



UNIVERSITÉ PARIS II
PANTHÉON-ASSAS

BANQUE DES MEMOIRES

Master de Droit International Public
Dirigé par Messieurs les Professeurs Carlo Santulli
et Yves Nouvel
2019

***Les préalables procéduraux dans la
jurisprudence comparée de la Cour
internationale de Justice et des tribunaux
arbitraux en matière d'investissement***

Auteur Alexandra Volou

Sous la direction de M. le Professeur Carlo Santulli

Mémoire de Master 2 Droit International Public

Dirigé par Messieurs les Professeurs Carlo Santulli et Yves Nouvel 2019

Les préalables procéduraux dans la jurisprudence comparée de la Cour internationale de Justice et des tribunaux arbitraux en matière d'investissement

Alexandra Volou

Sous la Direction de Monsieur le Professeur Carlo Santulli

REMERCIEMENTS

Je souhaite adresser mes remerciements au Professeur Carlo Santulli pour avoir accepté de m'encadrer pour ce sujet, et pour ses précieux conseils.

Egalement, je souhaite remercier les Professeurs du Master 2 Droit International Public pour leurs riches enseignements, leur disponibilité et leurs conseils.

Enfin, je tiens à remercier mes camarades pour leur soutien.

PRINCIPALES SIGLES ET ABBREVIATIONS

ALENA	Accord de libre-échange nord-américain
CCI	Chambre de commerce internationale
CCS	Chambre de commerce de Stockholm
CIJ	Cour internationale de Justice
CIRDI	Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements
CNUDCI	Commission des Nations Unies pour le droit commercial international
CPA	Cour permanente d'arbitrage
CPJI	Cour permanente de Justice internationale
<i>Rec.</i>	Recueil des arrêts, avis et ordonnances de la Cour internationale de Justice

INTRODUCTION

« [S]olutions of matters of procedure are essential in the activities of any court, as they determine its role in the fate of a dispute brought before it [...] »

Juge M. LACHS¹

Malgré leur dénomination qui, à la première vue, suggère qu'ils sont dépourvus de véritable importance ou de portée pratiques, les préalables procéduraux ont donné naissance à un important contentieux préliminaire devant la CIJ et les tribunaux arbitraux en matière d'investissement.

L'observation de la jurisprudence de la CIJ et des tribunaux arbitraux en matière d'investissement portant sur les préalables procéduraux révèle deux paradoxes, eu égard à leur importance pour le sort du différend soumis à la juridiction internationale. En premier lieu, force est de constater que ces préalables procéduraux font l'objet d'un encadrement très faible dans les textes spéciaux qui les prévoient, source d'incertitudes concernant leur régime juridique. En deuxième lieu, alors que les contestations du pouvoir juridictionnel ou de son exercice à l'égard d'un différend pour défaut de ces conditions préalables sont très fréquentes dans la pratique contentieuse, le traitement qui leur est réservé est loin d'être déterminé et uniforme.

« Dépréciés » systématiquement tant par la CIJ que les tribunaux arbitraux, ces préalables procéduraux ont assurément un sens et une fonction dans le contentieux international. En effet, souvent « détachés de tout »², considérés comme de simples outils au service du droit matériel, leur respect a pendant longtemps été l'objet d'un contrôle restreint par le juge et l'arbitre, voire, d'une absence totale de contrôle.

Or, force est de constater que, du moins s'agissant certains d'entre ceux qui seront étudiés, la tendance *semble* s'inverser.

¹ Déclaration du juge M. LACHS jointe à l'arrêt rendu sur la compétence et la recevabilité dans l'affaire *Actions armées frontalières et transfrontalières* (Nicaragua c. Honduras), *Rec. CIJ* 1988, p. 108.

² Voy. l'observation du professeur Carlo Santulli dans le débat sur la juridiction arbitrale : compétence et recevabilité, in CH. LEBEN (dir.), *La procédure arbitrale relative aux investissements internationaux*, Paris, Anthemis, 2010, p. 125.

I. Les notions et concepts en présence

Les exigences procédurales qualifiées de préalables procéduraux sont « les conditions de procédure [qui] établissent les étapes préalables à la présentation de la réclamation et [qui] l’encadrent dans les délais »³. Ces règles sont « le fait de règles spéciales »⁴, en ce qu’elles sont fixées par l’engagement juridictionnel applicable, même s’il importe de noter que certaines de telles règles, notamment la règle de l’épuisement des recours internes, peuvent avoir un champ d’application général, en ce qu’elles s’appliquent dans le cadre de certains contentieux même en l’absence d’engagement juridictionnel applicable l’exigeant expressément.

Seront étudiés en particulier trois préalables procéduraux, la règle de l’épuisement préalable des recours internes, le préalable procédural national et la négociation préalable, « omniprésents » dans la pratique conventionnelle, soulevant ainsi des questions relativement générales.

Ces exigences sont qualifiés de *préalables*⁵ précisément parce que leur satisfaction doit intervenir *préalablement* à l’introduction de l’instance. Ainsi, le moment de l’appréciation de leur respect est celui du dépôt de l’acte introductif d’instance⁶. Il s’agit donc ici de les envisager comme des conditions de compétence de la juridiction ou de recevabilité de la demande qui ont pour but d’assurer que « le litige est mûr pour être tranché par la voie arbitrale »⁷.

Or, qualifiées ainsi, le respect de ces exigences conditionne en réalité la possibilité pour la juridiction de se prononcer sur le fond de la demande. La contestation du respect d’une telle exigence par le défendeur intervient naturellement au début du procès, autrement dit, *in limine litis*, dans le cadre d’une exception préliminaire, dont l’objet peut mettre en cause soit la compétence de

³ C. SANTULLI, *Droit du contentieux international*, Paris, LGDJ, 2e éd., 2015, p. 211.

⁴ *Ibid.*

⁵ Signalons dès à présent que, par commodité de langage, nous désignerons de façon générique les différents préalables procéduraux par « conditions », « exigences » ou « obligations » préalables. Dans le prolongement de cette précision, et sans anticiper sur les développements qui suivront, la qualification faisant l’objet de difficultés particulières pour certains des préalables qui seront étudiés, nous nous abstenons de se prononcer dès ce point liminaire sur ce point, qui fera l’objet de nos remarques conclusives.

⁶ CIJ, 14 février 2002, *Mandat d’arrêt du 11 avril 2000* (République démocratique du Congo c. Belgique), *Rec.* 2002, § 26.

⁷ G. ABI-SAAB, *Les exceptions préliminaires dans la procédure de la Cour internationale: étude des notions fondamentales de procédure et des moyens de leur mise en oeuvre*, Paris, Pedone 1967, p. 116.

la juridiction, soit la recevabilité de la demande. Il est indispensable d'identifier brièvement les contours de ces deux concepts qui feront l'objet de notre étude⁸.

La compétence du juge ou arbitre international se définit comme étant « ce dont la juridiction peut connaître »⁹. La recevabilité, plus difficile à cerner, peut être entendue de manière générale comme la « qualité que doit présenter une demande, pour qu'elle soit examinée par l'autorité à laquelle elle est soumise »¹⁰. La distinction entre les deux notions « tient donc à la différence entre compétence et pouvoir »¹¹. Alors que certains auteurs nient l'intérêt d'une telle distinction¹², force est d'objecter que les tribunaux internationaux s'attachent assez fidèlement à cette distinction, en traitant généralement de manière séparée les exceptions d'incompétence et de recevabilité, affirmation qui se constate aisément à la lecture des arrêts de la CIJ et des décisions (et sentences) des tribunaux.

II. La délimitation du champ d'étude

Il importe d'emblée de préciser que l'objet de notre étude est exclusivement le contentieux international devant la CIJ et les tribunaux arbitraux en matière d'investissement. D'autres précisions concernant le champ de notre étude s'imposent.

⁸ Voy. des études approfondies sur cette question : J.-C. WITENBERG, « La recevabilité des réclamations devant les juridictions internationales », *R. C. A. D. I.* 1932-III, t. 41, pp. 1-136 ; G. ABI-SAAB, *Les exceptions préliminaires...*, *op. cit.* ; Etienne GRISEL, *Les exceptions d'incompétence et d'irrecevabilité dans la procédure de la Cour internationale de Justice*, Ed. Herbert Lang & Cie, Berne, 1968.

⁹ C. SANTULLI, *Droit du contentieux international*, *op. cit.*, p. 153. Ce concept fait l'objet de définitions doctrinales divergentes. Selon M. Bourquin, le concept désigne le pouvoir d'accomplir certains actes » (M. BOURQUIN, « Règles générales du droit de la paix », *RCADI*, 1931-1, t. 35, pp. 5-232, spé. p. 112) ; selon le dictionnaire de droit international public de J. Salmon, la compétence juridictionnelle désigne le « pouvoir de décider conféré par un sujet de droit à un organe présentant les caractères d'une juridiction » (J. SALMON (dir.), *Dictionnaire de droit international public*, Bruylant, Bruxelles, 2001, p. 1198).

¹⁰ J. SALMON (dir.), *Dictionnaire de droit international public*, *op. cit.*, *ibid.*

¹¹ C. SANTULLI, *Droit du contentieux international*, *op. cit.*, p. 160. Les conditions de recevabilité sont « celles qui mettent en cause l'aptitude à exercer la fonction juridictionnelle dans une affaire dont la juridiction peut connaître [parce qu'elle est compétente] ».

¹² Certains auteurs estiment qu'il n'y a pas matière à distinction. Voy. J.-C. WITENBERG, « La recevabilité des réclamations... », *op. cit.* ; Opinion dissidente de M. MORELLI jointe à l'arrêt rendu sur les exceptions préliminaires dans l'affaire du *Sud-Ouest africain*, *Recueil C. I. J.* 1962, pp. 564-574, spé. p. 574 (cet auteur et juge considèrent que tout obstacle contre l'exercice du pouvoir juridictionnel concerne la recevabilité de la requête, unique catégorie). *Contra* : C. SANTULLI, « Observations sur les exceptions de recevabilité dans l'affaire du *Mandat d'arrêt* », *AFDI* 2002, pp. 257-280, spé. p. 269 (distinction entre les conditions selon lesquelles le juge peut connaître d'une affaire, question de compétence du juge, de celles déterminant s'il peut adjuger ce qui lui est demandé, question de recevabilité d'une requête).

A. La délimitation selon la technique de formation de l'engagement juridictionnel

Dans le cadre de la présente étude, nos développements seront limités au contentieux ayant comme base des clauses compromissoires insérées dans les traités interétatiques classiques ou les traités (bilatéraux ou multilatéraux¹³) de protection des investissements, à l'exclusion donc d'autres techniques de dévolution ou attribution du pouvoir juridictionnel, à savoir les compromis tant international classique que transnational, les clauses facultatives de juridiction obligatoire, les clauses compromissoires insérées dans des contrats d'Etat et des offres d'arbitrage contenues dans des législations nationales. Cela dit, il convient de préciser à cet égard que la technique particulière, propre au droit international des investissements dite de l' « arbitrage sans lien direct » (*arbitration without privity*)¹⁴ constitue une « simple variante »¹⁵ des clauses compromissoires classiques, et sera traitée dans le cadre du présent rapport.

Selon le dictionnaire de J. Salmon, la clause compromissoire est une « disposition insérée dans un traité bilatéral ou multilatéral par laquelle les parties s'engagent à soumettre à l'arbitrage ou au règlement judiciaire tous les différends qui pourraient surgir entre elles, avec ou sans réserves (clause compromissoire générale), ou les différends relatifs à l'interprétation ou à l'application de ce traité (clause compromissoire spéciale) »¹⁶.

¹³ ALENA, articles 1118 à 1120 et Charte de l'Énergie, article 26 § 1.

¹⁴ Depuis la fameuse affaire *AAPL c. Sri Lanka*, les tribunaux CIRDI ont étendu la logique de la doctrine de « l'offre d'arbitrage » contenue dans les lois nationales aux « offres » contenues dans les clauses de règlement des différends transnationaux contenus dans les TBI, afin de satisfaire à la condition spéciale qu'impose la Convention de Washington d'un accord conclu entre l'Etat et l'investisseur afin de pouvoir saisir valablement le Centre. Malgré les failles que présente cette transposition *de plano* par les tribunaux arbitraux (à ce sujet, voy., C. SANTULLI, *Droit du contentieux international*, *op. cit.*, pp. 129-131), qui ne seront pas discutées dans la présente étude, pour les besoins de celle-ci, on prend simplement acte de l'acceptation très large de cette technique par les tribunaux arbitraux compétents en matière d'investissement et de son ample utilisation ; à ce sujet, voy. Ch. SCHREUER, « The Relevance of Public International Law in International Commercial Arbitration: Investment Disputes », disponible sur https://www.univie.ac.at/intlaw/pdf/csunpublpaper_1.pdf (consulté le 5 avril 2019) p. 2-3 : « More recently, the typical basis for the jurisdiction of tribunals in investment arbitration has not been a contract between the parties but a treaty. Most bilateral investment treaties (BITs) contain clauses offering access to international arbitration to the nationals of one of the States parties to the treaty against the other State party to the treaty. The same method is used by a number of regional multilateral treaties such as the NAFTA and the Energy Charter Treaty » [notes omises].

¹⁵ C. SANTULLI, *Le droit du contentieux international*, *op. cit.*, p. 124.

¹⁶ J. SALMON (dir.), *Dictionnaire de droit international public*, *op. cit.*, p. 177.

Il s'agit, dans les deux hypothèses, des cas de juridiction dite « obligatoire »¹⁷. De toute évidence, cela ne signifie aucunement que les Etats dans ces cas sont attirés en justice contre leur consentement, mais qu'ils confèrent par avance à un organe le pouvoir de juger une catégorie de différends qui peuvent éventuellement survenir de l'interprétation et de l'application des traités dans lesquels lesdites clauses sont stipulées. Cela dit, il convient de préciser à cet égard que la technique particulière, propre au droit international des investissements dite de l' « arbitrage sans lien direct » constitue une « simple variante des clauses compromissoires classiques »¹⁸.

Cette délimitation en fonction de la technique de formation de l'engagement juridictionnel offrira ainsi à nos développements un fond de comparaison monochrome.

B. La délimitation *ratione materiae*

En ce que certaines notions qui feront à titre principal l'objet de notre étude sont en elles-mêmes des notions vastes, couvrant des réalités juridiques différentes, il importe de préciser d'emblée sur quels de leurs aspects portera notre rapport. La règle de l'épuisement des recours internes (1) et l'obligation de négocier (2) ne seront pas traitées dans toutes leurs applications en droit international, mais en tant qu'elles sont prises en compte comme des préalables procéduraux dans la jurisprudence comparée de la CIJ et des tribunaux arbitraux en matière d'investissement.

1. La règle de l'épuisement des voies de recours internes

Une confusion semble s'être produite tant dans la jurisprudence des tribunaux arbitraux que dans les écrits doctrinaux sur la question. Une clarification donc s'impose d'emblée, qui permettra par conséquent de limiter les contours de cette notion pour les besoins de notre étude.

En effet, il importe d'opérer la distinction entre la règle classique de l'épuisement des voies de recours internes en ce qu'elle est applicable au fond, « reflet de l'objet des obligations internationales applicables », et la règle en tant que préalable procédural, « exigence de

¹⁷ Il est à noter que — même s'il s'agit d'une remarque de bon sens — qu'à l'époque où des cas de juridiction dite « obligatoire » n'existaient pas, puisque toute instance arbitrale ou judiciaire nécessitait un compromis, supposant lui-même des négociations pour sa rédaction, des pourparlers directs précédaient le plus souvent et naturellement la saisine. Ce raisonnement est encore valable aujourd'hui pour les litiges échappant aux clauses compromissoires et au système de l'*optional clause*.

¹⁸ C. SANTULLI, *Le droit du contentieux international*, *op. cit.*, p. 124.

procédure »¹⁹. Comme l'explique bien le professeur Schreuer, la règle de l'épuisement des recours internes « as a substantive requirement », « becomes active not at the stage of jurisdiction or admissibility but when the tribunal looks at the merits »²⁰.

Le cas principal qui est visé ici est celui du « déni de justice ». En effet, selon la jurisprudence internationale bien établie sur la question, il ne saurait y avoir constat de déni de justice, violation d'une règle de fond ou substantielle, que si toutes les voies de recours disponibles sont épuisées.

La CIJ procède à cette distinction de manière rigoureuse, à la différence des tribunaux arbitraux. Elle a affirmé à cet égard dans l'affaire *Barcelona Traction* ce qui suit :

« 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. Cette allégation est inextricablement liée aux questions de déni de justice qui constituent la plus grande partie du fond »²¹.

Or, la prise en compte de l'épuisement des voies internes dans l'appréciation du déni de justice, constituant une violation d'une obligation internationale susceptible de donner lieu à l'engagement de la responsabilité internationale de l'Etat, est une question qui relève du fond du différend et sera donc exclue du champ de notre travail. Cette règle sera donc prise en compte dans le cadre de notre travail qu'en ce qu'elle constitue un exigence procédurale préliminaire.

Enfin, il convient de noter, comme il a été déjà précisé, que cette confusion est souvent présente dans les décisions et sentences des tribunaux arbitraux en matière d'investissement. Or, par souci de rigueur, ces décisions et sentences ne seront pas citées à l'appui de nos observations générales, ni

¹⁹ *Ibid.*, p. 295.

²⁰ SCHREUER (Ch.), « Calvo's Grandchildren : the Return of Local Remedies in Investment Arbitration », *LPICT* 2005, n°4, pp. 1-17, spéc. p. 13.

²¹ *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited* (Nouvelle requête : 1962) (Belgique c. Espagne), Exceptions préliminaires, arrêt du 24 juillet 1964, *Recueil C. I. J.* 1964, p. 44.

discutées, même si cette jurisprudence pourrait être révélatrice du contenu de la règle telle qu'étudiée dans notre rapport²².

2. L'obligation de négociier

Il est utile de rappeler d'emblée l'évidence : l'obligation de négociier est omniprésente dans les relations internationales. Plus fondamentalement, on affirme souvent, avec justesse, que le droit international n'est que le « résultat de la négociation »²³.

Contrairement à une idée répandue, la négociation ne constitue pas qu'un mode de résolution des différends internationaux. Cette obligation peut résulter d'une règle coutumière ou d'un acte d'une organisation internationale, mais comme le relève bien P. Reuter dans son article de référence sur la question, le plus souvent l'obligation est posée dans un traité²⁴. Relevons dès lors certains cas puisés de la pratique internationale, hors du cadre du contentieux international : l'obligation de négociier un accord formel principal ou ultérieur²⁵, un consentement ou une reconnaissance sans accord formel ; elle est généralement un préalable à l'engagement conventionnel. Concernant les relations transnationales et le domaine des investissements internationaux, nous intéressant plus particulièrement dans le cadre du présent rapport, la négociation des contrats d'investissement entre l'Etat hôte et l'investisseur étranger est une pratique courante d'importance considérable.

On peut dès lors relever que la négociation n'est pas qu'un mode de règlement des différends, ou plus généralement n'est pas qu'un élément du contentieux international. C'est eu égard à cette diversité des cas dans lesquels l'obligation de négociier se révèle utile dans la pratique internationale que P. Reuter explique magistralement — quant à la portée de l'obligation notamment — qu'« il

²² Voy. notamment *Saipem c. Bangladesh*, ARB/05/07, décision sur la compétence et les mesures provisoires du 21 mars 2007 ; CIRDI (ALENA), *Loewen Group, Inc. et Raymond L. Loewen c. Les Etats-Unis d'Amérique*, ARB(MS)/98/3, sentence arbitrale du 26 juin 2003 .

²³ W. POEGGEL et E. OESER, « Les modes de règlement diplomatique », in *Droit international – bilan et perspectives*, t. 1, Pedone Unesco, Paris, 1991, p. 540.

²⁴ P. REUTER, « De l'obligation de négociier », in *Il processo internazionale. Studi in onore di Giuseppe Sperduti*, Milan, Giuffrè, 1975, p. 711.

²⁵ On citera à titre d'illustration l'article VI du traité sur la non-prolifération des armes nucléaires prévoit une obligation de négociier de bonne foi un désarmement nucléaire et un traité de désarmement général. Cette disposition est ainsi libellée: « Chacune des parties au traité s'engage à poursuivre de bonne foi des négociations sur des mesures efficaces relatives à la cessation de la course aux armements nucléaires à une date rapprochée et au désarmement nucléaire et sur un traité de désarmement général et complet sous un contrôle international strict et efficace ».

n'y a pas une obligation uniforme de négocier, mais que selon les circonstances il y a une obligation plus ou moins consistante, plus ou moins riche de devoirs »²⁶.

Ne sera pas prise en compte l'obligation de négocier en tant qu'elle est considérée (par certains auteurs) comme le contenu minimum de l'obligation de règlement pacifique des différends (α), ni en tant qu'objet d'une règle de fond (β).

!. L'obligation de négocier en tant que contenu minimum de l'obligation de règlement pacifique des différends

Historiquement, le principe de règlement des différends par des moyens pacifiques a été conçu comme un corollaire nécessaire de l'interdiction du recours à la force en droit international. Il est naturel que la prohibition de l'emploi de la force armée soit accompagnée d'un développement corrélatif des techniques de règlement pacifique des différends, à défaut de quoi « la vie sociale [...] [serait] empoisonnée par la multiplication de conflits demeurant sans solution »²⁷. Signalons toutefois d'emblée que dans l'ordre international, il n'est pas rare que les différends entre Etats restent en l'état.

L'une des premières affirmations conventionnelles de ce principe est la Convention de La Haye du 18 octobre 1907, dont l'article 1^{er} déclare le lien inextricable entre le règlement pacifique des différends internationaux et la prévention du recours à la force dans les rapports interétatiques. Ces deux principes furent réaffirmés par d'autres textes, notamment le Pacte de la Société des Nations, qui, dans le cadre de ses articles 12 à 15, prévoyait la procédure de traitement « des différend(s) susceptible(s) d'entraîner une rupture » entre les membres, soit en les soumettant à l'arbitrage, soit par l'intermédiaire d'un examen par le Conseil de la Société. Puis, le Pacte de Paris dit « Pacte Briand-Kellog » du 27 mars 1928 reprenait dans son article 1^{er} le principe de la condamnation du recours à la guerre pour le règlement des différends internationaux et dans son article 2 posait que la résolution des différends « ne devra jamais être recherché que par des moyens pacifiques ».

La Charte des Nations Unies proclame successivement aux paragraphes 3 et 4 de l'article 2 le principe du règlement pacifique des différends internationaux, mettant ainsi bien en relief cette idée

²⁶ *Ibid.*, p. 715.

²⁷ J. VERHOEVEN, *Droit international public*, Bruxelles, Larcier, 2000, p. 692.

« fort ancienne de la paix par la procédure »²⁸. L'article 2 § 4 interdisant le recours à la force dans les relations internationales doit être lu conjointement avec l'article 2 § 3 prévoyant que : « Les Membres de l'Organisation règlent leurs différends internationaux par des moyens pacifiques, de telle manière que la paix et la sécurité internationales ainsi que la justice ne soient pas mises en danger ».

Confirmé aujourd'hui par des affirmations tant de la part des Etats que des organes des Organisations internationales, non seulement dans le cadre de déclarations de principe²⁹, mais également dans des cas concrets — notamment par des résolutions du Conseil de Sécurité des Nations unies — ce principe de règlement pacifique des différends n'impose pour autant guère une obligation internationale de régler les litiges, contrairement à ce que sa formulation pourrait laisser entendre.

On l'a dit, entre l'interdiction d'emploi de la force et le strict consensualisme du mode juridictionnel — entre l'excès et le défaut — « ramenée à ses dimensions réelles »³⁰, l'obligation de règlement pacifique n'impose *in fine* qu'une obligation internationale de négocier de bonne foi *en vue de* régler les différends. Cette formule concise, reprise sans cesse par la jurisprudence internationale, reflète avec précision la teneur ou consistance de cette obligation.

Cette obligation astreint les parties au différend « à présenter mutuellement et à discuter leurs prétentions en vue de trouver une solution qui puisse être acceptée »³¹ par les deux. Tel est son contenu minimum, elle n'impose aucunement une issue nécessairement. A cet égard, selon la CPJI, l'obligation de négocier consiste en une obligation «[non] seulement d'entamer des négociations, mais encore de les poursuivre autant que possible, en vue d'arriver à des accords [même si] [une

²⁸ *Ibid.*

²⁹ Voy. notamment, les deux résolutions de l'Assemblée générale des Nations Unies du 24 octobre 1970 (2625), « Déclaration relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre Etats conformément à la Charte des Nations unies », et du 15 novembre 1982 (37/10), « Déclaration sur le règlement pacifique des différends » (Déclaration de Manille).

³⁰ J. COMBACAU & S. SUR, *Droit international public*, Paris, Montchrestien, 11^e éd., 2014, p. 562.

³¹ C. SANTULLI, *Le droit du contentieux international*, *op.cit.*, p. 25.

obligation] de négocier n'implique pas [celle] de s'entendre »³². C'est en cela que cette obligation est une obligation de moyens ou de comportement, et non de résultat.

La Cour a rappelé à plusieurs reprises le fondement de cette obligation élémentaire qui s'impose aux Etats, qui n'est autre que le principe de la bonne foi. En réalité, il y a là, une « application particulière d'un principe qui est à la base de toutes les relations internationales », qui s'avère d'autant plus importante étant donné que « le règlement judiciaire ou arbitral n'est pas généralement accepté »³³. Plus généralement, dans l'affaire des *Essais nucléaires* opposant l'Australie à la France, on lit ce qui suit: « L'un des principes de base qui président à la création et à l'exécution d'obligations juridiques, quelle qu'en soit la source, est celui de la bonne foi. La confiance réciproque est une condition inhérente de la coopération internationale... »³⁴.

Or, selon J. Verhoeven, « [l]a négociation ainsi comprise représente probablement un amont commun à toutes les techniques de règlement plus qu'elle n'identifie l'une d'entre elles, contrairement à ce que suggèrent par exemple les conventions de La Haye de 1899 et de 1907 ou la Charte des Nations Unies »³⁵.

Dans cette perspective, la négociation constituerait une étape élémentaire, avant le recours à tout moyen de règlement, et à cet égard, elle ne constituerait pas à proprement parler une technique de règlement en soi, ou une exigence procédurale, mais simplement un point névralgique des relations internationales, un passage « obligatoire » qu'impose la courtoisie internationale.

" . L'obligation de négocier en tant que contenu d'une règle de fond

Le cas que nous visons ici est notamment l'hypothèse dans laquelle l'obligation de négocier découle d'une règle de fond primaire, dont la violation entraîne la responsabilité internationale de l'Etat.

³² CPJI, avis consultatif, 15 oct. 1931, *Trafic ferroviaire entre la Lituanie et la Pologne*, *Rec. Série A/B*, n^o 42, p. 116 ; voy. également CIJ, 20 février 1969, *Plateau continental de la mer du Nord* (République fédérale d'Allemagne c. Pays-Bas), *Rec.* 1969, p. 48, § 87 ; CIJ, 20 avril 2010, *Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay* (Argentine c. Uruguay), *Rec.* 2010 (I), p. 68, § 150.

³³ CIJ, 20 février 1969, *Plateau continental de la mer du Nord* (République fédérale d'Allemagne c. Pays-Bas), *Rec.* 1969, p. 47, § 86.

³⁴ CIJ, 20 déc. 1974, *Essais nucléaires* (Australie c. France), *Rec.* 1974, p. 268, § 46 ; voy. également CIJ, compétence et recevabilité, *Actions armées frontalières et transfrontalières* (Nicaragua c. Honduras), *Rec.* 1988, p. 105, § 94.

³⁵ J. VERHOEVEN, *Droit international public*, *op. cit.*, p. 695.

Cette question était amplement développée dans le cadre de l'affaire récente devant la CIJ, *Obligation de négocier un accès à l'océan Pacifique*, opposant la Bolivie au Chili.

Or, il importe de relever d'emblée qu'il est vrai que lorsque le droit international impose aux parties de négocier afin de parvenir à un résultat équitable par exemple, comme en matière de délimitation maritime, il est difficile de faire la part de ce qui relève respectivement de la règle de fond et du mécanisme appelé à résoudre les différends qui suscite sa mise en oeuvre.

L'obligation de négocier ne sera pas prise en compte sous cet angle dans le présent rapport

C. La délimitation *ratione temporis*

Notre étude portera sur la jurisprudence de la CIJ depuis le début de son activité et de la jurisprudence récente des tribunaux arbitraux en matière d'investissement. Des références seront faites à la jurisprudence de la CPJI (1922-1940) dans la mesure celle de la CIJ l'accrédite ; de telles références seront également faites lorsque la jurisprudence de la CIJ est muette sur certains questions étudiées ; enfin, dès de telles références seront faites dans le but de démontrer d'éventuelles évolutions ou contradictions entre la jurisprudence de la CIJ et de sa devancière.

Concernant spécifiquement le préalable de négociation, qui sera examiné dans la Partie I, il importe de préciser que la jurisprudence de la Cour, accréditant jusqu'à récemment celle de sa devancière, a été contante et relativement claire sur cette question depuis les premières affaires contentieuses dans lesquelles la question s'est posée³⁶.

Sans anticiper sur les développements qui suivront, l'affaire *Application de la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale* (ci-après « Géorgie c. Russie ») a donné à la problématique, longuement débattu dans la doctrine internationaliste, un nouvel élan, la problématique a connu un regain d'actualité et une accélération de nouveau à partir de cette affaire, contredisant l'ordonnance en indication de mesures conservatoires (rendue dans la même affaire) — dans laquelle la Cour s'était déclarée compétente *prima facie* — et tranchant avec une jurisprudence constante de la Cour sur la question du préalable diplomatique. Or, l'influence de cette jurisprudence sur les tribunaux arbitraux en matière d'investissement a été certaine.

³⁶ CPJI, 30 août 1924, *Concessions Mavrommatis en Palestine* (Grèce c. Grande-Bretagne), *Rec. CPJI Série A*, n° 2, p. 13.

A cet égard, précisons d'emblée que nos développements dans le cadre du Chapitre II de la Partie I du présent rapport seront principalement axés sur cette affaire.

Enfin, il convient d'évoquer que bien que l'objet de la présente étude soit de présenter la position de la CIJ elle-même, on accordera une place importante aux opinions individuelles et dissidentes des juges, en ce qu'elles constituent une partie intégrante du travail et du fonctionnement de la Cour, et « to ignore them would be to give but an incomplete portayal of its work as a whole »³⁷.

III. Les buts et limites de la recherche

1. Le but : la comparaison ou l'étude d'un dialogue juridictionnel à sens unique ?

Comme l'explique avec pragmatisme le professeur A. Pellet, « le dialogue entre le CIJ et les tribunaux compétents en matière d'investissement est à sens unique »³⁸. En règle générale, les tribunaux arbitraux chargés d'appliquer le droit international des investissements, imprégné du droit international public³⁹, s'appuient largement sur la jurisprudence de la CIJ afin de trancher les différends transnationaux soulevant naturellement des questions de droit international public, tant de nature procédurale que de fond.

La CIJ, unique juridiction à vocation générale et universelle, même si, on le sait, n'est pas une juridiction de degré supérieur, bénéficie « d'une *auctoritas* historique toute particulière »⁴⁰, de

³⁷ FITZMAURICE (Sir G.), *The Law and Procedure of the International Court of Justice*, vol. II, Cambridge, Grotius publications, 1986, p. 1.

³⁸ A. PELLET, « La jurisprudence de la Cour internationale de justice dans les sentences CIRDI », *Journal du Droit international (Clunet)*, 2014, n° 1, p. 5.

³⁹ A ce sujet, voy. Ch. SCHREUER, « The Relevance of Public International Law in International Commercial Arbitration: Investment Disputes », disponible sur https://www.univie.ac.at/intlaw/pdf/csunpublpaper_1.pdf (consulté le 5 avril 2019), p. 1 : « To say that public international law is relevant to international investment arbitration would be a gross understatement. In fact, international law is so ubiquitous in this area that it is fair to say that investment arbitration lies at the borderline of international and domestic law ».

⁴⁰ C. SANTULLI, *Droit du contentieux international*, *op. cit.*, p. 97.

« considerable prestige [...] and moral authority »⁴¹. Ainsi que le soulève le professeur C. Santulli, son aptitude à « faire jurisprudence » est, à cet égard, certainement supérieure⁴².

Il n'est donc guère surprenant que les tribunaux arbitraux compétents en matière d'investissement soient influencés par un changement de position de la part des juges de La Haye, même s'il importe de souligner qu'en droit international il n'existe pas de règle du précédent (*stare decisis*)⁴³, ni une hiérarchie entre les juridictions⁴⁴.

Toutefois, simple influence n'est pas suivisme aveugle, d'où l'intérêt d'une analyse comparative de la jurisprudence de la CIJ et des tribunaux arbitraux en matière d'investissement sur cette question.

2. Les limites

Etant conscients des limites concernant la recherche sur les sentences arbitrales, notre étude appelle une remarque particulière. Il est un lieu commun que les possibilités d'accès aux sentences arbitrales varient considérablement et sont en général assez limitées souvent pour des raisons de confidentialité. Pour ces raisons, le champ de notre recherche est limité de toute évidence aux sentences accessibles et publiées. En outre, l'indisponibilité de certaines sentences rendues par des tribunaux dans les langues anglaise ou française limite davantage notre champ de recherche.

Il est un lieu commun que l'arbitrage en matière d'investissement peut reposer sur divers mécanismes, ce qui rend délicate toute tentative de systématisation. Même si théoriquement les parties ont la possibilité d'édicter par un accord commun les règles applicables à la procédure d'arbitrage en vertu du principe de la liberté des parties, la pratique démontre que le renvoi à un règlement de procédure ou un mécanisme préexistants est plutôt la règle que l'exception. Cela permet de dégager certaines tendances, notamment en ce qui concerne l'objet de notre étude,

⁴¹ P.-M. DUPUY, « Competition among International Tribunals and the Authority of the ICJ », in *Essays in Honour of Judge Bruno Simma*, Oxford, Oxford University Press, p. 864.

⁴² *Ibid.*

⁴³ Voy. sur ce sujet, N. ALOUPI & C. KLEINER (dir.), *Le précédent en droit international public*, Colloque SFDI, Colloque de Strasbourg, Paris, Pedone, 2016.

⁴⁴ Il est à noter que le cas particulier du CIRDI constitue une exception. Dans le cadre de ce système spécial mis en place par la Convention de Washington, les tribunaux arbitraux sont soumis au contrôle des Comités *ad hoc*.

essentiellement tourné vers les aspects procéduraux du contentieux arbitral en matière d'investissement⁴⁵.

Or, si la pratique conventionnelle sur cette question est assez cohérente, il en va autrement pour la pratique jurisprudentielle. On tentera d'identifier les tendances majoritaires dans la jurisprudence arbitrale sur la question, tout en précisant d'emblée que, comme le démontre l'abondante doctrine sur la question, la diversité des mécanismes sur lesquels reposent l'arbitrage en matière d'investissement, ainsi que la diversité d'approches des différents tribunaux, jouissant d'une pleine autonomie dans leurs appréciations, rendent difficile toute tentative de systématisation.

Il en va ainsi pour la jurisprudence de la CIJ, dont l'analyse atteste que les solutions sont très largement tributaires des termes de l'instrument en cause, qui empêche à l'évidence de procéder à des affirmations concluantes. Nous tenterons ainsi de se garder d'une généralisation des solutions sur les points sur lesquels la divergence des solutions ne le permet pas.

IV. L'intérêt de l'étude

Il est d'emblée utile de rappeler l'évidence : les préalables procéduraux peuvent constituer des véritables obstacles à l'accès à la justice internationale. Comme il a été soulevé plus haut, le contrôle par le juge ou l'arbitre du respect de ces préalables, en principe, lors de la phase préliminaire, déterminera s'il procédera à l'examen sur le fond du différend qui lui est soumis.

L'étude de la pratique contentieuse de la CIJ et des tribunaux arbitraux permet de mettre en évidence la manière dont sont analysés ces préalables procéduraux en tant que conditions préalables à la saisine de la juridiction. La manière dont est apprécié le respect du préalable par le juge ou l'arbitre, qui est variable, sous-tend souvent la volonté du juge ou de l'arbitre de favoriser le règlement juridictionnel du différend, pour offrir aux parties une solution obligatoire par l'application du droit, ou, la volonté de ne pas procéder à l'examen du différend sur le fond, se montrant ainsi — plus — soucieux des limites que lui impose l'engagement juridictionnel lui attribuant son pouvoir de juger.

Or, pour atteindre l'un ou l'autre des objectifs, le juge ou l'arbitre s'appuie sur la distinction binaire entre compétence et recevabilité.

⁴⁵A. DE NANTEUIL, *Droit de l'investissement international*, Paris, Pedone, 2017, §245.

Tantôt dévoilant une certaine politique ou stratégie jurisprudentielle, tantôt un simple choix dicté par les besoins d'une bonne administration de la justice, le choix du juge ou de l'arbitre de la qualification de l'exception tirée du non-respect du préalable procédural est, en principe, déterminant pour le sort du différend qui lui est soumis, et corollairement, pour la possibilité du demandeur d'accéder au prétoire international. L'intérêt de cette étude sera ainsi de faire état de ces choix de qualifications, pour tenter d'identifier le traitement qui est réservé à ces préalables par le juge ou l'arbitre, permettant de déterminer leur régime, si un traitement uniforme il y en a.

Or, si l'épuisement préalable des voies de recours internes ne soulève pas de difficultés particulières dans son appréciation par le juge et l'arbitre, le préalable procédural national et la négociation préalable en soulèvent certainement. Les trois exigences procédurales préalables seront examinées successivement. Sera d'abord étudiée l'obligation de négociation préalable, méritant une attention particulière (Partie I). Ensuite, seront abordés les exigences imposant un recours préalable aux juridictions internes, à savoir, l'épuisement préalable des recours internes et le préalable procédural national (Partie II).

Partie I La négociation préalable

D'emblée, il importe de soulever une certaine confusion tant dans la jurisprudence de la Cour que dans la doctrine internationaliste relevée par l'auteur M. Bourquin dans son article de référence sur la question du préalable diplomatique, qui mérite d'être citée entièrement puisqu'elle exprime avec précision la problématique traitée dans la présente partie : la frontière est difficile à établir entre la négociation ayant comme fonction de définir le différend et la négociation ayant comme fonction de le régler :

« Une certaine confusion semble s'être produite dans les discussions auxquelles a donné lieu la question du préalable diplomatique. Autre chose est de considérer la négociation diplomatique comme un *moyen destiné à révéler l'existence du différend*, autre chose est de la considérer comme un *moyen de le résoudre* »[italiques ajoutées]⁴⁶.

La négociation préalable en tant que moyen destiné à démontrer l'existence du différend (Chapitre I) se distingue clairement du préalable de négociation (Chapitre II).

⁴⁶ M. BOURQUIN, « Dans quelle mesure le recours à des négociations diplomatiques est-il nécessaire avant qu'un différend puisse être soumis à la juridiction internationale ? », in *Hommage d'une génération juristes au président Basdevant*, Paris, Pedone, 1960, p. 49.

Chapitre I La négociation préalable en tant que moyen destiné à démontrer l'existence du différend

Les négociations jouent traditionnellement un rôle important dans la détermination de la naissance du différend et dans la définition de son objet. Parmi les divers moyens de définition du différend, la négociation a toujours été, à vrai dire, un moyen très utile, voire le moyen privilégié devant la CIJ (Section I). A la différence du contentieux interétatique, la question de l'existence d'un différend ne se pose pas dans les mêmes termes que devant la CIJ, étant donné que les différends n'ont pas à être prouvés dans le cadre du contentieux transnational⁴⁷, dans lequel le tribunal a comme mission de connaître des « réclamations » (et non plus des « différends »). Ainsi, dans le contentieux de l'investissement, on observe que l'appréciation de l'existence du différend est systématiquement absorbée par l'examen du préalable de négociation devant les tribunaux arbitraux (Section 2).

Section I La négociation, un moyen utile à la détermination de l'existence du différend dans le contentieux prouvé

A la différence du contentieux d'investissement, l'existence du différend doit être prouvé devant la CIJ, ce qui impose que la divergence d'opinions apparaisse clairement au moment du dépôt de la requête⁴⁸. S'il est vrai que généralement cette divergence résulte de la façon la plus précise des négociations diplomatiques (§1), cependant, la Cour, dans l'esprit de souplesse qui caractérise les relations internationales, n'a pas fait des négociations préalables un moyen exclusif de détermination de l'existence du différend devant la CIJ (§2).

§1. La négociation, un moyen de preuve non exclusif de l'existence du différend

Il n'existe pas de règle de droit international général exigeant l'épuisement des voies diplomatiques, ni même leur poursuite, avant de saisir la Cour. En l'absence d'une telle règle, le différend peut être « prouvé » devant la Haute juridiction par d'autres moyens. En effet, il n'est guère exigé que l'échange de vues, nécessaire pour faire apparaître le différend, prenne une forme spécifique. A cet

⁴⁷ La distinction entre le « contentieux prouvé » et le « contentieux présumé » est empruntée au professeur C. SANTULLI (*Droit du contentieux international, op. cit.*, p. 227).

⁴⁸ En principe, la date à laquelle doit être appréciée l'existence d'un différend est celle du dépôt de la requête, voy. CIJ, 17 mars 2016, *Violations alléguées de droits souverains et d'espaces maritimes dans la mer des Caraïbes* (Nicaragua c. Colombie), *Rec. 2016 (I)*, p. 27, § 52.

égard, la CJI et sa devancière ont affirmé de longue date que l'appréciation de l'existence du différend est une question de fond, et non de forme ou de procédure⁴⁹. En effet, cette exigence impose à la Cour de rechercher, sur la base d'éléments de fait qui lui sont présentés, s'il existe un différend au fond, « et non quelle est la forme que prend ce différend ou s'il a été notifié au défendeur »⁵⁰.

De différentes possibilités de preuve du différend se sont manifestées en pratique. La Cour prend en compte dans sa mission d'établissement de l'existence différend toute déclaration ou documents échangés entre les parties⁵¹, que ce soit dans un cadre bilatéral ou multilatéral⁵². Le comportement des parties peut également entrer en ligne de compte, notamment en cas d'absence d'échanges diplomatiques⁵³. En particulier, l'absence de réaction peut être révélatrice d'une contestation. Une note de protestation restée sans réponse, par exemple, peut être suffisamment révélatrice du différend, si les circonstances démontrent que le silence de l'autre partie équivaut refus⁵⁴. Sur ce

⁴⁹ Voy. CPJI, *Interprétation des arrêts nos 7 et 8 (Usine de Chorzów)* [Allemagne c. Pologne], 1927, C.P.J.I. Série A, n° 13, p. 10-11 ; CIJ, 1er avril 2011, *Application de la convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale* (Géorgie c. Fédération de Russie), *Rec.* 2011, § 30 ; CIJ, 17 mars 2016, *Violations alléguées de droits souverains et d'espaces maritimes dans la mer des Caraïbes* (Nicaragua c. Colombie), *Rec.* 2016, § 72.

⁵⁰ CIJ, 5 octobre 2016, *Obligations relatives à des négociations concernant la cessation de la course aux armes nucléaires et le désarmement nucléaire* (Iles Marshall c. Pakistan), *Rec.* 2016, § 42.

⁵¹ CIJ, 20 juillet 2012, *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader* (Belgique c. Sénégal), *Rec.* 2012 (II), § 50-55.

⁵² CIJ, 5 octobre 2016, *Obligations relatives à des négociations concernant la cessation de la course aux armes nucléaires et le désarmement nucléaire* (Iles Marshall c. Pakistan), *Rec.* 2016, § 45 : Toutefois, lorsque la Cour se livre à l'examen d'échanges ayant eu lieu dans un contexte multilatéral, elle doit notamment accorder une attention particulière au contenu de la déclaration d'une partie et à l'identité des personnes auxquelles elle était destinée, afin de déterminer si cette déclaration ainsi que toute réaction à celle-ci montrent que les points de vue des parties en cause étaient « nettement opposés » ; §46 : une déclaration ne peut donner naissance à un différend que s'il y est fait référence « assez clairement à l'objet [d'une réclamation] pour que l'Etat contre lequel [celle-ci est] formul[ée] ... puisse savoir qu'un différend existe ou peut exister à cet égard » (*Application de la convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale* (Géorgie c. Fédération de Russie), *exceptions préliminaires, arrêt*, C.I.J. Recueil 2011 (I), § 30).

⁵³ CIJ, 17 mars 2016, *Violations alléguées de droits souverains et d'espaces maritimes dans la mer des Caraïbes* (Nicaragua c. Colombie), C.I.J. Rec. 2016 : « un désaccord sur un point de droit ou de fait, un conflit, une opposition de thèses juridiques ou d'intérêts ou le fait que la réclamation de l'une des parties se heurte à l'opposition manifeste de l'autre ne doivent pas nécessairement être énoncés *expressis verbis*... [I] est possible, comme en d'autres domaines, d'établir par inférence quelle est en réalité la position ou l'attitude d'une partie ».

⁵⁴ En particulier, la Cour a jugé que « l'existence d'un différend [pouvait] être déduite de l'absence de réaction d'un Etat à une accusation dans des circonstances où une telle réaction s'imposait » (*Application de la convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale* (Géorgie c. Fédération de Russie), *op. cit.*, §30 - citant sa jurisprudence antérieure).

point, la Cour a jugé que « l'existence d'un différend peut être déduite de l'absence de réaction d'un Etat à une accusation dans des circonstances où une telle réaction s'imposait »⁵⁵.

On pourrait considérer que l'absence de formalisme se manifeste également dans la prise en compte par la Cour dans le cadre des actions en protection diplomatique des échanges préalables entre une personne privée et l'Etat dont la responsabilité est mise en cause. Par exemple, dans l'affaire des *Concessions Mavrommatis en Palestine*, la seule demande du Gouvernement grec (reprenant les points sur lesquels les échanges préalables entre le particulier et les autorités ont eu lieu) et le refus britannique étaient considérés comme déterminants pour l'établissement de l'existence du différend interétatique⁵⁶.

En outre, sous l'angle des démarches diplomatiques préalables qui joueraient un rôle analogue à celui de la décision préalable en droit administratif français, ou de la mise en demeure en droit judiciaire privé, qui renvoie, de manière inévitable, au processus de l'apparition du différend, puisque la prétention communiquée et son rejet, qu'il soit explicite ou implicite, seraient suffisants pour former le différend⁵⁷, la Cour a affirmé que la notification de l'intention d'introduire une instance n'est pas requise aux fins de pouvoir saisir valablement la Cour⁵⁸, ni d'ailleurs une protestation diplomatique officielle⁵⁹.

Eu égard à ce qui précède, la jurisprudence de la Cour démontre la diversité des moyens possibles permettant d'établir de l'existence du différend devant la CIJ. Il en résulte que la négociation diplomatique est loin de constituer le moyen exclusif d'établissement de l'existence du différend devant la CIJ.

⁵⁵ « Un différend existe lorsqu'il est démontré, sur la base des éléments de preuve, que le défendeur avait connaissance, ou ne pouvait pas ne pas avoir connaissance, de ce que ses vues se heurtaient à l' 'opposition manifeste' du demandeur » (*Violations alléguées de droits souverains et d'espaces maritimes dans la mer des Caraïbes* (Nicaragua c. Colombie), *op. cit.* § 73 ; *Application de la convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale* (Géorgie c. Fédération de Russie), *op. cit.* 104.

⁵⁶ CPJI, 30 août 1924, *Concessions Mavrommatis en Palestine* (Grèce c. Grande-Bretagne), *Rec. CPJI Série A*, n^o 2, p. 13-15.

⁵⁷ G. ABI-SAAB, *Les exceptions préliminaires dans la procédure de la Cour internationale*, Paris, Pedone, 1967, p. 124.

⁵⁸ CIJ, 11 juin 1998, *Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria* (Cameroun c. Nigéria), *Rec.* 1998, p. 297, § 39 ; réaffirmé dans l'affaire *Iles Marshall c. Pakistan*, *op. cit.*, § 35.

⁵⁹ « si la protestation diplomatique officielle peut constituer un moyen important pour une partie de porter à l'attention de l'autre une prétention, pareille protestation ... n'est pas une condition nécessaire » à l'existence d'un différend (*Violations alléguées de droits souverains et d'espaces maritimes dans la mer des Caraïbes* (Nicaragua c. Colombie), *op. cit.* §72).

§2. L'appréciation souple de l'objet du différend préalablement défini par la négociation

La question qui se pose souvent dans le cadre de l'appréciation de l'existence du différend est celle de savoir dans quelle mesure l'objet du différend doit-il avoir acquis, préalablement à l'introduction de l'instance, la précision qu'il revêtira au cours de la procédure judiciaire. D'emblée, il importe de noter qu'en vertu d'une jurisprudence constante de la Cour, l'objet de la demande ne doit pas être nécessairement précisé d'une manière complète et définitive dans la requête introductive d'instance.

Sous cet angle spécifique, la jurisprudence de la CIJ montre que la détermination par la Cour de l'objet du différend peut être directement liée à la négociation préalable, que celle-ci soit tenue et poursuivie en vertu d'une condition prévue spécialement dans l'engagement juridictionnel ou non.

Dans l'affaire du *Droit de passage sur le territoire indien*, ni la déclaration de l'Inde du 28 février 1940, ni celle du Portugal du 19 décembre 1955 ne contenaient la réserve du préalable diplomatique. Au-delà des affirmations quelque peu ambiguës de la Cour sur la question de savoir si la négociation préalable constitue une exigence générale ou de nature coutumière conditionnant la validité de sa saisine, qui ont été clarifiées dans sa jurisprudence ultérieure, la réponse de la Cour relative à l'exception soulevée par l'Inde démontre d'abord la fonction des échanges diplomatiques dans ce contexte, souvent utiles à faire ressortir le « principal point de droit [...] soumis à la Cour »⁶⁰.

Dans l'affaire *Géorgie c. Russie*, dans laquelle les Etats parties au litige étaient liées par une condition de négociation préalable à la saisine de la Cour, au paragraphe 30 de l'arrêt, la question de l'objet du différend a été soulevée. En l'espèce, aux termes de l'article 22 de la CIEDR, clause compromissoire sur la base de laquelle la Géorgie a saisi la Cour, le différend devait « touch[er] l'interprétation ou l'application de la Convention ». Dans cette affaire, la Cour, en se référant à l'affaire *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*⁶¹ — dans laquelle le préalable de négociation était également prévu par l'engagement juridictionnel — dans une approche peu formaliste quant à la question de savoir s'il est nécessaire qu'un Etat mentionne expressément, dans ses échanges avec l'autre Etat, un traité particulier pour être ensuite admis à invoquer ledit traité devant la Cour. Si la Cour considère comme préférable qu'une référence

⁶⁰ CIJ, 26 novembre 1957, *Droit de passage sur territoire indien* (Portugal c. Inde), Rec. 1957, p. 149.

⁶¹ CIJ, 26 novembre 1984, *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique), Rec. 1984, § 83.

expresse soit faite à l'instrument, une référence à l'objet du traité est suffisante, dans le but d'informer l'Etat défendeur du moins en substance ce qui lui sera reproché⁶².

La Cour a procédé à une remarque analogue dans le contexte cette fois de l'examen de la seconde exception préliminaire relative à la tenue des négociations prévues par la clause compromissoire. S'agissant donc du fond des négociations, la Cour, en se rapportant à son même *dictum* dans l'affaire *Activités militaires et paramilitaires*, a (ré-)affirmé que pour que la condition préalable de négociation soit considérée comme remplie « elle doit concerner l'objet du différend, qui doit lui-même se rapporter aux obligations de fond prévues par l'instrument en question »⁶³.

Section II L'absorption de la portée de la condition générale de l'existence du différend par l'examen du préalable de négociation dans le contentieux présumé

L'observation de la jurisprudence des tribunaux arbitraux compétents en matière d'investissement démontre que les deux notions sont très souvent confondues. L'appréciation de la question relative à l'existence du différend coïncide avec celle portant sur le respect du préalable de négociation, puisque, en pratique, la réception par l'Etat de la prétention de l'investisseur, faisant courir le délai dans lequel est enfermé le préalable de négociation, emporte naissance du différend. En essayant de limiter nos développements dans cette partie du rapport à la seule question de l'existence du différend, en l'isolant ainsi artificiellement (pour les besoins de cette étude) des développements qui suivront sur la question du respect de la condition de négociation préalable, en règle générale, on peut faire observer que les tribunaux arbitraux n'adoptent pas une approche rigide quant à la naissance du différend (au vu de la particularité du contentieux) et à l'objet de la réclamation.

De toute évidence, comme dans le contentieux interétatique, l'existence d'un différend juridique déjà né, réel et actuel est une condition générale de recevabilité. Toutefois, la différence réside dans le seuil la preuve de l'existence du différend : dans le cadre du contentieux transnational, il suffit que l'investisseur présente une demande (« claim ») formulée en termes de violation alléguée des garanties procédurales ou substantielles auxquelles l'Etat hôte s'est engagé.

⁶² CIJ, 1 avril 2011, *Application de la convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale* (Géorgie c. Fédération de Russie), *op. cit.*, § 30. En ce sens, voy. l'opinion individuelle de B. Simma, § 9 : « [...] *It is sufficient for purposes of determining the existence of a dispute in the present instance that the subject-matter of the dispute is capable of falling within the subject-matter of CERD, without need of invocation [...] of the specific provisions of this treaty* ».

⁶³ *Ibid.*, § 161.

A la différence de la CIJ, qui doit établir objectivement l'existence du différend sur le fond, conséquence de l'indisponibilité de la fonction juridictionnelle, dans le cadre du contentieux de l'investissement, l'existence du différend résulte de l'introduction de l'instance, n'a pas donc à être établi « formellement » comme devant la CIJ, par le heurt de la prétention et de la contestation⁶⁴.

Les tribunaux arbitraux en matière d'investissement se réfèrent généralement à la définition de la CPJI⁶⁵, mais, on peut faire observer que très souvent, les tribunaux se réfèrent à la définition conventionnelle, contenue dans le TBI, qui, au demeurant, est moins exigeante que la définition classique consacrée par la CPIJ⁶⁶. Il est également arrivé que les tribunaux arbitraux se réfèrent à la définition contenue dans le Rapport des Administrateurs sur la Convention CIRDI dans le cadre de son examen de l'exception sur l'inexistence d'un différend d'ordre juridique⁶⁷.

Dans le Rapport des Administrateurs, relativement à la notion de « différend d'ordre juridique » prévue à l'article 25 § 1 de la Convention CIRDI, on lit ce qui suit : « The expression of 'legal dispute' has been used to make clear that while conflicts of rights are within the jurisdiction of the Centre, mere conflicts of interests are not. The dispute must concern the existence or scope of a legal right or obligation, or the nature or extent of the reparation to be made for breach of a legal obligation »⁶⁸. Eu égard à cette définition du différend affirmée dans le cadre de la Convention CIRDI, le professeur Schreuer a davantage expliqué que « the dispute must relate to clearly identified issues between the parties and must not be merely academic. This is not to say that a specific action must have been taken by one side or that the dispute must have escalated to a certain level of confrontation, but merely that it must be of immediate interest to the parties. The dispute

⁶⁴ C. SANTULLI, *Droit du contentieux international*, op. cit., p. 24.

⁶⁵ Tribunal CIRDI, 25 janvier 2000, décision sur la compétence, *Maffezini c. Espagne*, ARB/97/7, § 94 ; Tribunal CIRDI, 29 avril 2004, décision sur la compétence, *Tokios Tokel!s c. Ukraine*, op. cit., § 105-107 ; Tribunal CIRDI, *MCI c. Equateur*, 31 juillet 2007, ARB/03/6, p. 15, § 63 ; Tribunal CIRDI (MS), 4 avril 2016, *Crystallex International Corporation c. Venezuela*, op. cit., § 447.

⁶⁶ Tribunal CIRDI, 16 mai 2014, *David Minnotte and Robert Lewis c. Pologne*, ARB(AF)/10/1, §122 : Le tribunal s'appuie sur la définition du « différend relatif à un investissement » selon l'article IX (1) du TBI EU-Pologne et confirme que les « claims » du demandeur tombent bien sous le coup de cette définition : "an alleged breach of any right conferred or created by this Treaty with respect to an investment."

⁶⁷ Voy. par exemple : SA (CNUDCI), 20 juin 2006, décision sur la compétence, *National Grid PLC c. Argentine*, p. 57, § 160.

⁶⁸ Rapport des Administrateurs, n.54, p. 28.

must go beyond general grievances and must be susceptible of being stated in terms of a concrete claim »⁶⁹.

Comme on l'a déjà relevé, naturellement, l'existence d'une contradiction, même indirecte ou implicite, est nécessaire pour que la fonction juridictionnelle puisse être exercée. Or, le fait que la majorité de TBI prévoit la condition de négociation préalable sur le différend explique la confusion, voire, l'absorption de l'examen de l'existence du différend, qui, de plus, est par hypothèse présumé dans ce type de contentieux, par l'appréciation par le tribunal de l'observation du préalable de négociation.

Conclusion du Chapitre I

Il mérite d'être précisé en guise de transition qu'autre chose est de préconiser le recours à la négociation, en tant que point de départ de tout dans des relations interétatiques, en tant que mode traditionnel, efficace, occulte de résolution des différends, et éventuellement un moyen de définition non-équivoque de l'objet du différend à soumettre à la juridiction ... et autre chose d'imposer un tel recours à la négociation avant la saisine d'une juridiction internationale en tant qu'un préalable procédural obligatoire conditionnant la compétence du tribunal ou la recevabilité de la requête⁷⁰.

Or, nous le verrons, s'il n'existe pas en droit international général une exigence d'épuisement des négociations directes avant la saisine d'une juridiction, nous pourrions faire observer que même dans les hypothèses où les Etats ont mis en place des systèmes de « juridiction obligatoire », permettant de traduire par voie de saisine unilatérale son adversaire devant la CIJ ou un tribunal arbitral, les Etats, malgré cette révolution dans les relations internationales, n'ont pas renoncé à introduire dans les clauses compromissoires l'exigence (spéciale cette fois) d'un recours préalable aux négociations diplomatiques. Or, « [l]'arbitrage obligatoire, dans cette optique, ne devait être que l'*ultima ratio* pacifique, ne devait jouer qu'en cas d'échec des négociations »⁷¹.

⁶⁹ CH. SCHREUER (éd.), *The ICSID Convention: a Commentary, op.cit.*, p. 102, § 36 ; voy. à cet égard, Tribunal CIRDI, 26 avril 2005, décision sur la compétence, *AES Corporation v. Argentine*, ARB/02/17, § 44 (dans cette affaire le tribunal a établi un double test pour vérifier si le différend était « d'ordre juridique » : d'abord, il s'agit d'établir « whether, in its claim, AES raises some *legal* issues in relation with a concrete situation », ensuite, « if the Tribunal's determination of the answer to be given to these issues would have some practical and concrete consequences »).

⁷⁰ Voy. à cet égard, N.-E. GHOZALI, « La négociation diplomatique dans la jurisprudence internationale », *Revue belge de droit international*, 1992/2, p. 325.

⁷¹ J. SOUBEYROL, « La négociation diplomatique, élément du contentieux international », *op. cit.*, p. 320.

Chapitre II L'obligation de négociation préalable

L'obligation de négocier avant la saisine de la CIJ ou des tribunaux arbitraux en matière d'investissement est une exigence spéciale, découlant exclusivement de l'engagement juridictionnel (Section I), des termes duquel dépend généralement la détermination de sa consistance (Section II). S'agissant de son régime, l'analyse — la détermination ? — par la CIJ et les tribunaux arbitraux, soulève, à vrai dire, plus d'interrogations qu'il n'en résout (Section III).

Section I Le champ d'application spécial de l'obligation

Précisions d'emblée que le droit général du contentieux international a vocation à s'appliquer à titre supplétif, lorsqu'une question n'est pas régie par une solution dérogatoire spéciale⁷².

Or, ainsi qu'il a été déjà indiqué, le préalable de négociation est une exigence spéciale, qui relève donc de règles spéciales (§2), et ne s'impose donc pas dans le silence de l'engagement juridictionnel (§1).

§1. L'absence de fondement coutumier de l'obligation

Malgré les incertitudes qui ont pu être soulevées devant la CIJ, il est généralement admis que le recours préalable aux négociations ne constitue pas une règle générale du contentieux international. La jurisprudence de la CIJ marque une rupture avec celle de sa devancière sur cette question (1). Dans le contentieux de l'investissement, un recours à un principe général du contentieux international paraît inutile (2).

1. La négation de l'existence d'un principe général de recours préalable à la négociation par la CIJ

La position de la CPJI reflète la manière dont était perçue le règlement judiciaire par les Etats à l'époque, « quand la souveraineté des Etats était sur de telles questions autrement plus ombrageuse que de nos jours »⁷³. Le règlement judiciaire était à cette époque considéré comme un recours subsidiaire par rapport au règlement amiable, et ce, pour des raisons de respect de la souveraineté

⁷² C. SANTULLI, *Droit du contentieux international*, op. cit., p. 66.

⁷³ R. KOLB, *La Cour internationale de Justice*, op. cit. p. 335.

étatique et de courtoisie internationale. Toutefois, il importe de noter que malgré les affirmations de principe de la CPJI sur la question, elle n'a jamais érigé le préalable de négociation en une condition d'incompétence ou d'irrecevabilité de la requête.

D'emblée, la question des négociations diplomatiques préalables a été soulevée devant la CPJI dans l'affaire *Concessions Mavrommatis en Palestine*. Dans cette affaire, où la condition était expressément prévue par le titre de compétence (le mandat palestinien), elle lui a donné pleinement effet, mais a affirmé, non sans équivoque que : « La Cour se rend compte de toute l'importance suivant laquelle ne doivent être portées devant elle que les affaires qui ne sont pas susceptibles d'être réglées par la négociation »⁷⁴. Dans son ordonnance rendue dans l'affaire des *Zones Franches de Haute Savoie et du Pays de Gex*, elle a confirmé ce principe en affirmant clairement que :

« Le règlement judiciaire des conflits internationaux en vue duquel la Cour est utilisée, n'est qu'un succédané au règlement direct et amiable de ces conflits entre les parties, aussi appartient-il à la Cour de faciliter dans toute la nature compatible avec son statut pareil règlement direct et amiable »⁷⁵.

Somme toute, il appert de la jurisprudence de la CPJI, sur ce plan, la nécessité de démarches diplomatiques avant la saisine, même s'il importe de préciser qu'en dépit des affirmations de principe sur l'utilité de telles négociations préalables, la Cour ne les a jamais réclamées au titre de sa compétence ou de la recevabilité en l'absence de précision spéciale dans le titre de compétence. Par ailleurs, comme l'explique le professeur G. Abi-Saab⁷⁶, même dans les cas où la condition était formellement exigée par le titre de compétence, elle ne l'interprétait d'une manière stricte, en soulignant son caractère relatif, et en l'envisageant comme une condition de pure procédure ou de forme, dont le défaut ne saurait l'empêcher de procéder à l'examen sur le fond de l'affaire.

Dans le cadre de la jurisprudence de la CIJ, ce principe a été réfuté : seule la volonté des parties serait apte à imposer une telle nécessité de recours préalable aux négociations diplomatiques. A la différence de la CPJI, la CIJ a refusé de rendre les négociations diplomatiques un préalable à sa saisine dans le silence de l'engagement juridictionnel. Non seulement les parties ne doivent pas

⁷⁴ CPJI, 30 avril 1924, *Série A*, n° 2, p. 16.

⁷⁵ CPJI, Ordonnance, 19 avril 1929, *Série A*, p. 13.

⁷⁶ G. ABI-SAAB, *Les exceptions préliminaires...*, *op. cit.*, p. 122-123.

épuiser des négociations préalables, mais ne sont non plus tenues de les poursuivre. Selon sa jurisprudence, un tel préalable procédural ne relève pas d'aucune norme coutumière, ne s'impose donc que dans le cas où les parties au litige l'ont consacré spécialement dans l'engagement juridictionnel. Selon ses termes clairs, ne laissant place à aucune équivoque :

« Il n'existe ni dans la Charte, ni ailleurs en droit international, de règle générale selon laquelle l'épuisement des négociations diplomatiques serait un préalable à la saisine de la Cour. Un tel préalable n'avait pas été incorporé dans le Statut de la Cour permanente de Justice internationale, contrairement à ce qu'avait proposé le Comité consultatif de juristes en 1920 (Comité consultatif de juristes, Procès-verbaux des séances du Comité (16 juin-24 juillet 1920) avec annexes, p. 679, 725-726). Il ne figure pas davantage à l'article 36 du Statut de la présente Cour »⁷⁷.

Bien que l'article 33 de la Charte place la négociation en tête des mécanismes pacifiques de règlement des différends, on admet de longue date qu'il n'existe pas de priorité accordée à un moyen, à moins qu'elle n'ait convenu d'avance par les parties intéressées, ce qui est relativement fréquent dans la pratique conventionnelle internationale. Il a été très longuement débattu la question de savoir si la mention « avant tout » à l'article 33 § 1^{er} imposerait une certaine priorité chronologique, et donc la question subséquente qui se pose est celle de savoir si les Etats devraient utiliser toutes les procédures successivement selon l'ordre établi par l'article, en cas d'échec de l'une entre elles, et notamment de la négociation. Or, la position de la Cour revient finalement à refuser une quelconque hiérarchie entre les moyens prévus à l'article 33 de la Charte. Elle a affirmé à cet égard : « La négociation et le règlement judiciaire sont l'une et l'autre cités comme moyens de règlement pacifique des différends à l'article 33 de la Charte des Nations Unies »⁷⁸. Cette conclusion se confirme dans une autre affirmation de la Cour dans l'affaire du *Plateau continental de la mer Egée*, dans laquelle la Cour n'exclut pas la possibilité d'une poursuite des négociations lors d'une instance en cours. Loin de devoir être achevées avant l'introduction de l'instance, les négociations peuvent se poursuivre durant celle-ci, sans que cela ne « constitue [...] en droit un obstacle à

⁷⁷ CIJ, 11 juin 1998, *Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria* (Cameroun c. Nigéria), *Rec.* 1998, § 39.

⁷⁸ CIJ, 19 décembre 1978, *Plateau continental de la mer Egée* (Grèce c. Turquie), *Rec.* 1978, § 29.

l'exercice par la Cour de sa fonction judiciaire »⁷⁹. Toutefois, il est à noter que si elles aboutissent en cours d'instance, l'affaire est rayée du rôle de la Cour⁸⁰.

Il est de jurisprudence constante désormais que tant que le titre de compétence ne l'exige pas formellement, la négociation ne constitue pas une condition relative à la compétence ou la recevabilité de la demande, « mais elle demeure un élément parfois irremplaçable du contentieux en ce qui concerne la détermination du différend »⁸¹, ainsi qu'il a été examiné plus haut.

2. L'inutilité de recours à un principe général dans le contentieux de l'investissement

A la différence des incertitudes légitimement soulevées devant la CIJ autour du fondement coutumier de l'obligation de négociation préalable à la saisine de la Cour, dans le contentieux spécial de l'investissement international, la question de savoir s'il existe une pratique suffisamment établie permettant de considérer qu'il y aurait une obligation de négocier dans le silence de l'engagement juridictionnel ne se pose pas en termes si clairs, et ce, notamment en raison du fait que l'exigence de négociation préalable est prévue par la grande majorité des TBI. A cet égard, relevons que la nécessité de recourir à un principe général de droit paraît peu utile dans le contentieux de l'investissement sur cette question⁸².

Puis, bien qu'elle ne soit pas exempte d'académisme⁸³, la question mérite pourtant d'être posée : la multiplication des traités qui prévoient une telle exigence préalable de négociation entre l'Etat et l'investisseur pourrait-elle révélatrice d'une coutume « procédurale » ? Sur cette question de la multiplication des précédents conventionnels, relative à la formation de la coutume en droit

⁷⁹ *Ibid.*

⁸⁰ Cette question renvoie à la l'exigence relative à l'actualité du différend.

⁸¹ J. SOUBEYROL, « La négociation diplomatique élément du contentieux international », *op. cit.*, p. 323.

⁸² Tribunal CIRDI, 26 avril 2005, *AES Corporation c. Argentine*, ARB/02/17, §66 (l'existence des règles spéciales explique que « [t]here is no need here for having recourse to any 'general principle of law' as mentioned in Article 38 of the Statute of the International Court of Justice »). Les principes généraux de droit, source supplétive, permet à l'arbitre et au juge de pallier l'absence de norme coutumière ou conventionnelle applicable.

⁸³ Voy. *Ibid.*, § 62 et suiv. (le tribunal a soulevé « *proprio motu* » la question de l'applicabilité d'un principe général de droit international, le défendeur n'ayant pas invoqué une prétendue coutume ou principe général imposant une obligation d'épuisement des négociations préalables avant le dépôt de la requête. Il admet la possibilité d'appliquer des règles coutumières, à condition qu'elles soient compatibles avec les règles spéciales applicables en l'espèce, à savoir la Convention CIRDI et le TBI Etats-Unis / Argentine).

international, la Cour s'est positionnée de manière claire dans l'affaire *Diallo*⁸⁴. Elle a décidé que malgré la multiplication des accords de protection des investissements et de la Convention de Washington ayant institué des régimes juridiques spécifiques matière de protection des investissements, le principe refusant d'admettre que les actionnaires et leur Etat national puissent agir en cas d'atteinte aux biens, droits et intérêts de la société n'est pas remis en cause. Ce phénomène de la multiplication des précédents conventionnels est en effet l'un des deux phénomènes à l'origine de la place incertaine de la coutume en droit international des investissements. Cette répétition des précédents conventionnels, avec le temps, pourrait permettre à une règle d'accéder au rang de la coutume certes, mais, ce point demeure obscur⁸⁵. Comme l'explique bien le professeur C. Santulli, la multiplication de traités identiques ne constitue pas une preuve univoque de la coutume internationale car « si d'un côté elle montre la concordance des volontés des Etats parties, d'un autre côté, elle révèle le sentiment commun de la nécessité d'établir l'accord »⁸⁶.

Le second phénomène à l'origine de l'incertitude autour de l'existence d'une coutume résulte notamment de l'absence de l'incohérence qui caractérise la jurisprudence arbitrale en matière d'investissement. La jurisprudence, jouant le rôle le plus essentiel dans la révélation de l'existence d'une coutume, ne fournit pas d'éléments suffisants permettant de tirer des conclusions générales sur l'état du droit international coutumier des investissements. Cela est de toute évidence dû au particularisme du droit international des investissements, qui est dominé par des traités bilatéraux, ainsi qu'on l'a dit plus haut.

En l'état actuel du droit international des investissements et de la jurisprudence arbitrale, la réponse reste en suspens. La doctrine internationaliste, quant à elle, se montre réaliste et embrasse la solution du droit international général, telle que consacrée par la CIJ, selon laquelle ni l'épuisement, ni le recours à d'autres moyens de règlement n'est nécessaire préalablement à la saisine du tribunal en l'absence de condition formellement prévue par l'engagement juridictionnel⁸⁷. Certains auteurs

⁸⁴ CIJ, 24 mai 2007, *Ahmadou Sadio Diallo* (République de Guinée c. République démocratique du Congo), *Rec.* 2007, p. 614, §90.

⁸⁵ C. CREPET DAIGREMONT, « Les sources du droit international des investissements », in CH. LEBEN (dir.), *Droit international des investissements et arbitrage transnational*, Paris, Pedone, 2015, p. 111.

⁸⁶ C. SANTULLI, *Introduction au droit international. Formation Exécution Application*, Paris, Pedone, 2013, p. 48.

⁸⁷ C. SCHREUER (éd.), *The ICSID Convention: a Commentary*, Cambridge University Press, 2e édition, 2009, p. 94 ; C. F. AMERASINGHE, *Jurisdiction of specific international tribunals*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2009, p. 455.

sont plutôt optimistes pour l'avenir, tout en admettant que la singularité du droit international de l'investissement, à savoir qu'il repose exclusivement sur des mécanismes spéciaux de droit international, ce qui empêche de considérer qu'une telle évolution a déjà eu lieu⁸⁸.

Un élément qui vient à l'appui du constat selon lequel il n'existe pas, dans le contentieux de l'investissement, un principe général imposant que la négociation soit préalablement épuisée avant la saisine du tribunal, est l'admission par les tribunaux arbitraux compétents en matière d'investissement de la possibilité de la poursuite des négociations en cours d'instance, à l'instar de la CIJ⁸⁹. La limite à la possibilité de concomitance des deux procédures est, à l'évidence, le règlement du différend par la procédure amiable, qui met fin naturellement à la procédure arbitrale, ou, éventuellement, la suspension de la procédure arbitrale par un accord commun des parties.

§2. Le fondement spécial de l'obligation, l'engagement juridictionnel

Le principe de la possibilité de prévoir de telles conditions procédurales dans les clauses compromissaires ou les déclarations facultatives de juridiction obligatoire, ou même dans des compromis, a été admis de longue date par la Cour⁹⁰. Les clauses compromissaires dans lesquelles est prévu le préalable de négociation est bien que de nature analogue, ne sont pas toujours rédigées de manière identique⁹¹. Il existe des clauses qui prévoient un délai dans lequel est enfermé le

⁸⁸ DE NANTEUIL, *Droit international de l'investissement*, op. cit., p. 246.

⁸⁹ Voy. Tribunal CIRDI, 22 février 2006, *Continental Casualty Company c. Argentine*, ARB/03/9, § 93 : « Nor does the existence of ongoing negotiations with local companies or the foreign shareholders [...] represent a bar to the introduction or furtherance of an international claim such as the one at issue » ; Tribunal CIRDI, 26 avril 2005, *AES Corporation c. Argentine*, ARB/02/17, § 62 et suiv. (le tribunal considère que la poursuite des négociations « au niveau local » ne saurait constituer un obstacle à l'exercice de sa compétence, l'absence de leur épuisement n'étant pas une condition spécialement prévue, ni par la Convention CIRDI, ni par le TBI Etats-Unis / Argentine applicables en l'espèce).

⁹⁰ CIJ, 11 juin 1998, *Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria* (Cameroun c. Nigéria), *Rec.* 1998, § 56 : « Un préalable de ce type peut être incorporé et est souvent inséré dans les clauses compromissaires figurant dans les traités. Il peut également figurer dans un compromis, les signataires se réservant alors de ne saisir la Cour qu'une fois écoulé un certain délai ».

⁹¹ Voy. quelques exemples de formulations divergentes : « Tout différend entre deux ou plusieurs Etats parties [...] qui n'aura pas été réglé par voie de négociation ou au moyen des procédures expressément prévues par ladite Convention sera porté, à la requête de toute partie au différend, devant la Cour internationale de Justice... » (Article 22 de la CIEDR) ; « [...] au cas où surgirait, entre deux ou plusieurs Etats signataires, un différend qui, de l'avis de l'une des parties, ne pourrait être résolu au moyen de négociations directes suivant les voies diplomatiques ordinaires, les parties s'engagent à employer les procédures établies dans ce Traité ... » (Article II du Pacte de Bogota de 1948) ; « Tout différend qui pourrait s'élever entre les parties [...] qui ne pourrait pas être réglé d'une manière satisfaisante par la voie diplomatique sera porté devant la Cour internationale de Justice... » (article XXIV, paragraphe 2, du traité d'amitié, de commerce et de navigation entre les Etats-Unis d'Amérique et le Nicaragua de 1956).

préalable de négociation, d'autres non, qui prévoient la possibilité de recourir au règlement judiciaire lorsque le différend « n'a pas pu être réglé par la voie de la négociation », « n'aurait pas pu être réglé ... », « ne pourrait pas être réglé d'une manière satisfaisante par la voie diplomatique »... En outre, les clauses compromissoires sont spéciales⁹², s'appliquent à des différends concernant l'application ou l'interprétation des traités, qu'ils soient des accords bilatéraux ou multilatéraux dans lesquels elles sont insérées. Or, lorsque le préalable de négociation est expressément et spécialement prévu par la clause compromissoire, comme le relève le professeur Bourquin, si l'existence de cette exigence n'est pas contestée dans ce cas, sa portée prête éventuellement à discussion. La question donc « se ram[ène], en somme, à l'interprétation d'un texte conventionnel »⁹³. A la différence des clauses d'arbitrage dans les traités bilatéraux d'investissement exigeant le préalable de négociation, dont la rédaction est généralement peu variable, la CIJ est confrontée à une plus grande diversité de libellés. Ainsi, la manière dont est rédigée chaque clause compromissoire se révèle souvent d'importance capitale, ainsi que nous le verrons *infra*.

En matière de droit des investissements, les Etats sont en principe libres de conditionner par des exigences procédurales leur consentement à l'arbitrage⁹⁴. Si le droit de saisine directe du tribunal arbitral par l'investisseur sur le fondement des TBI n'est guère contesté aujourd'hui, le consentement donné par l'Etat et consigné dans le TBI n'est pas sans condition. Les Etats conservent dans le cadre des négociations des instruments de promotion et de protection des investissements la liberté de subordonner la saisine du tribunal à un nombre d'exigences préalables. Dans une finalité de restreindre le droit de l'investisseur de procéder à un recours direct en

⁹² J.C. WITENBERG & J. DESRIOUX, *L'organisation judiciaire : la procédure et la sentence internationales. Traité pratique*, Paris, Pedone, 1937, p. 7-8 : « La clause compromissoire est soit générale, soit spéciale. Elle est générale lorsqu'elle envisage tous les litiges susceptibles de naître entre les Etats contractants. Elle est spéciale lorsqu'elle n'envisage que les litiges susceptibles de surgir de l'interprétation et de l'application du traité où elle se trouve accessoirement stipulée ».

⁹³ M. BOURQUIN, « Dans quelle mesure le recours à des négociations diplomatiques est-il nécessaire avant qu'un différend puisse être soumis à la juridiction internationale ? », *op. cit.*, p. 44-45 (il a fait ces observations par rapport à l'affaire *Mavrommatis*). Pour illustrer nos propos : voy. affaires récentes dans lesquelles l'interprétation de la clause a été en question : CIJ, 1 avril 2011, *Application de la convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale* (Géorgie c. Fédération de Russie), *op. cit.*, § 122 et suiv. ; CIJ, 17 mars 2016, *Violations alléguées de droits souverains et d'espaces maritimes dans la mer des Caraïbes* (Nicaragua c. Colombie), *Rec.* 2016, § 95.

⁹⁴ En ce qui concerne l'arbitrage CIRDI, les Etats peuvent prévoir des conditions procédurales conditionnant leur consentement, sous réserve qu'elles soient en conformité avec les dispositions obligatoires de la Convention de Washington et des règles et règlements du Centre (voy. CH. SCHREUER, L. MALINTOPPI, A. REINISCH & A. SINCLAIR, *The ICSID Convention: a Commentary*, Cambridge University Press, 2e édition, 2009, p. 237).

arbitrage, certains traités imposent à l'investisseur des obligations préalables à la saisine, dont le respect conditionne l'accès à l'arbitrage.

Bien que la rédaction puisse varier d'un instrument à l'autre, la grande majorité des instruments conventionnels — pour ne pas dire la totalité — prévoit une période de négociation à titre préalable obligatoire à la procédure arbitrale, le plus souvent de trois à six mois, même si elle peut varier de trois mois⁹⁵ à deux ans⁹⁶. Cette exigence peut être assortie d'une obligation de notification du différend et de l'intention de le soumettre à l'arbitrage⁹⁷. Il existe deux catégories de formulations de ce type de clauses dans les traités bilatéraux. Par exemple, l'article 23 du modèle de TBI des Etats-Unis est conçu ainsi : « In the event of an investment dispute, the claimant and the respondent should initially seek to resolve the dispute through consultation and negotiation, which may include the use of non-binding, third-party procedures ». L'article 8 du modèle français est libellé quelque peu différemment. Aux termes du paragraphe premier : « Tout différend relatif aux investissements entre l'une des parties contractante et un investisseur de l'autre partie contractant est réglé à l'amiable entre les deux parties concernées ». Dans les deux cas, ce n'est que si l'une (dans le cas du modèle américain) ou les deux parties (dans le cas du modèle français) considèrent que le différend ne pourra pas être réglé à l'amiable que celui-ci pourra être soumis valablement à l'arbitrage. Or, il importe de souligner qu'alors que le modèle français, comme la plupart des TBI, prévoit un délai minimum de six mois de tentative de résolution à amiable à compter de la naissance du différend, le modèle américain n'impose aucun délai. Comme le soulèvent les professeurs Carreau et Juillard, la comparaison de ce deux types de clauses nous permet de faire une distinction entre les clauses qui relèvent plutôt de la « soft law » (le modèle américain) et celles relevant de la « hard law » (modèle français)⁹⁸.

Au-delà des clauses contenues dans des TBI, au titre des traités multilatéraux d'investissement, on citera les articles 1118 à 1120 de l'ALENA et l'article 26 § 2 de la Charte de l'Energie, qui limite la période de négociation à trois mois.

⁹⁵ TBI Egypte / Royaume-Uni, article 8(1).

⁹⁶ TBI France / Maroc, article 10. Pour un commentaire critique, voy. CH. SCHREUER, « Calvo's Grandchildren : the Return of Local Remedies in Investment Arbitration », *LPICT*, 2005, n°4, p. 4 (selon le professeur Christoph Schreuer, « the shorter periods look quite unrealistic and make one wonder if the drafters seriously expected that a settlement might be achieved in this way. Even the longer periods are somewhat optimistic and look more like a cooling off period than a serious attempt to settle the dispute domestically »).

⁹⁷ Voy. par exemple, traité de l'ALENA, article 1119.

⁹⁸ D. CARREAU et P. JUILLARD, *Droit international économique*, Paris, Dalloz, 2017, p. 691.

Section II La consistance de l'obligation

En général, l'obligation de négocier est traditionnellement définie en droit international comme une obligation de négocier de bonne foi sur l'objet du différend *en vue de* le régler (§1). Toutefois, force est de constater que la détermination de sa consistance est finalement largement tributaire de l'appréciation de son épuisement par la CIJ et les tribunaux arbitraux (§2).

§1. L'obligation de négocier de bonne foi, une obligation de moyens

A. La négociation de bonne foi...

Cette obligation astreint les parties au différend « à présenter mutuellement et à discuter leurs prétentions en vue de trouver une solution qui puisse être acceptée »⁹⁹ par les deux. Tel est donc son contenu : elle n'impose guère une issue nécessairement. A cet égard, selon la CPJI, l'obligation de négocier consiste en une obligation « [non] seulement d'entamer des négociations, mais encore de les poursuivre autant que possible, en vue d'arriver à des accords [même si] [une obligation] de négocier n'implique pas [celle] de s'entendre »¹⁰⁰. C'est en cela que cette obligation est une obligation de moyens ou de comportement, et non de résultat¹⁰¹, puisque, en toute logique, les parties ne sauraient être forcées d'accepter les termes d'un règlement qu'elles considéreraient contraire à leurs intérêts.

La Cour a eu l'occasion dans d'autres affaires de préciser le comportement qu'elle prescrit en général aux Etats concernés dans le cadre de cette obligation : « les parties ont l'obligation de se comporter de telle manière que la négociation ait un sens », et « non pas simplement de procéder à

⁹⁹ C. SANTULLI, *Droit du contentieux international*, *op.cit.*, p. 25.

¹⁰⁰ CPJI, avis consultatif, 15 octobre 1931, *Trafic ferroviaire entre la Lithuanie et la Pologne*, *Rec. Série A/B*, n° 42, p. 116 ; voy. également, parmi d'autres : CIJ, 20 février 1969, *Plateau continental de la mer du Nord* (République fédérale d'Allemagne c. Pays-Bas), *Rec.* 1969, § 87 ; CIJ, 20 avril 2010, *Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay* (Argentine c. Uruguay), *Rec.* 2010 (I), p. 68, § 150...

¹⁰¹ Sur cette question, voy. l'article de référence de J. COMBACAU, « Obligations de résultat et obligations de comportement : quelques questions et pas de réponse », in *Mélanges offerts à Paul Reuter. Le droit international : unité et diversité*, Paris, Pedone, 1981, p. 181 à 204.

une négociation formelle »¹⁰². En d'autres termes, la négociation, une fois déclenchée, doit être menée avec une volonté d'aboutir à une solution mutuellement acceptable¹⁰³.

P. Reuter résume bien la position de la Cour en une phrase : ouvrir les négociations et se comporter en négociateurs, tel serait le contenu minimum de la l'obligation de négocier¹⁰⁴. Il explique qu'une fois la négociation ouverte, « [l]e principe dominant est ici celui de la bonne foi »¹⁰⁵, puisque les Etats doivent se comporter d'une certaine manière, abstraction faite du résultat des négociations.

Dès lors, s'il est admis sans aucune difficulté que l'obligation de négocier est en droit international général une obligation de moyens, « on ne voit pas pourquoi il en irait autrement en droit de l'investissement, puisque cela procède de la logique la plus élémentaire »¹⁰⁶. Or, dans ce sens, dans l'affaire *Murphy* le tribunal CIRDI a déclaré que : « [t]he obligation to negotiate is an obligation of means, not of results. There is no obligation to reach, but rather to try to reach, an agreement. To determine whether negotiations would succeed or not, the parties must first initiate them »¹⁰⁷.

En admettant qu'il s'agisse effectivement d'une obligation, bien plus donc qu'une clause de style, la question qui se pose inévitablement est jusqu'où cet effort doit avoir été poussé pour qu'elle soit considérée comme satisfaite, ce qui sera envisagé *infra*.

B. ...sur l'objet du différend

¹⁰² CIJ, 20 février 1969, *Plateau continental de la mer du Nord* (République fédérale d'Allemagne c. Danemark ; République fédérale d'Allemagne c. Pays-Bas), *Rec.* 1969, § 85 (on tient à préciser que Cour a fait cette affirmation à propos du principe du recours à l'accord pour la délimitation des plateaux continentaux entre Etats dont les côtes sont adjacentes, et non à propos spécifiquement d'une condition de négociation préalable prévue par une clause compromissoire).

¹⁰³ CIJ, 20 décembre 1974, *Essais nucléaires* (Australie c. France), *Rec.* 1974, § 46 : « L'un des principes de base qui président à la création et à l'exécution d'obligations juridiques, quelle qu'en soit la source, est celui de la bonne foi. La confiance réciproque est une condition inhérente de la coopération internationale... » ; voy. également CIJ, 20 décembre 1988, *Actions armées frontalières et transfrontalières* (Nicaragua c. Honduras), *Rec.* 1988, p. 105, § 94.

¹⁰⁴ P. REUTER, « De l'obligation de négocier », *op.cit.*, p. 718.

¹⁰⁵ *Ibid.*, p. 717. Pour une illustration d'une conduite contraire à la bonne foi tirée de la jurisprudence arbitrale, dans l'affaire du Lac Lanoux (Recueil des sentences arbitrales, t. II, p. 930) : rupture injustifiée des entretiens, délais anormaux, mépris des procédures prévues, refus systématique de prendre en considération les propositions ou les intérêts adverses...

¹⁰⁶ A. DE NANTEUIL, *Droit international de l'investissement*, *op. cit.*, p. 246.

¹⁰⁷ Tribunal CIRDI, 15 décembre 2010, *Murphy c. Equateur*, ARB/08/4, § 135 ; voy. également, même affirmation : CPA, 31 janvier 2014, *Guararachi America & Rurelec c. Bolivie*, n°2011-17, §392 (« 'the cooling off period' clause imposes an obligation of means and not an obligation of result ») ; Tribunal CIRDI, 21 décembre 2012, *Teinver S.A., Transportes de Cercanías S.A. and Autobuses Urbanos del Sur S.A. c. Argentine*, ARB/09/01, §108.

La position de la Cour et celle des tribunaux arbitraux convergent sur ce point. Si la négociation doit porter sur la même « question » que celle qui sera portée devant la juridiction, il n'est toutefois pas jugé indispensable que la cause juridique¹⁰⁸ de la réclamation soit identifiée avec précision lors des échanges. En effet, ce qui importe est d'informer le défendeur de ce qui lui sera reproché, du moins, en substance¹⁰⁹.

L'approche souple de la CIJ sur cette question particulière se reflète dans son arrêt sur la compétence et la recevabilité en l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*, dans laquelle la Cour a confirmé que, « parce qu'un Etat ne s'est pas expressément référé, dans des négociations avec un autre Etat, à un traité particulier qui aurait été violé par la conduite de celui-ci, il n'en découle pas nécessairement que le premier ne serait pas admis à invoquer la clause compromissoire dudit traité »¹¹⁰. Si la Cour a admis de longue date que l'absence de référence expresse à l'instrument pertinent lors des négociations n'empêchait pas le demandeur d'invoquer la clause compromissoire pour fonder sa compétence, elle a précisé dans l'affaire *Géorgie c. Russie* que pour que la condition préalable de négociation soit considérée comme satisfaite, la négociation doit du moins porter sur l'objet de l'instrument qui comporte la clause compromissoire, base de la demande. En bref, la négociation préalable « doit concerner l'objet du différend, qui doit lui-même se rapporter aux obligations de fond prévues par l'instrument en question »¹¹¹.

Dans le domaine de l'investissement, les tribunaux ont également une approche souple dans l'appréciation du fond des négociations. Ainsi qu'on l'a expliqué plus haut dans notre rapport, compte tenu du particularisme du contentieux de l'investissement qui consiste en un contentieux présumé, le plus souvent, la présentation par le demandeur de la réclamation au défendeur est suffisante pour établir l'existence du différend et pour en déterminer l'objet. Or, à cet égard, la

¹⁰⁸ Entendue ici au sens large, la cause objective et subjective (voy. sur ce point, C. SANTULLI, *Droit du contentieux international, op. cit.*, p. 352).

¹⁰⁹ *Ibid.*, p. 288.

¹¹⁰ CIJ, 26 novembre 1984, *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique), *Rec.* 1984, § 83.

¹¹¹ CIJ, 1 avril 2011, *Application de la convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale* (Géorgie c. Fédération de Russie), *Rec.* 2011, § 161 (on peut faire observer que dans cette affaire la Cour, par un raisonnement rigide, a estimé que si tentatives de négociation il y avait eu de la part de la Géorgie sur des questions relatives à l'objet du différend, elles ne pouvaient être prises en compte qu'à partir du moment où le différend était né).

jurisprudence arbitrale montre qu'il n'est pas exigé que la notification qui sert de base à la négociation soit très précise, ni complète¹¹².

Cette précision étant faite, on pourrait résumer la manière dont le respect du préalable de négociation est apprécié par les tribunaux sous l'angle de leur objet en citant le tribunal CIRDI dans l'affaire *Tulip*, selon lequel la clause prévoyant le préalable de négociation « does not require the investor to spell out its legal case in detail during the initial negotiation process. Nor does [it] require the investor, on the giving of notice of a dispute arising, to invoke specific BIT provisions at that stage »¹¹³.

Toutefois, il mérite d'être soulevé qu'il en va autrement dans le cadre spécifique du traité de l'ALENA, qui exige expressément selon son article 1119 une notification de l'intention de soumettre une plainte à l'arbitrage. En vertu de cette disposition, la notification, qui sert de base à la négociation, « must specify the provisions of the Agreement alleged to have been breached as well as the issues and the factual basis for the claim »¹¹⁴.

Dans le prolongement de ces observations, on soulèvera une question récurrente en lien direct avec l'objet de la négociation préalable dans le contentieux de l'investissement, qui est celle des

¹¹² Tribunal CIRDI, décision sur la compétence du 23 juillet 2001, *Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. c. Maroc*, ARB/00/4, §20 (« the attempt to reach an amicable settlement should essentially include the existence of grounds for complaint and the desire to resolve these matters out-of-court. It need not be complete or detailed ») ; Tribunal CIRDI, 10 janvier 2005, *Consortium Groupement L.E.S.I.-DIPENTA c. Algérie*, ARB/03/08, §32 (« La deuxième question est de savoir quelles sont les exigences que doit remplir la requête pour faire courir le délai de six mois. Le texte ne le précise pas, et l'on ne peut pour cette seule raison se montrer trop formaliste. Rien en particulier ne permet de conclure qu'il serait indispensable à la Demanderesse de formuler ses prétentions de manière précise [...] »).

¹¹³ Tribunal CIRDI, 5 mars 2013, *Tulip Real Estate Investment and Development Netherlands B.V. c. Turquie*, ARB/11/28, § 57 ; dans ce sens : Tribunal CIRDI, 21 décembre 2012, *Teinver S.A., Transportes de Ceranias S.A. & Autobuses Urbanos del Sur S.A. c. Argentine*, ARB/09/01, §121 et suiv. *Contra* : dans certaines affaires, la référence expresse au TBI applicable - cause objectif de la réclamation - dans la notification de la réclamation au défendeur était exigée par les tribunaux en vertu de la définition conventionnelle plus restrictive du « différend », voy. Tribunal CIRDI, 2 juin 2010, *Burlington Resources Inc. c. Equateur*, ARB/08/5, § 332-340 (le tribunal a jugé que la clause du délai de négociation préalable prévue à l'article VI du TBI Etats-Unis / Equateur « does not impose a formal notice requirement », mais qu'elle « requires evidence of some form or another that allegations of Treaty breach have been made ») ; dans ce sens, voy. Tribunal CIRDI, 15 décembre 2010, *Murphy Exploration and Production Company International c. Equateur*, ARB/08/4, § 104 ; Tribunal CIRDI (MS), 16 mai 2014, *David Minnotte and Robert Lewis c. Pologne*, ARB(AF)/10/1, §123 ...

¹¹⁴ CPA (CNUDCI / ALENA), 24 mars 2016, *Mesa Power Group, LLC c. Canada*, n°2012-17, §297.

conclusions additionnelles¹¹⁵. Dans le même esprit de souplesse qui caractérise la méthode d'analyse de l'objet des demandes initiales, pour ce qui concerne les conclusions supplémentaires, les tribunaux les acceptent largement sans que celles-ci aient fait l'objet d'une négociation préalable (supplémentaire) et sans que le délai de six mois leur soit opposé dès qu'elle « enter within the subject matter of the original claim »¹¹⁶. Il importe de préciser enfin que l'analyse du critère du « *subject matter* », critère déterminant permettant d'établir le lien entre la demande additionnelle et l'initiale par les tribunaux se fait de manière relativement souple¹¹⁷.

§2. L'épuisement de la négociation

Selon M. Sauser-Hall, conseil du Liechtenstein dans l'affaire *Nottebohm*, « on pourrait toujours rétorquer que si les négociations avaient été poursuivies, elles eussent finalement été couronnées de

¹¹⁵ Concernant ce critère, les deux textes pertinents dans le cadre de l'arbitrage CIRDI, à savoir l'article 46 de la Convention et l'article 40 du Règlement d'arbitrage, imposent précisément que le tribunal détermine dans le cadre de demandes additionnelles si celles-ci se rapportant directement à l'objet du différend, à condition que cette demande accessoire soit couverte par le consentement des parties et qu'elle relève par ailleurs de la compétence du Centre. Il est également intéressant de noter que le Règlement de la CNUDCI est, comme sur beaucoup de points, moins exigeant que la Convention et le Règlement d'arbitrage CIRDI, en ce sens qu'il n'impose pas ce critère ou cette restriction que la demande additionnelle relève directement de l'objet de la demande initiale. Selon l'article 22 du Règlement : « Au cours de la procédure arbitrale, l'une ou l'autre partie peut modifier ou compléter sa requête ou sa réponse à moins que le tribunal arbitral considère ne pas devoir autoriser ledit amendement en raison du retard avec lequel il est formulé, du préjudice qu'il causerait à l'autre partie ou de toute autre circonstance. Cependant, une requête ne peut être amendée au point qu'elle sorte du cadre de la clause compromissoire ou de la convention distincte d'arbitrage.

¹¹⁶ Tribunal CIRDI, 6 juillet 2012, *Swisslion DOO Skopje c. Ancienne République yougoslave de Macédoine*, ARB/09/16, §138 ; dans ce sens, voy. également, Tribunal CIRDI, 17 juillet 2003, *CMS Gas Transmission Co. c. Argentine*, ARB01/8, § 109 (« As long as [the alleged measures] affect the investor in violation of its rights and cover the same subject matter, the fact that they may originate from different sources or emerge at different times does not necessarily mean that the disputes are separate and distinct ») ; Tribunal CIRDI (MS), 4 avril 2016, *Chrystallex International Corporation c. Venezuela*, §445 et suiv.

¹¹⁷ Pour illustrer nos propos, voy. Tribunal CIRDI, 6 juillet 2012, *Swisslion DOO Skopje c. Ancienne République yougoslave de Macédoine*, ARB/09/16, §138 (réclamation initiale relative à l'expropriation *de facto* de l'investissement du fait des actes des autorités nationales, puis admission que des demandes supplémentaires relatives à des décisions judiciaires internes préjudiciables intervenues postérieurement entrent dans l'objet du différend) ; *Contra* : CPA (CNUDCI), 31 janvier 2014, *Guararachi America & Rurelec c. Bolivie*, n° 2011-17, § 395-399 (en réplique à l'objection bolivienne à la compétence du tribunal arbitral, faute pour l'investisseur britannique d'avoir respecté la clause du délai de négociation préalable, le demandeur a soutenu que sa notification produite à l'égard de ses requêtes initiales pour la nationalisation était assez large pour couvrir ses nouvelles demandes dans lesquelles l'entreprise britannique s'estimait victime d'une expropriation indirecte. Les arbitres ont jugé qu'il s'agissait des différends différents donc chacun avait besoin d'être notifié de façon séparée. Le tribunal arbitral a ainsi affirmé que « [t]he notification of a claim cannot be interpreted as incorporating previous potential Claims that were not asserted in the notification even though they were already in existence at the time of such notification »).

succès »¹¹⁸. La question que soulève l'examen de la consistance de l'obligation de négociation préalable est naturellement jusqu'où l'effort de la négociation doit être poussé.

Bien que la substitution de l'appréciation du juge ou de l'arbitre à celle des parties paraisse de prime abord malaisée (A) notamment lorsque le préalable de négociation n'est pas enfermé dans un délai minimum pendant lequel la procédure juridictionnelle ne peut être déclenchée, la Cour et les arbitres contrôlent en général l'observation de cette exigence en imposant un seuil de preuve qui varie selon le type du contentieux dans lequel on se place (B).

A. Un contrôle juridictionnel malaisé de l'épuisement de la négociation

En l'absence de délai minimum de négociation prévu par la clause compromissoire, la substitution de l'appréciation de la juridiction internationale à celle des parties au différend sur l'épuisement de la négociation paraît malaisé au vu du caractère relatif d'une telle constatation (1). Toutefois, il existe des critères objectifs permettant l'appréciation de l'épuisement de la négociation : la forme et la durée (2).

1. Le caractère relatif de l'appréciation de l'épuisement de la négociation en l'absence de délai minimum

La Cour a reconnu de longue date le caractère relatif de l'appréciation de l'épuisement des négociations, ce qui la distingue d'ailleurs de l'appréciation de l'épuisement des voies des recours internes, « recours légalement organisées et partant nettement déterminés »¹¹⁹. A défaut de délai minimum prévu par l'engagement juridictionnel imposant le préalable de négociation, « le juge international peut difficilement se substituer à l' 'appréciation diplomatique' qui est à l'origine de l'action »¹²⁰. La position traditionnelle de la Cour et de sa devancière peut se résumer en deux affirmations de la CIJ dans l'affaire Mavrommatis :

¹¹⁸ CIJ, Mémoires, plaidoiries, documents, 1955, vol. I, p. 379. Le juge Padilla Nervo est explicite sur ce point en déclarant : « L'obligation de négocier est une obligation continue qui ne prend jamais fin et qui existe en puissance dans toutes les relations entre Etats » (*Rec.* 1969, p. 92).

¹¹⁹ C. DE VISSCHER, *Aspects récents...*, *op. cit.*, p. 84 ; voy. aussi, M. BOURQUIN, « Dans quelle mesure le recours à des négociations diplomatiques est-il nécessaire avant qu'un différend puisse être soumis à la juridiction internationale ? », *op. cit.*, p. 43 (la condition de l'épuisement des recours internes est « une condition précise » selon l'auteur).

¹²⁰ C. SANTULLI, *Droit du contentieux international*, *op. cit.*, p. 288.

« l'appréciation de l'importance et des chances de réussite d'une négociation diplomatique est essentiellement relative »¹²¹ [...] « la Cour ne peut pas se dispenser de tenir compte, entre autres circonstances, de l'appréciation des États intéressés eux-mêmes, qui sont le mieux placés pour juger des motifs d'ordre politique pouvant rendre impossible la solution diplomatique d'une contestation déterminée »¹²².

Un remède — la panacée ? — à la relativité de l'appréciation et par extension des difficultés liées à la substitution de l'appréciation judiciaire à celle des parties, est d'enfermer le préalable de négociation dans un délai minimum pendant lequel la procédure juridictionnelle ne peut être déclenchée. Telle est la solution apportée par la grande majorité des TBI qui prévoient, ainsi qu'on l'a vu, un délai suspensif de la procédure juridictionnelle de six mois en général. En principe, la réception par l'Etat mis en cause de la notification de la prétention de l'investisseur fait courir le délai et son écoulement tient lieu de l'épuisement de la négociation¹²³.

Toutefois, compte tenu du principe élémentaire du contentieux selon lequel la juridiction dispose de la compétence de sa compétence¹²⁴, la juridiction ne saurait s'en remettre totalement au jugement subjectif des parties — ou, plutôt, pour ce qui nous intéresse, de l'une des parties qui est à l'origine de l'action, puisque, la présente étude est limitée aux cas d'une requête unilatérale —. Or, la juridiction, maître de sa compétence, est tenue de se prononcer au regard des éléments de preuve qui lui sont présentés sur l'exception préliminaire soulevée.

A cet égard, la Cour a rappelé dans le cadre de l'examen de l'application des clauses compromissoires prévoyant un tel préalable procédural qu'elle n'était « pas tenue par la simple affirmation de l'une ou l'autre Partie qu'elle est de tel ou tel avis » et qu'elle devait, « dans l'exercice de sa fonction judiciaire, [...] être libre de porter sa propre appréciation sur cette question, sur la base des preuves dont elle dispose »¹²⁵. Dans le contentieux de l'investissement, au-

¹²¹ CPJI, 30 août 1924, *Concessions Mavrommatis en Palestine* (Grèce c. Grande-Bretagne), *Rec. CPJI Série A*, n^o 2, p. 13.

¹²² *Ibid.*, p. 15.

¹²³ C. SANTULLI, *Droit du contentieux international*, *op. cit.*, p. 288.

¹²⁴ Les textes qui affirment le principe de la compétence de la compétence : article 36 § 6 du Statut de la CIJ, article 21 § 1 du Règlement CNUDCI, article 41 § 1 de la Convention CIRDI et article 45 § 1 du Règlement CIRDI (MS)...

¹²⁵ CIJ, 20 décembre 1988, *Actions armées frontalières et transfrontalières* (Nicaragua c. Honduras), *Rec.* 1988, § 65 ; réaffirmé dans l'affaire *Violations alléguées* (*Rec.* p. 37, § 92).

délà des cas exceptionnels où la nature de la procédure exige une mise à l'écart de l'exigence¹²⁶, les tribunaux arbitraux vérifient effectivement les éléments de preuve qui leur sont soumis, notamment des documents échangés entre les parties au différend, pour déterminer s'il y a eu des tentatives de résolution du différend à l'amiable¹²⁷.

2. Les critères objectifs d'appréciation de l'épuisement de la négociation : la forme et la durée de la négociation

D'emblée, de toute évidence, il mérite d'être précisé que lorsque le préalable est enfermé dans un délai, les parties ne sont pas liées à négocier — et par extension tenues de s'abstenir de déclencher la procédure juridictionnelle — au-delà de la période prescrite. Dans ce cas, il incombe à la juridiction d'attester l'écoulement du délai, ainsi que, le cas échéant, l'absence de règlement du litige par la négociation à la date à laquelle elle statue. Or, si la rédaction des clauses compromissoires transnationales permet d'appliquer un tel critère objectif, comme on l'a déjà relevé (et discuté), il en va autrement des clauses compromissoires internationales, qui n'imposent que rarement un tel délai. Dans cette hypothèse, l'appréciation est certainement moins objective. La position traditionnelle de la CIJ n'a jamais été rigide en ce qui concerne la durée que doivent revêtir les négociations. Depuis le début de son activité, elle a interprété de manière extensive la notion de « négociations diplomatiques » contenue dans des clauses compromissoires. A cet égard, la CPJI avait affirmé de longue date¹²⁸ qu'une négociation ne suppose pas toujours et nécessairement une série plus ou moins longue de notes ou de dépêches. Une conversation de durée très courte suffisait pour démontrer devant la Cour que le différend n'était pas susceptible d'être réglé par la négociation diplomatique.

En ce qui concerne la forme, bien entendu, les échanges formels, tels qu'une correspondance ou des réunions diplomatiques portant sur l'objet du différend, sont considérés par la Cour comme une forme satisfaisante de la négociation¹²⁹. Dans l'affaire du *Sud-Ouest africain*, en 1962, la CIJ a

¹²⁶ Voy. par exemple, dans le cadre d'une procédure devant un arbitre d'urgence : SCC, 29 avril 2014, *TSIKinvest LLC c. Moldavie*, n° 2014/053, §66 (l'arbitre conclut à la recevabilité de la demande en affirmant qu'il serait injuste d'opposer la 'cooling-off period' au demandeur dans le cadre d'une telle procédure d'urgence).

¹²⁷ Tribunal CIRDI, *AMT c. Zaïre*, 21 février 1997, ARB 93/01, § 5.40-5.45 (dans cette affaire l'exception est soulevée par le tribunal *proprio motu*).

¹²⁸ CPJI, 30 août 1924, *Concessions Mavrommatis en Palestine* (Grèce c. Grande-Bretagne), *Rec. CPJI Série A*, n° 2, p. 13.

¹²⁹ CIJ, 20 juillet 2012, *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader* (Belgique c. Sénégal), *Rec.* 2012, § 58-59.

admis que des échanges non formels puissent constituer des négociations, notamment la diplomatie pratiquée au sein des conférences ou diplomatie parlementaire, ce qui, comme le relève certains auteurs, constitue « une prise de position très importante »¹³⁰ par Cour, reflétant la manière (très) souple dont elle analysait cette exigence sous l'angle de la forme des négociations.

Cet emploi du passé composé n'est pas un hasard. Il semble que la position de la Cour a changé depuis l'affaire *Géorgie c. Russie* sur ce point, même s'il convient de noter que le mouvement vers un durcissement de sa position a été amorcé dès l'affaire *Activités armées*¹³¹. Dans le sillage de ce premier arrêt, dans l'affaire *Géorgie c. Russie*, la Cour rappelle que de simples protestations ou contestations ne peuvent constituer des négociations¹³². Tout en réitérant son *obiter dictum* dans l'affaire du *Sud-Ouest africain* concernant l'admissibilité échanges moins formels, notamment les échanges déroulés dans des enceintes internationales, elle accueille l'exception préliminaire de la Russie portant sur le défaut d'observation du préalable de négociation imposé par l'article 22 de la CIEDR. Comme l'affirme M. Dubuy, « [l]e formalisme minimal que la CIJ prônait en apparence en reprenant sa jurisprudence classique [...] a laissé finalement place à l'exploitation formaliste et rigide des éléments de preuve »¹³³. Somme toute, excepté ces précédents la Cour de La Haye s'est, tout au long de son histoire, abstenue d'exiger un formalisme excessif des négociations préalables entre les parties en litige.

Ce libéralisme de forme qui semble être de mise dans le contentieux interétatique se rencontre également dans le contentieux de l'investissement. La position des tribunaux arbitraux est relativement concordante sur ce point. Dans leur majorité, les tribunaux refusent d'enfermer cette obligation dans des limites formelles particulières. Ne faisant preuve d'aucun formalisme, les tribunaux se limitent généralement au constat de la tenue de négociations, sans s'attacher guère à la

¹³⁰ J. SOUBEYROL, « La négociation diplomatique, élément du contentieux international », *Revue Générale de Droit international Public*, 1964, p. 340.

¹³¹ CIJ, 3 février 2006, *Activités armées sur le territoire du Congo (nouvelle requête: 2002)* (République démocratique du Congo c. Rwanda), *Rec.* 2006, § 91 (la Cour refuse d'admettre que de nombreuses protestations de la part de la RDC contre les agissements du Rwanda, tant au plan bilatéral, à travers des contacts directs avec le Rwanda, qu'au plan multilatéral dans le cadre d'organes internationaux, constituent des tentatives de négociation) ; voy. sur ce point l'opinion dissidente du juge ad hoc Mavungu dans cette affaire, § 25 et suiv.

¹³² CIJ, 1 avril 2011, *Application de la convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale* (Géorgie c. Fédération de Russie), *Rec.* 2011, §157, § 181 (la Cour refuse d'admettre de simples déclarations — la conférence de presse du président de la Géorgie ou des déclarations faites au Conseil de sécurité — constituent de la part de la Géorgie de véritables tentatives de négociation sur des questions relevant de la CIEDR).

¹³³ M. DUBUY, « Application de la convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (Géorgie c. Fédération de Russie), exceptions préliminaires : un formalisme excessif au service du classicisme ? », in *Annuaire français de droit international*, vol. 57, 2011, p. 197.

forme des échanges¹³⁴. En bref, pour résumer la position des tribunaux arbitraux, « [i]l n'est donc pas question d'une obligation de formaliser ces discussions [informelles] ni de consigner leurs résultats par écrit »¹³⁵.

Cependant, il importe de faire observer qu'il ressort de la jurisprudence tant arbitrale que judiciaire de la CIJ qu'*in fine*, « ce qui importe en la matière ce n'est pas tant la forme des négociations que l'attitude et les thèses des Parties sur les aspects fondamentaux de la question en litige »¹³⁶.

B. Le seuil de preuve exigé de l'épuisement de la négociation

D'emblée, il est important de préciser que cette question est largement tributaire de la manière dont est rédigée la clause compromissoire, et de toute évidence, de son interprétation par la CIJ ou les tribunaux. De manière générale, est exigée la preuve d'une tentative pour que le préalable soit considéré comme respecté (1). Cette tentative n'est pas exigée en cas de futilité démontrée de la négociation (2).

1. L'épuisement de la négociation préalable, la tentative de négocier

Dans la jurisprudence de la CIJ et de sa devancière, la condition a toujours été jugée satisfaite aisément, les deux Cours ayant depuis toujours interprété de manière large le terme « négociations » prévue par les clauses compromissoires. Eu égard notamment à la nature de l'obligation, l'exigence de négociations préalables était interprétée comme une tentative de règlement amiable. Pour que la condition soit considérée satisfaite, il suffit donc qu'une partie ait tenté — en vain — de négocier. La Cour déclare la demande recevable (ou plutôt se déclare compétente) à partir du moment où le

¹³⁴ Voy. Tribunal CIRDI, 2 juin 2010, *Burlington Resources c. Equateur*, n°ARB/08/5, § 337 (le tribunal admet que des comptes rendus de réunions peuvent constituer une preuve suffisante).

¹³⁵ A. DE NANTEUIL, *Droit international de l'investissement*, *op. cit.*, p. 247.

¹³⁶ CIJ, 20 décembre 1988, *Actions armées frontalières et transfrontalières* (Nicaragua c. Honduras), *Rec.* 1988, p. 99 ; Tribunal CIRDI, 29 juin 2018, *Casinos Austria International GmbH and Casinos Austria Aktiengesellschaft c. Argentine*, ARB/14/32, §290 (« substance, in this context, should be preferred over form »).

différend n'a pas été réglé d'une manière satisfaisante par la voie diplomatique avant de lui être soumis¹³⁷.

A rebours de cette jurisprudence constante des deux Cours, la CIJ dans l'affaire *Géorgie c. Russie* a assorti l'exigence de négociation préalable d'un seuil de preuve de son épuisement très élevé. En effet, la Cour a estimé qu'il n'est pas suffisant de démontrer que les parties avaient pris le chemin des négociations, qu'ils ont tenté ou ont débuté les négociations ; cette condition ne peut être satisfaite que si les parties prouvent que les négociations ont échoué, sont devenues inutiles, ou ont abouti à une impasse¹³⁸. Malgré le fait que les éléments de preuve pouvaient objectivement révéler qu'il y a eu des tentatives de négociation¹³⁹, la Cour, faisant preuve de peu de souplesse et de réalisme, juge que rien ne prouvait que la Géorgie a véritablement tenté de négocier sur les questions relevant de la CIEDR et qu'ainsi, dans l'impossibilité de constater une tentative de négociation, la Cour n'avait pas à pencher sur la question de savoir si la Géorgie les a poursuivies autant que possible dans le but de régler le différend¹⁴⁰.

¹³⁷ Voy. CIJ, 24 mai 1980, *Personnel diplomatique et consulaire des États-Unis à Téhéran* (États-Unis d'Amérique c. Iran), *Rec.* 1980, p. 26-28 ; CIJ, 6 novembre 2003, *Plates-formes pétrolières* (République islamique d'Iran c. États-Unis d'Amérique), *Rec.* 2003, p. 210-211, § 107 (la Cour rejette l'exception tirée de l'inobservation de la clause compromissoire du Traité d'amitié Iran / États-Unis en se fondant sur le libellé selon lequel ne peut être soumis à la Cour un différend qui « ne pourrait pas être réglé d'une manière satisfaisante par la voie diplomatique »). Telle était l'argumentation de la Géorgie dans l'affaire *Géorgie c. Russie* (§118).

¹³⁸ CIJ, 1 avril 2011, *Application de la convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale* (Géorgie c. Fédération de Russie), *Rec.* 2011, §159, 160.

¹³⁹ *Ibid.* § 181 (la Cour refuse d'admettre de simples déclarations — la conférence de presse du président de la Géorgie ou des déclarations faites au Conseil de sécurité — constituent de la part de la Géorgie de véritables tentatives de négociation sur des questions relevant de la CIEDR ; elle énonce que les accusations et réponses formulées par l'une et l'autre des parties sur les questions d'«extermination» et de «nettoyage ethnique», si elles attestent l'existence d'un différend sur des questions relevant de la Convention, elles ne prouvent pas qu'il y a eu tentative de négociation — il est à noter que la Géorgie affirmait qu'elle avait appelé la Russie à négocier par l'intermédiaire de l'ONU, les relations diplomatiques étant suspendues).

¹⁴⁰ *Ibid.*, §162. Pour une critique de la position de la Cour voy. l'Opinion dissidente commune des juges dénonçant cette application irréaliste aux paragraphes 12, 50 et 67 (ils appuient leur critique sur le fait que la Géorgie avait de longue date accusé la Russie de nettoyage ethnique contre des Géorgiens de souche, et la rupture des relations entre la Russie et la Géorgie, qui s'est traduite par le recours à la force armée, était la résultante d'un différend enraciné dans la période précédant le mois d'août 2008 ; une fois les hostilités déclarées, il était difficilement concevable que les parties puissent se remettre à la table des négociations ; les juges dissidents ont estimé que toute possibilité raisonnable de règlement du différend avait été épuisée).

Cependant, on tient à préciser qu'il est difficile de tirer des enseignements concluants de ce précédent¹⁴¹. Certaines affirmations de la Cour dans des espèces ultérieures donnent à penser que ce contrôle poussé « se justifiait » en l'espèce par la formule de clause compromissoire en question. Dès lors, la question pourrait légitimement se poser s'il s'agit d'un véritable changement de politique jurisprudentielle ou d'un épisode isolé, même s'il paraît que la position rigide de la Cour était tributaire de considérations tenant au libellé de la clause en question¹⁴². Toutefois, il convient de noter que dans le principe, sur cette même disposition, l'article 22 de la CIEDR, cette position de la Cour a été réaffirmée dans son ordonnance du 23 juillet 2018 en l'affaire *Application de la convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale* (Qatar c. Emirats arabes unis)¹⁴³.

Dans le contentieux de l'investissement, le contrôle de l'épuisement de la négociation préalable est en règle générale minimal. En effet, comme il a été déjà vu plus haut, dans une approche plutôt laxiste, la majorité des tribunaux arbitraux admettent que la réception de la prétention par la partie en cause fait courir le délai, et son écoulement tient lieu de l'épuisement de la négociation¹⁴⁴. Dès lors, la preuve apportée par le demandeur de la notification de sa réclamation à la partie adverse, qui satisfait aux exigences de fond qu'on a examinées ci-dessus, faisant courir le délai prévu, est en

¹⁴¹ Voy. CIJ, 20 juillet 2012, *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader* (Belgique c. Sénégal), *Rec.* 2012, §56 et suiv. (plusieurs échanges de correspondance et réunions diplomatiques tenues sur l'objet du différend dans le cadre desquels il y a eu des indications expresses qu'il s'agissait des échanges en vue de satisfaire à la condition prévue à l'article 30 de la convention de la torture exigeant des négociations préalables) ; CIJ, 17 mars 2016, *Violations alléguées de droits souverains et d'espaces maritimes dans la mer des Caraïbes* (Nicaragua c. Colombie), *C.I.J. Rec.* 2016, § 80 et suiv. : dans cette affaire, la question de l'épuisement ne s'est pas posée dans les mêmes termes que dans des affaires précitées, puisque, eu égard au libellé de l'article II du pacte de Bogota applicable, la Cour n'exige pas véritablement la preuve de l'épuisement de la négociation, mais la preuve qu'à la date du dépôt de la requête, aucune des deux Parties ne pouvait soutenir de manière plausible que le différend qui les opposait pouvait être résolu au moyen de négociations directes).

¹⁴² Voy. à cet égard : CIJ, ordonnance du 3 octobre 2018, *Violations alléguées du traité d'amitié, de commerce et de droits consulaires de 1955* (République islamique d'Iran c. Etats-Unis d'Amérique) : la Cour refuse d'appliquer sa solution dégagée en l'affaire *Géorgie c. Russie* après avoir constaté que le libellé des deux dispositions exigeant des négociations diplomatiques préalables n'est pas identique. Dès lors, tout en prenant acte du caractère « descriptif » du libellé de la clause en question, la Cour se contente de constater que « le différend n'a pas été réglé d'une manière satisfaisante par la voie diplomatique avant de lui être soumis ».

¹⁴³ CIJ, ordonnance du 23 juillet 2018, *Application de la convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale* (Qatar c. Emirats arabes unis), § 36-38 (tout en prenant en considération les protestations des représentants du Qatar dans des enceintes internationales, pour conclure que le différend n'a pas pu être réglé par voie de négociation au moment du dépôt de la requête, elle s'appuie sur une lettre officielle du Qatar proposant l'ouverture des négociations adressée au ministre des affaires étrangères des Emirats arabes unis, restée sans réponse).

¹⁴⁴ C. SANTULLI, *Droit du contentieux international, op. cit.*, p. 288.

réalité analysée par les tribunaux comme une tentative de négocier ; une fois le délai écoulé, la négociation est tenue pour épuisée¹⁴⁵.

Comme l'a affirmé le tribunal CIRDI en l'affaire *Burlington Resources* la clause imposant une négociation préalable est généralement analysée ainsi :

« simply requires the investor to inform the host State that it faces allegations of Treaty breach which could eventually engage the host State's international responsibility before an international tribunal. In other words, it requires the investor to apprise the host State of the likely consequences that would follow should the negotiation process break down »¹⁴⁶.

A dire vrai, dans cette optique, le préalable de négociation ne vise pas véritablement à prévenir la résolution du différend devant un tribunal arbitral¹⁴⁷, mais sert l'objectif — plus modeste — de simplement informer l'Etat hôte de la réclamation du moins en substance, tout en lui permettant de prendre les mesures nécessaires pour permettre la résolution du différend¹⁴⁸. A ce titre, il peut être observé que, dans une perspective critique face à l'approche très formelle des tribunaux arbitraux, si l'analyse de la clause prévoyant un délai de négociation préalable ne permet pas de prévenir véritablement la résolution du différend devant un tribunal arbitral, la question pourrait effectivement se poser s'il existe une véritable utilité de cette obligation dans le contentieux relatif

¹⁴⁵ Tribunal CIRDI, 31 juillet 2001, *Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. c. Maroc*, ARB/00/4, § 20-21 (the Tribunal considers that the above-mentioned condition is fulfilled in the present case: the various documents constitute a "written request aimed toward the amicable settlement of the dispute," referring to the grounds for complaint raised in the current proceedings ») ; Tribunal CIRDI, 29 janvier 2016, *Tenaris S.A. and Talta - Trading e Marketing Sociedade Unipessoal Lda. c. Venezuela*, ARB/11/26, § 242-243 ; CCS (Charte de l'Energie), 29 mars 2005, *Petrobart c. République kirghize*, n°126/2003, § VIII-7 (le tribunal a rejeté l'exception tirée de l'absence de négociations en affirmant que "the letters addressed and sent to the Prime Minister must be accepted as requests for amicable settlement »).

¹⁴⁶ Tribunal CIRDI, 2 juin 2010, *Burlington Resources c. Equateur*, n°ARB/08/5, §338 ; voy. également, *Tulip, op. cit.*, § 57 (il suffit d'être établi que : « the investor sufficiently informs the State party of allegations of breaches of the treaty made by a national of the other Contracting State that may later be invoked to engage the host State's international responsibility before an international tribunal ») ; voy. dans le sillage de cette jurisprudence : Tribunal CIRDI, 29 janvier 2016, *Tenaris S.A. and Talta - Trading e Marketing Sociedade Unipessoal Lda. c. Venezuela*, ARB/11/26, § 246.

¹⁴⁷ Pour le professeur Christoph Schreuer, « the shorter periods look quite unrealistic and make one wonder if the drafters seriously expected that a settlement might be achieved in this way. Even the longer periods are somewhat optimistic and look more like a cooling off period than a serious attempt to settle the dispute domestically » (CH. SCHREUER, « Calvo's Grandchildren : the Return of Local Remedies in Investment Arbitration », *op.cit.*, p. 4).

¹⁴⁸ *Burlington, op. cit.* §338 (« in other words, it requires the investor to apprise the host State of the likely consequences that would follow should the negotiation process break down ») ; *Salini, op. cit.* §21 (« these documents allowed or, at least, should have allowed the Kingdom of Morocco to become aware of the dispute and to take the necessary steps to enable the resolution of the dispute »).

aux investissements¹⁴⁹. Dans cette optique, la portée de la clause compromissoire transnationale imposant le préalable de négociation se voit très limitée, ce qui la rend *in fine* qu'une clause de style.

A l'opposé, certains tribunaux, dans le cadre d'une évolution jurisprudentielle dont on fera état dans un stade ultérieur de notre analyse, contrairement à la ligne jurisprudentielle dominante, ont exigé que de véritables tentatives de négociation soient entamées et prouvées. Dans l'affaire *Murphy c. Equateur*, le tribunal a à cet égard précisé que « "determine whether negotiations would succeed or not, the parties must first initiate them »¹⁵⁰. En effet, dans cette affaire, en exigeant la preuve de tentatives véritables d'engagement de la négociation, le tribunal a assorti l'obligation d'un seuil très élevé à partir duquel il est possible de conclure à la satisfaction de la condition de négociation. Ainsi, le demandeur est tenu de démontrer qu'il a du moins tenté de négocier, sauf en cas de futilité ou d'inutilité. Dans la lignée de cette jurisprudence, le tribunal CIRDI dans l'affaire *Teinver* a déclaré que :

« it would be an overly literal interpretation of Article X(2)'s "cannot be settled within six months" language to read it as simply requiring that the Parties wait for six months after the dispute began before they proceed to the next step in the dispute settlement process. The natural reading of Articles X(1) and (2) together is that the Parties are obligated to make their best efforts to amicably settle their dispute, and that they are required to do so for six months before proceeding to the next step »¹⁵¹.

En ce sens, le professeur Ch. Schreuer a relevé que la qualification de ce préalable dans la terminologie anglaise de « waiting period » ou « cooling-off period » « is something of misnomer », puisque ce préalable impose aux parties « to take positive steps to seek a resolution that my avert the need of arbitration »¹⁵².

¹⁴⁹ N. CHAEVA, Les exceptions préliminaires dans l'arbitrage sur le fondement des traités de promotion et de protection des investissements, thèse, Paris II, 2014, p. 441.

¹⁵⁰ Tribunal CIRDI, 15 décembre 2010, *Murphy Exploration and Production Company International c. Equateur*, ARB/08/4, §135.

¹⁵¹ Tribunal CIRDI, 21 décembre 2012, *Teinver S.A., Transportes de Ceranias S.A. & Autobuses Urbanos del Sur S.A. c. Argentine*, ARB/09/1, §108.

¹⁵² CH. SCHREUER, « Travelling the BIT Route – Of Waiting Periods, Umbrella Clauses and Forks in the Road », *JWIT*, 2004, n°2, p. 238.

Somme toute, les tribunaux arbitraux considèrent que l'obligation de négociation préalable est satisfaite « dès lors que l'une des parties en différend n'est pas restée totalement interne pendant la période pré-contentieuse »¹⁵³.

2. La limite, la futilité prouvée de la négociation

L'obligation étant une obligation de moyens, le refus d'une partie d'accepter de considérer les mérites de la prétention de la partie adverse justifierait le recours par celle-ci au mode juridictionnel. Si l'une des parties refuse totalement de se prêter au jeu des négociations, au-delà de certaines conséquences que cela pourrait impliquer, par l'exemple la prise en compte par le tribunal de ce comportement au moment de la décision de la répartition des frais de procédure et de représentation, la solution de principe est convergente devant la CIJ et les tribunaux arbitraux.

Pour la CIJ, accréditant la position de sa devancière, l'attitude « négative » de l'une des parties suffirait à permettre à l'autre de porter l'affaire devant la Cour, même si l'échange de vues n'avait que très peu duré. Ainsi, dans un célèbre passage de son arrêt en l'affaire des *Concessions Mavrommatis en Palestine*, la CPJI a déclaré :

« [c]e peut être assez qu'une conversation ait été entamée ; cette conversation a pu être très courte : tel est le cas si elle a rencontré un point mort, si elle s'est heurtée finalement à un *non possumus* ou à un *non volumus* péremptoire de l'une des parties et qu'ainsi il est apparu avec évidence que le différend n'est pas susceptible d'être réglé par une négociation diplomatique »¹⁵⁴.

La détermination par la Cour de la question de savoir si « des négociations ont eu lieu et si elles ont échoué, sont devenues inutiles ou ont abouti à une impasse est essentiellement une question de fait, « une question d'espèce »¹⁵⁵. Au-delà des affirmations de principe, dans la pratique, la CIJ a eu l'occasion à plusieurs reprises, dans des affaires concrètes, d'attester le refus de l'une des parties de négocier, pour arriver assez rapidement à la conclusion que la condition était satisfaite¹⁵⁶.

¹⁵³ D. CARREAU et P. JUILLARD, *Droit international économique*, Paris, Dalloz, 2017, p. 691.

¹⁵⁴ CPJI, 30 août 1924, *Concessions Mavrommatis en Palestine* (Grèce c. Grande-Bretagne), *Rec. CPJI Série A*, n^o 2, p. 13.

¹⁵⁵ *Ibid.*

¹⁵⁶ Voy. par exemple, CIJ, 24 mai 1980, *Personnel diplomatique et consulaire des Etats-Unis à Téhéran* (Etats-Unis d'Amérique c. Iran), *Rec.* 1980, § 51 (« lorsque les Etats-Unis [avaient] déposé leur requête du 29 novembre 1979, leurs tentatives de négociations avec l'Iran au sujet de l'invasion de leur ambassade et de la détention de leurs ressortissants en otages avaient abouti à une impasse, le Gouvernement de l'Iran ayant refusé toute discussion » [italiques de nous]).

Les tribunaux arbitraux ont également admis que la futilité de la négociation emporte son « épuisement », ou, pour être plus précis, dispense le demandeur de l'obligation de respecter le délai de six mois dans lequel est enfermé le préalable de négociation. En ce sens, la futilité constitue une exception à la condition préalable de négociation. A cet égard, le tribunal dans l'affaire *LESI* a affirmé que « [...] l'on devrait pouvoir en faire abstraction dans des cas où il apparaîtrait à l'évidence qu'une tentative de conciliation serait d'emblée vouée à l'échec, en raison de l'attitude manifestée de manière définitive par l'autre partie »¹⁵⁷. Dans l'affaire *Ethyl Corporation c. Canada*, le tribunal CNUDCI a établi un parallèle entre la règle de l'épuisement des voies de recours internes qui dispense le sujet interne de l'obligation d'épuiser les recours futiles et le préalable de négociation, qui ne devrait pas avoir comme conséquence de retarder la procédure lorsque la futilité d'engager des négociations ou de les poursuivre est prouvée¹⁵⁸. Cependant, il est important de préciser que la simple allégation de futilité ou d'inutilité d'engager des négociations de la part du demandeur n'est pas suffisante pour prouver la futilité et par conséquent pour le dispenser de l'exigence les déclencher¹⁵⁹.

En guise de transition, on pourrait faire observer que dans les affaires dans lesquelles cette exigence était considérée comme satisfaite, le constat se fait sans peine que le différend ne peut pas être réglé par la négociation, hypothèse la plus fréquente tant devant la CIJ que devant les tribunaux arbitraux. Toutefois, ce sont les affaires dans lesquelles cette exigence n'a pas été considérée comme remplie qui fournissent des indications utiles quant au régime juridique de cette obligation, qui sera examiné ci-après.

¹⁵⁷ Tribunal CIRDI, 10 janvier 2005, *Consortium Groupement L.E.S.I.-DIPENTA c. Algérie*, ARB/05/3, §32. Pour des cas dans lesquels l'argument de la futilité était admis par le tribunal, voy. par exemple, Tribunal CIRDI, 9 septembre 2008, *Occidental Petroleum Corporation et al. Equateur*, ARB/06/11, § 93-95 ; *Teinver, op. cit.*, §129.

¹⁵⁸ SA (CNUDCI / ALENA), 24 juin 1998, *Ethyl Corporation c. Canada*, § 84 ; Tribunal CIRDI, 10 janvier 2005, *Consortium Groupement L.E.S.I.- DIPENTA c. Algérie*, ARB/03/08, §32 (le tribunal considère qu'on ne saurait opposer le délai de six mois lorsque la négociation est manifestement inutile).

¹⁵⁹ Tribunal CIRDI, 15 décembre 2010, *Murphy Exploration and Production Company International c. Equateur*, ARB/08/4, §135 et suiv.

Section III Le régime du préalable de négociation

Comme le relèvent certains auteurs, une évolution a eu lieu en la matière, tant devant les tribunaux internationaux que internes¹⁶⁰. Ainsi qu'on l'a vu, l'affaire *Géorgie c. Russie* semble marquer une rupture avec son approche traditionnelle sur la question du préalable diplomatique, non seulement du point de vue de la rigidification de son contrôle sur son observation, exposé *supra*, mais également du point de vue de la qualification juridique¹⁶¹ de cette exigence (§1), et corollairement des conséquences s'attachant à son inobservation (§2). Or, compte tenu de l'*auctoritas* particulière de la CIJ, sous l'influence de sa jurisprudence, un nouveau mouvement s'est amorcé dans le contentieux de l'investissement, qui consiste à ne plus traiter ce préalable comme une condition procédurale, selon une position traditionnelle des tribunaux.

§1. La qualification du préalable de négociation

Pour J.C. Witenberg, « le pouvoir de qualification se déduit du droit généralement accordé aux arbitres par les compromis d'élaborer leurs règlements de procédure et de garder la direction des débats »¹⁶².

Afin de statuer sur une exception préliminaire déterminant les conséquences s'attachant à l'inobservation du préalable de négociation, le juge ou le tribunal arbitral doit, au préalable, effectuer une opération de qualification, c'est-à-dire, faire entrer la condition préalable, dont le défaut fait l'objet de l'exception préliminaire, dans la « catégorie » de la compétence ou de la recevabilité.

¹⁶⁰ G. BORN & M. SCEKIC, « Pre-Arbitration Procedural Requirements: 'A Dismal Swamp' », in E. TRIANTAFILOU & A. COHEN SMUTNY (éd.), *Practising Virtue: Inside International Arbitration*, Oxford, OUP, 2015, 232-233, 239-240.

¹⁶¹ On entend par « qualification » l'opération consistant à rattacher une situation de fait ou de droit à une catégorie juridique existante, consubstantielle à la détermination du régime applicable à cette situation, et plus précisément, des conséquences qui s'imposent en cas d'inobservation. Voy. J. SALMON (dir.), *Dictionnaire de droit international public*, p. 915.

¹⁶² J. C. WITENBERG, « La recevabilité des réclamations devant les juridictions internationales », *op.cit.*, p. 120.

On ne saurait souscrire à l'avis de certains auteurs et tribunaux¹⁶³ qui doutent de la « pertinence »¹⁶⁴ du débat relatif à la nature de l'exigence d'un recours préalable et de la qualification de l'exception tirée de son défaut d'observation. La distinction présente un intérêt certain en ce qui concerne les effets à attacher au défaut de respect du préalable. Cet intérêt n'est pas simplement théorique, il a des incidences pratiques concrètes. Comme l'a bien expliqué Sir Fitzmaurice, « the distinction ought to be maintained, both on account of its jurisprudential importance and because it may involve considerable differences of treatment and procedure in particular cases »¹⁶⁵.

Or, le choix du juge ou de l'arbitre d'analyser cette exigence préalable en une condition procédurale ou une condition du consentement de l'Etat (A) dépend généralement la qualification de l'exception préliminaire tirée du défaut de son respect (B)¹⁶⁶. D'emblée, force est de faire observer que la jurisprudence de la Cour n'a pas toujours été stable concernant la qualification, et dans le contentieux de l'investissement, les tribunaux sont, sur ce thème, partagés¹⁶⁷.

¹⁶³ Tribunal CIRDI, 8 février 2013, *Ambiente Ufficio S.p.A. et al. c. Argentine*, ARB/08/9, § 572-575 (selon ce tribunal arbitral, il n'est pas nécessaire de qualifier ces conditions comme des questions de compétence ou de recevabilité ; en tout état de cause, qu'elles relèvent de la compétence ou de la recevabilité, le tribunal devra rejeter « dismiss the claim », sans pouvoir se prononcer sur le fond de celle-ci si ces conditions ne sont pas remplies). *Contra*, précisément à ce sujet, voy. Tribunal CIRDI, 4 août 2011, *Abaclat and Others (Case formerly known as Giovanna a Beccara and Others) c. Argentine*, ARB/07/5, § 247 (le tribunal explique les effets distincts de l'incompétence et d'irrecevabilité).

¹⁶⁴ Voy. B. REMY, « Chronique des sentences arbitrales », in *Journal du droit international (Clunet)*, n° 1, janvier 2019, chron. 1, p. 243 ; voy. G. ZEILER, « Jurisdiction, competence, and admissibility of claims in ICSID arbitration proceedings », in CH. BINDER (Ch.) (éd.), *International Investment Law for the 21st Century: Essays in Honour of Christoph Schreuer*, New York, Oxford University Press, 2009, p. 76 (l'auteur soutient qu'ils sont « truly synonymous »).

¹⁶⁵ G. FITZMAURICE, « The Law and Procedure of the International Court of Justice, 1951-4: Questions of Jurisdiction, Competence and Procedure », *op.cit.*, p. 13.

¹⁶⁶ En réalité, l'appréciation sur les deux questions se confond dans la jurisprudence de la CIJ et des tribunaux arbitraux. On admet à cet égard que notre distinction dans le présent paragraphe est à cet égard quelque peu artificielle, mais utile en ce qu'elle répond à des besoins de clarté et de présentation de nos observations sur cette jurisprudence.

¹⁶⁷ Cette divergence dans la jurisprudence arbitrale sur la question a exhorté certains auteurs de la qualifier de « dismal swamp » (G. BORN & M. SCEKIC, « Pre-Arbitration Procedural Requirements: 'A Dismal Swamp' », *op. cit.*, 227) .

A. Le préalable de négociation, condition procédurale ou condition préalable obligatoire ?

La question qui se pose d'emblée, à la lecture des clauses compromissaires internationales ou transnationales imposant ce préalable, est si ces exigences revêtent un caractère obligatoire ou purement incitatif ou procédural¹⁶⁸.

Sans anticiper sur les développements qui suivront quant aux effets du non-respect et la possibilité de régularisation, nous indiquerons que, comme le soulève avec justesse le professeur G. Abi-Saab, étant donné le caractère dilatoire de l'exception tirée de l'absence de négociations¹⁶⁹, et le caractère « régularisable » de cette condition¹⁷⁰, la Cour admettait traditionnellement que cette condition, lorsqu'elle est prévue par l'engagement juridictionnel, devrait être considérée comme une condition de forme, dont le non-respect ne saurait affecter sa compétence d'examiner le fond de l'affaire.

Il est un lieu commun que la Cour se montre peu stricte quant à des déficiences formelles, qui n'empêchent guère la poursuite de l'examen de l'affaire lorsque des mesures curatives sont disponibles¹⁷¹. A titre d'illustration, dans l'affaire *Concessions Mavrommatis en Palestine*, le préalable diplomatique était prévu par le titre de compétence, et tout en lui donnant effet, la Cour l'a interprété de manière libérale dans un esprit de souplesse qui caractérise les relations internationales¹⁷². Ce cas démontre précisément que la Cour a depuis toujours traité cette condition comme une condition procédurale et non comme une condition obligatoire préalable à sa saisine.

Dans l'affaire *Géorgie c. Russie* la Cour, après une longue analyse interprétative de l'article 22 de la CIEDR, en soulignant l'effet qu'il convient de conférer aux termes de la clause, a conclu que

¹⁶⁸ On emploie ce terme pour qualifier les conditions prescrivant certaines démarches à accomplir avant que le juge saisi puisse connaître valablement du différend soumis. Le terme « procédure » revêt plusieurs sens. *Crescendo*, en allant du plus général au plus spécifique, il désigne d'abord « l'ensemble de règles ayant pour objet d'élaborer régulièrement un acte ou de déterminer l'organisation, la compétence et les modes de fonctionnement d'un organe ». Au sens plus particulier, « l'ensemble de règles ayant pour objet l'examen par un organe des questions qui lui sont soumises et qui décrivent la manière de procéder et les formalités à remplir ». Au sens le plus spécifique du terme « procédure », tel qu'on l'applique à la procédure judiciaire, il désigne « l'ensemble de règles à suivre pour le déroulement régulier d'un procès depuis la demande introduisant l'instance jusqu'à la décision » (J. SALMON (éd.), *Dictionnaire de droit international public*, *op. cit.*, p. 886-887).

¹⁶⁹ G. ABI-SAAB, *Les exceptions préliminaires dans la procédure de la Cour internationale*, *op. cit.*, p. 123.

¹⁷⁰ CPII, 25 août 1925, *Certains intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise* (Allemagne c. Pologne), *Rec. Série A*, n°6, p. 14 : « cette condition pourrait être à tout moment remplie par un acte unilatéral de la Partie demanderesse ».

¹⁷¹ R. KOLB, *La Cour internationale de Justice*, *op. cit.*, p. 221.

¹⁷² CPII, 30 août 1924, *Concessions Mavrommatis en Palestine* (Grèce c. Grande-Bretagne), *op. cit.*, p. 13-15.

l'article 22 contient des « conditions préalables »¹⁷³ à sa saisine. Cependant, force est de constater que l'identification de cette exigence comme une condition préalable contredisait la position que la Cour avait tenue en 2008 dans son ordonnance sur les mesures conservatoires¹⁷⁴. La contradiction entre l'interprétation de l'article 22 de la CIEDR par la Cour dans son ordonnance du 15 octobre 2008 et dans son arrêt du 1^{er} avril 2011 est flagrante. Pour justifier cette situation paradoxale, la Cour s'est retranchée derrière sa formule classique, réitérée dans toutes ses ordonnances en indication de mesures provisoires, lui laissant la liberté de s'écarter ultérieurement des positions exprimées dans ces ordonnances¹⁷⁵. Les juges dissidents n'ont pas hésité à condamner le caractère « fluctuant » et incertain de la jurisprudence¹⁷⁶. Toutefois, il est à noter que la Cour a très récemment confirmé sa position dans son ordonnance du 23 juillet 2018, concernant l'interprétation de la même clause compromissive¹⁷⁷.

Qu'il soit considéré comme un « accident » de jurisprudence ou d'un « revirement », nous estimons que ce précédent a influencé la manière dont les tribunaux interprètent cette exigence spéciale¹⁷⁸.

¹⁷³ CIJ, 1 avril 2011, *Application de la convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale* (Géorgie c. Fédération de Russie), *op. cit.* §140-141.

¹⁷⁴ CIJ, ordonnance du 15 octobre 2008, *Application de la convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale* (Géorgie c. Fédération de Russie), *Rec. 2008*, § 114 : « la formule « [t]out différend ... qui n'aura pas été réglé par voie de négociation ou au moyen des procédures expressément prévues » par la Convention, prise dans son sens naturel, ne donne pas à penser que la tenue de négociations formelles au titre de la Convention ou le recours aux procédures visées à l'article 22 constituent des conditions préalables auxquelles il doit être satisfait avant toute saisine de la Cour ». Pour une critique du changement de position de la Cour, voy. Opinion dissidente commune en la même affaire, §34 (ni l'analyse littérale du texte, qui est ambigu, ni la prise en compte de la jurisprudence antérieure, qui paraît avoir fluctué, ni l'examen des travaux préparatoires, qui ne sont pas conclusifs, ne conduisaient nécessairement à la position que la Cour a décidé d'adopter en l'espèce — en allant, ce faisant, à l'encontre de celle qu'elle avait adoptée *prima facie* il y a trois ans dans la même affaire).

¹⁷⁵ *Ibid.* § 148 : « Considérant que la décision rendue en la présente procédure ne préjuge en rien la question de la compétence de la Cour pour connaître du fond de l'affaire, ni aucune question relative à la recevabilité de la requête ou au fond lui-même, et qu'elle laisse intact le droit des Gouvernements de la Géorgie et de la Fédération de Russie de faire valoir leurs moyens en ces matières ».

¹⁷⁶ Opinion dissidente commune, § 29.

¹⁷⁷ CIJ, ordonnance du 23 juillet 2018, *Application de la convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale* (Qatar c. Emirats arabes unis), *op. cit.*, § 36-38.

¹⁷⁸ Certains tribunaux se sont même référés expressément à l'affaire *Géorgie c. Russie* dans le cadre de leur analyse sur cette question, voy. par exemple, Tribunal CIRDI, 2 juillet 2013, *Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. c. Uruguay*, ARB/10/7, §140-141 (le tribunal retient qu'il s'agit d'une condition obligatoire préalable en s'appuyant sur les termes du TBI, puis « conforte » sa solution en se référant aux *obiter dicta* de la Cour dans l'affaire *Géorgie c. Russie* et *Activités armées*).

Dans le sillon de la jurisprudence traditionnelle de la Cour sur la question¹⁷⁹, force est de constater qu'avant les années 2010, la ligne dominante de la jurisprudence arbitrale analysait cette exigence comme une « recommandation procédurale »¹⁸⁰ et la caractérisait d'« aspirational », « directional », voire « hortatory ». Ne constituant pas une condition préalable obligatoire — « prerequisite » —, par conséquent, son inobservation n'était pas considérée comme « fatal » pour l'instance¹⁸¹. Cette position autrefois majoritaire se reflète avec clarté dans les affirmations du tribunal CIRDI dans l'affaire *Bewater* sur la question qu'il qualifie relative à la « nature » du préalable de négociation, qui méritent d'être citées en entier. On y lit : « properly construed, this six-month period is procedural and directory in nature, rather than jurisdictional and mandatory. Its underlying purpose is to facilitate opportunities for amicable settlement »¹⁸².

A contre-courant de cette jurisprudence légitimement qualifiée de constante avant les années 2010, certains tribunaux ont adopté une analyse de ces clauses plus restrictive, en rompant ainsi avec l'approche libérale. En effet, le tribunal CIRDI dans l'affaire *Generation Ukraine* reconnaît qu'il doit être donnée effet à cette condition lorsque celle-ci est prévue dans un TBI et qu'une telle qualification, et par conséquent, une telle manière de traiter les préalables procéduraux — comme étant de nature indicative et purement procédurale — porterait atteinte à l'effet utile de la disposition du traité qui la comporte¹⁸³, ainsi que la CIJ l'a indiqué dans son arrêt *Géorgie c. Russie*¹⁸⁴. Puis, le tribunal dans l'affaire *Murphy* a critiqué l'analyse purement formelle de

¹⁷⁹ CH. SCHREUER (Ch.), « Travelling the BIT Route – Of Waiting Periods, Umbrella Clauses and Forks in the Road », *op. cit.*, p. 233.

¹⁸⁰ Tribunal CIRDI, 6 août 2003, *SGS Société Générale de Surveillance SA c. Pakistan*, ARB/01/03, §184 (« tribunals have generally tended to treat consultation periods as directory and procedural rather than as mandatory and jurisdictional in nature ») ; Tribunal CIRDI, 8 mai 2008, *Víctor Pey Casado et President Allende Foundation c. Chili*, ARB/98/2, §573 (« l'exigence de consultations préalables amiables ou de tentatives de conciliation [...] n'a en général et dans le présent litige aucun caractère impératif ou contraignant, mais plutôt et seulement le caractère d'une simple recommandation procédurale, voire d'une clause de style diplomatique ») ; voy. également dans ce sens, SA (CNUDCI / ALENA), 4 juin 1998, *Ethyl Corporation c. Gouvernement du Canada*, *op. cit.*, § 85 (le tribunal qualifie cette exigence de procédurale, en précisant que cette conclusion découle d'une interprétation des articles pertinents de l'ALENA 1118 à 1120 conformément aux règles d'interprétation coutumières telles que codifiées par la Convention de Vienne)...

¹⁸¹ Tribunal CIRDI, 15 novembre 2005, *Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi S.A. c. Pakistan*, ARB/03/29, §100 : « The Tribunal agrees with the view that the notice requirement *does not constitute a prerequisite* to jurisdiction. Contrary to Pakistan's position, the non-fulfillment of this requirement is not *fatal* to the case of the claimant » [italiques de nous]. Nous examinerons plus en détail la question des effets de la qualification *infra*.

¹⁸² Tribunal CIRDI, 24 juillet 2008, *Bewater Gauff (Tanzania) Ltd. c. Tanzanie*, ARB/05/22, §343.

¹⁸³ Tribunal CIRDI, 16 septembre 2003, *Generation Ukraine. c. Ukraine*, ARB/00/9, § 14.3 (« This Tribunal would be hesitant to interpret a clear provision of the BIT in such a way so as to render it superfluous, as would be the case if a "procedural" characterisation of the requirement effectively empowered the investor to ignore it at its discretion).

¹⁸⁴ CIJ, 1 avril 2011, *Application de la convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale* (Géorgie c. Fédération de Russie), *op. cit.*, §133.

l'exigence de recours préalables à la négociation tenue par certains tribunaux qu'il a à cet égard « named and shamed », en soulignant la fonction « plus sérieuse » de cette exigence, consistant à permettre aux parties d'effectivement engager des négociations de bonne foi en vue de régler le différend à l'amiable¹⁸⁵. Cette « nouvelle vague de jurisprudence », envisageant cette exigence comme une pré-condition, et non comme une formalité, impose, pour que l'obligation soit considérée comme respectée, la preuve de vraies tentatives de négocier, sauf en cas de futilité démontrée, alors qu'auparavant, les tribunaux passaient généralement outre cette exigence préalable, ou, leur contrôle était minimal.

Or, il découle de cette analyse qu'en pratique, l'identification de la condition comme « mandatory » ou simplement « procedural » est intimement liée dans la jurisprudence de la CIJ et des tribunaux arbitraux à la question de savoir si l'exigence conditionne la recevabilité de la demande ou la compétence de la juridiction¹⁸⁶.

B. L'exception tirée du non-respect du préalable de négociation, exception d'incompétence ou d'irrecevabilité ?

Ayant défini les deux concepts en introduction, admettons que cette distinction existe bien¹⁸⁷ en ce qu'elle soit bien opérée par les tribunaux internationaux dans le cadre de leur mission

¹⁸⁵ Tribunal CIRDI, 15 décembre 2010, *Murphy c. Equateur*, *op. cit.*, §154. Certains auteurs ont soutenu que l'affaire *Murphy* représente « a sea change » dans le contentieux de l'investissement (voy. R. DEUTSCH, « ICSID Tribunal Denies Jurisdiction for Failure to Satisfy BIT's Cooling-Off Period: Further Evidence of a Sea Change in Investor-State Arbitration or a Meaningless Ripple? », in *HousJIntlL*, 2011 (3), p. 589). Même solution dans l'affaire Tribunal CIRDI, 2 juillet 2013, *Philip Morris Brands Sàrl, Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. v. Oriental Republic of Uruguay* (déjà *FTR Holding SA, Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. v. Oriental Republic of Uruguay*), *op. cit.*, §140 (« The ordinary meaning of the terms used for the two steps (i) and (ii), which are preliminary to the institution of international arbitration, is clearly indicative of the binding character of each step in the sequence. That is apparent from the use of the term "shall" which is unmistakably mandatory and from the obvious intention of Switzerland and Uruguay that these procedures be complied with, not ignored »).

¹⁸⁶ M. BUNGENBERG (éd.), *International investment law : A Handbook*, Baden-Baden, Nomos, 2015 p. 1278 (« mandatory conditions are *properly* regarded as concerning tribunal's jurisdiction, whereas other procedural prerequisites concern the claim's admissibility » [italiques de nous]).

¹⁸⁷ G. FITZMAURICE, « The Law and Procedure of the international court of Justice, 1951-4: Questions of Jurisdiction, Competence and Procedure », *BYIL*, 1958, p. 12 : « a clear jurisprudential distinction between an objection to the jurisdiction of the tribunal, and an objection to the substantive admissibility of the claim ». A l'appui de cette position, Sir Fitzmaurice se réfère aux arrêts de la CIJ *Ambatielos* et *Nottebohm* dans lesquels la Cour a nettement distingué les exceptions à la compétence du tribunal des exceptions à la recevabilité (*Ibid.* p. 13-14). *Contra* : voy. I. SHIHATA, *The Power of the International Court to Determine its Own Jurisdiction*, Martinus Nijhoff, 1965, p. 107 (selon cet auteur, dans la pratique de la Cour, la distinction entre la compétence et la recevabilité « has never been laid on clear grounds, nor has it been accorded its full effect »).

juridictionnelle¹⁸⁸, la question qui se pose inévitablement est le champ d'application matériel de chaque catégorie. Or, l'observation de la pratique judiciaire de la CIJ et arbitrale démontre que « dans le procès international, la répartition matérielle entre compétence et recevabilité n'est pas stable »¹⁸⁹. En effet, il ressort d'une analyse de la jurisprudence de la CIJ et des tribunaux arbitraux que le choix par le juge ou arbitre de l'identification d'une exigence comme étant une condition de compétence ou de recevabilité dépend essentiellement de la manière dont est consigné le consentement dans l'engagement juridictionnel et, notamment, de son interprétation juridictionnelle¹⁹⁰. Comme l'explique M. Grange, « [d]ès lors qu'une limite est posée dans le titre de compétence, elle est un motif d'incompétence si elle n'est pas remplie, qu'elle soit procédurale ou substantielle »¹⁹¹. Or, tel paraît le critère déterminant tant devant la CIJ que les tribunaux arbitraux, ce qui revient à (re-)placer les termes l'engagement juridictionnel au cœur de la question, ainsi qu'il convient.

Dans le contentieux interétatique, il convient d'emblée de relever un certain flou qui caractérisait longtemps la position de la Cour quant à la question de savoir si l'examen de cette condition relève de sa compétence ou de celui de la recevabilité¹⁹². Toutefois, depuis dans l'affaire *Activités armées*¹⁹³ la Cour a choisi de qualifier la condition — une fois pour toutes ?— en une question qui relève de sa compétence, et non de la recevabilité. A cet égard, elle a affirmé avec une remarquable netteté que cette qualification se justifie par des raisons tenant aux termes de l'engagement juridictionnel lui conférant le pouvoir de juger, et que lorsque celui-ci impose des conditions, ils doivent être considérées comme relevant de la seule compétence. On lit dans cet arrêt :

¹⁸⁸ Voy. par exemple, l'article 79 b § 1 du Règlement de la CIJ (opère clairement la distinction) ; les articles 41 § 2 de la Convention CIRDI et 23 § 2 du Règlement CNUDCI (2010) opèrent bien une distinction, même s'il importe de souligner qu'ils ne se réfèrent pas expressément à la notion de « recevabilité ».

¹⁸⁹ C. SANTULLI, *Droit du contentieux international*, op. cit., p. 161.

¹⁹⁰ *Ibid.* (« suivant les termes des engagements juridictionnels, la même exigence est une condition de recevabilité ici et une condition de compétence là » [italiques de nous]).

¹⁹¹ M. GRANGE, *Compétence du juge et recevabilité de la requête : leurs relations dans l'exercice du pouvoir juridictionnel – l'exemple de la Cour internationale de Justice*, thèse, Paris II, 2011, p. 164.

¹⁹² CIJ, 20 décembre 1988, *Actions armées frontalières et transfrontalières* (Nicaragua c. Honduras), op. cit., p. 69 ; CIJ, 11 juin 1998, *Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria* (Cameroun c. Nigéria), op. cit., § 107. (dans les deux cas, qualification en question de recevabilité). *Contra* : CIJ, 26 novembre 1957, *Droit de passage sur territoire indien* (Portugal c. Inde), op. cit., p. 148-149 ; CIJ, 21 décembre 1962, *Sud-Ouest africain* (Ethiopie c. Afrique du Sud ; Libéria c. Afrique du Sud), op. cit., p. 319 (qualification en question de compétence)...

¹⁹³ Qualification en question de compétence confirmée dans des affaires postérieures *Géorgie c. Russie*, *Belgique c. Sénégal* (sa compétence de principe établie, la Cour revient sur les « autres conditions de compétence » telles qu'elles résultent de la convention contre la torture sur laquelle cette compétence est fondée).

« la Cour rappellera que sa compétence repose sur le consentement des parties, dans la seule mesure reconnue par celles-ci [...], et que, lorsque ce consentement est exprimé dans une clause compromissoire insérée dans un accord international, les conditions auxquelles il est éventuellement soumis doivent être considérées comme en constituant les limites. De l’avis de la Cour, l’examen de telles conditions relève en conséquence de celui de sa compétence et non de celui de la recevabilité de la requête »¹⁹⁴.

Dans l’affaire *Géorgie c. Russie*, la Cour réitère cette position en soulignant que, parmi les autres fonctions ou finalités de cette exigence, le préalable diplomatique joue un rôle important en ce qu’il indique précisément les limites du consentement donné par les Etats. Cette affaire est la première dans laquelle la Cour conclut à son incompétence sur la base du défaut de respect du préalable diplomatique. Il est à noter toutefois que malgré son positionnement clair et non-équivoque dans son arrêt sur les exceptions préliminaires, on ne saurait faire fi du fait¹⁹⁵ que la Cour s’est déclarée incompétente après avoir reconnu sa compétence *prima facie* pour indiquer des mesures conservatoires, ainsi qu’il a été souligné plus haut.

Mentionnons en outre que la question de la qualification par la Cour de cette exigence de « condition préalable », élément de compétence, ne se confond pas avec celle de son approche dans l’examen des éléments de preuve, qui aurait pu la conduire à une solution différente¹⁹⁶. Même en acceptant que l’article 22 de la CIEDR ait imposé comme condition préalable une tentative de négociation, la Cour aurait pu — dû ? — adopter une approche plus moins formelle dans le cadre de son contrôle.

Dans le contentieux de l’investissement, la distinction entre les notions de compétence et de recevabilité est « d’autant plus importante en matière d’arbitrage d’investissement que ses enjeux se doublent de difficultés de qualification supplémentaires liées à la spécificité du droit des

¹⁹⁴ CIJ, 3 février 2006, *Activités armées sur le territoire du Congo (nouvelle requête: 2002)* (République démocratique du Congo c. Rwanda), *op. cit.*, § 88 (dans cette affaire, il s’agissait d’une re-qualification de l’exception présentée comme relative à la recevabilité en une question de compétence du juge).

¹⁹⁵ En cela, cette affaire est exceptionnelle dans l’histoire de la jurisprudence de la CIJ ; elle constitue la seconde affaire après *Anglo-Iranian Oil Co.*, la première affaire contentieuse soumise à la CIJ.

¹⁹⁶ En ce sens, voy. M. DUBUY, « Application de la convention internationale sur l’élimination de toutes les formes de discrimination raciale (*Géorgie c. Fédération de Russie*), exceptions préliminaires : un formalisme excessif au service du classicisme ? », *op. cit.*, p. 178.

investissements »¹⁹⁷. A la différence du contentieux interétatique, la multiplicité des instruments applicables (contrat, traité, loi) est une principale source de la diversité des qualifications et des approches, puisque, en réalité, ainsi qu'il a été relevé, les difficultés de qualification sont intimement liées à l'interprétation du consentement de l'Etat à la procédure juridictionnelle, judiciaire ou arbitrale. A ce premier facteur de divergence de qualifications s'ajoute la diversité des tribunaux qui statuent en toute autonomie, ainsi que des mécanismes d'arbitrage.

Dans le prolongement de nos développements ci-dessus concernant la « nature » de l'exigence, la jurisprudence arbitrale est sur ce point partagée, même s'il est à noter qu'une évolution semble avoir eu lieu, notamment depuis l'affaire *Géorgie c. Russie* ayant influencé les tribunaux, comme déjà soulevé¹⁹⁸.

Les tribunaux arbitraux qui ont estimé que c'est une condition qui relève du domaine de la procédure, donc pas une condition du consentement de l'Etat à l'arbitrage, ont retenu en général la qualification de recevabilité pour l'exception tirée de son défaut¹⁹⁹. A l'opposé, dans la plupart des cas, les tribunaux qui ont interprété la clause compromissoire comme imposant le préalable de négociation en tant qu'une condition obligatoire, donc une limite au consentement de l'Etat, ont opté pour la compétence²⁰⁰. Dans ce cadre, la plupart des tribunaux qui sont arrivés à une telle

¹⁹⁷ Y. BANIFATEMI et E. JACOMY, « Compétence et recevabilité dans le droit de l'arbitrage en matière d'investissements », in CH. LEBEN (dir.) *Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational*, Paris, Pedone, 2015, p. 794.

¹⁹⁸ Voy. pour une référence expresse à l'affaire *Géorgie c. Russie*, Tribunal CIRDI, 2 juillet 2013, *Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. c. Uruguay*, op. cit., §141 (le tribunal qualifie cette jurisprudence de constante). Cependant, voy. Tribunal CIRDI, 29 juin 2018, *Casinos Austria International GmbH and Casinos Austria Aktiengesellschaft c. Argentine*, ARB/14/32, § 275 (le tribunal refuse la « pertinence » de la jurisprudence de la CIJ sur la question - l'affaire *Georgie c. Russie* et *Activities armées* - en matière d'investissement). Pour plus de développements sur la question, voy. l'Opinion dissidente de l'arbitre Santiago Torres Bernárdez en cette même affaire, §27 et suiv.

¹⁹⁹ Voy. notamment SA (CNUDCI), 24 juin 1998, *Ethyl Corporation c. Canada*, § 85 ; SA (CNUDCI), 3 septembre 2001, *Ronald S. Lauder c. République Tchèque*, §187 ; Tribunal CIRDI, 6 août 2003, *SGS Société Générale de Surveillance S.A. c. Pakistan*, ARB/01/13, §183-184 ; Tribunal CIRDI, 14 novembre 2005, *Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi A.S. c. Pakistan*, ARB/03/29, § 88-103 ; Tribunal CIRDI, 24 juillet 2008, *Biwater Gauff (Tanzania) Limited c. Tanzanie*, ARB/05/22, § 338-353 ; SA, 19 décembre 2013, *Stati c. Kazakhstan*, SCC no. V. (116/2010), § 829. Tribunal CIRDI, 6 juin 2016, *RREEF Infrastructure (G.P.) Limited and RREEF Pan-European Infrastructure Two Lux S.à.r.l. c. Espagne*, ARB/13/30, § 225 ; Tribunal CIRDI, 29 juin 2018, *Casinos Austria International GmbH and Casinos Austria Aktiengesellschaft c. Argentine*, ARB/14/32, §280 (« the pre-arbitral requirements in Article 8 of the BIT concern the validity of Claimants' seisin and do not go, as conditions precedent to Respondent's consent, to the question of jurisdiction »).

²⁰⁰ Tribunal CIRDI, 14 janvier 2004, *Creditors Recovery Corporation (déjà Enron Corporation) et Ponderosa Assets, L.P. c. Argentine*, ARB/01/3, §88 ; Tribunal CIRDI, 15 décembre 2010, *Murphy Exploration and Production Company International c. Equateur*, ARB/08/4, §156-157 ; Tribunal CIRDI, 2 juin 2010, *Burlington Resources Inc. c. Equateur*, ARB/08/5, § 310-318 ; SA, 2 février 2012, *ICS Inspection and Control Services Ltd. c. Argentine*, § 252-262.

conclusion, se sont appuyés sur les termes clairs et non-équivoques de l'engagement juridictionnel *imposant* que l'exigence soit remplie avant la saisine du tribunal²⁰¹.

Or, on pourrait argumenter qu'un tel raisonnement, qui met au cœur de l'analyse le consentement à l'arbitrage de l'Etat, renvoie à une définition de la recevabilité négative ; dans cette perspective, les exceptions d'irrecevabilité sont « les arguments qui, basés sur des prescriptions de procédure, ne visent pas le consentement des parties aux pouvoirs de la Cour »²⁰².

§2. Les conséquences du non-respect du préalable de négociation

Hormis des cas où le juge ou l'arbitre choisissent de ne retenir aucune qualification pour ces obstacles juridictionnels, et dès lors « aucun régime juridique, associé soit à la qualification de compétence, soit à celle de recevabilité, ne peut s'appliquer »²⁰³, ou d'autres cas exceptionnels²⁰⁴, les conséquences du non-respect du préalable de négociation dépendent de la qualification retenue

²⁰¹ Voy. Tribunal CIRDI, 29 juin 2018, *Casinos Austria International GmbH and Casinos Austria Aktiengesellschaft c. Argentine*, *op. cit.*, §275 (« compliance with conditions of seisin under compromissory clauses, the Tribunal considers that, unless pre-arbitration requirements are formulated clearly and unmistakably as strict conditions to the validity of seisin, in investment treaty arbitration a more flexible and less formalistic approach is warranted ») ; Tribunal CIRDI, *Philip Morris c. Uruguay*, *op. cit.*, § 140 (le tribunal dans cette affaire conclut qu'en vertu du libellé de la clause le préalable s'impose, et qu'il constitue une limite au consentement de l'Etat). En ce sens, certains auteurs ont souligné que « particularly where they are drafted in precise and mandatory language – that is, in terms of 'should' and 'must', rather than 'can' or 'may.' », les tribunaux doivent traiter la question en condition de compétence (G. BORN & M. SCEKIC, « Pre-Arbitration Procedural Requirements: 'A Dismal Swamp' », *op. cit.*, p. 236) ; M. BUNGENBERG (éd.), *International investment law : A Handbook*, *op. cit.*, p. 1278, §264 (« the key question is whether these prerequisites have been formulated as a condition for consent or not).

²⁰² Etienne GRISEL, *Les exceptions d'incompétence et d'irrecevabilité dans la procédure de la Cour internationale de Justice*, Ed. Herbert Lang & Cie, Berne, 1968, p. 225.

²⁰³ Voy. sur ce point, pour ce qui concerne la CIJ, M. GRANGE, thèse, *op. cit.* p. 472 et suiv. ; exemples dans lesquels les tribunaux se sont abstenus de qualifier l'exception en cause de compétence ou de recevabilité (ces exemples concernent des préalables procéduraux en général) : Tribunal CIRDI, 17 novembre 2014, *Giovanni Alemanni and Others c. Argentine*, ARB/07/8, §257 ; Tribunal CIRDI, *Philip Morris c. Uruguay*, *op. cit.* 2013, §133 et suiv. (le tribunal refuse de se prononcer sur la question de la qualification, à savoir, si le respect du préalable national relève de la compétence ou de la recevabilité, mais affirme, quant aux effets à appliquer au défaut de respect de ce préalable, que l'écoulement du délai après l'initiation de la procédure arbitrale permet la régularisation) ; Tribunal CIRDI, 13 juillet 2018, *Mobil Investments Canada Inc. c. Canada*, ARB/15/6, § 213 (le tribunal a décidé qu'il n'avait pas à se prononcer sur le fait de savoir si les délais de prescription imposés par les articles 1116 (2) et 1117 (2) de l'ALENA sont des exigences relatives à la compétence ou à la recevabilité, et note que quelle que soit la qualification, les conséquences devraient être les mêmes, à savoir, si la demande est prescrite, le tribunal ne pourra pas se prononcer sur la demande).

²⁰⁴ Voy. par exemple, CIJ, 21 mars 1959, *Interhandel* (Suisse c. Etats-Unis d'Amérique), *Rec.* 1959, p. 26 (par rapport à l'exception tirée du non-respect du préalable de l'épuisement des voies de recours internes que « [b]ien que visant la compétence de la Cour, cette exception doit être considérée comme dirigée contre la recevabilité de la requête du Gouvernement suisse »).

par la juridiction. Seront examinées examinera successivement les conséquences de son inobservation sur l'instance (A), puis sur la validité de la sentence²⁰⁵ (B).

A. Les effets sur l'instance

Il découle de l'observation de la jurisprudence de la CIJ et des tribunaux arbitraux que le juge ou l'arbitre, en cas de constatation du défaut de respect du préalable de négociation, peuvent selon la qualification donnée à cette exigence, soit se déclarer incompétents, décision qui a un effet définitif en principe sur l'instance (1), soit permettre son cours en autorisant dans certains cas la régularisation de la recevabilité ; il est également fréquent que des tribunaux arbitraux soient passés outre l'irrégularité, hypothèse qu'il convient également d'envisager dans ce même cadre, en précisant que « la jurisprudence retient les mêmes directives pour ces deux questions distinctes »²⁰⁶ (2).

1. L'effet définitif, l'incompétence de la juridiction

Il est un lieu commun que lorsqu'un tribunal se déclare incompétent pour connaître d'une affaire, cette décision est définitive en ce qu'elle éteint à jamais l'instance. De ce fait, le même différend ne pourra jamais être présenté à nouveau devant ce même juge ou arbitre pour reprendre l'instance en cours. Précisément sur ce point, l'effet n'est pas le même lorsque le juge déclare une requête irrecevable, que nous examinerons *infra*.

La Cour a rappelé à plusieurs reprises que la date à laquelle s'apprécie sa compétence est celle du dépôt de la requête²⁰⁷. A cet égard, selon les termes de la Cour, une condition préalable est une condition à laquelle « il doit être satisfait avant toute saisine de la Cour »²⁰⁸.

²⁰⁵ On tient à préciser que cette partie ne porte pas sur la jurisprudence de la CIJ et des tribunaux arbitraux, mais on a jugé utile et opportun de la traiter, même de manière cursive, par souci de complétude de notre argumentation et eu égard à l'intérêt, tant théorique que pratique, que cette question présente dans le contentieux de l'investissement.

²⁰⁶ C. SANTULLI, *Droit du contentieux international*, *op. cit.*, p. 214. Les formules « régularisation » de la recevabilité et « irrégularités excusables » est empruntée au professeur C. Santulli (*ibid.*). Nous adopterons une définition *lato sensu* de la « régularisation » dans le présent rapport, incluant ainsi les deux hypothèses, directement liées, pour autant distinctes.

²⁰⁷ CIJ, 18 novembre 2008, *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide* (Croatie c. Serbie), *Rec.* 2008, § 79-80.

²⁰⁸ CIJ, 1 avril 2011, *Application de la convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale* (Géorgie c. Fédération de Russie), *op. cit.*, §141.

Dans le sillon de sa jurisprudence antérieure dans laquelle elle a analysé le non-respect du préalable diplomatique comme une condition de compétence et non de recevabilité²⁰⁹, la Cour dans l'affaire *Géorgie c. Russie* s'est déclarée pour la première fois incompétente pour défaut de respect du préalable diplomatique, comme nous l'avons vu plus haut. Or, le caractère préalable de l'obligation est au cœur de cette question et a fait l'objet de remarques utiles par la CIJ dans l'affaire *Géorgie c. Russie*. Le caractère préalable se confond avec le caractère obligatoire de la condition, la Cour, indifférente quant au libellé précis de la clause en question²¹⁰, a conclu à l'existence d'une pré-condition. Dès lors, la condition doit être satisfaite au moment de la saisine, et donc non à quelque date postérieure, imposant au demandeur de démontrer que toute possibilité de règlement diplomatique ait été épuisée, car les négociations « ont échoué, sont devenues inutiles ou ont abouti à une impasse »²¹¹. En d'autres termes, ce caractère préalable de l'exigence impose que la condition soit remplie avant la saisine de la Cour, ce qui suppose ainsi que si le constat d'impossibilité de parvenir à un accord est intervenu après la date de la saisine, la Cour doit décliner sa compétence. L'approche de la CIJ a suscité la critique de certains juges qui ont estimé que la Cour a interprété la clause de manière très stricte, faisant ainsi preuve d'un formalisme excessif²¹², notamment au vu des conséquences que ce déclinatoire de compétence emporte.

Cette approche rigide rompt avec sa jurisprudence antérieure sur la question. Dans un souci d'une bonne administration de la justice et d'une économie de procédures, la Cour a affirmé clairement dans un arrêt de 2008 à propos d'une situation analogue que :

« [c]e qui importe, c'est que, au plus tard à la date à laquelle la Cour statue sur sa compétence, le demandeur soit en droit, s'il le souhaite, d'introduire une nouvelle instance dans le cadre de laquelle la condition qui faisait initialement défaut serait remplie. En pareil cas, cela ne servirait pas l'intérêt d'une bonne administration de la justice d'obliger le demandeur à recommencer la procédure — ou à en commencer une

²⁰⁹ CIJ, 3 février 2006, *Activités armées sur le territoire du Congo (nouvelle requête: 2002)* (République démocratique du Congo c. Rwanda), *op. cit.*, p. § 87-93.

²¹⁰ Selon ses termes, « [p]our autant que les exigences procédurales énoncées à l'article 22 de la Convention constituent des conditions, elles doivent être considérées comme préalables à la saisine de la Cour même quand le terme 'conditions' n'est pas assorti d'une limite temporelle » (*ibid.*, § 130).

²¹¹ *Ibid.*, par. 159.

²¹² Opinion dissidente commune, § 35.

nouvelle — et il est préférable, sauf circonstances spéciales, de constater que la condition est désormais remplie »²¹³.

Dans le contentieux de l'investissement, force est de constater qu'il n'est pas fréquent que les tribunaux se déclarent incompetents pour défaut d'épuisement des négociations, notamment dans un souci d'économie de temps et de coûts. Dans les peu de cas dans lesquels les tribunaux ont identifié le préalable de négociation comme une question de compétence, ils l'ont généralement considéré comme faisant défaut, et se sont déclarés incompetents à cet égard²¹⁴. S'agissant cette approche minoritaire des tribunaux, le professeur Schreuer a davantage précisé que « waiting periods may be seen as a bar to the tribunal's competence only in extreme circumstances. These would normally involve procedural bad faith such as starting arbitration prematurely in order to put pressure on the opposing party in negotiations »²¹⁵.

2. L'effet limité : la régularisation de la recevabilité

L'effet n'est pas le même lorsque le juge déclare une requête irrecevable. Cela met en principe fin à l'instance en cours²¹⁶. Cependant, à partir du moment où ce juge est compétent pour connaître de ce différend, il est possible que des exigences de recevabilité soient régularisées en cours d'instance²¹⁷. On l'a déjà précisé, les conditions qui sont un préalable à l'introduction de l'instance doivent être satisfaites au moment de l'acte introductif d'instance²¹⁸. La question du moment de l'appréciation

²¹³ CIJ, 18 novembre 2008, *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide* (Croatie c. Serbie), *op. cit.*, 85 ; même position CIJ, *Activités militaires et paramilitaires*, *op. cit.* p. 428-429 ; *Mavrommatis*, *op. cit.*, p. 34.

²¹⁴ Tribunal CIRDI, 15 décembre 2010, *Murphy Exploration and Production Company International c. Equateur*, ARB/08/4, §156-157 ; Tribunal CIRDI, 2 June 2010 *Burlington Resources Inc. c. Equateur*, ARB/08/5, § 310-318 ; *Contra* : Tribunal CIRDI, 14 janvier 2004, *Creditors Recovery Corporation (déjà Enron Corporation) et Ponderosa Assets, L.P. c. Argentine*, ARB/01/3, §88.

²¹⁵ CH. SCHREUER, « Travelling the BIT Route – Of Waiting Periods, Umbrella Clauses and Forks in the Road », p. 239.

²¹⁶ J. SOUBEYROL, « La négociation diplomatique, élément du contentieux international », *op. cit.*, p. 332 , l'auteur met en garde contre les risques d'une analyse très stricte de la recevabilité : « S'il on confère le caractère de condition de recevabilité absolue aux pourparlers, chaque instance contentieuse devra être précédée de palabres parfois interminables dont la durée permettra de masquer l'abus du droit que constitue un retrait d'une déclaration destinée à éviter une instance que l'échec des négociations rend de toute évidence menaçante ».

²¹⁷ C. SANTULLI, *Droit du contentieux international*, *op. cit.* p. 214.

²¹⁸ *Ibid.*

renvoie en réalité à la question relative à la possibilité de régulariser certaines conditions procédurales préalables.

Or, lorsque la condition préalable est analysée comme une condition de forme ou de procédure, liée généralement à la recevabilité de la demande, la possibilité de régularisation entre en ligne de compte. La jurisprudence a admis qu'il est dans ce cas possible de remédier au défaut d'observation de la condition lors du moment de l'acte introductif d'instance, le moment de l'appréciation de la conformité, postérieurement à celui-ci.

La jurisprudence de la Cour fournit des exemples sur sa position générale quant à la possibilité de régularisation des préalables procéduraux en cours d'instance²¹⁹, mais, à notre connaissance, un cas de régularisation de la recevabilité pour défaut « initial » de respect du préalable de négociation ne s'est pas présenté en pratique.

Les tribunaux arbitraux font preuve de souplesse et de pragmatisme en la matière. Selon le tribunal dans l'affaire *Ethyl* :

« it is important to distinguish between jurisdictional provisions, *i.e.*, the limits set to the authority of this Tribunal to act at all on the merits of the dispute, and procedural rules that must be satisfied by Claimant, but the failure to satisfy which results not in an absence of jurisdiction *ab initio*, but rather in a possible delay of proceedings, followed ultimately, should such non-compliance persist, by dismissal of the claim »²²⁰.

²¹⁹ CIJ, 2 décembre 1963, *Cameroun septentrional* (Cameroun c. Royaume-Uni), *Rec.* 1963, p. 27 et 28.

²²⁰ SA (ALENA), 4 juin 1998, *Ethyl Corporation c. Gouvernement du Canada*, §58.

Résumant bien la tendance générale ou majoritaire des tribunaux arbitraux sur la question, qui admettent la régularisation²²¹, selon Ch. Schreuer, « negotiations remain possible while the arbitration proceedings are pending. Even if the institution of arbitration was premature, compelling the claimant to start the proceedings anew would be a highly uneconomical solution »²²². Dans cette même perspective, il est intéressant de noter que certains tribunaux ont opté pour la suspension de la procédure pour permettre la poursuite des négociations, dans les cas où des perspectives raisonnables existaient d'une résolution du différend par voie des négociations entre les parties²²³.

Dans ce contexte, très souvent, il n'est pas question de régularisation *stricto sensu*, mais de simple constat du défaut d'observation par l'arbitre, qui décide, malgré l'irrégularité, de poursuivre son examen sur le fond. A titre d'exemple, dans l'affaire *Biwater* le non-respect du préalable n'a pas empêché le tribunal de passer outre et procéder à l'examen sur le fond des réclamations. Le tribunal a ainsi considéré le défaut de respect du préalable de négociation comme une irrégularité « excusable » et non « régularisable »²²⁴ et à cet égard a affirmé que s'il est donné effet à la clause compromissoire exigeant ce préalable ...

« the provision would have curious effects, including:

preventing the prosecution of a claim, and forcing the claimant to do nothing until six months have elapsed, even where further negotiations are obviously futile, or settlement obviously impossible for any reason; forcing the claimant to recommence an arbitration

²²¹ Voy. par exemple, Tribunal CIRDI, *SGS c. Pakistan*, ARB/01/13, p. 371, § 184 (« it does not appear consistent with the need for orderly and cost-effective procedure to halt this arbitration at this juncture and require the Claimant first to consult with the Respondent before re-submitting the Claimant's BIT claims to this Tribunal ») ; Tribunal CIRDI (MS), 11 octobre 2002, *Mondev International Ltd. c. Etats-Unis*, § 86 (il n'est pas nécessaire que la procédure soit recommencée, du moment où aucun préjudice n'est subi par l'autre partie) ; SA, 24 juin 1998, *Ethyl Corporation c. Canada*, § 84-85 ; Tribunal CIRDI, 9 février 2017, décision sur la compétence, *AIYY LTD. c. République Tchèque*, UNCT/15/1, §148-151 ; Tribunal CIRDI, 6 juin 2016, *RREEF Infrastructure (G.P.) Limited and RREEF Pan-European Infrastructure Two Lux S.à r.l. c. Espagne*, ARB/13/30, §230 (dans le cadre de l'article 26 de la Charte de l'Energie, concernant des conclusions supplémentaires, le tribunal affirme dans le cadre de l'examen de l'exception de recevabilité tirée du non-respect du préalable que « it would be of no avail and would impose an unreasonable burden on both Parties to oblige the Claimants to request amicable settlement anew and to start new proceedings »), en ce sens, voy. également, Tribunal CIRDI, 17 juillet 2003, décision sur la compétence, *CMS c. Argentine*, ARB/01/8, p. 806-807 et Tribunal CIRDI (MS), 20 août 2000, *Metaclad c. Mexique*, ARB(AF)/97/1, p. 223-225. *Contra* : Tribunal CIRDI, 10 février 1999, *Goetz et al. c. Burundi*, ARB/95/3, § 93 (le tribunal dans cette affaire a purement et simplement rejeté les demandes en entrant dans le constat de l'irrecevabilité).

²²² CH. SCHREUER, « Consent to Arbitration », in Peter MUCHLINSKI (éd.), *The Oxford Handbook of International Investment Law*, 1ère éd., Oxford, OUP, 2008, p. 846.

²²³ Voy. par exemple, Tribunal CIRDI, 16 mars 2006, ordonnance, *Western NIS c. Ukraine*, ARB/04/2.

²²⁴ Voy. pour cette distinction, C. SANTULLI, *Droit du contentieux international*, op. cit., p. 214-215.

started too soon, even if the six-month period has elapsed by the time the Arbitral Tribunal considers the matter »²²⁵.

Or, dans cette optique, à l'évidence, l'effet du non-respect du préalable de négociation est nul.

B. L'effet sur la validité de la sentence arbitrale

La question qui pourrait se poser est celle de savoir si une sentence rendue malgré l'inobservation du préalable de négociation, ou différemment dit, en cas d'inapplication par le tribunal arbitral de cette exigence, pourrait entraîner l'annulation de la sentence dans le cadre d'un recours contre la validité de la sentence devant un tribunal interne.

Ainsi qu'on l'a déjà précisé, la question de la qualification de la condition comme relevant de la compétence ou de la recevabilité se révèle sur ce point, encore une fois, déterminante, puisque la qualification par le juge interne de l'annulation comme une question de compétence rend la sentence annulable en cas de non-respect du préalable de négociation. Un tel cas ne s'est pas présenté à notre connaissance, mais il est envisageable²²⁶. Dans certaines affaires qui ont soulevé cette question, les juges internes ont estimé que la condition relève de la recevabilité et non de la compétence, et à cet égard, ils ont rejeté les moyens d'incompétence tirés de leur inobservation.

Pour illustrer nos propos, dans le cadre d'un recours en annulation intentée par le Venezuela contre la sentence arbitrale du 22 août 2016 *Rusoro Mining Ltd. c. Venezuela* rendue à Paris, la Cour d'appel de Paris avait été amenée à se prononcer sur la question discutée. Le Venezuela arguait que le tribunal arbitral n'était pas compétent pour se prononcer sur le litige parce que la condition préalable prévu dans le TBI Canada / Venezuela d'une tentative de règlement amiable n'avait pas été respectée. La Cour rejette le moyen et affirme à cet effet de manière non-équivoque que :

« Le moyen tiré d'une clause préalable de conciliation ne constitue pas une exception d'incompétence mais une question relative à la recevabilité des demandes, qui n'entre

²²⁵ Tribunal CIRDI, 24 juillet 2008, *Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. c. Tanzanie*, ARB/05/22, §343.

²²⁶ Même si ce précédent ne concerne pas le préalable de négociation, un parallèle pourrait être établi avec le préalable judiciaire national, pour le non-respect duquel cette conséquence était, dans son principe, admise : voy. à cet égard, Cour d'appel pour le circuit du district de Columbia (Etats-Unis d'Amérique), 17 janvier 2012, *Argentine c. BG Group LPC*, n°11 à 7021, ILM, vol. 51 (2012), p. 20-24 (la saisine préalable du juge national prévue par le TBI est une condition de compétence dont l'inapplication par le tribunal arbitral entraîne l'invalidité de la sentence), infirmé sans être contredit sur le principe par la Cour suprême, 5 mars 2014, *BG Group PLC c. Argentine*, n°12 à 138.

pas dans les cas d'ouverture du recours en annulation énumérés par l'article 1520 du code de procédure civile. Le moyen pris en sa première branche ne peut qu'être écarté ». ²²⁷

Dans le même sens, dans un arrêt rendu par la Cour d'appel de Svea dans le cadre d'un recours en annulation contre la sentence *Stati c. Kazakhstan*²²⁸, le Kazakhstan prétendait, comme dans l'affaire précitée, que le préalable de négociation prévu dans l'article 26 de la Charte de l'Energie n'a pas été respecté, et que le tribunal était sans compétence pour se prononcer sur le différend. La Cour d'appel, après une longue analyse, rejette le moyen, en s'appuyant notamment sur la jurisprudence arbitrale rendue sur la base de l'article 26 de la Charte de l'Energie, qui n'a jamais traité la non-observation du préalable de négociation comme étant un obstacle à la compétence. En outre, elle évoque que cette condition pouvait être remplie même en cours d'instance²²⁹.

Conclusion du Chapitre II et de la Partie I

Nous concluons la présente partie de notre rapport avec prudence, puisque l'analyse jurisprudentielle de ce préalable ne nous permet de tirer des conclusions générales qu'en partie.

S'agissant de la qualification du préalable de négociation, il résulte de l'analyse de la jurisprudence récente, qu'en l'état actuel de la jurisprudence de la CIJ, ce préalable constitue une condition préalable à la saisine de la Cour, dont l'inobservation entraîne son incompétence. Une telle conclusion générale est plus difficile à tirer pour ce qui concerne le contentieux de l'investissement. La tendance générale ou majoritaire traite ce préalable d'une condition de procédure, qui détermine donc la recevabilité de la requête et non la compétence du tribunal.

De l'analyse de la jurisprudence de la CIJ et des tribunaux résulte que le défaut d'uniformité, tant s'agissant de la qualification (notamment cela vaut pour la jurisprudence des tribunaux arbitraux) que de l'intensité du contrôle, est le plus souvent dû à la diversité des termes des clauses compromissaires qui imposent ce préalable, et naturellement, de l'interprétation qui leur est faite.

²²⁷ Cour d'appel de Paris, 29 janvier 2019, *Venezuela c. Rusoro Mining Ltd.*

²²⁸ SCC, 19 décembre 2013, *Anatolie Stati, Gabriel Stati, Ascom Group SA and Terra Raf Trans Trading Ltd. c. Kazakhstan*, no. V. (116/2010).

²²⁹ Svea hovrätt (Svea Court of Appeal), 9 décembre 2016, *Kazakhstan c. Anatolie Stati, Gabriel Stati, Ascom Group SA and Terra Raf Trans Trading Ltd.*, no. T 2675-14, § 5.3.2 et suiv.

Somme toute, notre analyse comparée montre que la tendance consiste à donner effet à cette exigence préalable lorsqu'elle est prévue par l'engagement juridictionnel, en vérifiant bien qu'elle est respectée, même si le constat de son observation se fait généralement aisément, et ce, s'expliquant eu égard notamment au contenu « par nature » faible de cette obligation.

Partie II Le recours préalable aux juridictions internes : l'épuisement des recours internes et le préalable procédural national

Traditionnellement un préalable à l'action en protection diplomatique, la condition de l'épuisement des recours internes a été (ré-)introduite par certains traités de promotion et de protection des investissements (Chapitre I). Toutefois, il n'est une pratique courante. Cette exigence classique du contentieux international est aujourd'hui présentée « sous un nouveau jour »²³⁰. En effet, certains instruments, dans une logique plus nuancée, imposent la saisine préalable des juridictions internes, sans qu'ils exigent leur épuisement, et en prévoyant qu'à défaut de solution satisfaisante dans un certain délai, l'investisseur peut saisir le tribunal arbitral (Chapitre II).

Chapitre I L'épuisement préalable des recours internes

En droit de la responsabilité internationale, la règle de l'épuisement préalable des voies de recours internes « détermine le moment de la violation des obligations internationales relatives au traitement des étrangers, dont elle précise ainsi l'objet »²³¹.

Généralement, tant la CIJ que les tribunaux arbitraux en matière d'investissement en font une condition de recevabilité de la demande. Il nous paraît peu utile de développer plus amplement sur ce point étant donné que devant la CIJ, la qualification la condition d'épuisement des recours internes de condition de compétence ou de recevabilité ne soulève guère de difficultés : elle est de manière constante analysée par la CIJ comme une condition de recevabilité de l'action en protection

²³⁰ A. DE NANTEUIL, *Droit international de l'investissement*, *op. cit.*, p. 253.

²³¹ C. SANTULLI, *Droit du contentieux international*, *op. cit.*, p. 290.

diplomatique²³². Devant les tribunaux arbitraux, même si une certaine inconsistance de la qualification retenue pourrait être observée, le nombre limité des affaires portant sur cette question ne nous permet pas d'en tirer des enseignements²³³. Toutefois, nous tenons à préciser que même si cette condition est habituellement perçue comme relative à la recevabilité de l'action, si elle est prescrite par l'engagement juridictionnel, hypothèse plus fréquemment rencontrée dans cadre spécial du contentieux de l'investissement²³⁴, elle pourra éventuellement être retenue comme une condition à la compétence de la juridiction, selon la rédaction de l'engagement et de l'interprétation qui lui est faite.

Or, sous réserve de nos remarques développées à ce sujet en introduction, il convient de préciser son champ d'application (Section I), pour étudier ensuite la consistance de l'obligation (Section II).

Section I Le champ d'application de l'obligation

Si la règle de l'épuisement des recours internes est en principe applicable dans le cadre du contentieux interétatique (§1), la constatation s'inverse dans le contentieux de l'investissement dans le cadre duquel la règle ne s'impose qu'à titre d'exception (§2).

²³² CIJ, 21 mars 1959, *Interhandel* (Suisse c. Etats-Unis), *Rec.* 1959, p. 26. Autres affaires dans lesquelles la Cour qualifie ainsi la condition : voy. CIJ, 26 novembre 1984, *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique), *Rec.* 1984, p. 392 ; CIJ, 20 juillet 1989, *Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI)* (Etats-Unis d'Amérique c. Italie), *Rec.* 1989, p. 15 ; CIJ, 27 juin 2001, *LaGrand* (Allemagne c. Etats-Unis d'Amérique), *Rec.* 2001, p. 466 ; CIJ, 31 mars 2004, *Avena et autres ressortissants mexicains* (Mexique c. Etats-Unis d'Amérique), *Rec.* 2004, p. 12. Dans la doctrine internationaliste : CH. DE VISSCHER, *Aspects récents...*, *op. cit.*, p. 146 ; A. BAGGE, « Intervention on the ground of damage caused to nationales, with particular reference to exhaustion of local remedies and the right of shareholders », *BYB*, vol. 34, 1958, p. 162 et suiv. ; I. BROWNLIE, *Principles of Public International Law*, Oxford, OUP, 7e éd., 2008, p. 492 et suiv.

²³³ Voy., CCS, 1 octobre 2007, *RosInvestCo c. Russie*, n°V079/2005, §152 (le tribunal arbitral a rejeté la qualification de l'exception préliminaire invoquant le manque de l'épuisement des voies de recours comme une question de compétence, en estimant que « [t]he very fact that the local remedies rule may be waived, as is undoubtedly the case, demonstrates that one is not dealing with a jurisdictional issue ») ; SA, 18 septembre 2018, *David Aven et al. c. Costa Rica*, UNCT/15/3, §351 et suiv. (partage la même position de principe, se réfère expressément à l'affaire *Interhandel*, mais confusion dans son raisonnement de la règle en tant que préalable procédural et l'épuisement des recours internes nécessaire pour révéler l'existence d'un déni de justice).

²³⁴ Dans le cadre de l'action en protection diplomatique, en principe, le respect de la condition est exigée en vertu du droit international général, même si rien n'exclut qu'elle soit prescrite (également) par une règle spéciale. Pour ce qui concerne le domaine de l'investissement, il semble que selon le professeur Schreuer, la question de la qualification devrait dépendre des termes de l'engagement juridictionnel, voy. sur ce point, CH. SCHREUER, « Calvo's Grandchildren: the Return of Local Remedies in Investment Arbitration », *op.cit.*, p. 2 : « Some bilateral investment treaties, providing for investment arbitration, make the exhaustion of local remedies a condition of consent ».

§1. Dans le contentieux interétatique

Dans le cadre des actions en protection diplomatique, la règle de l'épuisement des voies de recours internes est l'une des conditions de recevabilité de l'action en protection diplomatique. Elle est prévue à l'article 14 § 1 du Projet d'articles de la Commission du droit international sur la protection diplomatique, qui dispose que : « [u]n État ne peut présenter une réclamation internationale à raison d'un préjudice causé à une personne ayant sa nationalité [...] avant que la personne lésée ait [...] épuisé tous les recours internes ».

Or, l'Etat en exerçant la protection diplomatique, « [e]n prenant fait et cause pour l'un des siens, en mettant en mouvement, en sa faveur, l'action diplomatique ou l'action judiciaire internationale, cet Etat fait, à vrai dire, valoir son droit propre, le droit qu'il a de faire respecter en la personne de ses ressortissants, le droit international »²³⁵. Ainsi, « ne s'applique qu'aux cas dans lesquels l'État demandeur a été lésé « indirectement »²³⁶, c'est-à-dire par l'intermédiaire d'une personne ayant sa nationalité ; corollairement, cette condition ne s'applique pas lorsque « l'État auteur de la réclamation est directement lésé par le fait illicite d'un autre État »²³⁷.

Dans une finalité d'éviter d'encombrer les relations internationales de recours interétatiques prématurées lorsque les particuliers peuvent obtenir la satisfaction de leurs réclamations par des voies internes²³⁸, le fait internationalement illicite reproché à l'Etat dont la responsabilité internationale est mise en cause n'est consommé qu'au moment où l'individu a épuisé toutes les voies de recours disponibles dans l'ordre juridique interne de l'Etat défendeur.

Bien que l'entreprise de la détermination du caractère direct ou indirect du préjudice s'avère généralement délicate dans le cadre particulier des réclamations dites « mixtes »²³⁹, la condition de l'épuisement des voies des recours internes dans ce cas semble être écartée depuis l'affaire

²³⁵ C.P.J.I., 30 août 1924, *Concessions Mavrommatis en Palestine*, Série A, n°2, p.12.

²³⁶ Commentaire relatif à l'article 14 du projet de 2006, paragraphe 3.

²³⁷ *Ibid.*, paragraphe 9. Voy. sur ce point CIJ, 19 décembre 2005, *Activités armées sur le territoire du Congo* (République démocratique du Congo c. Ouganda), *Rec.* 2005, § 300.

²³⁸ J. COMBACAU & S. SUR, *Droit international public*, Paris, Montchrestien, 11e édition, 2014, p. 553.

²³⁹ Commentaire relatif à l'article 14 du projet de 2006, paragraphe 11.

*Avena*²⁴⁰. En effet, cette exclusion de l'applicabilité de la règle concerne les actions dans lesquelles l'État ne fait pas valoir son droit propre mais celui dont est directement titulaire son ressortissant lésé, qu'il représente lorsque celui-ci ne peut agir pour son propre compte, à défaut d'engagement juridictionnel applicable.

Cette observation renvoie au débat autour de la thèse dite de la représentation qui commence à émerger. Cette thèse a été défendue par certains auteurs, comme le professeur C. Santulli, qui ont considéré que dans l'affaire *Avena*, il s'agissait bien d'une action en représentation, même si la Cour n'a pas employé *expressis verbis* ce terme²⁴¹. Cet auteur s'interroge précisément sur la question de savoir si cette affaire est l'amorce d'un mouvement vers l'admission de ce type d'action ou un cas d'espèce dans laquelle la position de la Cour était tributaire des faits spécifiques de l'affaire. Toutefois, force est de constater qu'en l'état actuel du droit international général, la jurisprudence de la CIJ n'a pas admis cette thèse, au moins ouvertement.

§2. Dans le contentieux de l'investissement

A l'opposé, l'épuisement préalable des voies de recours internes ne constitue pas une condition préalable de l'action directe des individus devant un tribunal international²⁴². L'accès de l'investisseur à un tribunal arbitral n'est pas, en principe, conditionné par l'obligation d'épuiser les voies de recours internes, même si la règle peut être exigée par des règles spéciales, comme dans le domaine des droits de l'Homme²⁴³. Le tribunal CIRDI dans l'affaire *Franck Charles Arif c. Moldovie* a affirmé ce principe avec une remarquable clarté :

« The ICSID system is not intended to be a subsidiary system of dispute settlement in case the host State's legal system fails, but rather it is set up as an alternative to the host

²⁴⁰ CIJ, 31 mars 2004, *Avena et autres ressortissants mexicains* (Mexique c. Etats-Unis d'Amérique), *op. cit.*, p. 12 : « Dans ces circonstances toutes particulières d'interdépendance des droits de l'Etat et des droits individuels, le Mexique peut, en soumettant une demande en son nom propre, inviter la Cour à statuer sur la violation des droits dont il soutient avoir été victime à la fois directement et à travers la violation des droits individuels conférés à ses ressortissants par l'alinéa b) du paragraphe 1 de l'article 36. *L'obligation d'épuiser les voies de recours internes ne s'applique pas à une telle demande* » [italiques ajoutées].

²⁴¹ C. SANTULLI, « Entre protection diplomatique et action directe, éléments épars du statut international des sujets internes », *Colloque SFDI, Le sujet en droit international, Colloque du Mans*, Paris, Pedone, 2005, p. 93.

²⁴² C. F. AMERASINGHE, *Local Remedies in International Law*, Cambridge, Grotius Publications, 1990, p. 260-268 (selon cet auteur, il s'agit d'un « implicite waiver ») ; C. SANTULLI, *Droit du contentieux international, op.cit.*, p. 268-269.

²⁴³ Voy. par exemple, l'article 35 §1 de la Convention européenne des droits de l'Homme, l'article 50 de la Charte africaine ...

State's remedies in case of an investment dispute. As already mentioned above, there is no general requirement to exhaust local remedies for a treaty claim to exist, unless such a claim is for denial of justice »²⁴⁴.

A distinguer du préalable juridictionnel national²⁴⁵, qui sera étudié *infra*, dans le domaine de l'investissement, cette règle est très rarement exigée par les traités bilatéraux et multilatéraux de promotion et protection des investissements. Cette logique qui régit l'introduction « à titre d'exception » de cette règle dans le contentieux de l'investissement est reflété dans l'article 26 de la Convention CIRDI²⁴⁶ dispose que :

« Le consentement des parties à l'arbitrage dans le cadre de la présente Convention est, sauf stipulation contraire, considéré comme impliquant renonciation à l'exercice de tout autre recours. Comme condition à son consentement à l'arbitrage dans le cadre de la présente Convention, un Etat contractant peut exiger que les recours administratifs ou judiciaires internes soient épuisés ».

Les considérations historiques qui expliquent l'exclusion de cette règle dans le cadre du contentieux de l'investissement sont évidentes : toute l'édification du droit des investissements internationaux a été opérée pour précisément offrir à l'investisseur une alternative à ce type de saisine ; à tort ou à raison, les juridictions locales sont toujours suspectées de partialité²⁴⁷. Dans un point de vue plus pragmatique, le professeur Ch. Schreuer met en évidence que le recours aux tribunaux internes signifie des délais et des frais supplémentaires pour l'investisseur, tout en présentant des inconvénients pour l'Etat hôte²⁴⁸, notamment du point de vue de l'« attractivité » de son pays.

Or, lorsqu'elle est exigée, l'obligation d'épuisement des voies de recours internes ne prive pas l'investisseur du droit d'accéder à l'arbitrage international, mais rend simplement obligatoire

²⁴⁴ Tribunal CIRDI, 8 avril 2013, *Franck Charles Arif c. Moldovie*, ARB/11/23, §334.

²⁴⁵ Voy. sur ce point, Tribunal CIRDI, 25 janvier 2000, *Maffezini c. Argentine*, ARB/97/7, § 19-37.

²⁴⁶ Tribunal CIRDI, 16 septembre 2003, *Generation Ukraine, Inc. c. Ukraine*, ARB/00/9, §13.5-6 (—confirmant le tribunal dans l'affaire *Lanco International c. Argentine* (§39) — : le tribunal a précisé que l'Etat ne saurait se fonder sur cet article pour exiger l'épuisement des voies de recours internes en l'absence d'introduction de cette condition dans le TBI, sa loi sur l'investissement ou le contrat d'Etat conférant compétence au tribunal).

²⁴⁷ Ch. LEBEN, « Droit international des investissements : un survol historique », in Ch. LEBEN (dir.), *Droit international de l'investissement et de l'arbitrage transnational*, op. cit., p. 38-79.

²⁴⁸ Ch. SCHREUER, « Calvo's Grandchildren : the Return of Local Remedies in Investment Arbitration », op. cit. p. 1.

l'épuisement préalable des recours disponibles dans l'ordre interne de l'Etat hôte²⁴⁹. Précisément sur ce point, il importe de préciser que la clause imposant ce préalable se distingue de la clause dite *electa una via* ou *fork in the road*, imposant à l'investisseur d'opérer un choix irrévocable entre les procédures internes et internationales.

Section II La consistance de l'obligation

Dans le cadre de l'étude de la question de la consistance de l'obligation, nous procéderons pas à une comparaison directe entre la jurisprudence de la CIJ et celle des tribunaux arbitraux, puisqu'il est généralement admis que lorsque la clause de l'épuisement est prévue par un traité relatif aux investissements, la consistance ou portée de l'exigence est la appréciée par les tribunaux arbitraux par référence à la manière dont est appréciée l'obligation d'épuiser les voies de recours dans le cadre d'une action en protection diplomatique²⁵⁰. Ainsi, cette question sera principalement examinée sous l'angle de la jurisprudence de la CIJ, ainsi qu'elle a influencé les tribunaux arbitraux en matière d'investissement.

La règle impose que le particulier dont endosse la réclamation l'Etat doive avoir épuisé toutes les voies de recours utiles (§1). En revanche, la règle n'exige pas l'épuisement des recours lorsque les recours sont futiles (§2)²⁵¹.

§1. L'utilisation diligente des recours internes utiles

D'abord, la personne privée doit épuiser les voies de recours accessibles²⁵² ou disponibles²⁵³ et effectifs. Sont accessibles ou disponibles « les recours ouverts à une personne lésée devant les autorités judiciaires ou administratives, ordinaires ou spéciales, de l'État prétendument responsable

²⁴⁹ Voy. pour un exemple, l'article 8 § 1 du TBI Malte / Grande-Bretagne qui dispose que : « [w]here a dispute arises between an investor of one of the Contracting Parties and the other Contracting Party affecting an investment of the former and relating to a matter with respect to which the latter has undertaken an obligation in favour of the other Contracting Party under this Agreement, the dispute shall in the first instance be dealt with by the pursuit of local remedies ».

²⁵⁰ N. CHAEVA, *Les exceptions préliminaires dans l'arbitrage sur le fondement des traités de promotion et de protection des investissements*, *op. cit.*, p. 436.

²⁵¹ Les formulations sont empruntées à C. SANTULLI, *Droit du contentieux international*, *op. cit.*, p. 297-99.

²⁵² Ch. DE VISSCHER, *Aspects récents...*, *op. cit.*, p. 151.

²⁵³ C. F. AMERASINGHE, *Local Remedies in International Law*, Cambridge, Grotius Publications, 2e éd., 2004, p. 181.

du préjudice »²⁵⁴. Quant à l'effectivité, ce qui importe est que les recours « soi[ent] de nature à obtenir le redressement du tort subi par le requérant »²⁵⁵.

Puis, il est exigé que l'individu utilise les voies de recours avec une certaine diligence les recours à sa disposition. Il va de soi qu'il doit saisir les juridictions compétentes, dans les délais et formes prescrits par le droit interne²⁵⁶.

§2. La limite, les recours futiles

Comme l'affirme le professeur Ch. De Visscher, « la réclamation internationale n'est pas subordonnée à l'épuisement de recours inexistantes ou dont l'accès aurait été rendu pratiquement impossible à la partie privée. Elle ne l'est pas davantage quand le recours aux voies légales n'ouvre aux intéressés aucune perspective raisonnable de succès »²⁵⁷. Comme l'explique bien cet auteur dans son opinion individuelle dans l'affaire *Certains emprunts norvégiens*, cette exigence ne s'accommode pas d'une application automatique, mais doit être appliquée « en tenant compte des circonstances de l'espèce et tout particulièrement des limitations que ces circonstances peuvent opposer à l'efficacité du recours »²⁵⁸.

L'appréciation du caractère « déraisonnable »²⁵⁹ de l'application de l'obligation se fait *in concreto*, et plusieurs facteurs peuvent entrer en ligne de compte. Parmi ces circonstances figurent, par exemple, une application rigide et absolue de la règle par les organes ou juridictions internes, ou bien la pratique des juridictions ou organes internes²⁶⁰, les pouvoirs de la juridiction ou organe compétent²⁶¹...

²⁵⁴ Voy. l'art. 14 § 2 du Projet de la CDI sur la protection diplomatique.

²⁵⁵ C. SANTULLI, *Droit du contentieux international*, op. cit., p. 297

²⁵⁶ Voy. pour la jurisprudence internationale sur la question, autre que de la CIJ, *ibid.* p. 298.

²⁵⁷ Ch. DE VISSCHER, *Aspects récents...*, op. cit., p. 151.

²⁵⁸ Opinion individuelle Ch. De Visscher en l'affaire *Compagnie d'Electricité*, Série A/B, n°77, p. 138.

²⁵⁹ C. SANTULLI, *Droit du contentieux international*, op. cit. p. 299.

²⁶⁰ CPIJ, 28 février 1939, *Chemin de fer Panevezys-Saldutiskis* (Estonie c. Lituanie), *Rec. CPJI Série A/B*, n°76, p. 18-21 (le sujet interne ne doit pas introduire un recours lorsqu'il se heurte à une jurisprudence bien établie).

²⁶¹ *Ibid.* (le sujet interne n'a pas à introduire un recours devant une juridiction incompétente).

S'agissant de la question de la preuve de la futilité, ou, mieux dit, « de la répartition logique de la preuve »²⁶² en matière de protection diplomatique, il incombe au demandeur de prouver que les voies de recours internes ont bien été épuisées ou d'établir que des circonstances exceptionnelles dispensaient la personne prétendument lésée et dont il entend assurer la protection d'épuiser les recours internes disponibles²⁶³. Dans ce cas, il appartient au défendeur de convaincre la Cour qu'il existait dans son ordre juridique interne des recours efficaces qui n'ont pas été épuisés²⁶⁴.

Conclusion du Chapitre I

L'épuisement des voies de recours internes, règle classique du contentieux international, dans son aspect procédural, pourrait être considéré comme le seul préalable procédural qui bénéficie d'un champ d'application général, qui s'applique donc dans le silence de l'engagement juridictionnel s'agissant exclusivement le contentieux interétatique, et précisément, les actions en protection diplomatique.

S'il est vrai que certains traités de promotion et protection des investissements internationaux « naviguent [encore] à contre-courant »²⁶⁵, en règle générale, on peut affirmer que la pratique conventionnelle en matière d'investissement est relativement uniforme sur ce point : la règle de l'épuisement des recours internes est écartée dans le contentieux de l'investissement.

Au-delà du fondement ou la source de ce préalable, qui peut être spécial ou général selon le type du contentieux ou de l'action en cause, il pourrait être soulevé que du point de vue de sa portée, ainsi que de son régime, des « principes généraux » établis par la CIJ et sa devancière, sont suivis dans une mesure importante par les tribunaux arbitraux en matière d'investissement.

²⁶² Ch. DE VISSCHER, *Aspects récents...*, *op. cit.*, p. 16.

²⁶³ Voy. CIJ, 20 juillet 1989, *Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI)* (Etats-Unis d'Amérique c. Italie), *op. cit.*, § 53.

²⁶⁴ CIJ, 24 mai 2007, *Ahmadou Sadio Diallo* (République de Guinée c. République démocratique du Congo), *op. cit.*, § 44.

²⁶⁵ A. DE NANTEUIL, *Droit international de l'investissement*, *op. cit.*, p. 252.

Chapitre II Le préalable procédural national

L'observation de la pratique conventionnelle des Etats montre que ces clauses sont loin d'être les plus fréquentes²⁶⁶. A distinguer tant du préalable de négociation²⁶⁷ que de l'obligation d'épuisement des recours internes²⁶⁸, certains TBI comportent « une disposition spéciale qui subordonne la recevabilité de la procédure arbitrale à une décision préalable de la juridiction nationale compétente ou son défaut de décision dans un délai déterminé [...] à compter de sa saisine »²⁶⁹. Ayant comme finalité principale de donner la possibilité aux tribunaux internes de résoudre le différend avant que celui-ci ne fasse l'objet d'un recours devant un tribunal arbitral²⁷⁰, ces clauses retardent la possibilité de saisine directe de l'arbitre pour une durée qui peut varier de 6 à 24 mois à partir de la date de l'apparition du différend²⁷¹.

Si une comparaison n'est par hypothèse pas possible dans le cadre de l'examen de cette question, on constate que les tribunaux se sont largement inspirés dans leur appréciation sur cette clause de la jurisprudence de la CIJ sur l'épuisement des recours internes.

Section I La consistance de l'obligation

Comme la définition susvisée le montre, les clauses imposant un règlement national préalable subordonnent le recours à l'arbitrage international à la saisine de la juridiction interne compétente, et ce n'est qu'en cas de défaut de décision nationale dans le délai ou d'insatisfaction de l'investisseur par la solution nationale que la procédure arbitrale pourra être utilement utilisée.

²⁶⁶ Elles sont presque absentes de la pratique conventionnelle française.

²⁶⁷ Tribunal CIRDI, 8 décembre 2008, *Wintershall Aktiengesellschaft c. Argentine*, ARB/04/14, §145 : « A waiting period for amicable settlement (or for 'negotiation') is definitely not the same as a requirement to invoke the jurisdiction of domestic Courts for a given period of time ».

²⁶⁸ Confirmé par plusieurs tribunaux, voy. par exemple, Tribunal CIRDI, 25 janvier 2000, *Maffezini c. Argentine*, ARB/97/7, §19-37 ; Tribunal CIRDI, 3 août 2004, *Siemens AG c. Argentine*, ARB/02/8, § 104 ...

²⁶⁹ C. SANTULLI, *Droit du contentieux international, op. cit.*, p. 289.

²⁷⁰ Tribunal CIRDI, 19 décembre 2012, *Urbaser S.A. and Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa c. Argentine*, ARB/07/26, § 160, Tribunal CIRDI, 25 janvier 2000, *Emilio Agustin Maffezini c. Royaume d'Espagne, op. cit.*, § 135.

²⁷¹ Pour une illustration, voy. l'article 8 du TBI Egypte-Finlande stipule que : « A dispute between a company or a national and a Contracting State concerning an investment under this Agreement may be submitted to the arbitration (...), only if a definite solution has not been reached by means of the local remedies within three months from the date when recourse has been taken to such remedies ».

Sur ce point, il existe une vraie transposition de la logique qui régit l'obligation d'épuisement des voies de recours internes. Dès lors, l'obligation astreint l'investisseur à introduire les recours internes, diligemment (§1), à l'exception des recours futiles (§2).

§1. L'introduction diligente des recours

Ainsi qu'il a été relevé plus haut, l'investisseur n'a pas l'obligation d'épuiser les recours utiles, mais simplement de les introduire et s'abstenir de déclencher la procédure internationale pendant un certain délai. En d'autres termes, une fois le délai écoulé, même si aucune décision n'a été encore adoptée à son sujet, le demandeur est libre de revenir à l'arbitrage international. A cet égard, le tribunal arbitral dans l'affaire *Gas Natural*, a évoqué dans le cadre de son examen du respect de la clause du recours préalable aux tribunaux de l'Etat hôte pendant 18 mois contenue dans le TBI Espagne / Argentine que :

« it would be possible to have recourse to arbitration even if there were a decision in the case by the national courts, and a fortiori if no final decision had been rendered in the national courts. Accordingly, the 18-month provision does not come within the concept of prior exhaustion of local remedies as understood in international law »²⁷².

Néanmoins, à l'instar de la règle de l'épuisement des voies de recours internes, une certaine diligence est requise de part de l'investisseur, en ce sens qu'il est tenu d'introduire et d'utiliser les recours internes avec soin. Ainsi qu'il a été vu plus haut concernant la règle de l'épuisement des voies de recours internes, il doit saisir effectivement les juridictions compétentes dans les délais prévus en vertu de la *lex fori*²⁷³.

Sous ce même angle de la diligence requise, cette obligation impose à l'investisseur de donner la possibilité au juge national de connaître la cause de la réclamation internationale, du moins en substance²⁷⁴, sans qu'il soit requis que les griefs soient formulés en termes de violation du traité²⁷⁵.

²⁷² Tribunal CIRDI, 17 juin 2005, *Gas Natural c. Argentine*, ARB/03/10, §30 ; dans le même sens, *Siemens c. Argentine*, 3 août 2004, *op. cit.* §104.

²⁷³ Voy. sur ce point, Tribunal CIRDI, 2 juillet 2013, *Philip Morris & Abal Hermanos c. Uruguay*, ARB/10/7, § 115.

²⁷⁴ Tribunal CIRDI, 19 décembre 2012, *Urbaser S.A. and Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa c. Argentine*, *op. cit.*, §160 : « the proceeding to be followed before those tribunals must have the effect of bringing to the court for purposes of adjudication the *substance* of the dispute » [italiques de nous].

²⁷⁵ Tribunal CIRDI, 5 septembre 2013, *Ömer Dede and Serdar Elhüseyni c. Roumanie*, ARB/10/22, § 250.

Si la stricte triple identité ne peut être exigée²⁷⁶, toutefois un degré de « *sameness* »²⁷⁷ l'est assurément, à défaut de quoi, comme l'ont évoqué certains tribunaux, la clause imposant ce préalable serait vidée de tout sens et de toute portée.

§2. La limite, les recours futiles

Partageant la même « *rationale* »²⁷⁸ avec la règle de l'équipement des voies de recours internes sur ce point particulier certainement²⁷⁹, le préalable judiciaire national n'impose que l'introduction des recours utiles. En d'autres termes, les recours futiles n'ont pas à être introduits. La plupart des tribunaux arbitraux ont reconnu que cette exception du droit général du contentieux international devrait s'appliquer également dans le domaine de l'investissement, même donc, en l'absence de précision expresse dans le traité²⁸⁰. Les tribunaux ont de manière constante analysé cette obligation comme n'imposant que le recours qui sont « 'reasonably available' in light of the investor's situation and that offer 'a real chance in practice' or a 'reasonable possibility' of obtaining effective redress or adequately and effectively resolving the dispute by reaching a decision on its substance »²⁸¹.

En règle générale, les tribunaux arbitraux retiennent une conception stricte de cette de l'exception de futilité. En effet, à l'instar de la diligence exigée dans le cadre la règle classique de l'épuisement des recours internes, devant les tribunaux arbitraux en matière d'investissement, le caractère raisonnable est apprécié *in concreto*, en vertu des circonstances spécifiques de chaque espèce, comme, par ailleurs, le seuil de preuve exigé, qui varie selon les espèces.

S'agissant des considérations à prendre en compte, le tribunal dans l'affaire *Ambiente*, se réfère aux exemples de considérations démontrant la futilité, évoqués par la Commission du droit international dans le cadre de l'article 15 a) du Projet d'articles sur la protection diplomatique. Il en serait par

²⁷⁶ Tribunal CIRDI, 21 décembre 2012, *Teinver S.A., Transportes de Ceranias S.A. & Autobuses Urbanos del Sur S.A. c. Argentine*, *op. cit.*, § 132-133 ; Tribunal CIRDI, 19 décembre 2012, *Urbaser c. Argentine*, *op. cit.*, § 123 ; Tribunal CIRDI, 2 juillet 2013, *Philip Morris & Abal Hermanos c. Uruguay*, *op. cit.*, § 113.

²⁷⁷ Tribunal CIRDI, 5 septembre 2013, *Ömer Dede and Serdar Elhüseyni c. Roumanie*, *op. cit.*, § 250.

²⁷⁸ CPA (CNUDCI), 10 février 2012, *ICS Inspection and Control Services Ltd. c. Argentine*, n° 2010-9, § 261.

²⁷⁹ Tribunal CIRDI, 4 août 2011, *Abaclat et al. c. Argentine*, ARB/07/5, p. 671 à 797 ; certains tribunaux ont exprimé toutefois des doutes quant à cette transposition, *ICS*, *ibid.* § 263-273.

²⁸⁰ Voy. parmi d'autres, *ICS Inspection and Control Services Ltd. c. Argentine*, § 265.

²⁸¹ M. D. BRAUCH, « IISD Best Practices Series: Exhaustion of Local Remedies in International Investment Law », janvier 2017, disponible sur <https://www.iisd.org/library/iisd-best-practices-series-exhaustion-local-remedies-international-investment-law> (consulté le 5 juin 2019), p. 20.

exemple futile d'introduire un recours si le tribunal interne est incompetent à l'égard du différend considéré ; que les tribunaux ne peuvent pas connaître de la législation interne justifiant les actes attaqués par l'étranger ; que les tribunaux internes manquent notoirement d'indépendance ; qu'une jurisprudence constante et bien établie est défavorable à l'étranger ; que les tribunaux internes n'ouvrent pas à l'étranger un recours approprié et suffisant ; ou encore que l'État défendeur n'a pas de système adéquat de protection judiciaire²⁸². Le tribunal en prenant en considération ces éléments considère ainsi que la loi argentine de 2005 (et la décision de la Cour suprême argentine confirmant la légalité de la loi) ne permettait pas une issue favorable pour l'investisseur. Le tribunal a donc conclu que tout recours judiciaire aurait été en l'espèce futile de telle manière qu'il ne peut être reproché à l'investisseur de ne pas les avoir engagés²⁸³.

S'agissant du seuil de preuve, à titre d'exemple, en l'affaire *Kılıç c. Turkmenistan*, l'investisseur ne rapportait pas la preuve d'une quelconque initiative d'un recours préalable auprès des instances turkmènes en alléguant que les recours étaient « obviously futile »²⁸⁴. Le défendeur soutenait qu'il n'était pas été en mesure de rapporter des éléments de preuve puisqu'il lui était impossible de trouver un avocat turkmène prêt à témoigner et qu'en s'entretenant avec d'autres investisseurs étrangers ayant un différend avec cet État, il avait conclu que cette expérience était générale. Selon le tribunal, ces allégations de futilité n'étaient pas suffisamment prouvées étant donné que « [i]t is not enough to make generalised allegations about the insufficiency of a state's legal system »²⁸⁵. En adoptant une approche plutôt stricte du seuil de preuve²⁸⁶, le tribunal n'a pas estimé que la futilité était suffisamment établie par l'investisseur²⁸⁷. Une telle approche semble de prime abord témoigner une certaine rigueur. Toutefois, comme certains auteurs l'ont relevé, appréciée de manière très laxiste, « l'exception de futilité perd son statut d'exception légitime pour devenir un instrument rhétorique au service de la violation du traité »²⁸⁸.

²⁸² Projet d'articles sur la protection diplomatique et commentaires y relatifs, p. 47-48.

²⁸³ Tribunal CIRDI, 8 février 2013, *Ambiente Ufficio S.p.A. et al. c. Argentine*, ARB/08/9, § 615-621.

²⁸⁴ Tribunal CIRDI, 2 juillet 2013, *Kılıç #n\$aat #thalat #hracat Sanayi Ve Ticaret Anonim %irketi c. Turkmenistan*, ARB/10/1, § 3.4.1.

²⁸⁵ *Ibid.*, § 8.1.5.

²⁸⁶ Voy. dans ce sens : Opinion individuelle du juge Lauterpacht dans l'affaire *Certains emprunts norvégiens*, *Rec.* 1957, p. 39 (une tentative devrait être faite pour épuiser les recours « si éventuels et théoriques qu'ils puissent être »).

²⁸⁷ Tribunal CIRDI, 2 juillet 2013, *Kılıç #n\$aat #thalat #hracat Sanayi Ve Ticaret Anonim %irketi c. Turkmenistan*, *op. cit.*, § 8.1.10: « It is not enough to make generalised allegations about the insufficiency of a state's legal system ».

²⁸⁸ B. REMY, « Chronique des sentences arbitrales », *Journal du droit international (Clunet)*, n° 1, janvier 2014, *chron.* 2, p. 290.

Section II Le régime de l'obligation

§1. Les effets du non-respect : l'incompétence du tribunal ou l'irrecevabilité de la demande ?

Comme il a été bien expliqué par le professeur Abi-Saab dans son opinion dissidente dans l'affaire *Abaclat*, concernant précisément la disposition du TBI Italie / Argentine exigeant ce préalable :

« no instrument, laying down jurisdictional limits or admissibility conditions, specifies the legal consequences of non observance of these limits or non fulfilment of these conditions. These consequences are embedded in the very legal classification of these as jurisdictional limits or admissibility conditions. According to the general rules of law and rules of general international law, non compliance begets the inevitable legal sanction of dismissing the case, as falling outside the jurisdiction of the tribunal or as inadmissible »²⁸⁹.

Or, comme il a été développé dans le cadre de notre examen du préalable de négociation, la qualification du préalable de condition obligatoire préalable ou de condition procédurale est intimement liée à celle des effets qu'attachent les tribunaux à son inobservation. Ainsi, selon la qualification retenue, les effets du défaut de respect du préalable national varient. Ils seront examinés successivement.

A. L'incompétence du tribunal

Naturellement, cette exigence procédurale est systématiquement plaidée par les Etats défendeurs comme faisant partie de leur consentement à l'arbitrage. En cas de qualification de la condition préalable en une condition du consentement de l'Etat, qui relève par conséquent de la compétence du tribunal, le défaut de s'y conformer entraîne l'incompétence du tribunal. Il convient d'évoquer à ce point que le professeur Ch. Schreuer a affirmé que « [a] requirement of this kind as a condition for consent to arbitration creates a considerable burden to the party seeking arbitration with little chance of advancing the settlement of the dispute »²⁹⁰.

²⁸⁹ Opinion dissidente du 28 octobre 2011 du professeur G. Abi-Saab dans l'affaire *Abaclat and Others c. Argentine*, *op. cit.*, § 28.

²⁹⁰ Ch. SCHREUER (éd.), *The ICSID Convention: a Commentary*, *op. cit.*, p. 240.

Dans cette optique, ainsi qu'il a été déjà observé concernant le préalable de négociation, cette décision est définitive en ce qu'elle éteint à jamais l'instance. Par conséquent, le même différend ne pourra jamais être présenté à nouveau devant le même tribunal pour reprendre l'instance en cours, l'effet du déclinatoire de compétence étant définitif. Un nombre de tribunaux qui ont analysé ce préalable en tant que condition du consentement de l'Etat à l'arbitrage, et par extension, comme relevant de la compétence du tribunal, ont décliné leur compétence pour connaître du fond de la réclamation en rejetant les demandes affectées par le défaut²⁹¹.

A titre d'illustration, le tribunal CIRDI dans l'affaire *Wintershall c. Argentine* saisi sur la base du TBI Allemagne-Argentine a jugé que le préalable national ne constitue pas une exigence procédurale, et ce, contrairement au préalable de négociation. Or, à cet égard, le non-respect par l'investisseur de cette condition a abouti dans cette espèce à l'incompétence du tribunal²⁹². Certains auteurs ont relevé à cet effet que « such requirements are more likely to be held mandatory » (se référant au préalable national), bien que l'analyse faite par les tribunaux sur ces deux préalables soit similaire²⁹³.

B. L'irrecevabilité de la demande

A l'opposé, lorsqu'elle est appréhendée comme une formalité procédurale par le tribunal, en règle générale, l'exception tirée de son inobservation est analysée comme une exception d'irrecevabilité. Sur ce point, le professeur Ch. Schreuer, entendu par le tribunal dans l'affaire *Wintershall* en tant qu'expert présenté par le demandeur, a affirmé que « the practice of tribunals demonstrates that the principle that procedural obstacles are not jurisdictional requirements and may be disregarded where appropriate, also applies where the claimant is not a State party to the treaty but a national who may benefit from it »²⁹⁴.

²⁹¹ Voy. Tribunal CIRDI, 29 août 2012, *Daimler Financial Services AG c. Argentine*, ARB/05/1, §286 ; *Kiliç İnşaat İthalat İhracat Sanayi Ve Ticaret Anonim Şirketi c. Turkmenistan*, *op. cit.*, §10.1.1 ; *Wintershall Aktiengesellschaft c. Argentine*, *op.cit.*, §156 (le tribunal arbitral a également refusé de donner effet à la CNPF pour accorder à l'investisseur le droit d'accès direct au tribunal arbitral prévu par un traité tiers) ; voy. également *Impregilo c. Argentine*, *op.cit.*, §94 ; SA, 10 février 2012, *ICS Inspection and Control Services Ltd. c. Argentine*, *op. cit.* § 273 ; *Ömer Dede and Serdar Elhüseyni c. Roumanie*, *op. cit.*, §62-263 ; pour une approche nuancée, voy. Tribunal CIRDI, 19 décembre 2012, *Urbaser c. Argentine*, *op. cit.*, § 123 : « whether it has to be observed or may be disregarded under particular circumstances, is a prerequisite for arbitral jurisdiction and not merely a 'circumstance' for providing full effect and implementation for a consent a priori determined as valid and enforceable ».

²⁹² Tribunal CIRDI, 8 décembre 2008, *Wintershall Aktiengesellschaft c. Argentine*, *op.cit.*, §145.

²⁹³ G. BORN & M. SCEKIC, « Pre-Arbitration Procedural Requirements: 'A Dismal Swamp' », *op. cit.*, p. 234.

²⁹⁴ Tribunal CIRDI, 8 décembre 2008, *Wintershall Aktiengesellschaft c. Argentine*, *op.cit.*, §133.

Précisément sur ce point, plusieurs tribunaux se sont appuyés sur la jurisprudence de la CIJ sur l'épuisement des recours internes pour conclure que la conséquence de son inobservation doit être l'irrecevabilité de la demande et non l'incompétence du tribunal. Ainsi qu'il a été développé plus haut dans notre rapport, alors que l'irrecevabilité met en principe fin à l'instance en cours, l'arbitre étant toujours compétent, il demeure possible que des exigences de recevabilité soient régularisées en cours d'instance, malgré le fait qu'au moment de leur appréciation, à savoir, en principe, au moment de l'acte introductif d'instance, elles n'étaient pas remplies.

Certains tribunaux ont déclaré l'irrecevabilité des demandes purement et simplement. A titre d'illustration, le tribunal CIRDI dans l'affaire *Hochtief c. Argentine* a qualifié l'exigence de recours préalable aux tribunaux étatiques prévue par le TBI Allemagne / Argentine comme une condition dont le respect relève la recevabilité de la requête, en estimant qu'il s'agit d'une « condition relating to the manner in which the right to have recourse to arbitration must be exercised »²⁹⁵.

Dans d'autres cas, notamment dans un souci d'économie de procédures, les tribunaux ont considéré que l'inobservation du préalable national était « régularisable »²⁹⁶, dans d'autres que le défaut était « excusable »²⁹⁷. Il est également concevable qu'un tribunal sursoie à statuer afin de permettre la réalisation de cette condition²⁹⁸.

Dans le prolongement de ces observations, il est intéressant de noter à ce sujet que certains auteurs et tribunaux ont exprimé des doutes quant à la véritable utilité de cette clause. Le professeur

²⁹⁵ Tribunal CIRDI, 24 octobre 2011, *Hochtief Aktengesellschaft c. Argentine*, ARB/07/31, §96.

²⁹⁶ La distinction et la formulation sont empruntées au professeur C. Santulli (C. SANTULLI, *Droit du contentieux international*, *op. cit.* p. 214) ; Tribunal CIRDI, 21 décembre 2012, *Teinver S.A., Transportes de Ceranias S.A. & Autobuses Urbanos del Sur S.A. c. Argentine*, *op. cit.*, §135 (selon ce tribunal, ce qui importe est l'introduction de l'action interne avant la saisine du tribunal arbitral, même si l'écoulement a lieu en cours d'instance - la possibilité donnée aux tribunaux arbitraux de connaître du différend avant la saisine du tribunal, la finalité de ce préalable était donc satisfaite) confirmé par *Philip Morris c. Uruguay*, *op. cit.*, §133 et suiv. (le tribunal s'abstient de se prononcer sur la question de la qualification, si le respect du préalable national relève de la compétence ou de la recevabilité, mais affirme, quant aux effets à appliquer au défaut de respect de ce préalable, que l'écoulement du délai après l'initiation de la procédure arbitrale permet la régularisation).

²⁹⁷ Voy. parmi d'autres, Tribunal CIRDI, 19 décembre 2008, *Çakale İnşaat Limited Şirketi c. Turkmenistan*, ARB/10/24, § 262-263 (le préalable n'a pas été respecté en l'espèce, le tribunal tout en rejetant les allégations de l'investisseur relatives à la futilité des recours internes, déclare les demandes recevables) ; Tribunal CIRDI, 19 décembre 2008, *TSA Spectrum de Argentina S.A. c. Argentine*, ARB/05/5, § 108-112 (les recours internes ont été bien introduits en l'espèce, mais l'action devant le tribunal était intentée 3 mois avant l'écoulement du délai, le tribunal a considéré que cette irrégularité était excusable et qu'il était compétent).

²⁹⁸ Voy. sur ce point, CH. SCHREUER, « Consent to arbitration », *op. cit.*, p. 846.

Schreuer a relevé les difficultés pratiques liées à son application, en particulier, la faible probabilité de résolution du différend dans un délai si court, puis, la forte probabilité de la persistance du différend à l'issue de la procédure nationale²⁹⁹. Puis, dans une approche quelque peu simpliste, il a appuyé son argument principal sur le fait que quel que soit le résultat de la procédure nationale, l'investisseur dispose toujours de son droit de recourir à l'arbitrage international³⁰⁰.

Dans cette perspective purement pratique, certains tribunaux n'ont pas hésité à qualifier les clauses imposant ce préalable national de « nonsensical », et le préalable national de « curious requirement »³⁰¹. Cette manière d'analyser ce préalable, le vidant de toute signification et portée, a suscité la critique de la part de certains auteurs. Selon le professeur C. Santulli, ces approches « révèl[ent] la difficulté de la pratique arbitrale contemporaine à gérer des techniques procédurales anciennes, et typiques du droit international »³⁰².

C. L'invalidité de la sentence

En ce qui concerne l'effet sur la validité de la sentence, dans son principe, la possibilité d'annulation de la sentence pour le non-respect de cette exigence était admise, du moins dans son principe, par le juge interne³⁰³. Dans le cadre du système CIRDI, le Comité *ad hoc* a eu la possibilité de se prononcer sur cette question dans l'affaire *Impregilo c. Argentine*. Le tribunal a rejeté l'argument de l'Argentine selon lequel le non-respect par l'investisseur du préalable juridictionnel national constituait une inobservation grave d'une règle fondamentale de procédure³⁰⁴ susceptible d'entraîner la nullité de la sentence³⁰⁵.

²⁹⁹ Ch. SCHREUER (éd.), *The ICSID Convention: a Commentary*, *op. cit.*, p. 240.

³⁰⁰ Ch. SCHREUER, « Calvo's Grandchildren : the Return of Local Remedies in Investment Arbitration », *op. cit.*, p. 4.

³⁰¹ Tribunal CIRDI, 8 février 2005, *Plama Consortium Ltd c. Bulgarie*, ARB/03/24, §224.

³⁰² C. SANTULLI, « Clause *electa una via* et clause de règlement judiciaire national préalable dans l'arbitrage relatif à l'investissement international », in Ch. LEBEN (dir.), *La procédure arbitrale relative aux investissements internationaux. Aspects récents*, Louvain, Anthémis, 2010, p. 119.

³⁰³ Cour d'appel pour le circuit du district de Columbia (Etats-Unis d'Amérique), 17 janvier 2012, *Argentine c. BG Group LPC*, n°11 à 7021, ILM, vol. 51 (2012), p. 20-24, infirmé sans être contredit sur le principe par la Cour suprême, 5 mars 2014, *BG Group PLC c. Argentine*, n°12 à 138.

³⁰⁴ Par référence à l'article 52 § 1 d) de la Convention de Washington.

³⁰⁵ Comité *ad hoc* CIRDI, 24 janvier 2014, *Impregilo S.p.A. c. Argentine*, ARB/07/17, § 163-179.

§2. L'éviction des effets du non-respect par le jeu de la clause de la nation la plus favorisée³⁰⁶

Il s'agit de l'hypothèse dans laquelle le tribunal établit que l'investisseur n'a pas respecté l'exigence, et dès lors, constate son incompétence ou éventuellement l'irrecevabilité de la demande. Dans ce cas, « seul le jeu de la clause de la nation la plus favorisée pourrait sauver la juridiction du tribunal »³⁰⁷.

L'affaire *Maffezini* est considérée comme le fer de lance de ce mouvement consistant à admettre la possibilité d'écarter les effets qu'auraient normalement l'inobservation de cette exigence préalable par le jeu de la clause de la nation la plus favorisée. Dans cette affaire, le TBI applicable Espagne / Argentine imposait ce préalable juridictionnel national. Le demandeur argentin n'ayant pas satisfait cette exigence, a argué qu'il devait être dispensé de cette exigence en invoquant le droit au traitement plus favorable accordé par le TBI Espagne / Chili aux investisseurs chiliens, n'exigeant pas ce préalable. Le tribunal a accueilli l'argument dans une décision du 25 janvier 2000, considérant que les conditions de règlement des différends susceptibles d'intervenir entre un investisseur étranger et l'Etat d'accueil de l'investissement relevaient du domaine de la protection et du traitement des investissements étrangers, au même titre que les dispositions substantielles des TBI, en l'assortissant avec de limites : la clause ne pourrait faire obstacle à la mise en œuvre de considérations d'ordre public³⁰⁸. Or, parmi ces considérations ne figurait pas le préalable national³⁰⁹, à la différence de l'exigence d'épuisement des recours internes³¹⁰. Le tribunal s'est déclaré donc

³⁰⁶ Le choix de traiter cette question dans le cadre du régime de ce préalable, et non, éventuellement, de sa portée, se justifie par la manière dont ont procédé certains tribunaux dans leur appréciation de l'exception tirée du non-respect de ce préalable, à savoir, par un constat du non-respect et de l'effet respectif attaché, suivi par l'examen de la question de savoir si, en cas d'applicabilité de la clause de la nation la plus favorisée, son jeu permet d'« évincer » les effets : voy. notamment, Wintershall, §156-157. *Contra* : Maffezini, § 36-37 (le tribunal ne procède pas à un constat de son incompétence, en considérant qu'il serait « immature » avant de se prononcer sur l'invocation par le demandeur de la clause de la nation la plus favorisée, mais affirme clairement qu'il *devrait* conclure à son incompétence puisque le préalable national n'a pas été respecté en l'espèce).

³⁰⁷ J. CAZALA, « Délai d'attente avant l'engagement d'une procédure de règlement des différends devant un tribunal arbitral international », *Cahiers de l'arbitrage*, vol. V, 2010, p. 410.

³⁰⁸ CIRDI, 25 janvier 2000, *Maffezini c. Argentine*, *op. cit.*, § 62. A titre d'illustration, le Tribunal évoque la condition de l'épuisement des voies de recours internes, l'obligation de choisir entre les recours internes et les procédures internationales, la désignation d'une institution d'arbitrage spécifique...

³⁰⁹ *Ibid.*, §64 (« does not reflect a fundamental question of public policy considered in the context of the treaty »).

³¹⁰ Sur ce point, voy. pour un commentaire critique de la sentence sur ce point spécifique : C. SANTULLI, *Droit du contentieux international*, *op. cit.*, p. 143 (la qualification par le tribunal de la règle de « principe général », là où elle n'est qu'une exigence spéciale).

compétent, passant ainsi outre le non-respect du préalable procédural national, qui autrement, aurait comme effet d'entraîner son incompétence.

Depuis, la jurisprudence arbitrale en matière d'investissement est partagée sur ce point. Dans la droite ligne de Maffezini s'inscrivent plusieurs décisions qui ont accepté que le jeu de la clause de la nation la plus favorisée puisse écarter les effets du non-respect de l'exigence préalable³¹¹. D'autres tribunaux, un peu moins de la moitié³¹², ont refusé que le jeu de la clause puisse avoir un tel effet³¹³. Il importe de préciser sur ce point que la considération déterminante des tribunaux dans leur appréciation sur la question de l'inclusion ou l'exclusion du préalable du jeu d'attraction de la clause de la nation la plus favorisée semble être la rédaction de la clause en question³¹⁴.

³¹¹ Siemens A.G. c. Argentine, aff. CIRDI n°ARB/02/8, décision sur la compétence du 3 août 2004, §102-121 (admet la mise à l'écart de l'exigence par le jeu de la clause) ; Camuzzi International SA c. Argentine, aff. CIRDI n°ARB/03/7, décision sur la compétence du 10 juin 2005, Gas Natural SDG, SA, c. Argentine, aff. CIRDI n°ARB/03/10, décision sur la compétence du 17 juin 2005, Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. et InterAguas Servicios Integrales del Agua S.A. c. Argentine, aff. CIRDI n°ARB/03/17, décision sur la compétence du 16 mai 2006, Telefonica S.A. c. Argentine, aff. CIRDI n°ARB/03/20, décision sur la compétence du 25 mai 2006 ; SA, National Grid plc c. Argentine, décision sur la compétence du 20 juin 2006 ; Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A., et Vivendi Universal S.A. c. Argentine, aff. CIRDI n°ARB/03/19, et SA, AWG Group Ltd. c. Argentine, décision sur la compétence du 3 août 2006, RosInvestCo UK Ltd. c. Russie, décision sur la compétence, octobre 2007, Impregilo S.p.A. c. Argentine, aff. CIRDI n°ARB/07/17, sentence et opinion dissidente du 21 juin 2011, Hochtief AG c. Argentine, aff. CIRDI n°ARB/07/31, décision sur la compétence du 24 octobre 2011, Teinver S.A., Transportes de Cercanias S.A. and Autobuses Urbanos del Sur S.A. c. Argentine, aff. CIRDI n°ARB/09/1, décision sur la compétence et opinion séparée du 21 décembre 2012, Garanti Koza LLP c. Turkménistan, aff. CIRDI n°ARB/11/20, décision sur la compétence et opinion dissidente du 3 juillet 2013.

³¹² Pour cette observation, nous nous sommes appuyés sur les constatations de C. CREPET DAIGREMONT, « Les sources du droit international des investissements », *op. cit.*, p. 728.

³¹³ Salini Costruttori SpA, Italstrade SpA c. Jordanie, aff. CIRDI n°ARB/02/13, décision sur la compétence du 29 novembre 2004, Plama Consortium Limited c. Bulgarie, aff. CIRDI n°ARB/03/24, décision sur la compétence du 8 février 2005, Vladimir et Michael Berschader c. Russie, arbitrage de l'Institut de la Chambre de commerce de Stockholm, aff. n°080/2004, sentence et opinion dissidente du 21 avril 2006, Telenor Mobile Communications A.S. c. Hongrie, aff. CIRDI n°ARB/04/15, sentence du 13 septembre 2006, Wintershall Aktiengesellschaft c. Argentine, aff. CIRDI n°ARB/04/14, sentence du 8 décembre 2008, Renta 4 S.V.S.A. c. Russie, arbitrage de l'Institut de la Chambre de commerce de Stockholm, aff. n°024/2007, sentence et opinion dissidente du 20 mars 2009, Tza Yap Shum c. Pérou, aff. CIRDI n°ARB/07/6, décision sur la compétence du 19 juin 2009 Austria Airlines c. Slovaquie, arbitrage CNUDCI, sentence et opinion dissidente du 9 octobre 2009, ICS Inspection and Control Services Limited c. Argentine, aff. CPA/CNUDCI n°2010-9, sentence du 10 février 2012, §274 et suiv. et Daimler Financial Services AG c. Argentine, aff. CIRDI n°ARB/05/1, sentence, opinion concordante et opinion dissidente du 22 août 2012.

³¹⁴ Voy. par exemple, Tribunal CIRDI, sentence du 29 août 2012, *Daimler Financial Services AG c. Argentine*, *op. cit.*, notamment, § 278 (le tribunal a conclu à la suite d'une longue analyse de la question que l'exclusion n'était pas du tribunal dans l'affaire à cet égard que ; *Teinver*, *op. cit.*, § 159 et suiv.

Conclusion du Chapitre II

Pour conclure sur cette partie, il découle de l'analyse cursive de la jurisprudence arbitrale sur le préalable procédural national que l'influence de la jurisprudence de la CIJ sur la règle de l'épuisement des voies de recours internes est certaine, ce qui vient à l'appui de notre constat principal. En effet, les tribunaux arbitraux se rapportent souvent, expressément ou non, aux principes dégagés par la CIJ et sa devancière, dans le cadre de l'appréciation du respect de ce préalable, ce qui est la preuve que ce préalable ne bénéficie pas d'une portée et d'un régime complètement autonomes, ou moins exagérément, détachés de ceux de la condition de l'épuisement des voies de recours internes, même si, nous précisons, il s'agit de deux conditions procédurales bien distinctes.

Face au manque de consistance quant à la qualification de l'exception tirée de son non-respect, nous achevons cette partie avec une certaine insatisfaction, en ce que notre examen de la jurisprudence arbitrale sur la question n'a pas permis de tirer une conclusion sur l'existence d'une tendance « générale » ou « dominante ». Pour notre part, les deux positions extrêmes des tribunaux, à savoir, celle qui consiste à considérer ce préalable comme une condition de compétence dont le non-respect entraîne l'incompétence du tribunal (« non-régularisable »), et celle qui consiste à exclure complètement son application (ou ses effets) par l'admission du jeu de la clause de la nation la plus favorisée, sont assurément les signes d'une « immaturité procédurale », déplorée par le professeur C. Santulli³¹⁵ par rapport précisément aux positions et affirmations péremptoires de certains tribunaux « vidant » cette condition de toute signification et portée.

Conclusion de la Partie II

Il est utile de relever ici l'évidence : la qualification tant de la condition de l'épuisement des recours internes que de l'exigence de règlement judiciaire national préalable en tant que préalables procéduraux n'est guère contestée, à la différence de l'obligation de négociation préalable qui sera examinée ci-après.

Malgré les enjeux que soulèvent – encore ? – l'interprétation et l'application de la clause de règlement judiciaire national préalable, que nous venons d'en faire état, la règle de l'épuisement des

³¹⁵ C. SANTULLI, « Clause *electa una via* et clause de règlement judiciaire national préalable dans l'arbitrage relatif à l'investissement international », in Ch. LEBEN (dir.), *La procédure arbitrale relative aux investissements internationaux. Aspects récents*, Louvain, Anthémis, 2010, p. 119.

voies de recours internes, soulève beaucoup moins de difficultés. Même si elle tend à disparaître dans le contentieux de l'investissement et de certains types d'actions interétatiques, elle demeure toujours d'actualité par une application « analogue »³¹⁶, selon les propos du professeur F. Amerasinghe, pour le cas qui nous intéresse, dans le cadre de la jurisprudence des tribunaux arbitraux en matière d'investissement, « which testifies to the respect given to it »³¹⁷. Par « application analogue », nous faisons référence, à l'évidence, au préalable procédural national. Certainement mieux adapté aux exigences du contentieux de l'investissement que la condition de l'épuisement des recours internes, à savoir, notamment la rapidité et l'évitement des juridictions internes, ce préalable constitue, dans une certaine mesure, sa « survivance ».

³¹⁶ C. F. AMERASINGHE, *Local Remedies in International Law*, *op. cit.*, p. 437.

³¹⁷ *Ibid.*

CONCLUSION GENERALE

Selon Ph. Cahier, « [o]n voit d'ailleurs mal quel serait le but poursuivi par une telle règle [...] retarder, lorsqu'un lien juridictionnel existe, la solution d'un différend par la voie judiciaire sous prétexte qu'une formalité préalable n'a pas été remplie c'est aller à l'encontre de l'esprit même du droit international, c'est prendre le risque que dans cette période d'attente le différend s'envenime, ce qui n'est sûrement pas le résultat désiré »³¹⁸. Cette affirmation doctrinale reflète bien l'approche générale pragmatique des tribunaux arbitraux en matière d'investissement. Il est répété par ces tribunaux sans cesse, ainsi qu'il a été vu, que ce serait « *uneconomical* » d'obliger les parties de se conformer aux préalables procéduraux qu'imposent les TBI.

S'agissant en particulier du préalable de négociation, selon ce même auteur, s'il « a pu jouer un rôle au siècle passé, à une période où le règlement arbitral des différends était peu développé [il] n'a plus sa raison d'être à l'heure actuelle »³¹⁹. Pourrait-on affirmer à cet égard que la tendance de la jurisprudence tant de la CIJ que des tribunaux arbitraux consistant à donner effet à la clause exigeant ce préalable constitue-t-il un pas rétrograde ?

Notre conclusion sera toutefois plus nuancée, si nous plaçons au cœur de cette question la volonté étatique, ayant toujours guidée la CIJ dans l'appréciation des engagements juridictionnels exigeant formellement le préalable de négociation. Or, si l'influence était certaine de la jurisprudence de la CIJ (notamment de l'affaire *Géorgie c. Russie*) sur les tribunaux arbitraux, ainsi qu'il a été dit plus haut, il ne s'agit pas d'un suivisme aveugle. Une vraie volonté de la part des tribunaux arbitraux peut être observée de concilier ces exigences préalables spéciales avec les particularismes de ce contentieux et de cette discipline en général.

En définitive, entre l'excès et le défaut, nous estimons, pour notre part, que même si le mouvement vers une plus grande rigidité dans l'appréciation du respect de cette condition est souhaitable, une approche excessivement rigide consistant à analyser ces préalables procéduraux comme une condition de compétence de la juridiction serait à déplorer, notamment, pour l'unilatéralisme et l'injustice qu'elle pourrait engendrer, les portes du prétoire international étant pour le demandeur, Etat ou investisseur, définitivement fermées.

³¹⁸ PH. CAHIER, « Les négociations diplomatiques comme préalable à l'action judiciaire », *op. cit.*, p. 331.

³¹⁹ *Ibid.* p. 336.

BIBLIOGRAPHIE INDICATIVE

I. Manuels, ouvrages et travaux universitaires

ABI-SAAB (G.), *Les exceptions préliminaires dans la procédure de la Cour internationale: étude des notions fondamentales de procédure et des moyens de leur mise en oeuvre*, Paris, Pedone, 1967

AHI (M.), *Les négociations diplomatiques préalables à la soumission d'un différend à une instance internationale*, thèse, Genève, 1957

AMERASINGHE (C.F.), *Local Remedies in International Law*, Cambridge, Grotius Publications, 2004

AMERASINGHE (Ch.F.), *Jurisdiction of International Tribunals*, la Haye, Kluwer Law International, 2003

BOS (M.), *Les conditions du procès en droit international public*, 1957

BROWNLIE (I.), *Principles of Public International Law*, Oxford University Press, 2008

BUNGENBERG (M.) (éd.), *International investment law : A Handbook*, Baden-Baden, Nomos, 2015

CARREAU (D.) et JUILLARD (P.), *Droit international économique*, Paris, Dalloz, 2017

CHAEVA (N.), *Les exceptions préliminaires dans l'arbitrage sur le fondement des traités de promotion et de protection des investissements*, thèse, Paris II, 2014.

COMBACAU (J.) et SUR (S.), *Droit international public*, Paris, Montchrestien, 2014

DE NANTEUIL (A.), *Droit international de l'investissement*, Paris, Pedone, 2017

DE VISSCHER (Ch.), *Aspects récents du droit procédural de la Cour internationale de Justice*, Paris, Pedone, 1966

DOLZER (R.) & SCHREUER (Ch.), *Principles of International Investment Law*, Oxford University Press, 2012

DUPUY (P.-M.) et KERBRAT (Y.), *Droit international public*, Paris, Dalloz, 2012

FITZMAURICE (Sir G.), *The Law and Procedure of the International Court of Justice*, Cambridge, Grotius publications, 1986, vol. I et II

GRANGE (M.), *Compétence du juge et recevabilité de la requête : leurs relations dans l'exercice du pouvoir juridictionnel – l'exemple de la Cour internationale de Justice*, thèse, Paris II, 2011

GRISEL (E.), *Les exceptions d'incompétence et d'irrecevabilité dans la procédure de la Cour internationale de Justice*, Thèse de licence et de doctorat présentée à la Faculté de droit de l'Université de Lausanne, Imprimerie Paul Attinger, S.A., Neuchatel, 1968

KOLB (R.), *La Cour internationale de Justice*, Paris, Pedone, 2013

LEBEN (Ch.), *La procédure arbitrale relative aux investissements internationaux*, Paris, Anthemis, 2010

LEBEN (Ch.) (dir.), *Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational*, Paris, Pedone, 2015

ROSENNE (S.), *The International Court of Justice*, Leyde, 1957

SALMON (J.) (dir.), *Dictionnaire de droit international public*, Bruxelles, Bruylant, 2001

SANTULLI (C.), *Droit du contentieux international*, Paris, Montchrestien, 2015

SANTULLI (C.), *Introduction au droit international. Formation Exécution Application*, Paris, Pedone, 2013

SCHREUER (CH.), MALINTOPPI (L.), REINISCH (A.) & SINCLAIR (A.), *The ICSID Convention: a Commentary*, Cambridge University Press, 2e édition, 2009

SCHREUER (Ch.), *The ICSID Convention : A Commentary*, Cambridge University Press, 1ère édition, 2001

SHIHATA (I.), *The Power of the International Court to Determine its Own Jurisdiction*, Martinus Nijhoff, 1965

WITENBERG (J.C.) et DESRIOUX (J.), *L'organisation judiciaire : la procédure et la sentence internationales. Traité pratique*, Paris, Pedone, 1937

II. Articles et contributions

BANIFATEMI (Y.) et JACOMY (E.), « Compétence et recevabilité dans le droit de l'arbitrage en matière d'investissements », in CH. LEBEN (dir.) *Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational*, Paris, Pedone, 2015, p. 794.

BEN HAMIDA (W.), « La clause relative au respect des engagements dans les traits d'investissement », in LEBEN (Ch.) (dir.), *Le Contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement : nouveaux développements*, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2006, p. 53.

BOURQUIN (M.), « Dans quelle mesure le recours à des négociations diplomatiques est-il nécessaire avant qu'un différend puisse être soumis à la juridiction internationale ? », in *Hommage d'une génération juristes au président Basdevant*, Paris, Pedone, 1960, p. 43.

BROWN (Ch.), « Procedure in investment treaty arbitration and the relevance of comparative public law », in SCHILL (St. W.) (ed.), *International Investment Law and Comparative Public Law*, Oxford University Press, 2010, pp., 659-688

CAZALA (J.), « Délai d'attente avant l'engagement d'une procédure de règlement des différends devant un tribunal arbitral international », in *Cahiers de l'arbitrage*, vol. V, 2010, p. 410.

DEUTSCH (R.), « ICSID Tribunal Denies Jurisdiction for Failure to Satisfy BIT's Cooling-Off Period: Further Evidence of a Sea Change in Investor-State Arbitration or a Meaningless Ripple? », in *HousJIntlL*, 2011 (3), p. 589.

DUBUY (M.), « Application de la convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (Géorgie c. Fédération de Russie), exceptions préliminaires : un formalisme excessif au service du classicisme ? », in *AFDI*, volume 57, 2011. p. 183.

DUPUY (P.-M.), « Competition among International Tribunals and the Authority of the ICJ », in *Essays in Honour of Judge Bruno Simma*, Oxford, Oxford University Press, p. 864.

LEBEN (Ch.), « L'évolution du droit international des investissements : un rapide survol », in LEBEN (Ch.) (dir.), *Le contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement*, LGDJ, 2006, p. 9.

PELLET (A.), « La jurisprudence de la Cour internationale de justice dans les sentences CIRDI », in *Journal du Droit international (Clunet)*, 2014, n° 1, p. 5.

PAULSSON (J.), « Jurisdiction and Admissibility », in *Global Reflections on International Law, Commerce and Dispute Resolution : Liber Amicorum in honour of Robert Briner*, ICC Publishing, 2005, p. 601.

SANTULLI (C.), « Clause electa una via et clause de règlement judiciaire national préalable dans l'arbitrage relatif à l'investissement international », in LEBEN (Ch.) (dir.), *La procédure arbitrale relative aux investissements internationaux*, Paris, Anthemis, 2010, p. 115.

SANTULLI (C.), « Les juridictions de l'ordre international : essai d'identification », in *AFDI*, 2001, p. 45.

SANTULLI (C.), « Observations sur les exceptions de recevabilité dans l'affaire du mandat d'arrêt », in *AFDI*, 2002, p. 257.

SANTULLI (C.), « Qu'est-ce qu'une juridiction internationale ? Des organes répressifs internationaux à l'ORD », *AFDI*, 2000, p. 58.

SANTULLI (C.), « Entre protection diplomatique et action directe, éléments épars du statut international des sujets internes », *Colloque SFDI, Le sujet en droit international, Colloque du Mans*, Paris, Pedone, 2005, p. 93.

SCHREUER (Ch.), « What is a Legal Dispute? », *TDM* 2009, n°1.

SCHREUER (Ch.), « The Relevance of Public International Law in International Commercial Arbitration: Investment Disputes », disponible sur https://www.univie.ac.at/intlaw/pdf/csunpublpaper_1.pdf.

SCHREUER (Ch.), « Travelling the BIT Route – Of Waiting Periods, Umbrella Clauses and Forks in the Road », *JWIT*, 2004, n°2, p. 238.

SCHREUER (Ch.), « Calvo's Grandchildren : the Return of Local Remedies in Investment Arbitration », *LPICT*, 2005, n°4, pp. 1-17

ZEILER (G.), « Jurisdiction, competence, and admissibility of claims in ICSID arbitration proceedings », in BINDER (Ch.), KRIEBAUM (U.), REINISCH (A.) et WITTICH (St.) (eds.), *International Investment Law for the 21st Century: Essays in Honour of Christoph Schreuer*, New York, Oxford University Press, 2009, p. 76.

TABLE DES MATIERES

	<i>Page</i>
Liste des abréviations.....	3
INTRODUCTION	4
I. Les notions et concepts en présence.....	5
II. La délimitation du champ d'étude.....	6
A. La délimitation selon la technique de formation de l'engagement juridictionnel.....	7
B. La délimitation <i>ratione materiae</i>	8
1. La règle de l'épuisement des voies de recours internes.....	8
2. L'obligation de négocier.....	10
α. L'obligation de négocier en tant que contenu minimum de l'obligation de règlement pacifique des différends.....	11
β. L'obligation de négocier en tant que contenu d'une règle de fond	13
C. La délimitation <i>ratione temporis</i>	14
III. Le but et les limites de la recherche	
1. Le but : la comparaison ou l'étude d'un dialogue juridictionnel à sens unique ?.....	15
2. Les limites.....	16
IV. L'intérêt de l'étude.....	17
Partie I La négociation préalable	18
Chapitre I La négociation préalable en tant que moyen destiné à démontrer l'existence du différend	19
Section I La négociation, un moyen utile à la détermination de l'existence du différend dans le contentieux prouvé.....	19
§1. La négociation, un moyen de preuve non exclusif de l'existence du différend.....	19
§2. L'appréciation souple de l'objet du différend préalablement défini par la négociation.....	22

Section II	L'absorption de la portée de la condition générale de l'existence du différend par l'examen du préalable de négociation dans le contentieux présumé.....	23
Conclusion du Chapitre I		25
Chapitre II L'obligation de négociation préalable		26
Section I	Le champ d'application spécial de l'obligation.....	26
§1.	L'absence de fondement coutumier de l'obligation.....	26
1.	La négation de l'existence d'un principe général de recours préalable à la négociation par la CIJ.....	26
2.	L'inutilité de recours à un principe général dans le contentieux de l'investissement.....	29
§2.	Le fondement spécial de l'obligation, l'engagement juridictionnel.....	31
Section II	La consistance de l'obligation.....	34
§1.	L'obligation de négocier de bonne foi, une obligation de moyens.....	34
A.	La négociation de bonne foi... ..	34
B.	...sur l'objet du différend	36
§2.	L'épuisement de la négociation.....	38
A.	Un contrôle juridictionnel malaisé de l'épuisement de la négociation.....	39
1.	Le caractère relatif de l'appréciation de l'épuisement de la négociation en l'absence de délai minimum.....	39
2.	Les critères objectifs d'appréciation de l'épuisement de la négociation : la forme et la durée de la négociation.....	41
B.	Le seuil de preuve exigé de l'épuisement de la négociation.....	43
1.	L'épuisement de la négociation préalable, la tentative de négocier.....	43
2.	La limite, futilité prouvée de la négociation.....	48
Section III	Le régime de l'obligation.....	50
§1.	La qualification du préalable de négociation.....	50

A. Le préalable de négociation, condition procédurale ou condition préalable obligatoire ?.....	52
B. L'exception tirée du non-respect du préalable de négociation, exception d'incompétence ou d'irrecevabilité ?.....	55
§2. Les conséquences du non-respect du préalable de négociation	59
A. Les effets sur l'instance	60
1. L'effet définitif, l'incompétence de la juridiction	60
2. L'effet limité, la régularisation de la recevabilité	62
B. L'effet sur la validité de la sentence arbitrale.....	65
Conclusion du Chapitre II et de la Partie I	66
Partie II Le recours préalable aux juridictions internes : l'épuisement préalable des recours internes et le préalable procédural national	67
Chapitre I L'épuisement préalable des recours internes	67
Section I Le champ d'application de l'obligation	68
§1. Dans le contentieux interétatique	69
§2. Dans le contentieux de l'investissement.....	70
Section II La consistance de l'obligation.....	72
§1. L'utilisation diligente des recours internes utiles.....	72
§2. La limite, les recours futiles	73
Conclusion du Chapitre I	74
Chapitre II Le préalable procédural national	75
Section I La consistance de l'obligation	75
§1. L'introduction diligente des recours.....	76
§2. La limite, les recours futiles.....	77

Section II	Le régime de l'obligation	79
§1.	Les effets du non-respect : l'incompétence du tribunal ou l'irrecevabilité de la demande ?	79
A.	L'incompétence du tribunal	79
B.	L'irrecevabilité de la demande	80
C.	L'invalidité de la sentence.....	82
§2.	L'éviction des effets du non-respect par le jeu de la clause de la nation la plus favorisée.....	83
Conclusion du Chapitre II		85
CONCLUSION GENERALE		87
BIBLIOGRAPHIE INDICATIVE		88