « Droit international et contrats d'États - La sentence Aminoil contre Koweit du 24 mars 1982 », *AFDI.*, vol. 28, 1982. pp. 454-470.

BASTID BURDEAU (G.), « La clause de protection et de sécurité pleine et entière », *in* NOUVEL (Y.), SANTULLI (C.), BASTID BURDEAU (G.), et *al*., « les techniques conventionnelles du droit international des investissements », [version écrite desexposés présentés lors de la journée d'études organisée par l'IHEI, Institut des Hautes Etudes Internationales de l'Université Paris II (Panthéon-Assas) le 19 juin 2014], RGDIP, Tome 119, n°1, 2015, pp. 87-101.

BEN HAMIDA (W.), « Clause de la nation la plus favorisée et mécanisme de règlement des différends : que dit l'histoire ? », *JDI (Clunet)*, n°4, Octobre-Novembre-Décembre 2007, doc. 10, pp. 1127-1162.

BEN HAMIDA (W.), « La notion d'investissement : la notion maudite du système CIRDI ? », *Cahier de l'arbitrage,* 2007/4, p. 33.

BEN HAMIDA (W.), « L'arbitrage Etat-investisseur face à un désordre procédural : la concurrence des procédures et les conflits de juridictions », *AFDI*, 2005, pp. 564-602.

BURDEAU (G.), « La contribution des nationalisations françaises de 1982 au droit international des nationalisations », *RGDIP*, 1985, pp. 5-28.

BURDEAU (G.), « Nouvelles perspectives pour l'arbitrage dans le contentieux économique intéressant les Etats », *Revue de l'arbitrage*, n° 1, 1995, pp. 3-37.

CAI (C.), «International Investment Treaties and the Formation, Application and Transformation of Customary International Law Rules», *CJIL*, Novembre 2008, pp. 659-679.

CASSESE (A.), « The Nicaragua and Tadić tests revisited in light of the ICJ judgment on genocide in Bosnia », *EJIL*, vol. 18, n° 4, 2007, pp. 649-668.

CAZALA (J.), « Clause de la nation la plus favorisée et juridiction du tribunal arbitral », *Cahier de l'arbitrage, Gazette du Palais*, Recueil Novembre-décembre 2007, pp. 3880-3882.

CHARPENTIER (J.), « De la non-discrimination dans les investissements », *AFDI*, 1963, pp.35-63.

CHRISTAKIS (Th.), « L'Etat avant le droit ? L'exception de « sécurité nationale » en droit international », *RGDIP*, 2008, pp.5-47.

CHRISTAKIS (Th.), « « Nécessité n'a pas de loi ? » La nécessité en droit international », *in* SFDI, *La nécessité en droit international*, Paris : Pedone, 2007, pp. 11-63.

CRAWFORD (J.), «Investment arbitration and the ILC articles on state responsibility », *ICSID Review-FILJ*, Vol 25(1), 2010, pp. 127-199.

CRÉPET (C.), « Traitement national et traitement de la nation la plus favorisée dans la jurisprudence arbitrale récente relative à l'investissement international », *in* LEBEN (Ch.) (dir.), *Le contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement, nouveaux développements*, Paris : LGDJ, 2006, pp. 107-162.

CRÉPET (C.), « Treaty claims-contract claims », *Les Cahiers de l'Arbitrage*, 2004/2, 2è partie, *Gazette du Palais*, pp. 23-28.

CRÉPET DAIGREMONT (C.), « Consentement à l'arbitrage et clause de la nation la plus favorisée », *in* LEBEN (Ch.) (dir.), *Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational*, Paris : Pedone, 2015, pp. 727-758.

DE J. R. (R.), « Statutory Construction. Doctrine of Ejusdem Generis», *Virginia Law Review*, vol. 17, n° 5 (Mar., 1931), pp. 511-516.

DOUGLAS (Z.), « The MFN Clause in Investment Arbitration : Treaty Interpretation Off the Rails », *Journal of International Dispute Settlement*, vol. 2, n° 1, 2011, pp. 97–113.

DUMBERRY (P.), « The Prohibition against Arbitrary Conduct and the Fair and Equitable Treatment Standard under NAFTA Article 1105 », *The journal of world investment & trade*, n° 15, 2014, pp. 117-151.

ELLSWORTH THAYER (L.), « The Capitulations of the Ottoman Empire and the Question of their Abrogation as it Affects the United States », *American Journal of International Law*, vol. 17, n°2, 1923, pp. 207-233.

FADLALLAH (I.), « La distinction "*Treaty claims-Contract claims*" et la compétence de l'arbitre CIRDI : faisons-nous fausse route ? », *in* LEBEN (Ch.) (dir.), *Le contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement, nouveaux développements*, Paris : LGDJ, 2006, pp. 205-218.

FADLALLAH (I.), « La notion d'investissement : vers une restriction de la compétence du CIRDI ? », *in Global Reflections on International Law, Commerce and Dispute Resolution – Liber Amicorum in honour of Robert Briner*, Paris : Chambre de commerce international, 2005 [Global Reflections], pp. 259-268.

FARUQUE (A.), «Creating customary international Law through bilateral investment treaties: a critical appraisal», *IJIL*, vol. 44, 2004, pp. 292-318.

GAILLARD (E.), « L'Interdiction de se Contredire au Détriment d'Autrui comme Principe Général du Droit du Commerce International », *Revue de l'arbitrage*, 1985, pp. 241-258.

GAILLARD (E.), « Reconnaître ou définir ? Réflexions sur l'évolution de la notion d'investissement dans la jurisprudence du CIRDI », *in* SOREL (J-M) (dir.), *Le droit international économique à l'aube du XXIe siècle*. En hommage aux professeurs Dominique Carreau et Patrick Juillard, coll. Cahiers internationaux, Paris : Pedone, 2009, pp. 17-32.

GAILLARD (E.), BANIFATEMI (Y.), « 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 », *ICISID Review-FILJ*, vol. 18, 2003, pp. 375-411.

GAZZINI (T.), «The Role of Customary International Law in the field of Foreign Investment», *Journal of World Investment & Trade*, vol. 8, Issue 5, 2007, pp. 691-715.

GOURGOURINIS (A.), «Investors' Rights qua Human Rights? Revisiting the 'Direct'/'Derivative' Rights Debate», in FITZMAURICE (M.), MERKOURIS (P.) (eds.), *The interpretation and application of the European Convention of Human Rights: legal and practical implications*, Leiden; Boston: Martinus Nijhoff, 2013, pp. 147-182.

GUILLAUME (G.), « Le précédent dans la justice et l'arbitrage international », *JDI*, 2010, vol. 137, n° 3, pp. 685-703.

HEISKANEN (V.), « Ménage à trois ? Jurisdiction, Admissibility and Competence in Investment Treaty Arbitration», *ICSID Review-FILJ*, 2013, pp. 1-16.

JUILLARD (P.), « A propos du décès de l'A.M.I. », *AFDI*, 1998, pp. 595-612.

JUILLARD (P.), « Le nouveau modèle américain de traités bilatéraux sur l'encouragement et la protection réciproques des investissements », *AFDI*, 2004, pp. 669-682.

JUILLARD (P.*)*, « L'arrêt de la Cour Internationale de Justice (chambre) du 20 juillet 1989 dans l'affaire de l'Elettronica Sicula (Etats-Unis c. Italie) Procès sur un traité ou procès d'un traité ? », *AFDI*, 1989, pp. 276-297.

KAHN (Ph.), « Contrats d'Etat et nationalisation, Les apports de la sentence arbitrale du 24 mars 1982 », *JDI*, 1982, vol. 109, pp. 844-867.

KISHOIYIAN (B.), «The Utility of Bilateral Investment Treaties in the Formulation of Customary International Law», *Northwestern Journal of International Law & Business* 1994, pp. 327-374.

KREINDLER (R.), «Corruption in International Investment Arbitration: Jurisdiction and the Unclean Hands Doctrine» *in* HOBER (K.) et al. (eds.), *Between East and West: Essays in Honour of Ulf Franke*, New York: Juris Publishing, 2010, pp. 309-327.

KREINDLER (R.), « Legal Consequences of Corruption in International Investment Arbitration: An Old Challenge with New Answers » *in* LEVY (L.) et DERAINS (Y.) (eds.), *Liber Amicorum en l'honneur de Serge* Lazareff, Paris: Pedone, 2011, pp. 383-390.

KULICK (A.), « About the Order of Cart and Horse, Among Other Things – Estoppel and its Application in the Jurisprudence of International Investment Arbitration Tribunals », *EJIL*, vol. 27, n° 1, 2016, pp. 107-128.

LABIDI (H.), « Où va la clause de la nation la plus favorisée en droit international des investissements ? », *in* HORCHANI (F.) (dir.), *Où va le droit de l'investissement ? : Désordre normatif et recherche d'équilibre,* Actes du colloque organisé à Tunis les 3 et 4 mars 2006, Paris : Pedone, 2006, pp. 31-44.

LAMM (C.), GREENWALD, B., YOUNG (K.), «From World Duty Free to Metal-Tech: A Review of International Investment Treaty Arbitration Cases Involving Allegations of Corruption», *ICSID Review - FILJ*, n° 29-2, 2014, pp. 328-349.

LANKARANI (L.), « Quelques remarques sur la sentence SPP c. la République arabe d'Egypte », *RBDI*, 1994/2, pp. 533-558.

LATTY (F.), « Conditions d'engagement de la responsabilité de l'Etat d'accueil de l'investissement », *in* LEBEN (Ch.) (dir.), *Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational*, Paris : Pedone, 2015, pp. 415-462.

LATTY (F.), « Les techniques interprétatives du CIRDI », *RGDIP*, Dossier : *Les techniques interprétatives de la norme internationale*, Tome 115, n° 2, 2011, pp. 459-480.

LEBEN (Ch.), « Droit international des investissements : un survol historique », *in* LEBEN (Ch.) (dir.), *Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational*, Paris : Pedone, 2015, pp. 1-73.

LEBEN (Ch.), « La liberté normative de l'État et la question de l'expropriation indirecte », *in* LEBEN (Ch.) (dir.), *Le contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement, nouveaux développements*, Paris : LGDJ, 2006, pp. 163-183.

LEBEN (Ch.), « La responsabilité internationale de l'Etat sur le fondement des traités bilatéraux d'encouragement et de protection des investissements », *AFDI*, 2004, pp.683-714.

LEBEN (Ch.), « L'évolution du droit international des investissements », *in Un accord multilatéral sur l'investissement : d'un forum de négociation à l'autre ?,* Journée d'études SFDI, Paris, Pedone, 1999, pp. 7-32.

LEBEN (Ch.), « Une nouvelle controverse sur le positivisme en droit international public », *Droits, Revue française de théorie juridique*, n° 5, 1987, pp. 121-130.

LEBEN (Ch.), « Retour sur la notion de contrat d'Etat et sur le droit applicable à celui-ci », *in L'évolution du droit international, Mélanges Hubert Thierry*, Paris : Pedone, 1998, pp. 247-280.

LEVESQUE (C.), « Les fondements juridiques de la distinction entre l'expropriation et la réglementation en droit international », *Revue générale de droit*, vol. 33, 2003, pp. 39-92.

LEVY (D.), « L'arrêt de la Cour Internationale de Justice dans l'affaire relative à certains emprunts norvégiens (France c. Norvège) », *AFDI*, vol. 3, 1957, pp. 152-163.

LONCLE (J-M), « La notion d'investissement dans les décisions du CIRDI », *RDAI*, n°3, 2006, pp. 319-331.

LONCLE (J-M), PHILLIBERT-POLEZ (D.), « Les clauses de stabilisation dans les contrats d'investissement », *RDAI*, juin 2009, n°3, pp. 267-292.

MATRINGE (J.), « La notion d'investissement », *in* LEBEN (Ch.) (dir.), *Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational*, Paris : Pedone, 2015, pp. 135-159.

MAYER (P.), « *Contract Claims* et clauses juridictionnelles des traités relatifs à la protection des investissements », *JDI*, 2009, n°1, pp 71-96.

MEKPO (C.), « La clause de la nation la plus favorisée (NPF) et son impact sur l'arbitrage en matière d'investissement : regard sur les sentences récentes », *Bulletin de droit économique*, vol. 2, n°1, Hiver 2011, pp. 2-9.

MILES (C. A.), « Corruption, Jurisdiction and Admissibility in International Investment Claim», *Journal of International Dispute Settlement*, Juillet 2012, Vol. 3, Issue 2, pp. 329-369.

MOULIER (I.), « L'ordre public international », *in* DUBREUIL (C-A) (dir.), *L'ordre public*, Actes du colloque organisé les 15 & 16 décembre 2011 par le Centre Michel de l'Hospital de l'Université d'Auvergne, Paris : CUJAS, 2013, pp. 85-102.

NOUVEL (Y.), « Classification cursive des règles de fond issues des traités bilatéraux d'investissements », *in* NOUVEL (Y.), SANTULLI (C.), BASTID BURDEAU (G.), et *al*., « les techniques conventionnelles du droit international des investissements », [version écrite desexposés présentés lors de la journée d'études organisée par l'IHEI, Institut des Hautes

Etudes Internationales de l'Université Paris II (Panthéon-Assas) le 19 juin 2014], RGDIP, Tome 119, n°1 , 2015, pp. 7-18.

NOUVEL (Y.), « Les entités paraétatiques dans la jurisprudence du CIRDI », *in* LEBEN (Ch.) (dir.), *Le contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement. Nouveaux Développements,* Actes du Colloque organisé à Paris le 3 mai 2004, Louvain-La-Neuve : Anthémis, Paris : L.G.D.J., 2006, pp. 25-51.

NOUVEL (Y.), « Les mesures équivalant à une expropriation dans la pratique récente des Tribunaux arbitraux », *RGDIP*, 2002, pp. 79-102.

NOUVEL (Y.), « Les standards de traitement : le traitement juste et équitable, la sécurité pleine et entière » *in LEBEN* (Ch.) (dir.), *Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational*, Paris : Pédone, 2015, pp. 287-343**.**

PAPARINSKIS (M.), « Investment Treaty Arbitration and the (New) Law of State Responsibility », *EJIL*, Vol. 24 No. 2, 2013, pp. 617–647.

PAREDES (F.-X), « La conformité de l'investissement au droit national, condition de sa protection internationale », *ICSID Review- FILJ*, Vol. 29, No. 2 (2014), pp. 484–492.

PAULSSON (J.), « Jurisdiction and admissibility », *in* AKSEN (G.) et *al (*eds.), *Global reflections on international law, Commerce and Dispute Resolution: Liber Amicorum in honour of Robert Briner*, Paris: ICC Publishing, 2005, pp. 601-617.

PAULSSON (J.), « Arbitration without privity », *ICSID Review-FILJ*, 1995, n°2, pp. 232-257.

PELLET (A.), « La jurisprudence de la Cour internationale de justice dans les sentences CIRDI », *JDI Clunet*, janvier-février-mars 2014, n°1/2014, pp. 5-32.

PELLET (A.), « Remarques sur la jurisprudence récente de la C.I.J. dans le domaine de la responsabilité internationale », *in* KOHEN (M.), KOLB (R.), TEHINDRAZANARIVELO (D. L.) (eds.), *Perspectives du droit international au 21^{e} siècle : Liber Amicorum Professeur Christian Dominicé in honour of his 80 th birthday*, Leiden ; Boston : Martinus Nijhoff, 2012, pp. 321-345.

ROSSILLION (Cl.), « La clause de la nation la plus favorisée dans la jurisprudence de la Cour internationale de Justice », *JDI*, janvier-mars 1955, n° 1, pp. 76-106.

SALMON (J.), « Des mains propres comme conditions de recevabilité des réclamations internationales », *AFDI*, vol. 10, 1964, p. 225-266.

SCHAUER (F. F.), « English natural justice and american due process : an analytical comparison », *Wm. & Mary L. Rev*, vol. 18, 1976, pp. 47-72.

SCHLEMMER (E. C.), « Investment, Investor, Nationality and Shareholders », *in* MUCHLINSKI (P.), ORTINO (F.), SCHREUER (C.), *The Oxford Handbook of International Investment Law*, New-York : Oxford University Press, 2008, pp. 49-88.

SCHREUER (C.), « Full protection and security », *Journal of International Dispute Settlement*, 2010, pp. 1-17.

SILVA ROMERO (E.), « Observations sur la notion d'investissement après la sentence Phoenix », *Les Cahiers de l'Arbitrage*, 2010/4, p. 987.

STERN (B.), « In search of the frontiers of indirect expropriation », *in* ROVINE (A.) (éd.), *Contemporary issues in international arbitration and mediation. The Fordham papers 2007*, Leiden: Martinus Nijhoff, 2008, pp. 29-51.

STERN (B.), « La protection diplomatique des investissements internationaux. De la Barcelona Traction à Sicula ou les glissements progressifs de l'analyse », *JDI (Clunet)*, 1990, n° 2, pp. 881-931.

VOLTERRA (R.), «International Law Commission Articles on State Responsibility and Investor-State Arbitration: Do Investors Have Rights? », *ICSID Review-FILJ*, Vol 25 (1), 2010, pp. 218-223.

WEIL (P.), « Droit international et contrats d'Etat », *in* WEIL (P.), *Ecrits de droit international, Théorie générale du droit international, droit des espaces, droit des investissements privés internationaux*, Paris : PUF, 2000, pp. 351-378.

WEIL (P.), « Les clauses de stabilisation ou d'intangibilité insérées dans les accords de développement économique » *in* WEIL (P.), *Ecrits de droit international, Théorie générale*

du droit international, droit des espaces, droit des investissements privés internationaux, Paris : PUF, 2000, pp. 325-349.

WEIL (P.), « L'Etat, l'investisseur étranger et le droit international : la relation désormais apaisée d'un ménage à trois », *in* WEIL (P.), *Ecrits de droit international, Théorie générale du droit international, droit des espaces, droit des investissements privés internationaux,* Paris : PUF, 2000, pp. 409-423.

WEIL (P.), « Principes généraux du droit et contrats d'Etat », *in WEIL (P.), Ecrits de droit international, Théorie générale du droit international, droit des espaces, droit des investissements privés internationaux*, Paris, PUF, 2000, pp. 379-407.

WEIL (P.), « Un nouveau champ d'influence pour le droit administratif français : le droit international des contrats » *in* WEIL (P.), *Ecrits de droit international, Théorie générale du droit international, droit des espaces, droit des investissements privés internationaux*, Paris : PUF, 2000, pp 303-323.

ZOLLER (E.), « Quelques réflexions sur les contremesures en droit international public », *in Mélanges en l'honneur de C.A. Colliard*, Paris : Pedone, 1984, pp. 361-381.

V. Chroniques

CARREAU (D.), DUTHEIL DE LA ROCHERE (J.), FLORY (Th.), JUILLARD (P.), Droit international économique, *AFDI* (de 1968 à 1996).

GAILLARD (E.), *Chronique des sentences arbitrales du CIRDI*, *JDI*, (de 1986 à 2009) / Compilation dans GAILLARD (E.), *La jurisprudence du CIRDI*, Paris : Pedone, 2001 (vol. I), 2009 (vol. II).

LATTY (F.), JACOB (P.), DE NANTEUIL (A.), Arbitrage transnational et droit international général, *AFDI* (depuis 2008).

VI. Travaux de la Commission du droit international

1. Sur la Clause de la nation la plus favorisée

Commission du droit international, « Premier rapport sur la clause de la nation la plus favorisée », par M. Endre USTOR, Rapporteur Spécial, Document A/CN.4/213, *Annuaire de la Commission du droit international,*1969, vol. II, pp. 163-193.

Commission du droit international, « Deuxième rapport sur la clause de la nation la plus favorisée », par M. Endre USTOR, Rapporteur Spécial, Document A/CN.4/228 et Add. l., *Annuaire de la Commission du droit international,* 1970, vol. II, pp. 213-260.

Commission du droit international, « Quatrième rapport sur la clause de la nation la plus favorisée », par M. Endre USTOR, Rapporteur Spécial, Document A/CN.4/266, *Annuaire de la Commission du droit international,* 1973, vol. II, pp. 95-115.

Commission du droit international, « Projet d'articles sur les clauses de la nation la plus favorisée et commentaires », *Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa trentième session,* Document A/33/10, pp.19-83.

Commission du droit international, « Rapport du Groupe d'étude sur la clause de la nation la plus favorisée », Document A/CN.4/L.828, *Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa Soixante-cinquième session,* pp. 114-118.

Commission du droit international, « Rapport final du groupe d'étude sur la clause de la nation la plus favorisée », Document A/CN.4/L.852, *Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa soixante-septième session,* pp. 158-207.

2. Sur la fragmentation du droit international

Commission du droit international, « Etude relative à l'interprétation des traités à la lumière de "toute règle pertinente de droit international applicable dans les relations entre les parties" (art. 31, par. 3 c), de la Convention de Vienne sur le droit des traités), dans le contexte de l'évolution générale du droit international et des préoccupations de la communauté internationale » (Groupe d'étude sur la « fragmentation du droit international : difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international »), Rapport

de la Commission du droit international, Cinquante-septième session, 2 mai-3 juin et 11 juillet-5 août 2005, Document A/60/10.

Commission du droit international, « Fragmentation du droit international : difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international », Rapport du Groupe d'étude de la Commission du droit international établi sous sa forme définitive par Martti KOSKENNIEMI, Document A/CN.4/L.682, 13 avril 2006.

3. Sur la Protection diplomatique

Commission du droit international, Projet d'articles sur la protection diplomatique (2006), adopté par la Commission du droit international à sa cinquante-huitième session, en 2006, et soumis à l'Assemblée générale dans le cadre de son rapport sur les travaux de ladite session, Document A/61/10.

Commission du droit international, « Comptes rendus analytiques des séances de la cinquante-sixième sessiontenue à Genève du 3 Mai au 4 Juin 2004 – 2793ème séance – Protection diplomatique », *Annuaire de la Commission du droit international,* 2004, vol. I, pp. 11-22.

4. Sur la Responsabilité des Etats

Commission du droit international, « Responsabilité internationale », Rapport de M. F.V. GARCIA AMADOR, Rapporteur spécial, Document A/CN.4/96, *Annuaire de la Commission du droit international,* 1956, Vol. II, pp. 175-231.

Commission du droit international, « Responsabilité des États à raison des dommages causés sur son territoire à la personne ou aux biens des étrangers : avant-projet révisé », Annexe au « Sixième rapport sur la responsabilité internationale par F.V. GARCÍA AMADOR, Rapporteur spécial », Document A/CN.4/134 et Add.1, *Annuaire de la Commission du droit international,* 1961, Vol. II, pp 1-56.

Commission du droit international, « Premier rapport sur la responsabilité des Etats par Roberto AGO, Rapporteur spécial : l'historique de l'œuvre accomplie jusqu'ici en ce qui concerne la codification », Documents A/CN.4/217 et Add. l, *Annuaire de la Commission du droit international,* 1969, Vol. II, pp. 129-162.

Commission du droit international, « Troisième rapport sur la responsabilité des États par Roberto AGO, Rapporteur spécial : Le fait internationalement illicite de l'État, source de responsabilité internationale », Document A/CN.4/246 et Add.1-3, *Annuaire de la Commission du droit international,* 1971, vol. II, I ère partie, pp. 209-289.

Commission du droit international, « Sixième rapport sur la responsabilité des États par Roberto AGO, Rapporteur spécial : Le fait internationalement illicite de l'État, source de responsabilité internationale (suite) », Document A/CN.4/302 and Add. 1, 2 &3, *Annuaire de la Commission du droit international,* 1977, vol. II, I ère partie, pp. 3-47.

Commission du droit international, « Projet d'articles sur la responsabilité des États adoptés par la Commission du droit international en première lecture », *Annuaire de la Commission du droit international,* 1996, vol. II, IIe partie, pp. 62-70.

Commission du droit international, « Deuxième rapport sur la responsabilité des Etats par James CRAWFORD, Rapporteur spécial », Document A/CN.4/498 and Add.1–4, 1999.

Commission du droit international, « Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa cinquante et unième session – Responsabilité des Etats » (Examen du Deuxième rapport sur la responsabilité des Etats par James CRAWFORD, Rapporteur spécial), Document A/54/10, *Annuaire de la Commission du droit international*, 1999, vol. II, IIe partie, pp. 51-93.

Commission du droit international, « Troisième rapport sur la responsabilité des États par James CRAWFORD, Rapporteur spécial », Document A/CN.4/507 et Add. 1 à 4, 2000.

Commission du droit international, « Projet d'articles sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite et Commentaires y relatifs », *Rapport de la Commission sur les travaux de sa cinquante-troisième session*, Document A/56/10, 2001, pp. 26-154.

5. Autres

Commission du droit international, « Survey of International Law in Relation to the Work of Codification of the International Law Commission: Preparatory work within the purview of article 18, paragraph 1 of the International Law Commission - Memorandum submitted by the Secretary-General », Document A/CN.4/1/Rev.1, 10 février 1949.

VII. Travaux d'institutions internationales

1. CNUCED

CNUCED, « Fair and equitable Treatment », *UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II*, New York and Geneva : United Nations, 2012.

CNUCED, «National treatment», *UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements*, New York and Geneva: United Nations, 1999.

CNUCED, « Most-favoured-nation treatment: a sequel», *UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II*, New York and Geneva: United Nations, 2010.

CNUCED, « State contracts »,*UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements*, New York and Geneva: United Nations, 2004.

2. OCDE

OCDE, « Projet de convention sur la protection des biens étrangers – Texte accompagné de notes et de commentaires », *Annexe à la Résolution du Conseil de l'OCDE adoptée le 12 octobre 1967*.

OCDE, «Most-Favoured-Nation Treatment in International Investment Law », *OECD Working Papers on International Investment*, n° 2004/02, OECD Publishing, 2004.

OCDE, « La norme du traitement juste et équitable dans le droit international des investissements », *Documents de travail de l'OCDE sur l'investissement international*, n° 2004/3, OECD Publishing, 2004.

OCDE, «Interpretation of the Umbrella Clause in Investment Agreements», *OECD Working Papers on International Investment*, n° 2006/03, OECD Publishing, 2006.

3. FMI

FMI, *Manuel de la balance des paiements et de la position extérieure globale*, Washington D.C : FMI, 2009.

VIII. THESES

BEN HAMIDA (W.), *L'arbitrage transnational unilatéral : réflexions sur une procédure réservée à l'initiative d'une personne privée contre une personne publique*, Sous la direction de FOUCHARD (Ph.), Université Panthéon Assas Paris, 2003, 728 p.

DANIC (O.), L'émergence *du droit international des investissements : contribution des traités bilatéraux d'investissement et de la jurisprudence du CIRDI ;* Sous la direction de PELLET (A.) et MALINTOPPI (L.), Université Paris X Nanterre, 2012, vol. 1, 935 p. et vol. 2, 258 p.

HONG-ROCCA (L-M), *Le déni de justice substantiel en droit international public* ; Sous la direction de COMBACAU (J.), Université Panthéon –Assas, Paris, 2012, 361 p.

RAUX (M.), La *responsabilité de l'Etat sur le fondement des traités de promotion et de protection des investissements. Etude du fait internationalement illicite dans le cadre du contentieux investisseur Etat* ; sous la direction de LEBEN (Ch.), Université Panthéon-Assas, Paris, 2010, 539 p.

ROBERT-CUENDET (S.), *Protection de l'environnement et investissement étranger : les règles applicables à la dépossession du fait de la réglementation environnementale* ; Sous la direction de STERN (B.), Université Panthéon-Sorbonne Paris, 2008, 726 p.

TABLE DES MATIERES

REMERCIEMENTS 9

LISTE DES PRINCIPALES ABRÉVIATIONS ET ACRONYMES 11

SOMMAIRE 13

INTRODUCTION 15

PARTIE I : LES REGLES PRIMAIRES DU DROIT DES INVESTISSEMENTS INTERNATIONAUX POSEES PAR LA COUR PARTIELLEMENT RECONDUITES PAR LES TRIBUNAUX CIRDI 27

TITRE I : AU REGARD DES REGLES DE TRAITEMENT DE LA NATION LA PLUS FAVORISEE ET DE TRAITEMENT NATIONAL 31

CHAPITRE I : ADOPTION RELATIVE DES REGLES DE MISE EN ŒUVRE DE LA CLAUSE NPF CONSACRÉES PAR LA COUR 35

Section I : Large adhésion des sentences CIRDI aux principes de fonctionnement et à la fonction de la clause NPF 38

Paragraphe I : Identification du « traité de base » suivie par les tribunaux CIRDI .. 38

I. Un principe directeur dégagé par la CIJ confirmant le maintien de l'effet relatif des traités 38

II. Une suite concordante dans la jurisprudence des tribunaux CIRDI 41

Paragraphe II : La « fonction égalisatrice » perceptible dans la majorité des sentences CIRDI 43

I. La confirmation de la fonction égalisatrice du TNPF dans les sentences CIRDI 43

A. Le principe tel que posé par la Cour de la Haye 43

B. Un principe constant dans les sentences CIRDI 51

II. La dénaturation de la fonction de la clause NPF par de rares sentences CIRDI 54

A. La sentence *AAPL* : la clause NPF, pour quoi faire ? 54

B. La sentence *AMT* : la clause NPF, obligation de prévention ? 57

Section II : Remise en cause partielle de la portée restrictive attribuée à la clause NPF sur la base de la règle *ejusdem generis* 60

Paragraphe I : L'opposition à la portée non juridictionnelle de la clause NPF attribuée par la Cour 60

I. La CIJ, précurseur de la portée non-juridictionnelle de la clause NPF 60

II. Les contrariétés notoires dans la jurisprudence CIRDI 70

A. Le courant *Maffezini* : L'importation de conditions d'accès à l'arbitrage CIRDI *via* la clause NPF 70

B. L'établissement du consentement de l'Etat hôte à l'arbitrage CIRDI *via* la clause NPF 77

Paragraphe II : Les alignements sur la portée restrictive (y compris non juridictionnelle) de la clause NPF 80

I. Des tribunaux CIRDI emboitant le pas à la Cour 80

A. Remise en cause du courant *Maffezini* quant aux conditions d'accès à l'arbitrage CIRDI *via* la clause NPF 80

B. Le refus d'extension de la compétence matérielle des tribunaux CIRDI *via* la clause NPF 84

II. Accentuation de la portée restrictive en dehors des clauses de règlement des différends 88

A. Le refus d'importer des clauses relatives au champ d'application du traité 89

1. Le refus d'importer la définition de l'investissement 89

2. Le refus d'importer une disposition relative à l'application d'un traité dans le temps 91

B. La réticence à importer une clause d'exception de sécurité 93

CONCLUSION DU CHAPITRE 95

CHAPITRE II : ADOPTION RELATIVE DE L'APPROCHE DU TRAITEMENT NATIONAL RETENUE PAR LA COUR 99

Section I : Divergence partielle quant à l'appréciation *in concreto* du test de similarité 101

Paragraphe I : Divergence quant à l'appréciation *in concreto* faite au regard du fondement de la mesure 101

I. La conception concrète du test de similarité telle que mise en œuvre par la Cour 102

II. Une conception écartée par certaines sentences CIRDI à travers une appréciation *in abstracto* au regard des secteurs d'activités 105

Paragraphe II : Reconduction de la conception concrète dans certaines sentences CIRDI 107

I. Au regard de sentences appliquant l'article 1102 de l'ALENA 107

II. Au regard de sentences interprétant des clauses de traitement national autres que l'article 1102 109

Section II : Large correspondance quant à l'absence de prise en compte de la nationalité étrangère dans l'appréciation de la différence de traitement 112

Paragraphe I : La convergence : le traitement national distingué de la non-discrimination au niveau de l'appréciation de la différence de traitement 114

I. Absence de prise en compte de la nationalité étrangère dans l'appréciation de la différence de traitement par la Cour 114

II. Sous une qualification trompeuse d'obligation de non-discrimination : une démarche concordante dans la jurisprudence des tribunaux CIRDI 118

A. Le motif de la nationalité étrangère, étape manquante dans les sentences CIRDI 118

B. L'intention de traiter différemment à raison de la nationalité étrangère, élément non décisif 120

Paragraphe II : La divergence suggérée par la sentence *Loewen :* prise en compte de la nationalité étrangère 122

CONCLUSION DU CHAPITRE 126

TITRE II : AU REGARD DES REGLES TJE, DE PROTECTION ET DE SECURITE ET DU STANDARD MINIMUM DE TRAITEMENT 129

CHAPITRE I : ADHESION RELATIVE A LA JURISPRUDENCE DE LA COUR QUANT A LA NATURE ET A LA PORTEE DE L'OBLIGATION CONTENUE DANS LA CLAUSE DE PROTECTION ET DE SECURITE..... 134

Section I : Perpétuation de la qualification d'obligation de vigilance retenue par la Cour 134

Paragraphe I : L'obligation de vigilance telle que dégagée par la Cour 134

Paragraphe II : Une suite concordante dans les sentences CIRDI 137

Section II : Reprise partielle par les sentences CIRDI de la clause de protection et de sécurité comme une obligation de sécurité physique et une obligation applicable en période de troubles 139

Paragraphe I : Confirmation relative de la clause comme obligation de sécurité physique 139

I. Reconduction de la clause comme obligation de sécurité physique 139

A. La garantie de sécurité physique dans la jurisprudence de la Cour 139

B. Une détermination concordante dans la jurisprudence des tribunaux CIRDI 140

II. L'extension de la clause à la sécurité juridique par certaines sentences CIRDI 141

Paragraphe II : Relative harmonie quant à l'applicabilité de la clause de protection et de sécurité en période de troubles 142

I. Reconduction du maintien de la clause de protection et de sécurité en période de troubles par la majorité des sentences CIRDI 143

A. L'applicabilité de la clause de protection et de sécurité en période de troubles au regard de la jurisprudence de la Cour 143

1. La mise en œuvre de l'obligation de vigilance en période de troubles 144

2. L'impossible mise à l'écart de la clause de protection par la clause relative aux pertes au titre de *lex specialis* 146

B. Une position concordante dans la jurisprudence des tribunaux CIRDI . 148

II. L'inapplicabilité de la clause de protection et de sécurité en présence d'une clause relative aux pertes selon la sentence *L.E.S.I. SpA et Astaldi SpA* 150

CONCLUSION DU CHAPITRE 152

CHAPITRE II : ADHESION RELATIVE A LA JURISPRUDENCE DE LA COUR SUR LE CONTENU DU STANDARD MINIMUM DE TRAITEMENT ET SES RAPPORTS AVEC LES REGLES TJE ET DE PROTECTION 153

Section I : Large concordance quant à la détermination des rapports avec le standard minimum en fonction de la formulation des clauses conventionnelles 154

Paragraphe I : Les termes d'une clause de protection et de sécurité comme fondement de ses rapports avec le standard minimum de traitement dans la jurisprudence de la Cour 155

Paragraphe II : Des solutions globalement convergentes dans les sentences CIRDI 156

I. Absence de référence au standard minimum de traitement : généralement, interprétation autonome 157

A. Au regard des clauses TJE formulées sans aucune référence 157

1. La tendance générale : l'interprétation autonome 157

2. La sentence *Siemens* : l'exception 158

B. Au regard des clauses TJE se référant au droit international ou aux principes du droit international 158

II. Référence au standard minimum : différents rapports dégagés en fonction du libellé des clauses conventionnelles 159

A. Les clauses conventionnelles : expressions du standard coutumier dans les traités ALENA et ALEAC 159

B. Le standard coutumier, *plancher* pour la détermination du contenu des clauses conventionnelles 161

Section II : Composantes communes et exclusivités quant au contenu du standard minimum de traitement 162

Paragraphe I : Les composantes communes : l'interdiction du déni de justice et les obligations de protection et d'indemnisation adéquate 165

I. L'interdiction du déni de justice 165

A. Concordance quant à la reconnaissance du déni de justice comme expression du standard minimum de traitement 166

1. Dans la jurisprudence de la Cour 166

2. Dans la jurisprudence des tribunaux CIRDI 166

B. Convergences et divergence quant aux règles de mise en œuvre de l'interdiction du déni de justice 167

1. Le déni de justice entendu d'un déni de justice procédural par la Cour et les tribunaux CIRDI 168

a) Absence d'exercice de la fonction juridictionnelle et méconnaissance des procédures régulières : expressions du déni de justice 168

b) L'impossible déni de justice substantiel 170

2. L'épuisement des voies de recours internes, condition du déni de justice ? 172

a) Une réponse affirmative déductible de la jurisprudence de la Cour 173

b) La tendance largement convergente dans la jurisprudence des tribunaux CIRDI 176

3. Remise en cause par certaines sentences CIRDI du déni de justice comme exclusivité de l'appareil judiciaire 177

II. Les obligations de protection et d'indemnisation adéquate 178

A. La reconnaissance du caractère coutumier de l'obligation d'indemnisation adéquate 179

1. Dans la jurisprudence de la Cour 179

2. Dans la jurisprudence des tribunaux CIRDI 180

B. La reconnaissance du caractère coutumier de l'obligation de protection dans les jurisprudences de la Cour et des tribunaux CIRDI 181

1. Dans la jurisprudence de la Cour 181

2. Dans la jurisprudence des tribunaux CIRDI..... 182

Paragraphe II : Les composantes écartant la jurisprudence des tribunaux CIRDI de celle de la Cour..... 183

I. Les traitements non arbitraires et non discriminatoires..... 183

A. Le traitement non arbitraire..... 183

B. Le traitement non discriminatoire 184

II. Le respect des attentes légitimes et l'exigence de transparence..... 185

A. Le respect des attentes légitimes considéré comme élément actuel du standard minimum de traitement..... 185

B. L'exigence de transparence : une composante nouvelle controversée... 186

CONCLUSION DU CHAPITRE..... 188

TITRE III : AU REGARD DES REGLES RELATIVES A L'EXPROPRIATION 189

CHAPITRE I : CONCORDANCE PARTIELLE QUANT AU CONCEPT D'EXPROPRIATION INDIRECTE VU PAR LA COUR..... 193

Section I : Convergence partielle quant au champ matériel de l'expropriation 194

Paragraphe I : Concordance relative quant au rejet de la valeur économique de l'investissement comme objet possible d'expropriation 194

I. Concordance sur le rejet de la valeur économique de l'investissement comme objet possible d'expropriation..... 194

A. Rejet par la Cour de la valeur économique de l'investissement comme objet d'expropriation au nom de la distinction droit/intérêt..... 194

B. Raisonnemment concordant dans certaines sentences CIRDI : exigence de l'atteinte à un droit de propriété 197

II. Discordance au regard de l'admission par des sentences CIRDI de la valeur économique de l'investissement comme objet d'expropriation..... 198

Paragraphe II : Concordance quant à l'admission des droits contractuels comme objets d'expropriation 199

I. La Cour, précurseur de la reconnaissance des droits contractuels comme objets possibles d'expropriation 199

II. Confirmation et précision par la jurisprudence des tribunaux CIRDI de l'admission des droits contractuels comme objets possibles d'expropriation 200

Section II : Convergence partielle quant à la prise en compte de critères d'identification complémentaires à la privation 201

Paragraphe I : Convergence quant à la privation importante et permanente comme critère principal d'identification de l'expropriation indirecte 203

I. La privation importante 203

A. Dans la jurisprudence de la Cour 203

B. Dans la jurisprudence des tribunaux CIRDI 204

II. La privation permanente 206

A. Dans la jurisprudence de la Cour 206

B. Dans la jurisprudence des tribunaux CIRDI 207

Paragraphe II : La confirmation relative de la prise en compte de l'intérêt général et des attentes légitimes comme critères complémentaires 208

I. Les alignements de sentences CIRDI sur la prise en compte de la finalité d'intérêt général et des attentes légitimes 209

A. La reconduction et le développement par des sentences CIRDI de la prise en compte de la finalité d'intérêt général 209

1. La reconduction par des sentences CIRDI de la prise en compte de la finalité d'intérêt général en soi 209

a) Le critère de la finalité d'intérêt général tel qu'appliqué par la Cour ……..209

b) Un critère concordant dans la jurisprudence des tribunaux CIRDI : la théorie des police powers 211

2. La prise en compte de la finalité d'intérêt général dans un rapport de proportionalité avec son effet sur l'investissement par certaines sentences CIRDI 214

B. Le prolongement par des sentences CIRDI de la prise en compte des attentes légitimes 215

1. La prise en compte des attentes légitimes telle que ressortant de la jurisprudence de la Cour 216

2. La prise en compte des attentes légitimes dans la jurisprudence des tribunaux CIRDI 217

II. La remise en cause de la nécessité de critères complémentaires à l'effet de la mesure : la *sole effect doctrine* 218

CONCLUSION DU CHAPITRE 220

CHAPITRE II : REPRISE LIMITEE DES CRITERES ET CONDITIONS DE LA LICEITE DE L'EXPROPRIATION JUGES PAR LA COUR 221

Section I : Approbation partielle des règles de mise en œuvre de l'indemnisation et de l'utilité publique 222

Paragraphe I : Concordance partielle quant au sens de l'utilité publique et au caractère *self-judging* de son invocation 222

I. Consolidation du sens de l'utilité publique tiré de la jurisprudence de la Cour 223

A. Le sens de l'utilité publique dans la jurisprudence de la Cour 223

B. Une lecture concordante dans la jurisprudence des tribunaux CIRDI 224

II. Remise en cause partielle du caractère *self-judging* de l'invocation de l'utilité publique 226

A. L'adhésion au caractère *self-judging* de l'invocation de l'utilité publique selon la Cour 226

1. Le caractère *self-judging* de l'invocation de l'utilité publique selon la Cour 226

2. Le ralliement à la position de la Cour 227

B. L'opposition à la position de la Cour 227

Paragraphe II : Reconduction partielle de la distinction indemnisation-condition / indemnisation-réparation posée par la Cour 228

I. La distinction et sa confirmation 229
A. La disctinction opérée par l'arrêt *Usine de Chorzów* 229
B. La confirmation de la distinction 231
II. Remise en cause de la distinction 232
Section II : Adhésion imparfaite à l'inadmissibilité de la clause de stabilisation comme condition de licéité internationale d'une expropriation/nationalisation 233
Paragraphe I : Infirmation de l'inadmissibilité 234
I. Le rejet de la clause de stabilisation comme fondement d'une expropriation internationalement illicite par la Cour 234
II. Une jurisprudence clairement contredite par la sentence *AGIP* 236
Paragraphe II : Paradoxe de confirmation de l'inadmissibilité : les arbitrages CIRDI *without privity* 238
I. Sur la base de la distinction *treaty claim-contract claim* 238
II. Au nom du *privity of contract* 241
CONCLUSION DU CHAPITRE 243

PARTIE II : LES REGLES SECONDAIRES APPLIQUEES AU DROIT DES INVESTISSEMENTS INTERNATIONAUX PAR LES TRIBUNAUX CIRDI PARTIELLEMENT EMPRUNTEES A LA COUR 245
TITRE I : AU REGARD DES REGLES D'ADJUDICATION 251
CHAPITRE I : ADHESION IMPARFAITE A LA JURISPRUDENCE DE LA COUR QUANT A LA MISE EN ŒUVRE DE CERTAINS ASPECTS *RATIONE MATERIAE* ET *RATIONE VOLUNTATIS* DE LA COMPETENCE 259
Section I : Une interprétation en partie désaxée de clauses fixant l'objet des différends délimitant la compétence 259
Paragraphe I : La perpétuation de l'interprétation axée sur l'objet du différend ... 260
I. L'interprétation de la Cour axée sur le seul objet du différend 261

II. Une démarche concordante dans la jurisprudence des tribunaux CIRDI sur les *contract claims* 265

Paragraphe II : L'interprétation désaxée dans la jurisprudence des tribunaux CIRDI sur les *contract claims* 268

Section II : Une jurisprudence CIRDI parfois négatrice de l'importance du consentement dans la détermination de la compétence 270

Paragraphe I : La réfutation de l'importance du consentement à travers la mise en œuvre de clauses NPF 270

I. La lecture du refus de la Cour d'établir sa compétence *via* une clause NPF à la lumière du caractère essentiel du consentement 271

II. La mise à mal du caractère essentiel du consentement par l'établissement et la modification de la compétence *via* une clause NPF 273

Paragraphe II : La corroboration de l'importance du consentement à travers la mise en œuvre de clauses NPF 274

CONCLUSION DU CHAPITRE 279

CHAPITRE II : ADHESION IMPARFAITE A LA JURISPRUDENCE DE LA COUR QUANT A LA DETERMINATION DE LA QUALITE D'INVESTISSEUR INTERNATIONALEMENT PROTEGEABLE 281

Section I : Validation partielle de la détermination de la qualité d'investisseur internationalement protégeable sur la base de la nationalité 281

Paragraphe I : Confirmation de principes et critères de détermination de la nationalité de la réclamation 282

I. Le pouvoir d'appréciation du tribunal international et le caractère de preuve *prima facie* des documents officiels 283

II. Le lieu de constitution / d'enregistrement et le siège social : critères traditionnels de détermination de la nationalité des personnes morales 285

Paragraphe II : Rejet et confirmation partiels des règles posées par la Cour en cas de pluralité de nationalités en présence 289

I. Maintien des critères de détermination retenus par la CIJ pour les personnes physiques ayant une double nationalité 290

A. La réclamation en cas de double nationalité contre un Etat n'étant pas l'autre Etat de nationalité : test de l'effectivité 290

1. Le test de l'effectivité consacré par la Cour pour la recevabilité de la réclamation 290

2. Le test de l'effectivité suivi par les tribunaux CIRDI pour la compétence à statuer sur la réclamation 291

B. Impossibilité de réclamation pour la protection du double national à l'égard de l'un des deux Etats nationaux 292

1. La règle d'impossibilité devant la CIJ 293

2. La règle d'impossibilité suivie par le CIRDI 293

II. Désaveu de la règle de rejet par la CIJ de l'action en protection de l'actionnaire d'une société lésée n'ayant pas la nationalité de celle-ci 295

A. L'inexistence, en principe, d'une action en protection de l'investisseur d'une société lésée ayant une nationalité différente selon la Cour 295

1. La règle telle que présentée par la Cour 295

2. La dérogation à la règle coutumière d'action par application du droit conventionnel 300

B. Une jurisprudence jugée non pertinente et dépassée dans la jurisprudence des tribunaux CIRDI 306

1. La non pertinence 306

2. L'obsolescence 309

Section II : Réfutation de la non pertinence de la conduite pour la détermination de la qualité d'investisseur internationalement protégeable retenue par la Cour 310

Paragraphe I : La conduite incorrecte, élément non pertinent au regard de la jurisprudence de la Cour 311

Paragraphe II : La conduite incorrecte, condition de la qualité d'investisseur internationalement protégeable devant les tribunaux CIRDI 318

I. Sur la base de la présence d'une clause dite de légalité dans l'accord applicable à l'arbitrage et à l'investissement 319

II. Au nom des principes de droit international et l'ordre public international .. 321

III. En application d'un certain seuil de pertinence 324

CONCLUSION DU CHAPITRE 327

TITRE II : AU REGARD DES REGLES DE RECONNAISSANCE 329

CHAPITRE I : REMISE EN CAUSE PARTIELLE DES REGLES CONCERNANT LE DROIT APPLICABLE AUX LITIGES RELATIFS AUX INVESTISSEMENTS INTERNATIONAUX VUES PAR LA COUR 333

Section I : Rejet partiel de la nécessité de qualification des différends pour la détermination du droit applicable au fond 333

Paragraphe I : L'opposition à la technique de qualification comme critère de l'articulation du droit interne et du droit international par certaines sentences CIRDI 334

I. La technique telle que tirée de la jurisprudence de la Cour 334

II. La mise à l'écart de la technique de la Cour par certaines sentences CIRDI : la fonction seulement corrective ou supplétive du droit international 338

Paragraphe II : La « *doctrine Wena* » et la réconciliation avec la technique de la qualification 340

Section II : Rejet partiel du droit interne comme droit régissant la validité des contrats entre un Etat et une personne privée étrangère 342

Paragraphe I : L'opposition à la nature juridique d'actes de droit interne des contrats d'Etat 343

I. La nature juridique des contrats d'Etat telle que vue par la Cour 344

II. La remise en cause de la nature juridique par certaines sentences CIRDI . 347

Paragraphe II : Les alignements du CIRDI sur le rattachement des contrats d'Etat à l'ordre juridique national 349

CONCLUSION DU CHAPITRE 352

CHAPITRE II : RECONDUCTION ET REMISE EN CAUSE DES RAPPORTS ENTRE LA COUTUME ET LE TRAITE SELON LA COUR 355

Section I : Une adhésion aux complémentarités fonctionnelles entre la coutume et le droit international conventionnel 355

Paragraphe I : Suivisme des jalons concernant la place de la coutume dans les méthodes d'interprétation des traités 356

I. L'interprétation du traité à la lumière de la coutume 356

II. La coutume suppléant le traité 358

Paragraphe II : Mise en œuvre de la relation *lex specialis* / *lex generalis* entre le traité et la coutume 359

Section II : Des vues divergentes quant à la réalisation coutumière du droit des investissements par voie de TBI 361

Paragraphe I : L'admission par des sentences CIRDI de la formation de règles coutumières au regard d'une pratique conventionnelle répétée 362

Paragrahe II : Une interaction rejetée par la Cour comme dénotant une confusion entre dérogation à la coutume et formation de la coutume *via* les TBI 364

CONCLUSION DU CHAPITRE 369

TITRE III : AU REGARD DES REGLES DE LA RESPONSABILITE INTERNATIONALE DE L'ETAT 371

CHAPITRE I : REPRODUCTION PARTIELLE DE LA JURISPRUDENCE DE LA COUR SUR L'ATTRIBUTION 377

Section liminaire : la « décontextualisation » : usage exclusif des règles d'attribution de la responsabilité dans la jurisprudence des tribunaux CIRDI 378

Section I : Adhésion relative au critère de l'attribution à l'Etat des actes de ses organes 380

Paragraphe I : Consolidation de l'attribution à l'État hôte des actes d'organes exerçant les fonctions étatiques traditionnelles 380

I. La règle telle que posée par la Cour 380

II. Reconduction par les sentences CIRDI 382

Paragraphe II : Approbation relative de la conception de la notion d'organe de l'État 384

I. Approche commune de la règle de l'organe de l'Etat hôte comme organe *de jure* et *de facto* 384

A. L'approche telle que posée par la Cour 384

B. Adoption de cette approche par certaines sentences CIRDI 386

II. Le rejet de l'organe *de facto* de l'État hôte par certaines sentences CIRDI .. 390

Section II : Adhésion aux règles d'attribution à l'État des actes des personnes sous son contrôle 394

Paragraphe I : L'adoption du critère du contrôle effectif 394

I. Le critère tel que posé par la Cour 394

II. Reprise du critère dans la jurisprudence des tribunaux CIRDI 397

Paragraphe II : La confirmation de la possibilité d'une *lex specialis* 399

I. Le principe d'existence possible d'une *lex specialis* 399

II. La suggestion de son existence par la sentence Bayindir 400

CONCLUSION DU CHAPITRE 403

CHAPITRE II : REPRODUCTION SUBSTANTIELLE DE LA JURISPRUDENCE DE LA COUR SUR LES CONDITIONS DE MISE EN ŒUVRE DES EXCUSES ET JUSTIFICATIFS AUX MANQUEMENTS AUX REGLES PRIMAIRES 405

Section I : Adoption des régimes juridiques de l'état de nécessité et des clauses de sauvegarde dégagés par la Cour 406

Paragraphe I : Pérennisation et précision du régime juridique de l'état de nécessité 407

I. Validation de l'absence de caractère *self-judging* de l'invocation de l'état de nécessité 407

A. L'absence de caractère self-judging de l'invocation de l'état de nécessité dans la jurisprudence de la Cour 407

B. Validation par les tribunaux CIRDI 408

II. Prolongation de la lecture faite par la Cour des conditions d'invocation de l'état de nécessité 409

A. Les conditions d'invocation de l'état de nécessité vues par la Cour 409

B. Confirmation et explicitation par les tribunaux CIRDI 412

III. Perpétuation des conséquences juridiques de l'état de nécessité 417

A. L'état de nécessité comme fait justificatif excluant l'illicéité et donc la responsabilité pour fait internationalement illicite 417

1. L'état de nécessité : circonstance excluant l'illicéité et la responsabilité pour fait internationalement illicite dans la jurisprudence de la CIJ 417

2. La reprise dans la jurisprudence des tribunaux CIRDI 419

B. L'indemnisation des pertes causées par l'état de nécessité 420

Paragraphe II : Pérennisation du régime juridique des clauses de sauvegarde 422

I. Validation de l'absence de caractère *self-judging per se* de l'invocation d'une clause de sauvegarde 423

A. L'absence de caractère *self-judging per se* dans la jurisprudence de la Cour 423

B. Solution concordante des tribunaux CIRDI 425

II. Reconduction de la double conception de la clause de sauvegarde 426

A. La clause de sauvegarde comme justificatif excluant l'illicéité et règle primaire dans la jurisprudence de la Cour 426

B. Une double conception concordante dans la jurisprudence des tribunaux CIRDI 429

III. Maintien de l'ambiguïté des rapports entre les clauses de sauvegarde et les circonstances excluant l'illicéité en droit international coutumier 431

A. Complémentarité ou assimilation ? 431

1. Le glissement dans la jurisprudence de la Cour 432

2. Un glissement concordant dans la jurisprudence des tribunaux CIRDI 436

B. *Lex specialis Vs Lex generalis* ou règle primaire *Vs* règle secondaire ? 437

1. Dans la jurisprudence de la Cour 438

2. Dans la jurisprudence des tribunaux CIRDI..... 439

Section II : Adoption de l'effet relatif de l'exclusion de l'illicéité par les contre-mesures dégagé par la Cour..... 441

Paragraphe I : L'effet relatif de l'exclusion de l'illicéité par les contre-mesures au regard de la jurisprudence de la Cour..... 441

Paragraphe II : Une solution concordante : l'impossibilité d'invocation des contre-mesures contre des droits individuels..... 444

I. Absence de droits individuels au chapitre 11 de l'ALENA justifiant l'invocabilité de la contre-mesure dans le contentieux investisseur/Etat..... 444

II. Identification de droits individuels au chapitre 11 de l'ALENA justifiant le rejet de l'invocation de la contre-mesure dans le contentieux investisseur/Etat 446

CONCLUSION DU CHAPITRE..... 449

CONCLUSION GENERALE..... 451

INDEX DE LA JURISPRUDENCE CITEE..... 455

BIBLIOGRAPHIE..... 483

TABLE DES MATIERES..... 501