

Université Paris-Panthéon-Assas

**école doctorale de droit international, droit européen,
relations internationales et droit comparé**

Thèse de doctorat en droit international public
soutenue le 12 Juillet 2022

Les codes des investissements dans l'arbitrage transnational

**Etude des réclamations légales à partir des codes
africains**

Thèse de Doctorat / Juillet 2022



Présentée par **DAYORO Donald**

MEMBRES DU JURY :

M. Julien CAZALA,

Professeur à l'Université Sorbonne Paris Nord (Rapporteur),

M. Makane MBENGUE,

Professeur à l'Université de Genève (Rapporteur),

Mme Claire CREPET DAIGREMONT,

Maître de conférences à l'Université Paris-Panthéon-Assas,

Mme Alexandra MUNOZ,

Avocate associée au cabinet Gide Loyrette Nouel,

M. Yves NOUVEL,

Professeur à l'Université Paris-Panthéon-Assas (Directeur de thèse).

Avertissement

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans cette thèse ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur.

*À mes parents,
Irène et Jean*

Remerciements

Mes remerciements vont d'abord au professeur Yves Nouvel pour la patience qui a été la sienne durant toutes ces années et pour ses remarques stimulantes qui m'ont permis de mener à son terme cette recherche doctorale.

Je tiens ensuite à remercier les professeurs Julien Cazala et Makane Mbengue ainsi que mesdames Claire Crépet Daigremont et Alexandra Munoz pour l'honneur qu'ils me font d'accepter de siéger dans le jury de soutenance de cette thèse. Je vous suis reconnaissant du temps consacré à la lecture de cette thèse, que je sais volumineuse.

Je suis redevable à l'École Doctorale de Droit de la Sorbonne (EDDS) pour le soutien qu'elle m'a apporté. À ses directeurs, les professeurs Lagrange et Pataut, j'adresse ma profonde gratitude pour les éclairages que vous m'avez apportés au cours de nos échanges. À l'ensemble de son personnel, je vous remercie pour votre bienveillance et vos encouragements.

Mes remerciements vont également à mes relecteurs et aux personnes-ressources qui m'ont permis d'accéder à la documentation. Je pense en particulier à Anna, Arnaud, Josée, Marie-Joseph, Marie-Paule, Stéphane, Nestro, Ulrich, Yoleth. Je vous suis infiniment reconnaissant.

À ma famille d'Abidjan et de Cergy, à mes amis de l'IHEI, de l'IREDIÉS et de Cujas, merci de votre présence et de votre soutien. Grâce à vous, je n'ai jamais senti le poids de la solitude durant toutes ces années.

À Antoinette, je te renouvelle ici mes sincères remerciements et bien plus.

Résumé :

Que valent les promesses faites par les États aux investisseurs étrangers dans leurs codes des investissements ?

Les codes des investissements sont des instruments juridiques qui régissent la protection des investissements étrangers. Par ces lois, les États s'engagent à ne pas exproprier sans compensation un investisseur étranger. Ils garantissent à ce dernier un traitement non moins favorable que celui réservé à leurs nationaux et lui assurent le libre transfert de ses capitaux, etc. En dépit de leur importance, ces instruments n'ont que peu retenu l'attention de la communauté scientifique jusqu'à la décennie écoulée. La multiplication des arbitrages fondés sur ces lois a alors conduit les théoriciens et praticiens de la discipline à renouer avec les mystères que recèlent ces instruments, s'agissant notamment de leur valeur juridique. Sur ce point, une frange de la doctrine considère que ces codes seraient des actes unilatéraux qui lieraient l'État déclarant en droit international. Pour les autres, les codes des investissements seraient soumis au droit international lorsque celui-ci est désigné comme droit applicable au fond des litiges.

Pour intéressantes qu'elles soient, ni l'une ni l'autre des théories n'offre une lecture satisfaisante de la valeur juridique de ces lois. Une étude des codes africains permet d'ailleurs une troisième voie. Sans alors opérer une internationalisation de ces instruments, les codes assurent à l'investisseur le droit d'introduire des réclamations légales. Le régime juridique de ce type de réclamation est *sui generis* et offre le meilleur compromis entre la protection des droits des investisseurs étrangers et la souveraineté des États.

Mots-clés : Arbitrage d'investissement – Actes unilatéraux – Agrément – Attentes légitimes – Consentement dissocié – Convention d'établissement – Déclaration facultative de juridiction obligatoire – Engagement spécifique – Investissements étrangers (en Afrique) – Offre d'arbitrage – Promesses – Réclamations légales – Responsabilité internationale – Standards de protection.

Title : Foreign Investment Laws in Africa

Abstract:

What's the worth of the promises made by States to investors in their Foreign Investment Laws (FIL)?

FIL are legal instruments governing the protection of foreign investments. Through these laws, States undertake not to expropriate a foreign investor without compensation, to guarantee a treatment no less favourable than the one granted to their nationals as well as the free transfer of funds, among other obligations. Despite their importance, FIL received little attention from the academic community until the last decade. The increased FIL claims have allowed both scholars and practitioners to be confronted to the mysteries of FIL, particularly their legal force. In this regard, some scholars consider these FIL to be unilateral acts that can bind the State under international law. For others, these acts would only be subject to international law when designated as the applicable law to the merits of the dispute.

As fascinating as they may be, neither theory offers a satisfactory approach of these acts' legal status. A study of African FILs offers a third solution. Rooted in the domestic legal framework, African FIL allowed foreign investors to introduce a FIL claim before an arbitral tribunal. The regime for these claims is *sui generis*. It offers the best middle ground between the protection of investors' rights and the State sovereignty.

Keywords: *Certificate of investment – International Liability – Investor-State Dispute Settlement – FIL claims – Foreign Investment (in Africa) – Legitimate expectation – License – Optional clause – Offer to arbitrate – Promise – Specific commitment – Standard of protection – Unilateral act.*

Principales abréviations et sigles

<i>ACDI</i>	Annuaire Canadien du Droit International
<i>AFDI</i>	Annuaire Français de Droit International
AGNU	Assemblée Générale des Nations Unies
<i>AJIL</i>	American Journal of International Law
ALENA / NAFTA	ALENA / NAFTA Accord de Libre-Échange Nord-Américain / North American Free Trade Agreement
<i>Ann. CDI</i>	Annuaire de la Commission du Droit International
AUA	Acte Uniforme relatif au droit de l'Arbitrage
BIRD	Banque Internationale pour la Reconstruction et le Développement
<i>BYBIL</i>	British Yearbook of International Law
CADHP	Cour Africaine des Droits de l'Homme et des Peuples
CAFTA	CAFTA - RD Dominican Republic - Central American Free Trade Agreement
<i>Cah. Arb.</i>	Les Cahiers de l'Arbitrage
CCI	Chambre de Commerce Internationale
CCJA	Cour Commune de Justice et d'Arbitrage
CDI	Commission du Droit International
CEA	Commission Economique pour l'Afrique des Nations Unies
CEDEAO	Communauté Economique Des États de l'Afrique de l'Ouest
CEDH	Cour Européenne des Droits de l'Homme
CIJ	Cour Internationale de Justice
CIRDI / ICSID	Centre international pour le règlement des différends relatifs à l'investissement
CJUE	Cour de Justice de l'Union Européenne

CNUCED / UNCTAD	Conférence des Nations Unies pour le Commerce et le Développement
CNUDCI / UNCITRAL	Commission des Nations Unies pour le droit commercial international
COMESA	Common Market for Eastern and Southern Africa
CPA	Cour Permanente d'Arbitrage
CPJI	Cour Permanente de Justice Internationale
CRCICA	Centre Régional d'Arbitrage Commercial International du Caire
D.	Recueil de jurisprudence Dalloz
dir./eds.	Sous la direction de/ édité par
éd.	édition
<i>FILJ – Icsid Review</i>	Foreign Investment Law Journal – Icsid Review
FMI	Fonds Monétaire International
<i>Gaz. Pal.</i>	Gazette du palais
<i>i.e.</i>	C'est-à-dire
<i>Ib.</i>	Ibidem : Ici même, la même chose, au même endroit
<i>Id.</i>	Idem: la même chose
IDE	Investissements Directs Étrangers
IDI	Institut de Droit International
<i>ILM</i>	International Law Materials
<i>Infra</i>	ci-après
<i>J.O.</i>	Journal Officiel (suivi des initiales des États. Ex : JORT, Journal Officiel de la République de Tunisie).
<i>JCP</i>	Jurisqueuseur périodique (semaine juridique)
<i>JDI</i>	Journal du Droit International / Clunet
<i>JWI</i>	Journal of World Investment

<i>JWIT</i>	Journal of World Investment and Trade
LCIA	London Court of International Arbitration
LGDJ	Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence
<i>MPEIL</i>	Encyclopédie Max Planck de Droit International Public
NPF	Nation la Plus Favorisée (précédé le plus souvent des termes « traitement » ou « clause »)
Obs.	Observations
OCDE	Organisation de Coopération et de développement économiques
OHADA	Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires
OIT	Organisation International du Travail
OMC	Organisation Mondiale du Commerce
<i>Op. cit.</i>	Opus cité
OSPE	Obligation de sécurité pleine et entière
OUP	Oxford University Press
p. / pp	Page / pages
§. / §§	Paragraphe / Paragraphes
PAJA	Promotion of Administrative Justice Act
PUF	Presses Universitaires de France
<i>RBDI</i>	Revue Belge de Droit International
<i>RCADI</i>	Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye
<i>RDAl</i>	Revue de Droit des Affaires Internationales
<i>Rec.</i>	Recueil des arrêts, avis consultatifs et ordonnances de la CIJ
<i>Rev. Arb / RA</i>	Revue de l'Arbitrage
<i>RGDIP</i>	Revue Générale de Droit International Public
<i>RIAA</i>	Reports of International Arbitral Awards
<i>RIDC</i>	Revue Internationale de Droit Comparé

<i>RIDE</i>	Revue Internationale de Droit Economique
<i>RJPIC</i>	Revue Juridique et Politique Indépendance et Coopération
<i>RSA</i>	Recueil des Sentences Arbitrales publié par les Nations Unies
<i>RTNU</i>	Recueil des Traités des Nations Unies
<i>SADC</i>	Southern African Development Community
<i>SALJ</i>	South African Law Journal
<i>SCC</i>	Institut d'arbitrage de la Chambre de commerce de Stockholm
<i>SFDI</i>	Société Française pour le Droit International
<i>Spéc.</i>	spécialement
<i>supra</i>	ci-dessus
<i>TBI</i>	Traité Bilatéral d'Investissement
<i>TDM</i>	Transnational Dispute Management
<i>TJE</i>	Traitement Juste et Equitable
<i>TN</i>	Traitement national
<i>UA</i>	Union Africaine
<i>UE</i>	Union Européenne
<i>UEMOA</i>	Union Economique et Monétaire Ouest Africaine
<i>v.</i>	Voir
<i>Vol.</i>	Volume
<i>ZLEC</i>	Zone de Libre Echange Continentale

SOMMAIRE

INTRODUCTION

PARTIE 1 : L'IDENTIFICATION DU FONDEMENT DES RECLAMATIONS LEGALES DANS L'ARBITRAGE TRANSNATIONAL

TITRE 1 : L'ASSIMILATION INAPPROPRIÉE DES CODES AUX ACTES UNILATÉRAUX AUTONOMES

CHAPITRE 1 : L'OBLIGATORIÉTÉ ÉQUIVOQUE DES ACTES UNILATÉRAUX AUTONOMES

CHAPITRE 2 : LE REJET DE L'ASSIMILATION DES CODES AUX ACTES UNILATÉRAUX AUTONOMES

TITRE 2 : L'ASSIMILATION CRITIQUABLE DES CODES AUX ACTES UNILATÉRAUX CONDITIONNÉS

CHAPITRE 1 : L'ANALOGIE IMPARFAITE ENTRE OFFRE D'ARBITRAGE ET DÉCLARATION DE
JURIDICTION OBLIGATOIRE

CHAPITRE 2 : L'ASSIMILATION INJUSTIFIÉE DES CODES AUX ENGAGEMENTS SPÉCIFIQUES

PARTIE 2 : LE RÉGIME *SUI GENERIS* DES RECLAMATIONS LEGALES DANS L'ARBITRAGE TRANSNATIONAL

TITRE 1 : LA DEVOLUTION ADEQUATE DU POUVOIR JURIDICTIONNEL

CHAPITRE 1 : LA RÉALITÉ DU CONSENTEMENT DE L'ÉTAT À L'ARBITRAGE

CHAPITRE 2 : L'EXERCICE INDIQUE DU DROIT DE RECLAMATION DE L'INVESTISSEUR

TITRE 2 : LA RESPONSABILITÉ DE DROIT INTERNE DES ÉTATS

CHAPITRE 1 : L'APPLICATION DU DROIT INTERNE AU FOND DU LITIGE

CHAPITRE 2 : LE CONTENU RELATIVEMENT RESTREINT DE LA RESPONSABILITÉ

CONCLUSION GÉNÉRALE

« [...] Si vous avez promis quelque chose à un autre, vous vous êtes lié les mains en faveur d'autrui ; vous vous êtes mis dans le filet par les paroles de votre bouche ; vous vous êtes pris par les énonciations de votre bouche ».

Hugo GROTIUS, citant le livre des Proverbes, chap. VI, verset 1-2, in *Le droit de la guerre et de la paix*, trad. Pradier-Fodéré, Paris, PUF, 1999, p. 320.

INTRODUCTION

1. Contexte. Selon les estimations de la Banque mondiale, la diminution attendue des Investissements Directs Etrangers (IDE) en Afrique, due à la pandémie de Covid-19¹, pourrait être amoindrie par l'entrée en vigueur de la Zone de Libre Echange Continentale (ZLEC)² et les initiatives d'investissements prises par les principales économies développées et émergentes³. Cependant, la reprise espérée du flux des IDE vers le continent est encore inhibée par le risque politique, la mal-gouvernance et la corruption institutionnelle, dont celle de la justice⁴. Aux juges, il est notamment reproché leur inféodation au pouvoir exécutif, leur inaccoutumance aux questions affectant la politique étrangère et les intérêts vitaux de la nation⁵ ainsi que le manque d'expertise en matière de protection des investissements étrangers⁶. Pour remédier à ces difficultés et continuer d'attirer les capitaux, certains États promettent aux différents investisseurs des avantages fiscaux et diverses garanties⁷.

¹ Selon le *World Investment Report*, l'année 2020 a été marquée par une diminution des IDE à destination de l'Afrique de 16% pour s'établir à 40 milliards de dollars américains. Après une décennie encourageante, l'année 2019 avait enregistré une baisse de 10% des IDE pour atteindre 45 milliards de dollars américains. De façon globale, les experts observent une récession qui serait due à une baisse de la demande des produits de base et affecterait particulièrement les économies encore tributaires des ressources naturelles. CNUCED, *World Investment Report, Investing in Sustainable Recovery*, 2021, p. 40. Voir également, CNUCED, *World Investment Report, Investing in Sustainable Recovery, International Production beyond the Pandemic* 2020, p. 30.

² L'Accord portant création de la Zone de Libre-Echange Continentale africaine (ZLEC) est signé à Kigali le 21 mars 2018 et est entré en vigueur le 01 janvier 2021. Voir Afrique du sud, *Government Gazette*, n°44049, R. 1433, du 31/12/2020.

³ Les principales initiatives sont celles des Etats-Unis d'Amérique avec le « Prosper Africa Initiative » de 2019, le « Forum on China-Africa Cooperation » de 2018 de la Chine, le « United Kingdom-Africa Investment Summit » de janvier 2020 proposé par le Royaume-Uni, le « Russia-Africa Summit and Economic Forum » d'octobre 2019 financé par la Russie, et le programme Choose Africa de décembre 2019 de la France. Pour une approche synthétique de ces programmes, voir : CNUCED, *World Investment Report, Investing in Sustainable Recovery, International Production beyond the Pandemic* 2020, p. 33.

⁴ Le rapport du Forum Economique Mondial indique par exemple que l'indépendance de la justice constitue un facteur affectant la compétitivité de nombreux Etats (Klaus SCHWAB, *The Global Competitiveness Report*, World Economic Forum, 2018, disponible ici). Dans le même sens : Gabrielle KAUFMANN-KOHLER, Michèle POTESTA, « Investor-State Dispute Settlement and National Court », *European Yearbook of International Economic Law*, n°spécial, 2020, p.26, § 52 et ss.

⁵ Sur ce point, voir Andréa BJORKLUND sur les réactions des juridictions américaines dans l'affaire Youkos in, « Private rights and public international law : why competition among international economic law tribunal is not working ? », *Hasting Law Journal*, vol. 59, 2007, p. 255. La doctrine de l'acte de gouvernement (ou *Act of state*) soustrait également à la compétence du juge national certaines questions. Soulignant ce point, mais favorable à une réhabilitation du juge national : Evelyne LAGRANGE, « L'application des accords relatifs à l'investissement dans les ordres juridiques internes », Sabrina ROBERT-CUENDET (dir.), *Droit des investissements internationaux. Perspectives croisées*, Bruxelles, Bruylant, 2017, p. 486.

⁶ Jan PAULSSON, « Enclave of Justice », *TDM*, vol. 4, n°5, 2007, 13 p.; Stephan SCHILL, « Private Enforcement of international investment Law; why we need investor Standing in BIT Dispute Settlement », in Michael WAIBEL et al., (dir.), *The Backlash Against Investment Arbitration: Perception and Realities*, Kluwer Law International, 2010, pp 33 et s.

⁷ L'efficacité de ces stratégies est très discutée. Dans le cadre des TBI, certains auteurs considèrent qu'ils sont sans incidence véritable sur l'attraction des investissements. Pour un résumé des discussions sur le sujet : Susan FRANCK, « Foreign Direct Investment, Investment Treaty Arbitration, and the Rule of Law », *Pacific McGeorge Global Business and Development Law Journal*, vol.°19, 2007, pp 337 – 373. Pour une opinion considérant le faible impact des codes des investissements sur l'attraction des investissements internationaux : Walid BEN HAMIDA, « Faut-il avoir un code des investissements pour attirer des investissements ? », *La semaine Juridique, Entreprise et Affaires*, n°spécial, 18 avril 2018, pp 8 – 14, spéc. p. 12 et ss.

Les garanties offertes, parfois par le biais d'un code des investissements, concernent le traitement réservé aux investissements étrangers sur le territoire de l'Etat d'accueil. Il s'agit principalement de l'interdiction des discriminations, du traitement national, du traitement juste et équitable, de l'interdiction d'expropriation sans compensation et du libre transfert des capitaux. Mais ces droits substantiels, *a priori* reconnus à l'investisseur, ne suffisent pas à rassurer ces derniers s'ils ne s'accompagnent pas de garanties procédurales⁸. Les Etats font alors le pari d'offrir à ceux-ci la possibilité de recourir à l'arbitrage transnational, soustrayant à la compétence des juges locaux les litiges naissant de la violation des codes des investissements.

Cependant, ce mode de justice privée⁹ qui a fait florès à partir des années 1990, voit désormais sa légitimité remise en cause. Les études sur le caractère inégalitaire des procédures, le manque de transparence et l'impartialité des arbitres ne se comptent plus¹⁰. Les discussions les plus actuelles envisagent même la création de tribunaux permanents¹¹ à la place des tribunaux arbitraux ou la saisine d'un juge interne¹². Dans un tel contexte,

⁸ Les mécanismes de résolution des différends sont présentés comme des dispositions essentielles à une politique d'attraction des investissements internationaux. Mais il n'existe pas d'études empiriques démontrant l'impact véritable de telles clauses sur les investissements internationaux. Si certains investisseurs font preuve de diligence en se renseignant sur les mécanismes à leur disposition avant d'investir, d'autres n'y prêtent pas vraiment attention. Voir Susan FRANCK, « Foreign Direct Investment, Investment Treaty Arbitration, and the Rule of Law », *Pacific McGeorge Global Business and Development Law Journal*, vol. 19, 2007, pp. 337 – 373. Ce manque d'intérêt immédiat pour les garanties procédurales est particulièrement à propos, s'agissant des codes des investissements puisqu'ils viseraient en premier lieu à attirer des investissements beaucoup plus modestes. Philippe KAHN, « Les investissements internationaux, nouvelles données : un droit transnational de l'investissements », Philippe KAHN, Thomas WÄLDE (dir.), *Les aspects nouveaux du droit des investissements internationaux*, Leiden/Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2007, pp 8-9.

⁹ Comme l'ont souligné Dominique BUREAU et Charles JARROSSON, l'expression justice privée est partiellement exacte puisque « la justice privée est celle qu'une personne se fait à elle-même, sans recours à un tiers, alors que l'intervention de ce dernier est au contraire consubstantielle à l'arbitrage et qu'elle est le fruit de la volonté de deux antagonistes ». in Denis ALLAND et Stéphane RIALS (dir.), *Dictionnaire de la Culture Juridique*, Quadrige/Lamy - PUF, 2003, p. 77.

¹⁰ Sur les problèmes endémiques de l'arbitrage : Michael WAIBEL et al., (dir.), *The Backlash Against Investment Arbitration: Perception and Realities*, Kluwer Law International, 2010, 614 p. Sur l'impartialité des arbitres : *idem*. pp 189-246 ; Karim EL CHAZLI, *L'impartialité de l'arbitre, étude de la mise en œuvre de l'exigence d'impartialité de l'arbitre*, thèse, Paris, LGDJ, 2020, 450 p. ; Thomas CLAY, « Tecnimont, saison 6 : entre action et réaction, note sous Cass. 1^{ère} Civ., 19 décembre 2018, n°16-18.349 », *Cah. Arb.*, n°3, 2019, pp 401-415 ; Pierre MAYER, « Réflexions sur l'exigence d'indépendance de l'arbitre », *Mélanges Ahmed Sadek El-Kosheri*, Kluwer Law International, 2015, p. 85 ; Benjamin REMY, « L'impartialité des arbitres ; note sous CIRDI, décision sur la proposition de disqualification du professeur Francisco ORREGO VICUNA, 13 déc. 2013, *Burlington Resources Inc. c. Equateur*, ARB/08/5 », *JDI*, n°1, 2014, pp. 305 – 309 ; Bruno POULAIN, « L'indépendance et l'impartialité de l'arbitre CIRDI : dans quelles mesures les fonctions d'arbitre et de conseil sont-elles compatibles ? », *Cah. Arb.*, vol. 4, 2014, pp 929-940 ; Nassib ZIADE, « L'éthique et l'arbitrage en matière d'investissement : grandeur et misère de la fonction d'arbitre », *Rev. Arb.*, n°2, 2012, pp 307-332.

¹¹ Kriton DIONYSIOU, *CETA's Investment Chapter, A rule of Law Perspective*, European Yearbook of International Economic Law, Springer, vol. 13, 2021, XX-180 p.; Jin Woo KIM, Lucy WINNINGTON-INGRAM, « Investment Court System Under EU Trade and Investment Agreements: Addressing Criticisms of ISDS and Creating New Challenges », *Global Trade and Customs Journal*, Wolters Kluwer, vol. 16, n°5, 2021, pp. 181-192; Thomas DIETZ et al., « The legitimacy crisis of investor-state arbitration and the new EU investment court system », *Review of International Political Economy*, vol. 26, n°4, 2019, pp 749 – 772. Lee CAPLAN, « ISDS Reform and the Proposal for a Multilateral Investment Court », *Berkely Journal of International Law*, vol 37, 2019, pp. 207-214.

¹² Evelyne LAGRANGE, « L'application des accords relatifs à l'investissement dans les ordres juridiques internes », in Sabrina ROBERT-CUENDET (dir.), *Droit des investissements internationaux, Perspectives croisées*, Bruxelles, Bruylant, 2017, pp. 485-573. Filali OSMAN, Cemil YILDIRIM (dir.), *Où va l'arbitrage international ? De la crise au renouveau*, Journées d'études méditerranéennes en l'honneur du professeur Ali Bencheneb, Istanbul, avril 2016, LexisNexis, 2017, 476 p.

l'utilité des dispositions relatives à l'arbitrage en vue de la réalisation des garanties substantielles offertes dans les codes des investissements peut être discutée.

2. Pour ce faire, il convient de clarifier l'objet d'étude que sont les codes des investissements (I) avant d'envisager leur mobilisation dans le cadre de l'arbitrage transnational (II). Ces lois soulèvent en effet un problème d'internationalisation qui divise la communauté scientifique (III) et que la présente thèse envisage de résoudre (IV).

I. Les codes des investissements : l'objet d'étude

3. Définition. Selon le *Dictionnaire de droit international public*, le code d'investissement est un « terme apparu dans les années 60 désignant un corpus normatif établi par un Etat, relatif à l'admission, à l'agrément, à la constitution, au traitement, au régime juridique, à la liquidation et à la protection des investissements d'origine étrangère, généralement dans un but incitatif »¹³. En tant que source du droit des investissements internationaux, ces lois présentent certaines propriétés (A) qui en font un instrument privilégié par les Etats pour réglementer les investissements internationaux. Cette préférence qui se traduit par l'adoption d'une quantité importante de codes, en complique l'étude. Pour éviter une recherche aboutissant à des résultats incongrus, il importe de procéder à une délimitation géographique de ces lois (B).

A. Les propriétés des codes des investissements

4. Un acte législatif mal nommé. En droit français, la notion de « code » renvoie à une réalité bien différente de celle des codes des investissements. Alors que la seconde est une simple loi contenant diverses dispositions relatives aux investissements étrangers et/ou locaux, le « code » désigne, d'un point de vue formel, un recueil méthodique dans lequel figure un ensemble de textes juridiques (lois ou règlements) en vigueur portant sur une matière déterminée. Il s'agit d'un moyen à la disposition du législateur, lorsque la codification est de son fait, pour « remédier à la dispersion des sources du droit et [...] faciliter l'accès à la connaissance des règles. Unité et sécurité du droit sont ainsi parfois estimées inhérentes au concept même de code »¹⁴. Entre la loi et le code, il y aurait donc une différence de degré ; le code étant une entreprise d'une ampleur importante. Selon

¹³ Jean SALMON, *Dictionnaire de droit international public*, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 189 : entrée : code d'investissement. Si le dictionnaire retient comme entrée la notion de « code d'investissement » (au singulier), la qualification retenue par certaines lois est celle de code des investissements (au pluriel).

¹⁴ Dominique BUREAU, « Codification », in Denis ALLAND, Stéphane RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Quadriga/Lamy-PUF, 2014, pp 225 – 231, spéc. p. 227.

une opinion, « [l]a composition du [c]ode est soumise à une exigence particulière de plan, à travers des divisions, des intitulés, une articulation d'ensemble »¹⁵.

Bien que visant l'information des investisseurs, les codes des investissements n'obéissent pas à une telle rigueur d'écriture. On relèvera d'ailleurs une dénomination changeante, suivant les systèmes de droit et au sein d'un même système, entre les Etats s'y rattachant. Ainsi, il est question de *code des investissements*, de *loi sur les investissements* ou encore de *loi relative à la promotion et à la protection des investissements*. Dans la littérature anglophone, les formules sont encore plus variées. Les codes sont alors désignés par les expressions suivantes : *Foreign Investment Law*, *Foreign investment Act*, *Municipal Investment Law*, *Municipal Investment Act*, *National Investment Law*, *National Investment Act*, *Domestic Investment Act*, *Domestic Investment Law* et *Domestic investment legislation*. En raison d'une pratique arbitrale conséquente, il est utile de souligner la formule espagnole pour désigner les codes des investissements : *la ley de inversión extranjera*. Ces lois sont formellement à distinguer d'autres lois qui elles sont applicables à des secteurs précis tels que les mines et le pétrole ou encore à des zones économiques spéciales¹⁶. Contrairement à ces lois spécifiques qui sont exclues de la présente étude¹⁷, les codes des investissements fixent le cadre juridique général applicable à un investissement au sein de l'Etat d'accueil. Aussi, dans les lignes qui suivent, les expressions « *codes africains* », « *lois africaines* », seront employées, sauf contre-indication, pour désigner, formellement, les codes des investissements adoptés par les Etats d'Afrique.

5. Des lois *a priori* facultatives. L'adoption des codes des investissements relève en premier lieu de la compétence des législateurs dans les Etats. Ces lois sont immédiatement des actes de portée générale et impersonnelle, qui visent à prescrire ou à proscrire certains comportements. En raison de leur caractère incitatif, ces codes relèvent

¹⁵ *Idem.* p. 229.

¹⁶ Voir par exemple : Madagascar, loi n°2017-023 relative aux Zones Economiques Spéciales (ZES) adopté en séance plénière en date du 08 novembre 2017 et du 28 novembre 2017 respectivement par l'Assemblée nationale et le Sénat.

¹⁷ Matériellement, ces lois contiennent des dispositions applicables aux investissements étrangers. Par exemple, l'article 1 de la loi malgache relative aux ZES dispose : « la présente loi fixe le régime juridique applicable aux Zones Économiques Spéciales ou « ZES » en offrant des conditions favorables et sécuritaires à la promotion des investissements, et par son biais, la relance économique, le développement social notamment la création d'emplois ». Formellement toutefois, ces lois s'appliquent à des secteurs d'activités ou zones géographiques qui sont exclus du champ d'application des codes des investissements. A titre illustratif, l'article 4 du code des investissements guinéen de 2015 dispose : « [...] Les activités éligibles au Code minier et au Code pétrolier sont également exclues du champ d'application du présent Code, ainsi que les investissements bénéficiant de régimes d'aides spécifiques déterminés par la législation fiscale ou des lois particulières ». Elles présentent ainsi le caractère de loi spéciale de l'investissement, tandis que le code des investissements fait office de loi générale. Ce caractère spécial de ses lois requiert qu'il y soit porté une attention particulière qui excède le champ de la présente recherche doctorale consacré aux lois générales de l'investissement. Pour une étude des codes miniers et pétroliers en Afrique, voir : Thierry LAURIOL, Emilie RAYNAUD, *Le droit pétrolier et minier en Afrique*, LGDJ, Coll. Droits africains, 2016, 592 p.

de la catégorie des lois facultatives. Il s'agit en effet de lois qui « se borne[nt] à introduire une faculté, de manière que chacun soit libre d'user ou de ne pas user le bénéfice qu'elle[s] accorde[nt] »¹⁸. Ainsi, elles n'ont pas un caractère impératif¹⁹. Le caractère facultatif des codes des investissements doit cependant être affirmé avec une certaine précaution. En effet, tous les codes des investissements ne sont pas logés à la même enseigne. Le code des investissements namibien de 2016, pour n'en donner qu'un exemple, n'autorise pas les investissements étrangers qui n'ont pas été approuvés par les organismes nationaux compétents²⁰. Une telle disposition présente un caractère plus impératif que facultatif. On retrouve également, sans logique décelable, des dispositions impératives qui apparaissent de façon épisodique dans des codes dont l'économie générale laisse entendre qu'il s'agirait de lois facultatives²¹.

6. Des lois peu démocratiques. Même si les codes des investissements sont des lois facultatives, leur procédé d'adoption manque tout de même de transparence. Outre le fait que certains codes soient adoptés par voie d'ordonnance²², nombre de ces lois ne font pas l'objet de discussions en assemblées parlementaires, quand bien même elles seraient adoptées par celles-ci. Ces codes des investissements sont préparés par les services techniques des ministères aidés par des cabinets d'avocats, économistes et fiscalistes, puis soumis au vote parlementaire ou adopté par ordonnance. Par ailleurs, les campagnes de communication autour de ces lois portent majoritairement sur les incitations fiscales et les mesures de promotion de l'entrepreneuriat local, de sorte que les enjeux de droit international apparaissent rarement dans le débat public. Cet aspect peu démocratique de

¹⁸ Alexandre DURANTON, *Cours de droit français suivant le code civil*, Alex-Gobelet, Paris, T. 1, 3ème éd., 1834, p. 23

¹⁹ Cette opposition entre lois facultatives et lois impératives est proposée par Carbonnier. Jean CARBONNIER, *Flexible Droit, Pour une sociologie du droit sans rigueur*, 10ème éd., LGDJ, 2001, p. 139.

²⁰ Le code namibien proscribit tout investissement étranger qui n'est pas approuvé à sa section 12. *Application for approval of investments*, en ces termes: « 1) A foreign investor may not: (a) invest in Namibia; or (b). acquire any licence, permit, authorisation or concession in Namibia, through any form of merger, acquisition, direct or indirect sale or transfer without the approval of the Minister. 2) A foreign investor seeking to make an investment in Namibia must apply to the Minister for approval of the proposed investment in the prescribed form and manner. 3) An investor who is proposing to invest in Namibia as contemplated in subsection (2) may apply for: (a) any proposed investment, acquisition or establishment of an investment whether directly or indirectly; (b) any proposed merger, whether directly or indirectly, subject to the requirements of the Competition Act, 2003 (Act No. 2 of 2003); or (c). the acquisition of any license, permit, authorization or concession issued by the State, including such instruments relating to the exploration and exploitation of natural resources, and apart from the requirement of subsection (2) the application must include other information as the Minister may prescribe to enable the Minister to make an informed decision. » Namibie, *Namibian Investment Promotion Act*, loi n°199 de 2016, *Official Gazette*, n°. 6110 du 31 août 2016.

²¹ La loi n°2020-02 du 20 mars 2020 portant code des investissements en République du Bénin contient ainsi, à la fois des dispositions facultatives et des dispositions impératives. Ainsi, l'investisseur peut choisir entre différents régimes fiscaux (article 4) et la procédure de résolution des litiges offre le choix entre les juridictions locales ou l'arbitrage (articles 41 à 44) mais tous les investisseurs sont soumis à des obligations (les articles 20 à 25) et bénéficient de garanties auxquelles il n'est pas possible de déroger.

²² Les deux derniers codes des investissements ivoiriens de 2012 et 2018 ainsi que la modification intervenue en 2019 ont tous été adoptés par une ordonnance. Voir en ce sens : Côte d'Ivoire, Ordonnance n°2019-1088 du 18 décembre 2019 modifiant l'ordonnance n°2018-646 du 1^{er} août 2018 portant code des investissements en république de Côte d'Ivoire et l'ordonnance n°2012-487 du 07 juin 2012 portant code des investissements.

la procédure d'adoption des codes a pour conséquence de limiter leur étude au seul texte de la loi et à quelques notes sans grande valeur probante et force interprétative²³.

7. Des lois relatives à l'investissement. Les lacunes de la procédure législative d'adoption des codes, s'expliquent aussi par les difficultés d'appréhension de l'objet de ces lois, qui exigent une expertise qui peut faire défaut aux parlementaires²⁴. En effet, si l'identification des activités susceptibles de bénéficier des garanties et des avantages prévus est primordiale, les législateurs peinent à proposer une définition juridique de la notion d'« investissement ». Les différentes approches peuvent être classées en deux catégories. La première concerne l'approche synthétique de la notion d'investissement. C'est le cas notamment du code des investissements malien qui réduit l'investissement aux « capitaux employés par toute personne, physique ou morale, pour l'acquisition d'immobilisations corporelles, financières et incorporelles dans le cadre de la création ou de l'extension ou de la réhabilitation d'entreprises »²⁵. La seconde approche, dite de liste, consiste pour le législateur à énumérer l'ensemble des opérations susceptibles d'être des investissements. L'article 3 de l'ancien code congolais indiquait en ce sens :

« Au sens du présent Code, on entend par investissement toute dépense visant à créer ou accroître des capacités de production. Entrent dans cette catégorie :

- L'acquisition directe de moyens de production ;
 - Les participations consistant en un apport de capitaux ou en nature à toute entreprise établie au Congo en échange de l'octroi de titres sociaux ou de parts dans cette entreprise ; ces titres ou parts donnant droit à une participation aux bénéfices et au produit de la liquidation, à condition que la valeur de tout apport autre qu'un apport en devises convertibles ait été déterminée par un Expert-Comptable agréé.
 - Les prêts assimilables à des participations, c'est-à-dire les prêts consentis à toute personne autre que l'Etat, ou à toute autre personne régulièrement établie au Congo, lorsque ces prêts sont venus compléter les fonds propres réunis pour la réalisation de l'investissement envisagé et ont permis d'obtenir les crédits bancaires nécessaires au financement de cet investissement.
- Ces prêts ne sauraient toutefois représenter plus de la moitié des fonds propres. Les prêts consentis par des Etats ou des établissements publics étrangers de crédits et faisant l'objet de conventions particulières ne sont pas assimilables à des participations.
- Le réinvestissement des bénéfices qui auraient pu être distribués sur place ou transférés à l'étranger.

²³ Les arbitres, en plus des chercheurs, sont confrontés à cette difficulté à l'occasion des contentieux dont ils sont saisis. Dans l'affaire *Cemex c. Venezuela* par exemple, le tribunal indiquait : « (...) the investment law of 1999 was a decree-law and, as such, was not discussed in Parliament. Moreover it contains no "exposicion de motivos". Thus we have no direct information about its preparation ». CIRDI, *CEMEX Caracas Investments BV et CEMEX Caracas II Investment BV c. Venezuela*, ARB/08/15, 30 décembre 2010, §. 127. Le tribunal dans l'affaire *OPIC Karimum c. Venezuela*, a eu l'occasion d'auditionner et consulter les documents fournis par M. Corrales, un expert intervenu dans la préparation du code des investissements de 1999 du Venezuela, a tout de même conclu en l'absence de pertinence. CIRDI, *OPIC Karimum c. Venezuela*, ARB/10/14, sentence, 28 mai 2013, §§ 109-131.

²⁴ Si la technicité des questions de droit international des investissements explique que les débats et campagnes de communication autour de ces lois éludent les points relatifs à la protection des IDE, le risque politique des pays, marqué par un déficit démocratique évoqué brièvement au paragraphe 1 de cette thèse, contribue aussi à cette absence des débats.

²⁵ Mali, loi n° 2012-016 du 27 février 2012 portant code des investissements en République du Mali, article 2.

- Le rachat d'entreprises existantes ou la prise de participation dans celles-ci »²⁶.

Ces deux approches définitionnelles de l'investissement ont la particularité d'aborder la notion d'investissement à partir d'éléments comptables, plutôt que juridiques. En ce sens, les acceptions proposées présentent un caractère opératoire et renseignent moins sur une définition abstraite de l'investissement, que sur des illustrations de celui-ci. Ceci implique qu'avec l'approche synthétique, les autorités locales en charge de l'investissement et les juges auront un pouvoir discrétionnaire plus important dans la qualification des opérations d'investissement. Cette marge d'appréciation susceptible d'affecter la prévisibilité juridique est moins marquée dans l'approche des listes, surtout si celles-ci sont exhaustives. Néanmoins, cette seconde méthode a l'inconvénient de la rigidité et ne permet pas de suivre les constants changements propres à la réalité économique.

8. L'absence d'une définition abstraite de l'investissement au profit d'une approche fonctionnelle, est symptomatique des difficultés que peuvent poser les codes des investissements. Pour mener une analyse pertinente de ces textes, il est utile de procéder à une sélection appropriée parmi les lois disponibles.

B. Délimitation géographique de l'objet d'étude

9. Selon les données de la Conférence des Nations Unies pour le Commerce et le Développement (CNUCED), 111 codes des investissements adoptés par 108 Etats étaient en vigueur en novembre 2016. Ces codes étaient répartis sur l'ensemble des continents ainsi qu'il suit :

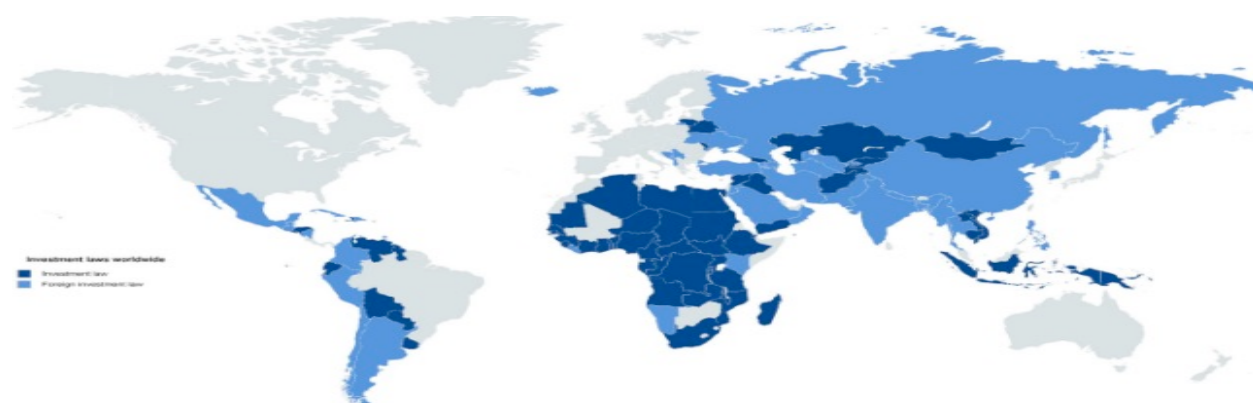


TABLEAU DE REPARTITION DES CODES DES INVESTISSEMENTS²⁷

²⁶ Congo, loi n°008-92 du 10 avril 1992 portant code des investissements, art. 3. (Remplacée par la loi n°6-2003 du 18 janvier 2003 portant Charte des investissements en République du Congo).

²⁷ Ce tableau répertorie l'ensemble des lois en vigueur en novembre 2016 et se concentre sur les lois qui couvrent (ou visent à couvrir) le cadre juridique de base de l'investissement et comprennent des dispositions clés en matière d'investissement. Il n'inclut pas les lois qui ne se concentrent que sur un ou quelques éléments spécifiques de ce cadre, tels que les incitations, l'accès à la terre

Cette centaine de lois, répartie sur l'ensemble des continents, constitue un échantillon d'analyse trop important pour mener une recherche cohérente. La crainte d'une étude incongrue justifie que certains codes soient exclus, furent-ils partiellement (1) au profit des codes africains qui eux, seront intégralement pris en compte (2).

1. Les codes partiellement exclus

10. L'exclusion de principe des codes autres qu'africains. L'élaboration de lois ayant pour objet la promotion et la protection des investissements remontent aux années 1950. La stratégie mise en place, tant dans les Etats africains que ceux situés en dehors du continent, a alors consisté à l'adoption des régimes fiscaux de longue durée et de facilités administratives, en vue de promouvoir l'investissement international²⁸. Toutefois, si à l'origine les lois relatives aux régimes fiscaux étaient confinées à la même réalité²⁹, l'évolution de ces textes vers des codes des investissements a été plus difficile dans les Etats situés en dehors du continent africain. Dès 1990 par exemple, sur les 51 codes dénombrés, seuls 23 étaient adoptés par des Etats autres qu'africains, soit moins de la moitié³⁰. Certes, l'effondrement de l'URSS et l'adhésion progressive des nouvelles républiques d'Europe de l'Est et d'Asie centrale à l'économie de marché ont permis la multiplication des codes sur les autres continents à partir de 1990. Mais l'empreinte communiste dans certains de ces Etats, a parfois conduit à une instabilité juridique³¹. En

ou la sécurité nationale (C'est le cas de l'Australie, du Botswana, du Canada, du Japon, du Maroc, et de la Nouvelle-Zélande). D'autres codes ne sont pas également pris en compte sans qu'aucune explication ne soit fournie. C'est le cas de l'Eswatini, du Mali, de la Somalie, de la Tunisie et du Zimbabwe. Les Etats en bleu ciel sont ceux qui ont adopté un code des investissements dédié spécifiquement aux investisseurs étrangers et les Etats en bleu foncé sont ceux dont le code est dédié à la fois aux investisseurs étrangers et aux investisseurs nationaux. La Chine et l'Ouzbékistan ont également plus d'un code des investissements pris en compte dans l'étude. CNUCED, « Investment Laws A Widespread Tool For The Promotion And Regulation Of Foreign Investment », *Investment Policy Monitor*, n°spécial, novembre 2016, p. 3.

²⁸ Les premières lois sur les régimes fiscaux privilégiés font leur apparition dans les années 1950 avec notamment la loi-cadre pour les territoires d'Outre-Mer du 31 décembre 1953 qui instaurait des régimes fiscaux de longue durée et de facilités administratives en vue de promouvoir les investissements de la métropole française dans les colonies. Sur ce point : Philippe KAHN, « Problèmes juridiques de l'investissement dans les pays de l'ancienne Afrique française », *JDI*, 1965, p. 340. Pierre LEGOUX, « De quelques codes d'investissements », *Revue Juridique, Politique, Indépendances et Coopération*, Tome 22, n°4, Paris, Oct. 1968, pp 939 – 986.

²⁹ Parmi les lois autres qu'africaines qui instaurent un régime fiscal privilégié pour les investissements durant la décennie 1950 – 60, on compte les Etats suivants : l'Afghanistan avec une loi sur le régime des investissements étrangers du 18 novembre 1958, la Thaïlande avec une loi sur des exonérations fiscales du 5 décembre 1958 suivi par la Malaisie, la même année et le Pakistan par une loi d'avril 1959. La Birmanie adopta une loi relative au régime des investissements le 8 septembre 1959 ainsi qu'Israël, la même année. Le Guatemala adopta une loi sur les exonérations fiscales le 23 octobre 1959, le Pérou, une loi sur la promotion industrielle du 30 novembre 1959. L'Iran promulgua une loi sur le régime des investissements étrangers en 1959 suivie par la Bolivie, le 16 décembre 1960. Sur ces lois, voir : Pierre LEGOUX, « De quelques codes d'investissements », *Revue Juridique, Politique, Indépendances et Coopération*, Tome 22, n°4, Paris, Oct. 1968, pp. 977 - 978.

³⁰ Sur les 51 codes, 28 étaient adoptés par les Etats d'Afrique, 9 par des Etats d'Asie, 8 en Amérique latines et aux Caraïbes, et enfin 6 en Europe de l'Est. Sur ce point, lire : Antonio.R. PARRA, « Principles governing foreign Investment as reflected in National Investment Codes » in *Legal Framework for the treatment of foreign Investment*, *ICSID Review*, 1992, p. 428 – 452).

³¹ À titre illustratif, le Kazakhstan qui a été l'un des premiers Etats communistes à se doter d'un code des investissements le 27 décembre 1994, a modifié sept fois celle-ci avant de l'abroger puis de la remplacer en janvier 2003 par un nouveau code des

Amérique latine, c'est la doctrine Calvo qui a été un frein à une adhésion sans fard aux principes de la mondialisation³². Et dans les pays développés, la possession de capitaux conduisait à l'élaboration de codes répondant à des besoins différents de ceux des pays sous-développés³³. Ces politiques économiques différentes, parfois éloignées les unes des autres, rendent vaine toute tentative de systématisation de l'ensemble et justifient que l'attention ne soit portée que sur une zone géographique précise, en l'occurrence l'Afrique.

11. L'inclusion exceptionnelle de certains codes autres qu'africains. Toutefois, en dépit de la difficulté d'une systématisation de tous les codes, il ne serait pas indiqué d'exclure toutes les lois autres qu'africaines du champ de cette thèse. En effet, certaines sentences arbitrales rendues à propos des codes des investissements autres qu'africains ont mis en lumière certaines règles et principes qui pourraient s'appliquer à l'ensemble de ces actes législatifs. Ce socle juridique commun, justifie que référence soit faite dans la

investissements moins favorable que le précédent. CIRDI, *The AES corporation and Tau Power b.v. c. Republic of Kazakhstan*, ARB/10/16, sentence, 1 novembre 2013, §§ 36 – 57.

³² Brièvement, selon la doctrine Calvo, l'étranger ne devrait pas avoir plus de droits que le national de l'Etat d'accueil. À ce titre, les étrangers devraient renoncer au bénéfice d'une intervention de leur Etat national, que cette intervention soit militaire ou diplomatique (clause calvo), dans la résolution des litiges les opposant à l'Etat hôte de l'investissement. Cette doctrine se traduit par une certaine réticence des Etats d'Amérique latine aux procédures de règlement des différends internationaux offertes uniquement aux investisseurs étrangers. Dans l'affaire *Cemex c. Venezuela*, le tribunal arbitral soulignait ce point en ces termes : « *The Tribunal first observes that Venezuela had some experience of arbitration at the end of the 19th and the beginning of the 20th century that generated hostility in this country towards this form of settlement of disputes. This reluctant attitude explains why, during the preparation of the ICSID Convention, Latin-American countries, including Venezuela, expressed reservations regarding the proposed text which, they said, contravened their constitutional principles. It also explains why Venezuela signed the Convention only in 1993, almost thirty years after its adoption.* » CIRDI, *Cemex Caracas et al. c. Venezuela*, ARB/08/15, 30 décembre 2010, § 124. Sur ce point, lire Bernado CREMADES, « Disputes arising out of Foreign Direct Investment in Latin America: A New Look at the Calvo Doctrine and Other Jurisdictional Issues », *Dispute Resolution Journal*, vol. 59, n°2, 7 p; Alexis MOURRE, « Perspectives of International Arbitration in Latin America », *American Review of International Arbitration*, vol. 17, n°4, 2006, 18 p.; Eric GILLMAN, « The End of Investor-State Arbitration In Ecuador? An Analysis of Article 422 of The Constitution of 2008 », *American Review of International Arbitration*, vol. 19, n°2, 2008, 32 p.

³³ Pierre Legoux indiquait ainsi à propos des besoins à l'origine des codes des investissements que c'est la nécessité pour les pays en voie de développement d'atteindre une indépendance économique et combler le retard vis-à-vis des pays industrialisés qui justifient l'adoption de ces lois. Ainsi écrit-il : « [...] l'un des facteurs qui peuvent contribuer à combler ce retard est l'industrialisation ; mais, dès qu'il s'agit de production industrielle, aussi bien dans le domaine agricole que dans le domaine minéral, ou les industries de transformation, ou la fabrication et le montage d'articles de grande consommation destinés au marché intérieur ou à l'exportation, deux éléments fondamentaux sont nécessaires, le savoir-faire et les capitaux ; or le plus souvent l'un et l'autre font gravement défaut ; et même dans les pays où une épargne locale existe – ce qui est le cas dans certaines régions telles que l'Amérique latine ou l'Asie du Sud-Est -, le savoir-faire manque souvent ; c'est en accompagnant des capitaux qu'il peut s'introduire dans le pays. [...] Le problème se pose donc pour les gouvernements intéressés de prendre les mesures de nature à fixer les investisseurs nationaux et à attirer les investisseurs extérieurs, sans pour autant compromettre l'indépendance économique du pays ». (Pierre LEGOUX, « De quelques codes d'investissements », *Revue Juridique, Politique, Indépendances et Coopération*, Tome 22, n°4, Paris, Oct. 1968, p. 940). Cette analyse contraste avec les objectifs affichés des codes des investissements des Etats développés. L'exemple du Canada montre que l'adoption de cette loi a pour objectif de procéder à un examen des investissements étrangers, le plus souvent, pour protéger la sécurité nationale. L'article 2 de la loi sur Investissement Canada (L.R.C. 1985, ch. 28, 1^{er} suppl.), souligne : « Étant donné les avantages que retire le Canada d'une augmentation du capital et de l'essor de la technologie et compte tenu de l'importance de préserver la sécurité nationale, la présente loi vise à instituer un mécanisme d'examen des investissements importants effectués au Canada par des Non-Canadiens de manière à encourager les investissements au Canada et à contribuer à la croissance de l'économie et à la création d'emplois, de même qu'un mécanisme d'examen des investissements effectués au Canada par des Non-Canadiens et susceptibles de porter atteinte à la sécurité nationale ». De la sorte, il n'est pas question dans ce texte de proposer des avantages fiscaux ou le recours à l'arbitrage international contrairement aux textes des autres Etats.

présente étude à ces sentences et aux codes qui y sont mentionnés. Hormis cette exception, seuls les codes des investissements africains seront étudiés.

2. Les codes intégralement retenus

12. L'argument historique. Le choix de limiter cette étude aux codes des investissements africains tient pour beaucoup au contexte historique. De tous les continents, l'Afrique compte la pratique la plus ancienne, la plus constante et la plus importante en matière d'élaboration de codes des investissements. En outre, grâce aux mouvements panafricains, il est possible de fournir une interprétation relativement homogène des déterminants politiques et sociologiques qui ont influencé l'adoption de certaines lois. Ainsi, le continent est un terreau favorable à l'étude des codes. Il apparaît que dans l'histoire africaine³⁴, les codes des investissements ont été successivement des vestiges de l'époque coloniale (a), des instruments d'orientation politique (b) et enfin, des lois de rationalisation (c).

a) Les codes des investissements : vestige de l'époque coloniale

13. La période 1945 – 1961. L'idée d'une législation qui accorde des avantages fiscaux et douaniers ainsi qu'une stabilité juridique et fiscale à des entreprises, émerge dans le paysage africain avant l'accession à l'indépendance de la majorité des Etats du continent³⁵. Cela est dû à de nombreux facteurs. Le premier est celui de la conjoncture politique et économique internationale de l'après-guerre qui a entraîné la recherche d'une protection des investissements contre les nationalisations. Le second facteur est lié à des politiques économiques et juridiques dans les métropoles ayant conduit dans le cas des colonies françaises à l'adoption de régimes fiscaux de longue durée pour les entreprises installées dans les colonies.

³⁴ À y voir de près, il serait maladroit de parler d'une histoire africaine en matière économique. Il y aurait plutôt des histoires africaines façonnées par les influences externes et internes diverses. À titre illustratif, les politiques économiques adoptées par une ancienne colonie britannique, française ou portugaise située en Afrique occidentale ou australe (ou ailleurs) sont trop différentes pour fondre l'ensemble dans le même moule. Il en est de même pour des facteurs internes tels que l'accès à la mer, les pratiques religieuses et coutumes locales, les richesses du sol et du sous-sol, etc. Ainsi, le terme « histoire africaine » est ici employé par commodité de langage. L'échelle temporelle proposée tiendra seulement compte des événements suffisamment marquants pour retracer les étapes majeures des politiques économiques à l'œuvre dans l'adoption des codes des investissements. La démarche est sans commune mesure avec la minutie dont ferait preuve un historien dans la datation des événements. Mais cela n'affecte en rien le fait que les étapes chronologiques choisies permettront de saisir les raisons de l'évolution des codes africains.

³⁵ L'année 1960 est une année charnière dans l'accession à l'indépendance des Etats africains. La grande majorité (17 Etats) devient indépendante. Ce sont : le Cameroun (1er janvier pour la partie française), le Togo (le 27 avril), Madagascar (le 26 juin), la RD Congo (le 30 juin), la Somalie (le 1er juillet), le Bénin (le 1er août), le Niger (le 3 août), le Burkina Faso (le 5 août), la Côte d'Ivoire (le 7 août), le Tchad (le 11 août), la Centrafrique (le 13 août), le Congo-Brazzaville (le 15 août), le Gabon (le 17 août), le Sénégal et le Mali (20 août et le 22 septembre), le Nigeria (le 1er octobre) et la Mauritanie (le 28 novembre).

14. La recherche d'une protection juridique [1945 - 1950]. Ces années ont été marquées par une vague de nationalisation de grande ampleur liée au contexte de la guerre³⁶. L'épilogue du second conflit mondial, la guerre froide et l'effort de reconstruction que cela suscitait conduisirent les puissances étatiques, peu ou prou affectées par les combats, à nationaliser les entreprises. Parmi les exemples célèbres, figurent ceux de la Tchécoslovaquie avec les 4 décrets de nationalisation du Président Benes du 24 octobre 1945, ainsi que les lois polonaise et bulgare respectivement du 3 janvier 1946 et du 24 décembre 1947³⁷. Ce climat délétère pour les investisseurs a vite fait de susciter chez ces derniers des craintes accentuées par la situation dans les colonies africaines où les aspirations souverainistes se faisaient de plus en plus pressantes. Ainsi, ces derniers, dans les différentes sphères d'influences auxquelles ils appartenaient, exigèrent des garanties visant à assurer la protection de leurs biens³⁸.

15. Les régimes fiscaux de longue durée [1950 - 1958]. À la différence de l'empire britannique, la métropole française était en proie à une situation économique alarmante à partir de 1950. Pour la première fois depuis 1900, le revenu national n'avait pas augmenté pendant que le poids des charges publiques et sociales ainsi que les déficits de la balance extérieure s'étaient aggravés. La production française se situait à un niveau à peine supérieur à celui de 1929, alors que pour la même période, la production américaine avait sensiblement doublé, la production anglaise et la production allemande étaient en hausse de plus de moitié³⁹. Parmi les actions envisagées pour résorber le problème, la normalisation, la standardisation et l'établissement de programmes de longue durée pour abaisser les prix de revient et le coût des investissements, spécialement celui de la construction⁴⁰, furent évoqués lors de l'élaboration du second plan de modernisation et d'équipement de la métropole. Pour la mise en œuvre de cette politique, le législateur

³⁶ La Pradelle définissait ces nationalisations comme « l'opération de haute politique par laquelle un Etat, réformant tout ou partie de sa structure économique, enlève aux personnes privées, pour la remettre à la nation, la disposition d'entreprises industrielles ou agricoles d'une certaine importance en les faisant passer du secteur privé au secteur public ». I.D.I., « Rapport de Paul de LA PRADELLE sur les effets internationaux des nationalisations », art. 1^{er}, *Annuaire*, session de Bath, vol. 43, T.I, 1950, p. 126.

³⁷ Pour une littérature sur ce point, voir : LAZAR FOCSANEANU, « Les conséquences internationales des nationalisations », *Politique étrangère*, n°1-1953, 18^{ème} année, 1953, pp 35-50 ; OLIVIER BEAU, « Nationalisation et souveraineté : la nationalisation comme acte de puissance publique », *Petites affiches*, 24 novembre 1995, p. 14. BUFFELAN-LANORE « Entreprises publiques. Création et organisation », *Jcl. Adm. Litec*, fasc. N°155 ; PIERRE DELVOLLE, *Droit public de l'économie*, Dalloz, 1998, n°652.

³⁸ BOCAR NIANE note sur ce point : « Les investisseurs étrangers en Afrique à leur congrès tenu à Gand en 1959 sur l'évolution du capitalisme étranger et aussi à la suite de la réunion de la Chambre de Commerce en 1961, ont attiré déjà l'attention des pays importateurs de capitaux sur la nécessité de prévoir des garanties et avantages pour les inciter à investir chez eux » in, *Le régime juridique et fiscal du code des investissements au Sénégal*, Paris, NEA et A. Pédone, 1976, p.16, ndp 9.

³⁹ France, Annexe de la loi n°56-342 du 27 mars 1956 portant approbation du deuxième plan de modernisation et d'équipement, pp. 9-11, *J.O.R.F.*, 01 avril 1956.

⁴⁰ *Idem*, p.28.

français adopta la loi n° 53-1 334 du 31 décembre 1953 relative aux comptes spéciaux du trésor pour l'année 1954⁴¹ dont l'article 32 prévoyait :

« Les grands conseils et les assemblées locales des territoires d'outre-mer pourront faire bénéficier d'un régime de longue durée, leur garantissant la stabilité de tout ou partie des charges fiscales qu'elles auront à supporter, des catégories d'entreprises de production dont la création, l'équipement ou l'extension auraient une importance particulière pour la mise en œuvre du plan de modernisation des territoires où elles exercent leurs activités. Les délibérations concernant ce régime exceptionnel ne seront applicables qu'après avoir été expressément approuvées par décrets pris en conseil d'Etat sur le rapport du Ministre de la France d'Outre-mer et du Ministre des Finances (...) »⁴².

Pris en application de cette disposition, le décret 54-73 instaura ce régime en précisant à son article 1^{er} que des arrêtés conjoints du Ministre de la France d'Outre-mer et du Ministre des Finances pourront agréer des entreprises de production⁴³. Dès lors, les entreprises agréées pouvaient bénéficier d'exonérations fiscales et douanières concernant les impôts directs, les droits d'enregistrement et les droits de douane⁴⁴.

La première entreprise à profiter de ce système fut la Société des Pétroles d'Afrique Équatoriale (aujourd'hui Total Gabon) en 1956, pour une durée initiale de 15 ans, rallongée à 25 ans par le décret n° 56-1146 du 13 novembre 1956⁴⁵. Selon Bocar Niane, cette prolongation résulte de l'adoption de la loi-cadre de 1956 qui amorça la marche vers l'indépendance des Etats africains⁴⁶. Pour les investisseurs, la prolongation de la durée des avantages fiscaux aurait alors été une condition pour les attirer. Cette logique incitative demeure l'un des objectifs des codes actuels.

16. Structure des premiers codes [1958 - 1961]. Protéger les biens de la métropole et garantir la rentabilité de l'investissement furent au cœur des politiques coloniales durant la décennie précédant la vague des indépendances. Ces deux impératifs gagnèrent en vigueur avec l'apparition des nouveaux Etats. Le premier Etat à se doter d'un code des investissements prévoyant des avantages fiscaux aux investisseurs étrangers fut le Maroc, le 13 septembre 1958⁴⁷. Il a été suivi par la Côte d'Ivoire le 3 septembre 1959 dont l'article 6 prévoyait une stabilité fiscale à l'investisseur agréé et l'article 10, une disposition

⁴¹ À la vérité, le propos est anachronique dans la mesure où la loi intervient sous l'empire du premier plan de modernisation et d'équipement. Cependant, la mise en œuvre de cette loi et l'esprit général qui l'accompagne ne peuvent être dissociés des travaux relatifs à l'adoption du second plan de modernisation qui n'est que la continuation et l'extension à des secteurs plus variés des stratégies déjà mises en place dans le cadre du premier plan de modernisation.

⁴² France, loi n°53-1334 du 31 décembre 1953 relative aux comptes spéciaux du Trésor pour l'année 1954, *J.O.R.F.*, 5 janvier 1954, p. 241.

⁴³ France, Décret n°54-573 du 4 juin portant règlement d'administration publique pour l'application de l'article 32 de la loi du 31 décembre 1953 relatif à l'institution de régimes fiscaux de longue durée dans les territoires d'Outre-Mer, *J.O.R.F.*, 5 juin 1954.

⁴⁴ Bocar NIANE, *Le régime juridique et fiscal du code des investissements au Sénégal*, Paris, NEA et A. Pédone, 1976, p.15.

⁴⁵ France, article 1^{er} du décret n°56-1146 du 13 novembre 1956 portant modification de l'article du décret n°54-573 du 4 juin 1954 pris pour l'application de l'article 32 de la loi du 31 décembre 1953 relative à l'institution de régimes fiscaux de longue durée dans les territoires d'Outre-Mer.

⁴⁶ Bocar NIANE, *Le régime juridique et fiscal du code des investissements au Sénégal*, préc., pp.15 et ss.

⁴⁷ Maroc, Dahir n°1-58-263 du 13 septembre 1958 instituant des mesures d'encouragement aux investisseurs privés. *BO* du 19-9-1958.

relative à l'arbitrage pour les investisseurs bénéficiant d'une convention d'établissement⁴⁸. À partir de 1960, nombre des nouveaux Etats adoptèrent un code des investissements. Ce sont la Guinée (le 11 mai 1960), le Cameroun (le 27 juin 1960), l'Union douanière équatoriale (le 12 novembre 1960), le Congo-Brazzaville (le 20 juin 1961), la Mauritanie (le 26 juin 1961), le Burkina Faso (le 5 juillet 1961), le Niger (le 12 juillet 1961), Madagascar (le 9 octobre 1961), le Gabon (le 4 décembre 1961) et le Bénin (le 31 décembre 1961)⁴⁹. Ces lois nouvelles ont officiellement transcrit en termes juridiques les politiques incitatives des Etats africains, fluctuantes au gré des orientations politiques constitutionnelles.

b) Les codes des investissements : reflet des orientations politiques

17. L'influence panafricaniste médiate [1960 - 1990]. Parmi les divers phénomènes sociologiques qui ont pu influencer l'élaboration des codes des investissements, le panafricanisme est celui qui a eu le plus d'incidence sur le droit international africain et de façon médiate, sur les codes des investissements africains. Dans son cours à l'Académie de droit international de La Haye, le juge Abdulqawi A. Yusuf précisait d'ailleurs que le prisme du panafricanisme permettait d'appréhender les diverses communautés africaines comme un tout, une structure unique et/ou unifiée, par laquelle il est possible de saisir « les pratiques et les attitudes de tous les Etats africains envers le droit international, plutôt que les attitudes de chaque Etat pris individuellement »⁵⁰. Le mouvement panafricain qui naît à l'aube du XIXe siècle sous la plume de divers auteurs dont celle de William Du Bois, était principalement orienté autour de la lutte pour l'indépendance et la reconnaissance des droits de l'homme aux peuples africains⁵¹.

⁴⁸ Côte d'Ivoire, loi n° 59-134 du 3 septembre 1959 déterminant le régime des investissements privés dans la République de Côte d'Ivoire, article 6 : « Le régime fiscal de longue durée est destiné à garantir à des entreprises agréées comme prioritaires, la stabilité de tout ou partie des charges fiscales qui leur incombent, pendant une période maximum de 25 ans, majorée, le cas échéant, dans la limite de 5 années, des délais normaux de l'installation. » et article 10 : « Le règlement des différends résultant de l'application des dispositions d'une convention d'établissement et la détermination éventuelle de l'indemnité due pour la méconnaissance des engagements pris, pourront faire l'objet d'une procédure d'arbitrage dont les modalités seront fixées par chaque convention ». Mais cette loi intervient avant l'accession à l'indépendance officielle de l'Etat.

⁴⁹ Pierre LEGOUX, « De quelques codes d'investissements », *RJPIC*, Tome 22, n°4, Paris, Oct. 1968, p. 942.

⁵⁰ Abdulqawi A. YUSUF, *Panafricanisme et droit international*, BRILL/NIJHOFF, 2017, p.15.

⁵¹ L'idée-force du premier congrès panafricain organisé à Londres en 1900 par Henry Sylvester Williams, avocat originaire de Trinidad, était de mettre en place « une manifestation de la solidarité fraternelle entre les Africains et les peuples d'ascendance africaine » (Georges PADMORE, *Pan africanism or communism ? The Coming Struggle for Africa*, 1956, p. 117 cité par Abdulqawi A. YUSUF, *ibid.* p.21). Lors de cette conférence, les questions de spoliation des terres en Afrique du Sud et conditions de travail déplorables des peuples autochtones furent évoquées. Cependant, il a fallu attendre le Congrès de Paris de 1919, convoqué par William Du Bois, pour que la question de la protection des droits de l'homme et l'autonomie du continent africain soit à l'ordre du jour. À cette Conférence, fut adoptée une résolution pour la protection internationale des indigènes d'Afrique, semblable au projet de Code international du travail (LEGUM, *Pan Africanism : A short Political Guide*, Londres, Pall Mall, 1962 cité par Abdulqawi A. YUSUF, *ibid.* p. 21).

Cependant, en marge de ces aspirations indépendantistes, une politique économique panafricaine prit corps et fut exprimée pour la première fois à l'occasion de la conférence des non-alignés à Bandung. Refusant d'opter soit pour le bloc de l'Ouest soit pour celui de l'Est, l'idéologie prônée fut celle d'un « désir général d'une coopération économique sur la base des intérêts mutuels et du respect de la souveraineté nationale »⁵². Ce désir de coopération économique connaîtra cependant une mise en œuvre à géométrie variable. Tandis que certains Etats optaient pour l'économie de marché, d'autres Etats se laissèrent séduire par les mouvements socialistes et communistes, plus en phase avec l'idée de la construction d'une unité africaine, chère à la pensée panafricaine. Ces options constitutionnelles se sont reflétées dans les premiers codes des investissements de l'époque.

18. Les codes d'inspiration socialiste. Au Sénégal, l'article 1 de la Constitution de 1960 a instauré une république socialiste, sous l'influence de Senghor considéré comme un panafricaniste modéré. Celle-ci codifia les lois coloniales sur l'investissement susmentionnées, par deux lois du 10 mars 1961. Puis, le premier code des investissements fut adopté en 1962. Bocar Niane, souligne à propos de ce code :

« Le premier code des investissements prévoyait des conditions assez strictes pour l'obtention de l'agrément. Ces conditions strictes auxquelles sont soumises les entreprises étrangères s'inscrivent dans l'option politique du Sénégal durant la période de 1960-1962, caractérisée par un nationalisme dont l'objectif était de protéger le pays contre toute domination étrangère notamment économique »⁵³.

⁵² La résolution adoptée à l'issue du congrès de 1919 amorçait ses réflexions économiques en ces termes : « i. La terre et ses ressources sont à la disposition des indigènes, et à tout moment ils pourront jouir de la propriété effective d'une quantité de terres équivalente à celle qu'ils peuvent exploiter avantageusement. ii. L'investissement en capital et la cession de concessions devront être régulés de manière à éviter l'exploitation des indigènes et l'épuisement du bien-être naturel. Les concessions devront toujours être limitées dans le temps et soumises au contrôle de l'État. La croissance des besoins sociaux des indigènes doit être prise en compte et les profits taxés dans l'intérêt social et matériel des indigènes ». Paragraphes (c) (i.) et (ii) de la Résolution du Congrès panafricain de Paris du 19 au 22 juillet 1919. Le texte de la résolution et reproduit ici : OIF, « Premier congrès panafricain », *Le mouvement panafricaniste au XXe siècle*, Contribution à la Conférence des intellectuels d'Afrique et de la Diaspora (CIADI) organisée par l'Union africaine en partenariat avec le Sénégal, Dakar, 7-9 octobre 2004, pp. 97-98. https://codesria.org/IMG/pdf/le_mouvement_panafricaniste.pdf. Mais, c'est à la conférence de Bandung que la pensée économique panafricaine a pris réellement corps. La Conférence des Nations Afro-Asiatiques (Conférence de Bandung) a été convoquée par les gouvernements de Birmanie, de Ceylan, de l'Inde, d'Indonésie et du Pakistan et s'est réunie à Bandung du 18 au 24 avril 1955. Outre les pays promoteurs, les Etats suivants ont participé à la Conférence : Afghanistan, Cambodge, République populaire de Chine, Egypte, Ethiopie, Côte-de-l'Or, Iran, Irak, Japon, Jordanie, Laos, Liban, Liberia, Libye, Népal, Philippines, Arabie saoudite, Soudan, Syrie, Siam, Turquie, République populaire du Vietnam (Vietminh), Etat du Vietnam et Yémen. Au point A.3) du communiqué final de la Conférence, les Etats participants recommandaient : « L'établissement sans retard d'un fonds des Nations Unies pour le développement économique : l'allocation par la Banque internationale de reconstruction et de développement d'une plus grande partie de ses ressources aux pays afro-asiatiques, la fondation rapide d'une corporation internationale financière qui devrait inclure dans ses activités l'engagement de procéder à des investissements, d'encourager l'organisation de projets communs entre les pays afro-asiatiques, dans la mesure où cela correspondra à leurs intérêts communs ».

⁵³ L'auteur illustre son propos en se référant à l'exposé des motifs de la loi de 1962 qui indique que le code des investissements doit définir « les conditions et les modalités de la convergence entre l'intérêt national tel qu'il est exprimé par les objectifs du plan et les intérêts privés ». Bocar NIANE, *Le régime juridique et fiscal du code des investissements au Sénégal*, NEA et A. Pédone, Paris, 1976, p. 17.

Ce régime strict n'ayant pas permis d'atteindre les résultats escomptés, une modification du code intervint en 1965, réduisant le montant minimum de l'investissement pour l'obtention des agréments. Cet exemple sénégalais renseigne sur une pratique des Etats soucieux de bâtir une économie forte et favorable à l'attraction des investissements par l'octroi d'avantages fiscaux, de garanties concernant le libre transfert des capitaux, de non-discrimination, de stabilisation de l'investissement et d'indemnisation en cas d'expropriation. Dans la majorité des nouveaux Etats, pour bénéficier de ces droits, les investisseurs devaient se soumettre à une procédure d'agrément⁵⁴. En ce sens, le socialisme africain a pu être qualifié de socialisme « non-marxiste » ou « démocratique africain »⁵⁵, du fait de l'instauration de législation de contrôle.

19. Les codes d'inspiration communiste. Le choix d'une ouverture maîtrisée du marché national aux investissements internationaux a vite montré ses limites. La dépendance économique envers les anciennes métropoles qu'elle a accentuée, a poussé certains Etats, dès les années 1970, à opter pour le communisme. Ce fut, à titre illustratif, l'Angola⁵⁶, le Mozambique⁵⁷, l'Éthiopie⁵⁸, le Bénin⁵⁹, le Congo-Brazzaville⁶⁰ et la Somalie⁶¹. Contrairement aux autres Etats africains, les régimes populistes de l'époque se sont dotés d'une constitution économique dans laquelle la planification étatique occupait une place importante. Bentley Anderson note ainsi que l'instauration du communisme et la politique mise en œuvre en Angola eurent pour inconvénient de décourager les investisseurs internationaux qui n'hésitèrent pas à reconsidérer leur position en dépit des atouts dans le domaine agricole, minier et pétrolier que présentait le pays⁶². Cependant, la vague communiste qui a secoué le continent fut de moindre importance dans l'élaboration des codes. Si elle a permis de réformer les codes des investissements des Etats pour mieux contrôler les investissements internationaux, elle ne conduisit pas, fondamentalement, à la fermeture des marchés nationaux. Dans son étude pour le compte de la Banque Mondiale, Antonio Parra a opéré une classification des codes selon leur degré d'ouverture

⁵⁴ Pour une étude comparée des codes des investissements de cette période, voir Philippe KAHN, « Problèmes juridiques de l'investissement dans les pays de l'ancienne Afrique française », *JDI*, 1965, pp. 340 et ss.

⁵⁵ Kassim William EDIKO, *Le rôle des codes des investissements dans les politiques de développement des pays africains*, Thèse, vol. 1, Université Paris I Panthéon-Sorbonne, 8 décembre 2012, pp. 77 - 87.

⁵⁶ Angola, Loi 195 de 1975 instituant la République Populaire d'Angola (Part I) ;

⁵⁷ Mozambique, Art. 1 de la constitution de la République populaire du Mozambique, *JO*, série 1, n°1, 25 juin 1975, p.1

⁵⁸ Ethiopie, Constitution de 1987 instituant la République populaire et démocratique d'Ethiopie, partie I intitulée « ordre social ».

⁵⁹ Bénin, Ordonnance n°77-32 du 9 septembre 1977 portant promulgation de la loi fondamentale de la République Populaire du Bénin, art 1.

⁶⁰ Congo, ordonnance n°40-69 portant promulgation de la constitution de la République populaire du Congo, 1969.

⁶¹ Somalie, art 1 de la constitution de la république démocratique somalienne du 16 septembre 1979.

⁶² Bentley ANDERSON, « The Angolan Foreign Investment Law: A comparative legal perspective », *FILJ*, vol. 8, n°2, 1993, pp. 295 – 296.

aux principes de l'économie de marché. Il distinguait de ce fait les lois d'incitation, des lois neutres et des lois dissuasives⁶³.

En matière d'admission, les lois dissuasives étudiées par l'auteur exigeaient l'obtention d'une licence ou d'un agrément. Sur les critères d'attribution de ces licences en revanche, ces lois restaient plutôt vagues, laissant aux services administratifs un pouvoir discrétionnaire, voire arbitraire. Dans cette liste, on retrouve quelques Etats africains communistes⁶⁴. D'autres Etats, sans revenir sur ce pouvoir discrétionnaire des organismes publics, ont toutefois imposé à l'administration de motiver sa décision et ont offert la possibilité à l'investisseur de faire appel de la décision⁶⁵. Ces législations relèvent de la catégorie des lois dites neutres en matière d'admission. Quant aux lois incitatives, aucune restriction spéciale à l'admission des IDE n'était prévue à l'exception des contrôles d'usage, commun à tous les Etats et qui concerne l'ordre public, l'environnement. Il est surprenant de noter que certains Etats communistes relevaient de cette catégorie, justifiant ainsi l'importance moindre de l'idéologie dans l'adhésion aux principes de l'économie de marché qui président à la rédaction des codes des investissements⁶⁶.

20. Avec la chute du mur de Berlin et l'unipolarisation du monde en 1990, des changements importants ont à nouveau été apportés au code des investissements africains sur fond de rationalisation.

c) Les codes : instruments de rationalisation des investissements internationaux

21. La période 1990 à aujourd'hui. L'idée d'une ouverture des marchés aux capitaux étrangers, au détriment d'une économie dirigée, s'est peu à peu imposée autour des années 1990. Ces changements rendirent caduques les anciennes distinctions de codes neutres, dissuasifs ou incitatifs⁶⁷. La vague des codes africains adoptés à l'aube des années

⁶³ Antonio PARRA, « Principles governing foreign investment, as reflected in National Investment Codes » in *Legal Framework for the Treatment of foreign Investment*, The World Bank, vol. I., 1992, pp 109-134.

⁶⁴ Huit Etats africains entrent dans cette configuration. Il s'agit : Angola (communiste), Djibouti, Gabon, Guinée-Bissau, Mozambique (communiste), Somalie (communiste), Soudan, Tanzanie. Antonio PARRA, « Principles governing foreign investment, as reflected in National Investment Codes », *Legal Framework for the Treatment of foreign Investment*, vol. I., 1992, p. 114.

⁶⁵ C'est le cas de l'Egypte et du Ghana. Antonio PARRA, « Principles governing foreign investment, as reflected in National Investment Codes », *Legal Framework for the Treatment of foreign Investment*, vol. I., 1992, p. 114.

⁶⁶ Parmi les Etats africains répertoriés, figurent les Etats suivants : Bénin (communiste), Burundi, Cameroun, République centrafricaine, Comores, Congo (communiste), Côte d'Ivoire, Guinée, Madagascar, Namibie, Niger, Rwanda, Sénégal, Tchad, Togo, Zaïre (Ex. République démocratique du Congo).

⁶⁷ Antonio PARRA note en ce sens : « Since the mid-1980s, countries have increasingly taken similar approaches to their legal treatment of private foreign investment. The now widespread consensus is expressed in investment law », in « Provision on the Settlement of Investment Disputes in Modern Investment Laws, Bilateral Investment Treaties and Multilateral Instruments on Investment », *FILJ*, vol 12, n°2, 1997, p. 287. Voir également, Jeswald SALACUSE, *The Three Laws of International Investment*, Oxford, OUP, 2013, pp. 51 – 136.

1990 mit l'accent sur trois points essentiels. Ce fut tout d'abord, la reprise des protections classiques accordées aux investisseurs ainsi que les avantages fiscaux, puis la rationalisation des procédures d'agrément et enfin, l'intégration progressive d'objectif de développement durable.

22. Le retour à la promotion et la protection des investissements. Les codes des investissements adoptés par les Républiques communistes ont été abrogés afin de mettre en place des politiques juridiques plus adaptées aux besoins de l'économie de marché⁶⁸. En matière d'admission des investissements internationaux, ces codes établissaient des régimes de déclaration ou d'approbation des investissements selon des critères établis à l'avance, qui tiennent le plus souvent compte des montants investis ou à investir. Sans créer de droits à l'établissement des investisseurs étrangers, les codes ne prévoyaient plus que quelques limitations à l'accès au marché national, qui tenaient aux secteurs prioritaires ou réservés aux nationaux⁶⁹. Au titre du traitement accordé aux investisseurs, certains codes prévoyaient un traitement national (TN) et un traitement de la nation la plus favorisée (NPF). À ces standards indirects, d'autres garanties substantielles telles que le traitement juste et équitable, la compensation en cas d'expropriation ainsi que le libre transfert des capitaux étaient également prévues. Certains codes ont toutefois fixé des mesures portant atteinte à la libre gestion par les investisseurs des sociétés qu'ils possédaient dans l'Etat d'accueil. Il s'agissait notamment de l'obligation de réserver une part du capital de la société de projet à l'investisseur national⁷⁰.

23. La rationalisation des procédures. Outre les garanties substantielles à l'investisseur, le choix de rationaliser les procédures d'admission s'est vite imposé du fait des lenteurs et lourdeurs administratives résultant de la multiplication des organes à consulter. Celles-ci eurent pour inconvénient de généraliser les pratiques de corruption en matière d'admission des investissements⁷¹. Pour endiguer ce phénomène de corruption et créer plus de clarté au sujet de l'admission des IDE, les instances internationales recommandèrent aux Etats la création des *one-stop shop service*. Ces services, gérés par

⁶⁸ En ce sens, le gouvernement de transition en Ethiopie adopta un code en 1992 qui, jugé insatisfaisant, sera remplacé par un code de 1996 plus libéral. Voir : Michael PORTER, « The Ethiopian Investment law », *FILJ*, vol. 14, n°2, 1999, p. 363.

⁶⁹ Dans un article publié en 1996, Antonio PARRA abandonnait sa distinction de lois dissuasives et d'incitation évoquée plus haut pour celle de consensus. « The scope of new investment laws and international agreements » in *Economic Development Foreign Investment and the Law*, Robert Pritchard (eds.), Kluwer Law, pp 27-44, spec. p 31.

⁷⁰ Pour un exemple : Tunisie, loi n°93-120 du 27 décembre 1993, portant promulgation du Code d'Incitations aux Investissements, *JORT*, n°11 du 8 février 1994, Annexe, art. 3 : « Les étrangers résidents ou non-résidents sont libres d'investir dans les projets réalisés dans le cadre du présent code. Toutefois, la participation des étrangers dans certaines activités de services autres que totalement exportatrices dont la liste est fixée par décret reste soumise à l'approbation de la Commission Supérieure d'Investissement prévue par l'article 52 du présent code dans le cas où cette participation dépasse 50% du capital de l'entreprise ».

⁷¹ Voir sur ce point: Thomas POLLAN, *The legal framework for the admission of FDI*, Eleven, 2006, p. 141.

des Agences nationales de promotion des investissements (API), ont pour objectif de réduire les démarches que doivent réaliser les investisseurs internationaux et de les rendre plus intelligibles⁷². Désormais, l'investisseur dans l'Etat d'accueil n'a plus qu'un interlocuteur, l'Agence nationale de promotion des investissements et peut effectuer la majorité des démarches administratives auprès de cette agence. La logique est d'ailleurs poursuivie avec la création de guichets uniques dans la plupart des Etats africains. De même, des délais pour l'étude des dossiers d'admission sont prévus. À titre d'illustration, le décret d'application du code des investissements malgaches de 1989 prévoyait que les ministères concernés par l'attribution d'un agrément d'investissement devaient rendre leur décision dans un délai maximum de deux mois à compter de la date à laquelle la demande d'agrément avait été déposée auprès de l'agence unique en charge des investissements⁷³. De plus, contrairement aux législations anciennes, certains Etats ont reconnu le droit aux investisseurs d'initier des recours contre les décisions négatives rendues à l'encontre des investisseurs étrangers⁷⁴.

24. La promotion d'une croissance durable. Depuis les années quatre-vingt-dix, les codes mettent l'accent sur la prise en compte des objectifs de développement durable. Ils établissent à l'endroit des investisseurs étrangers, l'obligation de respecter le droit de l'Etat hôte et de veiller à la protection de l'environnement, la protection sociale (de la santé des travailleurs) ainsi qu'au respect de l'éthique dans la réalisation de l'investissement⁷⁵. En plus de ces obligations générales, des prescriptions de résultats telles que la création d'emplois nationaux et l'obligation de se fournir sur les marchés nationaux, sont imposées aux investisseurs qui souhaitent bénéficier des avantages fiscaux et autres garanties accordées par le code des investissements.

25. La stabilisation structurelle des codes. Le traitement accordé aux investisseurs étrangers dans les codes des investissements à partir des années quatre-vingt-dix n'a plus connu, depuis cette époque, d'évolution substantielle. Des changements ont été apportés

⁷² En République démocratique du Congo (RDC) par exemple, la procédure d'admission des investissements instituée par la loi n°86-028 du 5 avril 1986 portant code des investissements (*Journal Officiel*, n°spécial, 1986) faisait intervenir pas moins de cinq organes. Les investisseurs devaient soumettre leur demande d'admission au Département du plan qui transmettait copie du dossier à une Commission d'investissement chargée d'examiner le projet. La commission transmettait ses observations au ministère du plan qui à son tour informait le ministère des finances. La décision d'approbation de l'investissement au régime général était attribuée par un arrêté commun délivré par les ministres du plan et des finances tandis que les conventions d'établissement étaient soumises au Conseil des Ministres et devaient être approuvées par décret présidentiel (Voir en ce sens : Richard GITTLEMAN, « Establishment and operation of a business enterprise in Zaïre », *FILJ*, vol. 3, n°2, 1988, p.277).

⁷³ Sur ce point : Bertrand MARCHAIS, « The 1989 investment code of Madagascar », *FILJ*, vol. 5, n°1, 1990, p.77.

⁷⁴ Voir en ce sens la loi n°230 de 1989, *Official Gazette*, N°29, 20 juillet 1989. Pour une analyse similaire à propos de la loi égyptienne citée : Bertand MARCHAIS, « The New Investment Law of the Arab Republic of Egypt », *FILJ*, vol.4, n°2, 1989, p.107. Egalement, à propos du code zambien, Ibrahim SHIHATA, « Recent trends relating to entry of foreign direct investment », *ICSID Review – FILJ*, vol 9, n°1, 1994, p.54.

⁷⁵ Ibrahim SHIHATA, « Recents trends relating to entry of foreign direct investments », *FILJ*, vol. 9, n°1, 1994, p.52.

à partir des années 2000 et 2010, mais ceux-ci n'ont pas réellement affecté la structure des codes et n'ont visé principalement que la précision des obligations des investisseurs, l'extension ou la réduction des avantages fiscaux accordés. Un fait marquant doit être tout de même relevé : c'est la possibilité pour l'investisseur de recourir à l'arbitrage. Les dispositions d'arbitrage prévues par les codes ont été modifiées à mesure que la confiance des Etats africains dans les mécanismes d'arbitrage transnationaux s'établissait ou s'estompait. La méfiance vis-à-vis de l'arbitrage, notamment de l'arbitrage CIRDI a conduit certains Etats africains, sous la coupole de l'Union Africaine, à s'approprier les règles internationales en matière d'investissements internationaux et à orienter les réflexions vers la mise en œuvre d'un code panafricain des investissements⁷⁶.

26. Les codes étudiés. Initialement prévu pour être un traité, le code panafricain des investissements a finalement été adopté en 2016 sous la forme d'un instrument de droit souple à l'intention des Etats⁷⁷. Toutefois, ce texte est pour l'heure d'une influence moindre sur les codes des investissements en vigueur. Ces derniers restent encore le reflet des politiques nationales des Etats africains. Ainsi, loin de la problématique d'un droit conventionnel africain des investissements⁷⁸, les codes africains en vigueur à la date du 1^{er} janvier 2021, apportent des réponses unilatérales à la crise de légitimité de l'arbitrage transnational. Ce sont ces codes qui seront principalement l'objet de cette thèse⁷⁹ ; l'objectif étant d'apprécier leur utilité dans le cadre de l'arbitrage transnational.

⁷⁶ MAKANE MBENGUE (M.), « The Africanization of International Investment Law: The Pan-African Investment Code and the Reform of the International Investment Regime », *Journal of World Investment and Trade*, Vol.18, No.3, 2017, pp. 414 – 448.

⁷⁷ Makane MBENGUE, « The Africanisation of International Investment Law: The Pan-African Investment Code and the Reform of the International Investment Regime », *JWIT*, vol. 18, 2017, pp. 414 – 448, spec. pp 434 – 446.

⁷⁸ L'initiative d'un droit conventionnel des investissements en Afrique est ancienne. La Communauté Économique et Monétaire d'Afrique Centrale (CEMAC) a adopté une convention relative aux investissements transfrontaliers en 1965. Voir : *Convention on investment in the States of the Customs and Economic Union of Central Africa*, adopté à Yaoundé au Cameroun à la conférence du 14 décembre 1965 (Act n°18/65-UDEAC-15 du 14 décembre 1965), *ILM*, vol.7, March 1968, p. 221. Récemment, la CEDEAO a également adopté un code des investissements régional. Voir (CEDEAO, Code des investissements de la CEDEAO (ECOWIC), Juillet 2018). Enfin, est en cours depuis janvier 2022, la phase 2 de la ZLEC relative aux investissements internationaux.

⁷⁹ **Afrique du Sud**, Promotion and protection of Investment Bill publiée au *Government Gazette* (GG) n°. 39009 du 22 juillet 2015), **Algérie**, Ordonnance n°01-03 du 20 août 2001 relative au développement de l'investissement publiée au Journal Officiel n°. 47 et approuvée par la loi n°01-16 du 21 octobre 2001 publiée au Journal Officiel, n°. 62. et *Loi n°16-09 du Chaoual 1437 correspondant au 3 août 2016* relative à la promotion de l'investissement publiée au *Journal Officiel de la République Algérienne* n°46, du 29 Chaoual 1437 correspondant au 3 août 2016, **Angola**, Private Investment Law, law no. 10/18 of June 26th, article 15 (2) (disponible en ligne), **Bénin**, loi n°90-002 du 09 mai 1990 portant Code des Investissements modifié par la loi N°90-033 promulguée le 24 décembre 1990, (disponible en ligne) et loi n°2020-02 du 20 mars 2020 portant code des investissements en République du Bénin, adopté le 29 janvier 2020, (disponible en ligne), **Botswana**, Investment and Trade Centre Act, 2011 (disponible en ligne), **Burkina Faso**, Code des investissements ensemble avec ses modificatifs adoptés par la loi N°62-95 ADP du 14 décembre 1995 modifiée par la loi n°007-2010/AN du 29 janvier 2010, promulgué par le décret 2010-111/PRES du 18 mars 2010 et loi n°038-2018/an portant code des investissements au Burkina Faso adopté par l'Assemblée nationale en sa séance du 30 octobre 2018 (disponible en ligne), **Burundi**, Code des investissements adopté par la loi No. 1/24 du 10 septembre 2008, entrée en vigueur le 1 janvier 2009, (disponible en ligne), **Cameroun**, loi N° 2013/004 fixant les incitations à l'investissement privé en République du Cameroun adoptée le 18 avril 2013 et loi n°2017/015 du 12 juillet 2017 modifiant et complétant certaines dispositions de la loi n°2013/004 du 18 avril 2013 fixant les incitations à l'investissement privé en République du Cameroun (disponible en ligne), **Centrafrique**, Code des investissements (4ème génération) adopté par la loi N° 96-019 du 13 mai 1996 portant code des investissements (disponible en ligne), **Congo (Brazzaville)**, Code des investissements adopté par la loi N°008-92 du 10 Avril 1992 (disponible en ligne) et Charte des investissements adopté par la loi n°6-2003 du 18 janvier 2003 (disponible en ligne), **Côte d'Ivoire**, Ordonnance n° 2012-487 du 07 juin 2012 portant code des investissements en Côte d'Ivoire, Ordonnance

II. L'arbitrage transnational : le champ d'étude adéquat

27. Définition. Dans le cadre de la présente étude, la notion d'arbitrage transnational désignera les procédures arbitrales introduites sur la base d'un code des investissements ou d'un traité d'investissement devant un centre d'arbitrage pour la résolution d'un litige relatif à un investissement⁸⁰. Cette approche restrictive de l'arbitrage transnational au seul

n°2018-646 du 1er août 2018 portant code des investissements, modifiée par l'ordonnance n°2019-1088 du 18 décembre 2019 modifiant l'ordonnance n°2018-646 du 1er août 2018 portant code des investissements, (disponibles en ligne), **Djibouti**, Code des investissements adopté par la loi n°88/an/1e du 13 février 1984 modifié par la loi n°58/AN/94/3rd L du 16 octobre 1994 (disponible en ligne), **Eswatini** (ex **Swaziland**), Swaziland Investment Promotion Act adopté par la loi n°1 du 25 mars 1998 publié au *Swaziland Government Gazette Extraordinary*, vol. XXXVII du 11 mai 1998, **Ethiopie**, Investment proclamation N°769/2012 publiée au *Federal Negarit Gazeta* n° 63 (18th year) du 17 septembre 2012 et Investment Proclamation No1180/2020, publiée au *Federal Negarit Gazette*, n°28 du 02 avril 2020, **Gabon**, Charte des Investissements adopté par la loi n°15/1998 du 23 juillet 1998, publiée au *Hebdo informations* n° 384 du 22 août 1998, **Ghana**, Ghana Investment Promotion Centre Act adopté par la loi No.865 le 26 août 2013 publié au *Gazette* du 30 octobre 2013, **Guinée Conakry**, Code des investissements adopté par l'Ordonnance du 3 janvier 1987 modifié par la loi L/95/029.CTRN du 30 juin 1995 et loi L/2015/No.008/AN portant Code des investissements de la République de Guinée (disponible en ligne), **Kenya**, The Investment Promotion Act (Chapter 485B) adopté par la loi No.6 du 31 décembre 2004 entré en vigueur le 03 octobre 2005 et The Investment Promotion (Amendment) Bill, 2021 (disponible en ligne), **Liberia**, Liberia Investment Act of 2010, approuvé le 15 mai 2010 (disponible en ligne), **Madagascar**, loi n°2007-036 sur les investissements à Madagascar du 14 janvier 2008 publiée au *Journal Officiel* n°. 3178 du 3 avril 2008, **Malawi**, Investment promotion Act, adopté par la loi No. 28 de 1991 (disponible en ligne), **Mali**, Code des investissements adopté par la loi n°2012-016 du 27 février 2012, (disponible en ligne), **Maroc**, Charte de l'investissement adopté par le Dahir n° 1-95-213 du 8 novembre 1995 portant promulgation de la loi-cadre n° 18-95 du 3 octobre 1995 (disponible en ligne), **Mauritanie**, Code des investissements adopté par la Loi n° 52/2012 du 31 Juillet 2012, (disponible en ligne), **Mozambique**, Investment Law adopté par la loi N°3/93 du 24 juin 1993, (disponible en ligne), **Namibie**, Namibian Investment Promotion Act, loi n°199 de 2016, *Official Gazette*, n°. 6110 du 31 août 2016, **Niger**, Loi n°2014-09 du 16 avril 2014 portant codes investissements en République du Niger, **Nigeria**, Nigerian Investment Promotion Commission Act (NIPC) adopté par le Décret No. 16 du 16 janvier 1995, (disponible en ligne), **Ouganda**, Investment Code Act, (Chapter 92) adopté le 25 janvier 1991, (disponible en ligne), The Investment Code Act, 2019, 29 mars 2019, *Uganda Gazette* n°14, 29 mars 2018, Act 6, 2019, **République démocratique du Congo**, Code des investissements adopté par la Loi n° 004/2002 du 21 février 2002 publié au *Journal Officiel* n°6 du 15 mars 2002, **Rwanda**, loi n°06/2015 du 28/03/2015 portant promotion et facilitation des investissements, *Official Gazette* n° Special of 27/05/2015 ; **Sénégal**, Code des investissements adopté par la Loi n°2004-06 du 6 février 2004 publié au *Journal Officiel* n° 6152 du 13 mars 2004, **Sierra Leone**, Investment Promotion Act 2004 adopté le 20 août 2004, publié au *Sierra Leone Gazette*, vol. CXXXV, No.49 du 26 août 2004, **Soudan**, The Investment (Encouragement) Act, 2021 (disponible en ligne), **Soudan du sud**, Investment Promotion Act, 2009 (disponible en ligne), **Tanzanie**, Tanzania Investment Code, 1993 (disponible en ligne), **Tchad**, Charte des Investissements de la République du Tchad adoptée par la loi n° 006/PR/2008 du 3 janvier 2008 (disponible en ligne), **Togo**, Code des investissements en république togolaise adopté par la Loi n° 2012-001 portant publié au *Journal Officiel de la République Togolaise*, n°5 ter du 20 janvier 2012, **Tunisie**, Loi n° 2016-71 du 30 septembre 2016, portant loi de l'investissement, *JORT*, 7 octobre 2016, p.3083, **Zambie**, *Zambia Development Agency*, 2006, n°11 of 2006, 69, **Zimbabwe**, Zimbabwe Investment Authority Act adopté par la loi no.4/2006 et modifié par la loi 6/2015, (disponible en ligne). L'ensemble de ces textes est disponible à partir de ce lien <https://investmentpolicy.unctad.org/investment-laws> ou au ICSID, *Investment Law Report*, OUP, collection, 10 volumes.

⁸⁰ L'arbitrage est un mode de résolution des litiges qui a une nature duale. D'un côté, il s'agit d'une procédure consensuelle qui « a un fondement nécessairement conventionnel et relève à ce titre exclusivement de la volonté commune des parties laquelle est seule à pouvoir habiliter l'arbitre en lui conférant un pouvoir juridictionnel ». (Aff. *Société Tarom c. Société Khayat Travel and Tourism*, *Rev. Arb.*, 1^{er} juin 1999, 2000.493-500 ; note : Brigitte STERN, « Un coup d'arrêt à la marginalisation du consentement dans l'arbitrage international (À propos de l'arrêt de la Cour d'appel de Paris du 1^{er} juin 1999) », *Rev. Arb.*, 2000, pp 403-427 ; *JDI*, 2000, pp 370 – 379, note Eric LOQUIN ; Ali MEZGHANI, « Arbitrage forcé et fondement contractuel de l'arbitrage ? », *Cah. Arb.*, vol. 2, *Gaz. Pal.*, éd. 2004, p. 36). Pour d'autres auteurs, il s'agit d'une procédure « juridictionnelle » en raison de la fonction de l'arbitre qui est de trancher un litige par application du droit et de la force obligatoire et exécutoire de la sentence arbitrale (Christophe SERAGLINI et Jérôme ORTSCHIEDT, *Droit de l'arbitrage interne et international*, LGDJ, 2^{ème} éd., 2019, pp, 26-27, §14). Contre l'approche juridictionnelle : Vincent HEUZE, « Une variété de transactions : la convention d'arbitrage », *Rev. Arb.*, 2015, p. 3. Mais certains auteurs considèrent que la procédure arbitrale a les deux natures, consensuelle et juridictionnelle (Christophe SERAGLINI et Jérôme ORTSCHIEDT, *op. cit.*, pp. 27 – 29, §§ 15-17. Également, Philippe FOUCHARD, Emmanuel GAILLARD et Bertrand GOLDMAN, *Traité de l'arbitrage commercial international*, n°11, Litec, 1996, p. 14). Il existe une variété d'arbitrage. Premièrement, l'arbitrage peut être institutionnel. C'est le cas lorsque la procédure se déroule devant un centre d'arbitrage. Il est dit *ad hoc* lorsque les parties désignent seules les règles relatives à l'organisation et au fonctionnement de la procédure arbitrale. Deuxièmement, lorsque l'arbitrage se rapporte à une opération commerciale, il est dit « commercial » et lorsque la procédure arbitrale concerne des « investissements », on parle alors d'arbitrage d'investissement. Troisièmement, en fonction de la qualité des parties, l'arbitrage peut être interétatique (il concerne deux Etats) ou transnational lorsqu'il oppose un Etat et une personne privée, souvent un investisseur (Jean SALMON, *Dictionnaire de droit international public*, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 78).

cas d'arbitrage « sans lien direct » ou « *without privity* »⁸¹ est justifiée par le fait que c'est ce mécanisme qui est enclenché, chaque fois qu'un plaideur fonde sa réclamation sur un code des investissements. Cette forme d'arbitrage qui fait aujourd'hui la particularité de l'arbitrage transnational, comporte pourtant un vice consubstantiel, qualifié aussi de "péché originel"⁸². Ce vice est caractérisé par la reconnaissance d'une qualité pour agir sur la scène internationale aux investisseurs étrangers (A), sans la démonstration véritable d'un intérêt à agir, au titre d'un code des investissements notamment (B). La compréhension de cette difficulté permettra alors de saisir l'intérêt d'étudier les codes des investissements dans le cadre de l'arbitrage transnational.

A. La reconnaissance audacieuse de la qualité pour agir de l'investisseur

28. Désignant le titre juridique « justifiant le pouvoir d'agir en justice et commandant la recevabilité de la requête »⁸³, la qualité pour agir de l'investisseur étranger, dans l'arbitrage transnational, repose sur un système à "double détente" qui s'est progressivement construit dans l'ordre juridique international. D'une part, cette qualité doit être consacrée par le règlement de procédure de la juridiction saisie et d'autre part, par un engagement juridictionnel.

29. La qualité établie par le règlement de procédure de la juridiction. L'initiative d'un *forum* adéquat pour recevoir les réclamations des personnes physiques et morales dirigées contre les États est ancienne. Elle a longtemps relevé de la compétence de la Cour Permanente d'Arbitrage (CPA) créée en 1899⁸⁴, puis celle du tribunal arbitral de la Chambre de Commerce Internationale (CCI) en 1923⁸⁵. Cependant, les litiges soumis

⁸¹ L'expression « *arbitration without privity* » est formulée pour la première fois par Jan Paulsson, dans son article éponyme, pour désigner le droit d'action directe reconnue par les lois nationales ou les traités d'investissements aux investisseurs étrangers leur permettant de la sorte d'introduire une action contre l'Etat sur le fondement de la loi ou du traité, indépendamment toute relation contractuelle entre les parties. Jan PAULSSON, « Arbitration Without Privity », *Icsid Review – Foreign Investment Law Journal*, vol. 10, n°2, 1995, pp 232 – 257. Cependant, la notion de *privity* de droit anglais ne correspond pas en tout point à une institution connue de droit français. Aussi, la professeure Burdeau préfère-t-elle désigner ce mécanisme par la formule d'arbitrage « sans lien de droit » in Geneviève BURDEAU, « Nouvelles perspectives pour l'arbitrage dans le contentieux économique intéressant les Etats », *Rev. Arb.*, 1995, pp. 3-37. C'est cette dernière expression « d'absence de lien de droit » que reprend le Professeur Santulli pour parler d'arbitrage « sans lien juridique direct » entre les parties, qui dans sa forme contractée est désigné par la formule d'arbitrage sans lien direct. Carlo SANTULLI, *Droit du contentieux international*, LGDJ, 2015, 2^{ème} éd., pp. 128-131, §§ 201 – 205. Enfin, lorsque seul le consentement des parties est visé, la doctrine parle de mécanisme de consentement dissocié.

⁸² La formule est de Sornarajah qui parle d'« *original sin* ». Voir: Muthucumaraswamy SORNARAJAH, *Resistance and Change in the international law on Foreign Investment*, CUP, 2015, pp 136 – 147.

⁸³ Jean SALMON, *Dictionnaire de droit international public*, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 916.

⁸⁴ Pour une présentation succincte, voir : Manley, O. HUDSON, « The Permanent Court of Arbitration », *AJIL*, vol. 27, n°3, juillet 1933, pp. 440 – 460. Taylor St John mentionne une lettre par laquelle le secrétaire de la Cour Permanente d'Arbitrage indiquait dès 1950 au Gouvernement britannique que la CPA était compétente pour les litiges entre un investisseur et un Etat. Taylor ST JOHN, *The Rise of Investor-State Arbitration*, OUP, 2018, p. 6, note de page 18.

⁸⁵ Rocío DIGÓN et Marek KRASULA, « The ICC's Role in Administering Investment Arbitration Disputes », in Arthur W. ROVINE (dir), *Contemporary Issues in International Arbitration and Mediation, The Fordham Papers 2014*, Leiden, Brill/Nijhoff, vol.8, 15 oct. 2015, pp 58–69. ICC Commission, « States, State Entities and ICC Arbitration », Rapport de la Commission d'arbitrage,

à ces centres d'arbitrage étaient d'ordre commercial. Pour les litiges liés à l'investissement, c'est l'initiative de la Banque mondiale⁸⁶ qui a été déterminante avec la préparation de la Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre Etats et ressortissants d'autres Etats (ci-après « Convention CIRDI » ou « Convention de Washington ») entrée en vigueur le 14 octobre 1966.

L'article 25 de la Convention CIRDI, repris par le règlement d'introduction d'instance⁸⁷, consacra le droit de réclamation internationale des investisseurs étrangers, en leur reconnaissant la qualité pour agir. Dans le sillage du CIRDI, les autres instances d'arbitrage⁸⁸, initialement dédiées aux questions commerciales, permettront progressivement aux investisseurs d'introduire des requêtes en l'absence de références expresses dans leur règlement de procédure. Récemment toutefois, les États parties au traité de l'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires (ci-après « OHADA ») ont procédé à une réforme de l'Acte Uniforme relatif à l'Arbitrage (ci-après

juin 2017, disponible en ligne : <https://iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2016/10/ICC-Arbitration-Commission-Report-on-Arbitration-Involving-States-and-State-Entities.pdf>.

⁸⁶ Jusqu'à la fin de la Seconde Guerre mondiale, les individus, terme générique qui désigne à la fois les personnes physique et morale, occupaient une place résiduelle dans l'ordre juridique international (contre cette approche Georges SCELLE, « Règles générales du droit de la paix », *RCADI*, 1933, p. 366). Ces derniers, n'étant pas considérés comme des sujets de droit international, n'avaient ni la capacité juridique substantielle ni la capacité juridique processuelle. L'horreur de la guerre a permis une avancée significative dans la reconnaissance des droits humains internationaux, de sorte que dans le cadre de la protection internationale des droits de l'homme, certains auteurs considèrent désormais l'individu comme un sujet de droit international (Antônio A. CANÇADO TRINDADE, *International Law for Humankind: Towards a New Jus Gentium*, 3^e éd., Leiden, Brill/Nijhoff, 05 mars 2020, 737 p.). Dans le domaine du droit international des investissements en revanche, la prise de conscience a été plus laborieuse. La sonnette d'alarme est tirée par des banquiers allemands qui ont estimé déraisonnables les expropriations de leurs biens sans compensations par les gouvernements américains et soviétiques après la deuxième guerre mondiale (Taylor ST JOHN, *The Rise of Investor-State Arbitration*, OUP, 2018, p. 5). Hermann Abs, président de la Deutsche Bank à Francfort, a alors contribué à l'élaboration du projet *Abs-Shawcross* de 1959 qui, sans avoir été adopté, a largement inspiré les premiers TBI en Europe (Joost PAUWELYN, « Rational Design or Accidental Evolution? The Emergence of International Investment Law » in Zachary DOUGLAS, Joost PAUWELYN and Jorge VIÑUALES (dir.), *The Foundations of International Investment Law*, OUP, 2014, pp 11- 43, spéc. p. 26.). Si ces traités n'opéraient pas une véritable révolution par rapport aux traités d'amitié, de commerce et de navigation hérités du système westphalien (Hermann WALKER, « Modern Treaties of Friendship, Commerce and Navigation », *Minnesota Law Review*, vol. 42, 1957, p. 805.), ils plaçaient au cœur du corpus normatif la protection des droits des investisseurs (Ces premiers TBI contenaient une clause *Umbrella* par laquelle les Etats s'engageaient conventionnellement à respecter les obligations contractuelles souscrites avec des investisseurs étrangers. La portée exacte de ces premières clauses est cependant débattue. James CRAWFORD, « Treaty and Contract in Investment Arbitration », *Arbitration International*, vol 24, 2008, p. 351). Cette évolution vers la reconnaissance de droits internationaux aux investisseurs a justifié les réflexions sur l'existence d'un *forum* adéquat pour les réclamations de ceux-ci, en écho à la formule anglaise « *no substantial right without remedy* » (Sergio PUIG, « No Right Without a Remedy: Foundations of Investor-State Arbitration » in Zachary DOUGLAS, Joost PAUWELYN and Jorge VIÑUALES (dir.), *The Foundations of International Investment Law*, OUP, 2014, pp. 235 – 256). C'est ainsi que les administrateurs de Banque Internationale pour la Reconstruction et le Développement (BIRD) ont chargé le Conseiller juridique de la BIRD, Aron Broches, de réfléchir à un mécanisme de règlement des différends relatifs à l'investissement. Ce dernier a soumis en juin 1962 un projet de Convention pour le règlement des différends entre États et ressortissants d'autres États. Après divers échanges entre le Président de la BIRD, les Administrateurs de celles-ci et le Conseil des gouverneurs, un Projet préliminaire annoté de la Convention a été établi et transmis pour analyses aux quatre (4) réunions régionales d'experts juridiques qui se sont tenues entre décembre 1963 et mai 1964. À la suite de ces réunions, un Premier projet de Convention a été soumis pour analyse à un comité juridique chargé de l'étude du règlement des différends qui s'est réuni 22 fois du 23 novembre au 11 décembre 1964 pour finalement adopter le 11 décembre de la même année le Projet révisé de Convention. Le 18 mars 1965, les administrateurs réunis en commission plénière adoptèrent une résolution approuvant le texte de la Convention et le Rapport des Administrateurs préparé par le Conseiller de la Banque (Pour une présentation plus détaillée, voir : CIRDI, *History of the ICSID Convention*, vol. I, Washington D.C., 1970, pp 2 – 10).

⁸⁷ CIRDI, Règlement de procédure relatif à l'introduction des instances de conciliation et d'arbitrage (Règlement d'introduction des instances), art. 1.

⁸⁸ Il s'agit principalement du Tribunal arbitral de la Chambre de Commerce et d'Industrie (CCI), du London Court of International Arbitration (LCIA), de l'Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce (SCC).

« AUA ») et au règlement d'arbitrage de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage (ci-après « règlement CCJA ») pour expressément affirmer la qualité pour agir des investisseurs étrangers dans le système d'arbitrage OHADA⁸⁹. Mais pour user des voies de recours qui lui sont offertes, l'investisseur devra invoquer au soutien de sa réclamation, un instrument qui lui attribue également cette qualité pour agir.

30. La qualité établie par un engagement juridictionnel. La qualité pour agir de l'investisseur est définitivement établie lorsque l'instrument dont il allègue la violation, lui confère également un titre juridique pour agir en justice. Ce titre juridique résulte du consentement des parties à l'arbitrage et constitue un engagement juridictionnel, c'est-à-dire un acte juridique qui emporte dévolution du pouvoir juridictionnel au tribunal arbitral⁹⁰. Dans le cadre des réclamations fondées sur la violation d'un contrat entre l'Etat et l'investisseur étranger, l'insertion d'une clause compromissoire suffit à établir cette qualité des cocontractants⁹¹. En revanche, pour les réclamations fondées sur la violation d'un TBI ou d'une loi sur les investissements, la reconnaissance de la qualité pour agir de l'investisseur est délicate en raison de la technique du consentement dissocié. Ce procédé permet à l'une des parties, l'Etat, de consentir à l'avance, dans une loi ou un traité, à l'arbitrage et à l'investisseur d'accepter ultérieurement ce consentement. Cette technique qui permet ainsi la rencontre des consentements des parties en l'absence d'échanges entre elles, est une innovation du système CIRDI.

31. Durant les travaux préparatoires de la Convention CIRDI, les experts ont évoqué la possibilité pour les Etats de consentir à l'avance à l'arbitrage dans une loi. Déjà, le projet préliminaire soumis à la discussion indiquait dans la section 2 (i) : « le consentement à la juridiction du Centre par toute partie à un différend peut résulter : (i) d'un engagement écrit antérieur de cette partie de recourir à la conciliation ou à l'arbitrage (...) »⁹². Vague dans sa formulation, cette disposition laissait cependant entendre que les Etats pouvaient exprimer à l'avance leur consentement à l'arbitrage dans une loi nationale. L'analyse est d'ailleurs confirmée par les propos du président Broches, qui répondant à une préoccupation de l'expert sud-africain Gould⁹³, déclarait :

⁸⁹ Walid BEN HAMIDA, « L'intégration imparfaite de l'arbitrage d'investissement dans le droit de l'OHADA », *Rev. Arb.*, n° 4, 2019, pp. 1109 – 1140.

⁹⁰ Carlo SANTULLI, *Droit du contentieux international*, 2^{ème} éd., LGDJ, 2015, p. 119 et ss, §. 176 et ss.

⁹¹ La clause compromissoire ou le compromis conclu entre l'Etat et l'investisseur confère cette qualité de partie au litige aux deux protagonistes qui peuvent s'en prévaloir dans le cadre d'une procédure internationale.

⁹² CIRDI, « Projet préliminaire », Doc. 24, *Historique de la convention CIRDI*, vol. I, Washington D.C., 1970, p. 116.

⁹³ Le représentant sud-africain, Gould, affirmait sur ce point : « Afin d'attirer (les investisseurs plus modestes), les pays en voie de développement doivent offrir et garantir des encouragements à l'investissement, particulièrement dans le domaine des impôts et régimes spéciaux de douane, des facilités spéciales pour le rapatriement du capital et le transfert des bénéfices et de la convertibilité de la monnaie. Puisque aucun pays ne peut être obligé de conserver des lois relatives aux investissements sans jamais les changer,

« Le consentement unilatéral à l'arbitrage du Centre donné à l'avance par les Etats dans une législation relative aux investissements est traité par la section 2 (i). La Banque s'est cependant gardée d'isoler ce mode de consentement afin d'éviter de créer parmi les pays en voie de développement l'impression que ceci devrait être le moyen normal de traiter avec des investisseurs étrangers, et chez les investisseurs eux-mêmes, l'espoir que les Etats Contractants suivront cette pratique »⁹⁴.

Finalement, la proposition du Projet préliminaire a été écartée au profit de l'actuelle rédaction de l'article 25 de la Convention de Washington qui retient un consentement écrit, même si le règlement des administrateurs indique que ce consentement peut résulter d'une offre faite dans une loi⁹⁵. Cependant, ainsi que l'a souligné Brigitte Stern, les conséquences de ce consentement unilatéral n'ont pas été comprises par toutes les parties prenantes⁹⁶. En effet, le consentement unilatéral donné à l'avance par l'Etat n'impliquait pas que l'investisseur puisse avoir qualité à agir au titre d'une loi ou d'un traité. Pour bénéficier d'un tel titre à agir, l'investisseur devait être engagé dans une relation contractuelle avec l'Etat, donc invoquer à son bénéfice une clause compromissoire. C'est la pratique ultérieure à l'élaboration de la Convention CIRDI qui a opéré le changement de paradigme.

L'incompréhension générale autour du mécanisme mis en place a vite été ressentie dans la pratique. Après l'entrée en vigueur de la Convention de Washington, tant les Etats que les investisseurs étaient peu enclins à saisir le CIRDI pour les litiges les opposant. Pendant les sept premières années de son fonctionnement, le CIRDI n'a été saisi d'aucune affaire. Les juristes de l'institution, avec à leur tête Aron Broches, ont dû alors se transformer en des "lobbyistes" auprès des gouvernements des Etats, puis des cercles des investisseurs, pour faire connaître leur institution d'une part, et promouvoir le consentement unilatéral donné par avance à l'arbitrage du CIRDI, d'autre part. L'activisme du CIRDI s'est alors traduit par la mise en place du projet « *Investment Laws*

le souci principal du petit investisseur est de savoir pour combien de temps les encouragements qui lui sont offerts seront maintenus. Il propose que les pays conservent le droit de modifier leurs lois relatives aux investissements, mais sans effet rétroactif. Les engagements de se soumettre à l'arbitrage devraient être irrévocables au sujet des différends ayant trait à des promesses tacites ou expresse contenues dans la législation relative aux investissements et surgissant avant la modification de cette législation ». CIRDI, *Historique de la convention CIRDI*, vol.III., réimprimé 2009, p. 176.

⁹⁴ CIRDI, *Historique de la convention CIRDI*, vol.III., réimprimé 2009, pp. 176-177.

⁹⁵ CIRDI, *Le règlement des administrateurs de la BIRD*, art 24 : « (...) La Convention n'exige pas que le consentement des deux parties soit exprimé dans le même acte juridique. **C'est ainsi qu'un Etat hôte pourrait offrir, dans le cadre d'une législation destinée à promouvoir les investissements**, de soumettre à la compétence du Centre les différends résultant de certaines catégories d'investissements, tandis que l'investisseur pourrait donner son consentement en acceptant l'offre par écrit ».

⁹⁶ Si le procédé du consentement dissocié a été sérieusement envisagé par les rédacteurs de la Convention de Washington, « l'idée n'était pas de donner un recours à l'investisseur contre l'Etat dans tous les cas, mais seulement de lui donner un recours efficace lorsqu'il existait une clause ou un compromis d'arbitrage » Brigitte STERN, « Le consentement à l'arbitrage CIRDI en matière d'investissement international : que disent les travaux préparatoires ? », *Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du XXème siècle, À propos de 30 ans de recherche du CREDIMI*, Mélanges en l'honneur de Philippe Khan, Paris, Litec, 2000, p. 232. Également, Jacques WERNER, « The Trade Explosion and Some Likely Effects on International Arbitration », *Journal of International Arbitration*, vol. 14, 1997, p. 5.

of the World ». Ce projet pilote visait à centraliser, puis diffuser l'ensemble des lois et accords sur l'investissement dans le monde et a permis un accompagnement des Etats dans l'élaboration des codes des investissements. Dans le cinquième rapport annuel du Centre, il apparaît qu'il n'a pas été jugé approprié de fournir un modèle type de disposition législative à l'arbitrage ; mais les juristes du CIRDI se tenaient à la disposition des Etats pour une assistance juridique⁹⁷. S'agissant en revanche des TBI, le Secrétariat du CIRDI a opté pour un modèle type de clause conventionnelle à destination des Etats⁹⁸. Cette approche a permis l'inclusion progressive dans les TBI de clauses relatives à l'arbitrage CIRDI en établissant le consentement à l'avance des Etats à la procédure⁹⁹. Les efforts déployés ont conduit à la généralisation du consentement unilatéral à l'arbitrage dans les lois et les traités. Mais ce consentement unilatéral de l'Etat n'impliquait pas encore la possibilité pour l'investisseur d'introduire des réclamations sur la base d'une loi ou d'un traité. En la matière, c'est la pratique arbitrale qui a été décisive.

La saga *Southern Properties Pacific (SPP) c. Égypte*¹⁰⁰ ouvrait la voie en permettant pour la première fois une réclamation fondée sur un code des investissements. En l'espèce, l'Égypte avait procédé à l'annulation d'un contrat de construction d'un complexe touristique près du site des Pyramides. S'estimant lésée, la SPP, une société hongkongaise, a introduit un recours auprès de la CCI sur le fondement de la clause compromissoire contenue dans l'accord de base entre les différentes parties¹⁰¹. Les chances de succès limitées de ce premier recours ont conduit l'investisseur à introduire un second recours auprès du CIRDI, en invoquant l'article 8 de la loi sur les investissements de l'Égypte comme fondement juridique de la compétence du tribunal arbitral¹⁰². Si l'Égypte contestait que l'article 8 renfermait son consentement à l'arbitrage,

⁹⁷ Taylor ST JOHN, *The Rise of Investor-State Arbitration*, OUP, 2018, pp. 192-193.

⁹⁸ La clause type CIRDI était ainsi rédigée : « Each Contracting Party hereby agrees to submit any legal dispute arising out of an investment to the jurisdiction of the International Centre for Settlement of Investment Disputes for settlement by arbitration under the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States ». In Taylor ST JOHN, *The Rise of Investor-State Arbitration*, OUP, 2018, p. 202.

⁹⁹ Taylor ST JOHN, *The Rise of Investor-State Arbitration*, OUP, 2018, pp 196 – 210.

¹⁰⁰ CCI, *SPP c. Égypte*, sentence, 16 février 1983, *ILM*, 1983, p. 752 et *Rev. Arb.*, 1986 p. 105 ; Patrick RAMBAUD, « L'affaire des 'Pyramides' », *AFDI*, 1985, p. 508 ; Philippe LEBOULANGER, « État, politique et arbitrage — L'affaire du plateau des Pyramides », *Rev. Arb.*, 1986, p. 3 ; France, CA de Paris, 12 juillet 1984, *JDI* 1985, p. 129, note Bertrand GOLDMAN ; France, Cass., 6 janvier 1987, *JDI*, 1987, p. 638, note Bertrand GOLDMAN ; *Rev. Arb.* 1987, p. 469, note Philippe LEBOULANGER.

¹⁰¹ CCI, *SPP c. Égypte*, sentence, 16 février 1983, *ILM*, 1983, p. 752 et *Rev. Arb.*, 1986 p. 105.

¹⁰² L'article 8 de la loi n°43 de 1974 portant code des investissements égyptien était ainsi rédigé : « Investment disputes in respect of the implementation of the provisions of this Law shall be settled in a manner to be agreed upon with the investor, or within the framework of the agreements in force between the Arab Republic of Egypt and the investor's home country, or within the framework of the Convention for the Settlement of Investment Disputes between the State and the nationals of other countries to which Egypt has adhered by virtue of law no. 90 of 1971, where it (i.e the Convention) applies.

Disputes may be settled through arbitration. An Arbitration Board shall be constituted, comprising a member on behalf of each disputing party and a third member acting as chairman to be jointly named by the two said members. Failing agreement on the nomination of the third member within thirty days of the appointment of the second member, the chairman shall be chosen, at the request of either party, by the Supreme Council of Judicial Bodies from among counsellors of the judiciary in the Arab Republic of Egypt. The Arbitration Board shall lay down its rules of procedure unrestricted by the rules contained in the Civil and

l'Etat n'a pas objecté la possibilité pour un investisseur d'invoquer une offre d'arbitrage contenue dans la loi. Dans les deux décisions sur la compétence¹⁰³, le tribunal en plus d'admettre le consentement donné à l'avance par l'Etat dans sa loi, admit également la possibilité pour l'investisseur de se fonder sur cette disposition législative pour saisir le tribunal arbitral sans apporter de justification à son raisonnement. Ce fut la première consécration en droit positif du consentement dissocié et de l'arbitrage sans lien direct.

Quelques années plus tard, le tribunal arbitral, dans l'affaire *Asian Agricultural Products Ltd (AAPL) c. Sri Lanka*¹⁰⁴, confirmait ce mécanisme du consentement dissocié et l'étendait aux réclamations fondées sur les TBI. Dans cette affaire relative à la destruction d'un site d'élevage appartenant à la société *Serendib Seafood Ltd*, dans laquelle AAPL avait des participations, la compétence du tribunal n'était pas contestée par les parties qui ont présenté leur argument au fond. Ainsi, le Tribunal trancha le litige au fond en se contentant de souligner :

*« The present case is the first instance in which the Centre has been seized by an arbitration request exclusively based on a treaty provision and not in implementation of a freely negotiated arbitration agreement directly concluded between the Parties among whom the dispute has arisen »*¹⁰⁵.

En admettant implicitement sa compétence, alors que l'existence d'une convention d'arbitrage est un moyen indisponible¹⁰⁶, les arbitres ont reconnu la qualité pour agir de l'investisseur sur le fondement d'une clause contenue dans un TBI.

Ces sentences ont eu pour conséquence de faire reposer la qualité pour agir des investisseurs, non plus sur une clause compromissoire ou un compromis, mais sur d'une part, une disposition législative relative à l'arbitrage et d'autre part, une clause conventionnelle, qui seront qualifiées d'offres d'arbitrage lorsqu'elles renferment le consentement de l'Etat à l'arbitrage¹⁰⁷. Cette offre pourra ultérieurement être acceptée par

Commercial Code of Procedures, save the rules which relate to the basic guarantees and principles of litigation. The Board shall see to it that the dispute is expeditiously resolved. Awards shall be rendered by majority vote and shall be final and binding on both parties and enforceable as any other final judgment ».

¹⁰³ CIRDI, *Southern Pacific Properties (Middle East) Limited c. République Arabe d'Egypte*, ARB/84/3, Compétence I, 27 nov. 1985, *ICSID Report*, vol. 3, p. 112, *Yearbook of Commercial Arbitration*, vol 16, 1991, p. 19; *JDI*, 1994, p. 128. Et : CIRDI, *Southern Pacific Properties (Middle East) Limited c. République Arabe d'Egypte*, ARB/84/3, Compétence II, 14 avril 1988, *ICSID Report*, vol. 3, p. 131, *Yearbook of Commercial Arbitration*, vol. 16, 1991, p. 28, *JDI*, 1994, p. 220.

¹⁰⁴ CIRDI, *Asian Agricultural Products Ltd (AAPL) c. République Démocratique du Sri Lanka*, ARB/87/3, sentence, 27 juin 1990, *ICSID Report*, vol. 4., p. 246.

¹⁰⁵ CIRDI, *AAPL c. Sri Lanka*, ARB/87/3, sentence, 27 juin 1990, § 18.

¹⁰⁶ Carlo SANTULLI, *Droit du contentieux international*, LGDJ, 2^{ème} éd., 2015, pp 166 – 168.

¹⁰⁷ Cette doctrine de l'offre-acceptation est toutefois controversée en doctrine. Certains auteurs estiment qu'elle fait reposer le recours à l'arbitrage sur un consentement inexistant parce que le recours à l'arbitrage ne peut reposer sur une loi dans la mesure où « la loi ne peut valoir acte juridique. La loi prévoit des possibilités d'engagements mais ne constitue guère l'engagement lui-même » (Nouredine GABA, « Les nouveaux instruments du consentement à l'arbitrage CIRDI », in Ferhat HORCHANI, *Où va le droit de l'investissement ? désordre normatif et recherche d'équilibre*, colloque Tunis, 3 et 4 mars 2006, A. Pédone, Paris, 2006, p. 48) et qu'en procédant ainsi, il est porté atteinte à la souveraineté de l'Etat (Olivier FILLE-LAMBIE, Jean-Marc LONCLE, « L'arbitrage dans les grands projets en concession de service public », *RDAL*, n°1, 2003, pp. 3- 37, spéc. p. 33). Pour d'autres

l'investisseur pour fonder la compétence du tribunal arbitral, facilitant ainsi le recours à l'arbitrage. Or, en généralisant de la sorte l'accès au CIRDI, la logique voulant qu'il n'y ait aucun droit substantiel sans recours disponible, « *no substantial right without remedy* », est totalement inversée. Désormais, il est plutôt question d'un recours sans la démonstration de droits substantiels, « *a remedy without substantial rights* » en quelque sorte.

B. La démonstration insuffisante d'un intérêt à agir de l'investisseur

32. L'absence de droits individuels. La notion d'intérêt juridique peut être définie comme le droit ou l'intérêt juridiquement protégé dont le demandeur allègue la violation¹⁰⁸. Dans l'arbitrage sans lien direct, si l'investisseur étranger a qualité pour agir au titre d'un traité d'investissement ou d'une loi nationale, il doit également alléguer la violation de ses droits tirés de ces instruments. Ici apparaît le hiatus. Les droits substantiels qu'ils tirent des traités s'expliquent difficilement puisque ces derniers ne sont pas parties aux TBI et ces traités n'auraient pas un effet immédiat ou direct selon une partie de la doctrine¹⁰⁹. S'agissant particulièrement des codes des investissements,

auteurs, ce mécanisme de consentement dissocié crée des consentements asymétriques dans la mesure où l'Etat n'a pas l'initiative de la procédure (Jean-Marc LONCLE, « L'option de l'arbitrage des traités de protection des investissements : Treaty Claims vs. Contracts Claims », *RDAI*, n°1, 2005, pp 3-12, spéc. p. 5) et même quand il est partie au procès, il n'a pas réellement la possibilité d'introduire des réclamations légales (Carlo SANTULLI, *Droit du contentieux international*, 2^{ème} éd., LGDJ, 2015, pp 130 – 131, §§ 204 – 205. Également, Walid BEN HAMIDA, « L'arbitrage Etat-Investisseur cherche son équilibre perdu : Dans quelle mesure l'Etat peut introduire des demandes reconventionnelles contre l'investisseur privé ? », *International Law Forum : Droit international*, vol. 7, 2005, pp. 261 – 272). Selon une opinion, ce déséquilibre est accentué par l'interprétation au-delà de la volonté des Etats par les arbitres (Muthucumaraswamy SORNARAJAH, « Creating jurisdiction beyond consent », *Resistance and Change in the international law on Foreign Investment*, CUP, 2015, pp 139 – 190). Pour d'autres auteurs en revanche, ces critiques reposent sur des aspects psychologiques et sociologiques du consentement de l'Etat, puisque même s'il est donné en avance, il n'en demeure pas qu'il existe bel et bien (Ousmane DIALLO, *Le consentement des parties à l'arbitrage international*, Graduate Institute Publication, Genève, 2010, « chap II, Le consentement à l'arbitrage par voie non-contractuelle », § 50). En pratique, la doctrine de l'offre-acceptation a fini par s'imposer. Toutefois, ainsi que le souligne un tribunal arbitral, elle ne se confond pas avec l'offre-acceptation en droit des contrats classiques en raison de la présence d'instruments de droit international. Le tribunal arbitral note ainsi : « *Secondly, the question is whether the possibility of revoking a State's consent to arbitrate depends on whether such consent has already been activated by the concerned investor. While such a difference is usually made in contract law, allowing an offeror to withdraw its offer with immediate effect as long the offeree has not accepted it, the Arbitral Tribunal considers that in view of the objectives of the ICSID Convention and the nature of treaty claims, it would not be appropriate inflexibly to apply this simple principle regarding offer and acceptance borrowed from general contract law. Here again, the answer to this question will therefore depend on the specific instrument at stake and the scope and nature of the consent given therein.* » CIRDI, *The AES corporation and Tau Power b.v. c. Republic of Kazakhstan*, ARB/10/16, sentence, 1 novembre 2013, § 219. (Gras et italiques ajoutés).

¹⁰⁸ Jean SALMON, *Dictionnaire de droit international public*, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 597.

¹⁰⁹ Muthucumaraswamy SORNARAJAH souligne ainsi « *The breach of the treaty creates an international obligation between state parties to the treaty and no benefits or rights flow directly to the affected individual* », in « State Responsibility and Bilateral Investment Treaties », *Journal of World Trade Law*, vol. 20, 1986, p. 93. Il s'agit ici de l'effet relatif des traités. L'investisseur étranger étant tiers au traité, celui-ci ne saurait ni lui nuire, ni lui profiter sauf accord de volonté de sa part. Il en irait ainsi d'une application *mutatis mutandis* de l'application de l'article 34 de la Convention de Vienne sur le droit des traités de 1969 selon lequel « un traité ne crée ni obligations ni droits pour un Etat tiers sans son consentement ». Pour la prise en compte des effets des TBI à l'égard des tiers, voir : Andrea BJORKLUND, « Private Rights and Public international Law: why competition among international economic law tribunal is not working », *Hasting Law Journal*, vol. 59, 2007-2008, pp. 266 et ss. On a ainsi justifié ce recours en invoquant une théorie dite des droits-dérivés qui repose sur un mécanisme de représentation selon lequel l'investisseur agirait au nom de son Etat national (Mathias FORTEAU, « La contribution au développement du droit international général de la jurisprudence arbitrale relative aux investissements étrangers », *Brazilian Yearbook of International Law*, 2009, pp. 31-32). Pour d'autres auteurs, l'investisseur serait un tiers bénéficiaire du traité (Andrea BJORKLUND, « Private Rights and Public international Law : why

l'existence de droits individuels de l'investisseur est également controversée. Selon une opinion, « la loi ne peut valoir acte juridique. La loi prévoit des possibilités d'engagements mais ne constitue guère l'engagement lui-même »¹¹⁰. À ce titre, l'investisseur n'aurait aucun intérêt juridique protégé par le code. Mais cette analyse dans le cadre de l'arbitrage doit être nuancée.

33. L'apparence de droits individuels. Les auteurs, en nombre réduit, qui se sont penchés sur le sujet des codes des investissements n'ont pas principalement débattu de l'existence des droits d'un investisseur¹¹¹. En apparence, cela fait sens. La loi, en tant qu'acte de portée générale et impersonnelle, peut créer des droits au profit des assujettis qui pourraient s'en prévaloir tant dans une procédure interne qu'internationale. Ainsi, la véritable question serait plutôt de déterminer la nature de ces droits, notamment s'il s'agit de droits subjectifs patrimoniaux¹¹². Ces droits définis comme une « prérogative accordée par le droit (objectif) et permettant à une personne d'user d'une chose ou d'exiger d'une autre personne l'exécution d'une prestation »¹¹³, sont créés par des faits juridiques et des actes juridiques de droit privé tels que les contrats ou les actes unilatéraux de droit privé (testaments, acte de donation, etc.)¹¹⁴ ou des actes juridiques de droit public tels que les contrats publics et les agréments¹¹⁵. Ainsi, la loi n'est pas considérée comme une source de droits subjectifs patrimoniaux, mais plutôt comme une source de droit objectif¹¹⁶. Ce

competition among international economic law tribunal is not working », *Hasting Law Journal*, vol. 59, 2007-2008, pp. 266 et ss.). Enfin, la *procedural-direct theory* considère que l'investisseur a des droits procéduraux directement tirés du traité qui entraînent la création des droits substantiels (Zachary Douglas note en ce sens : « *applicable adjudicative standards for the investor's cause of action rather than a binding obligation owed directly to the investor* », in « The hybrid foundations of investment treaty arbitration », *BYBIL*, 2003, p. 184.). Mais cette doctrine pose un problème puisqu'on peut douter de l'existence de droits procéduraux en l'absence de droits substantiels. Evelyne LAGRANGE, « L'application des accords relatifs à l'investissement dans les ordres juridiques internes », Sabrina ROBERT-CUENDET (dir.), *Droit des investissements internationaux, Perspectives croisées*, Bruxelles, Bruylant, 2017, p. 486.

¹¹⁰ Nouredine GABA, « Les nouveaux instruments du consentement à l'arbitrage CIRDI », in Ferhat HORCHANI, *Où va le droit de l'investissement ? désordre normatif et recherche d'équilibre*, colloque Tunis, 3 et 4 mars 2006, A. Pédone, Paris, 2006, p. 48.

¹¹¹ Dans son article récent sur le sujet et qui reprend les analyses les plus répandues, Hepburn ne discute que de la question de l'internationalisation des droits, partant du postulat qu'il existerait de tels droits. Jarrod HEPBURN, « Domestic Investment Statutes in International Law », *AJIL*, vol. 112, Octobre 2018, p. 658. Les principales positions sont présentées en détail *infra*, Introduction, III, B.

¹¹² La *summa divisio* en la matière distingue au sein des droits subjectifs, les droits patrimoniaux, ceux qui intègrent le patrimoine de leur titulaire et sont susceptibles d'être évalués en argent (le droit de propriété par exemple) et les droits subjectifs extrapatrimoniaux qui n'ont pas une valeur vénale (le droit au nom et à une vie privée et familiale). Sur ce point, François TERRE et Nicolas MOLFESSIS, *Introduction générale au droit*, Dalloz, 12^{ème} éd., 2020, pp. 41 – 42, §§ 39 et 40.

¹¹³ Remy CABRILLAC, *Dictionnaire du Vocabulaire juridique*, LexisNexis, 2017, p. 221.

¹¹⁴ François TERRE et Nicolas MOLFESSIS, *Introduction générale au droit*, Dalloz, 12^{ème} éd., 2020, p. 35, §§ 30.

¹¹⁵ Norbert Foulquier indique que la consécration de cette notion en droit administratif français a reposé sur l'existence d'un titre individuel de l'administré, in Norbert FOULQUIER, *Les droits publics subjectifs des administrés*, Thèse, Dalloz, 2003, pp. 429 – 433 (et plus largement le Titre II de la Partie 1, soit pp. 177 – 410).

¹¹⁶ Cela résulte du caractère général et impersonnel de la loi. Il y va de même pour les actes réglementaires présentant la même caractéristique. Un tribunal arbitral a ainsi admis que la loi ne créait pas de droits subjectifs patrimoniaux dont l'investisseur pourrait réclamer la protection au titre d'un traité. SCC, *Charanne and Construction Investments c. Spain*, n°V 062/2012, 21 janvier 2016, §. 493, trad. Mena Chambers. D'autres sentences ont adopté la position contraire (SCC, *Novenergia II – Energy & Environment (SCA), SICAR c. Espagne*, n°2015/063, 15 février 2018, §§ 665 – 681). Ce point sera débattu plus largement *infra* (Partie 1, Titre 2, Chap. 2).

qui implique que les droits de l'investisseur créés par un code des investissements sont offerts à tous les investisseurs et peuvent faire l'objet d'une modification ultérieure.

34. La précarité des droits individuels. Attribut de la souveraineté, le pouvoir de légiférer des Etats suppose que ceux-ci restent libres d'adopter, modifier et abroger leurs lois. L'affirmation de cette liberté normative a pour conséquence de rendre précaires les droits individuels que l'investisseur pourrait tirer des codes des investissements¹¹⁷. L'intérêt à agir de ce dernier serait purement potestatif, dépendant de la seule volonté de l'Etat. Il est à craindre que les seconds procèdent à une modification inopinée des droits substantiels des premiers, entravant *ispo facto* l'exercice de tous droits procéduraux. Le risque d'insécurité juridique qui en résulterait¹¹⁸ pousse à rechercher des solutions visant à renforcer les droits des investisseurs.

35. La doctrine des droits acquis comme remède à la précarité ? La notion de droits acquis est un concept flou en droit susceptible de recevoir diverses définitions selon les Etats et les branches du droit concernés¹¹⁹. Pour la présente démonstration, les droits acquis peuvent être définis comme des droits subjectifs conférés par un acte juridique et qui ne subissent pas l'action de la loi dans le temps¹²⁰. Il s'agit de droits légalement acquis sous l'empire de la loi ancienne et que la loi nouvelle ne peut abroger. Ces droits participent de la sécurisation des investissements étrangers en assurant à l'investisseur la possibilité de se prévaloir des droits substantiels dont ils sont titulaires indépendamment des changements législatifs. Ainsi, seuls les droits acquis des investisseurs garantiraient leur intérêt à agir. Si la proposition est retenue, elle implique une lourde conséquence pour les droits procéduraux de celui-ci. En effet, en raison de son caractère général et

¹¹⁷ Pour une analyse en ce sens à propos des contrats d'Etat et l'intérêt des clauses de stabilisation pour la sécurisation des droits des investisseurs face à l'exercice de la liberté normative par l'Etat, voir : Pierre MAYER, « La neutralisation du pouvoir normatif de l'Etat en matière de contrats d'Etat », *JDI*, n°1, 1986, pp. 5 – 52.

¹¹⁸ Cette insécurité juridique est présentée par le Professeur Alland, toujours au sujet des contrats d'Etat en ces termes : « (...) ce type de contrat pose la question suivante : s'il est régi par le droit interne de l'Etat contractant, il est fâcheusement loisible à ce dernier d'en modifier les conditions et garanties en modifiant son droit interne, un peu comme si l'Etat souverain venait "opportunément" anéantir l'œuvre de l'Etat souverain (...) Par conséquent l'efficacité du contrat et de sa clause compromissoire suppose que l'Etat s'est engagé non comme un ensemble administratif de droit interne hérité de ses prérogatives régaliennes, mais comme une personne internationale ». Denis ALLAND, *Manuel de droit international public*, 2^{ème} ed., Paris, PUF, 2015, p.94.

¹¹⁹ Le rapporteur spécial Garcia-Amador soulignait ainsi : « Le premier problème que posent la définition et la classification systématique des droits acquis, tant sur le plan international qu'en droit comparé, est un problème de terminologie. À l'intérieur même d'un système juridique (*common law*, système dit de droit continental, etc.), le manque d'uniformité des termes employés, dans les divers pays est évident. Ce défaut d'uniformité apparaît aussi assez fréquemment lorsque l'on traite du fond, c'est-à-dire de la nature et du contenu mêmes des droits acquis. Il va sans dire que si l'on étudie le droit interne de pays appartenant à des systèmes juridiques différents, l'absence d'institutions et de notions communes ressort encore beaucoup plus nettement » in Francisco GARCIA-AMADOR, « Responsabilité internationale : quatrième rapport. Responsabilité de l'Etat a raison des dommages causés sur son territoire à la personne ou aux biens des étrangers mesures portant atteinte aux droits acquis », Doc. A/CN.4/119, *Ann. CDI*, vol. I, 1959, p. 9, § 31.

¹²⁰ Georges KAECKENBEECK, « La protection internationale des droits acquis », *RCADI*, vol. 59, 1937, p. 406. Egalement : De SZASZY, « The protection of Acquired Private Rights of Foreigners in International Law », *International Law Association Reports of Conferences*, vol.36, 1930, pp.583-589; Pierre LAVIVE, « The Doctrine of Acquired Rights », in *Southwestern Legal Foundation. International and Comparative Law Center, Rights and Duties of Private Investors Abroad*, New York, M. Bender, 1965, pp. 145 – 200.

impersonnel, la loi ne crée pas *in se* de droits subjectifs acquis à l'investisseur¹²¹. Elle peut les consolider, mais leur création résulterait plutôt d'un acte juridique subjectif (tels qu'un contrat, un acte unilatéral administratif, etc.)¹²². Si c'est faire justice à une qualité pour agir acquise par voie dérobée, la conséquence n'en reste pas moins critiquée puisqu'elle priverait l'investisseur de tout intérêt à agir. Peut-être, est-ce la raison qui pousse la doctrine à rechercher un remède à la précarité des droits substantiels par le moyen de l'internationalisation ?

36. La doctrine des droits individuels internationaux comme remède à la précarité. Pour résoudre la difficulté de la précarité, il pourrait être procédé à une transformation de la nature juridique des codes des investissements. C'est tout le sens des doctrines de l'internationalisation des obligations des Etats envers les investisseurs étrangers¹²³. Or, un des arguments avancés pour opérer la transsubstantiation des obligations légales en obligations internationales, réside dans l'idée que les droits offerts à l'investisseur sont internationaux par nature. C'est le cas par exemple des standards de traitement fréquemment invoqués à l'occasion de contentieux. Mais si les droits substantiels offerts à l'investisseur sont internationaux par nature et qu'en droit international, ces mêmes droits subjectifs ne sont réservés qu'aux Etats¹²⁴, peut-on en conclure, par pure déduction, que les garanties offertes par le code ne sont pas finalement dues aux investisseurs, mais aux Etats¹²⁵ ?

Une réponse affirmative à cette question conduirait à nier l'intérêt pour agir des investisseurs au titre du code des investissements tandis qu'une réponse négative ne peut se concevoir sans une construction juridique élaborée. Ces interrogations montrent que

¹²¹ Edwin NWOGUGU, *The Legal problems of foreign investment in developing countries*, Manchester University Press, 1965, p. 61; Thomas WÄLDE, George NDI, « Stabilizing international investment commitment: international law versus contract interpretation », *Texas Journal of International Law*, 1996, pp. 225-237; Walid BEN HAMIDA, *L'arbitrage transnational unilatéral. Réflexion sur une procédure réservée à l'initiative d'une personne privée contre une personne publique*, Thèse, Université Panthéon-Assas, Paris, 2003, pp 144 – 146, §§ 228 – 229.

¹²² CIRDI, *Total c. Argentine*, ARB/04/1, sentence, 27 décembre 2010, p. 50, § 117.

¹²³ Le professeur Alland établit un rapport de nécessité entre protection des droits des investisseurs et internationalisation de la relation juridique. Il note à ce sujet : « Si un contrat d'Etat contient une clause compromissoire par laquelle les parties s'engagent à recourir à un arbitrage obligatoire en cas de différend, il est nécessaire, pour que cette clause puisse produire son effet, qu'elle soit soustraite à l'emprise de l'Etat en tant que souverain (souverain qui, encore une fois, pourrait toujours modifier son droit interne de sorte à échapper à ses obligations, y compris celle de se soumettre à l'arbitrage). Par conséquent, l'efficacité du contrat et de sa clause compromissoire suppose que l'Etat s'est engagé non comme un ensemble administratif de droit interne hérité de ses prérogatives régaliennes, mais comme une personne internationale ». Denis ALLAND, *Manuel de droit international public*, 2^{ème} ed., PUF, Paris, 2015, p.94. Également, Charles LEBEN, « La théorie du contrat d'État et l'évolution du droit international des investissements », *RCADI*, 2003, pp 209 – 377. Patrick JUILLARD, « L'évolution des sources du droit des investissements », *RCADI*, vol. 250, 1994, p. 37-38 ; Prosper WEIL, « Problèmes relatifs aux contrats passés entre un État et un particulier », *RCADI*, vol. 128, 1961, pp. 99 – 240.

¹²⁴ Les standards de droit coutumier par exemple ne sont applicables qu'aux Etats. Benedict KINGSBURY et Stephan SCHILL, « Public Law Concept to balance Investor's Rights with State regulatory action in the Public Interest », in Stephen SCHILL (dir.), *International Investment Law and Comparative Public Law*, Oxford, OUP, 2010, p. 76. Sur une classification des standards suivant leur niveau de généralité largement influencée par l'origine politique (et interétatique) de ces droits, voir : Yves NOUVEL, « Classification cursive des règles de fond issues des traités bilatéraux d'investissements », *RGDIP*, n°1, 2015, pp. 7 – 18.

¹²⁵ Patrick JUILLARD, « L'évolution des sources du droit des investissements », *RCADI*, vol. 250, 1994, pp. 84-88.

dans l'arbitrage transnational, l'intérêt pour agir de l'investisseur est loin d'être établi dans les réclamations fondées sur des lois, qualifiées ici de réclamation légale ou *FIL claims*¹²⁶. Pour ces dernières, l'effectivité des droits de l'investisseur mérite une meilleure attention dans la mesure où la théorie de l'internationalisation des codes des investissements ne convainc pas totalement la communauté scientifique et trouve difficilement une application cohérente dans la pratique arbitrale.

III. L'internationalisation des codes des investissements : le problème

37. Énoncé du problème. La relation entre les codes des investissements et le droit international a été envisagée dès l'adoption des premiers codes des investissements en Afrique. Dans son article publié au *Journal de droit international* en 1965, Philippe Kahn interrogeait ce rapport en ces termes :

« Les auteurs des codes des investissements n'ont pas eu la préoccupation d'élaborer leurs textes en fonction du droit international, - sauf en ce qui concerne l'expropriation -, ou de vouloir contribuer à la formation du droit international. Mais puisqu'il pose des règles applicables aux investissements étrangers, ils apportent nécessairement des éléments aux discussions en cours sur l'existence, les sources et le contenu du droit commercial international. Ils apportent également des réponses à la théorie générale des investissements à l'étranger »¹²⁷.

Depuis, la relation entre code et droit international a connu un relatif succès au sein de la doctrine, donnant lieu à l'élaboration d'une thèse en 1980 sur la valeur juridique des codes des investissements¹²⁸. Cependant, la réflexion menée par son auteur n'a pas permis de cerner ce rapport. D'une part, parce que ces travaux sont intervenus avant les premiers contentieux fondés sur des codes des investissements¹²⁹ et d'autre part, parce que la problématique envisagée par l'auteur était centrée sur l'apport de ces codes à l'existence d'un Nouvel Ordre Économique International (NOEI)¹³⁰. Avec la généralisation de l'arbitrage fondé sur les TBI à partir de 1990, l'intérêt pour les codes des investissements s'est estompé jusqu'au début de la décennie 2010. La multiplication des réclamations légales a alors remis au goût du jour la problématique de l'internationalisation des codes

¹²⁶ Sur l'emploi de la formule "FIL Claims" voir: Jarrod HEPBURN, « Domestic Investment Statutes in International Law », *AJIL*, vol. 112, Octobre 2018, p. 658. Également, CNUDCI, *Ruby Roz c. Kazakhstan*, juridiction, 01 août 2013, § 167.

¹²⁷ Philippe KAHN, « Problèmes juridiques de l'investissement dans les pays de l'ancienne Afrique française », *JDI*, 1965, pp. 379-380.

¹²⁸ Bertrand MARCHAIS, *Les codes d'investissement, expression d'un langage théorique ou reflet d'une nécessité pratique : contribution à l'étude de la problématique des réglementations des investissements*, thèse, Université Paris 10, 1985, 308 p.

¹²⁹ La première sentence arbitrale connue rendue sur le fondement d'un code des investissements est la sentence *SPP c. Egypte* précitée qui date de 1988, soit 3 ans après la soutenance de la thèse de Bertrand Marchais.

¹³⁰ D'autres thèses ont également porté sur les codes des investissements. Celle de Bocar Niane précitée portait essentiellement sur le code des investissements sénégalais quand celle de Kassim Ediko abordait la question d'un point de vue fiscaliste. De la sorte, une approche internationaliste des codes des investissements dans la littérature française fait encore défaut justifiant ainsi la présente étude.

des investissements faisant observer une pratique arbitrale hésitante (A) donnant lieu à des approches doctrinales variées (B).

A. Une pratique arbitrale hésitante

38. En nombre moins important que les réclamations conventionnelles, l'on dénombre cependant une pratique arbitrale conséquente des réclamations fondées sur les codes des investissements de 1986 à 2021. Pour celles des affaires dont les sentences sont rendues publiques, il apparaît que le rapport des codes des investissements au droit international a été diversement apprécié par les arbitres, tant en ce qui concerne les offres d'arbitrage (1) que la responsabilité des Etats (2).

1. L'interprétation variée des offres d'arbitrage dans les codes d'investissement

39. **L'affaire des pyramides d'Égypte.** Le 23 septembre 1974, l'*Egyptian General Organisation for Tourism and Hotels* (EGOTH) et la société *Southern Pacific Properties* (SPP) conclurent un contrat « *Heads of Agreement* », en application du code des investissements égyptien institué par la loi n° 43 de 1974, en vue de la création d'une entreprise commune pour le développement d'un complexe touristique sur le Plateau des Pyramides. Après la réalisation des premiers actes d'exécution, sur opposition des parlementaires à la poursuite du projet au motif de la protection du patrimoine culturel, les autorisations accordées à la société SPP ont été retirées. S'ouvre alors une « bataille judiciaire » conduisant à la saisine d'un tribunal CIRDI le 24 août 1984, sur le fondement de l'article 8 du code des investissements égyptien. Au stade de la compétence, le tribunal avait à se prononcer sur le point de savoir si l'article 8 du code des investissements avait créé une obligation internationale en application de la convention CIRDI permettant de saisir le tribunal¹³¹. Pour répondre à cette question, l'Etat défendeur estimait qu'il fallait se référer au droit égyptien comme droit applicable, tandis que l'investisseur préconisait l'application du droit international dans la mesure où la compétence du CIRDI est établie par un traité international. Le tribunal releva à ce propos :

« La résolution de cette question suppose à la fois l'interprétation d'une loi et l'interprétation d'un traité. Aussi, dans la mesure où l'article 8 est invoqué en tant que déclaration unilatérale d'acceptation de la compétence du Centre (...) le Tribunal doit

¹³¹ Les termes de la sentence sont les suivants : « la question est de savoir si une législation prise unilatéralement a créé une obligation internationale en application d'un traité multilatéral ». CIRDI, *Southern Pacific Properties et Southern Pacific Properties (Middle East) c. République Arabe d'Égypte*, Compétence I, 27 novembre 1985, § 61 ; Trad. par Emmanuel GAILLARD, « Chronique des sentences arbitrales », *JDI*, 1994, p. 221.

aussi considérer certains aspects du droit international gouvernant les actes juridiques unilatéraux [...]. Ainsi pour décider si, dans les circonstances de la cause, la loi n° 43 constitue le consentement à la compétence du Centre, le tribunal appliquera **les principes généraux d'interprétation des lois, prenant en considération, le cas échéant, les règles pertinentes d'interprétation des traités et les principes de droit international applicables aux déclarations unilatérales** »¹³².

Par cette formule alambiquée, le tribunal arbitral procédait à l'interprétation d'une disposition législative à partir de sources de droit international. Cette approche critiquable du droit applicable à l'offre d'arbitrage contenue dans une loi¹³³, a eu pour conséquence pratique d'assimiler une disposition législative à un acte unilatéral de droit international public. Cette dénaturation du code a justifié que certains tribunaux soient plus hésitants dans le choix du droit applicable à l'interprétation des codes.

40. Le choix de l'évitement. Dans l'affaire *Tradex Hellas c. Albanie*, les arbitres ont eu l'opportunité de se prononcer sur le rapport au droit international des codes établis par le tribunal SPP. Dans ce litige qui naît à la suite d'une expropriation de l'investisseur Tradex Hellas par l'Etat d'Albanie, la société requérante fondait la compétence du CIRDI sur l'article 8 de la loi d'investissement de l'Albanie de 1993. Pleinement conscients de l'aubaine, les arbitres ont préféré ne pas se prononcer sur les principes applicables à l'interprétation d'une offre d'arbitrage contenue dans une loi et ont mené leur analyse suivant le sens ordinaire des mots et la portée rétroactive des engagements pris par l'Albanie¹³⁴.

41. Le choix du droit international. Si la sentence *Tradex Hellas c. Albanie* renseigne peu sur les principes d'interprétation des offres d'arbitrage dans les codes des investissements, la sentence *CSOB c. Slovaquie* rendue en 1999, est pour sa part loquace. Alors qu'il était question d'apprécier le consentement à l'arbitrage donné dans un traité d'investissement et un avis du ministère des Affaires Étrangères, les arbitres ont, par une formule large, donné des indications qui intéressent l'évaluation des offres d'arbitrage dans les codes des investissements. Selon ces derniers :

« la question de savoir si les parties ont efficacement exprimé leur consentement à la compétence du CIRDI ne doit pas être résolue par référence au droit national. Cette question est soumise au droit international, ainsi que cela résulte de l'article 25 (1) de la convention CIRDI »¹³⁵.

¹³² Emmanuel GAILLARD, « Chronique des sentences arbitrales », *JDI*, 1994, p. 221. Gras ajoutés.

¹³³ Entre autres : Georges DELAUME, « L'affaire du Plateau des Pyramides et le CIRDI. Considérations sur le droit applicable », *Rev. Arb.*, 1994, n° 1, spéc. pp. 39 et ss ; Leila LANKARANI EL-ZEIN, « Quelques remarques sur la sentence SPP c. la République Arabe d'Égypte », *RBDI*, 1994, n°2, pp. 534 – 558. Ce point sera abordé plus longuement dans le titre IV de la thèse.

¹³⁴ CIRDI, *Tradex Hellas c. Albanie*, ARB/94/2, compétence, 24 décembre 1996.

¹³⁵ Emmanuel GAILLARD, *La jurisprudence CIRDI*, A. Pédone, vol.I, 2004, p. 585, §§ 35.

Ce choix du droit international justifié par la convention CIRDI, sans considération de la nature de l'engagement juridictionnel, a eu un écho favorable dans d'autres sentences arbitrales. Dans la sentence *CEMEX Caracas c. Venezuela*, au sujet de l'article 22 du code des investissements vénézuélien, les arbitres se sont référés expressément à la jurisprudence de la CIJ, à propos des déclarations de juridiction obligatoire, pour considérer que les offres d'arbitrage dans les codes sont des actes unilatéraux par lesquels un Etat consent à l'arbitrage CIRDI. Ainsi, de telles offres doivent être interprétées selon la Convention de Washington et les principes applicables aux déclarations unilatérales des Etats¹³⁶.

42. Le choix d'une application distributive. Le tribunal dans l'affaire *Zhinvali c. Georgie* se montrait plus mesuré en jugeant que la question du consentement à l'arbitrage, sur la base des lois nationales, doit suivre les directives nationales toujours soumises à la gouvernance ultime du droit international¹³⁷. Une telle approche, de l'avis du tribunal, s'impose dans la mesure où le code des investissements géorgien est « *an internal statute rather than a bilateral agreement* »¹³⁸.

Dans l'affaire *ConocoPhillips c. Venezuela*, le tribunal estimait que tant le droit international que le droit vénézuélien, en ce qui concerne l'interprétation, préconisent la même solution. L'interprétation devrait alors prendre en compte les termes employés par la loi dans leur contexte et à la lumière de leur but¹³⁹. Cette approche visant la prise en compte, tant des principes d'interprétation de droit interne que de droit international, a été suivie par le tribunal de l'affaire *PNG c. Papouasie Nouvelle-Guinée*. Dans cette affaire, le tribunal CIRDI admet que « *provisions of domestic investment legislation that assertedly contain the State's standing offer to arbitrate must be interpreted taking into account both international law and the law of that State* »¹⁴⁰. La justification apportée tient au fait que les offres d'arbitrage contenues dans les codes des investissements constituent « *a unilateral declaration made by a State that is rooted in the national legal order of that State, but that also (assertedly) produces effects under international law* »¹⁴¹.

¹³⁶ Les arbitres de l'affaire *CEMEX Caracas v. Venezuela* soulignent : « *Unilateral acts by which a State consents to ICSID jurisdiction are standing offers made by a sovereign State to foreign investors under the ICSID Convention. Such offers could be incorporated into domestic legislation or not. But, whatever may be their form, they must be interpreted according to the ICSID Convention and to the principles of international law governing unilateral declarations of States* ». CIRDI, *CEMEX Caracas Investments BV et CEMEX Caracas II Investment BV c. Venezuela*, ARB/08/15, 30 décembre 2010, §79.

¹³⁷ CIRDI, *Zhinvali Development Ltd. c. République de Géorgie*, ARB/00/1, 24 janv. 2003, §339.

¹³⁸ CIRDI, *Zhinvali Development Ltd. c. République de Géorgie*, ARB/00/1, 24 janv. 2003, §339.

¹³⁹ CIRDI, *ConocoPhillips Petrozuata B. V. et al. c. Venezuela*, ARB/07/30, 13 sep. 2013, §§ 233-237, 254 et 255.

¹⁴⁰ CIRDI, *PNG Sustainable Development Program Ltd., c. Papua New Guinea*, ARB/13/33, 5 mai 2015, § 268.

¹⁴¹ CIRDI, *PNG Sustainable Development Program Ltd., c. Independent State of Papua New Guinea*, aff. préc., § 264.

En outre, en cas de conflit d'interprétation entre principes nationaux et internationaux, les seconds devraient ordinairement prévaloir, quoique la résolution de tels conflits doive être faite de manière casuistique, en tenant compte de la nature du conflit. S'agissant des principes internationaux applicables, le tribunal considère que ceux-ci sont *sui generis* en raison du caractère unilatéral des offres d'arbitrage dans les codes d'investissement, avec la possibilité de voir s'appliquer les principes d'interprétation du droit des traités par analogie¹⁴².

43. Une tendance critiquable. Des trois dernières sentences arbitrales évoquées, une certaine tendance émerge : celle de l'assimilation des offres d'arbitrage à des déclarations unilatérales de droit international. Forts de cette tendance, dans le litige opposant la *Société Resort Company Invest Abidjan et al. c. République de Côte d'Ivoire* (ci-après « affaire du Café de Rome »), les arbitres affirmaient de façon péremptoire : « *as both Parties have emphasized in their pleadings and submissions, the 2012 Code is a unilateral act on the part of the Côte d'Ivoire* »¹⁴³. Toutefois, cette assimilation n'est pas sans conséquence pour la souveraineté de l'Etat. En effet, si les offres d'arbitrage dans les lois sont des actes unilatéraux de droit international public, les Etats ne peuvent plus librement les révoquer. L'atteinte supposée ou avérée à leur liberté normative a conduit certains d'entre eux à modifier leurs codes pour supprimer le droit de recourir à l'arbitrage, notamment l'arbitrage CIRDI, aux investisseurs étrangers¹⁴⁴. Mais ces réactions radicales n'ont eu qu'un effet minime sur la tendance à l'internationalisation des codes, qui s'observent également au stade de l'appréciation de la responsabilité des Etats.

2. La responsabilité indéterminée de l'Etat sur la base du code des investissements

44. Moins rythmée, la discordance de la pratique arbitrale sur la question de la responsabilité des Etats, apporte de nombreux éléments dans l'évaluation du rapport des

¹⁴² CIRDI, *PNG Sustainable Development Program Ltd., c. Independent State of Papua New Guinea*, aff. préc., §§ 264 – 265.

¹⁴³ CIRDI, *Société Resort Company Invest Abidjan, Stanislas Citerici and Gérard Bot v. Republic of Côte d'Ivoire*, 1 août 2017, ARB/16/11, § 157. Gras ajoutés.

¹⁴⁴ L'Egypte a ainsi modifié sa loi nationale afin de retirer à l'investisseur son droit de réclamation devant le CIRDI après la décision sur la compétence rendue dans l'affaire *SPP c. Egypte*. Bertrand MARCHAIS, « The New Investment Law of the Arab Republic of Egypt », *FILJ*, vol.4, n°2, 1989, p.107; Laurence CRAIG, « The final Chapter in the Pyramid Case: Discontinuing an ICSID Award for Annulment Risk », *ICSID Review-FILJ*, vol. 8, 1993, p. 264. À la suite de la décision du tribunal de se reconnaître compétent sur le fondement du code des investissements de 2012 (CIRDI, *Société Resort Company Invest Abidjan, Stanislas Citerici and Gérard Bot v. Republic of Côte d'Ivoire*, ARB/16/11, 1 août 2017), le code de 2012 a été abrogé et remplacé par un code de 2018. L'article 50 de ce code prévoyait un recours à l'arbitrage auprès de la CCJA avant que l'article 50 nouveau adopté par l'ordonnance n°2019-1088 du 18 décembre 2019 modifiant l'ordonnance n°2018-646 du 1^{er} août 2018 portant code des investissements ne supprime également la référence à la CCJA au profit de la Cour d'Arbitrage de Côte d'Ivoire (CACI), un centre d'arbitrage national.

codes des investissements au droit international. Parmi les sentences qui se sont prononcées sur ce point, certaines ont fait le choix d'une responsabilité internationale de l'Etat, d'autres d'une responsabilité interne et, plus curieusement, une responsabilité hybride semble prendre forme.

45. La responsabilité internationale de l'Etat. Dans l'affaire *SPP c. Égypte*, les requérants soutenaient que l'Égypte avait violé l'article 7 de son code des investissements qui interdit l'expropriation, sauf pour cause d'utilité publique en procédant au retrait de l'agrément des investisseurs. Pour sa part, l'Égypte soutenait que le retrait de l'agrément, qualifié d'expropriation par l'investisseur, était d'une part légale au regard de son droit interne, et d'autre part, que l'expropriation selon le droit égyptien ne s'appliquait qu'à des droits réels, à l'exclusion des droits contractuels ne portant pas sur des choses. Ainsi, si les arbitres appliquaient le droit interne de l'Etat défendeur, les investisseurs n'auraient eu droit à aucune réparation. Toutefois, les arbitres ont opté pour l'application du droit international en se fondant sur l'article 42(1) *in fine* de la Convention de Washington selon lequel, à défaut de choix de loi applicable au fond du litige entre les parties, les arbitres appliquent « [...] le droit de l'Etat contractant partie au différend – y compris les règles relatives aux conflits de loi – ainsi que les principes de droit international en la matière ». Poursuivant la réflexion, le tribunal arbitral souligna qu'il « est bien établi que des droits contractuels bénéficient de la protection du droit international et que leur expropriation fait naître une obligation d'indemnisation ». Et fort des décisions rendues par la Cour Permanente de Justice Internationale (CPJI) et la Cour Internationale de Justice (CIJ), les arbitres conclurent que « l'obligation d'indemnisation en cas d'expropriation ne peut être évitée par l'argumentation selon laquelle le droit interne retiendrait une définition étroite du terme "expropriation" ou n'appliquerait ce concept qu'à certaines formes de propriété »¹⁴⁵.

En interprétant ainsi une disposition de la loi par référence au droit international, la sentence SPP a fait de l'expropriation prévue par le code égyptien, une obligation internationale. Or, la violation d'une obligation internationale est un fait illicite qui entraîne la responsabilité internationale de l'Etat¹⁴⁶. Ainsi, la responsabilité internationale de l'Etat finit par être engagée pour la violation d'une disposition législative. En dépit de son caractère surprenant, la solution posée par la sentence *SPP c. Égypte* a eu un relatif

¹⁴⁵ Emmanuel GAILLARD, « Chronique des sentences arbitrales », *JDI*, 1994, p.234, §168.

¹⁴⁶ Les *Articles sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite* disposent : « Il y a fait internationalement illicite de l'Etat lorsqu'un comportement consistant en une action ou une omission : a) est attribuable à l'Etat en vertu du droit international ; et b) constitue une violation d'une obligation internationale de l'Etat ». AGNU, *Rés. 56/83*, 12 déc. 2001, art. 1 et 2, spéc. art. 2.

succès dans la pratique arbitrale. À titre illustratif, le tribunal arbitral dans l'affaire *Tradex Hellas c. Albanie* a également interprété la disposition relative à l'expropriation du code albanais conformément au droit international¹⁴⁷. Dans l'affaire *Lahoud c. RDC*, le tribunal arbitral, appréciant l'attribution à l'Etat de faits commis par des entités paraétatiques, s'est référé aux règles d'attribution du comportement prescrites par les *Articles sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite* (ci-après les « Articles de la CDI sur la responsabilité ») et interpréta la disposition relative à l'expropriation conformément au droit international¹⁴⁸. Ces préférences en faveur du droit international au fond de la procédure sont relativement peu expliquées par les arbitres¹⁴⁹. Ce qui justifie que d'autres sentences se soient référées timidement au droit interne.

46. L'amorce d'une responsabilité de droit interne. Cette approche est mise en avant dans les affaires *Amco Asia c. Indonésie*¹⁵⁰ et *Goetz c. Burundi*¹⁵¹. Contrairement aux sentences précédentes, la cause juridique de la réclamation¹⁵² n'était pas un code des investissements mais respectivement, un contrat d'investissement et un TBI. Pour autant, les leçons à tirer de ces deux décisions intéressent le débat sur le rapport au droit international des codes des investissements.

¹⁴⁷ La sentence souligne ainsi : « (...) the Tribunal will make use of sources of international law insofar as that seems appropriate for the interpretation of terms used in the 1993 Law, such as "expropriation" ». CIRDI, *Tradex Hellas c. Albanie*, ARB/94/2, 29 avril 1999, § 69.

¹⁴⁸ CIRDI, *Antoine Abou Lahoud et Leila Bounafeh-Abou Lahoud c. La République démocratique du Congo*, ARB/10/4, 5 février 2010, à partir du §350.

¹⁴⁹ Le doute quant à ce procédé est formulé habilement par le professeur Audit en ces termes : « Pour interpréter les notions retenues par les lois nationales en matière d'investissements étrangers comme celle d' "expropriation" ou de "traitement équitable", la jurisprudence arbitrale estime parfois qu'elle peut s'en remettre à des sources de droit international public » in Mathias AUDIT, Sylvain BOLLEE et Pierre CALLE, *Droit du commercial international et des investissements étrangers*, LGDJ, 3^{ème} éd., 2019, p. 807, §1028.

¹⁵⁰ CIRDI, *Amco Asia Corporation and others c. République d'Indonésie*, ARB/81/1, sentence, 20 nov. 1984, *ICSID Report*, vol. 1, p. 413.

¹⁵¹ CIRDI, *Antoine Goetz et consorts c. République du Burundi*, ARB/95/3, 29 janvier 1999.

¹⁵² En droit processuel, la cause est une notion sujette à controverse. Dans son ouvrage sur le *Droit du contentieux international*, le Professeur Carlo Santulli définit la cause de l'instance comme « l'ensemble des éléments de droit et de fait qui doivent être pris en considération par la juridiction pour adopter sa décision » (Carlo SANTULLI, *Droit du contentieux international*, LGDJ, 2^{ème} éd., 2015, p. 352, § 557). De cette définition, il ressort une distinction classique entre la cause factuel (les éléments de faits à l'origine de la demande) et la cause juridique qui retient ici l'attention. Cette cause juridique peut elle-même être objective (désigner alors le droit applicable à l'instance) et subjective (c'est-à-dire les éléments de droit au soutien de la demande). Cette cause subjective, est elle-même empreinte d'équivoque. Pour certains auteurs, la cause juridique désignerait le principe juridique contenu la norme invoquée (CNUDCI, *CME Czech Republic B.V. c. République Tchèque*, Legal Opinion, Christoph Schreuer et August Reinisch, 20 juin 2002, pp. 18 – 19) tandis que pour d'autres, **la cause juridique serait assimilable à l'instrument invoqué** (Carlo SANTULLI note à ce sujet « un traité distinct est une cause juridique différente même si ces dispositions ont le même contenu » in *Droit du contentieux international*, LGDJ, 2^{ème} éd., 2015, p. 106, § 165. Cependant, l'auteur semble aussi assimilé à la notion de cause les violations de l'instrument invoqué. Ainsi au paragraphe 449 de son ouvrage, indiquant les limites à la clause Calvo dans un contrat, il précise « (...) la cause de la réclamation est l'inexécution des obligations contractuelles ». p. 284). **Dans le cadre de cette thèse, nous retiendrons l'acception la plus répandue de la notion de cause sans préjudice des conséquences procédurales que cela induit. Par conséquent, nous entendons par "cause de la réclamation" : « le fondement juridique et immédiat, *causa proxima*, à l'exclusion des éléments qui ont pu contribuer à la constitution de la cause ainsi entendue, *causa remota* »** (Charles DE VISSCHER, « La chose jugée devant la Cour Internationale de la Haye », *RBDI*, 1965, vol.1, pp 5-14, spéc. p. 8). **Cette approche est reprise par le tribunal administratif de l'OIT qui ajoute que la notion « est distincte de la notion de moyen, laquelle porte sur les raisons de droit ou de fait qui sont invoquées à l'appui du recours »** (TAOIT, *affaire Saunoi*, jugement n°1216, 10 février 1993, §.4). **La cause juridique est donc ici le « fondement sur lequel repose une demande »** (Jean SALMON, *Dictionnaire de droit international public*, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 155 : entrée : Cause), **en l'espèce le code des investissements.**

Dans l'affaire *Amco Asia c. Indonésie*, le tribunal arbitral fut saisi d'un litige relatif à la rupture d'un contrat en vue de la construction et de la gestion de l'Hôtel Plaza Kartika de Djakarta. En l'espèce, l'entreprise *Amco Asia* avait soumis au Gouvernement indonésien une demande d'agrément en vertu de la loi indonésienne n°1 de 1967 sur les investissements étrangers qui contenait une clause d'arbitrage CIRDI. Le contrat de construction, quant à lui, a été conclu avec la Société P.T. Wisma, propriétaire du terrain et contrôlée à 100 % par une coopérative au bénéfice du personnel de l'armée indonésienne, placée sous tutelle du gouvernement indonésien. À la suite des difficultés d'exécution survenues, par une lettre du 11 mars 1980, PT Wisma dénonce son contrat avec P.T. Amco et avec le soutien de l'armée et de la police P.T. Wisma recouvre la gestion effective de l'hôtel. L'autorisation de PT Amco est ensuite révoquée par les autorités gouvernementales de l'Indonésie le 30 mai 1980. Après des recours de droit interne infructueux, PT Amco saisit le CIRDI sur la base de la clause compromissoire.

Des diverses questions que soulève cette affaire, celle de la nature de la relation qui naît de la demande d'agrément en vertu du code des investissements retient ici l'attention. Selon le demandeur, cette relation est purement contractuelle tandis que pour le défendeur, l'autorisation était un acte unilatéral de droit administratif. Le tribunal se prononça en faveur de l'analyse contractuelle au motif que la relation juridique en cause est *sui generis*, car l'Etat a le droit d'y mettre un terme pour des motifs d'intérêt général. Le tribunal conclut alors que la responsabilité encourue est de droit interne. À cette responsabilité de droit interne, s'ajoute également la responsabilité de droit international de l'Etat, non parce que le code des investissements est un acte unilatéral de droit international, mais parce que l'article 42 de la Convention de Washington autorise les tribunaux arbitraux à appliquer le droit international¹⁵³. Ainsi, on retiendra que la justification de la responsabilité internationale pour le retrait de l'agrément accordé au titre de la loi sur les investissements, est étrangère à cette dernière.

Toutefois, le tribunal concluait différemment dans l'affaire *Goetz c. Burundi*. Dans cette affaire, il était également question de retrait par l'Etat Burundais de l'agrément accordé à la société Affimet comme entreprise franche, société appartenant aux consorts Goetz. Bien que prenant en considération le passage de l'affaire *Amco Asia*, le tribunal note :

¹⁵³ Le tribunal souligne : « Ne pas admettre une telle responsabilité internationale de l'Indonésie dans les circonstances de l'espèce reviendrait (alors) à méconnaître la finalité même de la Convention de Washington, solennellement exposée dès la première phrase de son préambule ». CIRDI, *Amco Asia Corporation and others c. République d'Indonésie*, ARB/81/1, sentence, 20 nov. 1984, in *JDI*, n°1, 1987, p. 154.

« Contrairement à ce qu'avait fait le demandeur dans l'affaire (Amco Asia), les requérants n'ont pas soutenu dans la présente affaire que par-delà l'acte unilatéral contesté se profilait une situation contractuelle. En outre rien ne permet dans la présente affaire d'avoir le moindre doute sur le caractère strictement unilatéral de la relation née tant de l'octroi à AFFIMET du certificat d'entreprise franche que de sa révocation. (...) La décision octroyant à AFFIMET l'agrément comme entreprise franche ainsi que la décision révoquant cet agrément sont, en conséquence, l'une et l'autre des actes unilatéraux de l'Etat burundais. La présente affaire ne soulève pas de problème spécifique de contrat d'Etat. »¹⁵⁴.

S'agissant de la responsabilité qui découle du retrait du certificat d'agrément de la société AFFIMET, le Tribunal rappela les dispositions de l'article 42 de la Convention de Washington sur le droit applicable. Il précise que les parties ayant désigné le droit interne et le droit international, ces deux ordres juridiques devaient être appliqués. Ainsi, en analysant le droit burundais, le Tribunal considéra que « l'illégalité de la décision de mettre fin à l'agrément (...) n'est pas établie et qu'au regard du droit burundais la responsabilité de l'Etat burundais n'est pas engagée envers les requérants »¹⁵⁵. Mais pour ce qui est du droit international, c'est à l'aune de la Convention de Washington que la question de la responsabilité a été appréciée. Se fondant sur l'article 4 de Convention Belgo-Burundaise d'investissement, le Tribunal conclut que la responsabilité internationale de l'Etat sera engagée faute d'indemnisation future.

De ces deux arbitrages, il faut retenir que la responsabilité qui découle du retrait par l'Etat de son agrément, est une responsabilité de droit interne qui peut être élevée au rang du droit international par une source extérieure à la loi. Mais la relation créée sous l'empire du code ne permet pas l'internationalisation *in se*. Cette solution peut également être induite de la démarche des arbitres dans l'affaire *Khan Resources Inc. c. Mongolie*. Bien que la question ne soit pas discutée, le tribunal arbitral se réfère tout de même au droit interne de l'Etat pour apprécier sa responsabilité¹⁵⁶. Ces hésitations entre droit interne et droit international ont conduit certaines sentences à adopter une démarche qui peut être qualifiée d'hybride.

47. La responsabilité hybride. Les sentences relevant de cette catégorie ont adopté une démarche hésitante entre droit interne et droit international, et qui conduit à l'application des deux systèmes de responsabilité. Il s'agit des affaires *Getma c. Guinée*¹⁵⁷ et *Interocéan c. Nigeria*¹⁵⁸.

¹⁵⁴ CIRDI, *Antoine Goetz et consorts c. République du Burundi*, ARB/95/3, 29 janvier 1999, § 75.

¹⁵⁵ CIRDI, *Antoine Goetz et consorts c. République du Burundi*, ARB/95/3, 29 janvier 1999, § 119.

¹⁵⁶ CPA, *Khan Resources Inc. c. Mongolie*, n°2011-09, fond, 02 mars 2015.

¹⁵⁷ CIRDI, *Getma International, NCT Necotrans, et al. c. République du Guinée*, ARB/11/29, sentence, 16 août 2016, pp 151 – 152, §§ 387 – 388

¹⁵⁸ CIRDI, *Interocean Oil Development Company c. Nigeria*, ARB/13/20, fond, 06 octobre 2020.

Dans l'affaire *Getma c. Guinée*, au stade des exceptions préliminaires, le tribunal arbitral a fondé sa compétence pour apprécier les effets de la réquisition des biens de l'investisseur par l'Etat guinéen sur le code des investissements guinéens¹⁵⁹. Pourtant, au fond, il décidait que l'acte de réquisition et les mesures de résiliation étaient contraires à l'article 6 du code des investissements et conclu assez étrangement, à la violation du droit international coutumier dans un second temps¹⁶⁰. Or, la coutume internationale et le code sont des causes juridiques distinctes. Pour conclure à la violation du droit international coutumier, il aurait fallu qu'une convention d'arbitrage soit rapportée ou que l'offre publique d'arbitrage du code couvre également les litiges relatifs au droit international coutumier. Ce qui n'était pas le cas en l'espèce¹⁶¹ et justifie le caractère hybride, à cheval entre droit interne et droit international, de la responsabilité retenue.

Dans l'affaire *Interocean c. Nigeria*, les arbitres adoptèrent une approche similaire à celle de la sentence *Getma c. Guinée* avec toutefois, une meilleure démonstration. Pour justifier la violation du droit international, alors que l'arbitrage était initié pour expropriation illicite au regard du code des investissements, ceux-ci rappellent que l'article 32 de l'*Interpretation Act* du Nigeria a incorporé en droit nigérian le droit international coutumier, de telle sorte que la formulation large de l'offre d'arbitrage visée à l'article 26 du code des investissements nigérian, justifie l'application du droit international général. L'argument est subtil, mais il n'en reste pas moins critiquable. S'il s'agit d'une incorporation, formellement, c'est toujours la violation du code qui est envisagée et non la violation du droit international coutumier¹⁶². Ce qui devrait conduire à l'application du droit interne. Mais il n'en ira pas ainsi puisque le tribunal arbitral a appliqué les deux systèmes de responsabilité.

Ces solutions divergentes quant au régime de responsabilité pertinent, ont servi de ferment aux controverses doctrinales à propos de l'internationalisation des codes des investissements.

¹⁵⁹ CIRDI, *Getma International, NCT Necotrans, Getma International investissements & NCT Infrastructure & Logistique c. République de Guinée*, décision sur la compétence, ARB/11/29, 29 décembre 2012, p. 44

¹⁶⁰ CIRDI, *Getma International, NCT Necotrans, Getma International Investissements, NCT Infrastructure & Logistique c. République de Guinée*, ARB/11/29, sentence, 16 août 2016, pp 151 – 152, §§ 387 – 388.

¹⁶¹ La pratique arbitrale a tendance à considérer que lorsque l'engagement juridictionnel couvre « tous les litiges entre l'Etat et l'investisseur », les litiges relevant de la violation d'autres instruments (traité, contrat ou encore droit interne) peuvent être couverts par la clause arbitrale de l'instrument initial. En l'espèce, cet argument au fondement discutable, n'était pas invocable dans la mesure où le code des investissements guinéen limitait la compétence du tribunal CIRDI aux « différends entre l'Etat Guinéen et les ressortissants étrangers, **relatifs à l'application ou l'interprétation du présent code** ». CIRDI, *Getma International, NCT Necotrans, Getma International investissements & NCT Infrastructure & Logistique c. République de Guinée*, décision sur la compétence, ARB/11/29, 29 décembre 2012, § 12.

¹⁶² CIRDI, *Interocean Oil Development Company and Interocean Oil Exploration Company c. République du Nigeria*, ARB/13/20, 6 octobre 2020, § 334.

B. Une doctrine partagée

48. Le rapport au droit international des codes des investissements a reçu diverses réponses en doctrine. Les opinions favorables peuvent être classées en deux catégories : d'une part, les thèses de l'internationalisation objective (1) et d'autre part, les thèses de l'internationalisation subjective (2). En sens inverse, certains auteurs préconisent une approche de droit national respectueuse de la souveraineté des Etats (3).

1. La théorie de l'internationalisation objective

49. **L'énoncé doctrinal.** Selon la thèse de l'internationalisation objective, les codes des investissements peuvent être assimilés à des actes unilatéraux de droit international public. Ces actes, bien que n'étant pas énumérés par l'article 38 du statut de la CIJ, seraient des sources du droit international public ainsi qu'il ressort de l'affaire des Essais Nucléaires¹⁶³. À ce titre, les codes des investissements seraient objectivement des sources de droit international public.

50. **Une approche vulgarisée par Juillard.** S'il n'est pas le premier auteur à penser cette assimilation des codes des investissements aux actes unilatéraux, le Professeur Patrick Juillard est celui qui l'aura mieux fait connaître dans son cours à l'Académie de droit international de La Haye sur « l'évolution des sources du droit international des investissements ». A la question de savoir si « le code d'investissement (pouvait) donner sa base à "un rapport juridique de droit international" ? »¹⁶⁴, l'auteur amorce une réponse riche en subtilités. Selon son opinion, la réponse à cette interrogation est tributaire du comportement adopté par les Etats. Si la publication d'un code entraîne la modification par les autres Etats de leur comportement, que cette modification d'attitude a un lien de causalité avec la publication faite par un Etat de son code, et qu'enfin la réponse apportée par l'Etat destinataire est adéquate aux préoccupations de l'Etat déclarant, alors il est possible de conclure que les codes des investissements sont des actes unilatéraux de droit international¹⁶⁵. Toutefois, la CIJ ayant estimé que l'obligation juridique naît de la volonté de l'Etat déclarant et non du comportement de l'Etat destinataire, le professeur reconnaît que c'est dans le code qu'il faut rechercher la source de l'obligation¹⁶⁶. S'intéressant à

¹⁶³ CIJ, *Essais nucléaires* (Nouvelle-Zélande c. France), arrêt, *Rec.* 1974, p. 457.

¹⁶⁴ Patrick JUILLARD, « L'évolution des sources du droit des investissements », *RCADI*, 1994, p. 60.

¹⁶⁵ Patrick JUILLARD, « L'évolution des sources du droit des investissements », *RCADI*, 1994, pp. 60 et ss.

¹⁶⁶ Ainsi, écrit-il « on aboutit alors à la conclusion que c'est dans le code, acte unilatéral, que se trouverait la racine de l'obligation internationale qui pèse sur l'Etat que lie ce code. Il en irait ainsi quelle que soit la réaction que suscite ce code vis-à-vis des pays exportateurs d'investissement ». Patrick JUILLARD, « L'évolution des sources du droit des investissements », *RCADI*, 1994, p.69.

l'existence d'une telle obligation internationale, il conclut que les codes des investissements sont des instruments de séduction, des sollicitations de sorte que la théorie de l'acte unilatéral, « telle que la dessinent à grands traits les arrêts de la CIJ du 20 décembre 1974, n'est pas adaptée à la matière »¹⁶⁷.

Toutefois, il serait vain de croire que ces codes ne sont pas adressés à des Etats dont le comportement est susceptible de modification, suivant le contenu matériel de ces instruments. De la sorte, ces codes sont comparables à une sollicitation créant un rapport quasi conventionnel entre l'Etat déclarant et l'Etat destinataire qui aura modifié son comportement à la suite de la publication des codes. Ce rapport, s'il ne concerne pas les investisseurs ressortissants de l'Etat destinataire *a priori*, peut en raison de l'évolution du système CIRDI, leur être profitable. Ainsi, bien qu'invitant insidieusement à une critique de la position adoptée par les juges de La Haye, l'auteur ne considère pas que les codes puissent être des actes unilatéraux.

51. L'assimilation aux actes unilatéraux *stricto sensu*. Moins hésitants que le Professeur Juillard, Michael Reisman et Mahnoush Arsanjani considèrent pour leur part que la jurisprudence de la CIJ au sujet des actes unilatéraux peut s'appliquer aux promesses et assurances données par l'Etat à un investisseur. Ils énoncent leur point de vue en ces termes :

*« While in many cases a tribunal should find that the unilateral declaration or declarations of a State vis-à-vis a foreign investor have not become part of the applicable law, we suggest that in cases in which the criteria we have extracted from the jurisprudence are met, such a finding would be an appropriate legal conclusion. Where a host State which seeks foreign investment acts intentionally, so as to create expectations in potential investors with respect to particular treatment or comportment, the host State should, we suggest, be bound by the commitments and the investor is entitled to rely upon them in instances of decision »*¹⁶⁸.

Le plaidoyer des auteurs est le fruit d'une réflexion menée à partir de la jurisprudence de la CPJI et de la CIJ. En se fondant sur les éléments mis en exergue par les deux Cours¹⁶⁹ pour retenir la responsabilité des Etats sur la base des engagements unilatéraux pris par ceux-ci, ils aboutissent à la conclusion suivant laquelle les mêmes

¹⁶⁷ Patrick JUILLARD, « L'évolution des sources du droit des investissements », *cours préc.*, § 98.

¹⁶⁸ Michael REISMAN et Mahnoush ARSANJANI, « The question of Unilateral Government Statements as Applicable Law in Investment Disputes », in *Völkerrecht als Wertordnung – Common Values in international Law, Essays in honour of Christian Tomuschat*, Pierre Marie DUPUY et al. (dir.), N.P. Engel Verlag, 2006, pp. 409 – 422, spec. p. 422. Gras ajoutés.

¹⁶⁹ Les auteurs notent à ce propos : « *The nuclear tests cases and the Frontier Dispute case hold that unilateral declaration made by states that concern legal or factual situation may create legal obligations when: (i) interpretation establishes that the intention of the State was to bind itself with respect to a legal or factual situation; (ii) the declaration is given publicly and repeatedly, so that it cannot be dismissed as a random statement or a "trial balloon", and (iii) those to whom the statements were directly could reasonably relied upon them* ». Michael REISMAN et Mahnoush ARSANJANI, « The question of Unilateral Governmental Statements as Applicable Law in Investment Disputes », *op. cit.*, pp 415-416.

éléments vis-à-vis des investisseurs étrangers peuvent engager l'Etat. Ainsi, les déclarations orales ou écrites des ministres ou chefs d'Etat formulées à l'investisseur dans le cadre de campagnes internationales, tels que des forums économiques et road show, ou des assurances répétées peuvent lier l'Etat¹⁷⁰. Toutefois, ce raisonnement qui ne vise pas immédiatement les codes des investissements, a été étendu à ceux-ci en pratique, suivant une logique *a fortiori*. Ainsi, Griton Salias, se référant à l'article de Reisman et Arsanjani, a considéré que les clauses *umbrella* peuvent couvrir les lois prises comme des actes unilatéraux *stricto sensu* de droit international¹⁷¹. David Caron souligne pour sa part qu'il s'agit d'une approche novatrice du droit international et qu'un code des investissements est mieux évalué lorsqu'il est considéré comme un acte unilatéral *stricto sensu* de droit international public¹⁷², dans une contribution dédiée à Reisman.

Quoiqu'il s'agisse d'une suggestion, le raisonnement suivi est critiquable puisqu'il ne renseigne pas sur la mesure suivant laquelle une solution élaborée pour des relations interétatiques puisse être étendue *mutatis mutandis* à une relation Etat-Investisseurs étrangers. Pour sa part, le professeur Mbengue souligna qu'il n'est pas possible d'admettre les codes des investissements comme des actes unilatéraux *stricto sensu* de droit international, si l'on se réfère aux travaux de la Commission du Droit International (CDI). L'auteur note à ce propos :

« *To consider that strictly unilateral acts solely derive from the exercise by a state of its "free will and power of auto-limitation conferred on it by international law" leads to a subversive result: excluding municipal investment laws from the realms of strictly unilateral acts under international law* »¹⁷³.

52. L'assimilation aux déclarations de juridiction obligatoire. L'objection du professeur Mbengue précitée n'a pas pour effet de nier totalement la qualité d'acte unilatéral de droit international *lato sensu* des codes des investissements. Au contraire,

¹⁷⁰ Les auteurs écrivent en ce sens : « *What sort of unilateral statements or declaration should be deemed binding in international investment law? [...] Where statements are made either orally or distributed in writing in either hard copy or on-line, clearly promising certain conditions or treatment for foreign investors and such statements are made public and made repeatedly and foreign investors relied on them, and governments do not retrieve or qualify those statements of commitment before the conclusion of contracts with foreign investors, they should, in our view, bind state* ». Michael REISMAN et Mahnoush ARSANJANI, « The question of Unilateral Government Statements as Applicable Law in Investment Disputes », in *Völkerrecht als Wertordnung – Common Values in international Law, Essays in honour of Christian Tomuschat*, Pierre Marie DUPUY et al. (dir.), N.P. Engel Verlag, 2006, p. 422.

¹⁷¹ Maria GRITON SALIAS, « Do Umbrella Clauses Apply to Unilateral Undertakings? », in Christina BINDER, Ursula KRIEBAUM et al., *International Investment Law for 21st Century, Essays in Honour of Christoph Schreuer*, OUP, 2009, pp. 490 – 496, spéc. pp. 492 et 495.

¹⁷² David CARON, « The Interpretation of National Foreign Investment Law as Unilateral Act Under International Law », in Mahnoush ARSANJANI, Jacob COGAN et al. (dir.), *Looking to the future, Essays in international law in honor of Michael Reisman*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2011, pp. 649 – 674, spéc. p. 674.

¹⁷³ Makane MBENGUE, « National Legislation and Unilateral Acts of States » in *The Sources of Rights and Obligations in Transnational Investment Law*, T. GAZZINI, T. et E. BRABANDÈRE, (eds.), Leiden, Martinus-Nijhoff Publishers, 2012, p. 197

pour lui, réduire les codes des investissements à un simple fait juridique¹⁷⁴, c'est nier la qualité normative de ces lois. Certaines dispositions législatives relatives à l'arbitrage peuvent être assimilées à des actes unilatéraux de droit international public en raison de l'offre qu'elles contiennent et de la confiance qu'elles suscitent chez l'investisseur (l'auteur ne parle pas ici d'acceptation)¹⁷⁵. Si *a priori*, l'assimilation proposée vise à faire uniquement des offres d'arbitrage un acte unilatéral *stricto sensu*¹⁷⁶, il semblerait que l'auteur se réfère aussi à une autre catégorie d'actes unilatéraux de droit international public, à savoir les déclarations facultatives de juridiction obligatoire. En effet, dans la recherche des principes permettant d'apprécier l'existence d'un consentement unilatéral à l'arbitrage figurant dans une disposition législative, le professeur évoque la jurisprudence de la CIJ à propos des déclarations de juridiction obligatoire¹⁷⁷. D'autres auteurs ont été plus explicites à ce sujet. Yulia Andreeva souligne ainsi :

*« A standard treaty or domestic law reference to arbitration thus operates as a unilateral standing offer, which may be accepted by a qualified investor, to submit any dispute that falls under the applicable treaty or domestic law to arbitration. In its scope and effect, such an offer is similar to unilateral declaration recognizing compulsory jurisdiction of the International Court of Justice (ICJ), which the Court has traditionally placed outside the scope of the interpretative formula of the Vienna Convention »*¹⁷⁸.

A propos de cet extrait, Michèle Potesta précise que la solution s'impose d'elle-même lorsqu'elle est étendue aux codes des investissements en ces termes :

¹⁷⁴ La solution est constante en droit international. Le droit national des Etats est un simple fait juridique. AGNU, Rés. 56/83, Articles sur la responsabilité internationale des Etats, 12 déc. 2001, art 4(1) : « **Le comportement de tout organe de l'Etat est considéré comme un fait de l'Etat d'après le droit international**, que cet organe exerce des fonctions législative, exécutive et judiciaire ou autres, quelle que soit la position qu'il occupe dans l'organisation de l'Etat, et quelle que soit sa nature en tant qu'organe du gouvernement central ou d'une collectivité territoriale de l'Etat ». Voir également les commentaires apportés par la CDI.

¹⁷⁵ Makane MBENGUE, « National Legislation and Unilateral Acts of States », *op.cit.*, pp. 204 – 205. David Caron ajoute à cette ligne de pensée: « *a national foreign-investment law is best evaluated as a unilateral act under international law. As such, the Vienna Convention and the ILC Guiding Principles on unilateral act are helpful interpretative aids by which to evaluate them* ». Pour justifier ce point de vue, l'auteur se réfère à l'affaire des pêcheries (Royaume Uni c. Norvège) qui précise qu'une législation nationale peut avoir des effets internationaux. Dans la mesure où le code des investissements, particulièrement l'offre d'arbitrage, produit des effets internationaux, notamment la saisine d'une juridiction internationale, il convient d'interpréter celle-ci en référence au droit international. David CARON, « The interpretation of National Investment Law as Unilateral Act under international law », in Mahnouch ARSANJANI, Jacob COGAN et al. (dir.), *Looking to the future, Essays in international law in honor of Michael Reisman*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2011, pp. 654-655.

¹⁷⁶ L'auteur souligne ainsi: « *When a state makes unilateral offers in its foreign investment law, good faith must be the guiding principle with respect to the determination of the binding nature of such offers under international law, regardless the "obscurity" or "ambiguity" of the offers. [...] A state cannot reasonably hide behind the curtain of legal obscurity to exclude unilateral offers that the foreign investors perceived in good faith as constituting binding unilateral acts (commitments) under international law. [...] Thus, ambiguity in the formulation of unilateral commitments within the frame of municipal investment laws should not profit the state. Only then will "time" be regained, once unilateral offers in national foreign investment laws are approached as "unilateral assumption[s] of an obligation under international law* ». Makane MBENGUE, « National Legislation and Unilateral Acts of States », *op.cit.*, pp. 212 – 213.

¹⁷⁷ L'auteur note ainsi : « *By analogy to what the ICJ said about the interpretation of unilateral declarations recognizing the compulsory jurisdiction of the Court under article 36 (2) of the statute of the ICJ (...) where the Court stated that a declaration under article 36(2) "must be interpreted as it stands, having regard to the words actually used* ». Makane MBENGUE, « National Legislation and Unilateral Acts of States », *op.cit.*, p. 206, ndp. 134.

¹⁷⁸ Yulia ANDREEVA, « Interpreting Consent to Arbitration as a Unilateral Act of State », *Arbitration International*, vol. 27, N°1, 2011, p. 140.

« [...] there is no reason why the same legal principles could not be applied to unilateral declaration made by states to private entities, where an investor has reasonably relied on a unilateral statement or declaration which a state has made to him »¹⁷⁹.

Cette approche connaît un relatif succès dans la pratique arbitrale. Dans l'affaire *Tidewater c. Venezuela* par exemple, le tribunal arbitral insista sur l'internationalisation des codes en ces termes :

« Clearly, the Investment Law is one of those unilateral acts, freely entered into by a state, but taken in the framework of a treaty that leaves all its freedom to the state. **In this sense, it can be considered as being analogous to a unilateral declaration of a state accepting the compulsory jurisdiction of the ICJ, in the framework of Article 36(2) of the Statute of the Court** »¹⁸⁰.

Cependant, la transformation de la nature juridique des codes, précisément des dispositions relatives à l'arbitrage, est remise en cause par les théories de l'internationalisation subjective.

2. La théorie de l'internationalisation subjective

53. Une approche centrée sur la volonté des parties. Les auteurs qui peuvent être rattachés à ce courant n'ont pas tous à l'esprit le rapport des codes au droit international. Leur préoccupation est plutôt relative à la détermination des règles applicables au fond du litige. Ainsi, indépendamment de savoir si le code des investissements est un acte unilatéral de droit international, cette ligne de pensée considère que le droit international peut s'appliquer aux réclamations légales si les parties l'ont désigné comme droit applicable au fond du litige ou à défaut de choix, si la règle de conflit pertinente conduit à l'application du droit international¹⁸¹. Peuvent être rangés dans cette catégorie, l'ensemble des auteurs considérant que le droit international s'applique soit en raison des lacunes que comporte le droit interne¹⁸² soit parce qu'en raison de la Convention de

¹⁷⁹ Michele POSTESTA, « The Interpretation of Consent to ICSID Arbitration Contained in Domestic Investment Laws », *Arbitration International*, vol. 27, N°1, 2011, p. 162.

¹⁸⁰ CIRDI, *Tidewater Inc, Tidewater Investment SRL et al. c. Venezuela*, juridiction, 8 février 2013, § 93.

¹⁸¹ Bien qu'envisageant aussi l'approche de l'internationalisation objective, certains raisonnements suivis par Hepburn renseignent sur la doctrine de l'internationalisation subjective. Jarrod HEPBURN, « Domestic Investment Statutes in International Law », *AJIL*, vol. 112, Octobre 2018, p. 700.

¹⁸² Michael REISMAN, « The Regime for lacunae in the ICSID Choice of Law Process », *ICSID Rev - FILJ.*, vol. 15, n°2, 2000, p. 371. Yas BANIFATEMI et Emmanuel GAILLARD, « The meaning of "and" in Article 42(1), Second Sentence, of the Washington Convention: The role of international Law in the ICSID Choice of Law Process », *ICSID Rev. - FILJ.*, 2003, p. 394 ; Sébastien MANCIAUX, *Investissements étrangers et arbitrage entre Etats et ressortissants d'autres Etats*, vol. 24, Litec, 2004, pp. 273-298. Leila LANKARANI EL-ZEIN, « Quelques remarques sur la sentence SPP c. La République d'Egypte », *RBDI*, vol. 2, 1994, pp 533 – 558, spéc. pp 540 – 542. CIRDI, *SPP c. Egypte*, ARB/84/3, Sentence, 20 mai 1992, § 84 : « When municipal law contains a lacunae, or international law is violated by the exclusive application of municipal law, the Tribunal is bound in accordance with Article 42 of the Washington Convention to apply directly the relevant principles and rules of international law ».

Washington, l'appréciation de la loi applicable au fond du litige est sujette à l'application corrective du droit international¹⁸³.

La principale critique formulée à l'endroit de cette théorie est son caractère contingent. Dépendant de la volonté des parties, l'application des règles de droit international est susceptible de varier d'une instance arbitrale à une autre.

54. L'internationalisation ainsi envisagée, emprunte aux procédés de droit international privé contrairement à la précédente approche, même si dans les sentences arbitrales et les articles doctrinaux, la nuance n'est pas toujours évidente. En toute hypothèse, cette approche fait le pont entre l'internationalisation objective et les thèses souverainistes.

3. Les théories souverainistes

55. Énoncé de la théorie. Dans un article de 1978 publié à la *Revue Juridique et Politique, Indépendance et Coopération (RJPIC)*, Dominique Rosenberg posait les principes élémentaires de cette approche. Pour l'auteur, les dispositions relatives à la stabilisation législative, notamment en matière fiscale, les clauses de gel ou de non-aggravation des charges pesant sur les entreprises agréées au régime des codes, « aliènent le pouvoir de légiférer, attribut de la souveraineté de l'Etat ». Mais l'existence de telles dispositions ne suffit pas à conclure à l'existence d'un acte unilatéral de droit international pour deux raisons. *Primo*, les codes des investissements ne relèvent pas du droit international économique, ou du droit transnational, qui régit les rapports entre sujets internationaux et les opérateurs économiques et commerciaux, tandis que les actes unilatéraux de droit international ne s'appliquent qu'aux relations entre sujets internationaux. *Secundo*, les conditions des actes unilatéraux ne sont pas réunies pour permettre l'assimilation.

56. L'absence d'une volonté libre. S'appuyant sur les travaux d'Eric Suy, l'auteur rappelle que l'acte unilatéral est une manifestation de volonté du sujet complètement « "indépendante d'autres manifestations de volonté émanant d'autres sujets de droit international" (dont les effets) ne peuvent être que des droits pour les tiers et des

¹⁸³ Voir l'extrait dans l'affaire *SPP c. Egypte* dans la note précédente. Également, le tribunal dans l'affaire *Amco Asia c. Indonésie*, avait également cette application corrective du droit international. Sur ce point, voir notamment : CIRDI, *Amco c. Indonésie*, 16 mai 1986, *ILR*, vol. 89, p. 521, §§ 20 – 22. Raphaële RIVIER, « L'articulation entre droit national et droit international devant les tribunaux arbitraux internationaux d'investissement », *Droit des investissements internationaux : Perspectives croisées*, Sabrina ROBERT-CUENDET (dir.), Bruxelles, Bruylant, 5 mai 2017, pp. 447 – 483.

obligations pour le déclarant »¹⁸⁴. Or, même si des cas exceptionnels sont à relever, les codes des investissements sont adoptés, pour la plupart, à la suite de pressions politiques et économiques sur les Etats africains. Ainsi, la manifestation de volonté, même si elle crée des droits pour les tiers et des obligations pour le déclarant, n'est pas le résultat de l'exercice de leur pleine souveraineté par les Etats. L'auteur note sur ce point :

« Les codes des investissements sont présentés formellement comme des actes juridiques adoptés par des Etats indépendants disposant de compétences souveraines, pleines et intègres : l'origine matérielle a révélé la précarité de cette affirmation, elle l'a détruite. S'il y a bien eu transfert de souveraineté d'un Etat à un autre, il y a eu aussi succession législative quasi intégrale dans le domaine des investissements ; le fait que les dispositions des codes limitent souvent la souveraineté aggrave encore ce phénomène et fait douter de leur caractère unilatéral »¹⁸⁵.

La thèse formulée par Rosenberg a pour trame de fond la controverse entre l'école normativiste et sociologique du droit. L'acte unilatéral devrait-il être une manifestation de volonté au sens formel ou devrait-il correspondre à une certaine réalité sociologique ? La question est d'un grand intérêt pour la théorie des sources du droit, d'autant plus que l'acte unilatéral, plus que tout autre instrument de droit international, se prête à une telle analyse doctrinale. Mais, même si le propos de l'auteur était correct, il convient de se demander dans quelle mesure une telle analyse vaut près de quarante décennies après sa formulation. Car, ainsi qu'il a été antérieurement évoqué, les déterminants à l'adoption des codes des investissements ont fortement évolué de sorte qu'une réévaluation de l'influence des groupes de pression étrangers, dans l'adoption des codes des investissements actuels, n'est pas sans utilité.

57. Le caractère inapproprié des assimilations. Moins sujette aux contingences d'ordre factuel, la critique de l'assimilation des codes des investissements aux actes unilatéraux, formulées par Pierre Mayer et Ana Carolina Simoes E Silva, souligne que les principes applicables aux actes unilatéraux, tels que reflétés par la résolution de l'Assemblée Générale¹⁸⁶, ne sont pas applicables aux offres d'arbitrage dans les codes des investissements, dans la mesure où ces principes ne valent que pour les relations interétatiques. De même, l'argument selon lequel les principes d'interprétations de droit international sont applicables en raison de la référence à l'arbitrage CIRDI couvert par la Convention de Washington, n'est guère pertinent. En effet, les offres d'arbitrage des codes

¹⁸⁴ Dominique ROSENBERG, « Les codes des investissements, un exemple de souveraineté dans un ordre économique inégalitaire », *RJPIC*, 1978, pp 913- 933, spéc. p. 931.

¹⁸⁵ Dominique ROSENBERG, « Les codes des investissements, un exemple de souveraineté dans un ordre économique inégalitaire », *RJPIC*, 1978, p. 929.

¹⁸⁶ AGNU, « Principes directeurs applicables aux déclarations unilatérales des États susceptibles de créer des obligations juridiques », *Rapport (A/61/10)*, 2006.

visent également d'autres mécanismes d'arbitrage, qui ne sont pas institués par des conventions internationales. Dans de tels cas, la même offre d'arbitrage ne serait plus interprétée suivant les mêmes principes, avec le risque d'aboutir à des solutions contradictoires relatives au même texte¹⁸⁷.

Le stratagème rhétorique employé est pour le moins perspicace. Mais, pour qui accepte le risque de *forum shopping*, rien n'interdit que l'hypothèse d'une assimilation reste valable pour le système CIRDI, sans cure des autres mécanismes d'arbitrage. D'autant plus que les auteurs, quoique hostiles tant à une assimilation qu'à une analogie, ne se privent pas de plaider pour l'application des principes d'interprétation adoptés par la CIJ dans l'affaire des pêcheries, au motif que ceux-ci sont « conformes au bon sens et aux principes d'interprétation généralement consacrés par les droits étatiques »¹⁸⁸. Si tel doit être le cas, pourquoi alors ne pas appliquer directement les principes d'interprétation consacrés par les droits étatiques, et tant qu'à faire, les principes consacrés par le droit de l'Etat en cause ?

C. Formulation de la problématique

58. Problématique. Les tergiversations de la doctrine et de la pratique arbitrale concernant l'internationalisation des codes des investissements soulignent la complexité de la valeur juridique de ces lois et des promesses qu'elles renferment¹⁸⁹. Pour l'investisseur, de telles promesses n'auraient de sens que si elles lui permettent d'introduire des réclamations contre les Etats, tandis que pour ces derniers, la violation de leurs promesses exprimées dans leurs lois ne peut avoir pour conséquence d'engager leur responsabilité internationale. Sous cet angle, la question qu'il convient de poser pour mieux apprécier la valeur juridique des codes des investissements, en particulier ceux des Etats africains, est la suivante : ***les codes des investissements africains permettent-ils aux investisseurs étrangers d'introduire des réclamations légales devant un tribunal arbitral en vue de la protection de leurs droits substantiels, sans qu'il ne soit porté atteinte à la souveraineté des Etats hôtes ?*** La réponse à cette interrogation implique plusieurs enjeux.

¹⁸⁷ Pierre MAYER et Ana Carolina SIMOES E SILVA, « Le consentement à l'arbitrage » in Charles LEBEN (dir.), *Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational*, A. Pédone, 2015, pp 699 – 724.

¹⁸⁸ Pierre MAYER et Ana Carolina SIMOES E SILVA, « Le consentement à l'arbitrage » in Charles LEBEN (dir.), *Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational*, A. Pédone, 2015, p. 697.

¹⁸⁹ À propos de la révocabilité des offres d'arbitrage dans les lois internes, un auteur souligne : « La valeur juridique des engagements d'arbitrage exprimés dans les législations étatiques suscite de grandes controverses. "C'est là une question redoutable, et fort agitée". Notre propos n'est pas de donner ici une solution à un problème à la fois complexe et peu exploré, mais d'apporter certains éléments de réflexion ». Walid BEN HAMIDA, *L'arbitrage transnational unilatéral – réflexions sur une procédure réservée à l'initiative d'une personne privée contre une personne publique*, Thèse, Université Panthéon-Assas, Paris, 2003, p. 64, § 113. *Idem*, p. 144, § 226.

59. Les enjeux pratiques. Premièrement, il est utile de rappeler que la consécration au « forceps » de la qualité pour agir de l'investisseur ne s'est pas faite en s'assurant de l'intérêt à agir de ce dernier. Dans les procédures fondées sur les codes des investissements, cet intérêt à agir résulte des droits et garanties qui lui sont reconnus. Si l'on considère ces droits comme relevant du droit interne, alors ceux-ci seraient précaires dans la mesure où l'Etat resterait libre de modifier et retirer les avantages qui lui sont accordés au titre de la loi. En revanche, si ces droits sont internationaux, c'est la souveraineté de l'Etat et son pouvoir de légiférer qui s'en trouvent affectés. Son offre d'arbitrage ne peut plus être retirée librement et les violations de son code permettraient d'engager sa responsabilité internationale. Ainsi, le premier défi de cette thèse, à travers la problématique posée, est de trouver une solution qui permette un *juste équilibre entre la protection des droits de l'investisseur et la souveraineté des Etats*.

Deuxièmement, les erreurs d'interprétation des arbitres peuvent conduire à l'annulation des sentences arbitrales. En effet, l'absence de consentement à l'arbitrage ainsi que les erreurs sur le droit applicable au fond sont des motifs d'annulation des sentences tant dans l'arbitrage CIRDI que dans les autres types d'arbitrages¹⁹⁰. Outre les coûts financiers liés à la multiplication des procédures, c'est la légitimité du mécanisme d'arbitrage qui est ici menacée. Le second défi de la réflexion est alors celui de proposer un modèle assurant *l'effectivité des droits procéduraux de l'investisseur*.

60. Les enjeux théoriques. Troisièmement, questionner le rapport des codes au droit international, c'est, en une certaine mesure, poser la question de *l'existence des réclamations légales* dans l'arbitrage transnational. Si en effet, ces codes devaient être considérés comme des actes unilatéraux de droit international, la terminologie indiquée serait plutôt celle de « réclamation internationale » pour correspondre à la nature internationale de l'instrument qui sert de fondement à la réclamation. En revanche, si ces codes restent des lois, il s'agira alors de « réclamation légale » *stricto sensu* ou *FIL claims*¹⁹¹. Dans ce cas, cependant, l'identification du régime applicable à ces réclamations devient complexe. La reconnaissance du droit de réclamation de l'investisseur relevant d'un accident de l'histoire du procès international¹⁹², les droits nationaux sont, à bien d'égards, silencieux concernant le type de responsabilité à appliquer. S'agirait-il du droit

¹⁹⁰ Philippe PINSOLLE, « The Annulment of Icsid Arbitral Awards », *JWIT*, vol. 1, n°1, pp 243 – 257. Christoph SCHREUER, « ICSID annulment Revisited », *Legal Issues of Economic Integration*, Kluwer Law International, 2003, pp. 103-122.

¹⁹¹ C'est le terme employé par la pratique arbitrale pour distinguer les *treaty claims/ contract claims* des *FIL claims*. Voir : CNUDCI, *Ruby Roz Agricol LLP c. Kazakhstan*, compétence, 1 août 2013, § 167.

¹⁹² Voir *supra* Introduction, II, A et B.

civil ou du droit administratif par exemple ? De la sorte, le rapprochement avec des institutions connues du droit interne s'avère compliqué et constitue une des clés de compréhension à apporter.

Quatrièmement, en tant que source du droit des investissements internationaux, le rattachement à l'ordre juridique interne ou international des codes, apporterait des éléments de réponse à la controverse concernant l'autonomie du droit international des investissements. Si ces codes sont considérés comme des actes unilatéraux, alors le droit des investissements pourrait être considéré comme étant international par ses sources (sous réserve d'admettre l'existence des contrats d'Etat) et serait *ipso facto*, une branche du droit international public. Dans le cas contraire, il faudrait alors considérer le droit des investissements internationaux comme une discipline autonome et à ce titre, discuter de *l'existence de principes communs propres à la discipline*¹⁹³ et *l'apport des pratiques législatives africaines à la construction de tels principes*¹⁹⁴.

IV. La méthode choisie, la thèse défendue et le plan

61. La méthode. Pour répondre à la problématique sus-indiquée, le raisonnement recourt essentiellement à la technique juridique au sein du droit international positif¹⁹⁵. La démonstration s'attachera ainsi à apprécier la notion de réclamation légale, à en dégager le contenu normatif ainsi que ses contours, par le truchement des sources formelles du droit fréquemment mobilisées dans le cadre de l'arbitrage d'investissement. Dans cette perspective, il faut préciser que certaines données importantes n'étaient pas accessibles en raison de leur caractère confidentiel. Ce sont d'une part, les sentences arbitrales qui ne sont pas publiées et d'autre part, l'accès aux travaux préparatoires des codes des investissements africains qui, le plus souvent, sont inexistantes ou inaccessibles¹⁹⁶. Ces difficultés ne sont pas cependant des obstacles dirimants dans la

¹⁹³ Un auteur observait ainsi que les codes des investissements « sont de plus en plus similaires d'un pays à l'autre et que ces nouvelles pratiques facilitent ainsi l'idée qu'il existerait actuellement un droit international de l'investissement et non plus des droits nationaux en raison de la répétition des règles, ce qui pourrait laisser penser qu'une coutume internationale est née ou du moins en train de naître » in Philippe KAHN, « Les investissements internationaux, nouvelles données : un droit transnational de l'investissement », Philippe KAHN, Thomas WÄLDE (dir.), *Les aspects nouveaux du droit des investissements internationaux*, Leiden/Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2007, p. 8. Également, Patrick JUILLARD, « Existe-t-il des principes généraux de droit international économique ? », *l'internationalité dans les institutions et le droit convergences et défis : études offertes à Alain Plantey*, A. Pédone, 1995, pp 243-252. Également, SFDI, *Aspect du droit international économique*, Colloques d'Orléans, Paris, A. Pédone, 1971, vol. 1, 221 p.

¹⁹⁴ Makane MBENGUE, « The Africanization of International Investment Law: The Pan-African Investment Code and the Reform of the International Investment Regime », *Journal of World Investment and Trade*, 2017, p. 195.

¹⁹⁵ Olivier CORTEN, *Méthodologie du droit international public*, Éditions de l'Université de Bruxelles, 2009, pp. 23-24.

¹⁹⁶ Pour rappel dans l'affaire *Cemex c. Venezuela* par exemple, le tribunal indiquait : « (...) the investment law of 1999 was a decree-law and, as such, was not discussed in Parliament. Moreover it contains no "exposicion de motivos". Thus we have no direct information about its preparation ». CIRDI, *CEMEX Caracas Investments BV et CEMEX Caracas II Investment BV c. Venezuela*, ARB/08/15, 30 décembre 2010, §. 127. Le tribunal dans l'affaire *OPIC Karimum c. Venezuela*, a eu l'occasion d'auditionner et

mesure où les sentences publiées combinées à l'étude des codes africains disponibles sur le site de la CNUCED¹⁹⁷, permettent d'atteindre un résultat représentatif de la pratique normative africaine des réclamations légales.

62. La thèse défendue. L'examen des codes africains fait alors apparaître que certaines lois offrent à l'investisseur étranger la possibilité d'introduire des réclamations devant un tribunal arbitral. De telles réclamations ne peuvent être qualifiées d'internationales, dans la mesure où les codes africains ne sont pas assimilables à des actes unilatéraux de droit international. Il s'agit de réclamations légales dont le régime juridique garantit à l'investisseur la protection de ses droits, tout en ménageant la souveraineté de l'Etat hôte de l'investissement par l'application de son droit interne.

63. Annonce du plan. La démonstration de l'opinion formulée implique une démarche conceptuelle. En effet, l'assimilation des codes des investissements à des instruments de droit international remet fondamentalement en cause l'existence des *réclamations légales* dans l'arbitrage transnational. Ainsi faut-il préférer à la compréhension instinctive de la notion, une approche définitionnelle plus élaborée, qui en présenterait la consistance matérielle. Une telle construction intellectuelle doit être menée par la recherche des éléments intensionnels de la notion étudiée, mais aussi par différenciation. Il apparaît alors que les réclamations légales ne sont pas réductibles aux réclamations conventionnelles et contractuelles. Elles s'en distinguent principalement par leur fondement que sont les codes des investissements (Partie 1).

Cependant, aboutissant à l'existence de telles réclamations légales dans le contentieux arbitral, il faut encore en préciser le régime. Ce dernier ne peut être établi par référence au droit international qui, dans une large mesure, a servi à l'élaboration du régime des réclamations conventionnelles. Il ne peut non plus être calqué sur le modèle des réclamations contractuelles, en raison des différences de logique propres aux deux instruments (loi et contrat). Enfin, la faveur de l'arbitrage ayant limité la possibilité pour les juges internes pour connaître de ce type de réclamation, les ordres juridiques nationaux n'apportent pas toujours des réponses éclairantes aux questions que soulèvent les

consulter les documents fournis par M. Corrales, un expert intervenu dans la préparation du code des investissements de 1999 du Venezuela, a tout de même conclu en l'absence de pertinence. CIRDI, *OPIC Karimum c. Venezuela*, ARB/10/14, sentence, 28 mai 2013, §§ 109-131. Par ailleurs, l'accès aux journaux officiels n'étant pas toujours possible, certains textes étudiés ont été téléchargés directement sur le site des agences de promotion de l'investissement des Etats hôtes.

¹⁹⁷ C'est le lieu de souligner une autre difficulté. L'accès aux journaux officiels des Etats n'a pas toujours été possible. Aussi, certaines lois étudiées sont celles disponibles sur le site de la CNUCED <https://investmentpolicy.unctad.org/investment-laws> après vérification de la version mise en ligne par les agences de promotion de l'investissement locales. En cas de contrariété, c'est cette seconde version qui est retenue.

réclamations légales. Il s'ensuit donc que le régime des réclamations légales est *sui generis* et à déterminer à partir des codes africains (Partie 2).

Partie 1 : L'identification du fondement des réclamations légales dans l'arbitrage transnational

Partie 2 : Le régime sui generis des réclamations légales dans l'arbitrage transnational

PARTIE 1 : L'IDENTIFICATION DU FONDEMENT DES RECLAMATIONS LEGALES DANS L'ARBITRAGE TRANSNATIONAL

64. Essai de définition. Qu'est-ce qu'une réclamation légale ? La « réclamation » est une notion polysémique qui renvoie à plusieurs réalités en droit. Le *Dictionnaire de droit international public* répertorie trois significations possibles du terme. Selon la première acception, la réclamation serait une demande formelle par laquelle une contestation juridique prend forme. Cette définition, intimement liée aux relations diplomatiques, sera ici écartée au profit des deux autres acceptions du terme, qui se rapportent directement au contentieux. La réclamation est alors appréciée, dans un deuxième temps, comme « une action par laquelle un sujet de droit s'adresse à un autre sujet de droit pour protester contre des agissements qu'il estime contraire à ses droits et demander la reconnaissance de ces derniers ». Enfin, la réclamation est « un acte par lequel une instance est introduite dans une procédure contentieuse ou quasi-contentieuse »¹⁹⁸. De ces deux dernières définitions, il apparaît qu'au sens formel, la réclamation est un acte de procédure, une requête introductive d'instance¹⁹⁹ tandis qu'au sens matériel, le terme désigne une prétention, une demande par laquelle le requérant vise à obtenir réparation pour la violation de ses droits propres ou des droits pour lesquels il a qualité à agir. Quant à l'épithète « légale », le *Vocabulaire Juridique* indique qu'il qualifie tout élément « ayant nature de loi »²⁰⁰. Appliquant ces éléments de définition, la réclamation légale pourrait alors être appréciée comme une requête par laquelle un demandeur vise à obtenir réparation pour la violation des droits dont il est titulaire au titre d'une loi, en l'occurrence d'un code des investissements, dans le cadre d'une procédure arbitrale.

65. Les propriétés des réclamations légales. De cette proposition de définition, les éléments intensionnels de la réclamation légale qui ressortent sont les suivants : une

¹⁹⁸ Jean SALMON, *Dictionnaire de droit international public*, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 936, entrée : réclamation.

¹⁹⁹ La requête est alors définie comme « un acte de procédure par lequel une personne privée (requête individuelle) ou un État (requête étatique) introduit une instance (...) » in Jean SALMON, *Dictionnaire de droit international public*, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 986, entrée : requête.

²⁰⁰ D'autres définitions de la notion de « légale » sont aussi proposées même si elles ne sont pas ici retenues. Ces définitions indiquent que l'adjectif qualifie aussi ce « qui résulte de la loi, soit sans dérogation possible », ou ce qui est « conforme à la loi » et enfin ce qui est « conforme au droit ». Gérard CORNU, *Vocabulaire Juridique*, Quadrige/PUF, 13^{ème} éd., 2020, p. 596.

requête (1) assortie d'une prétention (2) et fondée sur une loi (3). La réclamation légale partage ainsi certaines propriétés avec les autres types de réclamations admises dans l'arbitrage transnational, à savoir les réclamations conventionnelles et contractuelles. Ces éléments communs aux réclamations sont l'exigence d'une requête et d'une prétention. Dès lors, l'élément intensionnel qui caractérise la réclamation légale et permet de la distinguer des autres réclamations est son fondement juridique. Mais c'est aussi ce dernier élément qui pose le plus de difficultés puisque, sans remettre en cause la qualité de loi des codes, la pratique arbitrale leur reconnaît également la qualité d'un instrument international.

66. La nature juridique des codes. Les codes des investissements auraient ainsi une nature juridique duale. Alors qu'en droit interne, ces actes juridiques de portée générale ont une valeur législative en ce qu'ils sont adoptés par le Parlement ou par l'Exécutif au moyen d'une ordonnance, il n'en irait pas de même en droit international. Rien d'étonnant puisque selon une approche classique, « au regard du droit international (...) les lois nationales sont de simples faits, manifestations de la volonté et de l'activité des États, au même titre que les décisions judiciaires ou les mesures administratives (...) »²⁰¹. Toutefois, cette approche classique doit être nuancée puisque tout le droit interne de l'État n'a pas vocation à être un simple fait en droit international. Certaines normes juridiques internes peuvent en effet être des actes juridiques en droit international. Comme le souligne Eric Suy:

*« In international law, national unilateral acts, be they legal or illegal, emanating from national authorities are mere facts. But some of the unilateral acts can be elements of state practice contributing to the formation of a customary rule of international law or otherwise affecting the rights and obligations of a State in its international relations. Behind some of the legal acts there is an intention to create legal situations »*²⁰².

Suivant cette ligne de pensée, si les effets d'une norme interne sont internationaux, ce qui se produit lorsque la norme est dirigée vers la communauté des investisseurs internationaux par exemple²⁰³, celle-ci pourrait être un acte juridique de droit

²⁰¹ CPJI, *Affaire relative à certains intérêts allemands en Haute Silésie polonaise*, arrêt du 25 mai 1926, Rec., Série A, N° 7, pp. 19 et ss. Cette approche a également été étendue au domaine des investissements. Un tribunal arbitral observait ainsi: « *In the present case, Georgian law is relevant as a fact to determine whether or not Claimant's investment is covered by the terms of the ECT and the BIT. But, whatever may be the determination of a municipal court applying Georgian law to the dispute, this tribunal can only decide the issues in dispute in accordance with the applicable rules and principles of international law* ». CIRDI, *Ioannis Kardassopoulos c. Georgie*, ARB/05/18, compétence, 6 juillet 2007, § 146. Également: CIRDI, *Bernardus Henricus Funnekotter et al. c. Zimbabwe*, ARB/05/6, 22 avril 2009, § 103 ; CNUDCI, *EnCana Corp. c. Equateur*, sentence, opinion dissidente Horacio Grigera Naon, 3 février 2006, § 12.

²⁰² Eric SUY, « Unilateral Acts of States as a Source of International Law: Some New Thoughts and Frustrations », in *Droit du pouvoir. Pouvoir du droit. Mélanges en l'honneur de Jean Salmon*, Bruxelles, Bruylant, 2007, pp. 632 – 633.

²⁰³ Le professeur Makane MBENGUE souligne ainsi : « *In certain instances, municipal laws should rather be sketched as unilateral acts of states under international law, and in particular, when those national unilateral commitments are directed towards an "extraneous factor" (or an "international factor") such as the foreign investment community* ». Makane MBENGUE, « National

international. Pour ce faire, conformément à la jurisprudence de la CIJ, la norme interne doit jouir d'une publicité suffisante et faire apparaître l'intention de l'État d'être lié par celle-ci²⁰⁴. À ces deux conditions, Michael Reisman et Mahnoush Arsanjani ajoutent la réaction du destinataire de la norme interne, notamment si celle-ci a suscité chez ce dernier une attente légitime²⁰⁵. Ces trois conditions seraient remplies par les codes des investissements. De la sorte, ces lois ne sauraient être appréciées comme des faits, mais comme des actes par lesquels un État manifesterait unilatéralement sa volonté de créer des droits internationaux à l'égard d'un bénéficiaire : l'investisseur. Il est ainsi procédé à une internationalisation objective des codes des investissements par leur assimilation aux actes unilatéraux de droit international public. Ces lois sont alors une potentielle source de droit international public.

67. Une source de droit international public ? L'article 38 du statut de la CIJ, que l'on présente, à tort selon une opinion²⁰⁶, comme énumérant les sources du droit international n'est ici d'aucun secours. Les théories visant à l'internationalisation objective des codes des investissements ne les présentent pas comme des traités encore moins une coutume, ni d'ailleurs comme des principes généraux de droit. C'est plutôt à une source qui n'est pas indiquée par le Statut de la CIJ que ces thèses se réfèrent, à savoir l'acte unilatéral. Par les efforts combinés de la CIJ et de la CDI, ces actes ont pu être admis comme pouvant lier leurs auteurs et se faire *a priori* une place au sein des sources du droit international²⁰⁷. Pour autant, le régime juridique des actes unilatéraux reste encore

Legislation and Unilateral Acts of States », in Tarcisio GAZZINI et Eric De BRABANDÈRE (dir.), *The Sources of Rights and Obligations in Transnational Investment Law*, Leiden, Martinus-Nijhoff Publishers, 2012, p. 199.

²⁰⁴ La Cour souligne ainsi : « Il est reconnu que des déclarations revêtant la forme d'actes unilatéraux et concernant des situations de droit ou de fait peuvent avoir pour effet de créer des obligations juridiques. Des déclarations de cette nature peuvent avoir et ont souvent un objet très précis. Quand l'État auteur de la déclaration entend être lié conformément à ces termes, cette intention confère à sa prise de position le caractère d'un engagement juridique, l'Etat intéressé étant désormais tenu en droit de suivre une ligne de conduite conforme à sa déclaration. **Un engagement de cette nature, exprimé publiquement et dans l'intention de se lier, même hors du cadre de négociations internationales, a un effet obligatoire.** Dans ces conditions, aucune contrepartie n'est nécessaire pour que la déclaration prenne effet, non plus qu'une acceptation ultérieure ni même une réplique ou une réaction d'autres États, car cela serait incompatible avec la nature strictement unilatérale de l'acte juridique par lequel l'État s'est prononcé ». CIJ, *Affaire des essais nucléaires (Nouvelle Zélande c. France)*, 20 décembre 1974, *Rec.* 1974, p. 472, §46. (Gras ajoutés).

²⁰⁵ Les auteurs écrivent sur ce point : « The factors that appear to be critical are : (i) inducement; (ii) reasonable reliance on the part of the foreign investor ». Michael REISMAN et Mahnoush ARSANJANI, « The question of Unilateral Government Statements as Applicable Law in Investment Disputes », in *Völkerrecht als Wertordnung – Common Values in international Law, Essays in honour of Christian Tomuschat*, Pierre Marie DUPUY et al. (dir.), N.P. Engel Verlag, 2006, pp. 409 – 422, spec. p. 422.

²⁰⁶ Les professeurs Combacau et Sur notent sur ce point : « La doctrine utilise fréquemment le terme "source" du droit international. La notion est obscure et doit en définitive être rejetée. Si l'on se réfère au droit positif, l'article 38 du statut de la CIJ, qui énumère les règles applicables par la Cour internationale au règlement des litiges entre États ou à la solution des questions juridiques posées par les organisations internationales habilitées, doit être considéré au premier chef ». Jean COMBACAU et Serge SUR, *Droit international public*, 12^{ème} édition, LGDJ, 2016, p. 42.

²⁰⁷ Les analyses sur ce point sont plus nuancées et seront présentées en détail *infra* (Partie 1, Titre 1, chap. 1). À ce stade, il faut simplement souligner que le Rapport spécial de la CDI indiquait que les actes unilatéraux pouvaient être des sources d'obligations internationales sans forcément être des sources de droit international en ces termes : « *Much of the doctrine concludes that unilateral act of States do not constitute a source of law. That does not mean, however, that a State cannot create international law through its unilateral acts. Some of these acts can give rise to rights, duties or legal relationships, but they do not, because of that fact, constitute a source of international law. Unilateral acts are sources of international obligations. International tribunals have not taken a position on the question whether unilateral acts are a source of international law; they have confined themselves* ».

imprécis, dans la mesure où le projet de codification des règles applicables aux actes unilatéraux de droit international mené par la CDI a tourné court, faute d'avoir pu en identifier l'objet véritable²⁰⁸.

C'est même cette indétermination du régime applicable qui permet la réflexion sur un statut international des codes des investissements. Les critères de l'acte unilatéral de droit international étant en partie discutés²⁰⁹, rien n'autorise ni n'interdit que les codes puissent *in abstracto* être une source de droit international. Du moins, aucune nécessité ne justifie l'une ou l'autre approche. En revanche, les propositions affirmatives ou négatives ne se valent pas toutes d'un point de vue méthodologique. Il ressort en effet des travaux de la CDI que l'acte unilatéral doit s'apprécier *in casu*²¹⁰, prenant en compte le caractère autonome ou conditionné de la volonté réelle des États déclarants.

68. Un acte unilatéral autonome ? L'acte unilatéral autonome est celui qui existe et produit ses effets indépendamment de tout élément extérieur à la volonté de son auteur. L'expression de cette volonté suffit à en faire un acte auto-normateur. L'obligatorité de ceux-ci a été explicitement consacrée en droit international, pour la première fois, par la CIJ dans l'affaire des *Essais nucléaires*²¹¹. Ce sont principalement ces actes qui ont été l'objet des travaux de la CDI²¹². De la tentative de systématisation du régime applicable à ce type d'instruments, il en est ressorti un certain nombre d'éléments qui permettent la confrontation de ces actes unilatéraux aux codes des investissements. Le moins qui puisse être inféré, c'est qu'à strictement considérer cette catégorie d'engagement unilatéral, les codes des investissements ne pourraient y être assimilés tant pour des raisons théoriques que pratiques (titre 1).

to specifying that such acts are a source of international obligations ». CDI, « Premier rapport sur les actes unilatéraux », Victor Cedeño, rapporteur spécial, Doc. A/CN.4/486, 5 mars 1998, §§ 82 – 83. Le débat créé entre source d'obligations internationales et sources du droit international a par ailleurs été jugé futile par Makane Mbengue (Makane MBENGUE, « National Legislation and Unilateral Acts of States », *op. cit.*, p. 199, ndp. 89).

²⁰⁸ L'ambition du projet de la CDI était d'élaborer, à l'instar du droit des traités, le régime applicable aux actes unilatéraux. Très vite, la Commission a dû se résigner pour finalement, soumettre au vote de l'Assemblée Générale, son projet d'articles sur les actes unilatéraux en droit international public qui n'évoquent que des principes directeurs applicables aux actes unilatéraux de droit international public (AGNU, « Principes directeurs applicables aux déclarations unilatérales des États susceptibles de créer des obligations juridiques et commentaires y relatifs », *Ann. CDI*, 2006, vol. II (2), pp 387 – 400). Également, Raphaële RIVIER, « Travaux de la Commission du Droit International et de la sixième Commission », *AFDI*, 2006, pp. 305 – 316.

²⁰⁹ Par exemple, alors que la CIJ admet que le rôle du destinataire de l'acte est sans effet sur le caractère obligatoire de l'acte unilatéral (CIJ, *Affaire des essais nucléaires (Nouvelle Zélande c. France)*, 20 décembre 1974, *Rec.* 1974, p. 472, §46), la position de la CDI est ambiguë. Alors que le principe directeur 7 précise que la déclaration unilatérale ne lie son auteur « que si elle a un objet clair et précis », le principe directeur 3 précise que pour déterminer « les effets juridiques de telles déclarations, il convient de tenir compte (...) des réactions qu'elles ont suscitées ». Ainsi, le point de savoir si les effets de la réaction des destinataires de l'acte dans la détermination de l'obligatorité de l'acte unilatéral est indéterminé.

²¹⁰ Le principe directeur 3 indique ainsi : « Pour déterminer les effets juridiques de telles déclarations, il convient de tenir compte de leur contenu, de toutes les circonstances de fait dans lesquelles elles sont intervenues et des réactions qu'elles ont suscitées ». AGNU, « Principes directeurs applicables aux déclarations unilatérales des États susceptibles de créer des obligations juridiques et commentaires y relatifs », *Ann. CDI*, 2006, vol. II(2), pp 387 – 400, spéc. p. 390.

²¹¹ CIJ, *Affaire des essais nucléaires (Australie c. France)*, 20 décembre 1974, *Rec.* 1974, p. 267, § 46.

²¹² CDI, « Premier rapport sur les actes unilatéraux », Victor Cedeño, rapporteur spécial, Doc. A/CN.4/486, 5 mars 1998, § 96.

69. Un acte unilatéral conditionné ? Afin de contourner l'exclusion des codes des investissements de la catégorie des actes unilatéraux autonomes, la doctrine propose de rattacher ces codes, ou certaines dispositions de ceux-ci, aux actes unilatéraux conditionnés²¹³. Ces actes contrairement aux précédents, n'ont pas intrinsèquement la qualité d'une norme internationale. Leur obligatorité découle plutôt d'un instrument de droit international auquel ils se rattachent, *i.e.* d'une norme habilitante qui en détermine la validité et les effets²¹⁴. *Per se*, les codes ne créent ni droits ni obligations internationales à l'endroit de l'investisseur étranger. En revanche, un traité international peut leur attribuer des effets internationaux tels que la dévolution de compétence à une juridiction internationale. Cette transsubstantiation *per accidens*²¹⁵ appelle à plus de réserves lorsqu'elle est rapportée aux codes des investissements. Mais ainsi qu'il sera démontré, même dans ce cas de figure, l'assimilation des codes à une source de droit international reste critiquable, car peu convaincante (titre 2).

70. Il en résulte qu'en dépit des controverses autour de la nature juridique des codes des investissements, les réclamations légales ne sont pas fondées *in fine* sur un acte juridique de droit international, mais sur une loi.

²¹³ Le professeur Mbengue écrit ainsi : « *national foreign-investment laws – in reality, only some of their provisions – may be qualified as unilateral (legal) acts of states under international law because the offer(s) they contain and the confidence that foreign investors place on those offer(s) (not to say the acceptance of the offer(s) by foreign investors). This is a sort of contractual approach that indicates that unilateral undertakings made through the prism of municipal investment laws are not only "acta sunt servanda" but are also reflective of pacta sunt servanda* ». Makane MBENGUE, « National Legislation and Unilateral Acts of States », *op. cit.*, pp. 204 – 205. Dans le prolongement des idées du Professeur Makane, la pratique arbitrale a plutôt rattaché les offres d'arbitrage aux déclarations de juridiction obligatoire. CIRDI, *Tidewater Inc, Tidewater Investment SRL et al. c. Venezuela*, juridiction, 8 février 2013, § 93.

²¹⁴ La doctrine apprécie généralement ces actes comme un élément de formation du droit international général. Selon Jean COMBACAU et Serge SUR, lorsque ces actes sont conditionnés par un traité, ils visent principalement les manifestations unilatérales nécessaires à la validité du traité (signature, réserve, ratification, retrait, etc.) ou sont destinés à sa mise en œuvre (loi de promulgation, mesures d'exécution, etc.). Quand ces actes sont conditionnés par la coutume, ils permettent d'en apprécier les éléments constitutifs, tant matériels que coutumiers. Jean COMBACAU et Serge SUR, *Droit international public*, Montchrestien, 12^{ème} éd., 2016, pp 97 – 98.

²¹⁵ Suivant cette ligne de pensée, le même code des investissements adopté indépendamment du traité verra sa nature juridique modifiée d'un investisseur à l'autre et d'une procédure arbitrale à l'autre. En effet, le code sera un instrument international si l'investisseur étranger peut invoquer à son bénéfice un traité conclu entre son État et l'État d'accueil quand un autre investisseur dont l'État national, n'aura conclu aucun TBI avec l'État d'accueil. Également, le même code des investissements invoqué comme fondement de la réclamation, sera international dans une procédure CIRDI en raison de la Convention Washington et une simple loi dans une procédure CCI qui n'est pas fondée sur un traité international. Le régime hasardeux qui pourrait en résulter, constitue alors un risque pour la sécurité et la prévisibilité juridique nécessaire à un climat sain des affaires. Pour une critique similaire, voir Pierre MAYER et Ana Carolina SIMOES E SILVA, « Le consentement à l'arbitrage » in Charles LEBEN (*dir.*), *Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational*, A. Pédone, 2015, pp 699 – 724.

TITRE 1 : L'ASSIMILATION INAPPROPRIÉE DES CODES AUX ACTES UNILATÉRAUX AUTONOMES

71. *Acta sunt servanda*. Dans son second rapport sur les actes unilatéraux, le Rapporteur spécial de la CDI, Victor Cedeño a défini l'acte unilatéral autonome comme :

« [Une] manifestation autonome de volonté, claire et non équivoque, formulée explicitement et publiquement par un État, en vue de créer une relation juridique, notamment des obligations internationales à sa charge, par rapport à un État tiers qui n'a pas participé à l'élaboration de la déclaration, sans qu'il soit nécessaire que ce dernier l'accepte expressément ni que cela signifie qu'il l'accepte par un comportement ultérieur »²¹⁶.

De cette définition, il apparaît que l'acte unilatéral autonome, aussi qualifié d'acte unilatéral *stricto sensu* ou purement unilatéral, présente plusieurs critères. Tout d'abord, il s'agit d'un acte juridique, en ce qu'il est destiné à produire des effets de droit. Ensuite, l'acte est dit unilatéral parce qu'il prend la forme d'une manifestation de volonté d'un État, exprimée sous la forme d'une déclaration²¹⁷. Enfin, s'agissant du critère de l'autonomie, celui-ci est doublement apprécié. *Primo*, l'acte unilatéral est autonome parce que sa validité et ses effets ne dépendent pas d'une norme juridique préexistante, *i.e.* une norme conventionnelle ou coutumière habilitante. *Secundo*, l'acte unilatéral est autonome parce que ses effets ne dépendent pas de la réaction de son ou ses destinataires²¹⁸. Ces critères cumulés restreignent l'acte unilatéral autonome à une catégorie limitée, voire marginale, des actes unilatéraux de droit international public. L'exemple type donné de cette catégorie d'acte juridique est la promesse²¹⁹. La CIJ a considéré que lorsque ces promesses jouissent d'une publicité suffisante et font ressortir l'intention de l'État d'être liées par celles-ci, elles engagent juridiquement le promettant sur le principe de la bonne foi²²⁰. La force obligatoire de ces promesses repose alors sur la prémisse axiologique *acta sunt servanda*²²¹. C'est à cette catégorie d'actes unilatéraux qu'une partie de la doctrine tente d'assimiler les codes des investissements.

²¹⁶ CDI, « Deuxième rapport sur les actes unilatéraux des États », Victor Rodríguez Cedeño, doc. A/CN.4/500 et Add.1, 14 avril et 10 mai 1999, § 46.

²¹⁷ CDI, « Premier rapport sur les actes unilatéraux », Victor Cedeño, rapporteur spécial, Doc. A/CN.4/486, 5 mars 1998, §§ 72 – 73.

²¹⁸ Eric SUY, *Les actes juridiques unilatéraux en droit international public*, Paris, LGDJ, 1962, pp. 30 – 33.

²¹⁹ « Une déclaration qui contient une renonciation, une reconnaissance ou une promesse est, sans aucun doute, un acte unilatéral du point de vue formel. Du point de vue des effets, il s'agit soit d'un acte conventionnel, si elle se rapporte à un traité ou une norme préexistante ou dépend de l'existence d'un autre acte, soit d'un acte unilatéral, si elle a une existence propre, c'est-à-dire si elle peut, en soi et d'elle-même, produire des effets. Dans la deuxième catégorie, on peut ranger la promesse non conventionnelle que peut être un acte juridique purement unilatéral de l'État si la déclaration qui la contient est considérée comme autonome au sens que l'on développera plus loin, lorsqu'on s'efforcera de déterminer les critères permettant de définir les actes purement unilatéraux ». CDI, « Premier rapport sur les actes unilatéraux », Victor Cedeño, Doc. A/CN.4/486, 5 mars 1998, § 91.

²²⁰ CIJ, *Affaire des essais nucléaires (Nouvelle Zélande c. France)*, 20 décembre 1974, *Rec.* 1974, p. 472, § 46.

²²¹ CDI, « Premier rapport sur les actes unilatéraux », Victor Cedeño, rapporteur spécial, Doc. A/CN.4/486, 5 mars 1998, §. 157.

72. Les tentatives d'assimilation. En droit, l'assimilation renvoie à plusieurs champs sémantiques dont un seul, celui de l'assimilation-identification, retiendra ici l'attention²²². Selon cette acception, l'assimilation désigne « le processus de rattachement d'une catégorie inconnue ou mal connue à une catégorie connue, afin de faire bénéficier à la catégorie ainsi rattachée du régime de la seconde »²²³. C'est cette technique qui est mise en œuvre par les auteurs favorables à l'internationalisation objective des codes des investissements lorsqu'ils identifient les codes des investissements à la catégorie des actes unilatéraux autonomes, pour voir appliquer le régime des seconds aux premiers. Les codes des investissements des États seraient ainsi des promesses qui lient leur auteur en droit international. Toutefois, les arguments d'un auteur à l'autre sont teintés d'hésitations. Chez Juillard par exemple, les codes des investissements auraient pu être des actes unilatéraux autonomes si la CIJ n'avait pas adopté une approche restrictive de ces derniers en excluant la réaction des destinataires au titre des conditions de l'acte unilatéral autonome²²⁴. Pour *Reisman et Arsanjani*, les expectatives de l'investisseur fondées sur les politiques et mesures incitatives de l'État permettraient de ranger les déclarations, promesses et assurances de l'État hôte de l'investissement dans la catégorie des actes unilatéraux autonomes²²⁵. Si de simples déclarations peuvent alors être des actes unilatéraux autonomes, il en irait *a fortiori* de même pour les codes des investissements selon Griton Salias et Caron²²⁶.

²²² Les autres champs sémantiques exclus concernent l'assimilation-similitude, l'assimilation-simulation et l'assimilation-appropriation tels qu'élaborés par Emeric NICOLAS in *L'assimilation en droit*, Dalloz, coll. Méthodes du droit, février 2022, 188 p. Dans l'assimilation-similitude, « l'insistance sur la similitude éclaire sur le processus assimilatoire au niveau de ses conditions de mise en œuvre » (p. 120, § 203). La comparaison ou l'analogie établie entre deux notions va déterminer le résultat de l'assimilation. Dans le cas présent, les thèses de l'internationalisation n'insistent pas particulièrement sur les ressemblances entre les codes et les actes unilatéraux autonomes de sorte qu'il convient d'écarter ce champ sémantique de l'assimilation. Dans l'assimilation-simulation, le processus assimilatoire repose sur une fiction juridique, une fausse identité ou identité simulée, il est question de présenter deux objets comme similaires. Ici, « la fiction prend [...] le pas sur l'assimilation lorsque le rattachement s'opère par une franche et brutale rupture avec les réalisations juridique et matérielle » (p. 122, § 205). Il s'agit ici de faire primer les similitudes entre deux objets plutôt que leur différence. Pour cette raison, cette approche est écartée dans la mesure où la doctrine n'aspire pas à forcer les traits des codes pour les réduire aux actes unilatéraux autonomes mais simplement démontrer que les conditions de l'acte unilatéral autonome seraient également remplies par le code. En ce sens, on pourrait rattacher le processus assimilatoire des codes à celui de l'assimilation-appropriation qui consiste à « faire-sien-l'autre ». Mais cette dernière approche qui ne se distingue en réalité de l'assimilation-identification que par degré et non par nature, doit être écartée dans la mesure où l'intensité intégrative de l'appropriation a pour objectif « l'étude du phénomène d'assimilation au niveau de ses conséquences théoriques. Elle permet une relecture de la matière susceptible de déboucher sur une théorie générale globale des disciplines juridiques auparavant abordées dans une logique de cloisonnement disciplinaire » (pp. 122 -123, § 208). Aucun auteur favorable à l'internationalisation des codes, n'ayant affirmé sans fard cet objectif, il est ici préférable d'écarter l'assimilation-appropriation quoique l'on devine aisément qu'une conséquence logique de l'assimilation des codes aux actes unilatéraux autonomes permettrait l'émergence d'un droit des investissements international par ses sources.

²²³ Emeric NICOLAS, *L'assimilation en droit*, Dalloz, coll. Méthodes du droit, février 2022, p. 114, § 194.

²²⁴ Patrick JUILLARD, « L'évolution des sources du droit des investissements », *RCADI*, 1994, § 98.

²²⁵ Michael REISMAN et Mahnoush ARSANJANI, « The question of Unilateral Government Statements as Applicable Law in Investment Disputes », in *Völkerrecht als Wertordnung – Common Values in international Law, Essays in honour of Christian Tomuschat*, Pierre Marie DUPUY et al. (dir.), N.P. Engel Verlag, 2006, pp. 409 – 422, spec. p. 422.

²²⁶ Maria GRITON SALIAS, « Do Umbrella Clauses Apply to Unilateral Undertakings? », in Christina BINDER, Ursula KRIEBAUM et al., *International Investment Law for 21st Century, Essays in Honour of Christoph Schreuer*, OUP, 2009, pp. 490 – 496, spéc. pp. 492 et 495. David CARON, « The Interpretation of National Foreign Investment Law as Unilateral Act Under International Law »,

Dans la pratique arbitrale, l'assimilation des codes est encore plus subtile. Certes, il est fait référence aux actes unilatéraux, mais ce sont principalement les déclarations de juridiction obligatoire qui sont visées²²⁷. Toutefois, tout en se référant à ces déclarations de juridiction obligatoire, les tribunaux arbitraux appliquent les *Principes directeurs applicables aux déclarations unilatérales des États susceptibles de créer des obligations juridiques*²²⁸. Or, ces principes ont été élaborés pour les actes unilatéraux autonomes ; catégorie à laquelle les déclarations de juridiction n'appartiennent pas²²⁹. On aboutit alors à faire des codes des investissements des actes unilatéraux autonomes en appliquant le régime juridique des seconds aux premiers, sans véritable démonstration.

73. Les approches hésitantes et assimilation alambiquée des codes des investissements sont liées aux faits qu'à considérer strictement les caractères de l'acte unilatéral autonome, les codes des investissements ne peuvent relever de cette catégorie comme l'a souligné le Professeur Mbengue²³⁰. Cette exclusion des codes de la catégorie des actes unilatéraux autonomes emporte ici la conviction pour plusieurs raisons.

74. L'obligatorité des actes unilatéraux autonomes. La première raison qui viendrait remettre en cause l'internationalisation des codes des investissements, c'est le caractère inopérant du moyen invoqué. Les actes unilatéraux, même si la doctrine contemporaine en fait moins cas, occupent une place contestable parmi les sources du droit international public. Si ces actes ne sont pas mentionnés à l'article 38 du statut de la CIJ, cela est en partie lié aux incertitudes entourant la théorie des actes unilatéraux comme source du droit international et des risques pour la sécurité juridique que cette théorie entraîne (chapitre 1).

75. Les caractères différents des instruments. L'illustration de ce risque est fournie par les codes des investissements. Dans la mesure où le régime de l'acte unilatéral est encore imprécis, une large gamme de promesses est susceptible de lier les États alors

in Mahnouch ARSANJANI, Jacob COGAN et al. (dir.), *Looking to the future, Essays in international law in honor of Michael Reisman*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2011, pp. 649 – 674, spec. p. 674.

²²⁷ CIRDI, *Tidewater Inc, Tidewater Investment SRL et al. c. Venezuela*, jurisdiction, 8 février 2013, § 93.

²²⁸ AGNU, *Principes directeurs applicables aux déclarations unilatérales des États susceptibles de créer des obligations juridiques*, (A/61/10), 2006. Également, Christoph SCHREUER, « Investment Arbitration based on National Legislation », HAFNER, MATSCHER, SCHMALENBACH (eds.), *Volkerrecht und die Dynamik der Menschenrechte*, Liber Amicorum, Wolfram Karl, Facultas, Wien, 2012, pp. 527 et ss.

²²⁹ La variété de ces actes a conduit également le Rapporteur spécial à les exclure des travaux de la CDI en dépit de réserves formulées par quelques membres du groupe de travail. CDI, *Premier rapport sur les actes unilatéraux*, Victor Cedeño, rapporteur spécial, doc A/CN.4/486, § 96.

²³⁰ Makane MBENGUE écrit ainsi: « To consider that strictly unilateral acts solely derive from the exercise by a state of its “free will and power of auto-limitation conferred on it by international law” leads to a subversive result: excluding municipal investment laws from the realm of (strictly) unilateral acts under international law », in « National investment and unilateral acts of States », in Tarcisio GAZZINI et Eric De BRABANDÈRE (dir.), *The Sources of Rights and Obligations in Transnational Investment Law*, Leiden, Martinus-Nijhoff Publishers, 2012, p. 197.

que leur véritable intention, derrière des déclarations qu'ils adoptent, est d'un ordre plus politique que juridique. C'est donc travestir leur volonté que de découvrir, le plus souvent à l'occasion d'un procès et à leur corps défendant, qu'une déclaration politique s'avère finalement être juridique. C'est l'exemple des codes des investissements africains qui apparaissent plutôt comme des instruments de politique économique sur la scène internationale, un signal aux investisseurs internationaux²³¹ que les arbitres finissent par transformer en un acte juridique de droit international. Or, à s'en tenir au rôle incitatif que les États leur attribuent, l'assimilation des codes africains aux actes unilatéraux autonomes devient impossible du fait de la différence de caractères entre ces deux types d'instruments (chapitre 2).

²³¹ Dans la théorie économique du signal, un signal est une information transmise par un acteur, ici un État, qui a pour but de modifier le comportement sur le marché d'un agent économique. Cette théorie part de la prémisse que le schéma de concurrence pure et parfaite est contrarié par l'asymétrie d'informations entre les partenaires économiques, qui permet à l'agent économique le mieux informé de disposer d'un avantage comparatif qui biaise le jeu de la concurrence. Dans ce cadre, la manipulation de l'information devient un outil stratégique, qui permet à l'émetteur (l'agent) de transmettre une information sur lui-même (ou autrui) qui obligera le récepteur (le principal) à s'adapter. Dans le domaine des investissements, cette théorie trouve son application dans les travaux des agences de notations ou d'organisations internationales telles que la Banque mondiale par l'élaboration des Rapports *Doing Business*. En s'appuyant sur les indicateurs macroéconomiques d'un État, les informations (signaux) transmises encouragent ou découragent l'investissement international. C'est à cette même logique qu'obéissent les codes des investissements. Ils permettent aux États d'instaurer un climat des affaires attractif afin de promouvoir l'investissement international par l'information des agents économiques. À ce titre, ces codes sont premièrement des signaux, *i.e.* un outil informationnel de mise en œuvre d'une politique macroéconomique. Pour une approche de la théorie du signal, lire: Michael SPENCEM, « Job Market Signaling », *The Quarterly Journal of Economics*, vol. 87, No. 3, 1973, pp. 355 – 374 ; Joseph STIGLERG, « Monopoly and Oligopoly by Merger », *American Economic Review*, vol. 40, p. 23-34, 1950. Joseph STIGLERG, « The Economics of Information », *Journal of Political Economy*, vol. 69, 1961, pp. 213 – 225 ; Joseph STIGLERG, « Imperfect Information in the Product Market », in Richard SCHMALENSEE et Robert WILLIG (eds.), *Handbook of Industrial Organization*, vol. 1, chap. 13, North-Holland, Amsterdam, 1989, pp. 769-847.

Chapitre 1 : L'obligatorité équivoque des actes unilatéraux autonomes

76. Source du droit ou d'obligations ? L'obligatorité est la qualité de ce qui est contraignant en droit, le caractère obligatoire d'une norme juridique. Pour établir cette obligatorité des codes des investissements en droit international, la thèse de l'internationalisation objective tente de les assimiler à des actes unilatéraux autonomes de droit international public²³². Toutefois, il n'est pas définitivement acquis que les actes unilatéraux autonomes sont eux-mêmes contraignants en droit international. À l'occasion des travaux de codification, le rapporteur spécial de la CDI attirait l'attention sur cette difficulté en établissant une distinction entre source d'obligations internationales et source du droit international. Sans expliciter la différence entre les catégories, il souligne que si une partie de la doctrine ne considère pas les actes unilatéraux comme une source du droit international public, ces actes juridiques peuvent tout de même être une source d'obligations internationales²³³. Apparaît en filigrane de ce point de vue, une distinction entre source de droits (droits subjectifs) et source du droit (droit objectif) que l'on retrouve en droit interne. Mais indépendamment de savoir si une telle distinction est pertinente en droit international, une difficulté se pose : si les actes unilatéraux autonomes sont une source de droits (et obligations) subjectifs, c'est qu'alors ces droits subjectifs sont consacrés et sanctionnés par un droit objectif. Si tel est le cas, les actes unilatéraux ne pourraient plus alors être considérés comme des actes juridiques autonomes, puisque leur validité dépendrait d'une norme habilitante. L'on comprend ainsi la critique du professeur Mbengue qui considère la distinction du rapporteur spécial futile car le droit international est constitué de droits et d'obligations²³⁴. C'est donc qu'il faut apprécier les actes unilatéraux autonomes comme des sources du droit international public pour fonder leur obligatorité.

77. Une source du droit équivoque. Or, ainsi qu'il a été indiqué, la qualité de source du droit international des actes unilatéraux demeure critiquable. Déjà, les débats et contradictions qui ont jalonné l'histoire de la pensée juridique invitent à la réserve

²³² Michael REISMAN et Mahnoush ARSANJANI, « The question of Unilateral Government Statements as Applicable Law in Investment Disputes », in *Völkerrecht als Wertordnung – Common Values in international Law, Essays in honour of Christian Tomuschat*, Pierre Marie DUPUY et al. (dir.), N.P. Engel Verlag, 2006, pp. 409 – 422, spec. p. 422.

²³³ « La doctrine considère souvent que les actes unilatéraux des États ne constituent pas une source du droit. Cela ne signifie toutefois pas qu'un État ne puisse créer du droit international par ses actes unilatéraux. Certains de ces actes peuvent donner naissance à des droits, des obligations ou des relations juridiques, sans constituer pour autant une source du droit international. Les actes unilatéraux sont une source d'obligations internationales ». Victor Cedeño, rapporteur spécial, Doc. A/CN.4/486, 5 mars 1998, § 81.

²³⁴ Makane MBENGUE, « National Legislation and Unilateral Acts of States », *op. cit.*, p. 199, ndp. 89.

(section 1). De plus, les caractères de l'acte unilatéral autonome, tels qu'ils ressortent des travaux de la CDI et de la jurisprudence de la CIJ, continuent d'entretenir les doutes concernant la pertinence du principe *acta sunt servanda* (section 2). L'objectif de ce chapitre de la thèse sera ainsi de démontrer que les actes unilatéraux n'étant pas une source du droit international public, le rattachement des codes des investissements africains à ceux-ci ne peut avoir pour effet de créer des droits et obligations internationaux qui profiteraient aux investisseurs étrangers. Par conséquent, les réclamations qu'ils seront susceptibles d'introduire sur le fondement des codes sont strictement des réclamations légales.

Section 1 : La controverse autour de l'obligatorité des actes unilatéraux

78. La volonté du seul sujet peut-elle juridiquement lier ce dernier ? En dépit du devoir moral qui suggère le respect de la parole donnée, il ne semble pas exister d'obligation juridique qui imposerait à un État de respecter de ses promesses en droit international. En effet, malgré des siècles de controverses, la doctrine n'a pu identifier avec satisfaction un fondement à la force obligatoire des actes unilatéraux autonomes (§1) même si certains États ont pu être contraints au respect de leurs actes unilatéraux dans la pratique (§2).

§1 : La recherche infructueuse d'un fondement juridique à l'obligatorité des actes unilatéraux dans la pensée juridique

79. Les questions autour de la valeur juridique des actes unilatéraux sont anciennes et ont longtemps été articulées autour de la notion de « promesse ». Dans l'ancien droit romain, une distinction était faite entre la « *sponsio* » et le « *promittere* », bien que les deux termes désignaient la promesse. La *sponsio* était en effet un engagement religieux et juridique entre romains tandis que la *fidepromissio* était l'équivalent de la *sponsio* appliquée aux pérégrins²³⁵. L'étymologie latine du terme montre qu'en droit commun, pris au sens du droit romain ancien²³⁶, la promesse avait une valeur juridique à laquelle la pensée chrétienne est restée fidèle²³⁷. Cependant, le point de départ de la présente analyse

²³⁵ Marie Hélène RENAUT, *Histoire du droit des obligations*, Ellipses, 2008, pp. 20-21.

²³⁶ Référence est ici faite à la théorie médiévale du *jus commune* qui a permis l'identification du droit romain au droit commun et les coutumes, lois et statuts aux droits particuliers ou locaux en vue de rechercher un élément de cohésion à des systèmes de droit particulièrement fragmentés et souffrant de la profusion de lois sur un espace autrefois soumis aux règles de l'Empire romain. Sur ce point : Jean-Louis THIREAU, « droit commun », in Denis ALLAND et Stéphane RIALS, *Dictionnaire de la culture juridique*, Quadrige/Lamy-PUF, 2003, pp 445 – 448.

²³⁷ Dans le code de l'Alliance entre Dieu et le peuple d'Israël, le mensonge et le parjure sont proscrits. Sur ce point, voir le livre de l'Exode, chapitre 23, verset 7. St thomas d'Aquin qualifie de mensonge le fait de ne pas tenir sa promesse même s'il ne faut pas

est celui de l'école de *jusnaturalis* qui a eu le mérite d'associer, pour la première fois, la promesse à la figure de l'État, par la recherche d'un fondement transcendantal à l'obligatorité de la promesse (A). La démarche a ensuite été complétée par les constructions volontaristes et normativistes de la pensée positive du droit (B).

A. LA RECHERCHE INFRUCTUEUSE D'UN FONDEMENT TRANSCENDANTAL

80. La pensée *jusnaturalis*. L'École de droit naturel est un courant de pensée qui, pendant plusieurs siècles, a justifié le caractère obligatoire de la règle de droit sur des fondements transcendants²³⁸. Au sein de ce courant, il est possible de distinguer deux approches principales. La première fonde l'obligatorité de la règle de droit sur la Nature et les préceptes de droit divin et la seconde sur la raison humaine ou la nature humaine²³⁹. Ainsi Grotius, un des penseurs célèbres de l'école du droit de la nature et des gens, écrivait-il :

« Le droit naturel est une règle que nous suggère la droite raison, qui nous fait connaître qu'une action, suivant qu'elle est ou non conforme à la nature raisonnable, est entachée de difformité morale ou qu'elle est moralement nécessaire et que conséquemment, Dieu, l'auteur de la nature, l'interdit ou l'ordonne »²⁴⁰.

Affirmant l'autorité de ce droit naturel sur les lois civiles, celles découlant des conventions sociales, les méthodes des auteurs qui se rattachent à cette ligne de pensée sont d'ordre métaphysique. Leur démarche est normative et vise à identifier ce que devrait être la règle de droit²⁴¹. Les auteurs recherchent alors des principes qui s'appliqueraient à tous les ordres juridiques et qui seraient intemporels. À ce titre, les positions tenues par les partisans de ces approches peuvent constituer un point de départ à la réflexion sur l'obligatorité des actes unilatéraux en droit international public. Elles devraient permettre de se prononcer sur le point de savoir s'il existerait un principe supérieur, transcendant, qui oblige un État à respecter ses promesses. À cette question, la réponse apportée par le droit naturel est négative. Les échanges entre François de Connan, Hugo

accomplir toutes ses promesses ; Il indique d'ailleurs que « (s)i tu as promis le mal, romps ton engagement » in *Somme théologique*, II – Le mensonge, Question 110, Article 3, pt. 5.ss

²³⁸ Alain SERIAUX, « droit naturel », in Denis ALLAND et Stéphane RIALS, *Dictionnaire de la culture juridique*, Quadrige/Lamy-PUF, 2003, pp. 507 – 511.

²³⁹ Louis LE FUR, « La théorie du droit naturel depuis le XVII^e siècle et la doctrine moderne », *RCADI*, Vol. 18, 1927, pp. 264 – 439.

²⁴⁰ Hugo GROTIUS, *Le droit de la guerre et de la paix*, trad. Pradier-Fodéré, Paris, PUF, 1999, p. 38.

²⁴¹ Michel Virally soulignait ainsi que l'approche de droit naturel est idéologique et d'ajouter : « Comme les principes de droit naturel, les principes de droit idéologique prétendent à une valeur axiomatique, qui résulterait de leur contenu. Il suffirait donc de les proclamer pour qu'ils présentent un caractère idéologique ». Michel VIRALLY, « Le rôle des principes dans le développement du droit international », *Recueil d'études à Paul Guggenheim*, Facultés de droit de l'Université de Genève et IHEI, 1968, p. 544.

Grotius et Samuel von Pufendorf restituent une pensée qui a plutôt recherché dans les lois civiles l'obligatorité des promesses.

81. Un fondement simplement moral chez Connan. Né en 1508, François Connan, jurisconsulte français, a étudié le droit à Orléans puis à Bourges sous la direction d'Alciat. Son œuvre principale, *les commentaires de droit civil*²⁴² a constitué une des œuvres majeures du siècle visant à systématiser l'ensemble des lois de l'époque. Ses positions, qui ont été le point de départ de l'analyse de Grotius, réfutaient toute force obligatoire aux promesses faites sans cause. Pour établir la démonstration de son opinion, l'auteur adopte une approche civiliste, si l'on devait traduire sa pensée suivant les canons contemporains de la littérature juridique. En effet, la promesse est analysée par le jurisconsulte comme élément de formation des conventions. Elle est ainsi conçue comme une volonté unilatérale destinée à former une convention. Cette promesse, offre de contrat pour le dire autrement, ne peut juridiquement lier son auteur que si le but recherché y est exprimé clairement²⁴³. Le promettant s'engage parce qu'il espère un avantage et la convention n'a de sens que si l'acceptation de la promesse vise à satisfaire la cause envisagée. Ainsi, les simples conventions qui ne renferment point de contrat, n'imposent aucune obligation au promettant. Seul persiste un devoir moral de respect de sa volonté conforme à l'honnêteté et aux règles de la vertu, mais rien ne lie juridiquement le promettant. Mieux, celui qui fonde de grands espoirs sur une promesse sans cause, est tout aussi fautif que de compter sur une vaine espérance contrairement à la proposition de Michael Reisman et Mahnoush Arsanjani²⁴⁴. Appelant à l'autorité morale de Cicéron, ils n'hésitent pas à préciser qu'on n'est point obligé de tenir sa parole lorsqu'en le faisant, on encourt plus de préjudices qu'on ne rendrait service²⁴⁵. Dès lors la promesse, intrinsèquement, ne comporte pas d'obligation juridique. Elle doit pour cela contribuer à l'élaboration d'une convention et mentionner le but recherché.

Deux objections formulées par Grotius, dans son œuvre *Droit de la guerre et la paix*, peuvent être évoquées. La première consiste en un rapprochement entre les lois et les promesses des individus²⁴⁶. Si les premières sont obligatoires, pourquoi alors la

²⁴² Franciscus CONNANUS, *Commentarii iuris civilis*, Paris, 1553 dont la première édition date de 1551.

²⁴³ Tel était le sens de la notion de cause ainsi que le rappelle Henri CAPITANT in *De la cause des obligations*, La mémoire du droit, 2012, 506 p.

²⁴⁴ Les auteurs estiment que lorsque les promesses créent des attentes légitimes chez leurs destinataires Michael REISMAN et Mahnoush ARSANJANI, « The question of Unilateral Government Statements as Applicable Law in Investment Disputes », in *Völkerrecht als Wertordnung – Common Values in international Law, Essays in honour of Christian Tomuschat*, Pierre Marie DUPUY et al. (dir.), N.P. Engel Verlag, 2006, p. 422

²⁴⁵ Sur ce point, voir la restitution de la pensée faite par Grotius in Hugo GROTIUS, *Le droit de la guerre et de la paix*, trad. Pradier-Fodéré, Paris, PUF, 1999, p. 318.

²⁴⁶ Hugo GROTIUS, *Le droit de la guerre et de la paix*, trad. Pradier-Fodéré, Paris, PUF, 1999, p. 318.

volonté d'une personne déterminée à agir et qui en donne toutes les marques possibles n'aurait pas le même effet ? De plus, le transfert de propriété pouvant être effectué par simple possession d'une chose, pourquoi le droit de transférer la propriété d'une chose ne peut-il être transmis par une simple volonté ? Ce transfert de droit étant l'élément qui permettrait au destinataire de la promesse d'exiger devant un tribunal la remise de la chose promise et établir la force obligatoire de la promesse.

82. La catégorisation des promesses de Grotius. Ces objections conduisent Grotius à réfuter la thèse de Connan et à apporter plus de nuances à son propos. Il propose une catégorisation des promesses. Trois types de promesses sont ainsi envisagés. Le premier type de promesses consiste à déclarer simplement l'intention de faire ou de ne pas faire telle ou telle autre chose. Pour ces promesses, le promettant reste libre de tout engagement. Le second type de promesses concerne les promesses imparfaites, celles dont la volonté détermine pour l'avenir quelque chose « en donnant un indice suffisant de la nécessité qu'elle s'impose de persévérer ». L'exemple donné est celui du devoir de charité ou de la reconnaissance qui ne donne aucun droit à la personne nommée. Enfin, les promesses parfaites qui accordent de façon suffisante un droit d'exiger²⁴⁷. Pour ces promesses parfaites, Samuel von Pufendorf, qui reprend la même catégorisation que Grotius, disait : « on ajoute un engagement plus étroit, en vertu duquel on donne droit à celui envers qui l'on s'engage, d'exiger la rigueur de l'effet de notre parole »²⁴⁸. Seules ces promesses obligent l'auteur tandis qu'aux deux premières catégories de promesses, aucune obligation juridique ne s'y attache réellement.

83. L'absence de fondement à l'obligatorité des promesses *stricto sensu*. Si les auteurs entendent réfuter les thèses émises par leurs prédécesseurs du point de vue de la force juridique des promesses, leurs idées convergent cependant. *Stricto sensu*, la promesse ne lie pas le promettant. Ce n'est que lorsqu'elle s'accompagne d'une certaine formalité juridique et qu'elle rencontre l'acceptation du destinataire de la promesse qu'elle devient un acte juridique qui emporte création de droits et d'obligations. Dans ce cas, il ne s'agit plus simplement d'un acte unilatéral, mais d'une convention. Par extension, les actes unilatéraux ne seraient pas alors des sources du droit international. En toute hypothèse, celles-ci ne reposeraient sur aucun principe supérieur de justice ou tout autre fondement transcendantal.

²⁴⁷ Hugo GROTIUS, *Le droit de la guerre et de la paix*, trad. Pradier-Fodéré, Paris, PUF, 1999, p. 320.

²⁴⁸ Samuel Von PUFENDORF, *Le droit de la nature et des gens*, trad. de Jean Barbeyrac, Tome I, Livre III, chap. IV, Fontes et Paginae, 2009, p. 362.

L'analyse rapportée au débat sur la valeur juridique des codes des investissements, permettrait alors de réfuter la thèse selon laquelle les codes des investissements, considérés comme des promesses, seraient des actes unilatéraux de droit international. Ceux-ci n'obligeraient pas les États qui les adoptent puisqu'il s'agirait de promesses *stricto sensu* envers des investisseurs étrangers. Ces codes n'auront d'effet que si une convention est établie en ce sens. C'est le cas lorsque l'investisseur dispose d'un agrément ou d'une convention d'établissement²⁴⁹. La possibilité pour le code des investissements de servir de fondement à la réclamation est réfutée et *ipso facto*, l'existence des réclamations légales dans l'arbitrage transnational. Mais, cette conclusion, à laquelle conduisent les analyses de l'École de droit naturel, est à préciser en s'appuyant sur les travaux de la doctrine du droit international classique.

B. LA DEMONSTRATION INSUFFISANTE D'UN FONDEMENT DANS LA PENSÉE POSITIVISTE DU DROIT INTERNATIONAL

84. L'idée d'une approche positiviste du droit international. À la différence de l'École de droit naturel, le positivisme juridique apprécie le droit comme une science ayant des méthodes qui lui sont propres²⁵⁰. Il induit une approche très formaliste dans laquelle « il importe peu [...] que le contenu des règles juridiques provienne effectivement de la volonté psychique du souverain mais il importe beaucoup que ce contenu [...] soit approuvé par le Souverain au moyen d'un acte juridique »²⁵¹. Dans cette optique, l'approche positiviste du droit international a longtemps fondé la force obligatoire d'un instrument international dans la volonté concordante des États. À l'orée du XIX^e siècle, époque marquée par les théories volontaristes du droit international²⁵², la place de l'acte unilatéral comme source du droit ne préoccupe pas grandement la doctrine, qui n'envisage la formation du droit international, que par le biais d'un procédé ou d'un processus

²⁴⁹ Voir *infra*, Partie 1, titre 2 chap 2, section 2, § 2.

²⁵⁰ Le positivisme juridique est un terme polysémique. Des diverses définitions et approches, celle qui retient ici l'attention est celle qui permet « l'étude du droit positif menée selon une méthode que l'on peut appeler positive ou objective. Ce type de connaissance est alors qualifié de "science" parce qu'il respecte les critères d'objectivité qui caractérisent les sciences dans d'autres disciplines ». in Jean SALMON in *Dictionnaire de droit international public*, Bruxelles, Bruylant, 2001, pp. 852 – 853. Une telle conception conduit les juristes à préférer l'analyse des sources formelles du droit au détriment de ces sources matérielles.

²⁵¹ Eric MAULIN, « positivisme », Denis ALLAND et Stéphane RIALS (dir.), *Dictionnaire de la Culture Juridique*, Quadrige/Lamy - PUF, 2003, pp. 1171 – 1177.

²⁵² L'approche volontariste est résumée par le célèbre considérant de la CPJI dans l'affaire du Lotus en ces termes : « Les règles de droit liant les États procèdent de la volonté de ceux-ci, volonté manifestée dans des conventions ou dans des usages acceptés généralement comme consacrant des principes de droit et établis en vue de régler la coexistence de ces communautés indépendantes en vue de la poursuite de buts communs ». CPJI, *Lotus*, arrêt, 7 septembre 1927, série A, n°10, p. 18. Sur ces points, lire notamment : Heinrich TRIEPEL, « Les rapports entre le droit interne et le droit international », *RCADI*, 1923, pp 82 – 83 ; Danilo ANZILOTTI, *Cours de droit international*, Paris, LGDJ, 1999, p. 67-68.

consensuel. Ainsi, les quelques auteurs qui abordent la force obligatoire de la promesse entourent leurs propos de précautions.

85. Les prémisses du statut de l'acte unilatéral en droit international. Un des premiers théoriciens à se pencher sur la question avec le regard d'un internationaliste est Beckett. Dans son analyse à propos de l'affaire des zones franches²⁵³, égard pris de la valeur accordée par les juges de la CPJI à la déclaration de l'agent du gouvernement suisse²⁵⁴, il conclut :

« [I]l semble donc que, dans certains cas, un État peut être lié du point de vue du droit international vis-à-vis un autre État par l'action de son gouvernement, action d'un caractère soit conventionnel, soit unilatéral, ou bien par l'action de l'agent de ce Gouvernement auprès de la Cour [...] »²⁵⁵.

À la suite de Beckett, s'intéressant à la portée des déclarations orales, notamment à la déclaration d'Ihlen²⁵⁶, James Garner considère que la conclusion qui se dégage de la décision de la CPJI²⁵⁷ est : « *a unilateral oral declaration in the nature of a promise, the facts of which are admitted by the party making it, is internationally binding upon the latter party* »²⁵⁸. Pour autant, il ne semble pas possible de déduire de ces affirmations la faveur de l'auteur envers la force obligatoire des promesses. En effet, dans sa conclusion générale, Garner ne se réfère plus à une déclaration unilatérale, mais précise qu'un accord verbal entre États est, ou pourrait être, aussi contraignant pour les parties que s'il était consigné par écrit²⁵⁹. Cette conclusion montre qu'il était moins préoccupé par le caractère

²⁵³ CPJI, *Affaire des zones franches de la Haute-Savoie et du pays de Gex*, arrêt, série A/B, 7 juin 1932, p. 96.

²⁵⁴ L'auteur note ainsi que « l'Agent du Gouvernement suisse déclara, au nom de son Gouvernement, que, si les Zones franches étaient maintenues par l'arrêt de la Cour, le Gouvernement suisse, au cas où la France le désirerait, accepterait de faire régler la question des conditions des échanges de marchandises entre les Zones et la Suisse par des experts nommés par la Cour, à défaut d'un accord sur ce sujet entre les parties. La décision des experts lierait les deux États et, en ce qui concerne la Suisse, ne serait pas soumise à la ratification ». Cependant, « [l']agent du Gouvernement français a exprimé certains doutes quant au caractère obligatoire, du point de vue constitutionnel, de la déclaration du Gouvernement suisse » mais la Cour déclara : « eu égard aux circonstances dans lesquelles cette déclaration a été faite, la Cour doit cependant la considérer comme obligatoire pour la Suisse ». William E. BECKETT, « Les questions d'intérêt général au point de vue juridique dans la jurisprudence de la Cour permanente de justice internationale », *RCADI*, 1932, p. 156 -158.

²⁵⁵ William E. BECKETT, « Les questions d'intérêt général au point de vue juridique dans la jurisprudence de la Cour permanente de justice internationale », *RCADI*, 1932, p. 157-158.

²⁵⁶ Dans cette affaire au sujet de la souveraineté sur le Groenland Oriental disputée entre le Danemark et la Norvège, le ministère des affaires étrangères norvégien Ihlen a tenu des propos à l'occasion d'échanges avec les autorités danoises dont la teneur est la suivante : « Les projets du Gouvernement royal [danois] relatifs à la souveraineté du Danemark sur l'ensemble du Groenland ne rencontreront pas de difficultés de la part de la Norvège » in CPJI, *Statut juridique du Groenland Oriental*, arrêt, 5 avril 1933, série A/B, p. 36.

²⁵⁷ Appréciant la promesse ainsi faite par le ministre des affaires étrangères norvégien au gouvernement danois, la CPJI affirma « qu'une telle réponse à une démarche du représentant diplomatique d'une Puissance étrangère, faite par le ministre des Affaires étrangères au nom du Gouvernement, dans une affaire qui est de son ressort, lie le pays dont il est le ministre » in CPJI, *Statut juridique du Groenland Oriental*, arrêt préc., p. 71.

²⁵⁸ James Garner, « The international binding force of Unilateral Oral Declarations », *AJIL*, 1933, p. 496

²⁵⁹ James GARNER, « The international binding force of Unilateral Oral Declarations », *AJIL*, 1933, p. 497: « *The conclusion of the whole matter seem to be that an oral agreement between states is, or may be, as binding upon the parties as if it were recorded in writing, and will be applied by international tribunals whenever the facts as to the agreement may be proved* ».

unilatéral de la promesse que par sa forme, une déclaration orale. Son approche est donc à distinguer de celle de la doctrine des années 50.

86. L'acte unilatéral condition d'application d'un statut international. À partir des années 1950, les manuels de droit international font une place de plus en plus importante aux actes unilatéraux de droit international pris cependant, comme élément conventionnel²⁶⁰. De l'avis de Paul Reuter, la situation s'explique par le fait que « le besoin d'une théorie des actes unilatéraux des États ne se fait pas sentir d'une manière aiguë parce que l'acte unilatéral appartient plus à l'ordre national que conventionnel »²⁶¹. De plus, « la plupart des prétendus actes unilatéraux des États sont liés à une procédure conventionnelle ou apparaissent à propos de droits établis conventionnellement et les actes unilatéraux ne sont pas en principe des actes créateurs de droit »²⁶². Au soutien de son analyse, Reuter invoque la souveraineté des États, principe en vertu duquel aucun État ne peut exercer à l'égard d'autres États leur autorité. Toutefois, l'auteur apporte à sa démonstration une nuance, dont il convient de reprendre ici les termes :

« Il faut mettre dans une catégorie particulière les actes unilatéraux par lesquels les États étendent leur juridiction à l'égard d'autres États ou modifient leurs droits et obligations à l'égard de ces États. **De tels actes ne produisent des effets juridiques qu'en vertu d'une règle générale de droit international qui en fixe les conditions et modalités ; l'acte unilatéral est donc la condition d'application d'un statut de droit international ; on peut dire en ce sens que l'acte unilatéral n'est pas créateur (de droits) »**²⁶³.

De ce passage, il ressort que l'acte unilatéral n'est, en aucun cas, créateur de droits et s'il peut avoir des effets juridiques, ce n'est que par le biais d'une habilitation. Aussi pertinent que puisse être ce recours à la théorie de l'habilitation, l'opinion de Reuter sera remise en cause par Eric Suy dans sa thèse sur les actes unilatéraux.

87. L'affirmation de l'obligatorité des actes unilatéraux autonomes. Selon Suy, après une étude détaillée de la pratique des déclarations unilatérales, il est indéniable que certaines déclarations émanant d'un État peuvent ressembler à des déclarations unilatérales, mais celles-ci « doivent être placées le cadre plus large d'un accord entre deux ou plusieurs sujets de droit »²⁶⁴. Pour être valides, ces actes unilatéraux dépendent d'une norme habilitante qui en détermine également les effets. C'est le cas des lois relatives à la délimitation de la zone économique exclusive qui, si elles émanent d'un État,

²⁶⁰ Giorgio BALLADORE PALLIERI, *Diritto internazionale pubblico*, 8^{ème} éd., DOTT. A. GUIFFRÉ, 1962, p. 325-352.

²⁶¹ Paul REUTER, « Principes de droit international public », *RCADI*, vol. 2, 1961, p. 574.

²⁶² Paul REUTER, « Principes de droit international public », *RCADI*, vol. 2, 1961, p. 574.

²⁶³ Paul REUTER, « Principes de droit international public », *RCADI*, vol. 2, 1961, p. 574.

²⁶⁴ Eric SUY, *Les actes juridiques unilatéraux en droit international public*, Paris, LGDJ, 1962, p. 126

doivent être conformes à un traité ou une coutume internationale pour produire leurs effets sur la scène internationale. Également, les actes qui nécessitent l'existence d'autres actes juridiques unilatéraux pour produire des effets doivent être exclus. C'est l'exemple des actes entrant dans une configuration du type offre et acceptation. En marge de ces actes unilatéraux pris comme condition d'application d'un statut international, il existe également des promesses qui sont « purement unilatérales » quoique rares dans la pratique²⁶⁵. Ces promesses existent et sont valides indépendamment de toute norme habilitante et n'obligent que leurs auteurs. Il souligne ainsi que les conditions de ces actes unilatéraux seraient « la manifestation de volonté d'un seul sujet de droit international, l'indépendance vis-à-vis d'autres manifestations de volonté, et enfin des effets qui, tout en correspondant à la volonté manifestée, ne constituent jamais pour des tiers une charge »²⁶⁶. La force obligatoire de telles promesses, lorsque les conditions sont remplies, repose alors sur la confiance.

88. La confiance comme fondement de l'obligatorité. L'auteur souligne que bien que d'aucuns soient tentés de voir dans une telle obligation, la nécessité d'une acceptation qui détruirait l'argument de la force obligatoire de la promesse en ramenant le débat à un cadre conventionnel, il n'en est rien. Le bénéficiaire doit juste avoir connaissance de la promesse. Son attitude, éventuellement, compte dans l'hypothèse d'une objection manifeste²⁶⁷ ou dans la confiance accordée à la promesse sans qu'il ne soit question d'acceptation, acte qui lui-même nécessite une manifestation de volonté claire et en tout point conforme à l'offre. Ainsi, contrairement aux universitaires qui se sont prononcés en faveur de la force obligatoire des promesses selon ses propres termes²⁶⁸, c'est dans la « confiance dans la parole donnée que se trouve le fondement de la validité de la promesse »²⁶⁹. Rejoignant en cela le professeur Paul de Visser²⁷⁰, Suy présente la sécurité des rapports internationaux comme valeur absolue traduite par le principe de bonne foi. Assez étrangement cependant, il ajoute à ce propos que la « source de la promesse, est la norme coutumière »²⁷¹. Il y aurait donc deux fondements à la force

²⁶⁵ Eric SUY, *Les actes juridiques unilatéraux en droit international public*, Paris, LGDJ, 1962, pp. 127 – 135.

²⁶⁶ Eric SUY, *Les actes juridiques unilatéraux en droit international public*, Paris, LGDJ, 1962, p. 33.

²⁶⁷ Eric SUY, *Les actes juridiques unilatéraux en droit international public*, Paris, LGDJ, 1962, p. 151

²⁶⁸ Suy se réfère ici aux analyses de Balladore-Pallieri et Soerensen, *id.*, p. 148.

²⁶⁹ Eric SUY, *Les actes juridiques unilatéraux en droit international public*, *op. cit.*, p. 151

²⁷⁰ Eric SUY, *Les actes juridiques unilatéraux en droit international public*, *op. cit.*, p.152 : « Les États doivent savoir que la vie internationale requiert la sécurité et que pour cette raison il ne leur est pas permis de revenir sur leurs propres déclarations lorsque celles-ci ont déterminé un autre Etat à leur accorder confiance et crédit ».

²⁷¹ Eric SUY, *op. cit.*, p. 151.

obligatoire de la promesse. La coutume et les principes généraux de droit notamment le principe de bonne foi.

89. Critiques des fondements invoqués. Les objections à la théorie d'Eric Suy ne se sont pas faites attendre. Quadri, dans son cours à l'Académie de La Haye, porte un regard interrogateur sur les fondements présentés par Eric Suy. À propos de la coutume comme fondement de la force obligatoire des promesses, il souligne qu'une telle obligation coutumière n'existerait pas en droit international²⁷². Eric Suy, d'ailleurs, n'apporte pas la preuve d'une telle coutume internationale. De la sorte, les principes généraux de droit deviennent le seul fondement viable à l'obligatorité des actes unilatéraux. S'agissant de ces principes, en tant qu'héritage de l'École de droit naturel aux approches positivistes du droit, c'est tout naturellement que Quadri reprend à son compte les arguments évoqués à propos de la promesse en ces termes : « dans le droit romain, la *sponsio* exigeait le concours d'une demande et d'une réponse et son caractère obligatoire était fondé sur la forme, pas sur la promesse en tant que telle » et l'auteur de poursuivre :

« S'il est nécessaire pour que la promesse puisse avoir valeur obligatoire, que le destinataire "témoigne par un comportement qu'il se fie à la promesse et qu'il a confiance dans son auteur", ce comportement qui doit s'ajouter à la promesse exclut que la promesse à elle seule soit immédiatement obligatoire. D'autre part, ce comportement équivaut à une acception non formelle »²⁷³.

Prenant le contre-pied de Quadri, Venturini n'hésite pas à réhabiliter la théorie de Suy, dans la mesure où les arguments de Quadri comportent, selon son opinion, un biais qui procède de l'approche de droit romain choisie²⁷⁴. Il indique que le droit international obéit à une logique propre, qui ne souffre pas des mêmes contingences que le droit romain, en ces termes :

« (...) D'un point de vue logique, il suffit d'une seule volonté pour engendrer des obligations uniquement à charge de l'auteur de la déclaration de cette même volonté. La considération que la structure et l'orientation du droit international général contemporain tendent à concevoir restrictivement aussi bien les limitations de la souveraineté des États que les modes pour ceux-ci d'assumer des obligations, implique

²⁷² Pour justifier son raisonnement Rolando QUADRI établit une comparaison entre les stipulations pour autrui et les déclarations strictement unilatérales. Pour les premières, qui sont aussi des déclarations unilatérales, la jurisprudence et la pratique considèrent qu'elles lient leurs auteurs en cas d'acceptation. Il en irait de même des secondes puisqu'elles ont une même nature. Il soulignait ainsi : « (Les stipulations pour autrui sont) en d'autres termes des déclarations collectives unilatérales que la pratique diplomatique et jurisprudentielle a toujours été dans le sens que les tiers ne peuvent guère invoquer ces clauses, cela vaut également, on pourrait même dire a fortiori pour les déclarations d'un État particulier. Comment donc laisser de côté, à la légère, tous les précédents de ce genre ? » in « Le système des règles internationales », *RCADI*, 1964, p. 369. Également sur l'assimilation de la stipulation pour autrui à la promesse unilatérale, voir Jean Paul Jacqué, « À propos de la promesse unilatérale », *Le droit international : Unité et diversité*, mélanges Paul Reuter, A. Pédone, 1981, pp 325 – 347.

²⁷³ Rolando QUADRI, « Le système des règles internationales », *RCADI*, 1964, p.371

²⁷⁴ Il souligne ainsi : « un large usage d'institutions tirées du droit romain privé, particulièrement appropriées en raison de la nature patrimoniale, propre à cette époque-là, du droit de l'État – ou mieux du souverain – sur le territoire et sur les sujets ». Gilles VENTURINI, « La portée et les effets juridiques des attitudes et des actes unilatéraux des États », *RCADI*, 1964, p. 368.

seulement qu'une manifestation de volonté dans ce sens doit être réelle et non équivoque ; mais le pouvoir d'assumer des engagements internationaux est précisément un attribut de la souveraineté des États »²⁷⁵.

Le pouvoir de s'obliger peut ainsi être exprimé dans un cadre conventionnel ou en dehors de tout cadre conventionnel. La différence entre l'acte unilatéral qualifié de promesse et l'acte unilatéral qui serait une offre, est l'indépendance de ces actes vis-à-vis d'autres actes juridiques. En effet, l'offre ne produira son plein effet que si elle est acceptée, il en découle alors une convention, tandis que la promesse est immédiatement obligatoire, c'est-à-dire dès que son destinataire en a connaissance²⁷⁶.

La lecture des analyses doctrinales précédentes fait donc ressortir deux séries d'arguments. La première série, celle évoquée par les partisans de la force obligatoire, est que la promesse oblige sur le fondement du principe de la bonne foi. La seconde série d'arguments justifie l'absence de force obligatoire. La nécessité d'une réaction de la part du destinataire de la promesse créerait en effet un accord, certes tacite, mais tout de même un accord de volontés. Le débat peut ainsi être cristallisé : puisque ni les partisans ni les délateurs de la force obligatoire des actes unilatéraux ne nient la nécessité d'une réaction du destinataire de l'acte, quel est alors le véritable effet de la réaction ?

90. Le risque d'atteinte à la sécurité juridique. D'emblée, soutenir que l'acte unilatéral lie juridiquement l'État émetteur, devrait normalement oblitérer la réaction du destinataire de l'acte. Mais le faisant, toute déclaration, toute loi, toute décision de justice, pour peu qu'un État y trouve un intérêt, serait source de droit international et lierait le promettant. Autrement dit, poussé à l'extrême, l'argument en devient dangereux pour la sécurité des rapports internationaux. Or, c'est cette même sécurité des rapports internationaux qui est présentée comme le fondement de la force obligatoire de la promesse²⁷⁷. L'argument de l'absence de toute réaction de la part du destinataire de l'acte devient donc contre-productif. C'est, semble-t-il, la raison pour laquelle les défenseurs de la théorie de l'acte unilatéral comme source du droit international n'éludent pas dans leur démonstration la réaction du destinataire de l'acte²⁷⁸.

²⁷⁵ Gilles VENTURINI, « La portée et les effets juridiques des attitudes et des actes unilatéraux des États », *Cours préc.*, p. 401.

²⁷⁶ L'auteur ajoute : « En réalité, le caractère distinctif entre le cas de deux actes véritablement distincts, bien que reliés entre eux, et celui de deux manifestations de volonté (offre et acceptation) destinées à se rencontrer en vue de combiner un acte bilatéral, doit être trouvé dans l'indépendance, vis-à-vis de l'un de l'autre, des actes visés dans le premier cas, en ce sens que chacun d'entre eux se suffit à lui-même pour atteindre ses propres effets juridiques », Gilles VENTURINI, *Cours préc.*, p. 400.

²⁷⁷ Voir supra points 87 et ss.

²⁷⁸ Patrick Juillard souligne ainsi à propos des États qu'il identifie comme destinataires des codes des investissements : « Un code d'investissement, acte unilatéral d'un État, peut-il donner sa base à un "rapport juridique de droit international" ? On soutiendra ici que la réponse à cette question dépend essentiellement du comportement que vont adopter les États, y compris ceux auxquels la publication de ce code est destinée. Si ces derniers, du fait de la publication du code, modifient leur comportement en sorte de tenir compte de cette publication, alors, semble-t-il, on peut envisager que se noue un "rapport juridique de droit international", et

91. L'inexistence d'un principe fondant l'obligatorité des actes unilatéraux autonomes. À l'évidence, il est possible d'épiloguer sur la valeur juridique de la réaction du destinataire de la promesse, acception ou simple confiance (ou attente) légitime ; mais il serait vain de penser que cette exigence n'est pas la preuve d'une relation consensuelle. S'il s'agit d'une acception, on peut convenir sans peine, qu'on est en présence d'un accord de volontés. S'il s'agit d'une réaction fondée sur la confiance légitime, c'est toujours dans la volonté concordante des États qu'il faudra trouver le fondement de l'obligation. Dans le différend opposant la Bolivie au Chili au sujet de l'obligation de négocier un accès à l'Océan Pacifique, la Bolivie soutenait qu'une telle obligation avait pour fondement les déclarations unilatérales prises par le Chili et qui avaient suscité chez elle une attente légitime. Le refus du Chili d'entamer ces négociations frustrait ainsi ses attentes légitimes. Pour sa part, le Chili estimait qu'il n'existait aucun principe juridique consacrant en droit international une telle obligation. La CIJ releva sur ce point que si certains tribunaux arbitraux ont pu faire application de ce principe de protection des attentes légitimes, « il n'en découle pas qu'il existerait en droit international général un principe qui donnerait naissance à une obligation sur la base de ce qui pourrait être considéré comme une attente légitime »²⁷⁹. Ainsi, seul un traité ou une coutume peut obliger l'État à respecter ses promesses qui auront créé une attente légitime chez leur destinataire.

92. Donc *acta sunt servanda* n'est pas fondé en droit. Les actes unilatéraux *stricto sensu* ou autonomes ne sont pas une source de droit international public. Seul le principe *pacta sunt servanda* a une réelle consistance. Il s'ensuit que les actes unilatéraux ne peuvent pas être le fondement à l'appréciation des codes des investissements africains. Mais une telle conclusion ne se conçoit que d'un point de vue purement théorique. Dans

que ce rapport juridique trouve sa base dans le code d'investissement ». Patrick JUILLARD, « L'évolution des sources du droit des investissements », *RCADI*, 1994, p. 60, § 81. Michael Reisman et Mahnoush Arsanjani indiquent pour leur part que ce seraient plutôt les investisseurs qui seraient les destinataires et indiquent ainsi : Les auteurs écrivent en ce sens : « *What sort of unilateral statements or declaration should be deemed binding in international investment law? [...] Where statements are made either orally or distributed in writing in either hard copy or on-line, clearly promising certain conditions or treatment for foreign investors and such statements are made public and made repeatedly and foreign investors relied on them, and governments do not retrieve or qualify those statements of commitment before the conclusion of contracts with foreign investors, they should, in our view, bind state* ». Michael REISMAN et Mahnoush ARSANJANI, « The question of Unilateral Government Statements as Applicable Law in Investment Disputes », in *Völkerrecht als Wertordnung – Common Values in international Law, Essays in honour of Christian Tomuschat*, Pierre Marie DUPUY et al. (dir.), N.P. Engel Verlag, 2006, p. 422.

²⁷⁹ CIJ, *Obligation de négocier un accès à l'océan Pacifique (Bolivie c. Chili)*, arrêt, 1er Oct. 2018, *Rec.* 2018, p. 559, §§ 160 – 162. La version anglaise indique : « *The Court notes that references to legitimate expectations may be found in arbitral awards concerning disputes between a foreign investor and the host State that apply treaty clauses providing for fair and equitable treatment. It does not follow from such references that there exists in general international law a principle that would give rise to an obligation on the basis of what could be considered a legitimate expectation. Bolivia's argument based on legitimate expectations thus cannot be sustained* ». § 162.

la pratique, les choses sont plus complexes que ne le laisse voir ce mouvement pendulaire de la doctrine.

§2 : Les solutions pratiques favorables à la qualité de source des actes unilatéraux

93. Les analyses doctrinales précédemment évoquées, ont pour point d’ancrage des espèces similaires, même si les lectures des auteurs conduisent à des solutions divergentes. Sans ici reprendre l’ensemble des exemples, il convient de revenir sur les énoncés jurisprudentiels qui ont entendu faire de l’acte unilatéral une source du droit international aussi bien avec la CPJI (A) qu’avec la CIJ (B).

A. LA PRATIQUE FAVORABLE DE LA CPJI A PROPOS DES ACTES UNILATERAUX DE DROIT INTERNATIONAL

94. Pour comprendre la politique jurisprudentielle adoptée par les juges de La Haye au sujet de la force obligatoire des actes unilatéraux, il est utile de rappeler le contexte (1) dans lequel celle-ci a opéré afin de cerner la faveur de la Cour à l’obligatorité de ces actes (2).

1. Un contexte politique favorable à la reconnaissance de la force obligatoire des promesses

95. La protection des minorités à l’issue de la guerre. Avec la création de la Société Des Nations (SDN), s’ouvre une nouvelle ère pour le droit international. La grande guerre ainsi qu’elle fut d’abord nommée, a profondément modifié la conscience collective. La volonté politique fut axée sur les techniques juridiques pouvant donner une certaine valeur juridique aux déclarations des États baltiques lors de leur adhésion à la Société Des Nations (SDN)²⁸⁰. Il s’agit principalement des déclarations visant la protection du droit à la vie, à l’éducation, et autres libertés fondamentales reconnues aux minorités faites par la Finlande le 27 juin 1921, la Lituanie du 12 mai 1922, de la Lettonie du 7 juillet 1923, de la Bulgarie et de la Grèce du 29 septembre 1924²⁸¹. Ces déclarations, en raison de leur objet, ont été considérées comme obligatoires. Le cas de Lituanie est sur ce point intéressant.

²⁸⁰ L’assemblée générale de la SDN avait en effet exprimé le vœu suivant : « Dans le cas où les États baltiques, caucasiens et l’Albanie seraient admis dans la Société des Nations, l’Assemblée recommande à ces États de prendre les mesures propres à assurer l’application des principes généraux inscrits dans les Traités de minorités et leur demande de bien vouloir se mettre d’accord avec le Conseil sur les détails d’application ». in Déclaration lituanienne du 1^{er} mai 1922, *RTSDN*, vol. 22, p. 394, al. 1 du préambule.

²⁸¹ André MANDELSTAM, « la protection des minorités », *RCADI*, 1923, vol. I, pp. 365 – 515.

96. Le caractère obligatoire de la déclaration lituanienne. Reconnaissant comme faisant partie intégrante des lois fondamentales de la Lituanie²⁸², la déclaration lituanienne obligeait la Lituanie, vis-à-vis de la société internationale, à respecter les droits des minorités. L'article 9 de la déclaration disposait ainsi : « (...) ces stipulations constituent **des obligations d'intérêt international** et seront placées sous la garantie de la Société des Nations. Elles ne pourront être modifiées sans l'assentiment de la majorité du conseil de la Société des Nations ». Le texte ajoute que les divergences pouvant naître à propos de ces déclarations seront considérées comme des différends internationaux pouvant être soumis à la CPJI²⁸³. Mais, très vite, la force obligatoire de cette déclaration a été contestée.

En effet, à la suite d'une pétition de trente-quatre personnes d'origine russe établies en Lituanie relative à la confiscation de leur propriété foncière en vertu de la loi lituanienne de réforme agraire du 15 février 1922, des débats à propos de la nature juridique de cette déclaration se sont élevés et sont consignés dans le rapport Adatci soumis au Conseil de la SDN le 15 janvier 1930²⁸⁴. Dans ce rapport, le ministre des affaires étrangères de la Lituanie, Voldemaras, a insisté sur le caractère unilatéral des engagements acceptés par la Lituanie, en ce qui concerne la protection des minorités. Pour lui, ces déclarations ne sont pas des « traités unilatéraux ». Il s'agit de simples déclarations lues devant le Conseil. En revanche, pour le rapporteur Adatci : « [...] il paraît[ssait] incontestable que ces engagements constituent des obligations internationales pour la Lituanie »²⁸⁵. Mais ce caractère obligatoire de la déclaration ne découlait pas de sa nature d'acte unilatéral juridique.

En réalité, la déclaration ne pouvait être considérée comme un acte unilatéral juridique en dépit de certaines analyses doctrinales contraires²⁸⁶. L'obligatorité de la déclaration découlait d'un processus conventionnel, d'où son enregistrement auprès du secrétariat de la SDN. Sa nature véritable était donc celle d'un acte pris en vertu d'un accord international qui l'habilite à produire certains effets de droit.

97. Des déclarations, condition d'un statut international. L'obligatorité conventionnelle de ces déclarations est corroborée par M. Pusta qui à l'occasion de la signature de la déclaration de l'Estonie, dont les pourparlers avaient duré deux ans, insiste

²⁸² Déclaration lituanienne du 1^{er} mai 1922, *RTSDN*, vol. 22, p. 394, art. 1.

²⁸³ Déclaration lituanienne du 1^{er} mai 1922, *RTSDN*, vol. 22, p. 394, art. 9.

²⁸⁴ SDN, *JO*, 1932, annexe 1195, Rapport Adatci, p. 179.

²⁸⁵ SDN, *JO*, 1932, annexe 1195, Rapport Adatci, p. 183.

²⁸⁶ Eric SUY, *Les actes unilatéraux juridiques unilatéraux en droit international public*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1962, pp 121 – 124.

sur leur portée conventionnelle²⁸⁷. La formule choisie par le gouvernement Bulgare, quant à elle, confirme le rapport bilatéral qui se noue entre l'État déclarant et le Conseil de la SDN en ces termes :

« Le gouvernement bulgare, désireux d'assurer aux personnes appartenant à la minorité grecque en Bulgarie un traitement équitable, conformément aux clauses relatives à la protection des minorités du traité de Neuilly-sur-Seine, du 27 novembre 1919, a soumis à la Société des Nations la proposition formulée ci-dessous.

Le Conseil de la Société des Nations, dans sa séance du 29 septembre 1924, après avoir pris connaissance de la proposition du gouvernement Bulgare, **a décidé de l'accepter** »²⁸⁸.

98. En somme, au moment où la CPJI est saisie des premiers contentieux à propos des déclarations unilatérales, la volonté politique est orientée vers la reconnaissance d'une certaine obligatorité des déclarations unilatérales en les inscrivant dans un cadre conventionnel. Ce contexte n'est pas sans conséquence dans la posture adoptée par les magistrats de La Haye.

2. Les précédents favorables à la force obligatoire des actes unilatéraux

99. La CPJI a rendu très peu de décisions en ce qui concerne les actes unilatéraux. Cependant, les arrêts recensés font ressortir une politique plutôt en faveur de la reconnaissance de la force obligatoire des actes unilatéraux en droit.

100. **L'obligatorité des actes unilatéraux en droit interne.** La première affaire au cours de laquelle la Cour est amenée à se prononcer sur la valeur juridique des actes unilatéraux est celle des concessions Mavrommatis à Jérusalem²⁸⁹. La Cour a été saisie pour apprécier la validité de l'attribution des concessions d'eau et d'électricité accordée à Mavrommatis et Rutenberg. Le problème au sujet de ces contrats de concession était que l'article 29 de la concession attribuée à Rutenberg octroyait à ce dernier le droit de demander l'annulation de toute autre concession sur le territoire qui lui avait été accordé²⁹⁰. Il lui était ainsi reconnu la faculté de provoquer l'expropriation de M.

²⁸⁷ « Si ces pourparlers entre le Gouvernement estonien et le Conseil ont duré deux ans, c'est que le Gouvernement estonien a tenu à bien se rendre compte de la portée de l'engagement qu'il prend sur lui en vertu de la présente déclaration avant de lui donner son adhésion » SDN, *JO*, novembre 1923, p. 1312. Voir également la déclaration de la Lettonie du 7 juillet 1923 : « Je remercie M. le Dr Walters de sa déclaration qui vient d'être faite par M. Le représentant de la Lettonie et, est prêt à accepter les propositions y contenues, pourvu que le gouvernement letton lui fasse connaître, avant la prochaine session du conseil, qu'il approuve la déclaration ». SDN, *JO*, août 1923, p. 933.

²⁸⁸ N°737 : Proposition relative à la protection des minorités grecques en Bulgarie. Genève, le 29 septembre 1924. *RTSDN*, 1924, vol. XXIX, p. 118.

²⁸⁹ CPJI, *Affaire des concessions Mavrommatis à Jérusalem*, série A, arrêt n°5, 26 mars 1925, p. 6.

²⁹⁰ Le texte était ainsi libellé : « Au cas où il existerait quelque concession valable préexistante, visant en totalité ou en partie l'objet de la présente concession, le Haut-commissaire, s'il en est sollicité par écrit par le concessionnaire, prendra les mesures nécessaires en vue d'annuler cette concession dans la mesure où elle affecte la présente concession ; le concessionnaire indemniserà le Haut-Commissaire de toute somme qui pourrait venir à échéance ou être payable au sujet de l'annulation de ladite concession dans la mesure où elle affecte la concession présente et sera autorisé à augmenter le capital de la Société et les taux à imposer aux

Mavrommatis en sollicitant auprès du Haut-Commissaire le retrait de la concession dont bénéficiait Mavrommatis sur les territoires qui lui avait été attribués. Durant les débats, le Gouvernement britannique a versé au dossier une lettre de M. Rutenberg dans laquelle il s'engageait à ne pas exproprier la concession Mavrommatis et ne pas faire obstacle au droit de ce dernier de procéder aux installations qu'il souhaitait. Fort de cette lettre, le Gouvernement britannique a également pris l'engagement de ne donner aucune suite à tout revirement de la part de M. Rutenberg. Se prononçant sur la valeur de cet engagement unilatéral de M. Rutenberg, la Cour dispose :

« Il résulte de ces déclarations de M. Rutenberg que sa renonciation lie aussi bien lui-même comme partie contractante de l'Accord du 21 septembre 1921 que la société qu'il s'était obligé de constituer aux termes dudit accord et au profit de laquelle devaient naître les droits et obligations découlant de la concession. La Cour estime enfin que la renonciation de M. Rutenberg vaut également pour tout autre ayant droit de M. Rutenberg que la Société concessionnaire »²⁹¹.

De cet extrait, il apparaît que la Cour reconnaît une certaine force obligatoire à l'acte unilatéral. Toutefois, il n'est pas possible, en dépit cette inclination, de conclure à l'admission de la force obligatoire des actes unilatéraux pour deux raisons. La première tient à l'auteur de la promesse. En effet, la promesse dont il est ici question, est imputable à une personne privée et non à un sujet souverain de droit international. Il est donc difficile de situer l'obligatorité de cette promesse dans l'ordre juridique international. Cette obligatorité, en cela apparaît la seconde raison, n'est d'ailleurs pas démontrée par la Cour qui l'affirme de façon péremptoire. On peut en effet, se poser la question de savoir d'où peut-elle affirmer le caractère obligatoire de cette promesse et dans quel ordre juridique cette dernière trouve sa source. Le silence de la CPJI sur le sujet, donne à penser qu'il faut plutôt rattacher cette obligatorité au droit interne, le droit international ne connaissant pas une telle obligation. En clair, il n'est pas possible de déterminer l'existence du principe *acta sunt servanda* à partir de ce considérant. Sa formulation reste trop imprécise pour servir d'aiguillon utile.

101. La force obligatoire de la déclaration d'Ihlen. Tout autre chose est le propos tenu par la CPJI dans la très commentée affaire du Groenland Oriental, à propos de la déclaration de Ihlen. Dans cette affaire au sujet de la souveraineté sur le Groenland Oriental disputée entre le Danemark et la Norvège, le ministre des affaires étrangères

consommateurs d'énergie électrique dans des proportions correspondantes. Le montant de ladite annulation de concession d'accord avec le concessionnaire et, à défaut d'accord, sera fixé par voie d'arbitrage entre le ou les détenteurs de ladite concession préexistante et le Haut-Commissaire ou par toute autre procédure appropriée ». in CPJI, *Affaire des concessions Mavrommatis à Jérusalem*, série A, arrêt n°5, 26 mars 1925, p. 33.

²⁹¹ CPJI, *Affaire des concessions Mavrommatis à Jérusalem*, série A, arrêt n°5, 26 mars 1925, p. 37.

norvégien Ihlen a tenu des propos à l'occasion d'échanges avec les autorités danoises dont la teneur était la suivante : « Les projets du Gouvernement royal [danois] relatifs à la souveraineté du Danemark sur l'ensemble du Groënland... ne rencontreront pas de difficultés de la part de la Norvège »²⁹². Interprétant cette déclaration comme une reconnaissance de la souveraineté danoise sur le Groenland, le gouvernant danois estimait qu'elle créait une obligation à la charge de la Norvège. Appréciant la promesse ainsi faite par le ministre des affaires étrangères norvégien au gouvernement danois, la CPJI affirma « qu'une telle réponse à une démarche du représentant diplomatique d'une Puissance étrangère, faite par le ministre des Affaires étrangères au nom du Gouvernement, dans une affaire qui est de son ressort, lie le pays dont il est le ministre »²⁹³.

Au premier abord, la déclaration de Ihlen se présente comme un engagement unilatéral oral, consigné par la suite par écrit, par lequel un représentant engage son État par ses promesses. On pourrait y voir, à partir de cette constatation, la confirmation du principe *acta sunt servanda*. Mais, ainsi que les juges dans leur opinion dissidente l'ont relevé, il serait plus juste d'apprécier la déclaration de Ihlen, comme un accord de volonté. Selon le juge Anzilotti, dont la pensée est sans doute influencée par sa vision volontariste du droit international, « on est (...) en présence d'un accord conclu entre le ministre du Danemark, au nom du Gouvernement danois, et le ministre des Affaires étrangères de Norvège, au nom du Gouvernement norvégien, moyennant des déclarations purement verbales »²⁹⁴. Autrement dit, la force obligatoire de la déclaration de Ihlen tenait plus du principe *pacta sunt servanda* que celui de l'*acta*. Une telle qualification s'explique par le contexte dans lequel intervient la déclaration de Ihlen. La promesse a été suscitée par une volonté étrangère à celle du promettant et surtout acceptée par le destinataire de la promesse, le représentant danois, qui en a tenu copie à son gouvernement. Également, les échanges ont été confirmés par les parties à la suite de plusieurs négociations. Ces éléments confirment assez la nature conventionnelle dans laquelle s'inscrit la déclaration Ihlen²⁹⁵.

102. En définitive, même si les juges de la CPJI se sont montrés favorables à la reconnaissance d'une certaine force obligatoire des déclarations unilatérales, l'étude minutieuse de ces déclarations montre que celles-ci tirent leur caractère contraignant d'un

²⁹² CPJI, *Statut juridique du Groenland Oriental*, arrêt, 5 avril 1933, série A/B, p. 36.

²⁹³ CPJI, *Statut juridique du Groenland Oriental*, arrêt, 5 avril 1933, série A/B, p. 71.

²⁹⁴ CPJI, *Statut juridique du Groenland Oriental*, opinion dissidente, Anzilotti, 5 avril 1933, série A/B, p. 76.

²⁹⁵ Pour plus de détails sur les débats à propos de la nature de la déclaration d'Ihlen, voir notamment les positions de Quadri, Venturini et Suy. Voir *supra* points 87 et ss.

rapport conventionnel. Comme telle, la jurisprudence de la CPJI ne permet pas de soutenir que les actes unilatéraux autonomes sont des sources de droit international public²⁹⁶. La juridiction internationale qui a définitivement franchi le pas sur la question, c'est la CIJ.

B. LA JURISPRUDENCE FAVORABLE DE LA CIJ A L'OBLIGATORIÉTÉ DES ACTES UNILATÉRAUX

103. La CIJ a eu l'occasion de se prononcer à diverses reprises sur l'obligatorité des actes unilatéraux en droit international. Sa position a été affirmée pour la première fois²⁹⁷ dans les affaires à propos des Essais Nucléaires. Depuis, sa jurisprudence sur la question a gagné en précision.

104. La consécration de la force obligatoire des actes unilatéraux. Dans l'emblématique affaire des *Essais nucléaires*, les juges de La Haye devaient se prononcer sur la valeur juridique des déclarations faites par le président de la République française²⁹⁸, le ministre de la défense²⁹⁹ et le ministre des affaires étrangères³⁰⁰ au sujet de l'arrêt par le gouvernement français des essais nucléaires atmosphériques. À la question de savoir si ces déclarations créaient des droits au profit des États tiers, notamment la Nouvelle Zélande et l'Australie, et des obligations pour l'État français, les juges de

²⁹⁶ L'analyse est confirmée par les positions tenues par les États dans l'affaire de la Carélie Orientale. La question posée aux honorables était de savoir si la déclaration de la délégation russe concernant l'autonomie de la Carélie orientale, faite à la séance générale du 14 octobre des délégations de paix, annexés aux accords intervenus, constituait un engagement d'ordre international obligeant la Russie vis-à-vis de la Finlande à l'exécution des dispositions y contenues. Selon le gouvernement finlandais, cette déclaration faisait partie de l'accord entre les deux pays et que « le Traité a été signé à la même condition que la Déclaration ait la même force obligatoire ». Le Gouvernement russe rejeta une telle position au motif que la « déclaration n'a aucun caractère contractuel et que, faite seulement à titre d'information, elle se borne à constater la situation déjà existante ». Cette déclaration, si elle est insérée au procès-verbal de signature, n'était pas mentionnée par le traité. La Cour évita toutefois de prononcer sur la question.

²⁹⁷ Dans une affaire antérieure, la Cour a tenu des raisonnements qui ne sont pas de grand intérêt pour la démonstration actuelle. Dans l'affaire du Sud-Ouest africain, elle affirmait à propos de la valeur juridique des actes unilatéraux : « La Cour ne saurait non plus interpréter les déclarations unilatérales, dites déclarations d'intention, par lesquelles les Mandataires ont, à l'occasion de la dissolution de la Société des Nations, annoncé qu'ils étaient disposés à continuer à s'inspirer des Mandats aux fins de l'administration des territoires en cause, comme conférant à titre individuel aux Membres de l'organisation des droits ou intérêts juridiques nouveaux qu'ils ne possédaient pas antérieurement » in CIJ, *Affaire du Sud-Ouest africain*, arrêt, 18 juillet 1966, Rec. 1966, p. 36, § 56.

²⁹⁸ « (...) La présidence de la République précise (...) qu'au point où en est parvenue l'exécution de son programme de défense en moyens nucléaires, la France sera en mesure de passer au stade des tirs souterrains aussitôt que la série d'expériences prévues pour cet été sera achevée. » et d'ajouter « Ainsi, les essais atmosphériques qui seront prochainement effectués seront normalement les derniers de ce type ». CIJ, *Affaire des essais nucléaires (Nouvelle Zélande c. France)*, 20 décembre 1974, Rec. 1974, p. 472, §§ 34 et 35.

²⁹⁹ Les déclarations du ministre de la Défense ont été formulées dans un premier temps, le 16 août 1974 au cours d'une interview donnée à la télévision française durant laquelle le ministre indiquait que le Gouvernement français avait tout mis en œuvre pour que les essais nucléaires de 1974 soient les derniers à se dérouler dans l'atmosphère et dans un second temps, le 11 octobre 1974, au cours d'une conférence de presse. CIJ, *Affaire des essais nucléaires (Nouvelle Zélande c. France)*, 20 décembre 1974, Rec. 1974, p. 472, §§ 38 et 40.

³⁰⁰ Le ministre des affaires étrangères s'adressant à l'Assemblée générale des Nations Unies le 25 septembre 1974 déclarait : « Parvenus désormais, dans la technologie nucléaire, à un degré où il devient possible de poursuivre nos programmes par des essais souterrains, nous avons pris nos dispositions pour nous engager dans cette voie : dès l'année prochaine. ». CIJ, *Affaire des essais nucléaires (Nouvelle Zélande c. France)*, 20 décembre 1974, Rec. 1974, p. 472, § 39.

La Haye ont répondu, sans ambages, par l'affirmative en des termes qui méritent d'être reproduits ainsi qu'il suit :

« Il est reconnu que des déclarations revêtant la forme d'actes unilatéraux et concernant des situations de droit ou de fait peuvent avoir pour effet de créer des obligations juridiques. Des déclarations de cette nature peuvent avoir et ont souvent un objet très précis. Quand l'État auteur de la déclaration entend être lié conformément à ces termes, cette intention confère à sa prise de position le caractère d'un engagement juridique, l'Etat intéressé étant désormais tenu en droit de suivre une ligne de conduite conforme à sa déclaration. Un engagement de cette nature, exprimé publiquement et dans l'intention de se lier, même hors du cadre de négociations internationales, a un effet obligatoire. Dans ces conditions, aucune contrepartie n'est nécessaire pour que la déclaration prenne effet, non plus qu'une acceptation ultérieure ni même une réplique ou une réaction d'autres États, car cela serait incompatible avec la nature strictement unilatérale de l'acte juridique par lequel l'Etat s'est prononcé »³⁰¹.

Dans ce célèbre considérant, il convient d'insister sur l'argument d'autorité introduit par le groupe de mots : « [i]l est reconnu ». Reconnu par qui ? Et depuis quand ? À ces questions essentielles, il est surprenant de voir que les éminences grises du palais de La Haye, dont la propension à la justification ne souffre d'aucune contestation, ne s'encombrent pas de plus de détails. La chose est affirmée et reconnue, sans plus ! Or, le passage en revue des différentes affaires et de la doctrine ne laisse pas deviner que cette affirmation puisse se tenir sans un minimum de démonstration. Seul indice, il est mentionné plus loin dans l'arrêt que la bonne foi est le principe de base qui préside à la création et à l'exécution d'obligations³⁰². Mais cela ne démontre pas la consécration de longue date du principe *acta sunt servanda*. Dans son opinion dissidente à l'arrêt, le juge De Castro devait ainsi se prononcer : « [j]e ne vois aucun indice permettant de présumer que la France ait voulu donner naissance à une obligation internationale, dotée de la même force obligatoire qu'un traité - et envers qui, envers le monde entier ? »³⁰³

105. Une consécration sans conséquence ! En dépit des doutes formulés par un de ses membres et des critiques à l'endroit de sa décision dans l'affaire des *Essais nucléaires*, la CIJ confirma sa position dans des espèces ultérieures, tout en imposant certaines limites. Ainsi, dans l'affaire du différend frontalier opposant le Burkina Faso au Mali, la Cour « estime devoir faire preuve d'une plus grande prudence encore face à une déclaration unilatérale privée de tout destinataire précis »³⁰⁴. Dans l'affaire des activités armées sur le territoire du Congo (nouvelle requête : 2002), elle ajoute que pour apprécier la qualité normative d'une déclaration, il convient d'« examiner le contenu réel de celle-

³⁰¹ CIJ, *Affaire des essais nucléaires (Nouvelle Zélande c. France)*, 20 décembre 1974, *Rec.* 1974, p. 472, § 46.

³⁰² CIJ, *Affaire des essais nucléaires (Nouvelle Zélande c. France)*, 20 décembre 1974, *Rec.* 1974, p. 473, § 49.

³⁰³ CIJ, *Affaire des essais nucléaires, Australie c. France*, opinion dissidente, De Castro, *Rec.* 1974, p. 126.

³⁰⁴ CIJ, *Affaire du différend frontalier (Burkina Faso c. Mali)*, arrêt, 22 décembre 1986, *Rec.* 1986, p. 574, §. 39.

ci ainsi que les circonstances dans lesquelles elle a été faite »³⁰⁵. Ce qui conduit à une approche casuistique constante. Or, une telle démarche n'est pas sans conséquence dans la recherche d'une certaine sécurité juridique. Ceci peut expliquer pourquoi la Cour considère le procédé conventionnel comme la voie normale pour souscrire à des engagements et par déduction, l'acte unilatéral comme le procédé anormal ou exceptionnel³⁰⁶. Ce caractère exceptionnel exige un examen minutieux qui laisse dubitatif quant à l'intérêt de tels actes. En fait, en dehors de l'arrêt des Essais Nucléaires, la CIJ n'a plus reconnu une déclaration comme présentant un tel caractère d'une part, et d'autre part, aucun État, y compris dans l'affaire des Essais nucléaires, n'a vu sa responsabilité engagée pour non-respect de sa déclaration unilatérale³⁰⁷.

106. En somme, la politique jurisprudentielle de la CIJ est marquée d'une certaine ambiguïté par laquelle, si elle se montre favorable à l'obligatorité des actes unilatéraux autonomes, elle entoure ceux-ci de conditions et précautions diverses qui en limitent la portée. De plus, la démarche casuistique adoptée par les juges comporte un risque pour la sécurité juridique que la CDI a entrepris de résoudre.

Section 2 : L'approche critiquable des actes unilatéraux autonomes en droit positif

107. Les travaux de la CDI concernant les actes unilatéraux autonomes de droit international sont, en droit positif, l'élément de rupture dans le débat sur leur obligatorité. Bien que s'étant soldés par un échec, ces travaux sont d'un apport considérable pour l'étude de ces actes en ce qu'ils consacrent l'obligatorité de ces actes (§1). En revanche, les caractères des actes qu'ils ont permis d'identifier (§2) montrent les incertitudes persistantes autour de l'obligatorité de ces actes.

³⁰⁵ CIJ, Affaire des activités armées sur le territoire du Congo (Nouvelle requête : 2002), (RDC c. Rwanda), Arrêt, 3 février 2006 *Rec.* 2006, p. 28, § 49.

³⁰⁶ CIJ, *Affaire du différend frontalier (Burkina Faso c. Mali)*, arrêt, 22 décembre 1986, *Rec.* 1986, p. 574, §. 40.

³⁰⁷ Dans l'affaire des Essais Nucléaires, la procédure a été interrompue au stade des exceptions préliminaires (CIJ, *Affaire des essais nucléaires (Nouvelle Zélande c. France)*, 20 décembre 1974, *Rec.* 1974). Dans l'affaire des activités militaires et paramilitaires des États-Unis au Nicaragua et contre celui-ci (CIJ, *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (fond)*, arrêt, 27 juin 1986, *Rec.* 1986), elle ne conclut pas en l'existence d'un acte unilatéral de même que dans l'affaire du différend frontalier (CIJ, *Affaire du différend frontalier (Burkina Faso c. Mali)*, arrêt, 22 décembre 1986, *Rec.* 1986). Dans l'affaire de l'obligation de négocier un accès à l'océan Pacifique (CIJ, *Obligation de négocier un accès à l'océan Pacifique (Bolivie c. Chili)*, arrêt, 1er Oct. 2018, *Rec.* 2018), elle ne voit aucun fondement à une telle obligation découlant tant de la bonne foi que de la protection des attentes légitimes.

§1. L'apport des travaux de la CDI au débat sur l'obligatorité des actes unilatéraux de droit international

108. L'inclination favorable à la qualité de source du droit international des actes unilatéraux autonomes par les juridictions internationales, a conduit les États à accorder une attention particulière à cette question. Ces derniers confiaient à la CDI le soin de codifier les règles relatives aux actes unilatéraux par la résolution 51/160 de l'Assemblée Générale des Nations Unies (Assemblée Générale)³⁰⁸. Les travaux préparatoires sur les principes directeurs des actes unilatéraux montrent que la question de la force obligatoire de ces actes unilatéraux en droit a été longtemps débattue entre les experts de la commission (A) avant d'être soumise à l'appréciation des États (B).

A. L'INCLINATION MITIGÉE DES EXPERTS DE LA CDI À LA RECONNAISSANCE DE LA FORCE OBLIGATOIRE DES ACTES UNILATÉRAUX.

109. Dans son premier rapport rendu à la Commission, le rapporteur spécial Victor Cedeño s'est montré favorable à la reconnaissance du principe *acta sunt servanda*. Au soutien de sa position, l'auteur évoque deux séries d'arguments dont il convient ici de reprendre les grandes lignes.

110. La bonne foi comme fondement de l'obligatorité. Le premier argument évoqué est celui de la bonne foi consacrée par la CIJ dans les affaires des *Essais nucléaires* précitées. Le principe de bonne foi, en tant que principe de droit international coutumier qui sous-tend le principe *pacta sunt servanda*, oblige les États à tenir les promesses qu'ils font aux autres États. Toutefois, si faire reposer le caractère obligatoire des actes unilatéraux sur le principe *bona fide* n'est pas en soi dénué de sens, cela ne repose pas sur un principe de droit supérieur. Pour rappel, l'École de droit naturel n'a pas identifié un principe supérieur sur lequel le respect d'une promesse faite par un État dans le droit des gens pourrait être fondé³⁰⁹. Ainsi, la bonne foi opère ici comme un principe du droit international³¹⁰. La nuance a son importance puisque, contrairement aux principes généraux de droit qui sont communs à tous les ordres juridiques, le principe du droit international est issu du droit coutumier ou du droit conventionnel. À ce titre, il peut être objecté que c'est finalement la coutume ou les conventions qui sont les réels fondements

³⁰⁸ AGNU, Résolution 51/160, 16 décembre 1996, § 13.

³⁰⁹ Voir *supra* points 80 et ss.

³¹⁰ Jean Combacau et Serge Sur soulignent en ce sens que ces principes ont en commun de ne pas reposer sur un élément autonome et de se rattacher à d'autres éléments qui déterminent leur régime juridique. Jean COMBACAU et Serge SUR, *Droit international public*, 12^{ème} édition, LGDJ, 2016, pp. 108-111.

du principe *Acta sunt servanda*. Certes, la CIJ a précisé que ces principes n'ont pas un caractère subsidiaire³¹¹, mais l'objection mérite tout de même d'être formulée, car l'autorité juridique du principe est fonction de la règle positive qui l'incorpore³¹². D'ailleurs, le rapporteur spécial n'ignore pas cette objection et formule, pour soutenir sa position, une seconde hypothèse.

111. La confiance comme fondement de l'obligatorité. Intimement liée au principe de la bonne foi, la seconde voie que propose le rapporteur spécial est tout aussi discutable. En effet, si l'auteur voit dans « la nécessité d'instaurer une plus grande confiance dans les relations internationales (...) un élément du fondement du caractère obligatoire des actes unilatéraux »³¹³, il minore le fait que la protection des attentes légitimes des autres États n'est pas une charge qui incombe, en premier lieu, aux États. Chaque État est libre de croire ce qu'il veut et aucun État n'est obligé de donner satisfaction aux croyances (légitimes) des autres s'il y trouve un inconvénient. Les promesses ne doivent pas troubler l'ordre social. Pour garantir cet ordre, il est même nécessaire d'exiger d'une part, que la promesse emprunte une certaine solennité et d'autre part, que l'attente légitime soit manifestée suivant une certaine solennité. Les formes, procédures et procédés en droit servent à ce but. On ne peut donc voir dans la formule du rapporteur spécial un énième argument confirmant le caractère obligatoire de l'*acta sunt servanda*. Il s'agit d'ailleurs de fondement dont le caractère inopérant était connu³¹⁴.

112. Les réactions des autres membres de la CDI. Les autres membres du groupe de travail n'ont pas manqué de faire part de leur doute quant à la position tenue par le rapporteur spécial. M. GOCO concède : « (...) le silence de l'Article 38 (du statut de la CIJ) ne saurait bien entendu empêcher de considérer les actes unilatéraux source de droit »³¹⁵. Pour autant, il ne partage pas l'analyse du rapporteur sur le point de la confiance entre États. Il signale à ce propos : « seul le principe de la bonne foi de l'État qui fait la déclaration ou la promesse peut fonder le caractère obligatoire de celle-ci »³¹⁶. Pour Ferrari Bravo, après avoir admis que la doctrine de son pays connaît la règle des actes

³¹¹ « Les principes qui sont à la base de la Convention [des Nations-Unies pour la prévention et la répression du crime de génocide] sont des principes reconnus par les nations civilisées comme obligeant les États même en dehors de tout lien conventionnel ». CIJ, *Réserves à la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, avis consultatif, 28 mai 1951, *Rec.* 1951, p. 23.

³¹² Jean COMBACAU et Serge SUR, *Droit international public*, 12^{ème} édition, LGDJ, 2016, pp. 108-111.

³¹³ CDI, *Ann. cdi.*, « premier rapport sur les actes unilatéraux des États », Victor Rodriguez Cedeño, Rapporteur spécial, A/CN.4/486, §161.

³¹⁴ Voir ainsi les analyses évoquées à la section précédente.

³¹⁵ CDI, *Ann. Cdi.*, vol. I, 1998, (A/CN.4/483, sect. F, A/CN.4/486, A/CN.4/L.558), p. 38, §37.

³¹⁶ CDI, *Ann. Cdi.*, vol. I, 1998, (A/CN.4/483, sect. F, A/CN.4/486, A/CN.4/L.558), p. 39, §43.

unilatéraux, il précise qu'il est possible de s'interroger sur l'utilité de l'entreprise en ces termes :

« L'action des parties est ainsi créative, parce qu'elle donne naissance, par leur volonté, à quelque chose qui n'existait pas auparavant. Il est donc tout à fait justifié d'élaborer des règles précises concernant la manifestation et la réalisation de cette volonté – en d'autres termes, de développer le droit des traités. Mais si l'intention est manifestée par une seule partie, comme c'est le cas par définition pour les actes unilatéraux, peuvent-elles vraiment être qualifiées de créative ? »³¹⁷.

Avant d'ajouter :

« En réalité, un acte unilatéral est généralement accompli en réponse à une situation préexistante et souvent provoquée par un différend au sujet de ce qu'était cette situation préexistante »³¹⁸.

Simma, quant à lui, mentionne l'existence de six théories pouvant justifier le caractère obligatoire des actes unilatéraux en les réduisant en deux catégories : l'une subjective, l'intention de se lier, et l'autre objective, la confiance des États tiers³¹⁹.

113. En dépit des divergences exprimées, un compromis autour de la force obligatoire des actes unilatéraux de droit international a émergé. Cette formule d'Alain Pellet le résume ainsi qu'il suit :

« 41. En ce qui concerne les actes auto-normateurs, de nombreux problèmes techniques se posent à propos de leur régime juridique mais, comme le dit le Rapporteur spécial aux paragraphes 152 à 162 de son rapport, le fondement de son caractère obligatoire se trouve dans le principe de la bonne foi, qui étaye aussi bien l'adage *pacta sunt servanda* énoncé à l'article 26 de la Convention de Vienne de 1969 que la règle *acte sunt servanda* empruntée par le Rapporteur spécial au schéma général élaboré à la quarante-huitième session (...) »³²⁰.

114. En somme, l'analyse des débats au sein de la CDI, à propos de la force obligatoire, tend à reconnaître l'existence de la règle *acta sunt servanda* en droit international sur laquelle les États ont eu à se prononcer.

³¹⁷ CDI, *Ann. CDI*, Vol. I, 2524^e séance, Mardi 5 mai 1998, Actes unilatéraux des États, [A/CN.4/483, sect. F, A/CN.4/486, A/CN.4/L.558], p. 41, §65.

³¹⁸ CDI, *Ann. CDI*, Vol. I, 2524^e séance, Mardi 5 mai 1998, Actes unilatéraux des États, [A/CN.4/483, sect. F, A/CN.4/486, A/CN.4/L.558], p. 41, §65.

³¹⁹ Pour M. Simma : « pas moins de 6 théories peuvent justifier la force obligatoire des promesses unilatérales que l'on peut ranger en deux catégories à savoir les théories subjectives et les théories objectives. Selon les premières, c'est l'intention de l'État qui fait la promesse qui crée l'obligation, sur le fondement, semble-t-il, de la pollicitatio du droit romain ». Toutefois, M. Simma précise que l'élément subjectif, s'il est nécessaire, n'est pas suffisant, et un élément objectif doit être présent. Les théories objectives semblent reposer sur la notion d'estoppel, ou des notions plus larges comme celles de la bonne foi. C'est ce qu'a fort bien exprimé Reuter lorsqu'il a déclaré : « Cette affirmation (du caractère contraignant d'une promesse unilatérale) est basée sur le principe de la bonne foi, et plus spécialement sur l'obligation de respecter les convictions que l'on fait naître par son comportement ». « Une promesse unilatérale est contraignante si, étant donné les circonstances, son destinataire, ou même la communauté des États, peuvent légitimement faire fond sur elle ». Ex de la déclaration égyptienne de 1957. Enfin, « Les actes unilatéraux ne sont pas des sources du droit mais qu'ils créent des obligations juridiques, et que les principes et les règles sur la base desquels ils créent de telles obligations font partie des principes généraux du droit ou du droit international coutumier ». CDI, *Ann. CDI*, Vol. I, 2525^e séance du mercredi 6 mai 1998, à 10h15, Actes unilatéraux des États (suite) [A/CN.4/483, sect. F, A/CN.4/486, A/CN.4/L.558], pp. 45 à 46.

³²⁰ CDI, *Ann. CDI*, Vol. I, 2525^e séance du mercredi 6 mai 1998, à 10h15, Actes unilatéraux des États (suite) [A/CN.4/483, sect. F, A/CN.4/486, A/CN.4/L.558].

B. LA TOLERANCE DES ÉTATS ENVERS LA JURIDICITE DU PRINCIPE ACTA SUNT SERVANDA

115. L'échec du projet. Déjà, avant même que le groupe de travail ne soumette ses travaux à l'assemblée générale, certains États avaient soulevé des objections concernant la force obligatoire des actes unilatéraux. C'est notamment le cas de la République tchèque qui a exprimé sa réticence concernant la force obligatoire des actes unilatéraux³²¹. Mais plus que les réactions antérieures au projet, c'est le sort réservé au projet de codification du régime des actes unilatéraux qui est déterminant. En raison de l'extrême complexité du sujet, les membres de la commission ont dû se résoudre à abandonner toute systématisation ou théorisation des actes unilatéraux de droit international. Ainsi, le projet s'est soldé par un échec³²².

116. La reconnaissance implicite de l'obligatorité. Toutefois, la tâche n'a pas été vaine en ce qu'elle permet la définition de certains principes directeurs dont l'Assemblée Générale a pris note³²³. L'article 1 de la résolution précise ainsi :

« Des déclarations formulées publiquement et manifestant la volonté de s'engager peuvent avoir pour effet de créer des obligations juridiques. Lorsque les conditions pour qu'il en soit ainsi sont réunies, **le caractère obligatoire de telles déclarations repose sur la bonne foi** ; les États intéressés peuvent donc en tenir compte et tabler sur elles ; ils sont fondés à exiger que de telles obligations soient respectées »³²⁴.

Il s'en infère qu'en prenant note des principes directeurs relatifs aux déclarations unilatérales, dont l'article 1 reconnaît le caractère obligatoire de certaines déclarations unilatérales, et en recommandant leur diffusion, les États de l'Assemblée Générale admettent implicitement l'existence d'un principe *acta sunt servanda*. La posture adoptée par certains d'entre eux à l'occasion des différends qui se sont élevés à propos de déclarations unilatérales vient corroborer une telle position. Récemment encore, dans l'affaire concernant l'obligation de négocier opposant la Bolivie au Chili, la partie défenderesse n'a pas remis en cause le caractère obligatoire des actes unilatéraux. Elle discuta seulement l'existence d'un tel acte entre les parties au litige. Une telle stratégie

³²¹ AGNU, *Doc. de l'Assemblée générale, cinquante-deuxième session, Sixième Commission*, 23e séance (A/C.6/52/SR.23), par. 69

³²² Raphaële RIVIER, Philippe LAGRANGE, « Travaux de la Commission du droit international et de la sixième commission », *AFDI*, vol. 52, 2006, pp 305-350.

³²³ AGNU, « Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa cinquante-huitième session », *Résolution 61/34*, 4 décembre 2006, § 3 : « [L'Assemblée générale] Prend note des Principes directeurs applicables aux déclarations unilatérales des États susceptibles de créer des obligations juridiques, adoptés dans le cadre du sujet "Actes unilatéraux des États", qui figurent au paragraphe 176 du rapport de la Commission du droit international, et en recommande la diffusion ».

³²⁴ AGNU, *Principes directeurs applicables aux déclarations unilatérales des États susceptibles de créer des obligations juridiques*, (A/61/10), 2006, art. 1.

de défense peut s'interpréter comme la confirmation implicite du principe *acta sunt servanda*³²⁵.

117. La contribution résiduelle de la CDI. L'apport de la CDI sous cet angle est donc certain. Il met fin à plus d'un siècle de débat sur la force obligatoire des actes unilatéraux. On touche à la quadrature du cercle sans pour autant mettre fin au doute. La persistance des incertitudes est d'ailleurs simple. *Acta sunt servanda*, en tant que principe, n'est pas un principe comme les autres. Reconnu, il n'est pourtant pas immanent. Il est le pur produit d'un choix. Or, le principe renvoie à la « cause ou source première des règles »³²⁶. C'est un « axiome de base sans quoi aucun énoncé légal ne peut être pris au sérieux et qui impose au sujet de droit de tenir pour du droit ce qu'ils ont dit être tel »³²⁷. Le principe ainsi défini est antérieur à la règle de droit. À ce titre, le principe peut être proclamé ou dégagé par la jurisprudence³²⁸, ce qui n'est pas le cas de *Acta sunt servanda*. Il s'agit d'une maxime qui est habilitée, au sens donné par Kelsen à la notion³²⁹, par la volonté – désormais la résolution 61/34 de l'Assemblée générale – plutôt que d'habiliter cette volonté. De plus, la norme qui l'habilite n'est elle-même pas contraignante. Elle a une force déclaratoire et les États sont toujours libres de la contester. C'est un principe inventé³³⁰, imposé par les juges de La Haye et semble-t-il toléré par les États. Mais cela n'en établit pas véritablement la nature de principe.

118. Présenter la qualité de source des actes unilatéraux sous l'angle de la tolérance peut choquer au premier abord. Mais certains éléments en rapport aux caractéristiques que doit présenter l'acte unilatéral permettent de comprendre la position défendue. La pratique montre en effet qu'aucun État jusqu'ici n'a été contraint de respecter ses promesses, y compris dans l'emblématique affaire des *Essais nucléaires*³³¹. L'étude des caractéristiques des actes unilatéraux, telles qu'elles se dégagent des travaux de la CDI et interprétées par

³²⁵ L'argument est d'ailleurs expressément indiqué par la Bolivie qui souligne : « Il est bien établi en droit international que les déclarations écrites ou verbales qui émanent de représentants des États et attestent une intention claire d'accepter des obligations vis-à-vis d'un autre État peuvent générer des effets juridiques, sans que cet autre État ait nécessairement contracté des engagements réciproques. Ces déclarations (par exemple, celles par lesquelles un État donne à un autre l'assurance de faire quelque chose qui le concerne ou de s'en abstenir) peuvent donc créer des obligations ou limiter les droits de l'État qui les prononce et engager la responsabilité internationale de celui-ci s'il manque à sa parole ». CIJ, *Obligation de négocier un accès à l'Océan Pacifique préc.*, Mémoire de la Bolivie, pp. 78-79.

³²⁶ Jean SALMON, *Dictionnaire de droit international public*, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 876, entrée : Principe.

³²⁷ Jean COMBACAU, *Le droit des traités*, Paris, PUF, Que sais-je ? 1991, p. 5.

³²⁸ CPJI, affaire du Lotus, mémoire du gouvernement français, série C, n°13-II, 12^{ème} session, p.207.

³²⁹ Hans Kelsen, « théorie générale du droit international public : problème choisi », *RCADI*, vol. 42, 1932, pp 10-11.

³³⁰ M LUKASHUK le soulignait déjà dans son analyse à propos du premier rapport de Victor Cedeño : « Le rapporteur spécial, guidé par la pratique, a à juste titre déclaré que la règle donnant à l'acte unilatéral son caractère obligatoire était le principe de la bonne foi. Il n'est pas nécessaire, comme le fait le rapporteur spécial au paragraphe 157, d'inventer une norme spécifique à cet effet, comme *declaratio est servanda*. Le principe de la bonne foi suffit » in *Ann. CDI*, Vol. I, 2524^e séance, Mardi 5 mai 1998, Actes unilatéraux des États, [A/CN.4/483, sect. F, A/CN.4/486, A/CN.4/L.558] p 39, § 47.

³³¹ La CIJ ne s'est pas prononcée sur le fond de l'affaire. Elle a rendu deux arrêts le 20 décembre 1974 indiquant que les demandes de l'Australie et de la Nouvelle-Zélande étaient désormais sans objet et qu'il n'y avait dès lors pas lieu à statuer. CIJ, *Affaire des essais nucléaires (Nouvelle Zélande c. France)*, 20 décembre 1974, *Rec.* 1974, p, 478, § 65.

la CIJ, laisse penser qu'*acta sunt servanda* est un principe beaucoup plus postulé qu'applicable.

§2. Les caractères de l'acte unilatéral affectant son applicabilité

119. À titre liminaire, il est important d'apporter certaines précisions au débat. Ni la CIJ, ni la CDI ne font le droit. Leurs positions relèvent de modes de détermination auxiliaire du droit³³². La précision a son importance, car elle prête le flanc à la critique des positions exprimées à propos des actes unilatéraux. Les analyses menées par la CDI et la CIJ ne permettent pas, à l'heure actuelle, de définir ce qu'est l'acte unilatéral. Les caractères qui résultent des raisonnements interstitiels, font de l'acte unilatéral une construction normative difficilement applicable. En effet, à la lecture des arrêts et commentaires, *acta sunt servanda* se présente comme une règle (A) par laquelle un acte auto-normateur (B) et auto-exécutable (C) peut servir en dernier ressort (D) à fonder la responsabilité internationale d'un État.

A. LA QUALITE DE REGLE D'*ACTA SUNT SERVANDA*

120. En fondant la force obligatoire des actes unilatéraux sur la maxime *acta sunt servanda*, la doctrine emprunte un chemin abrupt qui minimise les nuances des techniques de production normative internationales. Présenter *acta sunt servanda* comme un principe, ainsi qu'on peut l'observer, est un abus de langage qui favorise les incompréhensions au sujet de l'obligatorité des actes unilatéraux surtout lorsque ceux-ci reposent finalement sur une résolution de l'Assemblée Générale des Nations Unies³³³.

121. La portée limitée des résolutions. Les résolutions en droit international ont une force recommandatoire en l'absence d'une incorporation de la résolution dans un instrument contraignant. C'est le cas des résolutions adoptées dans le cadre du chapitre VII de la Charte des Nations Unies. Cette réalité n'épargne pas le texte adopté par la CDI relatif aux principes directeurs applicables aux déclarations unilatérales des États. Celui-ci n'a pas de force contraignante et ne lie donc juridiquement aucun État. On convient même avec Georges Abi Saad que « [l]a résolution ne dissipe pas en elle-même

³³² L'article 38 du statut de la CIJ indique ainsi : « [...] sous réserve de la disposition de l'Article 59, les décisions judiciaires et la doctrine des publicistes les plus qualifiés des différentes nations, comme moyen auxiliaire de détermination des règles de droit ».

³³³ Le texte adopté par la Commission du droit international à sa cinquante-huitième session, en 2006, a été soumis à l'Assemblée générale dans le cadre de son rapport sur les travaux de ladite session (A/61/10). Dans sa résolution 61/34, l'Assemblée générale a pris « note des Principes directeurs applicables aux déclarations unilatérales des États susceptibles de créer des obligations juridiques, adoptés dans le cadre du sujet "Actes unilatéraux des États", qui figurent au paragraphe 176 du rapport de la Commission du droit international, et en recommande la diffusion » in AGNU, « Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa cinquante-huitième session », *Résolution 61/34*, 4 décembre 2006, § 3.

l'équivoque qui pourrait subsister quant à l'existence juridique de la règle avant l'adoption de la résolution ou dans la formulation adoptée »³³⁴. Cela est d'autant plus vrai que la *Résolution 61/34* du 4 décembre 2006 de l'AGNU est extrêmement prudente en ce qu'elle "prend note" des Principes directeurs de la CDI et en "recommande" la diffusion auprès des États.

Ainsi, c'est faire preuve de prudence que de soutenir qu'il n'existe pas en droit international un principe *acta sunt servanda* en dépit des travaux de la CDI. Toutefois, il serait inélégant ici de postuler toute absence d'effets juridiques de ces travaux. La résolution sur les principes directeurs de l'acte unilatéral peut en effet servir de prémisse à l'élaboration d'un corpus sérieusement contraignant même si elle est marquée d'une teinte encore insuffisante pour *in se* contraindre les États. On pourrait soutenir avec Abi Saad que la résolution 61/34 favorise une agrégation de volontés politiques qui pourrait déterminer une certaine conduite *behavioriste* des États, qui sans être contraints, décideraient de suivre la recommandation³³⁵. À terme, une sorte de coutume internationale pourrait émerger. Mais il ne s'agit là que d'une alternative. Et rien, en l'état actuel, permet d'aboutir à cette conclusion.

122. L'applicabilité limitée de la Résolution 61/34. Ce défaut, qui affecte la valeur juridique des principes directeurs, galvaude profondément la maxime *acta sunt servanda* en sa qualité de principe. Le principe, en tant que proposition matrice, s'impose à la volonté³³⁶. Il transcende et ne peut se confondre à la règle qui est le produit normatif d'une

³³⁴ Georges ABI SAAD, « Cours Général de Droit international public », *RCADI*, 1987, vol. 207, pp. 166-167.

³³⁵ Georges ABI SAAD, « Cours Général de Droit international public », *RCADI*, 1987, vol. 207, pp. 166-167. Également, Georges ABI SAAD, Les résolutions dans la formation du droit international du développement, Genève, IUHEI, 1971, pp. 9-10; *id.*, « The Legal Formulation of a Right to Development », Le droit au développement au plan international, colloque de l'Académie de droit international, La Haye, Sijthoff, 1979, pp. 159-161, et Georges ABI SAAD, Développement progressif des principes et normes du droit international relatifs au nouvel ordre économique international : Étude analytique (annexé au rapport du Secrétaire général des Nations Unies à l'Assemblée générale, Nations Unies, doc. A/39/504/Add. 1, du 23 octobre 1984), pp. 28-30, par. 21-27.

³³⁶ Le principe, en effet, renvoie à la « cause ou source première des règles ». C'est un « axiome de base » ainsi que le précise Jean Salmon (in *Dictionnaire de droit international public*, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 876, entrée : Principe). La formule choisie par Jean Combacau pour traduire cette réalité est celle de principe métajuridique et non une règle de droit, c'est-à-dire un « axiome de base sans quoi aucun énoncé légal ne peut être pris au sérieux et qui impose au sujet de droit de tenir pour du droit ce qu'ils ont dit être tel. » (in *Le droit des traités*, Paris PUF, Que sais-je ? 1991, p.5). Le principe ainsi défini est antérieur à la règle de droit. Le terme est polysémique, cela est vrai, mais les autres définitions proposées ne contredisent pas cette réalité. Le principe pris comme fondement est tantôt l'essence d'une chose – et non l'être – tantôt une proposition de portée générale exprimant une norme juridique d'une importance particulière et susceptible de servir de fondement à des règles de droit par le biais d'un raisonnement déductif, nous apprend le *Dictionnaire de droit international public* préc. Il faut en conclure que le principe préexiste à la volonté et détermine l'effet de celle-ci. Il peut ainsi être remarqué avec Kelsen, que la fameuse *Stufenbautheorie*, forme radicale du positivisme juridique, pose les principes en fondement ultime de l'ordre juridique. (Voir sur ce point Robert KOLB, *Interprétation et création du droit international - Esquisses d'une herméneutique juridique moderne pour le droit international public*, Bruxelles, Bruylant, 959 p.). À ce titre, le principe peut être proclamé (AG rés. 2625 XXV, 24 octobre 1970) ou dégagé par la jurisprudence (CPJI, affaire du Lotus, mémoire du gouvernement français, série C, n°13-II, 12^{ème} session, p.207.) mais ne devrait pas être « adopté » par l'effet d'une résolution (même si, en l'hypothèse la *Résolution 61/34* du 4 décembre 2006 prend seulement note des Principes directeurs adoptés par la CDI au §3 de la Résolution). *Acta sunt servanda* n'est donc pas un principe antérieur, préexistant, prééminent, premier à la règle de droit. Il est habilité, au sens donné par Kelsen à la notion (Hans KELSEN, « théorie générale du droit international public : problème choisi », *RCADI*, vol. 42, 1932, pp 10-11), par la volonté – désormais la résolution de l'Assemblée générale – plutôt que d'habiliter cette volonté. De plus, la norme qui l'habilite n'est elle-même pas contraignante. Elle a une force déclaratoire et les États sont toujours libres de la contester.

technique ou d'un procédé juridique³³⁷. Si pour taire les critiques, *Acta* a besoin d'une résolution, *Acta* devient une règle et non un principe juridique. Matériellement, elle peut avoir la fonction reconnue au principe, mais formellement, elle reste une règle et supporte le poids du champ d'application de l'instrument qui la contient. Or, le champ d'application de la *Résolution 61/34* est réduit. *Ratione temporis*, la résolution n'a pas adopté les Principes directeurs de la CDI relatifs à l'interprétation des déclarations unilatérales de telle sorte qu'on ne saurait dater l'entrée en vigueur de ces principes. *Ratione materiae*, le projet de la CDI échoue faute d'avoir identifié son objet. Si le Rapporteur spécial était d'avis pour limiter la codification aux actes unilatéraux *stricto sensu*, la question a fait l'objet de discussions au sein de la Commission. Alain Pellet soulignait en ce sens que « l'idée d'autonomie [était] absurde » et qu'il n'est pas possible de trouver « d'exemple d'actes unilatéraux autonomes, pour la simple raison que ceux-ci n'existent pas. Cette distinction n'a qu'une valeur pédagogique ; dans la perspective de la théorie ou de la codification, elle est inutile »³³⁸. Pour sortir de l'impasse, un groupe de travail a été mis en place et a proposé de concilier les deux positions en élargissant le champ de l'étude³³⁹. Mais les recommandations n'ont pas été suivies en pratique par le rapporteur spécial qui est revenu dans ses huitième et neuvième rapports sur le critère de l'autonomie. Ceci a eu pour conséquence de relancer les débats. La version finale du texte est d'ailleurs révélatrice de cette confusion. Alors que l'alinéa 5 du préambule indique que « les principes directeurs suivants ne portent que sur les actes unilatéraux *stricto sensu*, revêtant la forme de déclarations formelles formulées par un État [...] », l'alinéa 4 jette un doute en indiquant qu'il est « souvent difficile d'établir si les effets juridiques découlant du comportement unilatéral d'un État sont la conséquence de l'intention qu'il a exprimée ou dépendent des attentes que sa conduite a fait naître chez d'autres sujets du droit international »³⁴⁰. Cette confusion limite l'intérêt pratique et l'autorité à attacher à cette résolution.

123. Pour tout dire, *Acta sunt servanda* est une règle, une « règle-principe », beaucoup plus postulée, suivi par les États et la CIJ, plus qu'elle n'est contraignante. On

³³⁷ « Le principe domine les règles particulières qui viennent se ranger sous son application. M. Dabin dit que dans le droit les règles sont "étagées". Une règle qui ne peut se ranger sous la bannière d'un principe constitue un élément suspect par son irrégularité » in Georges RIPERT, *Les forces créatrices du droit*, LGDJ, 1955, pp. 329-330.

³³⁸ CDI, « Compte rendu analytique de la 2603e séance », 15 juillet 1999, doc. A/CN.4/SR.2603, pp. 277- 278, § 19.

³³⁹ Le texte du groupe de travail indiquait ainsi : « ce texte repose sur des concessions mutuelles entre les positions en présence : il ne satisfait complètement personne mais est acceptable par tous » et, au § 4, invite le Rapporteur spécial à faire sien ce compromis « faute de quoi le travail sur le sujet s'enlisera une nouvelle fois et l'on retombera dans les errements passés », CDI, « Actes unilatéraux des États. Rapport du Président du Groupe de travail », 29 juillet 2003, doc. A/CN.4/L.646, p. 2, § 3 ».

³⁴⁰ AGNU, « Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa cinquante-huitième session », *Résolution 61/34*, 4 décembre 2006, préambule, *al.* 4 et 5.

ne devrait pas fonder la force contraignante d'un instrument – *i.e.* le code des investissements – sur ce principe sous prétexte d'y lire un acte unilatéral. Ceci d'autant que la *Résolution 61/34* de l'AGNU et les *Principes directeurs de la CDI* ne permettent pas d'identifier *in abstracto* les promesses qui revêtent la qualité d'actes unilatéraux. En fait, le seul caractère de l'acte unilatéral clairement mis en avant est la qualité d'acte auto-normateur de l'instrument.

B. L'EXIGENCE D'UN ACTE AUTO-NORMATEUR

124. C'est un truisme d'affirmer que l'acte unilatéral autonome de droit international est un acte auto-normateur. Cela touche directement à la souveraineté des États, ce qui est rappelé par le principe directeur 9 de la *Résolution 61/34* en ces termes : « aucune obligation ne peut résulter pour les autres États de la déclaration unilatérale d'un État [...] »³⁴¹. Cette qualité de l'acte unilatéral permet d'identifier ses principales caractéristiques, à savoir : un acte juridique par lequel l'auteur s'oblige lui-même.

125. La méthode d'appréciation. Concernant la juridicité des actes unilatéraux, une des principales difficultés est leur appréhension en droit international. Cette difficulté ne naît pas de la solennité ou du procédé que doit emprunter l'instrument pour entrer dans l'orbite du droit³⁴². En effet, l'écueil majeur, qui est également la principale condition, est celui de l'intention du promettant d'attacher des effets de droit à sa promesse. Ce qu'il convient à ce stade de l'analyse d'identifier, c'est le procédé par lequel les juristes prétendent saisir une telle intention propre à chaque État. Si les canons posés précisent qu'il faut tenir compte de l'intention telle que formulée et de toutes les circonstances de fait qui entourent la déclaration de l'auteur³⁴³, il faut intégrer à l'équation la linguistique juridique. En effet, pour apprécier la valeur des actes unilatéraux, une attention particulière doit être portée au sens grammatical des termes employés dans leur contexte. Ensuite, il faut prendre en considération les circonstances de fait entourant la déclaration

³⁴¹ AGNU, « Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa cinquante-huitième session », *Résolution 61/34*, 4 décembre 2006, § 9. Le reste du paragraphe ajoute cependant que « le ou les autres États concernés peuvent se trouver engagés par une obligation relative à une telle déclaration unilatérale dans la mesure où ils ont clairement accepté une telle déclaration ». Mais l'acceptation de l'obligation sort celle-ci du cadre de l'acte unilatéral *stricto sensu* pour l'inscrire dans un rapport de type conventionnel.

³⁴² Voir sur ce point : CIJ, *Affaire du temple de Préah Vihear (Cambodge c. Thaïlande)*, 26 mai 1961, Exception préliminaires, *Rec. 1961*, p. 31 : « Quant à la question des formes et formalités, par opposition à la question de l'intention, la Cour considère que, pour citer des exemples tirés du droit privé, il existe des cas où, pour la protection des parties intéressées, ou pour des raisons d'ordre public ou autres, la loi prescrit à titre impératif certaines formalités (...). En revanche, et c'est généralement le cas en droit international qui insiste particulièrement sur les intentions des parties, lorsque la loi ne prescrit pas de forme particulière, les parties sont libres de choisir celle qui leur plaît, pourvu que leur intention en ressorte clairement ».

³⁴³ AGNU, *Principes directeurs applicables aux déclarations unilatérales des États susceptibles de créer des obligations juridiques*, (A/61/10), 2006, §3.

de l'État³⁴⁴. Ainsi, les juges et les arbitres disposent d'un large pouvoir d'appréciation. La CIJ, le rappelle d'ailleurs fort bien³⁴⁵. Donc, en ce qui concerne ce point, le justiciable et le débiteur de l'obligation sont soumis aux pouvoirs des juges, qui loin de dire le droit, font le droit. Et si l'affaire des *Essais nucléaires* compte aujourd'hui parmi les précédents les plus cités, il ne faut pas oublier que l'arrêt de la Cour a fait l'objet de vives critiques dès son prononcé³⁴⁶.

126. Le risque concernant la méthode. La condition principale de l'acte unilatéral, tel qu'il est aujourd'hui établi, est de nature à porter atteinte à la sécurité juridique. Ni prévisibilité ni clarté ne sont possibles. L'examen de la volonté de l'État qui s'oblige est en toute hypothèse casuistique et il n'existe pas de critère pour apprécier le caractère des promesses faites par le déclarant. Les *Principes directeurs de la CDI* ne font que renseigner sur les méthodes relatives à l'interprétation de la volonté des États. Ce risque justifie que l'acte unilatéral soit mieux encadré même dans le silence des textes.

C. L'EXIGENCE D'UN ACTE AUTO-EXECUTABLE

127. L'exigence d'un acte *self-executing* ou auto-exécutable est le critère passé sous silence par toutes les instances qui ont entendu faire d'*acta sunt servanda* un principe cardinal des relations internationales. Pourtant, ce critère est particulièrement pertinent pour appréhender l'acte unilatéral.

128. L'évocation de ce critère dans le contentieux. Le critère de l'exigence d'un acte unilatéralement exécutable est évoqué, pour la première fois, par le Chili dans son contre-mémoire dans l'affaire l'opposant à la Bolivie, au sujet de l'obligation de négocier un accès souverain au Pacifique ainsi qu'il suit :

« De surcroît, contrairement aux affaires des Essais nucléaires, dans lesquelles **l'engagement pris pouvait être exécuté de manière unilatérale, des négociations ne sauraient être menées unilatéralement.** Il est donc surprenant que la Bolivie soutienne que le Chili a contracté une obligation de négocier avec elle par voie de déclarations unilatérales, auxquelles elle n'a, par définition, pas pris part, et ce, en dépit de son statut d'éventuel partenaire de négociation. Il n'y a en revanche rien de surprenant à ce que le demandeur n'ait pas été en mesure de citer le moindre précédent d'une obligation de négocier ayant été contractée de façon unilatérale »³⁴⁷.

³⁴⁴ CIJ, *Affaire du différend frontalier (Burkina Faso c. Mali)*, arrêt, 22 décembre 1986, *Rec.* 1986, § 40.

³⁴⁵ CIJ, *Affaire des Essais nucléaires préc.*, p. 472, § 50 : « Il appartient cependant à la Cour de se faire sa propre opinion sur le sens et la portée que l'auteur a entendu donner à une déclaration unilatérale d'où peut naître une obligation juridique, et à cet égard elle ne peut être liée par les thèses d'un autre État qui n'est en rien partie au texte ».

³⁴⁶ Voir notamment les opinions dissidentes des juges qui sont évoquées dans cette même section, § 2, D.

³⁴⁷ CIJ, *Obligation de négocier un accès à l'océan Pacifique (Bolivie c. Chili)*, contre mémoire du Chili, pts. 4.22

L'argument présenté est de pure logique. Peut-on raisonnablement exiger d'un État de réaliser une obligation qu'il a souscrite pour lui-même alors qu'une telle exécution requiert le concours du destinataire ? Il est fort regrettable de noter que les échanges lors du procès n'ont pas accordé plus d'importance à ce point, ni même que la Cour ait jugé nécessaire de consacrer quelques lignes à cette question alors qu'elle tenait l'occasion d'apporter plus de précisions à sa jurisprudence concernant les actes unilatéraux.

129. L'importance de ce critère. L'acte unilatéral pour être juridique doit imposer à l'État déclarant une obligation qu'il doit avoir la capacité d'assumer sans le concours du destinataire. C'est ici la *potestas* du déclarant qui devient un élément de l'acte unilatéral. On peut même retrouver une telle condition dans les discours tenus par l'École de droit naturel à ce propos. Grotius indiquait que celui qui place son espérance en une promesse pour laquelle le promettant n'est pas en capacité de la réaliser, croit à tort³⁴⁸. Également, on peut voir dans l'addition d'une condition potestative à une promesse, une prétention normative. "Promettre à condition de..." et "donner si ..." ne renferment pas d'obligation à la charge du promettant tant que la condition fixée n'est pas réalisée. Il est donc déterminant pour la Cour de fixer l'exigence d'un acte exécutable unilatéralement comme condition d'existence de l'acte unilatéral plutôt que de l'envisager comme *ultima ratio*.

D. LA QUALITE D'UN ACTE SOUMIS A LA DISCRETION DES JUGES

130. Au regard de toutes ces critiques, il est difficile de lire dans la règle *acta sunt servanda*, autre chose qu'une solution de fortune pour éviter le déni de justice. Cette situation résulte des circonstances politiques entourant l'affaire des *Essais Nucléaires* et la qualité d'*ultima ratio* de l'acte unilatéral.

131. Le choix politique motivant l'arrêt des Essais nucléaires. L'observation minutieuse des circonstances de l'affaire des *Essais Nucléaires* confirme l'analyse selon laquelle, la CIJ recourt à la règle *acta sunt servanda* en raison d'une nécessité impérieuse qui ne peut être protégée sans cette fiction juridique. Pour comprendre cette affirmation, il faut s'intéresser à l'élément qui aura été décisif pour la Cour. Au point 55 de ses arrêts, on peut lire ceci : « La Cour est donc en présence **d'une situation où l'objectif du demandeur a été effectivement atteint**, du fait que la Cour constate que **la France a pris**

³⁴⁸ Voir supra la catégorisation des promesses faites par Grotius et Pufendorf et les commentaires apportés entre simples promesses, promesses imparfaites et promesses parfaites (seules ses dernières lient leurs auteurs) point 82 de cette thèse.

l'engagement de ne plus procéder à des essais nucléaires en atmosphère dans le Pacifique Sud »³⁴⁹. Forts de cet engagement, les juges concluent que l'action introduite est désormais sans objet. Cette conclusion laisse circonspect puisque l'office juridictionnel cesse normalement lorsque la partie plaignante obtient réparation ou retire son action. En l'espèce, il était question de savoir si la France avait violé le droit international en poursuivant des essais nucléaires en dépit de ses déclarations. La circonstance qu'elle ait cessée (plutôt annoncé qu'elle cessait) de telles activités ne peut être d'une quelconque incidence dans l'évaluation de sa responsabilité pour des faits antérieurs. Il est vrai que la Nouvelle Zélande et l'Australie n'ont pas demandé des dommages-intérêts à la Cour, mais la cessation d'activités qu'elles jugeaient contraire au droit international. Dès lors, soit le droit international n'interdisait pas de telles activités et dans ce cas, l'action était sans cause et aurait dû être rayée bien avant, soit le droit international interdisait de tels essais et la France engageait sa responsabilité pour les essais réalisés. Même si la Cour défend sa position en invoquant la disparition du différend et que son office juridictionnel ne lui impose pas de traiter les affaires dans l'abstrait, mais concrètement, on peut alors se demander quel était l'intérêt de constater l'existence d'une obligation juridique à la charge de la France.

Les critiques dans la présente affaire n'ont d'ailleurs pas manqué de soulever ces points avec un verbe plus précis. Le juge Garfield Barwick note ainsi :

« Il paraît parfaitement raisonnable de penser que, si la France était disposée à s'engager à l'égard de l'Australie par la promesse sans réserve de ne plus effectuer d'essais nucléaires atmosphériques dans le Pacifique Sud et si l'Australie s'estimait de ce fait suffisamment protégée, il serait opportun d'arriver à un compromis et de retirer la requête. Mais c'est là une décision qui ne relève que des États souverains. Elle n'est pas du ressort de la Cour. Le Règlement de la Cour fournit les moyens de mettre fin à l'instance si les parties en décident ainsi (voir art. 73 et 74). Il n'entre pas dans les attributions de la Cour de forcer un État à accepter un compromis ni d'imposer elle-même un compromis »³⁵⁰.

Ces éléments au sujet de la solution des juges montrent que cette dernière avait fait le choix d'une solution politique plutôt que juridique. On peut même, en second lieu, voir dans l'attitude de la Cour, une adhésion totale aux prétentions de l'Australie, selon lesquelles tous les essais nucléaires atmosphériques devaient être interdits. Le juge Ignacio Pinto ne s'en cache pas d'ailleurs, si l'on se fie à son opinion individuelle³⁵¹. De

³⁴⁹ CIJ, *affaire des essais nucléaires préc.*, p. 22, §55. Gras ajoutés.

³⁵⁰ CIJ, *affaire des Essais Nucléaires*, opinion dissidente du juge Garfield BARWICK, p. 143.

³⁵¹ L'auteur note en ce sens : « En terminant, j'entends affirmer encore une fois que je suis parfaitement d'accord avec l'Australie pour que soient interdits tous les essais nucléaires atmosphériques quels qu'ils soient en raison de tout ce qu'ils représentent d'inconnu pour la survie de notre humanité. Je n'en demeure pas moins convaincu qu'en la présente affaire la Cour a prononcé une sentence adéquate, répondant aux préoccupations majeures que j'ai exposées dans l'opinion dissidente à laquelle j'ai fait référence,

l'avis du juge Gros, il s'agissait plus d'un contentieux de légalité que de responsabilité en ce que les requérants cherchaient avant tout, à faire reconnaître par la Cour l'interdiction en droit international de tous les essais nucléaires atmosphériques. Ainsi, c'est faute d'avoir trouvé une règle en droit international interdisant de tels essais que la Cour finit par voir dans les déclarations du Gouvernement français, un acte unilatéral de droit international. On peut, à partir de ces observations, soutenir qu'*acta* procède d'un argument d'opportunité plutôt que d'une démonstration juridique implacable³⁵².

132. L'acte unilatéral comme *ultima ratio*. Aussi, l'acte unilatéral n'est une cause de l'action que faute de mieux. La CIJ autrement constituée, confirmait ce point de vue en ces termes :

« Le cadre dans lequel s'inscrit la présente affaire est radicalement différent. **Rien ne s'opposait en l'espèce à ce que les Parties manifestent leur intention de reconnaître le caractère obligatoire des conclusions de la Commission de médiation de l'organisation de l'unité africaine par la voie normale : celle d'un accord formel fondé sur une condition de réciprocité.** Aucun accord de ce genre n'ayant été conclu entre les Parties, la Chambre estime qu'il n'y a pas lieu d'interpréter la déclaration faite par le chef de l'Etat malien le 11 avril 1975 comme un acte unilatéral comportant des effets juridiques au regard du présent différend »³⁵³.

Autrement dit, le recours à l'acte unilatéral n'est pas ici l'*ultima ratio*, le dernier moyen possible. La voie « normale », celle de la convention était envisageable. Donc les parties auraient dû y avoir recours, contrairement à l'affaire des *Essais nucléaires* où la France ne pouvait transiger avec tous les États du monde³⁵⁴.

133. En pareille condition, il est difficile de ne pas lire en filigrane des arrêts, la discrétion dont bénéficient les juges dans la reconnaissance des actes unilatéraux de droit international. Bien évidemment, l'existence de telles considérations d'opportunité ne permet pas de conclure que l'une des caractéristiques de l'acte unilatéral est qu'il est un acte d'opportunité. C'est un dangereux raccourci, d'ailleurs faux dans la formulation. Il serait plus juste de dire que la CIJ et les parties à un litige n'ont pour l'heure évoqué la question de l'existence d'un acte unilatéral créateur de droits et d'obligations

parce qu'elle ne saurait paraître faire fi des principes de l'article 2, paragraphe 7, de la Charte des Nations Unies (ordonnance du 22 juin 1973, C.I.J. Recueil 1973, p. 130) et indirectement parce qu'elle respecte le principe de l'égalité souveraine des Etats Membres des Nations Unies. La France ne devrait pas être moins bien traitée que tous les autres Etats détenteurs de l'arme nucléaire et la compétence de la Cour serait mal fondée si elle ne visait que les seuls essais atmosphériques français » CIJ, *affaire des Essais Nucléaires*, opinion individuelle du juge Ignacio Pinto, p. 311.

³⁵² CIJ, *affaire des Essais Nucléaires*, opinion individuelle du juge Gros, pp. 276 et ss. Pour une analyse similaire voir l'opinion individuelle du juge Petrén, CIJ, *affaire des Essais Nucléaires*, opinion individuelle du juge Ignacio Pinto, pp 298-307, *spéc* pp 305-307.

³⁵³ CIJ, *Affaire du différend frontalier (Burkina Faso c. Mali)*, arrêt, 22 décembre 1986, *Rec.* 1986, §40.

³⁵⁴ CIJ, *Affaire du différend frontalier (Burkina Faso c. Mali)*, arrêt, 22 décembre 1986, *Rec.* 1986, §40.

internationales que lorsqu'il n'y avait pas d'autres moyens pour justifier en droit, ce qui au fond manquait de fondement juridique *prima facie*.

Conclusion du chapitre

134. En définitive, la qualité de source des actes unilatéraux autonomes, même si elle a été explicitement admise par la CIJ, est contestable. La recherche d'un fondement juridique à l'obligatorité des actes unilatéraux autonomes est infructueuse tant au regard des principes et méthodes de l'école de droit naturel qu'au regard du droit positif. Certes, la CIJ et la CPJI semblent favorables à l'admission d'un principe *Acta sunt servanda*, mais la jurisprudence de ces juridictions ne permet pas d'identifier clairement les actes unilatéraux qui ont la qualité de source. Mis à part l'exemple de l'affaire des *Essais Nucléaires*, aucune autre illustration de l'acte unilatéral, qui soit indiscutable, n'est rapportée. De plus, à s'en tenir aux *Principes directeurs de la CDI applicables aux déclarations unilatérales*, l'on pourrait considérer qu'il existe une règle non contraignante dont la teneur serait le principe en vertu duquel les actes unilatéraux par lesquels un État manifeste l'intention d'être lié vis-à-vis d'autres sujets de droit international, obligent ce dernier. Mais les caractéristiques d'un tel acte ne sont pas encore suffisamment déterminées pour que la règle soit applicable sans susciter des diatribes. Pour l'heure en effet, l'acte unilatéral est un acte auto-normateur dont l'intention de l'État s'apprécie essentiellement par une analyse linguistique des termes employés sans que l'obligation ne soit unilatéralement exécutable ; alors même que cela apparaît nécessaire. Dès lors, se pose la question de savoir quel acte relève d'une telle catégorie ? Autrement dit, les codes des investissements africains peuvent-ils être des actes unilatéraux autonomes de droit international public ?

Chapitre 2 : Le rejet de l'assimilation des codes aux actes unilatéraux autonomes

135. À supposer la règle *acta sunt servanda* établie, il reste encore à déterminer dans quelle mesure celle-ci pourrait s'appliquer aux codes des investissements africains. Autrement dit, à quelle condition un code pourrait être un acte unilatéral de droit international ? Les *Principes directeurs applicables aux déclarations unilatérales* de la CDI, pris en compte par l'Assemblée Générale des Nations Unies dans sa *Résolution 61/34* du 4 décembre 2006, définissent l'acte unilatéral comme une déclaration qui a pour effet de créer des obligations juridiques formulées publiquement et manifestant la volonté de s'engager. Cette définition fait apparaître les conditions de l'acte unilatéral autonome de droit international telles qu'elles ont été posées par la CIJ dans l'affaire des Essais nucléaires³⁵⁵. Ces conditions tiennent en la publicité de l'acte d'une part et l'intentionnalité de l'auteur d'autre part. Cependant, ainsi que l'a souligné le Professeur Patrick Juillard, ces conditions de l'acte unilatéral autonome sont strictes. Aussi ajoute-t-il qu'il faudrait également tenir compte de la réaction des destinataires de l'acte unilatéral³⁵⁶. Prenant en compte cette approche, les conditions de l'acte unilatéral autonome peuvent être classées en deux catégories : d'un côté, il y aurait les conditions strictes (de fond et de forme) et de l'autre, une condition proposée par la doctrine (la réaction des destinataires). Le rejet de l'assimilation des codes des investissements résulte alors de ce que tant les conditions strictes (section 1) que la condition proposée (section 2) ne sont pas réunies.

³⁵⁵ La CIJ indique : « Il est reconnu que des déclarations revêtant la forme d'actes unilatéraux et concernant des situations de droit ou de fait peuvent avoir pour effet de créer des obligations juridiques. Des déclarations de cette nature peuvent avoir et ont souvent un objet très précis. Quand l'État auteur de la déclaration entend être lié conformément à ces termes, cette intention confère à sa prise de position le caractère d'un engagement juridique, l'Etat intéressé étant désormais tenu en droit de suivre une ligne de conduite conforme à sa déclaration. Un engagement de cette nature, exprimé publiquement et dans l'intention de se lier, même hors du cadre de négociations internationales, a un effet obligatoire. Dans ces conditions, aucune contrepartie n'est nécessaire pour que la déclaration prenne effet, non plus qu'une acceptation ultérieure ni même une réplique ou une réaction d'autres États, car cela serait incompatible avec la nature strictement unilatérale de l'acte juridique par lequel l'État s'est prononcé » CIJ, *Affaire des essais nucléaires (Nouvelle Zélande c. France)*, 20 décembre 1974, *Rec.* 1974, p. 472, § 46.

³⁵⁶ Patrick JUILLARD, « L'évolution des sources du droit international des investissements », *RCADI*, vol. 250, 1994, pp. 60 et ss. Également, Michael REISMAN et Mahnouch ARSANJANI « The question of Unilateral Governmental Statements as Applicable Law in Investment Disputes » in *Völkerrecht als Wertordnung – Common Values in International Law*, 2006, pp 409-422, spéc p. 422; David CARON, « The Interpretation of National Foreign Investment Law as Unilateral Act Under International Law », *op.cit.*, pp. 649 – 674; Makane MBENGUE, « National Legislation and Unilateral Acts of States », in Tarcisio GAZZINI et Eric De BRABANDÈRE, (dir.), *The Sources of Rights and Obligations in Transnational Investment Law*, Leiden, Martinus-Nijhoff Publishers, 2012, p. 205.

Section 1 : Les conditions strictes de l'acte unilatéral comme obstacle à l'assimilation des codes

136. Les conditions strictes de l'acte unilatéral autonome sont celles qui ne font pas l'objet de discussions tant dans la doctrine que dans la jurisprudence de la CIJ. Ces conditions sont cumulatives et concernent d'une part la forme et la procédure de l'acte unilatéral et d'autre part, le fond, *i.e.* l'intention de se lier de l'État. Concernant les conditions de forme et de procédure, celles-ci ont une incidence mesurée dans le débat sur l'assimilation des codes des investissements aux actes unilatéraux autonomes (§1) contrairement à la condition de fond. En effet, si les codes des investissements ne peuvent être assimilés à des actes unilatéraux autonomes, c'est principalement en raison du défaut d'intentionnalité. C'est donc la condition de fond qui empêche la caractérisation des codes africains comme des sources de droit international public (§2).

§1 : L'incidence mesurée des conditions de forme et de procédure sur l'assimilation

137. Les conditions de forme et de procédure sont d'une incidence mesurée dans l'appréciation des codes africains comme actes unilatéraux autonomes, parce que la CIJ a adopté une politique souple des conditions de forme de l'acte unilatéral³⁵⁷. Cette indifférence vis-à-vis de la forme (A) est cependant tempérée par des exigences minimales tenant à la procédure (B).

A. L'INDIFFERENCE DE LA FORME DES ACTES PERMETTANT L'ASSIMILATION

138. La condition de forme respectée. La forme désigne « l'aspect extérieur que revêt un acte juridique »³⁵⁸. S'agissant des actes unilatéraux, il est admis que ceux-ci peuvent être exprimés sous forme écrite ou orale³⁵⁹. À s'en tenir à cet aspect, les codes des investissements africains qui sont sous forme écrite, satisfont à la condition de forme. Toutefois, quelques nuances à cette approche formelle peuvent être évoquées. Lors des débats au sein du groupe de travail de la CDI, Brownlie, un des experts désignés, proposait

³⁵⁷ Voir sur ce point : CIJ, *Affaire du temple de Préah Vihéar (Cambodge c. Thaïlande)*, 26 mai 1961, Exception préliminaires, *Rec. 1961*, p. 31 : « Quant à la question des formes et formalités, par opposition à la question de l'intention, la Cour considère que, pour citer des exemples tirés du droit privé, il existe des cas où, pour la protection des parties intéressées, ou pour des raisons d'ordre public ou autres, la loi prescrit à titre impératif certaines formalités (...). En revanche, et c'est généralement le cas en droit international qui insiste particulièrement sur les intentions des parties, lorsque la loi ne prescrit pas de forme particulière, les parties sont libres de choisir celle qui leur plaît, pourvu que leur intention en ressorte clairement ».

³⁵⁸ Jean SALMON, *Dictionnaire de droit international public*, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 516, entrée : forme.

³⁵⁹ Le principe directeur 5 de la *Résolution A/61/10* de la CDI indique : « Les déclarations unilatérales peuvent être formulées par écrit ou oralement ». AGNU, *Principes directeurs applicables aux déclarations unilatérales des États susceptibles de créer des obligations juridiques*, (A/61/10), 2006, §5.

une distinction entre deux formes d'actes unilatéraux. Selon lui, il y aurait d'une part, les actes *self-characterising* et d'autre part, les actes unilatéraux classiques³⁶⁰. Quand bien même ces actes répondraient aux mêmes conditions de forme, l'acte *self-characterising* présente l'avantage de lever les doutes quant à l'appréciation d'un acte unilatéral.

139. Détermination d'un acte *self-characterising*. Les actes *self-characterising* sont ceux qui déterminent eux-mêmes leur nature, tandis que les actes unilatéraux classiques ne livrent aucun indice à ce propos. L'exemple type d'actes *self-characterising* donné par Brownlie est celui de la Déclaration égyptienne sur le canal de Suez et les arrangements concernant sa gestion du 24 avril 1957. Le paragraphe 10 de la déclaration intitulé « statut juridique de la présente Déclaration » indiquait en ce sens :

« En faisant la présente Déclaration, qui confirme la Convention de Constantinople de 1888 et qui est entièrement conforme aux termes et à l'esprit de cet instrument, le Gouvernement égyptien tient à marquer son désir et sa volonté de faire en sorte que le canal de Suez soit une voie navigable utile qui relie les nations du monde et qui serve la cause de la paix et de la prospérité. **La présente déclaration, avec les obligations qui y sont énoncées, constitue un instrument international qui sera déposé et enregistré au Secrétariat de l'Organisation des Nations Unies.** »³⁶¹

De cet extrait, il ressort que l'acte *self-characterising* est celui qui indique explicitement qu'il est un instrument juridique international. Cette auto-qualification est un indice formel qui permet la classification immédiate d'un acte juridique d'origine interne parmi les sources de droit international public. Dès lors, il est utile de rechercher dans quelle mesure les codes des investissements africains pourraient être considérés comme des actes *self-characterising*.

140. Une pratique africaine peu disante. La pratique normative africaine, telle qu'elle se dessine dans les codes des investissements, renseigne peu sur une éventuelle auto-qualification internationale. Aucun code des investissements n'indique explicitement qu'il « constitue un instrument international » à l'instar de la Déclaration égyptienne précitée. La seule qualification retenue est celle de « loi »³⁶², « ordonnance »³⁶³ ou « décret législatif »³⁶⁴. Ainsi, à s'en tenir à l'intitulé des textes, les codes ne seraient pas

³⁶⁰ CDI, *Ann. CDI*, vol.1., 1998, p. 47, § 26.

³⁶¹ AGNU, « Déclaration sur le canal de Suez et les arrangements concernant sa gestion », Doc. A/3576 et S/3818, 24 avril 1957, § 10. Toutefois, la nature juridique de cette déclaration est controversée. Certains auteurs n'y voient pas un acte unilatéral autonome, en ce qu'il serait pris dans un cadre conventionnel tandis que pour d'autres auteurs, il s'agirait bien d'un acte unilatéral autonome.

³⁶² Afrique du Sud, Promotion and protection of Investment Bill publiée au Government Gazette (GG) n°. 39009 du 22 juillet 2015) ; Bénin, loi n°90-002 du 09 mai 1990 portant Code des Investissements modifié par la loi N°90-033 promulguée le 24 décembre 1990, (disponible en ligne) et loi n°2020-02 du 20 mars 2020 portant code des investissements en République du Bénin, adopté le 29 janvier 2020, (disponible en ligne).

³⁶³ Côte d'Ivoire, Ordonnance n° 2012-487 du 07 juin 2012 portant code des investissements en Côte d'Ivoire, Ordonnance n°2018-646 du 1er août 2018 portant code des investissements, modifiée par l'ordonnance n°2019-1088 du 18 décembre 2019 modifiant l'ordonnance n°2018-646 du 1er août 2018 portant code des investissements, (disponibles en ligne).

³⁶⁴ Algérie, Décret législatif n°93-12 relatif à la promotion de l'investissement, *Journal officiel*, n°. 64 du 10 octobre 1993.

immédiatement des actes unilatéraux autonomes. Quant au *corpus iuris*, il est possible de retrouver çà et là quelques références au droit international, mais celles-ci demeurent insuffisantes pour conclure à une auto-qualification des codes. Par exemple, le code des investissements congolais indique en son article 25 :

« La République démocratique du Congo s'engage à assurer **un traitement juste et équitable, conformément aux principes du droit international**, aux investisseurs et aux investissements effectués sur son territoire, et à faire en sorte que l'exercice du droit ainsi reconnu ne soit entravé ni en droit, ni en fait »³⁶⁵ ;

Ou encore, l'article 7 du code des investissements togolais de 2012 qui précise :

« Toute entreprise est garantie contre toute mesure de nationalisation, d'expropriation ou de réquisition par l'État togolais sur toute l'étendue du territoire national. Les mesures d'expropriation pour cause d'utilité publique constatées dans les conditions prévues par la loi devront prévoir une juste et préalable indemnisation de l'investisseur, dont le montant sera déterminé, à dire d'expert, **selon les règles et pratiques habituelles du droit international** »³⁶⁶.

De ces extraits, il apparaît que le degré de précision des références au droit international est trop faible pour conclure en l'existence d'un instrument de droit international contrairement à la Déclaration de Suez. Ces extraits renseignent plus sur le droit applicable à l'interprétation de la disposition législative, que sur la nature juridique de l'instrument³⁶⁷. Or, les dispositions et les clauses d'*electio juris* n'ont pas une incidence immédiate sur la nature juridique de l'instrument ainsi qu'il sera ultérieurement démontré³⁶⁸. En toute hypothèse, il n'y a pas dans ses lignes un mot affirmant, *expressis verbis*, que le code des investissements est un instrument de droit international.

141. Les codes des investissements africains ne sont donc pas des actes unilatéraux *self-characterising*. Cette situation présente un risque pour la sécurité juridique en ce que l'auto-qualification aurait permis de situer plus aisément la place des codes dans l'ordonnancement juridique. Ce manque de précaution, par lequel les législateurs africains n'excluent pas ou n'intègrent pas clairement les codes à la catégorie des actes unilatéraux autonomes, entretient la controverse doctrinale autour du fondement des réclamations légales. Aussi convient-il de poursuivre la réflexion en s'intéressant aux exigences

³⁶⁵ RDC, loi n°004/2002 du 21 février 2002 portant code des investissements, art. 25.

³⁶⁶ Togo, Code des investissements en république togolaise adopté par la Loi n° 2012-001 portant publié au *Journal Officiel de la République Togolaise*, n°5 ter du 20 janvier 2012, art. 7 Dans la même veine, voir également l'article 14 du code des investissements béninois de 1990 modifié par l'ordonnance n°2008-06 du 8 novembre 2008.

³⁶⁷ Pour un commentaire similaire de la disposition législative de la RDC précitée, Patrick LESAMBO, « Le droit applicable dans l'arbitrage CIRDI » in Walid BEN HAMIDA, Jean Baptiste HARELIMANA et al. (dir.) *Un demi-siècle africain au CIRDI : Regards rétrospectifs et prospectifs*, LGDJ, avril 2019, pp. 218 – 219, §§ 568 – 572.

³⁶⁸ Voir *infra* dans cette même section, §2, A, 2.

procédurales à satisfaire pour assimiler les codes africains à des actes unilatéraux de droit international public.

B. LA REUNION DES CONDITIONS PROCEDURALES PERMETTANT L'ASSIMILATION

142. Dans son sens le plus large, la procédure désigne l'« ensemble des règles ayant pour objet d'élaborer régulièrement un acte »³⁶⁹. En raison de l'indifférence de la forme (orale ou écrite) de l'acte unilatéral autonome, les règles relatives à l'élaboration sont minimales. Deux conditions procédurales majeures sont à souligner : l'auteur et la publicité de l'acte unilatéral autonome. Concernant l'auteur de l'acte, la jurisprudence de la CIJ et les travaux de la CDI font apparaître quelques hésitations concernant l'habilitation du législateur pour adopter des actes unilatéraux (1). Ces hésitations invitent à la réserve s'agissant d'assimiler les codes des investissements à des actes unilatéraux autonomes. En revanche, concernant de la publicité de l'acte, les codes des investissements satisfont sans ambages à cette exigence (2).

1. L'habilitation controversée des législateurs

143. La pratique législative africaine. Les codes des investissements africains sont principalement des lois. Sur la quarantaine de codes examinée, seuls trois codes ne sont pas strictement des lois, mais des ordonnances³⁷⁰. Mais, dans la mesure où ces ordonnances ont une valeur législative, elles peuvent également être rangées dans la catégorie des lois. La difficulté que pose cette pratique africaine des codes, est celle de savoir si leurs auteurs, les législateurs, sont également habilités au regard du droit international à souscrire des engagements unilatéraux.

144. Le silence de la Résolution A/61/10. *A priori* banale, la question de l'habilitation du législateur n'est pas aussi évidente qu'elle n'y paraît. Le texte de la *Résolution A/61/10* et les commentaires associés ne donnent pas qualité expresse aux législateurs nationaux pour adopter des actes unilatéraux autonomes. Le paragraphe 4 de la *Résolution A/61/10* dispose en ce sens :

« Une déclaration unilatérale n'engage internationalement l'État que si elle émane d'une **autorité** ayant compétence à cette fin. En vertu de leurs fonctions, les chefs d'État, les

³⁶⁹ Jean SALMON, *Dictionnaire de droit international public*, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 886, entrée : procédure.

³⁷⁰ Il s'agit des textes suivants : Algérie, Ordonnance n°01-03 du 20 août 2001 relative au développement de l'investissement, *JO*, n°. 47, approuvée par la loi n°01-16 du 21 octobre 2001, *JO*, n°. 62. Et Côte d'Ivoire, Ordonnance n° 2012-487 du 07 juin 2012 portant code des investissements en Côte d'Ivoire et Ordonnance n°2018-646 du 1er août 2018 portant code des investissements, modifiée par l'ordonnance n°2019-1088 du 18 décembre 2019 modifiant l'ordonnance n°2018-646 du 1er août 2018 portant code des investissements, (disponibles en ligne).

chefs de gouvernement et les ministres des affaires étrangères sont habilités à formuler de telles déclarations. **D'autres personnes** représentant l'État dans des domaines déterminés peuvent être autorisés à engager celui-ci, par leurs déclarations, dans **les matières relevant de leur compétence** »³⁷¹.

De la lecture de cet extrait, deux constats majeurs sont à faire. D'une part, certaines entités jouissent d'une présomption de représentativité sur la scène internationale et leurs déclarations sont présumées engager l'État. Il s'agit notamment des chefs d'États, des chefs de gouvernement et des ministres des Affaires Étrangères. D'autre part, certaines personnes peuvent également représenter l'État dans des matières déterminées. Cette seconde catégorie, volontairement imprécise pour couvrir le plus d'entités possibles, pourrait être le moyen pour apprécier l'habilitation des législateurs pour engager internationalement leurs États. Mais deux difficultés apparaissent : la première tient à la réduction des actes unilatéraux aux actes de gouvernement et la seconde à la répartition constitutionnelle des compétences.

145. La réduction des actes unilatéraux aux actes de gouvernement. Le principe directeur 4 de la *Résolution A/61/10* indique que seules des « autorités », « *authority* » dans la version anglaise, peuvent engager internationalement l'État par l'adoption d'un acte unilatéral. Toutefois, aucune définition de cette notion d'« autorité » n'est mentionnée ni dans le texte, ni dans les commentaires ajoutés. Du latin « *auctoritas* », l'autorité désigne dans le langage courant, un organe de pouvoir³⁷². Suivant les exemples d'autorités présumées représenter l'État, il apparaît que seuls les organes relevant du pouvoir exécutif sont habilités à engager unilatéralement l'État sur la scène internationale. Ceci explique la volonté du rapporteur spécial de limiter l'acte unilatéral à l'unique exemple des déclarations³⁷³. L'intention recherchée pourrait alors être de réduire les actes unilatéraux autonomes aux actes de gouvernement.

L'acte de gouvernement, ou « *act of State* » en anglais, est défini comme un acte juridique adopté par le pouvoir exécutif qui échappe à tout contrôle du pouvoir judiciaire et qui intervient dans les relations entre institutions ou dans la conduite des affaires étrangères³⁷⁴. Nombre de déclarations analysées par le groupe de travail de la CDI sur les actes unilatéraux, prennent la forme des actes de gouvernement. C'est le cas des déclarations du Président français et ses ministres dans les fameuses affaires des *Essais*

³⁷¹ AGNU, *Principes directeurs applicables aux déclarations unilatérales des États susceptibles de créer des obligations juridiques*, (A/61/10), 2006, §4. Gras ajoutés.

³⁷² Alain REY (dir.), *Le Grand Robert de la langue française*, nov. 2001, vol. 1, entrée : autorité.

³⁷³ CDI, « Premier rapport sur les actes unilatéraux », Victor Cedeño, rapporteur spécial, Doc. A/CN.4/486, 5 mars 1998, §§ 72 – 73.

³⁷⁴ Rene DEGNI-SEGUI, *Droit administratif général*, Tome II, NEI-CEDA, 5^{ème} ed., 2012, pp. 87 – 92.

*Nucléaires*³⁷⁵ ou de la déclaration de la ministre de la Justice rwandaise dans l'affaire des *Activités armées en territoire du Congo*³⁷⁶. Les commentaires sous les *Principes directeurs applicables aux déclarations unilatérales des États* recensent une pratique essentiellement orientée vers les notes et échanges diplomatiques³⁷⁷. Autrement dit, aucune loi n'est analysée comme un acte unilatéral autonome de droit international public. Ceci jette un doute sur la possibilité pour un législateur d'adopter des actes unilatéraux autonomes.

Certes, il est admis que le législateur peut adopter des actes qui engagent la responsabilité internationale de l'État et constituer des faits internationalement illicites³⁷⁸. Mais ces actes n'intéressent pas l'élaboration des règles primaires internationales. Également, le rôle de certaines lois dans l'élaboration des règles primaires internationales a pu être reconnu. C'est le cas des lois en matière de délimitation des espaces maritimes³⁷⁹. Cependant, ainsi qu'il ressort des travaux de la CDI, ce type de lois ne procèdent pas de la catégorie des actes unilatéraux autonomes. Ces lois ont été analysées comme un dérivé d'un processus conventionnel ou élément de formation d'une convention ou d'une coutume. Elles ne disposent pas d'une existence autonome³⁸⁰.

Cette constatation impliquerait qu'un code des investissements, acte législatif, ne pourrait pas être un acte unilatéral autonome, car adopté par un législateur, *i.e.* une entité qui n'est pas habilitée à prendre des actes de gouvernement. Mais cette analyse doit être nuancée. Si les législateurs peuvent adopter des actes unilatéraux conditionnés (comme c'est le cas des lois de délimitation), ils pourraient aussi bien adopter des actes unilatéraux

³⁷⁵ CIJ, *Affaire des Essais nucléaires (Nouvelle Zélande c. France)*, 20 déc. 1974, Rec. 1974, p. 472, §§ 34 et 35. Voir *supra* point 103.

³⁷⁶ La ministre de la Justice du Rwanda, Mme Mukabagwiza, avait déclaré devant la Commission des droits de l'homme des Nations Unies : « Le Rwanda a été parmi les premiers pays à avoir ratifié plus d'instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme. Rien qu'en 2004, notre gouvernement en a ratifié une dizaine dont ceux relatifs aux droits de la femme, à la prévention et lutte contre la corruption, à l'interdiction d'armes de destructions massives, ainsi qu'à l'environnement. Les quelques instruments non encore ratifiés, ainsi que les réserves formulées dans le passé non encore levées le seront prochainement ». Alors que le Rwanda contestait que cette déclaration le liait dans la mesure où elle n'émanait pas d'une autorité habilitée à le représenter (notamment le chef de l'État, le chef de Gouvernement et le ministre des affaires étrangères), la CIJ estima qu'un ministre de la Justice pouvait dans certaines circonstances engager par ses déclarations l'État dont il est le représentant. CIJ, *Activités armées en territoire du Congo (Nouvelles requêtes : 2002) (République démocratique du Congo c. Rwanda)*, compétence et recevabilité, 2 février 2006, Rec. 2006, p.26. §§ 45 et ss,

³⁷⁷ Le paragraphe 2 des commentaires sous le §4 des *Principes directeurs applicables aux déclarations unilatérales*, souligne : « La pratique étatique montre d'ailleurs que bien souvent les déclarations unilatérales créant des obligations juridiques pour les États sont exprimées par les chefs d'État ou de gouvernement ou par les ministres des affaires étrangères sans que leur compétence à engager l'État ait été mise en doute ». La suite du texte se réfère à d'autres déclarations telles que celles du Roi de Jordanie concernant la Cisjordanie, la déclaration du ministre des Affaires Étrangères colombien concernant la souveraineté du Venezuela sur l'archipel de Los Monjes. AGNU, *Principes directeurs applicables aux déclarations unilatérales des États susceptibles de créer des obligations juridiques*, (A/61/10), 2006, Ann. CDI, 2006, vol. II (2), §4, Commentaires §2.

³⁷⁸ Philippe CAHIER, « Le comportement des États comme source de droit et d'obligation », *Recueil d'études de droit international en hommage à Paul Guggenheim*, Genève, Graduate Institute of International Studies, 1968, pp. 242 – 244, et 262.

³⁷⁹ Jacques DEHAUSSY, « Les actes unilatéraux comme sources du droit international », Paris, *Cours des Hautes Études Internationales*, 1966-1967, pp 72-80.

³⁸⁰ CDI, *Neuvième rapport sur les actes unilatéraux des États*, Victor Cedeño, Rapporteur spécial, doc A/CN.4/569 et Add.1, 6 avril 2006, p. 177, § 129.

autonomes. Cette interprétation n'a rien d'incongrue puisque le texte indique sans trop de précisions que d'« autres personnes » peuvent également engager l'État à la condition d'intervenir dans leur champ de compétence.

146. La répartition des compétences. Le rapporteur spécial de la CDI, Victor Cedeño, emprunte la formule à la CIJ dans son arrêt du 2 février 2006³⁸¹. Si l'on suppose le législateur habilité à souscrire à des obligations internationales au nom de l'État, la *Résolution A/61/10 de la CDI* impose que celui-ci agisse, au regard des circonstances, dans les matières qui relèvent de sa compétence. Cette condition s'apprécie au regard du droit interne de l'État et conduit à l'exclusion du législateur de la catégorie des personnes habilitées à prendre des engagements unilatéraux imposables à l'État.

147. Une condition appréciée par référence au droit interne. L'appréciation de l'étendue des compétences d'une autorité représentant l'État s'analyse par référence au droit interne de l'État concerné. Cette solution n'est pas remise en cause par les présomptions de représentativité établies en droit international³⁸². Ainsi, pour apprécier si un représentant de l'État n'agit pas *ultra vires*, les juges se réfèrent à la délimitation de ses compétences telle que fixée par le droit interne de l'État. Lorsqu'il s'avère toutefois que le déclarant a outrepassé ses pouvoirs, une confirmation ultérieure de la part des autorités compétentes peut suffire à rendre valide la promesse. La CDI illustre ce point de vue en se référant à la déclaration du Roi de Jordanie, par laquelle ce dernier renonçait à la souveraineté de la Jordanie sur le territoire de la Cisjordanie du 31 juillet 1988. Cette renonciation aurait été confirmée par des actes internes ultérieurs, de sorte qu'elle pourrait être opposable en droit international à l'État jordanien. C'est également le cas de la déclaration du ministre des Affaires étrangères colombien concernant la souveraineté sur l'Archipel de Los Monjes, qui bien qu'annulée par une décision de justice en droit interne, a pu produire des effets internationaux³⁸³. Néanmoins, ces limites apportées au renvoi exclusif au droit interne pour apprécier l'habilitation d'une autorité, ne sont pas invocables dans le cas du législateur.

³⁸¹ CIJ, *Activités armées en territoire du Congo (Nouvelles requêtes : 2002) (République démocratique du Congo c. Rwanda)*, compétence et recevabilité, 2 février 2006, *Rec.* 2006, p.27. § 47.

³⁸² L'article 7 de la Convention de Vienne sur le droit des traités établit une présomption à l'endroit de certaines autorités en raison de leur fonction. Sont concernés les chefs d'États, les chefs de gouvernement, les ministres des affaires étrangères, les chefs de missions diplomatiques et les représentants accrédités par des États à une conférence internationale. Convention de Vienne sur le droit des traités, 23 mai 1969, *RTNU*, 1980, p. 354, art. 7. Cette disposition a été jugée comme reflétant le droit international coutumier dans l'arrêt des *Activités armées en territoire du Congo (Nouvelles requêtes : 2002) (République démocratique du Congo c. Rwanda)* précité, § 47.

³⁸³ AGNU, *Principes directeurs applicables aux déclarations unilatérales des États susceptibles de créer des obligations juridiques*, (A/61/10), 2006, *Ann. CDI*, 2006, vol. II (2), §4, Commentaires §2.

148. Les pouvoirs limités des parlements en droit international. Le droit interne désigné, la question de savoir si ce droit habilite le législateur à intervenir dans le cadre des relations internationales doit être posée. À titre illustratif, les constitutions ivoiriennes d'août 2000 et de 2016 font du Président de la République, le seul organe de l'État habilité à conduire les relations internationales et à souscrire à des obligations internationales au nom de l'État³⁸⁴. Le rôle dévolu par les constituants aux parlementaires est assez résiduel et se résume pour beaucoup d'États à l'accord de ratification ou l'approbation des déclarations de guerre³⁸⁵. Le droit de souscrire à des engagements internationaux ne leur est donc pas expressément reconnu. Cependant, dans le contexte des codes des investissements, des confirmations ultérieures peuvent intervenir. Ainsi les ministres et les directeurs d'Agence de Promotion des Investissements (API) peuvent intervenir dans le cadre de forums économiques pour faire la présentation des codes des investissements, des avantages et droits qu'ils confèrent³⁸⁶. Cette pratique pourrait être appréciée comme une confirmation ultérieure de l'acte législatif par une autorité compétente au regard du droit interne.

149. On peut conclure, dans le silence du droit interne et dans le silence du droit international, qu'il existe des doutes quant à la qualité requise pour les parlements d'adopter des lois qui créent des obligations sur la scène internationale, sans empiéter sur les pouvoirs des autorités internes. Ainsi, c'est avec circonspection qu'on admettra qu'un législateur puisse souscrire, par l'adoption d'un code des investissements, à un engagement unilatéral de droit international public faisant l'objet d'une large publicité.

2. La publicité avérée des codes des investissements africains

150. La notion de publicité. L'exigence de publicité de l'acte unilatéral a été posée par la CIJ dans l'affaire des *Essais Nucléaires*³⁸⁷. Si les juges de La Haye en ont fait une

³⁸⁴ L'article 119 de la Constitution ivoirienne de 2016 dispose ainsi : « Le Président de la République négocie et ratifie les traités et les accords internationaux. Le Président de la République est informé de toute négociation tendant à la conclusion d'un accord international non soumis à ratification » in. Loi n°2016-886 portant constitution de la République de Côte d'Ivoire, *Journal Officiel de la République de Côte d'Ivoire*, 58^{ème} année, n 16, n°spécial, 9 nov. 2016. De nombreux États ont adopté cette position. C'est le notamment de la France et l'ensemble des pays d'expression francophone d'Afrique. Les constitutions des États sont accessibles depuis le site home.heinonline.org.

³⁸⁵ Le contrôle de la politique étrangère de l'exécutif, par lequel celui-ci peut se prononcer sur les stratégies politiques de l'exécutif ne permet pas aux législateurs de se substituer aux organes que la constitution investit du pouvoir de souscrire à des engagements sur la scène internationale. Un exemple parmi d'autres est celui de la constitution ivoirienne de 2016 qui souligne à son article 120 : « Les traités de paix, les traités ou accords relatifs à la création d'organisations internationales, ceux qui modifient les lois internes de l'État ne peuvent être ratifiés qu'à la suite d'une loi. La loi d'autorisation en vue de la ratification est soumise au contrôle du Conseil Constitutionnel ».

³⁸⁶ Michael REISMAN et Mahnoush ARSANJANI, « The question of Unilateral Government Statements as Applicable Law in Investment Disputes », in *Völkerrecht als Wertordnung – Common Values in international Law, Essays in honour of Christian Tomuschat*, Pierre Marie DUPUY et al. (dir.), N.P. Engel Verlag, 2006, pp. 409 – 422,

³⁸⁷ CIJ, *Affaire des essais nucléaires (Nouvelle Zélande c. France)*, 20 décembre 1974, *Rec.* 1974, p. 472, § 46.

condition *sine qua non* de l'acte unilatéral, aucune définition de la notion n'a été posée. Au regard de l'approche souple adoptée par les juges vis-à-vis des questions de formalités, la publicité de l'acte unilatéral pourrait être appréciée comme toute information relative à un acte unilatéral portée à la connaissance du public³⁸⁸. Cette approche large de la notion de publicité permet d'englober tous les mécanismes visant à porter à la connaissance de la communauté internationale³⁸⁹, l'acte unilatéral autonome adopté par l'État déclarant. S'agissant des codes africains, le constat à faire est celui de la variété des modes de publicité internationale de ces lois.

151. Les modes variés de publicité. La publicité des codes des investissements africains est premièrement assurée par leur publication. Cette insertion au journal officiel permet de porter à la connaissance de tous les assujettis l'existence de la loi nouvelle et de la rendre opposable conformément aux dispositions constitutionnelles des États. Ce mode de publicité de droit interne est accompagné de mécanismes moins formels qui permettent la diffusion du code des investissements auprès d'une communauté plus large. La première initiative en ce sens est à mettre à l'actif du CIRDI. Durant les sept premières années de son fonctionnement, le service juridique du CIRDI a lancé le projet « *Investment Laws of the World* » qui visait à centraliser, puis à diffuser l'ensemble des lois et accords sur l'investissement dans le monde. Ce projet pilote a permis un accompagnement des États dans l'élaboration des codes des investissements³⁹⁰. Depuis, le CIRDI tient régulièrement à jour une collection en dix volumes de l'ensemble des codes des investissements³⁹¹. Cet effort de publicité est désormais secondé par une diffusion dématérialisée des codes mis en œuvre par la Conférence des Nations Unies sur le Commerce et le Développement (CNUCED) qui permet un accès distant aux codes africains³⁹². L'effort de dématérialisation est également poursuivi par les API des différents États africains qui tiennent sur leurs différents sites internet l'ensemble des informations, codes compris, relatives aux investissements³⁹³. Le site du *Nigerian*

³⁸⁸ Le *Dictionnaire de droit international public* ne contient aucune entrée relative à la « publicité » contrairement au *Dictionnaire du Vocabulaire juridique* qui définit la notion comme une « information relative à des actes ou des événements concernant une personne, portée à la connaissance du public par divers supports (journaux, journaux d'annonces légales, registres) » (Remy Cabrillac, 8^{ème} éd., LexisNexis, 2017, p. 446).

³⁸⁹ L'expression communauté internationale est employée dans ce contexte pour désigner l'ensemble des États et des investisseurs étrangers auxquels s'adresse l'État déclarant.

³⁹⁰ Dans le cinquième rapport annuel du Centre, il apparaît qu'il n'a pas été jugé approprié de fournir un modèle type de disposition législative à l'arbitrage ; mais les juristes du CIRDI se tenaient à la disposition des États pour une assistance juridique. Taylor ST JOHN, *The Rise of Investor-State Arbitration*, OUP, 2018, pp. 192-193.

³⁹¹ ICSID, *Investment Law Report*, OUP, collection, 10 volumes.

³⁹² Les travaux de la CNUCED présentent l'avantage d'être libres d'accès (<https://investmentpolicy.unctad.org/investment-laws>).

³⁹³ Pour une cartographie des agences de promotion, voir notamment OCDE, *Cartographie des agences de promotion de l'investissement, Moyen-Orient et Afrique du Nord*, 2019, 91 p.

Investment Promotion Commission (NIPC), l'agence de promotion des investissements du Nigéria est sur ce point un modèle, en ce qu'il contient en plus des lois et traités applicables à l'investissement, les décisions de justice nationales³⁹⁴. Enfin, les différents *fora* économiques, *road-show*, meetings internationaux sont autant d'occasions pour assurer la publicité internationale des codes des investissements. Mais cette diffusion large des codes par des canaux officieux, peut poser en pratique un problème d'authenticité des textes.

152. L'authenticité du code publié. Il peut arriver, à la suite d'un formatage notamment, qu'un code des investissements publié sur un site internet ne corresponde pas fidèlement à la version adoptée par le décret de promulgation ou encore celle publiée au journal officiel de l'État. Dans l'hypothèse où un investisseur étranger se serait alors fondé sur une version du code à laquelle il a eu accès via le site d'une API ou de la CNUCED, ce dernier pourrait-il se prévaloir de cette version si elle se révèle erronée ? C'est ainsi que s'est déjà posé le problème de la connaissance de l'énoncé légal dans la sphère internationale devant la CIJ dans l'affaire de l'*Anglo-Iranian Oil Company*. En l'espèce, l'interprétation des parties litigantes divergeait sur le sens à donner à la déclaration facultative de juridiction obligatoire de l'Iran. Cette déclaration avait fait l'objet d'un enregistrement auprès du secrétariat conformément à l'article 36 du statut de la CIJ. Sa publicité internationale avait donc suivi une procédure plus formelle que celle des codes africains. Pourtant, l'Iran soutenait que le texte de la déclaration ne permettait pas d'établir son consentement à la juridiction de la CIJ. Le Royaume-Uni, pour sa part, a invoqué une loi iranienne du 14 avril 1934 par laquelle le *Majlis* a approuvé le texte de la déclaration de juridiction obligatoire iranienne et reconnaissait la compétence de la CIJ. Durant la procédure orale, il a ainsi été relevé que cette loi était un document interne, rédigé en persan dont seul l'Iran avait connaissance et qui n'avait pas été communiqué aux autres États de la ligue³⁹⁵. À ce titre, cette loi n'était pas opposable dans des relations interétatiques. Toutefois, les juges de La Haye ont écarté cet argument en soulignant :

« La Cour ne voit pas pour quelle raison elle serait empêchée de retenir pareil élément de preuve. **La loi a été publiée dans le Recueil des lois iraniennes votées et ratifiées du 15 janvier 1931 au 15 janvier 1933. Elle a donc été accessible à l'examen des autres gouvernements pendant environ vingt ans.** Cette loi n'est pas invoquée, et ne pouvait pas être invoquée, comme offrant une base pour la compétence de la Cour. Elle

³⁹⁴ Un des sites d'agences de promotion régulièrement à jour et bien renseigné est celui du Nigeria accessible à partir de : <https://www.nipc.gov.ng/>.

³⁹⁵ CIJ, *Affaire de l'anglo-iranian oil co*, (Iran c. Royaume-Uni), procédure orale, 13 juin 1952, *Rec.* 1952, p. 530,

a été produite simplement pour apporter la lumière sur un point du fait contesté, à savoir : l'intention du gouvernement de l'Iran lorsqu'il a signé la déclaration »³⁹⁶.

Il en résulte alors que la CIJ prend en compte la publication (et non la publicité) de la loi iranienne pour déterminer l'intention véritable de l'État³⁹⁷. En clair, l'acte authentique qui assure la véritable connaissance de l'énoncé légal est celui qui a été publié selon les prescriptions du droit interne de l'État hôte. Un investisseur agissant sur le fondement d'un TBI ou dans le cadre d'une réclamation légale devrait alors se référer à la version authentique du code qu'il invoque. Il en résulte une double invitation. La première consiste à inciter les API et la CNUCED à ne publier que les extraits des journaux officiels ou à défaut les décrets de promulgation et la seconde, recommander à l'investisseur de toujours s'enquérir de la version la plus solennelle du code des investissements.

153. En définitive, les codes africains satisfont à l'exigence de publicité en ce qu'ils sont tenus à la disposition de la communauté internationale par des institutions internationales et des organes de l'État. S'il existe un doute concernant la possibilité pour les législateurs d'engager unilatéralement leur État sur la scène internationale, l'assimilation des codes africains aux actes unilatéraux reste envisageable du point de vue des formalités à remplir. La véritable objection à cette assimilation reste ainsi l'absence d'intentionnalité.

§2 : Le défaut d'intention de se lier des États dans les codes africains

154. La démarche suivie. Selon la CIJ, lorsque « [...] l'État auteur de la déclaration entend être lié conformément à ces termes, cette intention confère à sa prise de position le caractère d'un engagement juridique »³⁹⁸. L'intention de se lier permet ainsi de distinguer un engagement politique d'un engagement juridique³⁹⁹. Ce facteur psychologique de l'obligation existe lorsque la déclaration crée une obligation juridique de droit international (et non une obligation de droit interne)⁴⁰⁰. Pour apprécier cette obligation internationale, deux séries d'arguments sont évoquées. En premier lieu,

³⁹⁶ CIJ, *Affaire de l'anglo-iranian oil co*, (Iran c. Royaume-Uni), exc. préliminaires, 22 juil. 1952, *Rec.* 1952, p. 107

³⁹⁷ Carlo Santulli note à propos de cette affaire : « Ici, la publication de la loi iranienne est prise en considération par la Cour en réponse à une objection relative à la connaissance de l'énoncé légal dans les relations interétatiques ». Carlo SANTULLI, *Le statut international de l'ordre juridique étatique, étude du traitement du droit interne par le droit international*, Paris, A. Pédone, 2001, p. 235.

³⁹⁸ CIJ, *Affaire des essais nucléaires (Nouvelle Zélande c. France)*, 20 décembre 1974, *Rec.* 1974, p. 472, § 46.

³⁹⁹ Le rapporteur spécial Victor Cedeño souligne en ce sens : « une déclaration a un caractère juridique ou politique selon que l'État qui la formule entend prendre un engagement juridique ou politique. Dans la pratique des relations internationales, il arrive que les États, sans aucune intention de prendre des engagements juridiques, formulent des déclarations purement politiques, unilatérales ou bilatérales. Nous pouvons affirmer qu'en pareil cas les actes accomplis ne sont pas dépourvus d'effet social ». CDI, « Premier rapport sur les actes unilatéraux », rapporteur spécial, Doc. A/CN.4/486, 5 mars 1998, § 44.

⁴⁰⁰ Patrick JUILLARD note à ce propos : « [...] l'obligation juridique qui naît de la déclaration unilatérale est une obligation de droit international », « L'évolution des sources du droit des investissements », *RCADI*, 1994, p. 51, § 89.

l'obligation est internationale parce qu'elle est souscrite vis-à-vis d'un sujet de droit international, précisément l'État⁴⁰¹. Cet argument sera apprécié dans la section suivante parce qu'il ne renseigne pas tant sur la teneur de l'obligation souscrite que sur la qualité de ses destinataires⁴⁰². Or, la CIJ ayant admis que l'acte unilatéral produit ses effets indépendamment des réactions des tiers, c'est finalement « dans l'acte unilatéral que se trouve la racine [de l'] obligation [de l'État] »⁴⁰³. De la sorte, « si l'on transpose ce raisonnement à la matière du droit des investissements, on aboutit alors à la conclusion que c'est dans le code, acte unilatéral, que se trouverait la racine de l'obligation internationale qui pèse sur l'État que lie ce code »⁴⁰⁴. Aussi convient-il de rechercher, en second lieu, si les codes renferment des obligations internationales pour fixer l'intention de se lier des États africains.

Pour procéder à la démonstration, les auteurs favorables à l'internationalisation des codes indiquent que les obligations contenues dans les codes des investissements ont un « écho en droit international »⁴⁰⁵ ou présentent une structure similaire à celles prévues dans les TBI⁴⁰⁶. Ces formules ambiguës traduisent un embarras lié aux lacunes d'une théorie des obligations juridiques en droit international⁴⁰⁷. Ces obligations sont

⁴⁰¹ Le rapporteur de la CDI évoquait ce point en ces termes : « [...] un acte unilatéral s'entend d'un acte imputable à un ou plusieurs États, qui crée une relation juridique nouvelle avec un État tiers qui n'a pas participé à sa réalisation ». CDI, « Premier rapport sur les actes unilatéraux », Doc. A/CN.4/486, 5 mars 1998, § 133. « L'autre critère tient à la volonté qu'exprime cet État, en édictant l'acte unilatéral, de se soumettre à une obligation juridique. Deuxième élément : cette obligation juridique est souscrite par un État — l'État qui émet la déclaration unilatérale. Mais souscrire une obligation juridique, c'est la souscrire vis-à-vis d'un destinataire : dès lors que l'on se lie juridiquement, ce ne peut être que par rapport à un sujet de droit, c'est-à-dire un titulaire éventuel de droits. Dans l'affaire des Essais nucléaires, il y a, d'ailleurs, pluralité de destinataires, et l'engagement unilatéral est adressé à plusieurs bénéficiaires. Ces bénéficiaires sont d'autres États : ce qui signifie que l'obligation juridique qui naît de la déclaration unilatérale est une obligation de droit international ». Patrick JULLIARD, « L'évolution des sources du droit des investissements », *RCADI*, 1994, p. 51, § 89 ; Makane MBENGUE, « National Legislation and Unilateral Acts of States », in Tarcisio GAZZINI et Eric De BRABANDERE (dir.), *The Sources of Rights and Obligations in Transnational Investment Law*, Leiden, Martinus-Nijhoff Publishers, 2012, pp. 196 – 197.

⁴⁰² Voir *infra* section 2 de ce chapitre.

⁴⁰³ Patrick JULLIARD formule sa critique en ce sens : « On observera que, compte tenu de la généralité des termes qu'utilise la Cour, cette solution s'impose quelle que soit la teneur éventuelle de la "contrepartie", de l'"acceptation ultérieure", de la "réplique" ou de la "réaction" des autres États. S'agissant, notamment, de leur "réplique" ou de leur "réaction", celle-ci pourrait être tout aussi bien positive que négative. Mais cela ne saurait avoir d'incidence sur l'engagement qu'a pris l'État qui édicte l'acte unilatéral, puisque c'est dans l'acte unilatéral que se trouve la racine de son obligation, et que, par voie de conséquence, celle-ci sort ses effets internationaux indépendamment de toute "réplique" ou "réaction" des États destinataires, individuellement ou collectivement. » in « L'évolution des sources du droit des investissements », *RCADI*, 1994, p. 51, § 95.

⁴⁰⁴ Patrick JULLIARD, « L'évolution des sources du droit des investissements », *RCADI*, 1994, p. 51, § 96.

⁴⁰⁵ Patrick JULLIARD, « L'évolution des sources du droit des investissements », *RCADI*, 1994, p. 51, § 65.

⁴⁰⁶ David CARON écrit en ce sens : « *The reason it is not surprising is because the structure of the international obligation potentially accepted approximates and mirrors quite closely the obligations undertaken in bilateral investment treaties* » (Gras ajoutés) in « The Interpretation of National Foreign Investment Law as Unilateral Act Under International Law », Mahnouch ARSANJANI, Jacob COGAN et al. (dir.), *Looking to the future, Essays in international law in honor of Michael Reisman*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2011, p. 655.

⁴⁰⁷ Contrairement au droit civil qui connaît une déclinaison de l'obligation juridique en obligation de faire, de ne pas faire et de donner (Philippe MALAURIE, « Obligations » in Denis ALLAND et Stéphane RIALS (dir.), *Dictionnaire de la Culture Juridique*, Quadriège/Lamy - PUF, 2003, p. 1097. Voir également : Archives de Philosophie du Droit (APD), *L'obligation*, tome 44, Dalloz, 2000, 525 p. ; Sur l'obligation à l'issue de la réforme : François TERRE, Philippe SIMLER et al., *Droit civil, les obligations*, Paris, Dalloz, 12^{ème} éd., 2018, 2048 p. ; Muriel FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations*, PUF, Tome 1 et 2, 2021, 904 p. et 608 p.), en droit international, les tentatives de catégorisation de l'obligation sont lacunaires. L'initiative la plus décisive est celle préconisée par la CDI, notamment par son rapporteur spécial Ago à l'occasion des travaux de codification des règles relatives à la responsabilité internationale des États. Parce qu'orientée autour du régime de la responsabilité, sa proposition catégorisait les

classiquement tirées d'un traité ou d'une coutume internationale. En l'absence de ces procédés et processus de formation, il devient difficile d'identifier ce qu'est une obligation internationale. Certes, les normes impératives de droit international renferment des obligations par nature internationale, *i.e.* des obligations dont l'internationalité est indépendante de tout procédé ou processus consensuel. Mais cette catégorie n'est pas en l'espèce, l'hypothèse mobilisable⁴⁰⁸. Ainsi, les idées qui s'échappent des formules hésitantes des auteurs précités, seraient premièrement que le contenu normatif des codes renferme des obligations internationales. Autrement dit, le code procéderait à une sorte de "codification" du droit international, un peu comme le ferait un traité vis-à-vis de la coutume par exemple⁴⁰⁹. Les obligations souscrites par l'État ne seraient alors pas de son

obligations desquelles pourrait découler une systématisation du régime de responsabilité des États. C'est ainsi que les notions d'obligation de « comportement spécifiquement déterminé » et des obligations d'assurer « un résultat déterminé » ont vu le jour. Ces notions, quoique très similaires aux notions d'obligation de moyen et de résultat de droit interne, ne s'en confondent pas pour autant. L'obligation de comportement déterminé commande aux États une certaine façon d'agir dans une situation donnée, de sorte que leur responsabilité serait engagée en cas d'attitude contraire, indépendamment du résultat de son action. Les obligations de résultat déterminé sont, pour leur part, celles qui laissent aux États, plus ou moins, le choix des moyens, pourvu que le résultat soit atteint. « Plus ou moins » dans la mesure où l'obligation de résultat a trois déclinaisons. Celle où l'État est libre des moyens, celle dans laquelle les moyens à la disposition de l'État sont fixés mais celui-ci reste libre de choisir l'une ou l'autre méthode ou encore une méthode non envisagée et enfin la situation dans laquelle l'État bien que n'ayant pas atteint le résultat exigé, propose une solution de rechange tout aussi acceptable. Cette distinction, remise en cause par le professeur Jean Combacau, a été finalement abandonnée en raison de son caractère artificiel (Jean COMBACAU, « Obligation de résultat et obligations de comportement : quelques questions et pas de réponse » in *Le droit international : unité et diversité*, Mél. en l'honneur de Paul Reuteur, Paris, Pédone, 1981, pp. 181 – 204). Dans les commentaires joints au *Projet d'articles sur la responsabilité internationale des États*, la distinction retenue a été celle des obligations de moyens et des obligations de résultat, précision faite de l'absence de pertinence d'une telle distinction (CDI, « Projet d'articles sur la responsabilité internationale de l'État pour fait internationalement illicite et commentaires y relatifs », *Ann. CDI*, 2001, vol. II (2), 2001, § 137-138.). Le droit international est donc assez minimaliste sur la question et n'accorde de réels intérêts qu'à la distinction obligation primaire et obligation secondaire qui est ici d'un secours limité ; le propos étant réduit à la normativité primaire internationale.

⁴⁰⁸ Les normes de *jus cogens* sont des normes indérogeables. Or, dans le cadre de la protection et du traitement de l'investisseur, les standards de protection ont tous un caractère dérogeable. Concernant l'expropriation en droit international général, celle-ci est un droit de l'État qui s'exerce sous certaines conditions notamment que l'existence d'une cause d'utilité publique et après indemnisation (Voir partie 2 Titre 2 Chap 2 Section 2 §2). À ce titre, la protection reconnue à l'investisseur contre l'expropriation n'est pas en principe, un droit indérogeable reconnu à celui-ci. S'agissant de l'obligation de sécurité pleine et entière ou du traitement juste et équitable, ces standards mettent à la charge des États des obligations de moyens. Ainsi, s'il ressort de l'examen des circonstances de la cause que l'État a fait preuve de diligence, l'illicéité affectant son action ou son omission disparaît. Dans son étude sur le traitement juste et équitable, l'OCDE soulignait ainsi : « La doctrine soutient généralement que cette norme impose à l'État hôte une obligation générale d'agir avec la diligence voulue pour protéger l'investissement étranger et ne crée pas une "responsabilité stricte" engageant la responsabilité de l'État hôte en cas de destruction de l'investissement, même par des personnes dont les actes ne pourraient pas être imputés à l'État », in OCDE, *La norme du traitement juste et équitable dans le droit international des investissements*, Septembre 2004, p. 10, note 34. Quant aux standards indirects de protection, TNF et TN, des motifs de dérogation sont prévus par les textes (Voir Partie 2 Titre 2 Chap 2 Section 1). C'est donc que dans le fond, les standards de protection relèvent plus du *jus dispositivum* que d'un *jus imperii*. Dans tous les cas, aucune *opinio juris cogentis* ne s'attache à ces standards.

⁴⁰⁹ Selon Roberto Ago, « [...] la codification entendue dans son sens le plus complet [est] une opération consistant essentiellement à remplacer un droit de nature coutumière, formé de d'une manière spontanée au cours des siècles au sein de l'*opinio juris* des membres de la communauté internationale, par un droit de formation volontaire, consacré dans les textes écrits adoptés par lesdits membres, ou, tout au moins, par une partie consistante desdits membres et dûment représentative de leur ensemble » in Roberto AGO, « Nouvelles réflexions sur la codification du droit international », *RGDIP*, 1988, n°3, p. 539. L'Institut de Droit International (IDI) ajoute qu'une « convention de codification peut contenir des dispositions [...] qui sont déclaratoires d'une coutume internationale ou qui servent à cristalliser des règles de droit coutumier conformément aux critères dégagés par la Cour internationale de Justice ». (IDI, résolution du 1^{er} septembre 1995 sur les problèmes découlant d'une succession de conventions de codification du droit international sur le même sujet, *Annuaire*, vol. 66-II, Paris, Pédone, 1996, p. 436). La CIJ précise que « les règles du droit international coutumier conservent une existence et une applicabilité autonomes par rapport à celles du droit international conventionnel lors même que les deux catégories de droit ont un contenu identique [...] ». (CIJ, Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (fond), arrêt, 27 juin 1986, *Rec.* 1986, p. 94, § 175). Sur la question, Jean SALMON, *Dictionnaire de droit international public*, Bruxelles, Bruylant, 2001, pp. 190 – 191, entrée : codification.

domaine réservé, mais déclaratoire d'une obligation de droit international générale. Deuxièmement, même si ces obligations relevaient du domaine réservé de l'État, les effets internationaux recherchés de ces lois auraient pour conséquence de sortir les matières concernées de ce domaine réservé. Mais cette thèse de l'assimilation ainsi explicitée, n'emporte pas l'adhésion lorsqu'elle est appliquée aux codes africains. Le contenu normatif de ces lois ne comporte pas d'obligations unilatérales internationales (A). Également, même à admettre l'effet international de ces lois, celui-ci ne suffit pas à sortir les obligations souscrites par les législateurs africains du domaine réservé des États (B).

A. LE CONTENU NORMATIF DES CODES AFRICAINS DEFAVORABLE A L'ASSIMILATION

155. Le cadre. Il convient de rappeler que les codes africains, en tant que lois, contiennent bien des droits et des obligations. Tel n'est pas l'objet de la présente discussion. Le propos est ici de déterminer si ces droits et obligations contenus dans la loi peuvent aussi être enracinés dans l'ordre international. En clair, les codes des investissements codifient-ils des obligations de droit international général ? Pour répondre à cette question, le contenu normatif pertinent est alors l'ensemble constitué de droits et d'obligations qui ont un « écho » en droit international, *i.e.* des obligations qui ont une signification dans « le langage codé » du droit des investissements⁴¹⁰. Dans les codes africains, les obligations pouvant relever de cette catégorie concernent les garanties procédurales, la mobilité des capitaux étrangers et les garanties substantielles. S'agissant des garanties procédurales, certains auteurs estiment que le consentement de l'État à l'arbitrage international peut être interprété comme son intention d'être lié en droit international⁴¹¹. En raison des adaptations apportées par la pratique arbitrale à cette ligne de pensée, les analyses concernant ce point seront abordées dans un autre chapitre de la

⁴¹⁰ Patrick JUILLARD, « L'évolution des sources du droit des investissements », *RCADI*, 1994, p. 51, § 65.

⁴¹¹ La saisine d'une juridiction internationale en tant que facteur d'internationalité est un argument ancien. Déjà à propos des contrats d'État, Prosper Weil soulignait : « Pour la plupart des auteurs, en effet, la soumission des litiges à un organe arbitral de caractère international permet de présumer, même en l'absence de *professio juris*, la volonté des parties d'appliquer à leurs rapports le droit international » (*in* Prosper WEIL, « Les problèmes relatifs aux contrats passés entre un état et un particulier », *RCADI*, 1969, vol. 128, p. 176). L'argument a eu un écho favorable dans la pratique arbitrale. La sentence *Sapphire* indiquait : « Il est incontestable que la référence à un arbitrage international suffit à internationaliser le contrat, c'est-à-dire à le situer dans un ordre juridique spécifique, celui du droit international des contrats » (SA, « *Sapphire* », Répertoire, n°3175, p. 301, §44 et SA, « *Texaco Galasiatic* », ILM, vol. 17, janvier 1978, p. 3 à 37, JDI, 1977, p. 350 spéc. p. 359, § 44). Si les auteurs en faveur de l'international ne sont pas aussi explicites, les arguments évoqués sur l'internationalisation font des dispositions relatives à l'arbitrage le facteur clé de l'internationalisation. En ce sens: David CARON, « The Interpretation of National Foreign Investment Law as Unilateral Act Under International Law », *op.cit.*, pp. 649 – 674; Makane MBENGUE, « National Legislation and Unilateral Acts of States », *in* Tarcisio GAZZINI et Eric De BRABANDÈRE, (*dir.*), *The Sources of Rights and Obligations in Transnational Investment Law*, Leiden, Martinus-Nijhoff Publishers, 2012, p. 205.

thèse⁴¹². Restent alors les dispositions permettant la mobilité des capitaux et les garanties substantielles. La pratique législative africaine montre sur ces points que l'accès au territoire des États est conditionné à une contrepartie (1) tandis que les garanties substantielles ne sont pas enracinées en droit international (2). Ces deux facteurs excluent de considérer que les États africains avaient l'intention de souscrire à des obligations internationales unilatérales dans leurs codes des investissements et partant qu'ils aient voulu "codifier" les règles de droit international en la matière.

1. L'exigence d'une contrepartie pour l'accès aux territoires africains

156. L'écho international. La mobilité des capitaux intéresse directement l'accès aux territoires des États. En principe, cet accès au marché local relève du domaine réservé des États⁴¹³. Le droit international général ne met aucune obligation à la charge des États concernant l'accès à leur territoire⁴¹⁴. Ainsi, lorsqu'un code des investissements consacre la liberté d'investissement, l'État ne souscrit pas, au premier abord, à une obligation juridique internationale, ni n'adopte un texte déclaratoire d'une coutume internationale ou d'un principe de droit international. Cependant, l'ouverture du marché national aux capitaux étrangers peut être perçue comme une adhésion aux principes de l'économie de marché et de la globalisation. Ceci explique que jusque dans les années 1990, il était procédé à une distinction entre les lois incitatives, dissuasives et neutres. Cette distinction est désormais abandonnée en raison de l'effondrement du système bipolaire⁴¹⁵. Dans les nouvelles lois, l'approche consacrée est néolibérale, car tout en permettant l'accès au marché national, ces lois assurent un contrôle des secteurs stratégiques et sensibles. Ainsi, c'est au sein d'une même loi que prennent corps des dispositions incitatives et des dispositions de contrôle.

⁴¹² La pratique arbitrale accepte que les dispositions législatives relatives à l'arbitrage soient un facteur d'internationalisation. Cependant, les tribunaux n'ont pas considéré que ces dispositions seraient des actes unilatéraux autonomes mais des actes unilatéraux conditionnés (Le tribunal arbitral dans l'affaire *Tidewater c. Venezuela* soulignait ainsi : « *Clearly, the Investment Law is one of those unilateral acts, freely entered into by a state, but taken in the framework of a treaty that leaves all its freedom to the state. In this sense, it can be considered as being analogous to a unilateral declaration of a state accepting the compulsory jurisdiction of the ICJ, in the framework of Article 36(2) of the Statute of the Court* ». CIRDI, *Tidewater Inc. Tidewater Investment SRL et al. c. Venezuela*, juridiction, 8 février 2013, § 93). Ce glissement vers une autre catégorie d'acte unilatéral dans la pratique justifie que l'on diffère la discussion à une autre étape de l'argumentation. Voir *infra* Partie 1 Titre 2 Chapitre 1.

⁴¹³ La CIJ précisait que « Chaque État possède le droit fondamental de choisir et de mettre en œuvre comme il l'entend son système politique, économique et social ». CIJ, *Affaire des Activités militaires au Nicaragua et contre celui-ci*, Arrêt du 27 juin 1986 (fond), *Rec.* 1986, p. 131 §258.

⁴¹⁴ Jean-Pierre LAVIEC, *Protection et promotion des investissements, étude de droit international économique*, Genève, Graduate Institute Publication, 1985, pp 53 – 77 ; Thomas POLLAN, *Legal framework for the admission of FDI*, eleven, 2006, p. 63 ; voir également, ONU, *Rés. 1803 Souveraineté permanente sur les ressources naturelles*, 14 décembre 1962, art.5,

⁴¹⁵ Antonio PARRA note en ce sens : « Since the mid-1980s, countries have increasingly taken similar approaches to their legal treatment of private foreign investment. The now widespread consensus is expressed in investment law », in « Provision on the Settlement of Investment Disputes in Modern Investment Laws, Bilateral Investment Treaties and Multilateral Instruments on Investment », *FILJ*, vol 12, n°2, 1997, p. 287.

157. Les mesures incitatives. Les dispositions incitatives des codes au sujet de la mobilité des capitaux consacrent la liberté d'investir. Cette consécration peut être expresse à l'instar du code des investissements tunisien dont l'article 4 indique « [l']investissement est libre »⁴¹⁶. Elle peut aussi être implicite et se déduire de la mise en place de procédures de déclaration. C'est le cas du code des investissements algérien qui prévoit que « pour le bénéfice des avantages [...], les investissements doivent faire, préalablement à leur réalisation, l'objet d'un enregistrement auprès de l'agence nationale de développement de l'investissement [...] »⁴¹⁷. Le décret du 05 mars 2017 fixant les modalités d'enregistrement des investissements, ainsi que la forme et les effets de l'attestation s'y rapportant, définit l'enregistrement comme « la formalité écrite par laquelle un investisseur exprime sa volonté de réaliser un investissement dans une activité économique de production de biens ou de services [...] »⁴¹⁸. Au cours de la déclaration, l'administration locale effectue un contrôle sur pièces qui vise à s'assurer du respect des formalités de sorte que l'investissement reste toujours libre⁴¹⁹. En cas de rejet de la demande d'enregistrement, l'investisseur peut reprendre le dossier et introduire une nouvelle demande ou, s'il s'agit de modifications mineures à apporter, y procéder sur place⁴²⁰. Enfin, le caractère obligatoire de la déclaration qui ressort de la lecture de l'article 4 précité n'entame en rien la liberté d'investissement. La procédure vise la simple connaissance de l'investisseur par les services de l'État contrairement aux mesures de contrôle. Dans d'autres États d'ailleurs, la procédure de déclaration a un caractère facultatif et concerne des investissements d'un seuil minimal⁴²¹.

⁴¹⁶ Tunisie, Loi n° 2016-71 du 30 septembre 2016, portant loi de l'investissement, *JORT*, 7 octobre 2016, p.3083. Voir également, Bénin, code des investissements de 2020, art. 11 : « Les investissements visés par les dispositions du présent code sont réalisés librement dans le respect des lois et règlements en vigueur en République du Bénin » ; Burkina Faso, code des investissements de 2019, art. 7 ; Congo (Brazzaville), charte des investissements de 2003, art. 1 ; Côte d'Ivoire, code des investissements de 2012, art. 5 ; Djibouti, code des investissements de 1984, modifié en 1994, art. 1 bis ; Madagascar, code des investissements de 2008, art. 2 ; Malawi, Investment Promotion Act (1991), Schedule _ Statement of investment policies, freedom to invest ; Tchad, charte des investissements de 2008, art. 11 ; Swaziland (Eswatini), Swaziland Investment Promotion Act, 1998, section 19 ; Guinée-Bissau, Code de Guinée-Bissau de 2011, art. 3.

⁴¹⁷ Algérie, code des investissements de 2016, art. 4 ; Voir également, Ghana, Ghana Investment Promotion Center Act, 2013, art. 24(1) : « *An enterprise in which foreign participation is permitted under this Act shall after its incorporation or registration and before commencement of operations be registered with the Centre* » ; Nigeria, Nigerian Investment Promotion Commission Act, 1998 modifié en 1998, art. 19(1).

⁴¹⁸ Algérie, décret du 05 mars 2017 fixant les modalités d'enregistrement des investissements ainsi que la forme et les effets de l'attestation, art. 2.

⁴¹⁹ Algérie, décret du 05 mars 2017 fixant les modalités d'enregistrement des investissements ainsi que la forme et les effets de l'attestation, art. 9. « Pour l'établissement de l'attestation d'enregistrement, les services habilités de l'agence, doivent s'assurer que l'activité n'est pas exclue des avantages, conformément à la législation et à la réglementation y afférentes et, que les avantages fiscaux qui y sont portés correspondent bien à la localisation prévue ».

⁴²⁰ Algérie, décret du 05 mars 2017 fixant les modalités d'enregistrement des investissements ainsi que la forme et les effets de l'attestation, art. 10.

⁴²¹ Code des investissements ivoirien de 2012, art. 32 – 33 ; Djibouti, Code des investissements djiboutien de 1984, art. 9 ; Togo, Code des investissements de 2012, art. 16.

158. Les mesures de contrôle dans l'accès aux marchés. Tous les États, y compris en dehors du continent africain, procèdent à un contrôle des investissements internationaux, au moins dans les secteurs sensibles⁴²². Dans la pratique africaine, la démarche suivie est plurielle et se rapporte à l'admission et à l'établissement de l'investissement⁴²³. S'agissant de l'admission, l'investissement ne sera possible qu'à l'issue d'une procédure d'autorisation. Cette procédure permet à l'administration de filtrer l'accès à son marché national en effectuant un contrôle des projets d'investissements. Dans le cas du code namibien de 2016, qui ne consacre pas la liberté d'investissement, l'investissement international n'est possible que s'il a été autorisé⁴²⁴.

Les contrôles et procédures d'autorisation mis en place par les États au moment de l'admission ne sont pas fortuits. L'objectif recherché des législateurs est de s'assurer que l'investisseur contribue de façon substantielle au développement économique de l'État d'accueil. En cela réside la contrepartie de l'État. Dans son versant positif, la contribution au développement économique résulte d'un fléchage des investissements vers des secteurs stratégiques, le plus souvent dans le domaine de l'industrie. Pour ce faire, les codes réservent certaines activités relevant du secteur tertiaire et de l'artisanat aux nationaux à l'exclusion des investisseurs étrangers⁴²⁵. D'autres lois adoptent la démarche inverse en définissant une liste de secteurs éligibles aux avantages du code parmi lesquels les investissements relevant de l'agro-industrie, la santé et l'hôtellerie bénéficient de la politique incitative mise en place⁴²⁶. Parfois, les codes encouragent directement les

⁴²² Thomas POLLAN, *Legal Framework for the admission of FDI*, Utrecht, Eleven International Publishing, 2006, 329 p.

⁴²³ L'admission en droit des investissements concerne l'accès au marché local d'un État. L'établissement concerne plutôt les conditions dans lesquelles l'investisseur peut gérer ses investissements au sein de l'État hôte. Thomas POLLAN, *Legal Framework for the admission of FDI*, Utrecht, Eleven International Publishing, 2006 p. 30; Rudolf DOLZER et Christoph SCHREUER, *Principles of International Investment Law*, New York, Oxford University Press, 2008, p. 80.

⁴²⁴ Namibie, code des investissements de 2016, section 12: « (1) A foreign investor may not (a) invest in Namibia; or (b) acquire any licence, permit, authorisation or concession in Namibia, through any form of merger, acquisition, direct or indirect sale or transfer without the approval of the Minister. (2) A foreign investor seeking to make an investment in Namibia must apply to the Minister for approval of the proposed investment in the prescribed form and manner. (3) An investor who is proposing to invest in Namibia as contemplated in subsection (2) may apply for (a) any proposed investment, acquisition or establishment of an investment whether directly or indirectly; (b) any proposed merger, whether directly or indirectly, subject to the requirements of the Competition Act, 2003 (Act No. 2 of 2003); or (c) the acquisition of any license, permit, authorisation or concession issued by the State, including such instruments relating to the exploration and exploitation of natural resources, and apart from the requirement of subsection (2) the application must include other information as the Minister may prescribe to enable the Minister to make an informed decision. »

⁴²⁵ L'article 27 du code des investissements de 2013 du Ghana réserve les activités relevant du secteur tertiaire et de l'artisanat au Ghanéen en ces termes : « (1) A person who is not a citizen or an enterprise which is not wholly owned by citizen shall not invest or participate in (a) the sale of goods or provision of services in a market, petty trading or hawking or selling of goods in a stall at any place; (b) the operation of taxi or car hire service in an enterprise that has a fleet of less than twenty-five vehicles; (c) the operation of a beauty salon or a barber shop; (d) the printing of recharge scratch cards for the use of subscribers of telecommunication services; (e) the production of exercise books and other basic stationery; (f) the retail of finished pharmaceutical products; (g) the production, supply and retail of sachet water; and (h) all aspects of pool betting business and lotteries, except football pool. »

⁴²⁶ Par exemple, le code des investissements de Côte d'Ivoire de 2018 modifié par l'ordonnance de 2019 prévoit en son article 5 que « les secteurs éligibles aux avantages du présent code sont classés en deux catégories. La catégorie 1 comprend l'agriculture, l'agro-industrie, la santé et l'hôtellerie [...] ».

investissements relevant du secteur industriel⁴²⁷. Dans son versant négatif, la contribution aux développements économiques permettra d'exclure les investissements qui ne sont que des activités d'achat et de revente, des opérations commerciales basiques ou des activités portant atteinte à la sécurité nationale et à l'ordre public⁴²⁸. Les activités relevant de ces catégories qui relèvent du droit interne de chaque État sont celles qui n'apportent pas une contribution substantielle à l'État ou qui, en raison de leur caractère sensible, mineraient son développement à terme, en cas de constitution de monopole étranger⁴²⁹. À l'issue de la procédure d'autorisation, l'administration compétente délivre à l'investisseur étranger un certificat d'investissement, une licence, un agrément qui sont des titres juridiques lui conférant des droits subjectifs. Autrement dit, les droits que mentionnent les codes des investissements ne seront dus à l'investisseur étranger qu'après que l'État s'est assuré de la contribution potentielle du projet à sa croissance économique. Ainsi, l'intention des États qui ressort des procédures d'admission, n'est pas d'être liés dès la formulation de leurs codes, mais après autorisation de l'investissement. Ce qu'indiquent les procédures d'admission, c'est donc qu'un code des investissements ne peut pas être un acte unilatéral autonome puisqu'il n'engage pas l'État qui l'édicte dès sa formulation. Ces textes exigent une réaction de la part des investisseurs, le plus souvent en vue de s'assurer d'une contrepartie au moment de l'établissement de celui-ci.

159. Les mesures de contrôle en matière d'établissement. Les codes des investissements prescrivent aux investisseurs certaines exigences qui affectent la libre gestion par ces derniers de leurs investissements. En premier lieu, certaines dispositions nationales imposent des restrictions concernant la composition du capital de la société de projet. Il s'agira de l'interdiction de céder des parts dans une entreprise locale sans la permission de l'État⁴³⁰. En deuxième lieu, certains codes imposent des *performances*

⁴²⁷ Le code des investissements du Rwanda de 2015 prévoit en son article 3 : « Tout investisseur est autorisé à investir dans n'importe quelle activité commerciale quelle que soit son origine. Toutefois, un investisseur est encouragé à prioritaires. Ces secteurs sont les suivants : 1° exportation ; 2° fabrication industrielle ; 3° investissement dans le secteur d'énergie, transport, technologies de l'information et de la communication, services financiers et la construction de logements à loyer modéré ».

⁴²⁸ RDC, code des investissements, art. 3 : « Les dispositions de la présente loi ne s'appliquent pas aux secteurs suivants : Mines et hydrocarbures ; Banques ; Assurances et Réassurances ; Production d'armement et des activités connexes militaires ; Production d'explosifs ; Assemblage des équipements et des matériels militaires et paramilitaires des services de sécurité ; Production d'armement et activités militaires et paramilitaires ou des services de sécurité ; Activités commerciales. Les investissements dans ces secteurs sont régis par des lois particulières. Nonobstant les dispositions particulières qui régissent chacun de ces secteurs d'activités, tout investisseur est tenu de déposer un exemplaire de son dossier d'investissement à l'ANAPI ».

⁴²⁹ Si cette disposition est fréquente dans les codes africains, elle n'est pas définie. De la sorte, il faut se référer à la pratique administrative pertinente de chaque État et aux décisions locales pour appréhender les réalités que recouvrent les notions de sécurité nationale ou de protection d'ordre public.

⁴³⁰ Namibie, code des investissements de 2016, art. 11 : « (1) An investor or investment in the natural resource sector or in any other sector which is above the threshold may not - (a) change the ownership or control of investment; or (b) transfer any licence, permit, authorisation or concession owned by the investor or investment, to a foreign investor through any form of merger, acquisition, direct sale or transfer without the approval of the Minister as required by subsection (2). (2) An investor or investment in Namibia contemplated in subsection (1) who wishes - (a) to change ownership or control of the investment in favour of a foreign

requirements à l'investisseur : ce peut être une obligation de recruter du personnel local⁴³¹, de se fournir en priorité sur le marché local ou d'utiliser la main-d'œuvre locale⁴³². Enfin, les codes mettent à la charge de l'investisseur une obligation de transfert de technologie⁴³³. L'objectif à travers ces mesures est de s'assurer qu'en contrepartie des avantages fiscaux et douaniers consentis à l'investisseur, celui-ci contribue au développement de l'économie nationale. Ainsi, les obligations souscrites par l'État sont du type *do ut des*. D'ailleurs, les administrations locales se réservent le droit de contrôler le respect par l'investisseur de sa contrepartie sous réserve d'exiger des sommes compensatoires ou même de retirer l'agrément accordé⁴³⁴.

160. En somme, la pratique normative africaine en matière d'admission et d'établissement des investissements étrangers ne permet pas de conclure que les codes des investissements renferment une intention de se lier sans contrepartie de la part des États. Il n'y aurait donc pas à ce stade un indice favorable à l'assimilation des codes des investissements aux actes unilatéraux de droit international public. Cette situation est confirmée par les garanties substantielles offertes.

2. Les garanties substantielles enracinées dans l'ordre juridique interne

Investor ; or (b) to transfer any license, permit, authorisation or concession owned by the investor or investment to a foreign investor through any form of merger, acquisition, direct sale or other disposal, must, subject to the requirements of the Competition Act, 2003 (Act No. 2 of 2003), apply to the Minister in the prescribed form and manner for approval of such proposed change or transfer at least 60 days before the date of intended change or transfer or any earlier date as the Minister may allow in any particular circumstances”.

⁴³¹ Cette disposition est fréquente dans les codes des investissements africains. Voir par exemple : Tunisie, code des investissements de 2017, art. 6 : « Toute entreprise peut recruter des cadres de nationalité étrangère dans la limite de 30% du nombre total de ses cadres jusqu'à la fin de la 3ème année à compter de la date de constitution juridique de l'entreprise ou de la date d'entrée en activité effective au choix de l'entreprise. Ce taux doit être ramené à 10% à partir de la 4ème année à compter de ladite date. Dans tous les cas, l'entreprise peut recruter quatre cadres de nationalité étrangère. Au-delà des taux ou limites prévus au paragraphe précédent, l'entreprise est soumise, quant au recrutement des cadres étrangers, à une autorisation délivrée par le ministère chargé de l'emploi conformément aux dispositions du Code du travail. Les procédures de recrutement des cadres étrangers sont soumises aux dispositions du Code du travail à l'exception des paragraphes 2, 3, 4, et 5 de son article 258-2 ». Aussi, Mauritanie, code des investissements de 2012, Bénin, code des investissements de 1990 modifié par l'ordonnance de 2008, art. 33 ; Burkina Faso, code des investissements de 1990 modifié en 2010, art. 20 ; Togo, code des investissements de 2012, art. 50.

⁴³² Togo, code des investissements de 2012, art. 50 : (e) les entreprises sont tenues d'utiliser en priorité, à conditions égales de qualité, prix et disponibilité les services et produits d'origine togolaise RDC, code des investissements de 2002, art 8 et 31 ; Kenya, Investment Promotion Act, 2014, art. 4(2) ; Rwanda, code des investissements de 2015, annexe à la loi, art 1.2 ; Guinée, code des investissements de 2015, art. 23,

⁴³³ Guinée, code des investissements de 2015, art. 23 ; Kenya, Investment Promotion Act, 2014, art. 4 (2) ;

⁴³⁴ À titre illustratif, voir l'article 32 du code des investissements : « L'agrément et les avantages particuliers qu'il offre, expirent au terme prévu aux articles 14, 15, 16 et 17 du présent Code. Le manquement par l'investisseur à tout ou partie des obligations qui lui incombent, peut entraîner le retrait de l'agrément. Ce retrait peut être précédé d'un délai de grâce, de quatre-vingt-dix (90) jours au maximum, au cours duquel l'investisseur est invité à régulariser sa situation. Le retrait de l'agrément, une fois prononcé, rend immédiatement exigible le paiement des droits de douane, des impôts, taxes et pénalités auxquels l'investisseur avait été soustrait, du fait de l'agrément, sans préjudice d'éventuelles poursuites judiciaires et sanctions encourues. L'autorité chargée d'octroyer l'agrément prévu au présent Code met l'entreprise en demeure de prendre les mesures nécessaires pour mettre fin à la situation créée par sa défaillance. À défaut d'effet suffisant dans un délai de quatre-vingt-dix (90) jours à compter de la date d'envoi de la mise en demeure, l'autorité compétente décide, après avoir fait procéder à une enquête dont les résultats sont communiqués à l'entreprise du retrait total ou partiel de l'agrément. La décision de retrait est prise par arrêté de l'autorité chargée d'octroyer l'agrément qui fixe la date de prise d'effet du retrait. » Mali, code des investissements de 2012, art. 32.

161. Délimitations. La pratique législative africaine permet à l'investisseur étranger de bénéficier d'un ensemble varié de garanties substantielles. Ces garanties concernent le traitement et la protection de l'investissement, à l'instar des TBI. C'est d'ailleurs ce qui justifie l'argument selon lequel les obligations contenues dans les codes et les traités d'investissement présentent une structure similaire⁴³⁵. Cependant, pour la discussion relative à l'existence d'une intention de se lier, toutes ces garanties n'ont pas la même utilité. Par exemple, pour les standards de traitement indirects (le traitement national et le traitement de la nation la plus favorisée) et la garantie de libre transfert des capitaux, leur internationalité ne résulte pas du droit international général, mais d'un traité international⁴³⁶. Autrement dit, le fondement obligatoire en droit international de ces garanties se mesure à l'aune de l'instrument qui les prévoit. De la sorte, ils ne peuvent aider à la détermination de l'internationalité de l'instrument en lui-même⁴³⁷ et doivent être exclus de la présente démonstration. Restent alors deux types de garanties substantielles prévues par les codes : le traitement juste et équitable (TJE) et la garantie contre l'expropriation sauf pour cause d'utilité publique. De l'inventaire des dispositions législatives relatives à ces deux garanties, il apparaît que les États entendent souscrire à des obligations internes, donc relevant de leur domaine réservé. Dans le cadre de l'expropriation, ce serait parce que celle-ci est consacrée en droit interne (a) et dans le cadre du TJE, ce serait parce que cette obligation est incorporée au droit interne (b).

a. L'enracinement de la garantie d'expropriation en droit interne

162. Inventaire. Quantitativement, la garantie contre l'expropriation sauf pour cause d'utilité publique est la plus fréquente dans les codes africains. Sur l'ensemble des codes des investissements (chartes des investissements incluses), seules sept (7) lois ne contiennent pas une référence explicite à la garantie d'expropriation⁴³⁸. Les trente-six (36)

⁴³⁵ David CARON écrit en ce sens : « *The reason it is not surprising is because the structure of the international obligation potentially accepted approximates and mirrors quite closely the obligations undertaken in bilateral investment treaties* » (Gras ajoutés) in « The Interpretation of National Foreign Investment Law as Unilateral Act Under International Law », Mahnouch ARSANJANI, Jacob COGAN et al. (dir.), *Looking to the future, Essays in international law in honor of Michael Reisman*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2011, p. 655.

⁴³⁶ Voir sur ce point, voir : Marc BUNGENBERG, Jörn GRIEBEL et al., (dir.), *International Investment Law*, C.H. BECK – Hart – Nomos, 2015. Notamment les contributions de August REINISCH, « Most-Favoured Nation Treatment » (pp. 807 – 845) et « National Treatment » (pp 846 – 869) et Carsten KERN, « Transfer of funds » (pp. 870 – 886).

⁴³⁷ Le raisonnement serait ici circulaire. Si l'instrument est international en raison de son contenu et le contenu international en raison de l'instrument, il devient impossible de sortir de la boucle qui se crée. Pour cette raison, il convient d'écarter ces standards de traitement et de protection de la suite des analyses.

⁴³⁸ La charte du Gabon prévoit ainsi : « [l]a République Gabonaise garantit à toute personne physique ou morale régulièrement établie [...] les droits de propriété attachés aux terrains, immeubles, matériels d'exploitation et ceux attachés aux biens mobiliers, valeurs mobilières, brevets et autres éléments relevant de la propriété industrielle et intellectuelle ». Certes, on y lit que la propriété est protégée, mais le texte n'indique pas clairement contre quoi elle est protégée. Gabon, Charte des investissements de 1998, art. 1. Certains codes des investissements ne prévoient pas de dispositions relatives à l'expropriation. Ce sont : Cameroun, Code des

autres lois sur l'investissement international protègent l'investisseur contre l'expropriation sauf pour cause d'utilité publique⁴³⁹. Ces lois peuvent aussi être classées en deux catégories : celles qui ne contiennent pas de référence au droit international et celles qui en contiennent.

163. La pratique législative prédominante. Les lois ne comportant pas de références explicites au droit international constituent la pratique législative dominante. Sur les trente-six codes retenus, trente-cinq (35) ne contiennent pas une référence explicite au droit international. Les codes relevant de cette catégorie pourraient eux-mêmes être classés en deux groupes.

164. Le premier groupe concerne les lois qui comportent une référence explicite au droit interne et constitue la pratique dominante de cette sous-catégorie⁴⁴⁰. Une disposition illustrant le propos serait l'article 23 du code des investissements algériens qui prévoit : « Outre les règles régissant l'expropriation, les investissements réalisés ne peuvent, sauf dans les cas prévus par **la législation en vigueur**, faire l'objet de réquisition par voie administrative. La réquisition et l'expropriation donnent lieu à une indemnisation juste et équitable »⁴⁴¹. Cette référence au droit interne peut s'interpréter comme l'intention de l'État de souscrire à un engagement juridique de droit interne plutôt qu'à une obligation

investissements de 2013, Libye, code des investissements de 2010, Malawi, investment promotion act de 1991, Maroc, charte des investissements de 2015, Tchad, Charte des investissements de 2008, Kenya, code des investissements de 2004.

⁴³⁹ Voir les codes suivants : Afrique du Sud, code des investissements de 2015, section 10 ; Algérie, code des investissements de 2016, article 23 ; Angola, code des investissements 2018, art. 14 ; Bénin, code des investissements de 2020, article 16 ; Burkina Faso, code des investissements de 2018, article 8 ; Burundi, code des investissements de 2008, article 13 ; Cap-Vert, code des investissements de 1993, art. 8 ; Centrafrique, code des investissements, art. 10 ; Code d'Ivoire, Code des investissements de 2012, art. 16 et code des investissements de 2018, art. 33 ; Égypte, code des investissements de 2017, article 4 ; Érythrée, code des investissements de 1994, art. 13 ; Éthiopie, code des investissements de 2012, art. 25 ; Ghana, code des investissements de 2013, sect. 31 ; Guinée, code des investissements de 2015, art. 11 ; Guinée-Bissau, code des investissements de 2011, article 4 ; Liberia, code des investissements de 2010, section 7 ; Madagascar, code des investissements de 2008, art. 4 ; Mali, code des investissements de 2012, article 7 ; Mauritanie, code des investissements de 2012, art. 4 ; Mozambique, code des investissements de 1993, art. 13 ; Namibie, code des investissements de 2016, section 21 – 23 ; Niger, code des investissements de 2014, art. 6 ; Ouganda, code des investissements de 2019, art. 24 ; RD Congo, code des investissements de 2002, art. 6 ; Rwanda, code des investissements de 2015, art. 6 ; Seychelles, code des investissements de 2010, section 5 ; Sierra Leone, code des investissements de 2004, section 11 ; Somalie, code des investissements de 1987, art. 18 ; Soudan, code des investissements de 2013, art. 29 ; Sud Soudan, code des investissements de 2009, art. 34 ; Tanzanie, code des investissements de 1993, art. 22 ; Togo, code des investissements de 2012, art. 7 et code des investissements de 2019, art. 6 ; Tunisie, code des investissements de 2016, art. 8 ; Zambie, code des investissements de 2006, art. 19.

⁴⁴⁰ Voir les codes suivants : Algérie, code des investissements de 2016, article 23 ; Angola, code des investissements 2018, art. 14 ; Bénin, code des investissements de 2020, article 16 ; Burkina Faso, code des investissements de 2018, article 8 ; Burundi, code des investissements de 2008, article 13 ; Éthiopie, code des investissements de 2012, art. 25 ; Ghana, code des investissements de 2013, sect. 31 ; Madagascar, code des investissements de 2008, art. 4 ; Mali, code des investissements de 2012, article 7 ; Mozambique, code des investissements de 1993, art. 13 ; Namibie, code des investissements de 2016, section 21 – 23 ; Sierra Leone, code des investissements de 2004, section 11 ; Afrique du Sud, code des investissements de 2015, section 10 ; Ouganda, code des investissements de 2019, art. 24. ; Rwanda, code des investissements de 2015, art. 6 ; Tunisie, code des investissements de 2016, art. 7. À ces codes, il peut être rattaché l'ensemble des codes qui prévoit directement un mécanisme de détermination du montant de la compensation. [Voir *infra* Partie 2 Titre 2 Chapitre 2 section 2 § 2, B, 3(c)].

⁴⁴¹ Algérie, code des investissements de 2016, article 23. Dans le même sens, le texte burundais est plus précis en ce sens : « La République du Burundi s'interdit toute nationalisation et expropriation des investissements réalisés sur son territoire, ainsi que toute mesure de portée équivalente. Dans les cas exceptionnels d'expropriation pour cause d'utilité publique, la République du Burundi garantit aux investisseurs une procédure conforme à la loi, accompagnée d'une juste et préalable indemnité et ouverte le cas échéant aux recours judiciaires et à l'arbitrage, conformément à l'article 17 ». Burundi, code des investissements de 2008, article 13.

internationale. À ce titre, on ne pourrait pas conclure à partir de cet indice que les codes des investissements sont des actes unilatéraux de droit international.

165. S'agissant du second groupe de lois, les dispositions relatives à l'expropriation ne contiennent pas de référence explicite ni au droit international, ni au droit interne. C'est le cas par exemple du code des investissements ivoirien de 2012 qui indique : « Aucun investisseur ne peut être privé de la propriété de ses investissements si ce n'est pour cause d'utilité publique et sous la condition d'une juste et préalable indemnisation »⁴⁴². Les dispositions de ce type, en raison du silence qu'elles entretiennent, vis-à-vis de leur ordre de rattachement (droit interne ou international) ne peuvent être considérées comme indice de l'intention des États de souscrire à des obligations internationales. Les raisons de cette interprétation sont simples. Si certes la garantie d'expropriation a bien un écho en droit international, elle a également un écho en droit interne. Ainsi, le silence des textes invite à choisir entre l'une ou l'autre option. Or, le principe directeur 7 de la résolution A/61/10 a posé le principe d'une interprétation stricte des déclarations⁴⁴³. Appliquant ce principe, dans le silence du texte, l'intention de l'État de souscrire à une obligation juridique internationale ne pourrait être présumée. Par conséquent, ce type de disposition doit être classé par défaut dans la catégorie des lois qui ne retiennent pas une référence au droit international concernant l'expropriation.

166. La pratique législative marginale. Les garanties d'expropriation qui font référence au droit international sont rares. En fait, un seul code relève de cette catégorie. C'est le cas du code des investissements togolais de 2012 qui indique :

« Les mesures d'expropriation pour cause d'utilité publique constatées dans les conditions prévues par la loi devront prévoir une juste et préalable indemnisation de l'investisseur, dont le montant sera déterminé, à dire d'expert, **selon les règles et pratiques habituelles du droit international.** »⁴⁴⁴

Toutefois, l'incidence de cette référence au droit international sur l'intention de l'État de souscrire à un engagement international est mineure. On remarquera que la référence au droit international est circonscrite à la détermination du montant de l'indemnisation, mais pas à la légalité de l'expropriation en elle-même. Cette garantie doit ainsi être appréciée

⁴⁴² Code d'Ivoire, Code des investissements de 2012, art. 16. Également, le législateur nigérien retient : « L'entreprise est garantie contre toute mesure de nationalisation, d'expropriation ou de réquisition sur toute l'étendue du territoire national, sauf pour cause d'utilité publique. Le cas échéant, l'entreprise bénéficiera d'une juste et préalable indemnisation ». Niger, code des investissements de 2014, art. 6 ; Centrafrique, charte des investissements de 2001, art. 10 ; Mauritanie, code des investissements de 2012, art. 4 ; Soudan, Investment Promotion Act 2013, art. 29 (abrogé par le code de 2021) ; Tanzanie, code des investissements de 1997, sec. 22 ; Guinée, code des investissements de 2015, art. 11 ; Érythrée, code des investissements de 1994, art. 13.

⁴⁴³ « Une déclaration unilatérale n'entraîne d'obligations pour l'État qui l'a formulé que si elle a un objet clair et précis. En cas de doute sur la portée des engagements résultant d'une telle déclaration, ceux-ci doivent être interprétés restrictivement. Pour interpréter le contenu des engagements en question, il est tenu compte en priorité du texte de la déclaration ainsi que du contexte et des circonstances dans lesquelles elle a été formulée ». Rés. A/61/10, §7.

⁴⁴⁴ Togo, code des investissements de 2012, art. 7.

au regard du droit interne qui en fixe les conditions de validité et les effets. Il ne peut donc être déduit de cette disposition une intention de l'État d'être lié en droit international. Cette interprétation est confirmée par la nouvelle rédaction de l'article 6 du code des investissements togolais de 2019 qui a supprimé la référence au droit international en ces termes :

« [...] L'indemnité appropriée est normalement évaluée par rapport à la juste valeur marchande de l'investissement. Le cas échéant, l'évaluation de l'indemnité juste et appropriée recherchera un équilibre équitable entre l'intérêt public et l'intérêt de l'investisseur, en prenant en compte toutes les circonstances pertinentes »⁴⁴⁵.

En clair, concernant l'expropriation, la pratique législative africaine de droit positif ne comporte aucune référence au droit international. Par conséquent, les dispositions des codes africains sur ce point, traitent de matières qui relèvent de la compétence nationale des États. Elles ne peuvent servir d'indice dans la détermination d'une intention de se lier en droit international par les États, ou d'une potentielle codification du droit international.

b. L'enracinement du TJE en droit interne

167. Une pratique législative marginale. Sur quarante-cinq (45) codes des investissements étudiés, seuls cinq (5) garantissent un TJE à l'investisseur étranger. Sur les cinq codes, deux se réfèrent au droit international spécial. Au titre des formulations relevant de cette catégorie figure la disposition ivoirienne rédigée en ces termes :

« **Sous réserve des conventions bilatérales, régionales et multilatérales** signées par l'État, les personnes physiques et morales étrangères reçoivent un traitement juste et équitable au regard des droits et obligations attachés à leurs investissements »⁴⁴⁶.

⁴⁴⁵ Le nouvel article ainsi rédigé dispose : « La protection de la propriété privée des biens est garantie par les lois et règlements en vigueur en République togolaise. Cette protection s'étend à tous les aspects juridiques et commerciaux de la propriété, à ses éléments et démembrements, à sa transmission et aux contrats dont ils font l'objet. Les actifs mobiliers ou immobiliers détenus en République togolaise par l'investisseur ne peuvent faire l'objet de mesures d'expropriation ou de nationalisation que dans le strict respect de la législation en vigueur en République togolaise. L'investisseur doit bénéficier d'un examen rapide de son cas et de l'évaluation de son investissement, par l'autorité judiciaire compétente, conformément à la procédure prévue par la législation en vigueur en République togolaise. Toute mesure réglementaire non discriminatoire prise par l'État togolais, conçue et appliquée en vue de protéger ou d'atteindre des objectifs légitimes de bien-être public comme la santé publique, la sécurité et l'environnement, ne constitue pas une nationalisation ou une expropriation indirecte au titre du présent code. L'indemnité appropriée est normalement évaluée par rapport à la juste valeur marchande de l'investissement. Le cas échéant, l'évaluation de l'indemnité juste et appropriée recherchera un équilibre équitable entre l'intérêt public et l'intérêt de l'investisseur, en prenant en compte toutes les circonstances pertinentes. » Togo, Loi portant code des investissements en République togolaise, art. 6. Les raisons de cette modification ne sont pas officiellement indiquées. Mais, compte tenu de l'affirmation de la liberté normative de l'État togolais qui transparaît dans ce texte, il y a fort à parier que les autorités ont pris cette mesure à la suite de l'affaire Philip Morris. Alors que l'État envisageait d'adopter des mesures de lutte contre le tabagisme, par l'adoption notamment d'un paquet neutre, la firme Philip Morris a menacé l'État de poursuite devant le CIRDI. Cette seule menace a alors suffi à faire échouer le projet de loi sur l'adoption du paquet neutre.

⁴⁴⁶ Côte d'Ivoire, ordonnance n°2018-646 du 1er août 2018 portant code des investissements, art. 25.

Dans cet extrait quasiment similaire au texte algérien⁴⁴⁷, la locution prépositive « sous réserve » vient poser une restriction, une exception en faveur des traités internationaux. Ainsi, le TJE ne serait pas toujours garanti à l'investisseur, car les traités peuvent priver ce dernier de la protection offerte par la loi. En clair, plutôt que de démontrer l'intention d'être lié en droit international par l'inclusion du TJE dans le corpus de la loi, c'est l'intention contraire qui est rapportée : celle de se délier de son engagement par l'effet du droit international spécial. Cette lecture est d'ailleurs confirmée par la réforme ultérieure du texte de l'article 25 du code des investissements ivoirien précitée. L'ordonnance portant modification du code des investissements de 2018 adoptée en 2019 a supprimé la référence au TJE pour y substituer le traitement national⁴⁴⁸.

Toutefois, l'interprétation de cette pratique ultérieure doit être nuancée. L'absence d'équivalence dans l'ordre juridique interne de la garantie du TJE invite à plus de réserve concernant l'interprétation stricte du TJE contenue dans la loi. Contrairement aux dispositions relatives à l'expropriation qui existent (ont un écho) tant en droit interne qu'en droit international⁴⁴⁹, le TJE a exclusivement un « écho en droit international »⁴⁵⁰. Ainsi, même lorsque le code ne prévoit pas de référence au droit international, il ne devrait pas être procédé à une interprétation stricte au risque de priver le TJE de toute utilité.

168. Cette seconde lecture devrait également valoir pour les dispositions qui ne contiennent pas de référence au droit international. C'est le cas de l'article 12 du code des investissements du Burkina Faso de 2012 qui prévoit :

« [les entreprises étrangères] jouissent **d'un traitement juste et équitable, d'une sécurité et d'une protection constante**, excluant toute mesure injustifiée ou discriminatoire qui pourrait entraver, en droit ou en fait, la gestion, l'entretien, l'utilisation, la jouissance ou la liquidation de leurs investissements »⁴⁵¹.

Le manque de précision équivaldrait ainsi à une référence implicite au droit international général. Le choix du législateur burkinabé serait alors dicté par une économie de moyen qu'on ne retrouve pas chez le législateur congolais. Le code de cet État indique en ce sens :

⁴⁴⁷ Algérie, Code des investissements de 2016, article 21 : « Sous réserve des conventions bilatérales, régionales et multilatérales signées par l'État algérien, les personnes physiques et morales étrangères reçoivent un traitement juste et équitable au regard des droits et obligations attachés à leurs investissements ».

⁴⁴⁸ L'ordonnance n°2019-1088 du 18 décembre 2019 modifiant l'ordonnance n°2018-646 du 1^{er} août 2018 portant code des investissements substitue au traitement juste et équitable, le traitement national en ces termes : « Les articles [...] 25 [...] de l'ordonnance n°2018-646 [...] sont modifiés ainsi qu'il suit : [...] article 25 nouveau : Sans préjudice de la politique nationale de promotion de l'entrepreneuriat national, les personnes physiques ou morales de nationalité étrangère reçoivent un traitement identique à celui accordé aux personnes physiques ou morales de nationalité ivoirienne ».

⁴⁴⁹ Voir *infra* Partie 2 Titre 2 Chapitre 2 section 2 § 2.

⁴⁵⁰ Patrick JUILLARD, « L'évolution des sources du droit des investissements », *RCADI*, 1994, p. 51, § 65.

⁴⁵¹ Burkina Faso, code des investissements de 2012, art. 12. Voir également, Egypte, code des investissements de 2017, article 3 : « *All the investments established within the Arab Republic of Egypt shall receive fair and just treatment* ».

« La République Démocratique du Congo s'engage à assurer un traitement juste et équitable, **conformément aux principes du droit international**, aux investisseurs et aux investissements effectués sur son territoire, et à faire en sorte que l'exercice du droit ainsi reconnu ne soit entravé ni en droit, ni en fait »⁴⁵².

La référence explicite « aux principes du droit international » dans la disposition congolaise opère un renvoi au droit international public. Dans l'affaire du *Lotus*, la CPJI a admis cette interprétation en ces termes : « le sens des mots "principes du droit international" ne peut, selon leur usage général, signifier autre chose que le droit international tel qu'il est en vigueur entre toutes les nations faisant partie de la communauté internationale »⁴⁵³. Aussi, il ne fait pas de doute qu'en indiquant que l'investisseur étranger est assuré du TJE conformément au droit international public, l'État a l'intention de souscrire à une obligation qui a effectivement « un écho » en droit international. Toute la difficulté est alors de savoir si cette obligation juridique est ancrée en droit international ou si elle incorpore simplement le droit international dans l'ordre juridique interne de l'État.

169. L'ancrage du *vinculum juris*. À quel ordre juridique l'obligation de TJE contenue dans les codes des investissements précités (en particulier le code congolais) peut être rattachée ? Cette question n'est pas nouvelle et a fait l'objet de discussions à propos des contrats d'État. À l'instar de la disposition législative congolaise, certains de ces contrats comportaient des clauses de droit applicable renvoyant aux principes du droit international⁴⁵⁴. La portée de ces clauses d'*electio juris* a alors partagé la doctrine entre approches subjective et objective de l'internationalisation des contrats d'État d'après la classification opérée par la professeure Lankarani⁴⁵⁵.

170. L'approche subjective. Selon l'approche subjective, la référence aux principes de droit international dans un contrat d'État est l'expression de la volonté des parties de localiser leur contrat en droit international public et non dans le droit interne de l'État. Jean Paul Jacqué notait à ce propos : « [u]n État et un particulier parties à un contrat peuvent donc, s'ils le désirent, soumettre leurs rapports au droit international public. Il ne

⁴⁵² RDC, code des investissements de 2002, art. 25.

⁴⁵³ CPJI, *Affaire du Lotus*, arrêt n° 9, 7 septembre 1927 série A, pp. 16-17. La clause de l'article 15 de la Convention de Lausanne du 24 juillet 1923, relative à l'établissement et à la compétence judiciaire, sur laquelle la CPJI se prononce indiquait : « En toutes matières, sous réserve de l'article 16, les questions de compétence judiciaire seront, dans les rapports entre la Turquie et les autres Puissances contractantes, réglées **conformément aux principes du droit international** ». On remarque alors une formulation similaire à celle de la disposition législative précitée.

⁴⁵⁴ À titre illustratif, l'article 28 des contrats de concession entre la société Texaco et l'État Libyen indiquait : « La présente concession sera régie par et devra être interprétée conformément aux principes de la loi libyenne en ce que ces principes peuvent avoir de commun avec les principes du droit international; en l'absence de points communs entre les principes de la loi libyenne et ceux du droit international, elle sera régie par et interprétée conformément aux principes généraux du droit, en ce compris ceux de ces principes généraux dont il a été fait application par des juridictions internationales ». in SA, *Texaco Galaciat c. Libye*, 19 janvier 1977, René-Jean DUPUY, Arbitre unique, § 23.

⁴⁵⁵ Leila LANKARANI, *Les contrats d'état à l'épreuve du droit international*, Éditions Bruylant, 2001, pp. 7 - 13.

s'agit que d'une possibilité et l'internationalisation **doit résulter de la volonté des parties** »⁴⁵⁶. Ainsi la référence au droit international (notamment au principe de droit international) n'a pas pour effet d'incorporer l'ordre juridique international au contrat, mais de localiser ledit contrat en droit international⁴⁵⁷. Cette position est présentée dans le détail par Mann qui écrit :

*« Although normally the law of a given State will govern the State contract precisely years ago another possible solution was suggested. It was said that a contract between a State and an alien private person could be internationalised in the sense of being subjected to the only other legal order known to us namely public international law. This does not mean or was ever intended to mean that the State contract should be considered to be a treaty or should be governed by public international law in the same way as transactions between States. It simply means that by exercising their right to choose the applicable legal system the parties may make public international law the object of their choice. Certainly French law is designed normally to apply to French people or French transactions. Certainly public international law is designed to apply as a rule to States and the transactions between them. But nothing prevents a contract between the German State and a Dutch firm to be submitted to French law. Similarly the fact that one party is not a State should not prevent the contract from being submitted to public international law. It should thus become subject to the mandatory rules of public international law. No mandatory law of any national system as such could touch it. If the parties desire this, why should we put any obstacle in their way ?... Of course, we must guard against abuse. For this reason the teachings of private international law in general are to the effect that the choice of the legal system adopted by the parties must be reasonable, free from capriciousness, supported by rational, legitimate grounds. These conditions will be fulfilled if one party to the contract is a State or, one may add, a State corporation, though for reasons of social policy private persons contracting among themselves should be precluded from choosing a legal system other than a national one. The public international law thus applicable within a limited field would normally be found in the general principles accepted by civilized nations. »*⁴⁵⁸

L'effet reconnu à la clause de droit applicable, celui de délocaliser le contrat en droit international, a été admis dans la sentence arbitrale *Texaco c. Libye*. En l'espèce, le tribunal arbitral s'est posé la question de savoir si les parties avaient le droit de désigner la loi ou le système de droit qui allait régir leur contrat. Pour répondre à cette question, le tribunal fait observer qu'il importe de distinguer entre « la loi qui régît le contrat et l'ordre juridique dont dérive le caractère obligatoire du contrat »⁴⁵⁹. Ce droit d'où dérive le caractère obligatoire du contrat, poursuit le tribunal, serait le droit international public en ce que celui-ci aurait évolué depuis l'affaire des emprunts serbes et brésiliens⁴⁶⁰ pour

⁴⁵⁶ Jean Paul JACQUE, *Éléments pour une théorie de l'acte juridique en droit international public*, Paris, LGDJ, 1972, p. 281.

⁴⁵⁷ Frederick MANN, « The Proper Law of Contracts Concluded by International Persons », *Studies of International Law*, Oxford, 1973, pp. 211 et ss, spec. p. 217.

⁴⁵⁸ Frederick MANN, « Contrats entre États et personnes privées étrangères : the theoretical approach towards the law governing contracts between States and private persons », *RBDI*, 1975, p. 562, spéc. p. 564-565.

⁴⁵⁹ SA, *Texaco c. Libye*, 19 janvier 1977, § 26.

⁴⁶⁰ Dans cette affaire, la CPJI avait déclaré : « Tout contrat qui n'est pas un contrat entre des États en tant que sujets du droit international a son fondement dans une loi nationale. La question de savoir quelle est cette loi fait l'objet de la partie du droit qu'aujourd'hui on désigne le plus souvent sous le nom de droit international privé ou de théorie du conflit des lois ». CPJI, *Affaire des emprunts serbes et brésiliens*, série A, n° 20, p. 41.

désormais régir des contrats entre État et personnes privées⁴⁶¹. Toutefois, cette affirmation crue de l'existence d'un droit international des contrats⁴⁶² qui résulterait de l'expression de volonté des parties, est obscurcie par la suite du raisonnement des arbitres. En effet, à la question de savoir comment un contrat entre l'État et les personnes privées peut être rattaché au droit international, le tribunal observe qu'il existerait plusieurs moyens à savoir : l'inclusion d'une clause de droit applicable, l'inclusion d'une clause de règlement des différends donnant compétence à une juridiction internationale et enfin la nature des obligations souscrites, notamment s'il s'agit d'un accord de développement économique⁴⁶³. Ici apparaît le hiatus : la volonté des parties ne serait pas le seul facteur d'internationalisation des contrats contrairement à la position des auteurs. L'internationalisation pourrait également résulter d'éléments objectifs tels que l'objet même du contrat. Si cette nuance n'invalide pas le raisonnement, elle ouvre la voie à une internationalisation objective du contrat.

171. L'approche objective. Les éléments d'internationalisation des contrats ont été repris et étoffés par certains auteurs dont Böckstiegel⁴⁶⁴. Mais c'est principalement

⁴⁶¹ « [...] Depuis l'époque aujourd'hui lointaine où la Cour permanente de justice internationale a rendu ses arrêts dans les affaires des emprunts serbes et brésiliens, l'analyse juridique s'est beaucoup affinée dans ce domaine, notamment sous l'influence de la pratique contractuelle. Celle-ci tend de plus en plus à « délocaliser » le contrat ou, si on préfère, à rompre son rattachement automatique à un droit national : en sorte que **lorsqu'aujourd'hui le droit national d'un État et spécialement celui de l'État contractant se trouve régir le contrat, c'est en vertu de l'accord des parties et non plus du fait d'une application privilégiée et en quelque sorte mécanique comme on a, un temps, pu le croire.** Sous la poussée des besoins du commerce international le principe de l'autonomie de la volonté apparaît aujourd'hui comme beaucoup plus lourd de sens qu'à la fin des années 1920. » SA, *Texaco c. Libye*, 19 janvier 1977, § 29.

⁴⁶² « Les contrats entre États et personnes privées peuvent néanmoins, sous certaines conditions, relever d'une branche particulière et nouvelle du droit international : le droit international des contrats. » SA, *Texaco c. Libye*, 19 janvier 1977, § 32. Voir également, Charles LEBEN, « La théorie du contrat d'Etat et l'évolution du droit international des investissements », *RCADI*, 2003, vol. 302, pp. 197 – 386.

⁴⁶³ Le tribunal définit ces accords en ces termes : « Plusieurs éléments caractérisent ces accords ; en premier lieu, leur objet est particulièrement ample : ils ne se bornent pas à une fourniture ou à une prestation isolée, mais tendent à apporter à un pays en voie de développement des investissements et une assistance technique, notamment dans le domaine de la recherche et de l'exploitation des ressources minérales ou dans la construction d'usines à livrer "clefs en mains". Ils revêtent ainsi une importance réelle dans le développement du pays où ils sont exécutés : qu'il suffise de mentionner ici l'importance des obligations assumées en l'espèce par les sociétés concessionnaires en matière d'infrastructure routière ou portuaire ainsi que de formation sur place d'un personnel qualifié. De la sorte, le cocontractant de l'État se trouve associé à la réalisation du progrès économique et social du pays d'accueil. En second lieu, la longueur de la durée assignée à ces contrats implique une étroite coopération entre l'État et son cocontractant et entraîne des installations durables comme la reconnaissance de responsabilités étendues à l'investisseur. Enfin, en raison de l'objectif de coopération auquel doit participer le cocontractant de l'État et de l'ampleur des investissements qu'il consent, le caractère contractuel de ce type d'accords se trouve renforcé [...] ». SA, *Texaco c. Libye*, 19 janvier 1977, § 45. Et sur l'ensemble de la question : §§ 40 – 45.

⁴⁶⁴ L'auteur indique qu'un contrat est soumis au droit international aux conditions cumulatives suivantes « [le contrat] du côté de la partie étatique, ait été conclu ou autorisé par les personnes ou institutions qui représentent l'État dans le domaine du droit international public ; que le contrat ne soit pas de nature purement privée ou commerciale mais contienne de la part de la partie étatique des obligations en rapport avec des actes de puissance publique telles que des modifications de la législation, la non-application de la loi à certains égards, des actes administratifs, qu'il s'agisse d'en accomplir ou de s'abstenir ; que la forme de la conclusion du contrat, du côté de la partie étatique, soit identique ou similaire à celle de la conclusion des traités de droit international public par cet État ; que les différends relatifs au contrat n'aient pas à être tranchés par des tribunaux nationaux mais par des tribunaux arbitraux internationaux ; que soit une clause de choix de droit, soit des indications figurant dans des parties du contrat, telle qu'une clause d'arbitrage, rende évident que la loi nationale de la partie étatique n'est pas le droit applicable à l'exécution des parties ou au règlement des différends par les arbitres ». Karl-Heinz BÖCKSTIEGEL, « Les règles de droit applicables aux arbitrages commerciaux internationaux concernant des États ou des entreprises contrôlées par l'État », *Arbitrage international*. 60 ans après. Regard sur l'avenir, CCI, 1984, p. 80.

l'approche de Prosper Weil qui sera évoquée ici en ce qu'elle vise directement le rôle de la clause de droit applicable dans l'internationalisation du contrat. Selon l'auteur, il est important de distinguer entre l'ordre juridique de base d'un contrat d'État et le droit applicable à celui-ci. Alors que le droit applicable serait déterminé par la clause d'*electio juris* ou la *lex contractus*, l'ordre juridique de base fournit quant à lui, un fondement obligatoire à cette clause d'*electio juris*. Il écrit en ce sens :

« À moins de considérer l'accord des parties comme générateur d'un ordre juridique spécifique – mais l'on sait à quels obstacles insurmontables se heurte cette conception d'un contrat sans loi, flottant dans le vide et constituant un monde clos et se suffisant à lui-même – on ne peut échapper à la question préalable de savoir quel est l'ordre juridique "dans lequel le contrat s'insère, où il puise sa validité et dans lequel il prend ses racines". C'est à ce second stade seulement – c'est-à-dire une fois réglé le problème de l'ordre juridique servant de fondement au contrat – qu'interviendra la détermination des règles de fond appelées, sur renvoi de l'ordre juridique de base, à gouverner matériellement le contrat »⁴⁶⁵.

Pour déterminer l'ordre juridique de base, la volonté des parties n'est d'aucun secours puisque c'est cet ordre juridique qui donne son obligatorité à l'autonomie de la volonté. Ainsi, l'ordre juridique de base du contrat d'État doit être apprécié selon des éléments objectifs tenant notamment à l'objet du contrat. Lorsque le contrat intervient entre l'État et la personne privée et est relatif au développement économique de l'État hôte, alors celui-ci est enraciné en droit international⁴⁶⁶. Dans les autres cas, le contrat sera alors rattaché au droit interne. Ainsi, la formule « conformément aux principes de droit international » mentionnée dans certains contrats, ne renseignerait pas sur l'ordre juridique de base du contrat, mais sur le droit applicable, qui pourrait en l'espèce être le droit international des contrats. Cette dernière approche emporte la conviction dans la mesure où la validité, les effets et l'opposabilité d'une clause de droit applicable ne peuvent procéder de la volonté des parties elles-mêmes. Dans l'affaire *British Petroleum c. Libye*, l'arbitre unique a évoqué implicitement cette idée d'un ordre juridique de base en se référant explicitement à la règle de conflit danoise pour apprécier la portée de la clause de choix de loi contenue dans le contrat⁴⁶⁷. Certes, il n'est pas immédiatement question d'un ordre juridique de base, au grand dam des internationalistes⁴⁶⁸, mais l'idée d'un rapprochement, au moins partiel, avec la règle de conflit de droit international privé

⁴⁶⁵ Prosper WEIL, « Droit international et contrats d'État », *Le droit international : unité et diversité*, Mélanges Paul Reuters, Paris, Pédone, 1981, p. 559.

⁴⁶⁶ Leila LANKARANI, *les contrats d'état à l'épreuve du droit international*, Éditions Bruylant, 2001, p. 13.

⁴⁶⁷ SA, *BP Exploration Company (Libya) Ltd c. République arabe de Libye*, 10 octobre 1973, §§ 98 - 104.

⁴⁶⁸ Patrick RAMBAUD, « Arbitrage, concession et nationalisation — quelques observations sur la sentence BP », *AFDI*, 1981, vol. 27, pp. 222-230.

reste plausible⁴⁶⁹. Si la controverse autour des contrats d'État s'est estompée avec la généralisation des réclamations conventionnelles dans l'arbitrage transnational⁴⁷⁰, l'évolution de la pensée juridique a eu pour effet de reléguer au second plan la démarche subjective qui conférerait à la volonté des parties une portée excessive⁴⁷¹.

172. Implication sur les dispositions légales. L'enseignement à tirer de cette controverse doctrinale serait que les clauses de droit applicable qui font référence aux principes de droit international ne modifient pas l'ordre juridique de base du contrat, mais seulement le droit applicable à celui-ci. Concrètement, si l'ordre juridique de base du contrat est le droit interne, alors la clause d'*electio juris* n'aura pour effet que d'incorporer le droit international au contrat (qui reste un instrument de droit interne). Étendant ce raisonnement *mutatis mutandis* à l'article 25 du code des investissements congolais, la référence « au principe du droit international », ne permettrait pas d'enraciner l'obligation en droit international. À tout le moins, elle permettrait l'interprétation de la norme primaire de droit interne en référence à des sources de droit international. La disposition relative au droit applicable ne pourrait pas ainsi être la marque d'une intention de se lier de l'État en droit international.

173. En somme, les pratiques législatives africaines concernant les garanties substantielles ne permettent pas de démontrer une intention des États de se lier en droit international. *Primo*, seules les garanties contre l'expropriation et la garantie du TJE permettent la discussion sur le lien de droit ancré en droit international. *Deuzio*, la pratique législative dominante concernant ces deux garanties ne comporte pas une référence explicite au droit international à l'exception des codes togolais et congolais. *Tertio*, même ces deux références sont insuffisantes à localiser l'engagement souscrit par l'État en droit international. Ces deux références n'ayant pour effet que de procéder à une incorporation

⁴⁶⁹ Dans sa critique à propos de l'ordre juridique de base, Mayer indiquait : « Les auteurs publicistes qui ont mis en avant la notion de Grundlegung n'auraient alors fait que retrouver la distinction privatiste entre droit applicable et règle de conflit ». Mais, il est aussi indiqué par la suite que la Grundlegung (l'ordre juridique de base) n'est pas seulement et n'est pas tout à fait, la règle de conflit. Mayer cité par Leila LANKARANI, *les contrats d'état à l'épreuve du droit international*, Éditions Bruylant, 2001, p. 19 et plus largement pp. 20 – 28.

⁴⁷⁰ Sur ce point, Sophie LEMAIRE, *Les contrats internationaux de l'administration*, LGDJ, 2005, 414 p. et Leila LANKARANI, *Les contrats d'État à l'épreuve du droit international*, op. cit., 572 p.) pour *a fortiori* être étendue à un contrat implicite d'investissement. Contre cette approche : Charles LEBEN, « La théorie du contrat d'État et l'évolution du droit international des investissements », *RCADI*, 2003, pp 209 – 377.

⁴⁷¹ Prosper Weil distinguait d'ailleurs entre les contrats de droit international, c'est-à-dire ceux intervenant dans le cadre de négociations interétatiques, et les contrats internationalisés, c'est-à-dire ceux dont la loi applicable (la *proper law*) était soumis au droit international. Chez Mayer, en revanche, si les contrats passés entre l'Etat-Administration et l'investisseur sont soumis au droit interne, les contrats passés entre l'Etat-sujet de droit international et l'investisseur n'ont pas un ordre juridique de rattachement et sont soumis au droit international comme droit applicable. Chez Charles LEBEN, le contrat d'Etat est réduit à un contrat dans lequel, l'Etat, tout souverain qu'il soit, ne serait qu'un sujet sur pied d'égalité avec l'investisseur par l'effet combiné de deux clauses (la clause compromissoire et la clause de stabilisation) qui prive l'Etat de sa souveraineté normative. Sur l'ensemble, Charles LEBEN, « La théorie du contrat d'Etat et l'évolution du droit international des investissements », *RCADI*, 2003, vol. 302, pp. 197 – 386.

du droit international dans le *corpus* de la loi. L'on comprend ainsi qu'il s'agit moins pour ces lois de "codifier" des obligations de droit international général que d'incorporer ces obligations en droit national. Par conséquent, c'est moins dans le code lui-même qu'il faudrait rechercher la racine d'une obligation internationale, mais dans les effets internationaux des textes.

B. LES EFFETS DES CODES DES INVESTISSEMENTS DEFAVORABLES A L'ASSIMILATION

174. Le cadre. Précédemment, il a été démontré que les obligations figurant dans les codes africains ne sont pas strictement des obligations internationales. Les codes des investissements n'ont pas une portée déclaratoire d'obligations internationales et les engagements pris relèvent du domaine réservé de ces derniers. Cette constatation n'est pas un obstacle dirimant à l'assimilation des codes. Il est argué que le contenu normatif de ces lois produit des effets internationaux recherchés par les États (1). Toutefois, il n'est pas certain que de tels effets puissent être considérés comme un facteur d'internationalisation par principe (2).

1. Les effets internationaux recherchés des codes

175. L'approche de la doctrine. Les codes des investissements sont le fruit d'une politique législative rationnelle des États dont l'objectif est de susciter certaines réactions chez les destinataires de ces actes. Ces effets, parce qu'ils sont recherchés par les États, sont un marqueur de leur intention de se lier en droit international⁴⁷². Mais tous les effets des codes ne relèvent pas de cette catégorie. Dans son cours à l'Académie de la Haye, Patrick Juillard soutenait que les codes des investissements modifient le comportement des États tiers qui en tiennent compte dans l'attribution des assurances contre le risque politique de leurs investisseurs nationaux⁴⁷³. Cette observation sur laquelle nous reviendrons⁴⁷⁴, n'est cependant pas un effet recherché par les codes des investissements. Rien dans le préambule ni dans le corpus des codes étudiés ne permet de soutenir cette affirmation. En revanche, certains effets tels que la dévolution du pouvoir juridictionnel à une juridiction internationale, sont directement la cause d'une politique de promotion

⁴⁷² Michael REISMAN et Mahnoush ARSANJANI soulignent à ce titre: « *Where a host State which seeks foreign investment acts intentionally, so as to create expectations in potential investors with respect to particular treatment or comportment, the host State should [...] be bound by the commitments and the investor is entitled to rely upon them in instances of decision* » in « The question of Unilateral Government Statements as Applicable Law in Investment Disputes », *op.cit.*, p. 422.

⁴⁷³ Patrick JUILLARD, « L'évolution des sources du droit des investissements », *RCADI*, 1994, p. 60.

⁴⁷⁴ Ce point de la démonstration est en lien direct avec la question des destinataires de l'acte unilatéral qui est discutée plus en détail dans cette même section, §2.

des investissements traduite dans la loi. Le professeur Makane Mbengue note à ce sujet : « *a state can decide "by means of a unilateral commitment... set forth in its legislation, for example, about the promotion of investments" to "propose... to submit the differences, arisen from any investment or any kind of investment, to the ICSID jurisdiction* »⁴⁷⁵. Pour leur part, Mahnouch Arsanjani et Michael Reisman ajoutent qu'outre la saisine d'une juridiction internationale, les garanties substantielles évoquées précédemment, relèvent aussi des stratégies législatives en vue d'attirer les investisseurs internationaux⁴⁷⁶ produisant de la sorte des effets internationaux.

176. Les indices légaux. Les propositions des auteurs sont corroborées par certaines dispositions législatives des codes africains. À titre illustratif, le préambule du texte sud-africain contient un ensemble d'éléments en rapport à l'intérêt de se doter d'un code des investissements et des bienfaits qui pourraient en résulter pour l'économie nationale. L'alinéa 3 du texte reconnaît ainsi « *the importance that investment plays in job creation, economic growth, sustainable development, and the well-being of the people of South Africa* » quand l'alinéa 5 rappelle la volonté de l'État de promouvoir des investissements « *by creating an environment that facilitates processes that may affect investments* ». L'État reconnaît d'ailleurs qu'il est de sa responsabilité « *to provide a sound legislative framework for the promotion and protection of all investments, including foreign investments, pursuant to constitutional obligations* »⁴⁷⁷. Enfin, conscient des répercussions internationales que peut avoir son code des investissements, le dernier paragraphe du préambule rappelle l'obligation du gouvernement au regard du droit international de protéger les droits de l'homme, les libertés fondamentales et la protection adéquate des ressources nationales⁴⁷⁸. Cette ouverture sur le droit international que l'on décèle déjà dans la réponse donnée par le ministre des Finances à la question d'un parlementaire⁴⁷⁹, est concrétisée par l'article 3

⁴⁷⁵ Makane MBENGUE, « National Legislation and Unilateral Acts of States », in Tarcisio GAZZINI et Eric De BRABANDÈRE (dir.), *The Sources of Rights and Obligations in Transnational Investment Law*, Leiden, Martinus-Nijhoff Publishers, 2012, pp. 205-206.

⁴⁷⁶ Michael REISMAN et Mahnouch ARSANJANI, « The question of Unilateral Government Statements as Applicable Law in Investment Disputes », *op.cit.*, p. 422.

⁴⁷⁷ Afrique du Sud, *Protection of Investment Act*, Act No. 22 of 2015, Official Gazette, Vol. 606, No. 39514, Préambule.

⁴⁷⁸ Afrique du Sud, *Protection Act of Investment*, 2015: « The government's commitment in respect of international law to ensure that human rights, fundamental freedoms and protection of peoples' resources are adequately protected », Préambule.

⁴⁷⁹ Afrique du Sud, National Council of Provinces, questions for written reply, question 386, 11/10/2013.

Questions: "What innovation and/or intervention strategy is in place to (a) secure the currency, (b) stabilise the balance of payment and economic growth, (c) secure jobs and (d) intervene in the embattled automotive industry regarding (i) the impact of strikes on the economy, (ii) how these impact affects (aa) future relations with manufactures and (bb) relationships with international trade partners and (iii) how these events affected the reputation of our country and its stability?" Mr K A Sinclair Response: "South Africa relies heavily on foreign direct investment for economic growth, and improving the investment environment is a cornerstone of the National Development Plan. Cabinet mandated the economic ministers (Finance, Economic Development and Trade and Industry) to draft a new Promotion and Protection of Investment Bill. The Bill entrenches property rights, and the principle that foreign investors should be treated no less favourably than domestic investors. It will be published shortly after the MTBPS. Moreover, a joint process to develop a comprehensive investment policy in line with the NDP is underway. It will include new investor-friendly policies in the areas of tax, industrial incentives and exchange control". Ministre des finances.

de la loi. La disposition impose que la loi relative à la protection des investissements internationaux soit interprétée d'une manière compatible avec le droit international telle que visés dans les articles 232 et 233 de la Constitution ainsi que les conventions internationales qui lient la République d'Afrique du Sud⁴⁸⁰.

177. La lecture du préambule du code sud-africain, qui dans la pratique législative africaine est l'un des préambules le mieux rédigé, confirme l'idée de la doctrine selon laquelle les États en adoptant leurs codes des investissements cherchent à produire certains effets internationaux. Toutefois, quand bien même les prétentions juridiques des États viseraient à affecter les rapports internationaux, les effets qui en découleraient n'en restent pas moins inopérants pour établir l'intention de se lier en droit international des États.

2. *Le caractère inopérant des effets recherchés*

178. **La théorie de l'*international concern*.** L'effet international d'une norme ou d'une réglementation, permet-il de sortir la matière réglementée de la compétence réservée de l'État ? Ainsi peut être formulée la question à laquelle la théorie dite de l'*international concern* tente de répondre. Théorisé par Aranguio-Ruiz dans son cours à l'Académie de La Haye⁴⁸¹, l'*international concern* serait le critère politico-économique qui tend à aborder la question de la répartition des compétences verticales entre le droit international et le droit national. Selon cette ligne de pensée, peut relever du droit international, toute matière dont les effets concernent plusieurs États même si aucune règle de droit positif ne permet de faire entrer celle-ci dans le giron du droit international⁴⁸². Il s'agit d'une forme d'approche sociologique de la norme qui tend à prendre en compte ses effets et dépasser l'approche des normativistes jugée étriquée.

⁴⁸⁰ Art. 3: "This Act must be interpreted and applied in a manner that is consistent with— (a) its purposes as contemplated by section 4; (b) the Constitution, including— (i) the interpretation of the Bill of Rights contemplated in section 39 of the Constitution; (ii) customary international law contemplated in section 232 of the Constitution; and (iii) international law contemplated in section 233 of the Constitution; and (c) any relevant convention or international agreement to which the Republic is or becomes a party".

⁴⁸¹ Gaetano ARANGUIO-RIUZ, « Le domaine réservé L'organisation internationale et le rapport entre droit international et droit interne cours général de droit international public », *RCADI*, vol. 225, 1990, pp. 29 – 479.

⁴⁸² L'auteur explique la doctrine de l'*international concern* ou « des répercussions internationales » de la norme en ces termes : « On dit, par exemple, que la question ou la situation présente des « répercussions » extérieures ou internationales, qu'elle touche ou affecte les intérêts d'un ou plusieurs « autres » États, qu'elle détermine ou est susceptible de déterminer une « friction » entre États ou un préjudice pour leurs « relations amicales », éventuellement qu'elle constitue une « menace » ou un « danger », actuel ou potentiel, pour « la paix et la sécurité internationales ». La plupart de ces raisons, y compris celles — plus dramatiques — que l'on évoque sous la rubrique de la menace ou du danger pour la paix, sont groupées sous le concept général d'*international concern*. On mentionne également très souvent, ainsi que nous le verrons, l'élément d'internationalisation représenté, dans les cas où on ne reconnaît pas qu'ils tombent entièrement dans la sphère de la *lex ferenda*, par le fait que la situation ou la question est l'objet de dispositions de la Charte ou d'autres règles internationales », Gaetano ARANGUIO-RIUZ, « Le domaine réservé L'organisation internationale et le rapport entre droit international et droit interne cours général de droit international public », *RCADI*, vol. 225, 1990, pp. 345 – 346.

179. Le critère positif de répartition des compétences. Cependant, le droit positif ne retient pas encore un tel critère comme pertinent pour la répartition des compétences entre droit interne et droit international. Seules les matières indiquées par une source formelle du droit international (traité, coutume ou principes généraux du droit) déterminent les compétences internationales des États. La pensée normativiste telle qu'énoncée par la CPJI dans l'affaire des *Décrets de nationalité* est la suivante : « (...) la compétence d'un État est exclusive, dans les limites tracées par le droit international, ce terme, pris dans son sens large, comprenant à la fois le droit coutumier et le droit conventionnel général ou particulier ». Ainsi :

« Les mots "compétence exclusive" semblent plutôt envisager certaines matières qui, bien que pouvant toucher de très près aux intérêts de plus d'un État, ne sont pas, en principe, (pris en compte) par le droit international. En ce qui concerne ces matières, chaque État est seul maître de ses décisions »⁴⁸³.

Ce principe a maintes fois été repris par la jurisprudence, notamment pour des matières relatives au domaine économique⁴⁸⁴. Ainsi, les thèses avancées concernant les effets internationaux des codes des investissements qui auraient un effet transformant sur la nature juridique de ces instruments sont sans pertinence au regard du droit positif. Les effets internationaux ne constituent pas un critère qui permet de faire entrer une norme juridique dans le giron du droit international. La professeure Lankarani indique en ce sens : « *l'international concern* n'est pas davantage pertinent dans l'évaluation du domaine de la compétence normative du droit international »⁴⁸⁵.

180. Un dépassement possible. On pourrait éventuellement voir dans le statut coutumier des standards de protection un critère de positivité des effets reconnus. Cela d'autant plus que la CPJI indique que « la question de savoir si une certaine matière rentre ou ne rentre pas dans le domaine exclusif d'un État est une question essentiellement relative : elle dépend du développement des rapports internationaux »⁴⁸⁶. Mais la conséquence serait que les codes des investissements ne sont pas des actes unilatéraux *stricto sensu*, mais des actes pris en exécution de la coutume internationale. Ce qui est un tout autre débat, car il ne s'agira plus dès lors, d'une assimilation aux actes unilatéraux *stricto sensu* telle que présentée par la CIJ dans l'affaire des *Essais nucléaires* et par les

⁴⁸³ CPJI, *Décret des nationalités promulgués en Tunisie et au Maroc préc.*, pp 23-24.

⁴⁸⁴ CPJI, *Affaire des zones franches de Haute-Savoie et du Pays de Gex du 7 juin 1932*, série A/B, n°46, p.162 : « une question relevant du d'intérêts réciproques, pour lesquels aucun gouvernement ne saurait accepter le contrôle d'un organe extérieur ..., [est] en dehors du domaine où une cour de justice, dont la tâche est d'appliquer des règles de droit, peut aider à la solution des différends entre deux États ». Voir également, les commentaires de l'arrêt *Barcelona Traction* et références ajoutées de Leila LANKARANI, *Le contrat d'État à l'épreuve du droit international*, Bruxelles, Bruylant, 2001, pp 213 et 214.

⁴⁸⁵ Leila LANKARANI, *Le contrat d'État à l'épreuve du droit international*, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 213.

⁴⁸⁶ CPJI, *affaire des décrets promulgués en Tunisie et au Maroc précitée*, p. 24.

travaux de la CDI, mais d'une assimilation à des actes unilatéraux conditionnés. Ce dépassement priverait de la sorte, l'argument de *l'international concern* de son intérêt.

181. En somme, les obligations contenues dans les codes des investissements sont des obligations de droit interne. Leur écho en droit international n'en fait pas des obligations internationales unilatérales. D'abord, les dispositions relatives à la mobilité des capitaux ne consacrent pas des obligations unilatérales, mais des obligations du type *do ut des*. Ensuite, lorsque les obligations prévues par les codes ont bien un écho en droit international, comme c'est le cas de l'expropriation ou du TJE, ces obligations sont incorporées à l'ordre juridique interne de telle sorte que l'État souscrit finalement à des obligations internes. Enfin, les effets internationaux des lois ne sont pas un critère de droit positif de répartition des compétences internationales et internes. En clair, les deux arguments avancés par la doctrine, *i.e.* la souscription à des obligations internationales et les effets internationaux des codes, ne permettent pas de démontrer l'intention de se lier en droit international des États africains par l'adoption d'un code des investissements. À ce titre, quand bien même ces lois pourraient satisfaire aux conditions de forme et de procédure des actes unilatéraux, elles ne constitueraient pas pour autant des actes unilatéraux autonomes, faute de remplir la condition de fond⁴⁸⁷. La seule solution possible à l'assimilation serait alors d'adopter une approche novatrice de l'acte unilatéral autonome de droit international public qui prend en compte les réactions suscitées par la déclaration. Mais même à admettre cette condition alléguée de l'acte unilatéral, les codes africains n'en seraient pas pour autant des actes unilatéraux autonomes.

Section 2 : Les insuffisances de la condition proposée pour l'assimilation des codes aux actes unilatéraux autonomes

182. L'exigence d'un destinataire de la promesse. Une promesse qui n'a pas de destinataire n'est pas juridiquement valable et tout destinataire non expressément visé n'a pas qualité à exiger du promettant qu'il se conforme à sa volonté⁴⁸⁸. Selon la CDI, les

⁴⁸⁷ Le professeur Mbengue partage cet avis en indiquant en ce sens : « *To consider that strictly unilateral acts solely derive from the exercise by a state of its "free will and power of auto-limitation conferred on it by international law" leads to a subversive result: excluding municipal investment laws from the realm of (strictly) unilateral acts under international law. It is not surprising therefore that arbitral practice has been characterized by irresolution in approaching national foreign-investment laws as autonomous unilateral legal acts of states under international law, or by confusion in systematically qualifying municipal investment laws as mere unilateral declaration of states* ». Makane MBENGUE, « National Legislation and Unilateral Acts of States », in Tarcisio GAZZINI et Eric De BRABANDÈRE (dir.), *The Sources of Rights and Obligations in Transnational Investment Law*, Leiden, Martinus-Nijhoff Publishers, 2012, p. 197.

⁴⁸⁸ Selon les Principes directeurs retenus par la CDI, cette promesse peut être faite à personnes déterminées, *i.e.* les États, ou indéterminées, *i.e.* la communauté internationale. AGNU, *Principes directeurs applicables aux déclarations unilatérales des États susceptibles de créer des obligations juridiques*, (A/61/10), 2006, § 6.

actes unilatéraux peuvent être adressés à « la communauté internationale dans son ensemble, à un ou plusieurs États ou à d'autres entités »⁴⁸⁹. Ainsi, pour considérer les codes des investissements comme des actes unilatéraux de droit international public, il faut encore que les États promettants s'engagent au moins envers la communauté internationale⁴⁹⁰. La réaction des destinataires de l'acte est alors sans effet sur la juridicité de la déclaration unilatérale de l'État puisque seules l'intention et la publicité de la déclaration sont requises⁴⁹¹. Cette approche stricte des conditions de l'acte unilatéral est cependant critiquée par une partie de la doctrine.

183. La proposition d'une condition alternative. Dans son cours à l'Académie de La Haye, Patrick Juillard soutient que rechercher uniquement dans l'acte unilatéral la racine de l'obligation, est une démarche excessive. Il indique ainsi que « souscrire une obligation juridique, c'est la souscrire vis-à-vis d'un destinataire »⁴⁹². L'auteur regrette alors que la CIJ ne retienne pas la réaction des États destinataires de l'acte unilatéral comme une condition de validité des engagements souscrits unilatéralement. Les modifications de comportement qu'engendrent ces actes chez les États tiers, si elles

⁴⁸⁹ AGNU, *Principes directeurs applicables aux déclarations unilatérales des États susceptibles de créer des obligations juridiques*, (A/61/10), 2006, § 6.

⁴⁹⁰ Dans leur commentaire sous le principe directeur 6, les experts de la CDI mentionnent des exemples de déclarations souscrites à l'endroit des États, des organisations internationales mais aussi de l'Organisation de Libération de la Palestine (L'exemple évoqué est celui de la déclaration du Roi de Jordanie qui renonce à la souveraineté sur le territoire de Cisjordanie. AGNU, *Principes directeurs applicables aux déclarations unilatérales des États susceptibles de créer des obligations juridiques*, (A/61/10), 2006, § 6, commentaires, § 2). Cette dernière référence à l'OLP, qui a un statut spécial en droit international semble indiquer que la CDI adopte une conception large de la notion de communauté internationale, pouvant inclure tous les acteurs du droit international, qu'ils soient ou non sujets de droit. L'OLP a en effet un statut spécial qui lui a permis d'être membre observateur auprès d'organisations internationales. AGNU, « Statut d'observateur pour l'Organisation de libération de la Palestine », *Résolution 3237 (1974)*, 22 novembre 1974, 2296e séance plénière. Si la jurisprudence de la Cour internationale à partir de laquelle la CDI a pu tirer un régime des actes unilatéraux en droit international public a été jusqu'ici à propos de promesses souscrites à l'égard des États, la nature interétatique du contentieux devant cette cour pourrait l'expliquer. Toutefois, dans la définition de l'acte unilatéral proposée par le rapporteur Victor Cedeño, il est indiqué : « Aux fins des présents articles, on entend par acte unilatéral de l'État une manifestation de volonté non équivoque de l'État, formulée dans l'intention de produire des effets juridiques **dans ses relations avec un ou plusieurs États, ou une ou plusieurs organisations internationales, et dont ledit ou lesdits États ou ladite ou lesdites organisations internationales ont connaissance** ». CDI, *Rapport A/CN.4/505*, rapporteur spécial, p. 275. Au cours des débats, certains États ont évoqué la possibilité de prendre en compte les États et les organisations internationales en leur qualité de sujet de droit international. *Documents officiels de l'Assemblée générale*, cinquante-troisième session, Sixième Commission, interventions de l'Italie (18e séance, par. 31); de la Suisse (17e séance, par. 40) et du Portugal (20e séance, par. 31). Cependant, cette approche restrictive a été écartée au profit d'une formulation plus vague. Dans son cinquième rapport, le Rapporteur spécial soulignait : « en ce qui concerne le destinataire, on a introduit une formule plus large que celle retenue dans la proposition initiale du rapporteur spécial, qui indique que bien qu'il s'agisse des actes de l'État, ceux-ci peuvent être destinés à d'autres sujets de droit international. Un membre de la Commission a même été d'avis qu'outre un État ou une organisation internationale, le destinataire pouvait être d'autres sujets et entités distincts, solution que la Commission n'a pas encore examinée. La précision proposée à l'origine pourrait, selon une opinion exprimée au sein de la Commission, circonscrire les effets des actes unilatéraux aux relations avec les autres États et les organisations internationales, à l'exclusion d'autres entités comme les pour inclure les autres acteurs sur la scène internationale mouvements de libération nationale et autres qui pourraient être les bénéficiaires de ces actes si telle était l'intention de l'auteur ». Victor CEDEÑO, *Cinquième rapport sur les actes unilatéraux des États*, Document A/CN.4/525 et Add.1 et 2, § 68.

⁴⁹¹ « Un engagement de cette nature, exprimé publiquement et dans l'intention de se lier, même hors du cadre de négociations internationales, a un effet obligatoire. Dans ces conditions, aucune contrepartie n'est nécessaire pour que la déclaration prenne effet, non plus qu'une acceptation ultérieure ni même une réplique ou une réaction d'autres États, car cela serait incompatible avec la nature strictement unilatérale de l'acte juridique par lequel l'État s'est prononcé ». CIJ, *Affaire des essais nucléaires (Nouvelle Zélande c. France)*, 20 décembre 1974, *Rec. 1974*, p. 472, §46.

⁴⁹² Patrick JUILLARD, « L'évolution des sources du droit des investissements », *RCADI*, 1994, p. 51, § 89.

correspondent aux effets recherchés de l'État déclarant, pourraient donner leur fondement à la relation juridique entre le déclarant et les tiers bénéficiaires⁴⁹³. Dans la même veine, mais spécialement à propos des attentes nées chez un investisseur, Mahnouch Arsanjani et Michael Reisman écrivaient :

*« The factors that appear to be critical are : (i) inducement ; and (ii) reasonable reliance on the part of the foreign investor. [...] Where a host State which seeks foreign investment acts intentionally, so as to create expectations in potential investors with respect to particular treatment or comportment, the host state should, we suggest be bound by the commitment and the investor is entitled to rely upon them in instances of decision »*⁴⁹⁴.

En clair, la coïncidence entre les effets recherchés par l'État déclarant et l'attente ou la confiance légitime du destinataire de l'acte, serait une condition à prendre en compte dans l'évaluation de la juridicité de l'acte unilatéral en droit international des investissements. Le professeur Mbengue indique en ce sens : *« [t]hat approach should consist in a "weighing and balancing process" of three criteria : the ordinary meaning of the words, the intention of the state and the legitimate expectations of investors »*⁴⁹⁵. Cette nouvelle condition prenant en compte la réaction des destinataires des codes, est présentée comme une alternative aux conditions strictes de l'acte unilatéral autonome posées par la CIJ. L'approche, bien que novatrice⁴⁹⁶, comporte toutefois certaines insuffisances.

184. Les insuffisances de la condition suggérée. La justification de l'internationalité des codes des investissements par le biais des réactions des destinataires de l'acte pose deux difficultés majeures. La première concerne la prise en compte des attentes légitimes des États. Alors que le Professeur Juillard estime que ceux-ci sont des destinataires des codes, le Professeur Mbengue, qui pourtant adhère à cette approche novatrice, exclut, à juste titre, les États de la catégorie des destinataires des codes des investissements⁴⁹⁷ (§1). Seuls les investisseurs étrangers seraient alors les destinataires des codes. Dans ce cas, la difficulté qui se pose est de savoir à quel ordre juridique faut-

⁴⁹³ Patrick JUILLARD, « L'évolution des sources du droit des investissements », *RCADI*, 1994, pp. 60 et ss.

⁴⁹⁴ Michael REISMAN et Mahnouch ARSANJANI, « The question of Unilateral Government Statements as Applicable Law in Investment Disputes », in *Völkerrecht als Wertordnung – Common Values in international Law, Essays in honour of Christian Tomuschat*, Pierre Marie DUPUY et al. (dir.), N.P. Engel Verlag, 2006, p. 422.

⁴⁹⁵ Makane MBENGUE, « National Legislation and Unilateral Acts of States », in Tarcisio GAZZINI et Eric De BRABANDÈRE (dir.), *The Sources of Rights and Obligations in Transnational Investment Law*, Leiden, Martinus-Nijhoff Publishers, 2012, p. 211.

⁴⁹⁶ David CARON, « The Interpretation of National Foreign Investment Law as Unilateral Act Under International Law », in Mahnouch ARSANJANI, Jacob COGAN et al. (dir.), *Looking to the future, Essays in international law in honor of Michael Reisman*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2011, pp. 649 – 674, spec. p. 674.

⁴⁹⁷ L'auteur écrit à ce propos : « It is striking that the two criteria identified by the ILC to define strictly unilateral acts of states do not properly match the configuration of municipal investment laws. Firstly, the latter are not addressed to third states and do not intend to "create a new legal relationship with a third state". The addressees of investment national legislation are those legal and natural persons who form part of the "foreign investment community", as well as the state that is itself the "author" of the investment legislation ». Makane MBENGUE, « National Legislation and Unilateral Acts of States », in Tarcisio GAZZINI et Eric De BRABANDÈRE (dir.), *The Sources of Rights and Obligations in Transnational Investment Law*, Leiden, Martinus-Nijhoff Publishers, 2012, p. 196.

il rattacher le lien de droit qui se noue entre l'État et l'investisseur étranger ? La réponse à cette question serait à rechercher dans le statut international des investisseurs. Ces derniers n'ayant pas la qualité de sujet de droit international (§2), les engagements unilatéraux souscrits par les États dans leurs codes ne seraient pas internationaux par nature, même si les attentes légitimes des investisseurs sont prises en considération.

§1 : L'exclusion justifiée des États au titre des destinataires des codes des investissements

185. L'exclusion des États au titre des destinataires des codes des investissements procède de deux séries d'arguments. Les premiers se rapportent à l'absence de désignation précise des États comme bénéficiaires par les codes africains en dépit des attentes que ceux-ci peuvent avoir (A). Les seconds insistent sur le caractère illégitime des attentes de l'État national de l'investisseur tel qu'il ressort du contentieux (B).

A. LES ATTENTES DES ÉTATS MALGRE L'ABSENCE DE DESIGNATION

186. L'effet nuancé de l'absence de désignation. L'acte unilatéral, pour être valable, ne doit pas « être formulé *in vacuo* »⁴⁹⁸. Cette exigence suppose que l'acte identifie clairement les États intéressés d'une part et qu'il soit porté à leur connaissance. Cependant, les codes des investissements africains ne mentionnent pas *expressis verbis* les États en tant que potentiels bénéficiaires des actes unilatéraux. Peut-on de ce fait exclure ceux-ci de la catégorie des destinataires de l'acte ? La CIJ, dans l'affaire des *Essais Nucléaires*, souligne qu'il est tout à fait envisageable que le bénéficiaire de l'acte unilatéral, alors même qu'il n'est pas mentionné dans la déclaration, soit tout de même légitime à s'en trouver destinataire. Les actes unilatéraux peuvent ainsi être formulés *erga omnes*⁴⁹⁹. De la sorte, l'absence de désignation formelle des États par les codes des investissements africains n'est pas un obstacle à ce que ceux-ci puissent en être les destinataires. *A minima*, il s'agit d'un indice de la volonté des législateurs d'exclure les États tiers au titre des bénéficiaires des codes. Mais cet indice est minoré si la publicité des codes permet aux États tiers d'en avoir connaissance.

187. L'importance de la publicité des actes unilatéraux. Le rapporteur spécial de la CDI soulignait que le destinataire de l'acte unilatéral doit en avoir connaissance pour

⁴⁹⁸ Le rapporteur indique ainsi que l'acte unilatéral doit avoir un destinataire bien précis. Victor CEDAÑO, *Deuxième rapport sur les actes unilatéraux des États*, Document A/CN.4/500, p. 224, § 57.

⁴⁹⁹ CIJ, *Affaire des essais nucléaires (Nouvelle Zélande c. France)*, 20 décembre 1974, *Rec.* 1974, § 52.

que l'acte unilatéral soit valide⁵⁰⁰. Cette condition est décisive dans l'évaluation de la force obligatoire des déclarations faites par les États. Pourtant, ni la CIJ, ni la CDI ne fixent les procédures indiquées, permettant d'apprécier les formes que doit prendre la publication. L'absence de rigidité formelle qui encadre la publication de l'acte unilatéral permet alors d'analyser les modes de publicité des codes des investissements africains comme permettant la connaissance aux tiers de ces lois. Ces modes de publicité empruntent classiquement trois voies. Le premier mode de publicité de l'acte unilatéral est celui de la promulgation et la publication de la loi aux *Journaux Officiels* des États. Étant des lois, c'est ordinairement que les codes sont portés à la connaissance de tous par les voies classiques de publication des actes juridiques dans l'ordre interne, permettant aux États tiers d'en avoir également connaissance⁵⁰¹. Les autres modes de publicité des codes sont quant à eux orientés vers la communauté internationale. Cette publicité internationale des codes des investissements est assurée par les agences de promotion des investissements des États et la publication (dans son sens courant) par la CNUCED⁵⁰².

188. Les attentes créées des États. La notoriété internationale des codes des investissements aurait pour conséquence de susciter certaines attentes chez les États tiers quand bien même ces derniers ne seraient pas explicitement les destinataires de ces lois. Dans son cours à l'Académie de La Haye, Patrick Juillard explique cette réalité en mettant en avant le système de garantie des investissements à l'étranger institué par les États exportateurs à la fin des années 1960⁵⁰³. Comme l'a souligné à juste titre Jean-Pierre Laviee, « [l]es garanties mises en place [prenaient] la forme d'un contrat d'assurance passé entre un organisme habilité par l'État d'origine et un investisseur, et destiné à couvrir à long-terme certains risques, dont des risques dits politiques ou non-commerciaux »⁵⁰⁴. Dénommée « garantie des investissements à l'étranger » ou « assurance-investissement », ces mécanismes nationaux permettaient aux États

⁵⁰⁰ « Quoi qu'il en soit, de l'avis du Rapporteur spécial, la publicité constitue bel et bien un élément de la définition de l'acte unilatéral, puisque celui-ci doit être formulé publiquement, c'est-à-dire que l'État destinataire doit en avoir connaissance, comme l'a indiqué la CIJ dans les arrêts qu'elle a rendus en 1974 au sujet des Essais nucléaires. L'acte de l'État n'acquiert sa forme définitive que lorsqu'il a été rendu public et qu'au moins l'État ou les États destinataires en ont connaissance. À défaut, l'acte n'a aucune valeur juridique ». Victor CEDEÑO, *Deuxième rapport sur les actes unilatéraux des États*, Doc. A/CN.4/500, p. 224, § 55.

⁵⁰¹ La CIJ a déjà eu à préciser que la publication interne d'un instrument, en l'occurrence une loi iranienne, suffit pour permettre l'accès aux autres gouvernements à cet instrument en ces termes : « [...] La loi a été publiée dans le Recueil des lois iraniennes votées et ratifiées du 15 janvier 1931 au 15 janvier 1933. Elle a donc été accessible à l'examen des autres gouvernements pendant environ vingt ans. [...] Elle a été produite simplement pour apporter la lumière sur un point du fait contesté, à savoir : l'intention du gouvernement de l'Iran lorsqu'il a signé la déclaration », CIJ, *Affaire de l'anglo-iranian oil co. (Iran c. Royaume-Uni)*, exc. préliminaires, 22 juil. 1952, Rec. 1952, p. 107.

⁵⁰² Voir *supra* dans ce même chapitre, Section 1, §1.

⁵⁰³ Patrick JUILLARD, « L'évolution des sources du droit international des investissements », *cours préc.*, §§ 82 et ss.

⁵⁰⁴ Jean-Pierre LAVIEE, « Chapitre VI. La garantie des investissements en droit conventionnel », *Protection et promotion des investissements : Étude de droit international économique*, Genève : Graduate Institute Publications, 1985, pp 215 – 240.

exportateurs d'accompagner leurs nationaux dans la réalisation d'investissements présentant un intérêt certain pour le développement économique des États. Ce système, qui naît officiellement aux États-Unis en 1969 avec la création de l'*Overseas Private Investment Corporation (OPIC)*⁵⁰⁵, s'est rapidement étendu aux autres États exportateurs de capitaux que sont l'Allemagne, l'Australie, l'Autriche, la Belgique, le Canada, le Danemark, la France, le Japon, la Norvège, les Pays-Bas, le Royaume-Uni, la Suède et la Suisse⁵⁰⁶. Une des conditions à l'obtention de la garantie publique dans ces États était l'existence d'un TBI entre l'État d'origine et l'État d'accueil⁵⁰⁷. Sur ce point, une particularité du système français est à relever. L'article 26 de la loi n°71.1025 du 24 décembre 1971, à l'instar des textes des autres États, conditionnait la garantie d'investissement à l'existence d'un traité d'investissement en ces termes :

« Le ministre de l'Économie et des Finances est autorisé à donner, cas par cas, la garantie de l'État pour des opérations d'investissement à réaliser par des entreprises françaises en territoire étranger, lorsque les investissements en cause présentent un intérêt certain pour le développement de l'économie française et auront été agréés.

Le ministre de l'Économie et des Finances détermine les conditions et les modalités de cette garantie, dont l'octroi est subordonné, **dans le cas de pays étrangers qui ne sont pas liés au Trésor français par un compte d'opérations, à la conclusion préalable d'un accord sur la protection des investissements.** »⁵⁰⁸

Toutefois, à la suite d'une réforme opérée par l'article 14 de la loi n°73.1128 du 21 décembre 1973, des dérogations ont été apportées pour permettre au ministre de l'Économie et des Finances, d'accorder la garantie publique de l'État aux investissements réalisés dans les pays pour lesquels aucune convention n'avait été prévue. L'article 14 disposait alors :

« Le ministre de l'Économie et des Finances pourra accorder des dérogations à la condition de conclusion préalable d'un accord de protection des investissements,

⁵⁰⁵ On retrouve les prémisses d'un mécanisme de garantie publique dès la mise en œuvre du Plan Marshall de 1948 aux États-Unis mais le mécanisme ne sera véritablement institutionnalisé qu'avec la création en 1969 de l'OPIC (Sur ce point : Theodor MERON, *Investment Insurance in International Law*, Leyden, Oceana Dobbs Ferry N.Y./Sijthoff, 1976, p. 935.) Depuis 2019, l'OPIC a officiellement disparu pour former avec l'USAID, le Financial Development Corporation (FDC).

⁵⁰⁶ Laviee renseigne la pratique en ces termes : « D'autres États ont progressivement suivi l'exemple américain, en y apportant des variantes. Le système allemand date d'une loi de 1959 ; il est administré au premier chef par la *Treuarbeit AG*, organisme privé agissant pour le compte du Gouvernement fédéral. La Suisse s'est dotée d'un système analogue par une loi de 1970, la gestion en revenant à l'Office pour la garantie des risques à l'exportation et à l'investissement. Le système français actuel a été autorisé en vertu d'une loi de finances de 1971 ; deux organismes semi-publics le gèrent : la Banque française du Commerce Extérieur (BFCE) en ce qui concerne le régime général, et la Compagnie française d'Assurance pour le Commerce Extérieur (COFACE) pour les investissements dits porteurs d'exportations. Au Royaume-Uni, la garantie des investissements à l'étranger a été habilitée par The Overseas Investment and Export Guarantees Act, 1972 ; le système est administré par le Export Credits Guarantee Department (ECGD). À ce jour [1985], les autres pays ayant un système d'assurance-investissement incluent l'Australie, l'Autriche, la Belgique, le Canada, le Danemark, le Japon, la Norvège, les Pays-Bas et la Suède. Signalons encore l'existence, depuis 1972, de la Compagnie Inter-Arabe pour la Garantie de l'Investissement, qui est un organisme international, créé par traité, et qui a pour mission de garantir des investissements de ressortissants d'un État-membre effectués sur le territoire d'un autre État-membre ». Jean-Pierre LAVIEC, « Chapitre VI. La garantie des investissements en droit conventionnel », *Protection et promotion des investissements : Étude de droit international économique*, Genève : Graduate Institute Publications, 1985, pp 215 – 240.

⁵⁰⁷ Jean-Pierre LAVIEC, « Chapitre VI. La garantie des investissements en droit conventionnel », *Protection et promotion des investissements : Étude de droit international économique*, Genève : Graduate Institute Publications, 1985, pp 215 – 240.

⁵⁰⁸ France, Loi de finances rectificative pour 1971, *JORF*, 22 décembre 1971.

notamment **lorsque le pays concerné n'accepte pas, de façon générale, de signer de telles conventions internationales, tout en accordant un traitement satisfaisant aux investissements étrangers.** »⁵⁰⁹

Dans son cours à La Haye, Patrick Juillard soulignait qu'en l'absence de TBI et de lien avec le trésor français par un compte d'opérations (*i.e.* les États de la BCEAO et la BDEAC par exemple), l'adoption d'un code des investissements par l'État d'accueil permettait l'attribution de la garantie publique à l'investisseur ressortissant de l'État exportateur grâce à la dérogation prévue par l'article 14 précité. Ainsi, l'adoption d'un code pouvait entraîner une modification du comportement d'un État tiers⁵¹⁰.

Le système de garantie d'investissement géré à l'époque par la Compagnie française d'assurances pour le commerce extérieure (COFACE), créée par un décret du 1^{er} juin 1946 a toutefois évolué sur ce point. Dans un rapport sénatorial de 2008, il était indiqué que le mécanisme était en perte de vitesse en raison de la situation relativement stable de paix dans les États⁵¹¹. Une réforme est intervenue en 2015 en vue de rendre le mécanisme plus efficient en conférant à la Banque Publique d'Investissement (BPI) la gestion de l'assurance-crédit à l'exportation⁵¹². De plus, l'article L 432-1 du code des assurances français étend désormais le bénéfice de la garantie publique aux filiales étrangères d'une société mère française⁵¹³.

Ces modifications intervenues sont susceptibles de renforcer les attentes légitimes de l'État français fondées sur un code africain, puisque la garantie publique française est dorénavant accordée à une société qui, d'un point de vue juridique, est étrangère (même si *in fine*, elle n'est que la filiale d'une société mère française). Toutefois, le texte pose comme condition que la constitution d'une société de droit local, comme véhicule de l'investissement, soit obligatoire selon la loi de l'État d'accueil⁵¹⁴. À ce titre, les

⁵⁰⁹ France, Loi de finances rectificative pour 1973, *JORF*, 23 décembre 1973.

⁵¹⁰ Patrick JUILLARD, « L'évolution des sources du droit international des investissements », *cours préc.*, §§ 82 et ss.

⁵¹¹ Le Rapport indique : « Cette assurance (la garantie des investissements) ne couvre pas un risque lié à l'exportation, mais le risque de propriété d'un investissement à l'étranger. Il s'agit uniquement du risque politique (guerre, nationalisation, un État qui empêche le fonctionnement...) et pas économique (faillite, rentabilité insuffisante, etc.). C'est un risque marginal. Le monde est aujourd'hui considéré comme stable (sauf de rares régions où de toute façon, les entreprises n'investissent pas), c'est pourquoi c'est un produit très peu demandé. La dernière police d'assurance investissement a été souscrite par Renault pour couvrir la création d'un établissement en Iran ». Sénat, « Les procédures publiques de la COFACE : du soutien au commerce extérieur aux exigences de la comptabilité de l'État », Rapport d'information n° 95 (2008-2009) de MM. Jean-Pierre FOURCADE, Michel CHARASSE et Edmond HERVÉ, fait au nom de la commission des finances, déposé le 18 novembre 2008, p. 107.

⁵¹² France, loi n°2015-1786 du 29 décembre 2015. Olivier CACHARD, *Droit du commerce international*, 3^{ème} ed., LGDJ, 2018, pp. 73 – 74.

⁵¹³ France, art. L 432-1, code des assurances modifié par la loi n°2020-1721 du 29 décembre 2020 : « Dans les conditions fixées au présent chapitre, le ministre chargé de l'économie est autorisé à accorder la garantie de l'État, pour les opérations concourant au développement du commerce extérieur de la France, aux entreprises françaises exportatrices ainsi qu'aux personnes morales de droit étranger qu'elles contrôlent seules ou conjointement au sens de l'article L. 233-3 du code de commerce lorsque le recours à une entité de droit local est nécessaire ». L'article R442-8-13 créé par le décret n°2018-1162 du 17 décembre 2018 précise que : « Est regardé comme nécessaire au sens du premier alinéa de l'article L. 432-1 le recours à une entité de droit local lorsqu'il est imposé par la législation du pays de destination ou constitue un facteur déterminant pour la sélection de l'offre ».

⁵¹⁴ Article R442-8-13 créé par le décret n°2018-1162 du 17 décembre 2018 précité.

dispositions des codes africains nécessitant la création d'une société de droit local pour la réalisation de l'investissement, exerceront une influence directe sur l'attribution par l'État français de son mécanisme d'assurance⁵¹⁵. Enfin, les agréments qui sont accordés à l'investisseur français au titre du code des investissements pourront être invoqués par ces derniers pour prouver que leur investissement est réalisé conformément à la législation de l'État hôte de l'investissement pour obtenir la garantie publique de l'État français⁵¹⁶.

189. La pratique française de la garantie d'investissement renseigne sur les modifications de comportement que l'adoption d'un code des investissements peut avoir sur la mise en œuvre de la politique de commerce extérieure d'un État tiers. À ce titre, des États pourraient nourrir des attentes fondées sur un code des investissements, même si ceux-ci ne sont pas explicitement indiqués comme destinataires de l'acte unilatéral. En ce sens, l'analyse de Patrick Juillard pourrait être partagée. Cependant, que les États tiers puissent adopter des réactions du fait de leur connaissance du code des investissements est une chose, et c'en est une autre que de leur reconnaître des attentes légitimes protégées en droit.

B. DES ATTENTES (IL)LEGITIMES DES ÉTATS TIERS ?

190. **Le problème.** L'adoption d'un code des investissements créerait une relation tripartite entre l'État d'accueil, l'investisseur étranger et son État national (l'État exportateur). L'État exportateur serait intéressé par les codes des investissements dans la mesure où il nourrit certaines attentes vis-à-vis de ceux-ci. Cet État se fait ainsi une représentation fondée sur les codes des investissements, qui est susceptible de causer des

⁵¹⁵ La pratique n'est pas uniforme et susceptible de varier en fonction de la nature des opérations d'investissements concernées, de la définition de l'investissement retenue par les États, la volonté des investisseurs de bénéficier d'agrément, etc. Mais, il peut être observé, dans la totalité des États étudiés, que pour les investissements prenant la forme de développement d'un projet d'envergure (construction d'infrastructures ou création, développement d'une activité industrielle), la création d'une société de droit local sera nécessaire (sous réserve d'une pratique administrative locale contraire). C'est cette société qui pourra solliciter l'agrément, le certificat d'agrément ou la licence pour le démarrage des activités après autorisation de l'État. À titre illustratif, le code des investissements du Nigeria de 1995 modifié en 1998 et 2002, qui retient une définition *entreprise-based* de l'investissement, précise à son article 17 intitulé « Entreprises eligible for participation » que « *except as provided in section 18 of this Act and subject to this Act, a non-Nigerian may invest and participate in the operation of any enterprise in Nigeria* ». L'article 19(1) ajoute que « *an enterprise in which foreign participation is permitted under section 17 of this Act, shall not commence business, except it is incorporated or registered under the Companies and Allied Matters Act* ».

⁵¹⁶ C'est le lieu d'indiquer la nouvelle rédaction de l'article R442-9-1 modifié par l'article 4 du décret n°2016-1701 du 12 décembre 2016 qui évoque le lien entre agrément et garantie publique : « Lorsque la législation du pays étranger ne prévoit pas la délivrance d'un agrément, l'investisseur doit produire tous documents délivrés par l'autorité locale compétente permettant d'établir que l'investissement sera réalisé en conformité avec la législation du pays concerné. **L'octroi de la garantie de l'État peut être subordonné à la conclusion préalable d'un accord sur la protection des investissements.** En outre, s'agissant de la garantie des investissements déjà réalisés dans les vingt-quatre mois précédant la demande de prise en garantie : 1° Les dossiers présentant un risque avéré ou aggravé par rapport à la situation qui prévalait à la date de l'investissement ne sont pas éligibles à la garantie ; 2° La décision de prise en garantie ne produit effet qu'à l'expiration d'une période de carence de six mois. Au cours de cette période, aucun sinistre ne peut donner lieu à indemnisation et aucun investissement complémentaire ne peut être pris en garantie ».

préjudices à son économie nationale⁵¹⁷. La question est alors de savoir quelle peut être la valeur juridique de ces espérances. Si celle-ci mérite une protection juridique, alors l'on pourrait considérer les États tiers comme formellement destinataires des codes des investissements. *A contrario*, l'État exportateur se serait fait de fausses espérances et aurait manqué de diligence dans sa conduite. En dépit de l'enjeu de la question, le droit des investissements accorde peu d'intérêt à la protection des attentes légitimes des États en général, et celui de l'État exportateur en particulier (2). Mais cette protection minimaliste est à mettre en lien avec le refus persistant du droit international de tenir compte des attentes des États (1).

1. Le refus persistant d'accorder une protection juridique aux attentes des États exportateurs

191. Les enseignements du mécanisme de la protection diplomatique. La protection des attentes légitimes des États exportateurs de capitaux a été posée très tôt en droit international général, sous une formulation différente de celle aujourd'hui retenue. Dans les affaires relatives à la protection diplomatique, les États devaient justifier d'un intérêt pour agir. Pour ce faire, à partir de la fiction Mavrommatis, il a été convenu une construction théorique par laquelle la CPJI a admis qu'« [...] en mettant en mouvement en sa faveur l'action diplomatique ou l'action judiciaire internationale, [un] État fait, à vrai dire, valoir son propre droit, le droit qu'il a de faire respecter en la personne de ses ressortissants, le droit international »⁵¹⁸. Cependant, si l'État était investi d'une qualité pour agir sur la scène internationale en prenant fait et cause pour son national, la démonstration de son intérêt propre n'avait rien d'évidente. Pour tenter de justifier l'intérêt à agir de ce dernier, Anzilotti indiquait : « [d]ans l'hypothèse d'atteinte à ses nationaux, il n'y a pas violation d'un droit de l'individu, mais bien violation du droit de l'État à ce que l'individu soit traité conformément au droit international »⁵¹⁹. Par ce schéma, on confond alors le préjudice de l'État à celui de l'individu. Charles de Visscher a pu dire ainsi : « l'État n'intervient que comme gardien de l'observation du droit international. À ce titre, c'est bien un droit propre, mais ce n'est pas, à bien parler un dommage propre que l'État fait valoir »⁵²⁰. Ce lien entre le préjudice subi par son national et l'intérêt propre de l'État n'était pas uniquement abstrait, idéal. La professeure Brigitte

⁵¹⁷ Patrick JUILLARD, « L'évolution des sources du droit international des investissements », *cours préc.*, §§ 84-88.

⁵¹⁸ CPJI, *Concessions Mavrommatis en Palestine*, exceptions préliminaires, 30 août 1924, *Rec.* 1924, série A, n°2, p.12.

⁵¹⁹ Dioniso ANZILOTTI, *Cours de droit international*, Paris, 1929, vol. I, p.518

⁵²⁰ Charles de VISSCHER, « Le déni de justice en droit international » in *RCADI*, 1935, II, 52, p. 435.

Stern notait en effet que l'automaticité de la violation du droit propre de l'État à la suite des préjudices subis par son national, pouvait s'apprécier de façon concrète en ces termes :

« [c]ette conception (Mavrommatis) se vérifie effectivement lorsqu'un État accorde des garanties à ses ressortissants effectuant certains investissements à l'étranger (...) Dans ce cas il est certain qu'une atteinte à une entreprise située dans un de ces pays (pays importateurs) et appartenant à une entité à laquelle l'État (exportateur) a accordé cette protection particulière, cause à **l'État un préjudice matériel certain puisque c'est lui qui supportera finalement les pertes** »⁵²¹.

L'analyse présentée établit de la sorte le lien entre le préjudice de l'État et celui de l'investisseur causé par l'action de l'État hôte de l'investissement. De ce préjudice, on pourrait déduire la légitimité des attentes qui reposent sur le rapport de droit établi par la fiction Mavrommatis.

192. Le refus de protéger les intérêts économiques. Face à cette approche visant la protection des intérêts économiques de l'État exportateur, la CIJ a fait preuve d'hostilité dans l'affaire *Barcelona Traction* et en des termes qui, en raison de leur caractère tranché, méritent d'être reproduits ainsi qu'il suit :

« On a émis l'opinion qu'un État peut par suite formuler une réclamation lorsque des investissements faits par ses ressortissants à l'étranger subissent de la sorte un préjudice et que, de tels investissements faisant partie des ressources économiques de la nation, tout préjudice qu'ils viennent à subir met directement en jeu les intérêts économiques de l'Etat.

Il est arrivé que des gouvernements interviennent en pareil cas, non seulement quand leurs intérêts sont effectivement lésés, mais aussi quand ils sont menacés. Il faut souligner cependant que ce genre d'action est tout à fait différent de la protection diplomatique et se situe sur un autre plan. Dès lors qu'un État admet sur son territoire des investissements ou des ressortissants étrangers, il est tenu, comme on l'a indiqué au paragraphe 33, de leur accorder la protection de la loi. **Mais il ne devient pas l'assureur des ressources d'un autre État que ces investissements représentent. Tous les placements de cette nature comportent des risques.** La vraie question est de savoir s'il y a eu violation d'un droit qui ne saurait être que le droit de l'Etat à ce que ses ressortissants bénéficient d'un certain traitement garanti par le droit international général en l'absence d'un traité applicable au cas d'espèce »⁵²².

L'analyse de la CIJ est en ce sens éclairante. L'intérêt des États exportateurs doit résulter d'un lien de droit. Ce lien existe lorsqu'il est porté atteinte aux droits internationaux de leur national. Mais il ne saurait résulter d'une attente ou espérance qui repose sur les intérêts économiques de l'État exportateur. La CIJ s'oppose à l'idée qu'un État d'accueil soit le garant des retombées économiques espérées par l'État national de l'investisseur étranger. On se convainc alors que les représentations que se fait un État à travers les

⁵²¹ Brigitte BOLLECKER-STERN, *Le préjudice dans la théorie responsabilité internationale de l'État*, Pédone, Paris, 1973, p. 101.

⁵²² CIJ, *Barcelona Traction*, exception préliminaire, arrêt, *Rec.* 1970, p. 46, §§ 86-87. Gras ajouté.

codes des investissements ne méritent pas une protection juridique particulière, sous réserve d'un lien juridique direct entre l'État hôte de l'investissement et l'État exportateur.

Certes, certains juges n'ont pas réservé le meilleur accueil à cette solution, mais les arguments présentés par ces derniers peinent à emporter la conviction. Pour le juge Gros par exemple, la Cour dans l'affaire *Barcelona Traction* a manqué une occasion d'arrimer le discours juridique abstrait sur la notion d'intérêt propre à la réalité concrète d'un monde dominé par le libéralisme économique, avant d'ajouter :

« [L]orsque, à la suite d'un risque couvert par un contrat d'assurance-crédit, un État assume la réparation des dommages causés par un autre État, sur le territoire de celui-ci, à une société anonyme relevant du premier État, c'est un effort financier de la communauté nationale qui permet d'assumer cette responsabilité par une solidarité fondée sur l'idée que certaines exportations sont nécessaires à la prospérité de la nation »⁵²³.

Mais, l'intérêt ainsi dépeint de l'État n'est pas suffisant pour créer une obligation juridique à la charge des États hôtes dans la mesure où le risque de perte est propre à toute activité économique. À défaut, les États hôtes de l'investissement supporteraient tous les coûts liés à l'activité économique des investisseurs privés, ce qui est contraire à la sécurité juridique et aux principes de l'économie de marché⁵²⁴. Dès lors, il est légitime que la CIJ ne voit pas dans l'intérêt économique de l'État national, l'occasion d'un intérêt juridique. Est-il alors légitime de faire de cet intérêt l'élément transformant la nature juridique des codes des investissements comme le suggère, sans trop y croire, le Professeur Juillard ?

193. L'absence de protection des attentes légitimes. Au regard de la position adoptée par la Cour, il est difficile d'admettre l'existence d'une protection juridique des attentes de l'État national de l'investisseur. Cette position est clairement exprimée dans l'affaire opposant la Bolivie au Chili, dont l'arrêt a été rendu 40 ans après celui de la *Barcelona Traction*. Dans cette affaire, la Bolivie a plaidé l'existence d'attentes légitimes qui obligeraient le Chili à négocier un accès à la mer avec la Bolivie, en raison des déclarations et des positions tenues par celui-ci dans ses relations diplomatiques avec la Bolivie. Les magistrats de La Haye, après avoir observé la tendance des tribunaux arbitraux à admettre cette position, notent : « qu'il (n') existerait (pas) en droit

⁵²³ CIJ, *Barcelona Traction*, opinion individuelle, juge Gros, *Rec.* 1970, p. 270-271. Dans le même sens, voir également, CIJ, *aff. préc.*, opinion individuelle du juge Jessup, qui parle de recul de la notion d'intérêt propre : « La notion assez simpliste invoquée comme fondement du droit d'un État d'accorder une protection diplomatique, à savoir que l'Etat était lésé lorsqu'un préjudice était causé au dernier de ses ressortissants à l'étranger, a reculé à partir du moment où l'on s'est avisé que les investissements faits à l'étranger avaient de l'importance pour l'économie nationale comme intérêts de l'Etat », p. 196.

⁵²⁴ La théorie libérale place l'individu au cœur de l'activité économique. L'agent économique agit sur la scène internationale pour la défense de ces intérêts propres. En ce sens : Dario BATTISTELLA, *Théories des relations internationales*, Paris, Presses de Sciences Po, 2009, pp. 173 à 209.

international général un principe qui donnerait naissance à une obligation sur la base de ce qui pourrait être considéré comme une attente légitime »⁵²⁵.

L'affaire est particulièrement à propos en ce qu'elle offre l'occasion d'aborder en une même instance les attentes légitimes des États, la bonne foi et les actes unilatéraux. La frontière tracée par la Cour entre ce qui relève de la morale et du droit n'est pas aisée. Mais en niant tout fondement en droit international à la notion d'attentes légitimes, les magistrats de La Haye, implicitement, rejettent l'argument selon lequel un État peut être fondé à exiger d'un autre État le respect des déclarations qu'il a formulées sur la seule base des attentes que celles-ci auraient créées. Ici le « désordre moral »⁵²⁶, expression employée par le juge *ad hoc* Daudet, n'est pas un critère de juridicité déterminant.

194. En définitive, les règles et principes du droit international n'attribuent pas un effet déterminant aux attentes qu'un État tiers puisse se faire à propos des déclarations et postures d'un autre État. Ce qui semble déterminant pour la Cour, c'est de pouvoir établir un lien juridique entre le promettant et le destinataire de la promesse, soit par une mention expresse, soit par la preuve d'un intérêt juridique établi. Sans préjudice des critiques formulées à l'endroit de l'affaire des Essais nucléaires, on peut trouver l'intérêt de l'Australie et la Nouvelle Zélande dans la menace environnementale encourue du fait des essais nucléaires. Cet intérêt est sans commune mesure des bénéfices espérés à la suite d'un investissement. Du reste, le droit des investissements internationaux ne semble pas reconnaître que l'on puisse tenir compte des attentes légitimes de l'État dans bien des hypothèses.

2. *Le minimum d'égard réservé aux attentes légitimes de l'État en droit international des investissements.*

195. **Un concept opératoire articulé autour des investisseurs.** « *Basic expectation* », « *legitimate expectation* », « espérance légitime » sont autant de termes pour désigner les attentes légitimes en droit des investissements⁵²⁷. Bien que fréquemment évoquées dans les sentences arbitrales, ces attentes ne sont pas véritablement définies.

⁵²⁵ CIJ, *Obligation de négocier un accès à l'océan pacifique*, (Bolivie c. Chili), arrêt, 1^{er} octobre 2018, p. 50.

⁵²⁶ CIJ, *Obligation de négocier un accès à l'océan pacifique* (Bolivie c. Chili), opinion dissidente Daudet, p.2. La position soutenue par la CIJ dans la présente affaire est particulièrement intéressante dans la mesure où elle prend le contrepied des positions tenues par les juridictions arbitrales jusqu'ici. Dans l'affaire *Total c. Argentine*, § 128 et ss, le lien est entre les attentes légitimes et le droit international, notamment le principe général de bonne foi est posé. Également Jörg MÜLLER, *Vertrauensschutz in Völkerrecht*, Heymanns, 1971. Plus spécifiquement sur la question de l'expropriation des biens étrangers : Rudolf DOLZER, « New foundations of the Law of Expropriation of Alien Property », *AJIL*, 1981, vol. 75, § 579 et ss.

⁵²⁷ Sur la notion d'attentes légitimes, voir notamment : Julien CAZALA, « La protection des attentes légitimes de l'investisseur dans l'arbitrage international », *RIDE*, 2009/1 (t.XXIII, 1), pp 5-32.

Dans l'affaire *International Thunderbird Gaming*, les arbitres l'appréciaient comme un concept en ces termes :

« the concept of "legitimate expectations" relates, within the context of the NAFTA framework, to a situation where a Contracting Party's conduct creates reasonable and justifiable expectations on the part of an investor (or investment) to act in reliance on said conduct, such that a failure by the NAFTA Party to honour those expectations could cause the investor (or investment) to suffer damages »⁵²⁸.

Généralement, lorsqu'elle est évoquée, la notion d'attentes légitimes est articulée autour du droit de l'investisseur étranger plutôt que vers les attentes légitimes de l'État. Une exception, dans l'affaire *Sempra c. Argentine*⁵²⁹, peut être relevée. Dans cette affaire, le gouvernement argentin, État hôte de l'investissement, prétendait avoir des attentes légitimes que l'investisseur étranger avait également froissées. Si le tribunal ne rejeta pas le principe que de telles attentes pouvaient exister, il esquiva toutefois la question du défendeur en se fondant sur un motif d'ordre procédural⁵³⁰. Il en résulte alors que les attentes légitimes de l'État d'accueil existent, bien qu'elles soient faiblement protégées. Quid alors de celles de l'État national de l'investisseur qui naîtraient en dehors d'un lien juridique direct ?

196. Par principe, le droit international des investissements ne proscriit pas l'existence d'attentes légitimes en dehors de tout lien juridique (a). Cependant, cette position de principe n'emporte pas *ipso jure* la nécessité d'une protection juridique des attentes légitimes de l'État national de l'investisseur (b).

a. L'admission de principe des attentes légitimes en dehors de tout lien juridique

197. Le problème. Peut-on espérer, en dehors de tout lien contractuel, qu'une personne physique ou morale maintienne une certaine cohérence dans son attitude du fait des espérances que l'on a pour soi ? Le peut-on s'il s'agit d'un sujet souverain ? D'un point de vue purement logique, la question ne devrait même pas se poser. Nul n'est tenu par la foi que l'alter place dans sa liberté. Mais si l'on aborde la question autrement que par le logos, pour en apprécier les conséquences avec une dose d'empathie, la réponse appelle des nuances. On saisit là tout l'intérêt du débat entre les adeptes du droit pris

⁵²⁸ CNUCED, *International Thunderbird Gaming Corporation v. United Mexican States*, award, 26 janv. 2006, § 147.

⁵²⁹ CIRDI, *Sempra Energy International v. Argentine Republic*, ARB/02/16, 28 sep. 2007.

⁵³⁰ La violation des attentes légitimes de l'État, indépendamment de savoir si elles existent, constitue une demande reconventionnelle qui, conformément aux articles 46 de la convention de Washington et 40 du règlement d'arbitrage, ne peut être introduite que si les parties s'accordent au préalable. La décision est pour le moins critiquable. Encadrer le droit d'introduire une demande reconventionnelle de l'État dans une procédure initiée par l'investisseur par le biais d'une offre d'arbitrage générale appelle des réflexions sur lesquelles nous aurons l'occasion de revenir. CIRDI, *Sempra Energy International v. Argentine Republic*, ARB/02/16, 28 sep. 2007, § 289.

comme art du bien et de l'équité et les partisans du droit comme science positive. Sans pencher pour l'une ou l'autre des approches en dépit de l'attrait intellectuel qui pourrait en découler, nous nous contenterons ici de relever la politique jurisprudentielle adoptée par les arbitres.

198. Le principe admis dans l'affaire Thunderbird. Une des sentences célèbres qui fait entrer dans la sphère du juridique des attentes générées en dehors de tout lien de droit est l'affaire *Thunderbird*. La compagnie *Thunderbird*, le demandeur, soutenait que « *if an investor or investment reasonably relies on the representations of government officials and suffers damages because of such reliance, the responsibility of the State is engaged under international law* »⁵³¹. De son côté, le Mexique, sans remettre en cause le principe qu'une attente légitime puisse être générée par de simples représentations, estimait que son agence gouvernementale, l'*Oficio*, n'avait pas pu générer de telles attentes chez le requérant. Le tribunal fit droit à la position du Mexique en rappelant que les attentes légitimes doivent être « *reasonable* » et « *justifiable* »⁵³². De la position des arbitres, on en déduit que le principe de l'existence d'attentes légitimes en dehors de tout lien juridique est possible si de telles attentes sont raisonnables et justifiables. Mais les deux critères ainsi indiqués n'apportent pas plus de clarté dans l'appréhension de la notion d'attentes.

199. Un seuil élevé d'évaluation de l'attente. Dans l'affaire *Parkerings-Compagniet c. Lituanie*, le tribunal arbitral a considéré : « *the expectation is legitimate if the investor received an explicit promise or guaranty from the host state, or if **implicitly, the host state made assurance or representation that investor took into account in making investment*** »⁵³³. La position des arbitres nous avance un peu plus. L'attente légitime est alors la représentation raisonnable et justifiable qui naît des assurances données par l'État que l'investisseur prend en compte en faisant son investissement. Il faut donc que l'attitude sur laquelle l'investisseur se fonde soit en lien étroit avec l'investissement.

Dans son opinion dissidente dans l'affaire *Thunderbird* précitée, l'arbitre Thomas Wälde précisait que si les postures adoptées par l'État d'accueil peuvent susciter des attentes légitimes chez l'investisseur « *the threshold for such informal and general representations is quite high* »⁵³⁴. Certains tribunaux arbitraux ont admis également que

⁵³¹ CNUCED, *International Thunderbird Gaming Corporation c. Mexique*, Sentence, 26 janv. 2006, §138. Gras ajoutés.

⁵³² CNUCED, *International Thunderbird Gaming Corporation c. Mexique*, Sentence, 26 janv. 2006, §§ 147-148.

⁵³³ CIRDI, *Parkerings-Compagniet AS c. République de Lituanie*, ARB/05/8, Sentence, 11 septembre 2007, § 331.

⁵³⁴ CNUCED, *International Thunderbird Gaming Corporation v. United Mexican States*, opinion dissidente, Thomas Wälde, §32.

de telles attentes ne pouvaient naître d'un excès d'optimisme de la part de l'investisseur⁵³⁵. Cette solution pourrait être étendue *mutatis mutandis* aux attentes de l'État pour considérer que de telles attentes ne peuvent naître d'un excès d'optimisme de la part de l'État national de l'investisseur.

200. En définitive, le droit international des investissements consacre l'existence de principe des attentes légitimes, qui naissent des habitudes et attitudes de l'État d'accueil. Toutefois, la position des arbitres ne permet pas de disposer de critère précis dans l'évaluation de ces attentes. L'approche est, semble-t-il, casuistique et vise à apprécier la dimension raisonnable ou justifiable des attentes. De tels critères, peuvent-ils s'appliquer aux attentes de l'État exportateur ?

b. Des attentes raisonnables et justifiables de la part de l'État national de l'investisseur étranger ?

201. Les critères de l'attente. Les critères dégagés par la pratique arbitrale n'ayant pas fait l'objet d'une conceptualisation aboutie, il est possible de les apprécier selon le sens ordinaire des mots. Ce faisant, le terme raisonnable, lorsqu'il s'agit d'une mesure, fait alors référence à ce qui est « conforme à la raison », qui répond « aux exigences de la rationalité »⁵³⁶. L'opération est donc celle opérée par la logique alors que le justifiable contient l'idée de l'excusable. Appliquant ces critères aux attentes des États exportateurs de capitaux, il apparaît que ceux-ci ne sont pas remplis. Les attentes que se fait l'État national de l'investisseur à l'égard des codes des investissements peuvent difficilement être considérées comme raisonnables eu égard aux incongruités qu'elles occasionnent.

202. Les attentes déraisonnables de l'État exportateur. Lorsqu'un État adopte une loi, notamment un code des investissements, il entend rassurer les investisseurs étrangers. Il y voit son intérêt propre et celui de l'investisseur. L'État national de celui-ci, s'il espère en tirer profit, ne fait ici que spéculer. C'est un risque qu'il prend et n'a pas à demander à l'État d'accueil d'en assumer une partie, alors même que celui-ci exerce un pouvoir souverain. Pareille demande, ainsi que les juges de La Haye l'ont admis, est en soi déraisonnable⁵³⁷. Cet aspect déraisonnable est accentué par le risque d'atteinte à la sécurité juridique que fait peser cette version des attentes légitimes au sein de la

⁵³⁵ Le tribunal note: « Mr Nagel may, in good faith, have been over-optimistic in interpreting the informal signals he received from his influential personal friends and contacts within the Governments ». SCC, *William Nagel c. The Czech Republic*, n°049/2002, 9 septembre 2003, §§ 290 – 294, spec. § 293.

⁵³⁶ Gérard CORNU, *Vocabulaire Juridique*, 10^{ème} éd., PUF, 2014, p. 18, entrée : raisonnable.

⁵³⁷ CIJ, *Barcelona Traction*, exception préliminaire, arrêt, Rec. 1970, p. 46, §§ 86-87.

communauté internationale. S'il fallait, en effet, admettre de telles attentes comme raisonnables, toutes les lois d'un État seraient amenées à changer de nature juridique pour devenir des actes unilatéraux, toutes les fois où un État tiers miserait fortune sur le contenu de ces lois. En pratique, il est difficile d'entrevoir quel État accepterait pareille infortune. C'est d'ailleurs une des raisons qui ont poussé la CIJ et la CDI à rechercher dans la volonté du déclarant, la preuve d'un engagement juridique unilatéral⁵³⁸.

203. Les attentes injustifiées de l'État exportateur. En plus d'être déraisonnables, les attentes de l'État national ne sont pas justifiées. Dans son opinion dissidente dans l'affaire *Thunderbird*, Thomas Wälde envisageait d'ailleurs cette hypothèse. L'auteur pose en substance que les attentes légitimes de l'investisseur méritent d'être protégées parce que ce dernier est dans un rapport d'inégalité avec l'État hôte. À défaut d'un tel rapport d'inégalité, les critères pour admettre une attente comme légitime doivent être plus élevés. Ainsi note-t-il :

*« If the parties are in an equal position, a much higher degree of due diligence is justified, as for example in inter-state relations under conventional international law, in WTO law or in transnational commercial relations, as usually adjudicated in international commercial arbitration. Strong parties in an equal position can be expected to deploy more expertise and due diligence to minimise ambiguity in their dealings with each other »*⁵³⁹.

Il s'ensuit que pour être justifiées, les attentes d'un État tiers, fondées sur un code des investissements, doivent être le résultat d'une plus grande diligence. Cette précaution s'impose dans la mesure où les États n'ignorent pas qu'une loi est modifiable *ad nutum*.

204. En somme, même en appliquant les règles du droit international des investissements pour apprécier l'existence d'attentes légitimes de la part de l'État national de l'investisseur étranger, il n'est pas possible de conclure qu'il puisse nourrir des attentes légitimes nées des codes des investissements. Ajouter à cette situation le fait que le droit international n'accorde pas de protection juridique aux intérêts économiques des États, il est judicieux de ne pas lui reconnaître une qualité de destinataire du code des investissements. Dès lors, les codes des investissements ne créent aucun rapport juridique interétatique qui en ferait des actes unilatéraux de droit international public. Ces codes s'adressent à des investisseurs dont la qualité ne permet pas de sortir ces instruments de l'orbite du droit national.

⁵³⁸ La Cour mondiale considère qu'il lui appartient « de se faire sa propre opinion sur le sens et la portée que l'auteur a entendu donner à une déclaration unilatérale d'où peut naître une obligation juridique, et à cet égard elle ne peut être liée par les thèses d'un autre État qui n'est en rien partie au texte ». CIJ, *affaire des essais nucléaires préc.*, p. 472, § 50. Également, AGNU, *Principes directeurs applicables aux déclarations unilatérales des États susceptibles de créer des obligations juridiques*, (A/61/10), 2006, §3.

⁵³⁹ CNUCED, *Thunderbird Gaming Corporation v. United Mexican States*, opinion dissidente, Thomas Wälde, § 33.

§2 : Les limites du statut international des investisseurs étrangers

205. Les investisseurs étrangers sont les destinataires désignés par les codes africains. Le professeur Makane Mbengue souligne à ce titre que « *[t]he addressees of investment national legislation are those legal and natural persons who form part of the "foreign investment community"* »⁵⁴⁰. Ainsi, lorsque les promesses des États africains, figurant dans leurs codes des investissements, suscitent chez les investisseurs des attentes légitimes et que ceux-ci réalisent leurs investissements en se fondant sur de telles promesses, alors il faut considérer que par l'édiction de son code des investissements, l'État a souscrit un engagement unilatéral de droit international. Si cette approche novatrice de l'acte unilatéral appelle plus d'interrogations, il ne paraît judicieux d'entrer la discussion à ce stade de l'analyse⁵⁴¹. Pour l'heure, il conviendra d'observer que même à considérer cette approche novatrice comme étant vérifiée, les promesses des États à l'endroit des investisseurs ne peuvent pas créer un rapport de droit international. S'il a déjà été suggéré que les lois qui s'adressent spécifiquement à des investisseurs étrangers pourraient être des actes unilatéraux⁵⁴², cette analyse n'emporte pas la conviction. La simple nationalité étrangère de l'investisseur est un élément d'extranéité qui ne suffit pas à changer l'ordre juridique de rattachement des codes⁵⁴³. Pour qu'il puisse en être autrement, il faudrait *a minima* reconnaître la personnalité juridique internationale des investisseurs. Or, quand bien même ces derniers appartiendraient à la communauté internationale⁵⁴⁴, ils ne semblent pas pour autant bénéficier d'une personnalité juridique

⁵⁴⁰ Makane MBENGUE, « National Legislation and Unilateral Acts of States », *op.cit.*, p. 196.

⁵⁴¹ La justification de cette analyse différée du rôle des attentes légitimes est due aux sorts que la pratique arbitrale a réservés à cette question. En effet, les sentences arbitrales n'ont pas principalement envisagé cette hypothèse à propos des actes unilatéraux autonomes mais l'ont adapté pour effectuer un rattachement aux actes unilatéraux conditionnés. D'une part, seules les offres d'arbitrage dans les codes des investissements ont été assimilées à des actes unilatéraux conformément à la proposition du professeur Makane après y avoir apporté quelques adaptations (voir *infra* Partie 1 Titre 2 Chap. 1). D'autre part, l'effet normatif des attentes légitimes créées par un code des investissements a été principalement discuté à propos des engagements spécifiques et non des actes unilatéraux autonomes (voir *infra* Partie 1 Titre 2 Chap. 2).

⁵⁴² CIRDI, *BayWa r.e. Renewable Energy GmbH et BayWa r.e. Asset Holding GmbH c. Royaume d'Espagne*, ARB/15/16, 2 déc. 2019, §§ 447 – 450.

⁵⁴³ C'est un raisonnement classique de droit international privé, laquelle discipline est présentée comme étant du droit national au regard de ses sources (exception faite de la multiplication des traités et règlements régissant certaines questions tels que les règlements ROME I et II ou Bruxelles I et II), mais international par son objet. La présence d'un élément d'extranéité ne modifie pas l'ordre juridique de base des règles nationales applicables (ici droit interne ou international), mais cet élément d'extranéité justifie simplement la recherche du droit étatique applicable.

⁵⁴⁴ Pour rappel, la CDI considère que les actes unilatéraux peuvent être des promesses faites à la communauté internationale dans son ensemble en ces termes : « Les déclarations unilatérales peuvent être adressées à la communauté internationale dans son ensemble, à un ou plusieurs États ou à d'autres entités ». AGNU, *Principes directeurs applicables aux déclarations unilatérales des États susceptibles de créer des obligations juridiques*, (A/61/10), 2006, § 6. Le terme de "communauté internationale" est lui-même polysémique. Selon le *Dictionnaire de droit international public*, ce terme renvoie à « l'ensemble des États pris dans leur universalité », à l'« ensemble plus vaste incluant, à côté des États, les organisations internationales à vocation universelle, les particuliers et l'opinion publique internationale » et enfin, l'« expression de la solidarité commune des États transcendant leurs oppositions particulières ». Jean SALMON, *Dictionnaire de droit international public*, Bruxelles, Bruylant, 2001, pp. 205 – 206, entrée : communauté internationale.

internationale. Certes, la qualité de sujet de droit international des individus⁵⁴⁵ est discutée (A), mais il n'empêche que la personnalité juridique internationale des investisseurs demeure en chantier (B).

A. LA CONTROVERSE DOCTRINALE A PROPOS DE LA PERSONNALITE JURIDIQUE INTERNATIONALE

206. La personnalité juridique internationale désigne l'« aptitude à être titulaire de droits et tenus d'obligations selon le droit international »⁵⁴⁶. La reconnaissance de celle-ci en droit international à l'investisseur étranger s'inscrit dans une controverse plus large, qui est celle de la place de l'individu en droit international. Des positions doctrinales divergentes (1), il en ressort que cette personnalité juridique est un concept malléable (2).

1. Les positions doctrinales divergentes

207. Dans la littérature du droit international, l'expression "investisseur étranger" y trouve très peu sa place. Pour être plus précis, les débats ont porté sur la reconnaissance d'une personnalité internationale des personnes privées, des individus. À ce propos, trois tendances ont émergé parmi lesquelles des nuances peuvent encore être faites.

208. Les théories favorables à la personnalité internationale des individus. C'est à Georges Scelle et Duguit que revient la palme de la position la plus tranchée. Pour ces derniers, l'État est une pure vue de l'esprit et l'individu la seule réalité concrète. Le droit est pensé par et pour les individus qui sont les seuls sujets de droit⁵⁴⁷. Cette position plutôt extrême, est critiquable dans la mesure où l'État reste une fiction utile à la conception de l'ordre juridique. Ainsi, à leur suite, sans remettre en cause l'existence de la structure étatique, le théoricien autrichien Hans Kelsen proposa la théorie de la subjectivité internationale indirecte des individus. Pour fixer sa théorie, l'auteur rappelle qu'à l'instar de tout droit, la fonction du droit international est de « régler la conduite réciproque des hommes ». À ce titre, « les individus sont sujets du droit international d'une manière

⁵⁴⁵ La notion d'« individu » est un terme générique employé en droit international pour désigner les êtres humains et les personnes privées, physique ou morale, en droit international. Jean SALMON, *Dictionnaire de droit international public*, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 573, entrée : individu.

⁵⁴⁶ Jean SALMON, *Dictionnaire de droit international public*, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 821, entrée : personnalité juridique internationale.

⁵⁴⁷ Scelle souligne ainsi : « Du point de vue de la technique juridique la plus simple et la plus exclusivement réaliste, un sujet de droit c'est d'abord un être touché par la règle de droit. Cette règle étant une norme, c'est-à-dire un impératif direct ou indirect, ne peut s'adresser qu'à une intelligence capable de la comprendre et de s'y conformer. Il n'y a donc que des individus qui puissent être sujets de droit ». Georges SCELLE, « Règles générales du droit de la paix », *RCADI*, 1933, p. 366.

spécifique, différente de la manière dont ils sont sujets d'un droit national »⁵⁴⁸. Selon l'auteur, lorsque le droit international fixe des obligations ou reconnaît des droits à un État, ce sont les individus qui *in fine* sont les destinataires de ces droits et obligations. Le droit interne ne fait que désigner les individus qui seront soumis au respect de la norme internationale⁵⁴⁹. En sus de cette théorie, Kelsen explique que le droit international prévoit également des cas dans lesquels des obligations sont mises directement à la charge des individus. C'est le cas de la piraterie et des droits internationaux tels que le droit d'agir contre un État devant un tribunal international. Selon Paul Guggenheim, cette analyse fait sens si « l'on prend l'individu non comme sujet autorisé par le droit international mais comme sujet de devoirs, c'est-à-dire comme étant tenu de ne pas commettre certains actes contraires au droit international »⁵⁵⁰. Contre cette approche, préoccupée par la réalité du phénomène juridique, d'autres voies proposèrent un schéma favorable à la cohérence du système international, pensé comme système interétatique.

209. L'approche stato-centrée du droit international. L'opinion hostile à la qualité de sujet international des individus comporte elles aussi des nuances. Déjà, sous la plume de Verdross, autre théoricien autrichien, une objection à l'argument d'un devoir international de l'individu est formulée en ces termes : « Le droit de punir n'est qu'une autorisation accordée par le droit international aux États, et que ceux-ci ne sont pas obligés de le faire. En conséquence, il n'y aurait pas lieu de parler d'un devoir international de l'individu »⁵⁵¹. On peut déjà souligner une objection à ce point de vue, celle de la confusion que fait l'auteur entre obligation primaire et obligation secondaire. La circonstance que les États restent libres de punir l'individu n'en modifie pas pour autant la nature de l'obligation primaire. Peut-être, faut-il lire pour saisir la portée de l'argument de Verdross, ceux de Francesco Capotorti pour qui « les normes internationales visant la situation de l'individu sont la plus grande partie adressée à l'État et ont la nature de normes impératives, par lesquelles les États doivent assurer au moyen de leurs ordres juridiques internes, certains avantages aux individus »⁵⁵². Pour l'autre partie des normes

⁵⁴⁸ Hans Kelsen, « Théorie du droit international public », *RCADI*, 1953, p. 66.

⁵⁴⁹ Hans Kelsen, *cours précit.*, p. 87.

⁵⁵⁰ Paul GUGGENHEIM, « Les principes du droit international public », *RCADI*, 1952, p. 116. Pour conforter son analyse, l'auteur évoque l'avis du tribunal de Nuremberg en ces termes : « (...) Il est reconnu depuis longtemps que le droit international impose des obligations aux individus aussi bien qu'aux États. Les violations du droit international sont commises par des hommes, et non par des entités abstraites, et ce n'est qu'en punissant les individus qui les commettent qu'il est possible d'assurer l'application des règles du droit international » p. 117.

⁵⁵¹ Alfred VERDROSS cité par Paul GUGGENHEIM in « Les principes du droit international public », *RCADI*, 1952, p. 118.

⁵⁵² Francesco CAPORTORTI, « La position de l'individu en droit international et la protection des droits de l'homme », *RCADI*, vol. 248, 1994, p. 83.

qui visent directement les individus, il convient de les considérer comme des normes appartenant à un ordre juridique spécial né d'un accord international.

« Dans l'hypothèse de ce genre, les individus – bien qu'ils restent dépourvus de la personnalité internationale du point de vue du droit de la communauté des États – sont reconnus comme titulaires des droits subjectifs et des obligations par l'ordre juridique de la communauté plus restreinte, qui trouve son fondement dans l'accord spécial qui la crée »⁵⁵³.

Il ne s'agit donc pas de droits internationaux puisque ce sont les États qui décident pour un destinataire qui ne consent pas à la norme souscrite ni ne participe à son élaboration. À ce titre, il est considéré comme un sujet de droit international spécial. Manner, pour sa part, considère l'individu comme un objet du droit international. À l'instar des animaux en droit interne, considéré comme des objets ou des êtres doués de sensibilité, l'individu peut voir sa situation discutée par les États, mais cela n'en fait pas un sujet⁵⁵⁴.

210. L'individu, sujet matériel du droit international. S'insurgeant contre cette approche déshumanisante, voire immorale de l'individu, Sparduti adopte une position médiane par l'élaboration d'un concept de fortune, celui de la personnalité juridique matérielle internationale de l'individu. Dans le fond, l'auteur n'est pas d'avis qu'il faille reconnaître à l'individu une personnalité juridique internationale. Pour lui, le statut de l'individu est dans une situation intermédiaire. D'un point de vue formel, il n'est pas sujet mais, pour ce qui est de la jouissance des droits et la charge des obligations, il en est matériellement le destinataire. Il serait dans une situation comparable à celles de l'usufruitier dans l'ancien droit⁵⁵⁵. On retrouve ici l'idée de subjectivité indirecte de Kelsen, qui a été la voie suivie par d'autres auteurs.

211. La personnalité juridique dérivée. Selon Combacau, les solutions proposées varient suivant l'approche moniste ou dualiste des auteurs. Dans un système moniste, il est logique de penser que le droit international tient pour sujet les individus tandis que dans l'approche dualiste, le droit international est par nature incapable de régir la condition juridique de l'individu⁵⁵⁶. À cette construction purement doctrinale, l'auteur avoue qu'il faut lui préférer une démarche plus casuistique, qui sortirait la question d'une vision objective à celle d'une approche subjective, déterminée par la volonté des États. En tant que sujet international originel, c'est aux États qu'il appartient de créer de nouveaux sujets de droit international. Ainsi, la personnalité juridique internationale de

⁵⁵³ Francesco CAPORTORTI, « La position de l'individu en droit international et la protection des droits de l'homme », *RCADI*, vol. 248, 1994, p. 84.

⁵⁵⁴ George MANNER, « The Object theory of the individual in international law », *AJIL*, 1952, p. 42.

⁵⁵⁵ Giuseppe SPARDUTI, « L'individu et le droit international », *RCADI*, 1956, p. 766.

⁵⁵⁶ Jean COMBAU et Serge SUR, *Le droit international public*, LGDJ, 12^{ème} édition, 2016, p. 319.

l'individu serait une personnalité dérivée⁵⁵⁷. L'idée d'une personnalité juridique dérivée des personnes privées semble être celle qui séduit la doctrine contemporaine du droit international public. Toutefois, cette personnalité juridique dérivée ne répond pas à la question du statut international des personnes privées et sert à rendre malléable au gré des situations, la personnalité juridique internationale.

2. La personnalité juridique dérivée des investisseurs dans le cadre des TBI

212. Le cadre posé par la CPJI. Les éléments issus de la pratique viennent confirmer cette idée que les personnes privées peuvent être des sujets dérivés du droit international. Interrogée sur le point de savoir si le *Beamtenabkommen*⁵⁵⁸ était un accord qui créait des droits et des obligations pour les individus, la CPJI dans son avis consultatif à propos des compétences des tribunaux de Dantzig de 1938, conclut :

« **La réponse à cette question dépend de l'intention des Parties contractantes.** On peut facilement admettre que, selon un principe de droit international bien établi, le *Beamtenabkommen*, accord international, ne peut, comme tel, créer directement des droits et des obligations pour des particuliers. Mais on ne saurait contester que l'objet même d'un accord international, dans l'intention des Parties contractantes, puisse être l'adoption, par les Parties, de règles déterminées, créant des droits et des obligations pour des individus, et susceptibles d'être appliquées par les tribunaux nationaux »⁵⁵⁹.

De ce passage, l'on apprend que la qualité de sujet de droit international des individus dépend de la volonté des États. Dans le cadre du droit des investissements, cette volonté pourrait être exprimée par les États dans le cadre d'un TBI par exemple. Toutefois, la subjectivité internationale dérivée des investisseurs divise la doctrine qui peine à trouver un fondement aux droits internationaux dont se prévalent les investisseurs dans le cadre d'un contentieux d'arbitrage.

213. La théorie des « droits-dérivés ». Cette théorie repose sur la prémisse selon laquelle l'investisseur n'est pas un sujet de droit international et n'a à ce titre aucun droit substantiel d'origine conventionnelle⁵⁶⁰. Le pouvoir d'introduire une réclamation internationale (sa qualité pour agir) qu'il tire des traités d'investissements ne s'expliquerait que par le truchement d'un mécanisme de représentation contrairement à

⁵⁵⁷ Jean COMBACAU et Serge SUR, *Le droit international public*, LGDJ, 12^{ème} édition, 2016, p. 321.

⁵⁵⁸ Il s'agit d'un accord conclu entre la Pologne et la ville libre de Dantzig concernant le statut des fonctionnaires.

⁵⁵⁹ CPJI, *Compétence des tribunaux de Dantzig*, avis consultatif, série B, n°15, 3 mars. 1928, pp 17-18.

⁵⁶⁰ Andrea BJORKLUND souligne ainsi : « The "delegated espousal" model builds on the tradition view that states are the only proper subjects of international law, and treaties "bestow legally enforceable rights only on states, and not directly on individuals". Thus, an injury to a national of the State is an injury to the State itself, for which the State could seek redress under the doctrine of espousal. A state that negotiates the ability for its national to bring a claim on his or her own behalf is thus delegating its espousal capability to its national. This approach is also known as the "derivative rights" model because the individual's rights derive from those of the State », Andrea BJORKLUND, « Private Rights and Public international Law: why competition among international economic law tribunal is not working », *Hasting Law Journal*, vol. 59, 2007-2008, p. 256.

l'argument formulé par le professeur Leben⁵⁶¹. Exerçant son droit procédural, l'investisseur agirait en lieu et place du titulaire des droits substantiels, à savoir l'État. Le *dictum* de la sentence *Archers Daniels Midland Company c. Mexique* formule la doctrine en ces termes :

*« If a breach of any of these standards occurs, the investor may bring the host State to an international arbitration in order to request compensation, but **the investor will be in reality stepping into the shoes and asserting the rights of the home state** »*⁵⁶².

Commentant la sentence *Archers Daniels c. Mexique*, le professeur Forteau décrit le mécanisme, sans y adhérer, comme une sorte de « protection diplomatique inversée »⁵⁶³. Alors que dans le mécanisme classique, l'État prend fait et cause pour son national tout en assurant la défense d'un droit propre⁵⁶⁴, l'inversion en l'hypothèse permettrait à l'investisseur d'épouser la cause de son État national. Là, apparaît la curiosité du raisonnement. Dans la fiction Mavrommatis, c'est l'incapacité processuelle de l'individu dans l'ordre juridique international qui est corrigée, en permettant à son État d'agir pour la défense de ses intérêts, à sa demande et après épuisement des voies de recours internes. Or, avec cette doctrine des droits dérivés, l'investisseur agit *proprio motu*, sans épuisement des voies de recours internes, pour la défense du droit d'un État qui n'est pas en situation d'incapacité processuelle⁵⁶⁵. Les incohérences internes de cette approche ont dès lors conduit la doctrine à lui préférer la théorie dite des « droits-directs ».

214. Les insuffisances de la doctrine des « droits-directs ». Les partisans de cette doctrine considèrent sans complexe que les individus tirent des TBI des droits substantiels

⁵⁶¹ L'auteur souligne en ce sens : « l'évolution qui s'est produite dans le droit des investissements autorise à considérer l'individu comme sujet (limité) du droit international. On a vu en effet que, si l'on s'en tient aux contrats internationaux d'investissement, ceux-ci comportent presque toujours une clause compromissoire qui permet à l'investisseur de saisir une juridiction arbitrale, comme dans le cadre du CIRDI, pour faire valoir les droits qu'il tire du contrat et qui n'auraient pas été respectés par le cocontractant étatique. On a montré, en outre, que l'Etat qui est ainsi attiré devant les arbitres n'est nul autre que l'Etat personne de droit international seul capable d'assumer les promesses faites aux investisseurs, promesses régies par le droit international seul ou en combinaison avec des règles d'autre provenance. [...] Peu importe, en fait, qu'on accorde ou refuse le label « sujets de droit » : reste la réalité des capacités juridiques dont bénéficient aujourd'hui les individus dans le droit international et, dans notre cas, dans le droit international de l'investissement ». Charles LEBEN, « La théorie du contrat d'Etat et l'évolution du droit international des investissements », *RCADI*, vol. 302, 2003, pp. 305 – 310, spéc. §§ 209 et 212.

⁵⁶² CIRDI, *Archer Daniels Midland Company and Tate & Lyle Ingredients Americas Inc. c. Etats-Unis du Mexique*, ARB(AF)/04/05, fond, 21 novembre 2007, § 169.

⁵⁶³ Mathias FORTEAU, « La contribution au développement du droit international général de la jurisprudence arbitrale relative aux investissements étrangers », *Brazilian Yearbook of International Law*, 2009, pp. 31-32.

⁵⁶⁴ La CPJI indiquait ainsi : « En prenant fait et cause pour l'un des siens, en mettant en mouvement, en sa faveur, l'action diplomatique ou l'action judiciaire internationale, **cet État fait, à vrai dire, valoir son droit propre, le droit qu'il a de faire respecter en la personne de ses ressortissants, le droit international** ». CPJI, *Affaire des concessions Mavrommatis en Palestine*, arrêt, 30 août 1924, Série A, n° 2, pp. 6-37, spéc. 12. Gras ajoutés.

⁵⁶⁵ La professeure Lagrange souligne ainsi : « Cette "protection diplomatique de l'État par ses nationaux" n'a au vrai ni rime dans l'arbitrage Etat-investisseur, ni raison d'être sérieuse dans le système international contemporain. En particulier, il n'est nullement nécessaire, pour ouvrir droit à réparation aux investisseurs lésés par une violation du traité, d'en passer par la fiction d'une violation des droits de l'État de la nationalité car il est possible et suffisant d'admettre leur droit propre à réparation ». Evelyne LAGRANGE, « L'application des accords relatifs à l'investissement dans les ordres juridiques internes » in Sabrina ROBERT-CUENDET (dir.), *Droit des investissements internationaux, Perspectives croisées*, Bruxelles, Bruylant, 2017, pp. 485 – 573, spéc. p. 514. Également, Zachary DOUGLAS, « The Hybrid Foundations of Investment Treaty Arbitration », *BYIL*, 2003, pp 160 et ss.

qu'ils pourraient faire valoir tant dans l'ordre international⁵⁶⁶ que dans l'ordre interne⁵⁶⁷. Il y a là une conséquence normale (plutôt voulue) du changement de paradigme annoncé par les arbitres dans la sentence *AAPL c. Sri Lanka*, faisant entrer la protection des investissements internationaux dans une dimension plus juridique que politique⁵⁶⁸. Les TBI de la nouvelle génération incluraient ainsi des droits (et des obligations) à la fois à la charge des États et des investisseurs. Certaines sentences arbitrales n'hésitent d'ailleurs pas à raisonner en termes de droits substantiels au profit des investisseurs. La sentence *Corn Product c. Mexique*, contrairement à la sentence *Archers Daniel c. Mexique* précitée, reconnaissait que le chapitre 11 de l'ALENA avait créé des droits substantiels internationaux au profit de l'investisseur en ces termes :

« *In the case of Chapter XI of the NAFTA, the Tribunal considers that the intention of the Parties was to confer substantive rights directly upon investors. That follows from the language used and is confirmed by the fact that Chapter XI conferred upon investors a right, in their own name and for their own benefit, to institute proceeding to enforce rights which were not theirs but were solely the property of the State of their nationality is counterintuitive* »⁵⁶⁹.

Mais, mis à part ces déclarations d'autorité et allusions aux droits internationaux de l'individu, les tribunaux arbitraux ne fournissent pas un raisonnement particulièrement construit au soutien des positions tenues⁵⁷⁰. Le contenu normatif des TBI est loin d'atteindre le degré de précision suffisant pour y voir, sans l'ombre d'un doute, la preuve de droits subjectifs plutôt qu'un ensemble d'outils juridiques d'évaluation du comportement étatique⁵⁷¹. D'ailleurs, à s'intéresser aux politiques nationales des États, il serait possible de reléguer au rang de ces théories à rebours de la pratique, cette doctrine

⁵⁶⁶ Georges SACERDOTI, « The standard of treatment of foreign investments: BITs and multilateral instruments », *RCADI*, 1997, vol. 269, pp 340 et ss.; Anna ROBERTS, « State-to-State investment treaty arbitration: a hybrid theory of interdependent rights and shared interpretative authority », *Harvard International Law Journal*, 2014, vol. 55, pp. 1 – 69.

⁵⁶⁷ Evelyne LAGRANGE, « L'application des accords relatifs à l'investissement dans les ordres juridiques internes » in Sabrina ROBERT-CUENDET (dir.), *Droit des investissements internationaux, Perspectives croisées*, Bruxelles, Bruylant, 2017, pp. 529 – 573. L'auteure présente les situations dans lesquelles le juge national pourrait être amené à connaître d'une question relative au traité d'investissement et discute de l'applicabilité directe des TBI dans l'ordre interne. Également, André NOLLKAEMPER, *National Courts and the International Rule of Law*, Oxford, OUP, 2011, p. 103.

⁵⁶⁸ Thomas WÄLDE note en ce sens : « *The first generation of BITs had a political rather legal character; it was essentially a continuation of diplomatic protection but based on treaty. That changed radically, as all now recognize, even and in particular the critics, when essentially toothless political instruments were made effective by giving investors the right to sue, without having to exhaust domestic remedies or getting home State consent or sponsorship* ». in « Interpreting investment treaties: experiences and examples », Christina BINDA (dir.), *International Investment Law for the 21st Century : Essays in Honour of Christoph Schreuer*, Oxford, OUP, 2009, p. 748.

⁵⁶⁹ CIRDI, *Corn Products International, Inc c. Mexique*, ARB(AF)/04/01, 15 janvier 2008, § 169.

⁵⁷⁰ La frugalité des raisonnements est révélatrice d'un choix réalisé par défaut (et par intuition) chez les arbitres. Voir en ce sens : CIRDI, *Cargill Inc. c. Mexique*, ARB(AF)/05/2, sentence, 18 septembre 2009, § 426 ; CIRDI, *Génération Ukraine c. Ukraine*, ARB/00/9, 16 septembre 2003 ; CIRDI, *Gas Natural SDG SA c. Argentine*, ARB/03/10, compétence, 17 juin 2005, § 34.

⁵⁷¹ La professeure Lagrange souligne ainsi : « L'indétermination qui nimbe un grand nombre de dispositions substantielles des accords relatifs aux investissements pourrait les condamner à l'inapplicabilité dans les États dont les juridictions tiennent ce type de raisonnement, a fortiori si elles refusent, pour évaluer cette marge de manœuvre, de procéder d'abord à la combinaison de la règle internationale et des règles nationales existantes ayant le même objet ». Evelyne LAGRANGE, *op. cit.*, p. 564. Également, Yves NOUVEL, « Classification cursive des règles de fond issues des traités bilatéraux d'investissements », *RGDIP*, n°1, 2015, pp 7-18.

des « droits-directs »⁵⁷². Ce qui explique sans doute, les variantes apportées à cette ligne de pensée.

215. La doctrine des tiers-bénéficiaires (variante 1). Cette théorie tire une conséquence importante de la reconnaissance des droits substantiels internationaux de l'investisseur : sa qualité de sujet international. En cette qualité, et n'étant pas partie au TBI, il doit, dès lors, être considéré comme un tiers à celui-ci. Dans la mesure où la Convention de Vienne précise que le traité ne produit des effets qu'entre les États parties et à l'égard des tiers seulement s'ils y consentent⁵⁷³, l'investisseur ne peut se prévaloir des droits conventionnels qu'après avoir exprimé son consentement. Il s'agirait d'une stipulation pour autrui en quelque sorte. Entre autres avantages, cette théorie expliquerait le caractère asymétrique du droit international des investissements, qui établit des droits dans le chef des investisseurs et des obligations pour l'État⁵⁷⁴. Deux observations peuvent être faites. La première que souligne la professeure Lagrange, est celle de la nécessité de cette théorie pour la sécurisation des investissements internationaux. Celle-ci n'offre pas, selon l'auteur, de réelles garanties contre le risque d'une rétractation inopinée des États⁵⁷⁵. Dans le même sens, on pourrait interroger la nature de la relation qui se noue. Si les États créent des droits en faveur de l'investisseur qui, en retour les acceptent, n'y aurait-il pas là les bases d'une relation plus contractuelle que conventionnelle ? Et dans l'affirmative, peut-on encore considérer que les droits créés sont de type conventionnel pour justifier à la fois la qualité et l'intérêt à agir au titre du TBI ? Toutes ces interrogations, sans réponse véritable, ont justifié une dernière approche.

216. La « *procedural-direct theory* » (variante 2). Cette dernière variante brille par sa frugalité. La prémisse reste inchangée : le TBI crée des droits à l'égard des investisseurs étrangers traduisant la volonté des États de leur reconnaître une personnalité juridique internationale. Mais les droits qui sont directement dus à l'investisseur sont des droits procéduraux. Les autres garanties substantielles sont alors les « *applicable*

⁵⁷² Outre les sentences arbitrales, le *US Trade Representative* qui indique que les accords de protections des investisseurs ne créent pas de droits supplémentaires au profit des investisseurs dont les droits sont ceux prévus par le droit américain. Cette position est exprimée dans les lois de mise en œuvre de l'Accord sur le Libre Echange Nord-Américain (ALENA) dans lesquels le Canada et les USA ont exclu la possibilité d'invoquer l'accord devant des tribunaux internes contrairement au Mexique. Sergio PUIG, « Investor-State Tribunal and Constitutional Courts: the Mexican sweeteners saga », *Mexican Law Review*, vol. V, n°2, 2013, pp. 199-243.

⁵⁷³ Andrea BJORKLUND, « Private Rights and Public international Law: why competition among international economic law tribunal is not working », *Hasting Law Journal*, vol. 59, 2007-2008, pp. 266 et ss.

⁵⁷⁴ Andrea BJORKLUND, « Private Rights and Public international Law: why competition among international economic law tribunal is not working », *Hasting Law Journal*, vol. 59, 2007-2008, p. 256.

⁵⁷⁵ L'auteure s'interroge sur la pertinence de la théorie en ces termes : « La "doctrine des tiers bénéficiaires" est-elle logiquement soutenable ? Soit les tiers bénéficiaires sont véritablement titulaires de droits *ab initio* et elle se confond avec celle des droits-directs. Soit les tiers ne le deviennent que par leur consentement et il est pour le moins curieux de résister à la reconnaissance de droits internationaux dans leur chef pour en faire ensuite quasiment les coauteurs de leurs droits d'origine internationale ». Evelyn LAGRANGE, *op. cit.*, p. 516.

adjudicative standards for the investor's cause of action rather than a binding obligation owed directly to the investor »⁵⁷⁶. Suivant cette analyse, c'est l'exercice des droits procéduraux par l'investisseur qui entraîne la création des droits substantiels. Le raisonnement est plutôt simple : il vise à donner un effet utile à la clause de recours à l'arbitrage. Il est indiqué que si celle-ci est rédigée de sorte à inclure les réclamations contractuelles dans le champ d'application de l'offre figurant dans le TBI (donc internationalisation des droits contractuels) ou qu'elle offre à l'investisseur le choix entre le recours à l'arbitrage ou au juge interne (sachant que ce dernier ne peut être saisi qu'en présence d'un droit individuel), l'interprétation utile d'une telle disposition serait alors de considérer que le TBI a créé des droits substantiels au profit de l'investisseur⁵⁷⁷. Toutefois, une telle analyse est profondément contingente. Elle ne vaudrait que pour quelques TBI. Et pour les TBI qui seraient concernés, dans quelle mesure l'intention commune des parties permettrait de soutenir une telle approche ? En effet, optant pour cette théorie, on supposerait dans un cas, avoir une ligne claire des conséquences de la distinction *treaty claims / contract claims* et dans l'autre cas, que les négociateurs des traités savaient qu'une clause *electa una via, no u-turn* ou d'épuisement des voies de recours internes sont des procédés suffisants pour créer des droits substantiels au profit des investisseurs tiers. La critique d'une doctrine sans coïncidence avec la pratique conserverait alors sa pertinence. De plus, adopter ce raisonnement, c'est continuer à inverser la logique : le droit d'agir est la conséquence du droit substantiel et non l'inverse.

En résumé, la reconnaissance de la qualité pour agir des investisseurs au titre d'un TBI s'apparente plus à une involution qu'à une révolution dans l'histoire du procès international⁵⁷⁸. Celle-ci peut renseigner sur sa capacité d'exercice, mais elle n'est pas un critère décisif dans la reconnaissance de sa personnalité juridique⁵⁷⁹. Cette remarque justifie que la reconnaissance d'un statut international à l'investisseur étranger soit abordée avec précaution. Le mécanisme de la responsabilisation semble être le procédé indiqué pour la reconnaissance de ces droits.

⁵⁷⁶ Zachary DOUGLAS, « The hybrid foundations of investment treaty arbitration », *BYBIL*, 2003, p. 184.

⁵⁷⁷ Delphine BURRIEZ, *Le droit d'action individuelle sur le fondement des traités de promotion et de protection des investissements*, Thèse, Univ. Panthéon-Assas, Paris, 2014, pp. 47 – 49.

⁵⁷⁸ Evelyne LAGRANGE, « SPP v Egypt, AAPL vs Sri Lanka: Some Revolutionary Steps? », in Hélène RUIZ-FABRI et Edoardo STOPPIONI (dir.), *International Investment Law: An Analysis of the Major Decisions*, à paraître, 2021.

⁵⁷⁹ Il est important de rappeler ici que si la personnalité juridique a pu être définie comme l'aptitude à avoir des droits et à les exercer, la capacité d'exercice n'est plus considérée comme un élément de définition de la personnalité juridique. D'une part, l'exercice procédural des droits suppose l'existence de droits substantiels (donc que l'aptitude à être titulaire de droit soit acquise) et d'autre part, les incapacités d'exercice n'affectent pas la titularité des droits reconnus à un sujet. Voir sur ce point : Jean COMBACAU et Serge SUR, *Le droit international public*, LGDJ, 12^{ème} édition, 2016, pp. 319 et ss.

B. LA RECONNAISSANCE D'UN STATUT INTERNATIONAL PAR LA VOIE DE LA RESPONSABILISATION

217. La responsabilisation est l'élément qui détermine le sujet (1). Ainsi, il est possible d'un point de vue purement doctrinal de dépasser le cadre d'une reconnaissance explicite de la personnalité internationale de l'investisseur par l'État. Mais là encore, l'obstacle n'est pas pour autant surmonté, dans la mesure où ce processus de responsabilisation des investisseurs étrangers reste lacunaire (2).

1. La responsabilité comme critère d'accès à la personnalité juridique

218. Essentialisation du sujet. Dans son traité théologico-politique, Spinoza pose une idéalité du sujet qui devrait aiguiller l'appréhension de la notion de sujet. Selon le philosophe, « l'essence d'un sujet, ce n'est pas d'obéir par telle ou telle raison, c'est d'obéir, par quelque motif qu'il s'y résolve (...) »⁵⁸⁰. Dans ce court passage, il y a un *a priori* paradoxal qui ne manque pas de retenir l'attention. Le sujet par nature se soumet à l'autorité, dans le contexte du philosophe, au souverain, mais pour des raisons qui lui sont propres. C'est un déterminisme inné par lequel le sujet soumet sa liberté. C'est donc que le sujet doit dans sa relation avec le souverain être libre, mais usant de cette liberté, se soumettre. Cette description du rapport politique entre le sujet et le souverain, par essentialisation du premier, a eu un certain écho dans la pensée juridique.

219. Sujet de droit et liberté. La liberté comme prisme d'appréhension de la personnalité juridique n'est pas neuve dans l'histoire de la pensée juridique. Dans la Rome antique par exemple, le statut d'homme libre était nécessaire pour accéder à la personnalité juridique. Les esclaves et sous certaines conditions les étrangers n'avaient aucun droit. L'importance que pouvait prendre la liberté allait même jusqu'à exiger pour jouir de la reconnaissance juridique du statut d'homme libre que la personne soit *sui iuris*, c'est-à-dire qu'il ne soit soumis à l'autorité d'aucun⁵⁸¹. Ce n'est en réalité que très tard que la notion de liberté cessera d'apparaître expressément dans les discours sur la personnalité juridique. L'effet est dû à la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, qui affirme que tous les citoyens naissent libres et égaux en droit⁵⁸². C'est donc avec la

⁵⁸⁰ Baruch SPINOZA, *Traité théologico-politique*, Arvensa Editions, 18 mars 2019, chap. XVII.

⁵⁸¹ Anne LEFEBVRE-TEILLARD, « personne », in Denis ALLAND et Stéphane RIALS (dir.), *Dictionnaire de la Culture Juridique*, Quadrigue/Lamy - PUF, 2003, pp. 1151 - 1153.

⁵⁸² Anne PAYNOT-ROUVILLOIS, « sujet de droit », in Denis ALLAND et Stéphane RIALS (dir.), *Dictionnaire de la Culture Juridique*, Quadrigue/Lamy - PUF, 2003, p. 1454.

philosophie individualiste des droits de l'homme que peu à peu, la notion de personnalité juridique a été attachée à la personne. Avec le volontarisme et la pensée pandectiste, l'homme devient le seul sujet de droit parce qu'il possède la volonté de se déterminer lui-même⁵⁸³. L'effacement de la notion de liberté dans l'approche de la personnalité juridique atteint son paroxysme sous la plume de Gény. Ce dernier élabore une conception du sujet de droit comme « moyen artificiel de l'élaboration juridique » par lequel Kelsen n'y voit qu'un complexe de droits et d'obligations et qui fait dire à la doctrine contemporaine que c'est le droit international, l'ordre juridique international qui détermine le sujet⁵⁸⁴.

Or, on peut déjà relever une difficulté mise en avant par Sperdutti, le droit international est mal défini. Selon les approches définitionnelles prises, tantôt les personnes privées auraient la personnalité juridique tantôt le droit international ne répondrait pas à cette question⁵⁸⁵. Mais si la question de savoir pourquoi l'investisseur étranger ou l'entreprise multinationale doit avoir la personnalité juridique internationale est posée, la réponse première, serait la liberté. Cette liberté permettrait aux groupes de sociétés de bénéficier d'une capacité substantielle et procédurale propre. De celle-ci découlerait une liberté d'agir sur la scène internationale, mais aussi une liberté de souscrire à des obligations juridiques sur la scène internationale. Rendre sa liberté à l'entreprise multinationale pour qu'elle se soumette à son tour, est alors le pari à tenir.

220. Les limites du critère de la liberté. Les écueils sont nombreux. On peut relever que la liberté comme fondement de la personnalité juridique repose sur une analyse anthropocentrique, qui, peut-être, vaudrait pour l'investisseur personne physique, mais n'expliquerait pas la situation de l'investisseur personne morale. Mais cette construction ne serait guère plus étrange que la personnalité internationale de l'État et des organisations internationales. C'est donc qu'elle peut *a minima* se concevoir. La difficulté, c'est alors d'envisager l'usage que pourrait faire une entreprise multinationale de cette liberté. Peut-on exiger d'elle qu'elle soit responsable juridiquement ? La réponse, en l'état, est négative même si des efforts peuvent être observés.

2. Les lacunes dans la responsabilisation de l'investisseur étranger

⁵⁸³ « Le concept fondamental du droit est la liberté. Le concept abstrait est la possibilité de se déterminer soi-même à quelque chose (...). L'homme est sujet de droit parce qu'il possède cette possibilité de se déterminer lui-même, parce qu'il a une volonté ». Georg Friedrich. PUCHTA, *Cursus der Institutionen*, Leipzig, 1850, t. I, p. 4-6.

⁵⁸⁴ Anne PAYNOT-ROUVILLOIS, « sujet de droit », in Denis ALLAND et Stéphane RIALS (dir.), *Dictionnaire de la Culture Juridique*, Quadrige/Lamy - PUF, 2003, pp. 1452 – 1456.

⁵⁸⁵ Giuseppe SPERDUTTI, « L'individu et le droit international », *RCADI*, 1956, pp. 733 et ss.

221. Les lacunes dans la responsabilisation des investisseurs étrangers tiennent principalement à l'inexistence d'une responsabilité internationale (a) et à l'insuffisance des mécanismes de droit souple pour la régulation de l'activité des entreprises multinationales (b).

a. L'inexistence d'un régime de responsabilité internationale des investisseurs étrangers

222. Les limites du droit international général. Le droit international général ne comporte pas d'obligation envers les investisseurs étrangers, notamment envers les entreprises multinationales. Les normes posées par la coutume internationale et les principes généraux de droit s'appliquent aux sujets classiques du droit international à savoir les États et les organisations internationales. Il est ainsi admis que les entreprises multinationales ne sont pas assujetties au respect des règles de droit international général⁵⁸⁶. Cette approche classique en droit international connaît toutefois des inflexions qui invitent à relativiser le propos concernant la responsabilité internationale des entreprises multinationales. Ces inflexions proviennent des interprétations de certains juges nationaux, mais aussi des actes d'organisations internationales.

223. L'approche novatrice mais encore réticente de certains juges nationaux. Dans une affaire récente, au sujet d'une plainte formulée par des travailleurs Érythréens contre la compagnie canadienne Nevsun, la Cour suprême du Canada s'est montrée favorable à l'application de la coutume internationale à un investisseur. En l'espèce, des

⁵⁸⁶ Dans l'affaire *Associations France Palestine solidarité « AFPS » c. Société Alstom Transport SA* par exemple, la Cour d'Appel de Versailles était saisie par l'AFPS pour violation des normes humanitaires par les sociétés Alstom et Véolia du fait de leur participation à la construction du tramway dans les territoires palestiniens occupés. Selon les appelants, les sociétés intimées avaient violé la Convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre du 12 août 1949, la Convention de la Haye relative du 14 mai 1954 pour la protection des biens culturels en cas de conflit armé, le Protocole additionnel relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux du 18 juin 1977. La Cour d'Appel de Versailles estima toutefois que pour que les intimés soient tenus aux respects de ces conventions internationales, cela suppose qu'elles soient « sujets de droit international. Or, la personnalité des entreprises transnationales n'est reconnue que de façon très limitée. (...) En outre, les obligations doivent être formulées envers les sociétés. Les textes conventionnels dont il est invoqué la violation, ne formulent des obligations qu'à l'encontre des États ainsi qu'il a été précédemment relevé. En effet, la IV^{ème} Convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre du 12 août 1949 mentionne en préambule qu'elle concerne "les hautes parties contractantes" tandis que ses articles 49 al 6 et 53 s'adressent à la "puissance occupante". Selon l'article 4 de la "Convention de La Haye du 14 mai 1954 pour la protection des biens culturels en cas de conflit armé" les hautes parties contractantes occupant totalement ou partiellement une autre partie contractante ... doivent dans la mesure du possible soutenir les efforts des autorités compétentes du territoire occupé à l'effet d'assurer la sauvegarde et la conservation des biens culturels." Le Protocole additionnel aux Conventions de Genève relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux (1) 18 juin 1977 est également un acte conclu entre États qui les oblige : "les Hautes parties contractantes s'engagent à respecter et à faire respecter le présent Protocole en toutes circonstances". Les sociétés intimées morales de droit privé qui ne sont pas signataires des conventions invoquées, ni destinataires des obligations qui les contiennent, ne sont pas, en conséquence, des sujets de droit international. Dépourvues de la personnalité internationale, elles ne peuvent se voir opposer les différentes normes dont se prévaut l'appelante ». France, CA Versailles, 3^{ème} civ., *Associations France Palestine solidarité « AFPS » c. Société Alstom Transport SA*, 22 mars 2013.

travailleurs érythréens ont été contraints de travailler dans une mine appartenant à la société Nevsun Resources, dans le cadre d'un service militaire mis en place par l'Érythrée. Les travailleurs estiment avoir été soumis à des traitements cruels, inhumains et dégradants et ont engagé des poursuites auprès des juridictions canadiennes pour violation du droit international coutumier. Pour sa part, la Compagnie Nevsun demandait la radiation de l'affaire au motif que celle-ci manquait de base légale, puisque le droit international coutumier ne s'applique pas aux personnes privées. Les juridictions inférieures ayant refusé de radier l'affaire, la société forma un pourvoi devant la Cour suprême du Canada. Dans sa décision, les hauts magistrats estimaient que c'est à bon droit que les juridictions nationales n'avaient pas radié l'affaire et que la demande n'était pas excessive et sans fondement juridique. Pour justifier leur point de vue, les hauts magistrats soulignaient que c'était opéré en droit international un changement de paradigme. Au système Westphalien, stato-centré, s'est substitué le droit international moderne, qui selon le professeur William S. Dodge, « ne comporte pas de normes générales de responsabilité ou de non-responsabilité applicables à des catégories d'acteurs »⁵⁸⁷. Ainsi, la Cour de poursuivre :

« Bien que certaines normes de droit international coutumier, comme les normes régissant la conclusion de traités, soient de nature strictement interétatique et ne s'appliquent pas aux sociétés, d'autres interdisent un certain comportement, que l'auteur de la faute soit un État ou non [...] »⁵⁸⁸.

Poursuivant le raisonnement, les hauts magistrats ajoutent que dans la mesure où le droit international coutumier fait partie du droit interne canadien, les requérants sont alors fondés à réclamer, en droit interne, des dommages-intérêts pour violation par une personne privée des normes d'origine coutumière. Sans préjudice des suites de cette affaire, les observations suivantes peuvent être formulées. Dans un premier temps, le système moniste canadien facilite cette approche en estimant d'une part, que la coutume a un effet direct (puisque les justiciables peuvent l'invoquer comme fondement de leur réclamation) et d'autre part, qu'elle lie plus largement tous les sujets de droit international, en ce compris les investisseurs. Mais dans les systèmes dualistes, cette approche a peu de chances de succès puisque l'effet direct de la coutume internationale reste indéterminé⁵⁸⁹. En second lieu, l'incorporation de la norme internationale dans

⁵⁸⁷ Canada, Cour Suprême, *Nevsun Resources Ltd. c. Araya*, 28 février 2020, 2020 CSC 5 dossier 37919, § 105.

⁵⁸⁸ Canada, Cour Suprême, *Nevsun Resources Ltd. c. Araya*, 28 février 2020, 2020 CSC 5 dossier 37919, § 105.

⁵⁸⁹ La conception dualiste implique une médiatisation de la Coutume par un acte interne pour être appliquée. En pratique, cependant, les juridictions internes reconnaissent parfois que la coutume peut avoir un effet direct. L'exemple du droit français peut être mentionné à titre d'illustration. Les références çà et là, à la coutume internationale dans les décisions du juge judiciaire, notamment à propos des immunités d'exécution, reflète une volonté de faire application de la coutume internationale en droit interne qui est

l'ordre interne interroge sur le point de savoir si les juges appliquent effectivement le droit international général, *i.e.* la coutume internationale, ou simplement le droit international internalisé. Sur ce point, il s'agirait *in fine* de faire application du droit interne. Cela est d'autant plus pertinent que les réparations demandées, ici des dommages-intérêts, sont à établir en référence aux normes secondaires de droit canadien. Enfin, on peut questionner l'enthousiasme avec lequel la Cour, par une courte majorité (5 juges contre 4), laisse se poursuivre l'affaire. S'il est encore tôt pour conclure à la condamnation de la société *Nevsun* pour violation du droit coutumier, le changement de paradigme en droit international annoncé, correspond plutôt à une action militante encore minoritaire.

224. En droit français par exemple, si le Code de commerce a consacré, à la suite du scandale du Rana Plaza⁵⁹⁰, le devoir de diligence des sociétés-mères et entreprises donneuses d'ordre⁵⁹¹, les implications sur la responsabilité internationale restent moindres. Ce devoir de vigilance, qui implique pour l'entreprise mère d'établir un plan de vigilance par lequel elle s'assure que ses filiales à l'étranger, sous-traitants et fournisseurs, prennent toutes dispositions en vue de respecter les droits de l'homme et de l'environnement, a semblé être une étape décisive dans la responsabilisation des entreprises multinationales. Cependant, à la suite de l'affaire opposant des ONG au Groupe Total relatif à la mise en place d'un plan de vigilance sur les impacts sociaux et environnementaux de leurs activités en Ouganda, les tribunaux judiciaires se sont reconnus incompétents au profit des tribunaux de commerce⁵⁹². Au-delà de la question de compétence, l'enjeu majeur est celui de savoir si le plan de vigilance est un document interne de gestion à l'entreprise ou un document public sur lequel des justiciables extérieurs à l'entreprise peuvent se fonder. En estimant que les tribunaux de commerce

difficile à systématiser. Le Conseil constitutionnel, pour sa part, se réfère à la coutume internationale mais sans que les effets de celle-ci ne soient clairement identifiés. Après quelques hésitations, le Conseil d'État, dans l'affaire *Aquarone*, admet un possible effet direct de la coutume internationale en droit interne sans y faire mention. De plus, la place de cette coutume dans la hiérarchie des normes reste encore controversée. (Denis ALLAND, « La coutume internationale devant le Conseil d'État : l'existence sans la primauté », *RGDIP*, 1997, pp. 1053 – 1067). Certains obstacles peuvent également être mentionnés et qui concerneraient à la fois les systèmes monistes et dualistes. L'effet direct n'est admis qu'à la condition que l'individu titre de la norme internationale des droits individuels clairement posés. Or, si la coutume peut viser expressément les individus, son contenu n'est pas toujours évident à déterminer. Des problèmes d'interprétations qui peuvent naître sont de nature à constituer un obstacle à son invocabilité en droit interne. (Denis ALLAND, « L'interprétation du droit international public », *RCADI*, 2014, pp. 41 – 394).

⁵⁹⁰ L'exposé des motifs de la loi n°2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés-mères et des entreprises donneuses d'ordre évoque ce scandale en ces termes : « Le 24 avril 2013, un immeuble qui abritait plusieurs usines textiles s'est effondré au Bangladesh : 1 138 personnes ont trouvé la mort. Des milliers d'autres se retrouvent handicapées à vie et incapables de travailler à nouveau. Dans les décombres ont été retrouvées des étiquettes de grandes marques de vêtements européennes et françaises pour lesquelles travaillaient ces sous-traitants bangladais. Les donneurs d'ordre ont parfois nié leurs relations avec ces sous-traitants, preuve qu'ils ne contrôlaient pas pleinement leur chaîne de production ».

⁵⁹¹ France, art. L. 225-102-4 du Code de commerce, inséré par la Loi n°2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre.

⁵⁹² France, Cour d'appel de Versailles, chambres réunies, *Association les Amis de la Terre France et autres c. SA TOTAL*, n° RG 20/01692, 10 décembre 2020.

sont compétents, c'est la première option qui est retenue limitant ainsi la portée de ce devoir de vigilance, après une première décision du Conseil constitutionnel qui a jugé inconstitutionnelles les sanctions retenues par la première version de la loi⁵⁹³.

225. Dans la même veine, l'échec de l'adoption de la loi suisse sur la responsabilité des entreprises multinationales peut être perçu comme une approche réservée concernant la responsabilité des entreprises multinationales. En revanche, ces hésitations ne sauraient masquer les efforts en cours, en vue d'aboutir à une responsabilisation des EMN. Le projet en cours au sein du Conseil des droits de l'Homme (CDH) des Nations Unies est porteur de promesses en ce qu'il permettrait de faire avancer la réflexion en droit international général⁵⁹⁴. Pour l'heure cependant, les initiatives les plus importantes relèvent du droit international spécial.

226. Les limites du droit international spécial. C'est principalement à l'arbitrage transnational, fondé sur les TBI, qu'il faut ici se référer. Les critiques formulées à l'endroit de ce type d'arbitrage, notamment son caractère asymétrique⁵⁹⁵, ont conduit à l'adoption d'approches diverses en vue d'établir des obligations internationales à la charge des investisseurs. Initialement, l'idée de responsabiliser les entreprises multinationales a pris forme à partir de l'interprétation faite par les arbitres de la clause de conformité au droit local. L'objet de la clause qui figure dans nombre de TBI, est ainsi d'exiger de l'investisseur qu'il se conforme au droit de l'État d'accueil de l'investissement⁵⁹⁶.

⁵⁹³ Pour une critique de la portée ambiguë du texte et la décision du Conseil constitutionnel, voir : Béatrice PARANCE, « La consécration législative du devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre », *Gazette du Palais*, 18 avril 2017, n°15, pp. 16-20.

⁵⁹⁴ Dans sa résolution du 14 juillet 2014, le Conseil des Droits de l'Homme a confié à un groupe de travail le soin d'élaborer un instrument international juridiquement contraignant sur les sociétés transnationales et autres entreprises et les droits de l'Homme. Une version du projet de convention A/HRC/RES/26/9, en date du 16 juillet 2019, est disponible à partir du lien ci-dessous : https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/WGTransCorp/OEIGWG_RevisedDraft_LBI.pdf

⁵⁹⁵ Muthucumaraswamy SORNARAJAH souligne ainsi « *The breach of the treaty creates an international obligation between state parties to the treaty and no benefits or rights flow directly to the affected individual* », in « State Responsibility and Bilateral Investment Treaties », *Journal of World Trade Law*, vol. 20, 1986, p. 93. Il s'agit ici de l'effet relatif des traités. L'investisseur étranger étant tiers au traité, celui-ci ne saurait ni lui nuire, ni lui profiter sauf accord de volonté de sa part. Il en irait ainsi d'une application *mutatis mutandis* de l'application de l'article 34 de la Convention de Vienne sur le droit des traités de 1969 selon lequel « un traité ne crée ni obligations ni droits pour un Etat tiers sans son consentement ». Pour la prise en compte des effets des TBI à l'égard des tiers, voir : Andrea BJORKLUND, « Private Rights and Public international Law: why competition among international economic law tribunal is not working », *Hasting Law Journal*, vol. 59, 2007-2008, pp. 266 et ss. On a ainsi justifié ce recours en invoquant une théorie dite des droits-dérivés qui repose sur un mécanisme de représentation selon lequel l'investisseur agirait au nom de son Etat national (Mathias FORTEAU, « La contribution au développement du droit international général de la jurisprudence arbitrale relative aux investissements étrangers », *Brazilian Yearbook of International Law*, 2009, pp. 31-32). Pour d'autres auteurs, l'investisseur serait un tiers bénéficiaire du traité (Andrea BJORKLUND, « Private Rights and Public international Law: why competition among international economic law tribunal is not working », *Hasting Law Journal*, vol. 59, 2007-2008, pp. 266 et ss.). Enfin, la *procedural-direct theory* considère que l'investisseur a des droits procéduraux directement tirés du traité qui entraînent la création des droits substantiels (Zachary Douglas note en ce sens : « *applicable adjudicative standards for the investor's cause of action rather than a binding obligation owed directly to the investor* », in « The hybrid foundations of investment treaty arbitration », *BYBIL*, 2003, p. 184.). Mais cette doctrine pose un problème puisqu'on peut douter de l'existence de droits procéduraux en l'absence de droits substantiels. Evelyne LAGRANGE, « L'application des accords relatifs à l'investissement dans les ordres juridiques internes », Sabrina ROBERT-CUENDET (dir.), *Droit des investissements internationaux, Perspectives croisées*, Bruxelles, Bruylant, 2017, p. 486.

⁵⁹⁶ Makane MBENGUE, « Les obligations des investisseurs étrangers », in *L'entreprise multinationale et le droit international* in Colloque de Vincenne, SFDI, A. Pédone, 2017, pp 295-339.

227. L'apport limité des clauses conventionnelles. L'intérêt de cette clause peut paraître surprenant. En effet, est-il besoin de faire figurer dans un traité d'investissement une obligation de respecter le droit de l'État hôte ? L'investisseur, étranger ou non, qui réalise un investissement, dans quel qu'État qu'il soit, doit respecter les lois de cet État. C'est donc que la clause a une utilité autre que d'obliger les investisseurs étrangers. En réalité, il s'agit d'une technique juridique par laquelle l'État pourra, sous le bénéfice du traité d'investissement invoqué par l'investisseur, justifier sa conduite. Autrement dit, l'obligation de se conformer au droit local qui pèse à l'égard de l'investisseur étranger n'est pas une obligation conventionnelle susceptible d'en engager la responsabilité. Elle sert plutôt d'« *exceptio non adimpleti contractus* » que l'État pourra invoquer. Il s'agit de refuser à l'investisseur le bénéfice du traité parce qu'il n'a pas « les mains propres » ou ne remplit pas les conditions pour y avoir recours⁵⁹⁷.

Plusieurs sentences n'ont d'ailleurs pas hésité pour justifier les mesures prises à l'encontre d'un investissement à invoquer l'irrégularité de l'investissement étranger à des stades divers de la procédure. Dans l'affaire *Inceysa c. Salvador*, le Tribunal décline sa compétence au motif que l'investisseur n'a pas réalisé un investissement conforme au droit local⁵⁹⁸. Dans d'autres affaires, la clause a permis à l'État de nier la qualité d'investisseur protégé à l'investisseur étranger, soit pour n'avoir pas rempli son obligation d'informations⁵⁹⁹, soit pour corruption⁶⁰⁰ ou encore pour représentation frauduleuse⁶⁰¹. Cette situation est révélatrice de la portée limitée des obligations contenues dans les traités d'investissement. C'est faute de pouvoir formuler des demandes reconventionnelles ou d'introduire une requête directement contre l'investisseur en arbitrage que la clause joue, plus ou moins, comme exception d'inexécution. Pour rectifier la donne, de plus en plus d'États définissent avec plus de précisions les obligations des investisseurs.

228. Les traités de la nouvelle génération. Parmi les exemples de cette pratique récente, on peut relever l'initiative de la COMESA, qui dans son accord sur l'investissement, limite la portée des garanties offertes à l'investisseur aux mesures de l'État qui intéressent le respect des droits de l'homme, du droit social et de l'environnement⁶⁰². Dans la même veine, s'inscrit le code panafricain des investissements

⁵⁹⁷ Pour une analyse sur ce point, voir *infra* partie 2 titre 1 chapitre 2, section 2.

⁵⁹⁸ CIRDI, *Inceysa c. Salvador*, ARB/03/26, sentence, 2 août 2006, §§ 206 et ss.

⁵⁹⁹ CIRDI, *Alex Genin, Eastern Credit Limited, Inc. et A.S. Baltoil c. Estonie*, ARB/99/2, sentence, 25 juin 2001; CNUDCI, *International Thunderbird Gaming Corporation c. The United Mexican States*, 26 janvier 2009.

⁶⁰⁰ CIRDI, *WDF c. Kenya*, ARB/00/7, sentence, 4 oct. 2006.

⁶⁰¹ CIRDI, *Robert Azinian, Kenneth Davitian, & Ellen Baca c. The United Mexican States*, ARB (AF)/97/2, 01 novembre 1999 et CIRDI, *Plama Consortium Limited c. Republic of Bulgaria*, ARB/03/24, sentence, 27 août 2008.

⁶⁰² COMESA, Investment agreement for the Comesa Common Investment Area, signé le 23 mai 2007 et non entrée en vigueur.

qui inclut un volet sur la responsabilité sociale et environnementale des entreprises⁶⁰³, le récent TBI entre le Maroc et le Nigéria⁶⁰⁴ ou encore hors du continent africain, le traité trans-pacifique⁶⁰⁵.

229. Mais aussi louables que soient ces initiatives, il n'est pas possible de déterminer avec certitude la portée de ces clauses. Leur impact dans la redéfinition du statut international de l'investisseur n'a rien d'évident. Il s'agit en effet d'obligations conventionnelles qui feraient de l'investisseur, un sujet de droit international seulement dans les matières couvertes par le traité. Une telle personnalité dérivée, reste limitée à la sphère du traité et ne pourrait s'étendre aux situations régies par le code des investissements, de sorte à en faire des promesses prises vis-à-vis d'un sujet international. Bien que favorable à cette approche novatrice, le tribunal de l'affaire *Urbaser c. Argentine* se montrait précautionneux quant à la subjectivité internationale de l'investisseur en ces termes :

« A principle may be invoked in this regard according to which corporations are by nature not able to be subjects of international law and therefore not capable of holding obligations as if they would be participants in the State-to-State relations governed by international law. While such principle had its importance in the past, it has lost its impact and relevance in similar terms and conditions as this applies to individuals. [...] The Tribunal may mention in this respect that international law accepts corporate social responsibility as a standard of crucial importance for companies operating in the field of international commerce. This standard includes commitments to comply with human rights in the framework of those entities' operations conducted in countries other than the country of their seat or incorporation. In light of this more recent development, it can no longer be admitted that companies operating internationally are immune from becoming subjects of international law. On the other hand, even though several initiatives undertaken at the international scene are seriously targeting corporations human rights conduct, they are not, on their own, sufficient to oblige corporations to put their policies in line with human rights law. The focus must be, therefore, on contextualizing a corporation's specific activities as they relate to the human right at issue in order to determine whether any international law obligations attach to the non-State individual »⁶⁰⁶.

Ainsi, si l'investisseur peut être soumis au respect des droits internationaux des droits de l'homme, l'existence de telles obligations ne correspond pas encore à la pratique majoritaire au regard des traités en vigueur. Cela peut s'expliquer par le potentiel effet contre-productif que peuvent avoir ces normes. En effet, la masse d'obligations, qui transfère à l'investisseur l'exercice de tâches, en réalité régaliennes, peut avoir pour effet

⁶⁰³ UA, Code panafricain des investissements, 2016, chapitre 4 : Obligations des investisseurs, articles 19 à 24.

⁶⁰⁴ Reciprocal investment promotion and protection agreement between the government of the Kingdom of Morocco and the Government of the Federal Republic of Nigeria, signé le 03 décembre 2016. Voir notamment les articles 13 à 24.

⁶⁰⁵ Comprehensive and Progressive Agreement for Trans-Pacific Partnership, signé le 08 mars 2018 et entré en vigueur le 30 décembre 2018, art 9.16 – 9.17.

⁶⁰⁶ CIRDI, *Urbaser S.A. and Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa c. The Argentine Republic* ARB/07/26, 8 déc.2016, §§ 1194 – 1995.

de rendre rétifs les détenteurs de capitaux à investir dans les États à la recherche de ces mêmes capitaux⁶⁰⁷. Il serait alors indélicat de considérer les investisseurs étrangers comme ayant la personnalité juridique internationale en dépit des efforts faits en ce sens. Il ne devrait pas s'agir de responsabilité, mais de responsabilisation⁶⁰⁸. Cette responsabilisation est le fruit du recours aux mécanismes de droit souple qui s'avèrent eux-mêmes insuffisants.

b. L'insuffisance des mécanismes de régulation de droit souple

230. La responsabilisation des investisseurs internationaux se réalise par deux voies principalement : une voie extérieure à la volonté des parties et l'autre, fruit de la volonté intrinsèque de celle-ci.

231. Les mécanismes extérieurs à la volonté des EMN. Les initiatives majeures sont à attribuer aux organisations internationales et visent à réguler les activités des multinationales. La première initiative est à mettre au compte de l'OCDE qui a élaboré des principes directeurs à l'égard des entreprises multinationales dont la dernière version date de 2011⁶⁰⁹. Ensuite, l'Organisation Internationale du Travail (OIT) a adopté plusieurs instruments de droit souple dont la déclaration de principes tripartite sur les entreprises multinationales et la politique sociale de l'OIT, la déclaration tripartite de l'OIT concernant les entreprises multinationales et les politiques sociales amendée en 2017⁶¹⁰, le Global Compact des Nations Unies et les principes directeurs des Nations Unies sur les affaires et les droits de l'homme approuvé par le conseil des droits de l'homme dans sa résolution 17/4 du 16 juin 2011⁶¹¹. Le champ d'intervention de ces instruments qui se recoupent pour la plupart, vise à inciter les entreprises multinationales à assumer des missions d'intérêt général traditionnellement dévolues aux États, plus ou moins sur la base du volontariat. Ces missions concernent la promotion des droits de l'homme, de l'environnement et plus largement ce qu'il est convenu de désigner comme la

⁶⁰⁷ Voir en ce sens, Tra T. PHAM, « International Investment Treaties and Arbitration as Imbalanced Instruments : A Re-visit », *International Arbitration Law Review*, vol. 13, n°3, 2010, pp. 81-95.

⁶⁰⁸ Contrairement à la responsabilité qui désigne « l'ensemble des relations juridiques nouvelles découlant d'un fait internationalement illicite d'un sujet de droit international » (Jean SALMON, *Dictionnaire de droit international public*, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 995, entrée : responsabilité), la responsabilisation est un processus visant à exiger des assujettis de se conformer à des obligations qui ne sont pas exclusivement juridiques mais aussi d'ordre éthique et moral.

⁶⁰⁹ OCDE, *Les principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales*, Éditions OCDE, 2011, 106 p.

⁶¹⁰ Pour un commentaire de l'importance de ces instruments dans l'arbitrage d'investissement, voir : Karsten NOWROT, « Obligations of investors », in Marc BUNGENBERG, Jörn GRIEBEL et al., (dir.), *International Investment Law*, C.H. BECK – Hart – Nomos, 2015, pp 1154 – 1185.

⁶¹¹ Hervé ASCENSIO, « Le Pacte mondial et l'apparition d'une responsabilité internationale des entreprises », in Laurence BOISSON DE CHAZOURNES, Emmanuelle MAZUYER (dir.), *Le Pacte mondial des Nations Unies : 10 ans après*, Bruxelles, Bruylant, 2011, p. 170.

responsabilité sociétale des entreprises⁶¹². Les États, notamment en ce qui concerne les principes directeurs de l'OCDE doivent veiller au respect de ces principes, ce qui fait dire à certains universitaires qu'il s'agit d'une obligation indirecte des entreprises multinationales⁶¹³.

L'on peut toutefois douter de la pertinence de ces initiatives qui se multiplient à n'en plus finir. Elles sont en réalité un aveu d'impuissance de la part des États qui s'en remettent à la bonne conscience des groupes de sociétés. Leur caractère contraignant est ainsi moins lié à leur degré de juridicité qu'à la terrible loi des marchés. Pour les groupes d'entreprises, respecter ces directives a premièrement pour objectif de courtiser des consommateurs plus alertes et soucieux de ces questions que de s'engager juridiquement à le faire. Deuxièmement, elles visent à rassurer les actionnaires sur la respectabilité des entreprises en vue de multiplier les investissements (au sens d'*equity*).

232. Les mécanismes d'autorégulation de l'activité des entreprises. D'ailleurs, pour atteindre ces objectifs, les entreprises multinationales adoptent de plus en plus des chartes éthiques et code de bonnes conduites. Ces actes unilatéraux internes à l'entreprise souffrent des mêmes lacunes que les instruments de droit souple des organisations internationales⁶¹⁴. Elles traduisent en tout cas une certaine activité normative, qui n'est pas sans influence sur la scène internationale, et qui mérite que l'on reconsidère le statut international de l'entreprise multinationale. En effet, force aujourd'hui est de constater que les entreprises multinationales gagnent en autonomie, tant dans la conduite de leur mission d'intérêt général que dans leur production normative. De la sorte, le projet de conceptualisation de la personnalité juridique internationale des EMN de Karsten Nowrot mérite une certaine attention. Ces entreprises ont la capacité de faire et défaire le système international, sont à l'origine et la fin des crises contemporaines. À ce titre :

*« an approach to international legal personality that is incapable of making all of the important actors in the international system subject to "International rule of law" creates an intolerable gap in the structure of the international normative order and "imposes unnecessary risks on the inherently frail international legal system " »*⁶¹⁵.

⁶¹² Makane MBENGUE, « Les obligations des investisseurs étrangers », *L'entreprise multinationale et le droit international*, Colloque de Vincenne, SFDI, A. Pédone, 2017, pp 295-339.

⁶¹³ Hervé ASCENSIO, « Le Pacte mondial et l'apparition d'une responsabilité internationale des entreprises », in Laurence BOISSON DE CHAZOURNES, Emmanuelle MAZUYER (dir.), *Le Pacte mondial des Nations Unies : 10 ans après*, Bruxelles, Bruylant, 2011, pp. 170-171.

⁶¹⁴ Hervé ASCENSIO, « Les activités normatives des entreprises multinationales » in *L'entreprise multinationale et le droit international*, Colloque de Vincennes, SFDI, A. Pédone, 2017, pp 265-264. Emmanuelle MAZUYER, « La force normative des instruments adoptés dans le cadre de la responsabilité sociale de l'entreprise », in Catherine THIBIERGE et al., *La force normative – Naissance d'un concept*, Bruxelles, LGDJ / Bruylant, 2009, p.577.

⁶¹⁵ Karsten NOWROT, « Reconceptualising International Legal Personality of Influential Non-State Actors: Towards a Rebuttable Presumption of Normative Responsibilities », *Philippine Law Journal*, 2006, pp 563-586, spec. pp. 571-572.

233. Toutefois, si l'argument d'une personnalité juridique internationale n'emporte pas complètement la conviction, c'est moins en raison de la pertinence et la cohérence des analyses favorables à cette personnalité qu'en raison des conséquences pratiques qui en résultent. Une telle personnalité juridique suppose que l'on dispose de moyens juridiques pour saisir la réalité économique des groupes de sociétés, que le droit international désigne par défaut, sous le terme d'investisseur et le droit interne, sous celui de société. Pour cela, il faudrait *a minima* une action concertée des États, qui elle-même ne saurait se faire sans un minimum d'idéologie commune en ce qui concerne la dimension capitaliste de ces entreprises. Ensuite, les États devront accepter l'idée de se situer sur un pied d'égalité avec les groupes transnationaux. Enfin, ce serait pour les groupes de sociétés de voir engager leur responsabilité sur la base des déclarations unilatérales. Elles courront le risque de voir la trésorerie de la société mère financer la réparation des dommages causés par une filiale à l'autre bout du monde. On peut sur ce point partager l'avis de Johns Fleur qui craint pour la base philosophique à l'origine de l'idéologie libérale⁶¹⁶.

234. En définitive, la responsabilisation des groupes de sociétés, si elle nécessaire, n'est pas suffisante pour leur reconnaître une personnalité juridique internationale. Parce qu'elle emprunte les sentiers du droit souple, la responsabilisation des investisseurs est encore à la frontière du droit. Cette absence de personnalité juridique implique que l'engagement unilatéral que souscrit l'État envers l'investisseur crée un rapport juridique entre un sujet de droit international et un sujet de droit interne. Ce type de rapport est alors qualifié de rapport transnational⁶¹⁷. Autrement dit, les codes des investissements n'ont pas vocation à régir des relations internationales (des rapports juridiques entre sujets de droit international) mais des relations transnationales. À ce titre, même si la protection des attentes du destinataire était acceptée comme une condition valable des actes unilatéraux autonomes, les codes des investissements ne seraient pas pour autant assimilables à cette source du droit international public, qui a plutôt vocation à régir des rapports internationaux⁶¹⁸.

⁶¹⁶ Johns FLEUR, « The invisibility of the Transnational Corporation: An analysis of International Law and legal theory », *Melbourne University Law Review*, 19, 1994, pp. 893-923, spéc. p. 913.

⁶¹⁷ L'expression transnational désigne ici les « relations juridiques entre sujets de droit international et personnes privées étrangères en matière économique » in Jean SALMON, *Dictionnaire de droit international public*, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 394, entrée : droit transnational.

⁶¹⁸ Le rapport spécial de la CDI indiquait : « Comme le reconnaît généralement la doctrine, un acte unilatéral s'entend d'un acte imputable à un ou plusieurs États, qui crée une relation juridique nouvelle avec un État tiers qui n'a pas participé à sa réalisation. ». CDI, *Premier rapport sur les actes unilatéraux*, Victor Cedeño, rapporteur spécial, doc A/CN.4/486, § 133.

Conclusion du chapitre

235. Les codes des investissements africains ne sont pas des actes unilatéraux autonomes de droit international public. Si ces textes jouissent d'une large publicité au sein de la communauté internationale, le contenu normatif de ceux-ci ne permet pas de conclure à l'existence d'une intention de se lier en droit international. D'abord, l'admission et l'établissement des investisseurs étrangers exigent une contrepartie de la part de l'investisseur créant de la sorte des obligations du type *do ut des* et non unilatérales. Ensuite, les garanties substantielles, si elles ont un écho en droit international, elles n'ont pour effet que d'incorporer ce droit dans l'ordre juridique interne de l'État hôte. De la sorte, par l'adoption d'un code, les États africains souscrivent *in fine* à des obligations internes et non internationales. Aussi, les effets internationaux recherchés des codes ne sont pas admis comme un critère positif de répartition des compétences internationales et internes. Enfin, même à admettre la protection des attentes légitimes des destinataires comme condition nouvelle des actes unilatéraux autonomes, les codes africains resteraient toujours des actes internes. La raison en est simple : les codes africains ne régissent pas des relations interétatiques mais transnationales, rattachées à l'ordre juridique interne de l'État hôte.

Conclusion du titre

236. Les codes africains ne sont pas des actes unilatéraux autonomes de droit international. Le rejet de cette assimilation est fondé sur l'obligatorité équivoque des actes unilatéraux autonomes. L'étude de la pensée juridique montre que la maxime *acta sunt servanda* n'a pas été consacrée comme principe supérieur par les écoles de pensées majeures du droit international. De plus, si la jurisprudence de la CIJ a semblé admettre la qualité de source de droit international des actes unilatéraux autonomes, elle n'en donne aucune illustration véritable mis à part les promesses de la France dans l'affaire des Essais nucléaires. Cet exemple n'a d'ailleurs pas eu pour effet d'engager la responsabilité au fond de l'État français. De la sorte, la portée de l'acte unilatéral autonome en droit international public est indéterminée. L'objet et les effets imprécis de cette source ont conduit à l'échec des travaux de codification des règles applicables à l'acte unilatéral par la CDI. Enfin, l'évolution de la jurisprudence fait état d'une tendance à restreindre les conditions dans lesquelles un acte unilatéral peut créer des obligations internationales envers l'État déclarant de telle manière que la reconnaissance de leur qualité de source peut être contestée. Si l'objection est retenue, les codes des investissements ne peuvent alors plus être des fondements des réclamations légales puisque *in fine* ceux-ci ne créeraient pas des droits internationaux au profit des investisseurs.

Par ailleurs, l'internationalisation des codes africains par la voie des actes unilatéraux n'emporte pas l'adhésion. Pour s'en convaincre, l'équation suivante pourrait être posée : Qui promet quoi, à qui dans un code ? Le premier « qui », c'est le promettant, en l'espèce les législateurs. Ces derniers ne pourraient pas souscrire à des engagements internationaux selon les travaux de la CDI. La question « Quoi ? » renvoie à l'objet de la promesse. Celle-ci doit faire ressortir l'intention de l'État de s'engager. Cependant, ni la nature des obligations souscrites, ni les effets internationaux de ces obligations ne permettent de démontrer cette intention de se lier des États africains. « À qui » ? La subjectivité internationale des destinataires des codes des investissements peut être un critère permettant de modifier l'ordre juridique de référence des codes africains. Mais ces lois ne créent pas de rapports interétatiques d'une part, et la relation transnationale avec l'investisseur est rattachée à l'ordre interne de l'État hôte, d'autre part. En clair, les réclamations des investisseurs ne sont pas fondées sur un acte unilatéral autonome, ni d'ailleurs sur un acte unilatéral conditionné.

TITRE 2 : L'ASSIMILATION CRITIQUABLE DES CODES AUX ACTES UNILATERAUX CONDITIONNES

237. Définition de l'acte unilatéral conditionné. Contrairement aux actes unilatéraux autonomes, les actes unilatéraux conditionnés tirent leur obligatorité d'une source internationale qui conditionne leur validité et leurs effets internationaux. Les effets qui s'attachent à ces actes, sont déterminés par référence à une norme habilitante, qui peut être un traité ou une coutume liant l'État⁶¹⁹. La doctrine apprécie généralement ces actes comme un élément de formation du droit international ou comme une condition d'application du statut de droit international⁶²⁰. Selon Jean Combacau et Serge Sur, lorsque ces actes sont conditionnés par un traité, ils concernent principalement les manifestations unilatérales nécessaires à la validité du traité (signature, réserve, ratification, retrait, etc.) ou sont destinés à sa mise en œuvre (loi de promulgation, mesures d'exécution, etc.)⁶²¹. L'hétérogénéité de ces actes commande une approche qui ne peut être systémique mais empirique, afin de déterminer les caractères et les éléments contingents de chaque acte⁶²². Les théories relatives à l'internationalisation des codes des investissements évoquent principalement deux types d'actes unilatéraux conditionnés par des normes conventionnelles : ce sont les déclarations facultatives d'acceptation de la juridiction obligatoire (ci-après « les déclarations de juridiction obligatoire ») et les engagements spécifiques.

238. L'assimilation aux déclarations de juridiction obligatoire. Certaines sentences arbitrales, à l'instar de la sentence *Tidewater c. Venezuela*, proposent d'apprécier les codes des investissements en se référant au régime des déclarations de juridiction obligatoire⁶²³. Mais les formules ne sont pas toujours aussi précises. Certaines

⁶¹⁹ Eric SUY, *Les actes juridiques unilatéraux en droit international public*, Paris, LGDJ, 1962, p. 126.

⁶²⁰ Paul Reuter souligne en ce sens : « Il faut mettre dans une catégorie particulière les actes unilatéraux par lesquels les États étendent leur juridiction à l'égard d'autres États ou modifient leurs droits et obligations à l'égard de ces États. De tels actes ne produisent des effets juridiques qu'en vertu d'une règle générale de droit international qui en fixe les conditions et modalités ; l'acte unilatéral est donc la condition d'application d'un statut de droit international ; on peut dire en ce sens que l'acte unilatéral n'est pas créateur (de droits) ». Paul REUTER, « Principes de droit international public », *RCADI*, vol. 2, 1961, p. 574.

⁶²¹ Quand ces actes sont conditionnés par la coutume, ils permettent d'en apprécier les éléments constitutifs, tant matériels que coutumiers. Jean COMBACAU et Serge SUR, *Droit international public*, Montchrestien, 12^{ème} éd., 2016, pp 97 – 98.

⁶²² La variété de ces actes a conduit également le Rapporteur spécial à les exclure des travaux de la CDI en dépit de réserves formulées par quelques membres du groupe de travail. CDI, *Premier rapport sur les actes unilatéraux*, Victor Cedeño, rapporteur spécial, doc A/CN.4/486, §96.

⁶²³ Le tribunal arbitral dans l'affaire *Tidewater c. Venezuela* soulignait ainsi : « Clearly, the Investment Law is one of those unilateral acts, freely entered into by a state, but taken in the framework of a treaty that leaves all its freedom to the state. In this sense, it can be considered as being analogous to a unilateral declaration of a state accepting the compulsory jurisdiction of the ICJ, in the framework of Article 36(2) of the Statute of the Court ». CIRDI, *Tidewater Inc, Tidewater Investment SRL et al. c. Venezuela*, jurisdiction, 8 février 2013, § 93.

sentences évoquent plutôt une notion d'acte unilatéral pris dans le cadre d'un traité ou « *a unilateral act formulated in the framework and on the basis of a treaty* »⁶²⁴. Parfois, il est simplement fait usage de la notion de déclaration unilatérale de droit international traduit par la formule anglaise « *unilateral declaration under international law* »⁶²⁵. Mais dans la mesure où ces formules énigmatiques sont précédées ou suivies immédiatement par la jurisprudence de la CIJ relative aux déclarations de juridiction, il faut alors considérer que sous ces vocables divers, la catégorie d'actes unilatéraux visée est celle des déclarations de juridiction obligatoire⁶²⁶. Ainsi, l'assimilation consiste ici à présenter le code des investissements, en réalité l'offre d'arbitrage qui y est contenue, et les déclarations comme semblables par comparaison⁶²⁷. Suivant cette ligne de pensée, lorsque les lois nationales contiennent des offres d'arbitrage désignant le CIRDI ou toute autre juridiction internationale, l'application du régime des déclarations de juridiction obligatoire serait pertinente⁶²⁸. Si cette analogie a un écho favorable, la pratique arbitrale n'en tire pas pour autant toutes les conséquences. Alors que les offres d'arbitrage seraient des déclarations de juridiction obligatoire⁶²⁹, les sentences arbitrales interprètent simultanément ces offres en référence à trois sources de droit différentes (traité, loi et acte

⁶²⁴ CIRDI, *Mobil Corporation, Venezuela Holdings et al. C. République bolivarienne du Venezuela*, ARB/07/27, 10 juin 2010, §§ 87 – 90. La sentence Lighthouse parle d'acte en relation avec un traité en ces termes : « [...] legislation expressing consent to ICSID jurisdiction constitutes a unilateral declaration of a state formulated in relation to a treaty, and that it must therefore be interpreted as such. » CIRDI, *Lighthouse Corporation Pty Ltd and Lighthouse Corporation Ltd, c. République démocratique du Timor-Leste*, ARB/15/2, sentence, 22 décembre 2017, § 151.

⁶²⁵ Cette formule a été employée par le demandeur dans l'affaire *PNG Sustainable Development c. Papouasie-Nouvelle-Guinée* en ces termes : « *The Claimant concludes that, if the Tribunal decides to treat Section 39 of the IPA and Section 2 of the IDCA as unilateral declarations under international law, "the applicable law is that adopted by the ICJ with respect to unilateral acts in connection with treaty frameworks," and the appropriate interpretive methodology is "to adapt Article 31 of the Vienna Convention for use in the context of a single declarant* ». CIRDI, *PNG Sustainable Development Program Ltd., c. Independent State of Papua New Guinea*, ARB/13/33, sentence, 5 mai 2015, § 102.

⁶²⁶ Le tribunal arbitral dans l'affaire *Mobil c. Venezuela* souligne ainsi : « *Rules of interpretation are however somewhat different when, as in the present case, unilateral acts are formulated in the framework and on the basis of a treaty, such as the ICSID Convention. Those rules have been fixed by the International Court of Justice in a long series of cases, when interpreting unilateral declarations of compulsory jurisdiction made under Article 36 § 2 of its Statute. The Court recalled that such a declaration is a unilateral act of State sovereignty and that at, the same time, it establishes or could establish a jurisdictional link with other States (see § 84 above)* ». CIRDI, *Mobil Corporation, Venezuela Holdings et al. c. République bolivarienne du Venezuela*, ARB/07/27, 10 juin 2010, §§ 90 – 91. Voir aussi : CIRDI, *Cemex Caracas Investments BV et CEMEX Caracas II Investment BV c. Venezuela*, ARB/08/15, 30 décembre 2010, §§ 78 – 79.

⁶²⁷ Emeric NICOLAS qualifie ce procédé d'assimilation-similitude. Il écrit que « l'insistance sur la similitude éclaire sur le processus assimilatoire au niveau de ses conditions de mise en œuvre ». La comparaison ou l'analogie établie entre deux notions déterminera le résultat de l'assimilation. (in *L'assimilation en droit*, Dalloz, coll. Méthodes du droit, février 2022, p. 120, § 203).

⁶²⁸ Yulia Andreeva note sur ce point : « *A standard treaty or domestic law reference to arbitration thus operates as a unilateral standing offer, which may be accepted by a qualified investor, to submit any dispute that falls under the applicable treaty or domestic law to arbitration. In its scope and effect, such an offer is similar to unilateral declaration recognizing compulsory jurisdiction of the International Court of Justice (ICJ), which the Court has traditionally placed outside the scope of the interpretative formula of the Vienna Convention* », Yulia ANDREEVA, « Interpreting Consent to Arbitration as a Unilateral Act of State », *Arbitration International*, vol. 27, n°1, 2011, p. 140.

⁶²⁹ La sentence Lighthouse souligne en ce sens : « *It is well established that legislation expressing consent to ICSID jurisdiction constitutes a unilateral declaration of a state formulated in relation to a treaty, and that it must therefore be interpreted as such.* » CIRDI, *Lighthouse Corporation Pty Ltd and Lighthouse Corporation Ltd, c. République démocratique du Timor-Leste*, ARB/15/2, sentence, 22 décembre 2017, § 151.

unilatéral)⁶³⁰. L'intérêt de l'analogie s'en trouve annihilé puisqu'il conduit à un régime de « facture » applicable aux dispositions relatives à l'arbitrage. La pratique arbitrale s'écarte d'ailleurs des règles propres aux déclarations pour déterminer les effets de la révocation des offres d'arbitrage⁶³¹. Ces contradictions sur lesquelles achoppe la théorie de l'analogie des offres d'arbitrage, sont révélatrices des limites de cette approche présentée comme novatrice⁶³². À ce titre, les codes des investissements africains, précisément les dispositions relatives à l'arbitrage, doivent être exclus de la catégorie des déclarations de juridiction obligatoire (chapitre 1).

239. L'assimilation aux engagements spécifiques. En second lieu, certaines sentences arbitrales ont considéré que les codes des investissements sont des engagements spécifiques de l'État envers l'investisseur étranger dont la sanction est assurée par l'effet d'une clause *umbrella* ou d'une clause de TJE prévus par un traité⁶³³. Contrairement à l'hypothèse précédente, l'assimilation consistera à intégrer⁶³⁴, le code des investissements

⁶³⁰ Le tribunal arbitral de l'affaire *SPPc. Egypte* note ainsi : « Thus, in deciding whether in the circumstances of the present case Law n°43 constitutes consent to the Centre's jurisdiction, the Tribunal will apply **general principles of statutory interpretation** taking into consideration, where appropriate, relevant **rules of treaty interpretation and principles of international law applicable to unilateral declarations** », CIRDI, *SPP c. Egypte*, ARB/84/3, Compétence II, 14 avril 1988, § 61. Un autre tribunal arbitral soulignait également : « provisions of domestic investment legislation that assertedly contain the State's standing offer to arbitrate must be interpreted taking into account both international law and the law of that State » CIRDI, *PNG Sustainable Development Program Ltd., c. Independent State of Papua New Guinea*, ARB/13/33, sentence, 5 mai 2015, § 268. Dans son opinion dissidente dans l'affaire *Stanislas Citeri c. Côte d'Ivoire*, l'arbitre Kâj Hober soulignait : « The jurisdictional requirements to be analyzed by the Arbitral Tribunal are set forth in Ivorian municipal legislation, i.e. the Code, and must therefore be interpreted based on Ivorian principles of statutory interpretation. At the same time, since we are dealing with a jurisdictional issue under an international treaty - the ICSID Convention - rules and principles of interpretation under international law must be applied, to wit, rules and principles relating to the interpretation of unilateral acts of States. This is so because the Respondent's consent to ICSID arbitration in Article 20 of the Code constitutes a unilateral act, a unilateral declaration by the Republic of Cote d'Ivoire. », Gras ajoutés. CIRDI, *Société Resort Company Invest Abidjan, Stanislas Citerici and Gérard Bot c. Republic of Côte d'Ivoire*, ARB/16/11, 01/08/2017, opinion dissidente, §5.

⁶³¹ Dans les affaires contre le Kazakhstan, les tribunaux arbitraux ont invoqué pas moins de trois fondements différents pour justifier ou rejeter la liberté de révocation des offres d'arbitrage plutôt que de se fier exclusivement au régime des déclarations. Le tribunal de l'affaire *Rumeli c. Kazakhstan* estimait que les investisseurs avaient un droit au maintien de l'offre parce que les principes de la bonne foi, l'estoppel, et *venire factum proprium* empêchait l'État de retirer unilatéralement son offre (CIRDI, *Rumeli Telekom A.S. and Telsim Mobil Telekomunikasyon Hizmetleri A.S. c. Republic of Kazakhstan*, ARB/05/16, 29 juillet 2008, §§ 333 – 336). Le deuxième tribunal arbitral, dans l'affaire *Ruby Roz c. Kazakhstan*, considéra que le code des investissements ne conférerait aucun droit acquis au maintien à l'investisseur en l'absence d'acceptation de cette offre (CNUDCI, *Ruby Roz Agricola and Kaseem Omar c. Kazakhstan*, 1 août 2013, compétence, § 150). Dans l'affaire *AES c. Kazakhstan* enfin, le tribunal estima que l'État ne pouvait retirer unilatéralement son offre d'arbitrage parce qu'il avait créé une attente légitime au maintien de celle-ci chez l'investisseur (CIRDI, *AES Corporation and Tau Power BV c. Republic of Kazakhstan*, ARB/10/16, Sentence, 1 nov. 2013, §§ 364 – 370).

⁶³² Même si David Caron ne vise que l'assimilation à des actes unilatéraux autonomes quand il évoque cette approche novatrice, son analyse peut tout de même être étendue aux actes unilatéraux conditionnés puisqu'il ne semble pas favorable à l'application stricte des principes directeurs relatifs aux actes unilatéraux autonomes. David CARON, « The Interpretation of National Foreign Investment Law as Unilateral Act Under International Law », in Mahnouch ARSANJANI, Jacob COGAN et al. (dir.), *Looking to the future, Essays in international law in honor of Michael Reisman*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2011, pp. 649 – 674, spec. p. 674.

⁶³³ Sur la clause *umbrella* : CPA, *Khan Resources Inc. Khan Resources B.V. CAUC Holding Company Ltd. c. Mongolie*, aff. n°2011-09, juridiction, 25 juillet 2012, § 438 ; CIRDI, *Liman Caspian Oil BV et NCL Dutch Investment BV c. République du Kazakhstan*, ARB/07/14, 22 juin 2010, §. 448 ; CIRDI, *OperaFund Eco-Invest SICAV PLC and Schwab Holding AG c. Espagne*, ARB/15/36, 6 septembre 2019, § 565 ; Sur le traitement juste et équitable : CIRDI, *LG&E Energy Corp c. Argentine*, ARB/02/1, 03 octobre 2006, § 167 ; CIRDI, *Enron Corporation and Ponderosa Assets, LP c. Argentine*, ARB/01/3, 14 janv. 2004, § 271 ; CIRDI, *Sempra Energy International c. Argentine* ARB/02/16, sentence, 28 septembre 2007, § 308 ; CIRDI, *EDF International S.A., SAUR International S.A. and Leon Participaciones Argentinas SA c. Argentine Republic*, ARB/03/23, 11 juin 2012, § 222.

⁶³⁴ Emeric NICOLAS qualifie le procédé d'assimilation-appropriation. Ce processus assimilatoire consiste à « faire-sien-l'autre ». Ici, l'intensité intégrative de l'appropriation a pour objectif « l'étude du phénomène d'assimilation au niveau de ses conséquences théoriques. Elle permet une relecture de la matière susceptible de déboucher sur une théorie générale globale des disciplines

(et non une seule disposition de celui-ci) à la catégorie des engagements spécifiques. De la sorte, la violation du code des investissements emporterait également violation du traité international et engagerait la responsabilité internationale de l'État. Mais cette thèse séduisante en apparence, comporte des limites tenant à l'impossible assimilation des codes aux engagements spécifiques (chapitre 2).

juridiques auparavant abordées dans une logique de cloisonnement disciplinaire » (*in L'assimilation en droit*, Dalloz, coll. Méthodes du droit, février 2022, pp. 122 -123, § 208).

Chapitre 1 : L'analogie imparfaite entre offres d'arbitrage et déclarations de juridiction obligatoire

240. La thèse de l'analogie. Les codes des investissements contiennent des dispositions relatives à l'arbitrage. Certaines de ces dispositions ont été analysées comme valant offre d'arbitrage parce qu'elles renferment le consentement de l'État à l'arbitrage⁶³⁵. Pour apprécier l'existence de ce consentement, certains tribunaux arbitraux ont interprété ces dispositions législatives en se référant aux principes d'interprétations des déclarations facultatives de juridiction obligatoire⁶³⁶. Ces déclarations sont définies comme des « actes discrétionnaires par lequel un État souscrit un engagement de juridiction obligatoire, attribuant unilatéralement compétence à une juridiction pour des catégories de litiges définies à l'avance »⁶³⁷. Ainsi, à l'instar des offres d'arbitrage contenues dans la loi, les déclarations de juridiction obligatoire emportent dévolution du pouvoir juridictionnel à une juridiction régie par une convention internationale. Cet effet commun aux deux instruments fait dire à une frange de la doctrine que les règles élaborées pour les déclarations de juridiction obligatoire, notamment celles de la CIJ, pourraient s'appliquer par analogie aux offres d'arbitrages⁶³⁸. Également, cette assimilation par la

⁶³⁵ C'est le cas de l'article 8 de la loi n°43 de 1974 portant code des investissements égyptien ainsi rédigé : « *Investment disputes in respect of the implementation of the provisions of this Law shall be settled in a manner to be agreed upon with the investor, or within the framework of the agreements in force between the Arab Republic of Egypt and the investor's home country, or within the framework of the Convention for the Settlement of Investment Disputes between the State and the nationals of other countries to which Egypt has adhered by virtue of law no. 90 of 1971, where it (i.e the Convention) applies. Disputes may be settled through arbitration. An Arbitration Board shall be constituted, comprising a member on behalf of each disputing party and a third member acting as chairman to be jointly named by the two said members. Failing agreement on the nomination of the third member within thirty days of the appointment of the second member, the chairman shall be chosen, at the request of either party, by the Supreme Council of Judicial Bodies from among counsellors of the judiciary in the Arab Republic of Egypt. The Arbitration Board shall lay down its rules of procedure unrestricted by the rules contained in the Civil and Commercial Code of Procedures, save the rules which relate to the basic guarantees and principles of litigation. The Board shall see to it that the dispute is expeditiously resolved. Awards shall be rendered by majority vote and shall be final and binding on both parties and enforceable as any other final judgment* ». CIRDI, *Southern Pacific Properties (Middle East) Limited c. Republique Arabe d'Egypte*, ARB/84/3, Compétence I, 27 nov. 1985, ICSID Report, vol. 3, p. 112, *Yearbook of Commercial Arbitration*, vol 16, 1991, p. 19; JDI, 1994, p. 128. Et : CIRDI, *Southern Pacific Properties (Middle East) Limited c. Republique Arabe d'Egypte*, ARB/84/3, Compétence II, 14 avril 1988, ICSID Report, vol. 3, p. 131, *Yearbook of Commercial Arbitration*, vol. 16, 1991, p. 28, JDI, 1994, p. 220. Également, voir annexe B de la présente thèse.

⁶³⁶ Le tribunal arbitral dans l'affaire *Tidewater c. Venezuela* soulignait ainsi : « *Clearly, the Investment Law is one of those unilateral acts, freely entered into by a state, but taken in the framework of a treaty that leaves all its freedom to the state. In this sense, it can be considered as being analogous to a unilateral declaration of a state accepting the compulsory jurisdiction of the ICJ, in the framework of Article 36(2) of the Statute of the Court* ». CIRDI, *Tidewater Inc, Tidewater Investment SRL et al. c. Venezuela*, juridiction, 8 février 2013, § 93. CIRDI, *PNG Sustainable Development Program Ltd., c. Independent State of Papua New Guinea*, ARB/13/33, sentence, 5 mai 2015, §§ 264 – 268.

⁶³⁷ Jean SALMON, *Dictionnaire de droit international public*, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 303, entrée : Déclaration facultative d'acceptation de la juridiction obligatoire.

⁶³⁸ Yulia Andreeva note sur ce point : « *A standard treaty or domestic law reference to arbitration thus operates as a unilateral standing offer, which may be accepted by a qualified investor, to submit any dispute that falls under the applicable treaty or domestic law to arbitration. In its scope and effect, such an offer is similar to unilateral declaration recognizing compulsory jurisdiction of the International Court of Justice (ICJ), which the Court has traditionally placed outside the scope of the interpretative formula of the Vienna Convention* », Yulia ANDREEVA, « *Interpreting Consent to Arbitration as a Unilateral Act of State* », *Arbitration International*, vol. 27, n°1, 2011, p. 140; Michèle Potesta ajoute à l'analyse de Yulia : « [...] there is no reason

voie de l'analogie aurait l'avantage de permettre l'application du droit international à l'interprétation du consentement à l'arbitrage de l'État. Ce droit international empêcherait que l'État froisse les attentes légitimes de l'investisseur en procédant à une modification inopinée de son droit interne⁶³⁹.

241. Les objections à l'analogie. Mais cette assimilation par analogie des dispositions législatives des codes des investissements aux déclarations de juridiction obligatoire ne fait pas l'unanimité. D'une part, la cohérence interne du raisonnement *per analogiam* peut être remise en cause. Selon Pierre Mayer et Carolina Simoes, cette analogie conduit à des résultats contrastés. Si les offres d'arbitrage sont assimilables à des déclarations de juridiction obligatoire parce que l'arbitrage désigné est celui d'une juridiction régie par une convention internationale, cela implique que lorsque la même disposition se réfère à un autre centre d'arbitrage qui n'est pas régi par une convention internationale, un arbitrage CNUDCI ou CCI par exemple⁶⁴⁰, la même disposition devrait alors être interprétée d'après des sources du droit différentes⁶⁴¹. Ainsi, d'un point de vue théorique, l'effet dévolutif de juridiction n'est pas un fondement suffisant pour tenir ce raisonnement *a simili* entre offres d'arbitrage et déclaration de juridiction obligatoire (Section 1).

D'autre part, si l'analogie ne vaut pas comme théorie explicative, son maintien ne peut s'en trouver justifié que par son intérêt pratique. D'ailleurs, David Caron indiquait en guise de conclusion, qu'un code des investissements est mieux évalué en tant qu'acte

why the same legal principles [les principes d'interprétation des déclarations de juridiction] could not be applied to unilateral declaration made by states to private entities, where an investor has reasonably relied on a unilateral statement or declaration which a state has made to him. » Michèle POSTESTA, « The Interpretation of Consent to ICSID Arbitration Contained in Domestic Investment Laws », *Arbitration International*, vol. 27, n°1, 2011, p. 162.

⁶³⁹ David CARON, « The Interpretation of National Foreign Investment Law as Unilateral Act Under International Law », *op.cit.*, pp. 649 – 674; Makane MBENGUE, « National Legislation and Unilateral Acts of States », in Tarcisio GAZZINI et Eric De BRABANDÈRE, (dir.), *The Sources of Rights and Obligations in Transnational Investment Law*, Leiden, Martinus-Nijhoff Publishers, 2012, p. 205.

⁶⁴⁰ Il n'est pas rare, en effet, qu'un code des investissements permette la saisine de plusieurs centres d'arbitrage. A titre illustratif, l'article 30 de la loi mauritanienne à titre illustratif dispose : « [...] Les différends entre investisseurs étrangers ou entreprises sous contrôle étranger établies en République Islamique de Mauritanie et les autorités publiques de la République islamique de Mauritanie et relatifs au présent Code pourront en outre être résolus par conciliation ou arbitrage en vertu [...] soit d'un arbitrage de la **Chambre Internationale de Médiations et d'Arbitrage de Mauritanie (CIMAM)** ou du **Centre International pour le Règlement des Différends relatifs aux Investissements (CIRDI)**, créé par la "Convention pour le Règlement des Différends relatifs aux Investissements" entre Etats et ressortissants d'autres Etats du 18 Mars 1965, ratifiée par la Mauritanie. » Mauritanie, Loi n° 2012-052 portant Code des Investissements, article 30.

⁶⁴¹ Les auteurs soulignent ainsi : « [...] quelques lois sur les investissements envisagent deux ou trois types d'arbitrage, par exemple CNUDCI, Chambre de commerce de Stockholm et CIRDI, au choix de l'investisseur ; dira-t-on que la disposition juridictionnelle peut faire l'objet d'une interprétation différente selon que l'investisseur a choisi l'arbitrage CNUDCI, de la Chambre de Commerce de Stockholm ou CIRDI, le droit international ayant son mot à dire dans le dernier cas mais non dans les deux premiers ? [...] On ne voit d'ailleurs pas pourquoi les principes d'interprétation de la loi de l'État hôte devraient différer selon que l'arbitrage envisagé est l'arbitrage CIRDI ou un arbitrage selon le règlement de la CNUDCI ; surtout si tous deux sont envisagés dans les mêmes termes dans le même texte de loi ». Pierre MAYER et Ana Carolina SIMOES E SILVA, « Le consentement à l'arbitrage » in Charles LEBEN (dir.), *Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational*, A. Pédone, 2015, pp 699 – 724, spéc. pp. 695 et 696.

unilatéral de droit international⁶⁴². Or, l'étude de la jurisprudence de la CIJ à laquelle il sera procédé, montre que le régime des déclarations de juridiction serait d'un apport maigre tant en ce qui concerne l'interprétation que le retrait des offres d'arbitrage contenues dans une loi. L'absence d'intérêt pratique qui en découle, conduit à l'exclusion des offres d'arbitrage de la catégorie des déclarations de juridiction (section 2).

Section 1 : L'analogie sans fondement entre offres d'arbitrage et déclarations de juridiction obligatoire

242. L'objet de la théorie est de fournir une explication aux phénomènes pratiques. Ce faisant, l'analogie entre offres d'arbitrages et déclarations de juridiction obligatoire tente d'expliquer l'interprétation de ces offres selon les règles et principes de droit international. Mais cette explication est discutable. En effet, pour tenir un raisonnement *a pari* entre deux notions, concepts, objets, il faut *a minima* établir la *ratio legis*, « la raison commune »⁶⁴³. Ce qui n'est pas le cas en l'espèce. Il y a une différence de nature si grande entre les déclarations de juridiction et les offres d'arbitrages que l'analogie ne se justifie pas (§2). Cependant, avant de venir à ce point déterminant, une question préalable se pose : c'est celle du recours à la technique du dépeçage. En appliquant les principes de droit international uniquement à l'offre d'arbitrage et non à l'ensemble des dispositions du code des investissements, il est procédé à un dépeçage de la loi. Cette technique d'origine contractuelle permet de soumettre une disposition de la loi, *i.e.* les dispositions relatives à l'arbitrage, à un régime juridique différent de celui des autres dispositions législatives. Or contrairement au contrat, il n'est pas possible de dépecer les codes des investissements (§1).

§1 : Le dépeçage critiquable des codes des investissements

243. Définition du dépeçage. Un constat pour le moins surprenant est celui de l'indifférence des lexiques et dictionnaires juridiques à la notion de « dépeçage ». Très peu y contiennent une référence. Seul le *Vocabulaire juridique* se soustrait à cette tendance pour présenter le dépeçage comme un « [t]erme métaphorique employé en doctrine pour désigner la tendance à soumettre à des lois diverses les éléments d'une

⁶⁴² Il écrit ainsi: « A national foreign-investment law is best evaluated as a unilateral act under international law ». David CARON, « The Interpretation of National Foreign Investment Law as Unilateral Act Under International Law », *op.cit.*, p. 674.

⁶⁴³ En droit, l'analogie est un « mode de raisonnement qui, partant d'une règle existante et connue, vise à créer une règle nouvelle et distincte, à partir de l'identité de raison juridique de ces deux règles (F. Gény et Y. Gaudemet). L'analogie suppose entre les règles existantes une "raison commune" en conformité avec l'adage "*Ubi eadem ratio, idem jus*" ». André-Jean ARNAUD, *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, LGDJ, 2^{ème} édition, 1993, p. 22, entrée : analogie.

situation ou d'une institution dont l'unité appellerait l'application d'une seule loi »⁶⁴⁴. L'exemple qui en est donné est tiré du domaine des contrats. Sur ce point, Sandrine Clavel fait observer qu'il s'agit d'une « technique autorisant les contractants, ou le juge en l'absence de choix de loi par les parties, à soumettre les différentes parties du contrat à plusieurs lois distinctes »⁶⁴⁵. Cette technique permet le découpage d'un instrument juridique d'apparence unique pour le soumettre à des lois différentes. En prétendant que l'offre d'arbitrage des codes des investissements est un acte unilatéral, ou une déclaration facultative selon la terminologie à préférer, on procède ainsi à un découpage de la loi⁶⁴⁶. Une de ces dispositions sera alors soumise à un régime juridique distinct de celui des autres dispositions de la loi. Or, cette technique contractuelle (A) est inadaptée en ce qui concerne les codes des investissements (B).

A. LE DEPEÇAGE COMME TECHNIQUE CONTRACTUELLE

244. Si la technique du dépeçage est rarement évoquée par les dictionnaires juridiques, c'est en partie parce qu'elle intervient dans peu de domaines de la science juridique⁶⁴⁷. On la rencontre en grande partie dans le domaine contractuel et particulièrement en droit international privé⁶⁴⁸ où elle est dite dérivée de l'autonomie de la volonté en matière contractuelle.

⁶⁴⁴ Gerard CORNU, *Vocabulaire Juridique*, Quadrige/PUF, 8^{ème} ed., 2007, p. 293, entrée : dépeçage.

⁶⁴⁵ Sandrine CLAVEL, *Droit international privé*, HyperCours Dalloz, 5^{ème} ed., 2018, p.632.

⁶⁴⁶ Dans son article dédié à la question, le professeur Makane souligne ainsi qu'il ne s'agit pas de faire de tout le code des investissements un acte unilatéral de droit international public mais seulement quelques dispositions, notamment celles relatives à l'arbitrage. Ce qui permet en pratique de soumettre ces dispositions au droit international public quand le reste de la loi est soumis au droit interne, d'où l'idée d'un dépeçage de la loi. Makane MBENGUE, « National Legislation and Unilateral Acts of States », *op.cit.*, p. 205.

⁶⁴⁷ Le principe de divisibilité ou de séparabilité existe également en droit international public notamment pour la question des traités et fait l'objet d'après discussions à propos des déclarations de juridiction obligatoires. Le juge Bedjaoui souligne en ce sens : « il est loin d'être certain que la nullité d'une réserve entraîne ipso facto celle de la déclaration tout entière. Tout d'abord le bon sens ne le permet pas. Une réserve limite le champ du consentement donné par la déclaration. Un champ mal limité ne devient pas un champ inexistant. Mais surtout, l'on s'accorde à déclarer, en jurisprudence, en doctrine et dans la pratique des États, que, par-delà la nature juridique sui generis d'une déclaration, il convient d'appliquer mutatis mutandis à cet acte unilatéral les principes et règles propres aux actes bi ou multilatéraux, c'est-à-dire aux traités. Or le droit des traités, tel que codifié à Vienne en 1969, fait sa place en son article 44, il est vrai avec quelques exceptions, au principe de divisibilité des différentes stipulations contenues dans un traité. La raison pour laquelle une déclaration ne serait pas du tout soumise à un tel principe m'échappe vraiment » in CIJ, *Compétence en matière de pêcheries (Espagne c. Canada)*, 4 déc. 1998, opinion dissidente juge Bedjaoui, Rec. 1998, p. 539, § 60. Toutefois, les développements de la notion sont réduits aux questions de nullité et de validité sans qu'une approche de droit applicable soit particulièrement déterminante contrairement au domaine contractuel. Le juge Bedjaoui devait même l'admettre dans son opinion au paragraphe 61 *in fine*. Pour plus d'approfondissement sur la question de la séparabilité, voir : Michel DUBISSON, *La Cour Internationale de Justice*, LGDJ, 1964, Paris, p.189, Jan Hendrick Willem VERZIL, « The system of the Optional Clause » in *International Relations*, 1959, vol. 12, p. 598, James CRAWFORD, « The legal effect of Automatic Reservations to the Jurisdiction of the International Court of Justice », in *British YearBook of International Law*, 1959, vol. 50, p. 68, Gunnar TÖRBER, *The contractual nature of the optional clause*, Oxford and Portland Oregon, 2015, pp. 255 – 262.

⁶⁴⁸ Selon Paul LAGARDE : « C'est dans la matière des contrats que le procédé du dépeçage, et le terme qui le désigne, sont d'abord apparus. Et si aujourd'hui c'est en matière de responsabilité civile qu'il est le plus souvent étudié, spécialement aux États-Unis, c'est encore dans les contrats qu'il reste le plus intéressant à observer, et le plus chargé d'ambiguïtés » in « Le dépeçage dans le droit international privé », *Riv. Dri. Inter et proc.*, 1975. p. 650.

245. Une technique dérivée de l'autonomie de volonté. L'autonomie de la volonté apparaît pour la première fois en droit international privé. Dès sa formulation au XVI^e siècle, le principe opère une révolution dans la pensée juridique. Le contrat était à cette époque régi par une loi unique et cette loi était celle du lieu de formation conformément à l'adage *locus regit actum*. Il faut attendre Dumoulin pour voir émerger une approche de l'autonomie de la volonté⁶⁴⁹ que certains auteurs ont jugé trop rudimentaire pour dater la naissance de la théorie dès cette époque⁶⁵⁰. Il a fallu attendre Emmanuel Kant pour avoir une approche mieux élaborée de l'autonomie de la volonté entendue comme un concept moral qui serait le « principe de toutes les lois morales et des devoirs qui y sont conformes »⁶⁵¹. La volonté sert ainsi de fondement à une obligation morale. Cette approche sera étendue à la sphère juridique par la reconnaissance de la force normative de la volonté des parties⁶⁵². La volonté est alors appréciée comme fondement d'une obligation juridique permettant aux parties de choisir la loi applicable à leur contrat.

⁶⁴⁹ Avocat parisien, Dumoulin est contacté par des époux dont les patrimoines sont situés à Lyon et Paris afin de savoir quelle serait la loi applicable à leurs biens. Assimilant le régime matrimonial à un contrat, Dumoulin ne désigne pas la loi du lieu conclusion du contrat comme loi applicable, mais introduit l'idée que les parties puissent choisir la loi applicable à leur contrat matrimonial. Suivant son approche, à défaut de choix exprès, la loi du premier domicile des époux serait applicable car attestant de la volonté implicite des parties.

⁶⁵⁰ Henri BATTIFOL souligne d'ailleurs que cette théorie applicable en matière matrimoniale ne s'étendait que très difficilement à la matière contractuelle. Elle servait uniquement de justification à une application d'office de la loi du premier domicile. Ainsi écrit-il : « Et si on remonte au-delà du Code civil, muet sur la question, à l'ancien droit, force est bien de constater que nous ne savons à peu près rien de la jurisprudence. Si nous avons un certain nombre d'arrêts sur le régime matrimonial, on n'en cite finalement aucun sur les contrats proprement dits. Or l'assimilation du régime matrimonial aux contrats a toujours été et reste très contestée ; la jurisprudence n'y a souvent exprimé l'autonomie des parties que comme une explication d'un rattachement, en réalité d'office, à la loi du premier domicile matrimonial, ce qui est la solution même de Dumoulin » in « L'affirmation de la loi d'autonomie dans la jurisprudence française », *Choix d'articles*, LGDJ, 1976, p. 266. Veronique RANOUIL, *L'autonomie de la volonté : naissance et évolution d'un concept*, PUF, 1980, pp. 11-12.

⁶⁵¹ Emmanuel KANT, *Critique de la raison pratique*, trad. Barni, 1848, p. 179 cité par Veronique RANOUIL, *L'autonomie de la volonté : naissance et évolution d'un concept*, PUF, 1980, pp. 53-54.

⁶⁵² Dans la doctrine internationaliste, l'autonomie a d'abord servi de théorie explicative à l'application d'une loi autre que celle du lieu de conclusion du contrat. On retrouve ainsi chez Foelix et Savigny, une autonomie des personnes. Cette autonomie des personnes se distingue de l'autonomie de la volonté en ce qu'elle ne considère pas que la volonté, à l'instar de la loi, n'est pas créatrice de droit (Innocent FETZE KAMDEM, « L'autonomie de la volonté dans les contrats internationaux », *Les Cahiers de droit*, vol. 40, n°3, 1999, pp 645-663, spéc. p. 649). Il faut attendre André Weiss, avec son *Traité élémentaire de droit international privé* de 1886, pour que l'expression d'autonomie de volonté fasse son entrée dans la littérature juridique en France (Veronique RANOUIL, *L'autonomie de la volonté : naissance et évolution d'un concept*, PUF, 1980, pp. 41 et ss.). Pour cet auteur, la volonté n'est plus une simple justification à la loi compétente désignée suivant d'autres critères mais l'élément qui indique la loi applicable. Il indique ainsi : « le principe de l'autonomie ne s'applique que dans la mesure où la volonté des parties est souveraine » cité par Innocent FETZE KAMDEM, « L'autonomie de la volonté dans les contrats internationaux », *Les Cahiers de droit*, vol. 40, n°3, 1999, p. 650. Pour lui, la volonté n'est plus une simple justification à la loi compétente désignée suivant d'autres critères, mais l'élément qui indique la loi applicable. Cette révolution ne manqua pas de susciter de vifs débats en doctrine. Les analyses majeures remettaient en cause le principe de l'autonomie de la volonté en ce qu'il permet aux parties de se soustraire à l'autorité d'une loi impérative (Innocent FETZE KAMDEM souligne en ce sens : « L'autonomie de la volonté ne trouve alors à s'exercer (selon Pillet) que lorsque les parties ont expressément ou implicitement opté pour une loi donnée dans un domaine qui n'est toutefois pas régi par des lois impératives ». in « L'autonomie de la volonté dans les contrats internationaux », *Les Cahiers de droit*, vol. 40, n°3, 1999, p. 655) ou d'une mesure d'ordre public (Aubry indique en ce sens : « L'individu se meut dans un certain cercle qui lui est tracé par le législateur. Il y trouve des règles interprétatives et supplétives qui s'offrent à lui comme un appui et un guide. Mais celles-ci ne peuvent pas l'aider à en sortir, parce qu'elles y sont enfermées comme lui. Le domaine de l'autonomie et celui de l'ordre public se touchent, mais ils sont entièrement impénétrables l'un à l'autre, comme deux compartiments séparés par une cloison étanche ». Jules AUBRY, « Le domaine de la loi d'autonomie en droit international privé », *Journal du droit international privé et de la jurisprudence comparée*, vol. 23, 1896, pp. 465 et ss, spéc. p. 470). Également, dans l'hypothèse du silence des parties, l'autonomie de la volonté s'avère d'aucune utilité dans la mesure où cette volonté est inexistante. Parmi les partisans de cette analyse, on retrouve Brocher, Vareilles-Sommières, Dreyfus, Caleb (Veronique RANOUIL, *L'autonomie de la volonté : naissance et évolution d'un concept*, PUF, 1980, pp. 113 et ss).

Cette position, critiquée par la doctrine⁶⁵³, a été toutefois consacrée en droit positif français dans un arrêt de 1910⁶⁵⁴. De cette reconnaissance du pouvoir des parties de choisir la loi applicable à leur contrat, il a été déduit la possibilité pour les parties de choisir les lois applicables à leur contrat.

246. La consécration du dépeçage dans les groupes de contrats. Un des premiers arrêts à offrir cette possibilité aux parties en France a été rendu par la Cour de cassation en 1940. Dans cette affaire à propos d'une opération de Bourse, les juges appliquèrent la loi française au mandat donné à l'effet de conduire les opérations boursières et à ces opérations proprement dites, la loi de la bourse de New York⁶⁵⁵. Si cet arrêt réalise un dépeçage, la nature du contrat en cause a été déterminante. En clair, le *distinguo* entre un ensemble contractuel ou un contrat complexe s'impose⁶⁵⁶. En effet, dans le second cas, on admettra l'hypothèse d'un dépeçage tandis que dans l'hypothèse d'un ensemble contractuel, il ne s'agit pas à proprement dit d'un dépeçage, mais des lois à appliquer à chaque contrat. L'approche en jurisprudence consiste à soumettre le contrat principal à une loi autre que celle applicable au contrat accessoire dans une opération contractuelle d'envergure⁶⁵⁷.

247. La consécration dans les contrats uniques. Plus délicate est en revanche la situation dans laquelle, alors même qu'il s'agit d'un contrat unique, certaines des dispositions sont soumises à des lois distinctes. Dans une affaire à propos d'un contrat de transport fluvial, la Cour d'appel de Dijon a appliqué aux surestaries la loi française tandis que le transport était lui-même soumis à la loi néerlandaise⁶⁵⁸. De cet exemple qui n'a pas

⁶⁵³ Une place particulière doit être accordée à Niboyet dont le cours à l'Académie de La Haye nie tout rôle à l'autonomie de la volonté dans l'identification de la loi applicable. Ainsi annonçait-il : « tout notre effort va consister à développer l'idée qu'il n'y a pas de théorie de l'autonomie de la volonté, parce que l'autonomie de la volonté, comme telle, n'existe pas, et qu'on a fait une confusion tout à fait fondamentale entre ce concept et un autre, seul véritablement exact : celui de la liberté des conventions, dont le contenu est tout différent ». Pour lui donc, la volonté n'est pas créatrice de droit. Elle est soumise à la loi. Ainsi, en l'absence de choix de loi par les parties, il n'y a pas de volonté exprimée. En revanche, lorsque ces parties ont exprimé leur choix, elles ne désignent pas *stricto sensu* la loi applicable à leur contrat mais « n'ont voulu que le contenu de cette loi à titre de convention des parties, c'est-à-dire de droit matériel. Elles n'ont donc pas usé de la moindre autonomie entendue au sens du pouvoir de choisir la loi compétente » (Jean-Paulin NIBOYET, « La théorie de l'autonomie de la volonté », *RCADI*, 1927, pp. 51 et 60).

⁶⁵⁴ France, Cass., Civ., *American trading Cie c. Quebec Steamship Cie*, 5 déc. 1910, *Rev. dr. int.* 1911.395, *Clunet* 1912. 1156, *S.* 1911.1.129, Bertrand ANCEL et Yves LEQUETTE, *Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, 5ème éd., 2006, pp 94 et ss.

⁶⁵⁵ Paul LAGARDE note en ce sens que l'arrêt de la Cour de cassation française s'inscrit dans une certaine dynamique européenne dans la mesure où un tribunal allemand avait déjà statué en ce sens dans l'arrêt du Reichsgericht du 18 mai 1936. *in* « Le dépeçage dans le droit international privé », *Riv. Dri. Inter et proc.*, 1975. p. 653.

⁶⁵⁶ Cyril NOURRISAT, « Le dépeçage » *in* *Le règlement communautaire « Rome I » et le choix de la loi dans les contrats internationaux*, Acte du colloque des 9 et 10 septembre 2010, Dijon, Litec, 2011, vol.35, p. 217, §28.

⁶⁵⁷ Ainsi, dans l'arrêt Gosset, la Cour de cassation considère la clause compromissoire comme détachable du contrat principal dans les contrats internationaux. France, Cass. 1re civ., 7 mai 1963, *Rev. crit. DIP* 1963, p. 615, note MOTULSKY ; *JDI* 1964, p. 83, note BREDIN.

⁶⁵⁸ France, CA Dijon, 4 mars 1971, *Droit maritime français*, 1971, 352, *Rev. Crit.* 1972, Som. 714.

manqué de défrayer la chronique⁶⁵⁹, deux formes de dépeçage ont alors été envisagées. Celle du dépeçage dit volontaire et l'autre judiciaire. Le dépeçage est volontaire lorsque les parties à un contrat ou une convention désignent les lois qui devraient s'appliquer à leur contrat. À défaut d'un tel choix, le juge saisi de la question du droit applicable, doit alors déterminer quelle loi s'applique aux différents éléments du contrat. Dans ce second cas, le dépeçage est dit judiciaire.

248. La critique du dépeçage judiciaire. Ce second cas de dépeçage mis en œuvre par le juge judiciaire a été critiqué en raison de son fondement. En effet, si le dépeçage est la conséquence de l'affirmation de la volonté des parties, il est alors inconséquent que le juge ait à se prononcer sur les lois que les parties ont choisies. L'argument selon lequel le juge n'invente pas *ex nihilo* cette loi, mais s'emploie à dégager la volonté tacite des cocontractants pour trouver une cohérence interne à la question, ne serait alors qu'un leurre pour donner une signification au silence de celles-ci. Pour Niboyet, ce silence est un silence. Les juges n'ont pas à rechercher ce qui n'existe pas⁶⁶⁰. Moins catégorique ont été les analyses d'autres auteurs, qui se déclinent entre courant objectiviste et courant subjectiviste. Les premiers plaident pour des éléments de rattachement objectifs de la loi applicable à défaut de choix des parties, tels que le lieu d'exécution des prestations caractéristiques, la nationalité des parties selon les cas envisagés. Pour le courant subjectiviste en revanche, le silence des parties n'est pas une absence de volonté. Celle-ci est toujours présente et il appartient au juge de la découvrir à partir des éléments de fait de la relation contractuelle⁶⁶¹.

Au-delà des aspects purement savants, le dépeçage est également contesté pour les conséquences pratiques qu'il peut entraîner⁶⁶². En effet, les auteurs accusent la technique de favoriser des atteintes à l'unité du contrat et de conduire à des résultats incohérents

⁶⁵⁹ Pour une analyse de droit comparé sur la question, voir : MORSE, « Comparative study of the rules of conflicts of laws in the field of contract » in BOUREL et al. (dir.), *L'influence des communautés européennes sur le droit des communautés des États membres*, Larcier, 1981, pp 148-159.

⁶⁶⁰ NIBOYET note en ce sens : « L'idée d'une intention tacite repose, au fond, sur un mythe. Si les parties n'ont rien voulu parce qu'elles n'ont pensé à rien, comment peut-on leur imputer légalement une volonté ? (...) De l'indifférence ne correspond pas à une volonté. Une volonté tacite n'est pas une volonté, mais une chose imaginaire. On nage en pleine fiction. On attribue à la volonté ce qui ne lui revient nullement, et l'on confond avec elle des règles d'équité ou de justice sociale, lesquelles sont indispensables. (...) Au fond, c'est le juge qui substitue sa volonté à celle des parties et il le fait en se conformant au système de solution des conflits qui le lie ». in « La théorie de l'autonomie de la volonté », *RCADI*, Tome I, 1927, p. 63.

⁶⁶¹ Pour une synthèse sur les courants doctrinaux à ce propos, voir : Henri BATTIFOL : « Subjectivisme et objectivisme dans le droit international privé des contrats », *Choix d'articles*, LGDJ, 1976, pp 249-263.

⁶⁶² La conséquence la plus évidente est celle de la possibilité pour les parties d'élaborer un statut « sur mesure » par l'effet duquel il pourrait faire échec à l'application d'une disposition législative gênante.

avec notamment l'exemple d'un contrat sans loi⁶⁶³. Pour les partisans du dépeçage, au contraire, celle-ci permet le plein accomplissement de la liberté contractuelle⁶⁶⁴.

249. La reconnaissance dans les droits africains. En dépit de l'intérêt qui sera accordé aux débats doctrinaux sur la question, le dépeçage en tant que méthode admise en droit international privé ne sera pas remis en cause dans les divers droits nationaux des États d'Afrique. En effet, ayant opté pour la succession au droit colonial dès leur accession à l'indépendance, certains États africains ont reconduit le principe de l'autonomie de la volonté et *ipso jure* le dépeçage. L'évolution des droits n'a pas entraîné une réelle remise en cause de ce principe⁶⁶⁵. On peut observer, dans l'attente de l'aboutissement du projet de l'acte uniforme sur le droit des contrats en droit OHADA, que l'Acte Uniforme relatif à l'Arbitrage (AUA) consacre également cette solution tant en ce qui concerne le dépeçage volontaire que judiciaire⁶⁶⁶. Cependant, si le procédé est bien ancré en droit international privé des contrats, son extension aux codes des investissements est inadaptée.

B. UNE TECHNIQUE JURIDIQUE INADAPTEE AUX CODES DES INVESTISSEMENTS

250. Soumettre les dispositions relatives à l'arbitrage à un régime juridique indépendant de celui applicable aux autres dispositions de la loi est une hypothèse qui est admissible au regard de l'approche contractuelle des codes (1). Mais, des réserves sont possibles dans la mesure où le dépeçage reste une technique inadaptée aux codes des investissements. Cette inadéquation découle principalement de l'existence d'un statut prédéterminé des lois (2). À cette existence de statut prédéterminé, l'obstacle de la légitimité de l'arbitre pour procéder au dépeçage des lois rajoute une autre difficulté aux échanges (3).

1. L'approche contractuelle des codes : l'argument inopérant du dépeçage

251. Présentation de l'approche contractuelle. La technique du dépeçage qui est une conséquence de la consécration de l'autonomie de la volonté en droit des contrats,

⁶⁶³ Frank VISCHER, *Internationales Vertragsrecht*, Berne, Stämpfli Verlag, 1962, p. 53 et s. ; Karl NEUMAYER, « Autonomie de la volonté et dispositions impératives en droit international privé des obligations », *Rev. crit. D.I.P.* vol. 46, 1957, p. 602 ;

⁶⁶⁴ Voir sur ce point : Paul LAGARDE, « Le "dépeçage" dans le droit international privé des contrats », *Riv. Dir. Int. Priv. Proc.*, n°4, 1975, pp. 666 et ss.

⁶⁶⁵ Sur la notion en droit sud-africain, voir notamment : Elsabe SCHOEMAN, Christa ROODT, Marlene WETHMAR-LEMMER *Private International Law in South Africa*, Wolters Kluwers, Law and Business, 2014, p. 50 (disponible en ligne).

⁶⁶⁶ Gerard NGOUMTSA ANOU, *Droit Ohada et conflits de lois*, LGDJ, 2013, pp. 159- 160. L'auteur note ainsi : « cette liberté qui traduit la philosophie libérale du droit OHADA de l'arbitrage s'accorde avec les tendances actuelles des législations nationales et des instruments internationaux en matière d'arbitrage. Elle correspond aussi à la conception actuelle du droit international privé comparé des contrats ».

pourrait être étendue au code des investissements à condition de considérer ceux-ci comme des éléments de formation d'un contrat. Dans son cours à l'Académie de La Haye, le Professeur Juillard estimait que ces codes sont comparables à une sollicitation créant un rapport « quasi-conventionnel » entre l'Etat déclarant et l'Etat destinataire qui aura modifié son comportement à la suite de la publication des codes⁶⁶⁷. Cette approche statocentrée de la nature des codes a été reprise et adaptée par le Professeur Mbengue pour convenir à la relation Etat-investisseur. Ainsi justifie-t-il la séparabilité des dispositions relatives à l'arbitrage en ces termes :

« [...] *national foreign-investment laws – in reality, only some of their provisions – may be qualified as unilateral (legal) acts of states under international law because of the offer(s) they contain and the confidence that foreign investors place on those offer(s) (not to say acceptance of the offer(s) by foreign investors). This is a sort of "contractual" approach that indicates that unilateral undertakings made through the prism of municipal investment laws are not only "acta sunt servanda" but are also reflective of pacta sunt servanda [...]* Despite the relevance of this approach, in practice, it might prove difficult clearly to delineate the provisions in municipal investment laws that constitute unilateral (legal) acts of a state under international law. *This is the case with provisions dealing more specifically with the issue of consent to ICSID arbitration contained in domestic investment laws* »⁶⁶⁸.

La figure contractuelle à laquelle il est fait référence peut donner lieu à diverses interprétations. D'une part, il peut être considéré qu'il y aurait, dès la formulation d'une offre d'arbitrage par un Etat qui a suscité une attente légitime chez l'investisseur, un contrat implicite entre les deux protagonistes qui devient parfait au moment de l'acceptation. Un contrat de cette nature pourrait naître à l'occasion d'un forum économique des assurances données par les autorités officielles à un investisseur qui entame à son tour, les procédures pour bénéficier des avantages du code sans avoir accepté l'offre d'arbitrage⁶⁶⁹. D'autre part, l'offre d'arbitrage pourrait être appréciée comme un

⁶⁶⁷ Il écrit ainsi : « Le code d'investissement est, par beaucoup d'aspects, un instrument de séduction. Cet instrument, il faut le répéter, s'adresse aussi bien aux investisseurs qu'aux États dont ces investisseurs sont les ressortissants. Le code est une sollicitation, peut-être même une pollicitation. C'est un acte unilatéral. Mais l'État qui l'édicte s'adresse aux autres États ; et, en s'adressant à eux, il attend qu'ils modifient leur comportement pour tenir un juste compte du signal qui leur est adressé. On pourrait dire, sans forcer le trait, qu'il y a, dès lors, une offre et une acceptation de l'offre. Et c'est en ce sens qu'il n'est pas inexact d'évoquer la notion de pollicitation — puisque, dans la tradition romaniste, la pollicitation c'est l'offre de contracter que l'un fait à l'autre » et plus loin « On est donc conduit à penser qu'un rapport de droit se crée entre les deux États protagonistes, et ce bien que ce rapport ne se traduise pas par la conclusion d'une convention bilatérale entre l'un et l'autre. On serait tenté, ici comme ailleurs, de se référer aux catégories du droit interne et de penser qu'il existe, en droit international, des quasi-conventions, comme il existe en droit français des quasi-contrats, c'est-à-dire des situations dans lesquelles le fait d'un sujet de droit crée des obligations soumises à un régime proche de celui de la convention internationale ou du contrat interne, encore qu'il n'y ait eu ni convention ni contrat. Ces situations quasi conventionnelles, fréquentes en droit international économique, supposent une manifestation du consentement à s'engager de part et d'autre ; mais cette manifestation du consentement à s'engager devrait probablement être distinguée de la manifestation du consentement à se lier, caractéristique du droit des engagements conventionnels. ». Patrick JUILLARD, « L'évolution des sources du droit international des investissements », *RCADI*, vol. 250, 1994, §§ 98 et 102.

⁶⁶⁸ Makane MBENGUE, « National Legislation and Unilateral Acts of States », *op. cit.*, pp. 204 – 205. Gras ajoutés.

⁶⁶⁹ Cette approche est une appréciation critique de la position de la CIJ au sujet des actes unilatéraux en vue de prendre en compte des situations particulières où l'engagement pris est certes unilatéral mais s'inscrit plus largement dans un cadre au moins bilatéral. C'est en ce sens que se comprend l'approche de Reisman et Arsanjani qui écrivent : « *While in many cases a tribunal should find that the unilateral declaration or declarations of a State vis-à-vis a foreign investor have not become part of the applicable law,*

acte précontractuel qui imposerait des obligations minimales à l'offrant en l'absence d'acceptation⁶⁷⁰. L'une et l'autre approche présentent un avantage : celui de faire reposer l'obligatorité des engagements des parties sur l'autonomie de leurs volontés. Les obligations qu'elles auront alors "librement" consenties leur seront imposables. Mais les deux approches présentent un inconvénient. Il n'existe pas en droit international une norme habilitant ce type de contrat⁶⁷¹. On pourrait considérer que la Convention de Washington joue ce rôle de norme habilitante en cas de référence à l'arbitrage CIRDI dans l'offre d'arbitrage⁶⁷². Mais l'argument a peu de chances de prospérer puisque ladite convention ne détermine pas les conditions de validité et d'extinction des dispositions législatives relatives à l'arbitrage⁶⁷³. De même, l'argument de l'acte unilatéral autonome comme fondement de l'obligatorité n'emporte pas la conviction puisque la CIJ considère que ces actes produisent leurs effets en l'absence de réaction de son destinataire⁶⁷⁴.

we suggest that in cases in which the criteria we have extracted from the jurisprudence are met, such a finding would be an appropriate legal conclusion. Where a host State which seeks foreign investment acts intentionally, so as to create expectations in potential investors with respect to particular treatment or comportment, the host State should, we suggest, be bound by the commitments and the investor is entitled to rely upon them in instances of decision ». Michael REISMAN et Mahnoush ARSANJANI, « The question of Unilateral Government Statements as Applicable Law in Investment Disputes », in *Völkerrecht als Wertordnung – Common Values in international Law, Essays in honour of Christian Tomuschat*, Pierre Marie DUPUY et al. (dir.), N.P. Engel Verlag, 2006, pp. 409 – 422, spec. p. 422. Gras ajoutées.

⁶⁷⁰ Le problème de savoir si la réalisation de l'investissement en l'absence d'acceptation de l'offre d'arbitrage créait des obligations minimales à la charge de l'État concernant notamment le maintien de son offre. Voir notamment l'affaire CIRDI, *Rumeli c. Kazakhstan*, ARB/05/16, 29 juillet 2008 et *infra* Partie 2, Titre 1, Chap. 1, Section 1.

⁶⁷¹ Il n'existe pas *a priori* un droit international des contrats. L'internationalisation par la voie des principes généraux de droit des contrats d'État a été critiquée par les auteurs. La professeure Lankarani considère que les principes généraux ne sont utiles qu'en présence d'une norme coutumière ou conventionnelle. Pris isolément, les principes généraux de droit ne peuvent sortir une question du domaine réservé de l'État pour en faire une matière internationale pour *a fortiori* conclure à l'existence d'un contrat implicite d'investissement. (Leila LANKARANI, *Les contrats d'État à l'épreuve du droit international*, *op. cit.*, 572 p.) Contre cette approche, Charles Leben, objecte que l'auteure n'apporte pas la preuve selon laquelle les matières régies par les contrats sont bien du domaine réservé de l'État et d'autre part, que rien ne fait obstacle dans l'absolu à ce qu'un principe général de droit puisse sortir une matière du domaine réservé de l'État. (Charles LEBEN, « La théorie du contrat d'État et l'évolution du droit international des investissements », *RCADI*, 2003, pp 209 – 377). A ces objections, il peut être souligné que la CIJ prévoit que « [c]haque État possède le droit fondamental de choisir et de mettre en œuvre comme il l'entend son système politique, économique et social ». (CIJ, *Affaire des Activités militaires au Nicaragua et contre celui-ci*, arrêt, 27 juin 1986 (fond), *Rec.* 1986, p. 131 §. 258). Voir aussi : Rés. 1803 *Souveraineté permanente sur les ressources naturelles*, ONU, 14 décembre 1962, art.5. Quant à la seconde objection, elle reste discutable dans la mesure où la force normative des principes généraux de droit est une question controversée dont la résolution excéderait le champ de la présente étude. Voir aussi, Sophie LEMAIRE, *Les contrats internationaux de l'administration*, LGDJ, 2005, 414 p.

⁶⁷² Le tribunal arbitral dans l'affaire *Tidewater c. Venezuela* soulignait ainsi : « *Clearly, the Investment Law is one of those unilateral acts, freely entered into by a state, but taken in the framework of a treaty that leaves all its freedom to the state. In this sense, it can be considered as being analogous to a unilateral declaration of a state accepting the compulsory jurisdiction of the ICJ, in the framework of Article 36(2) of the Statute of the Court* ». CIRDI, *Tidewater Inc, Tidewater Investment SRL et al. c. Venezuela*, juridiction, 8 février 2013, § 93. CIRDI, *PNG Sustainable Development Program Ltd., c. Independent State of Papua New Guinea*, ARB/13/33, sentence, 5 mai 2015, §§ 264 – 268. David CARON, « The Interpretation of National Foreign Investment Law as Unilateral Act Under International Law », *op.cit.*, pp. 649 – 674; Makane MBENGUE, « National Legislation and Unilateral Acts of States », in Tarcisio GAZZINI et Eric De BRABANDÈRE, (dir.), *The Sources of Rights and Obligations in Transnational Investment Law*, Leiden, Martinus-Nijhoff Publishers, 2012, p. 205.

⁶⁷³ « La Convention de Washington ne détermine pas si le consentement de l'État à l'arbitrage existe. Elle se borne à l'exiger et à imposer et à imposer la forme écrite. Elle n'a rien à dire, et ne dit rien, sur l'interprétation de ce que les parties ont exprimé ». Pierre MAYER et Ana Carolina SIMOES E SILVA, « Le consentement à l'arbitrage » in Charles LEBEN (dir.), *Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational*, A. Pédone, 2015, pp 699 – 724, spéc. pp. 695.

⁶⁷⁴ La CIJ considère « qu'il (n') existerait (pas) en droit international général un principe qui donnerait naissance à une obligation sur la base de ce qui pourrait être considéré comme une attente légitime » CIJ, *Obligation de négocier un accès à l'océan pacifique*, (Bolivie c. Chili), arrêt, 1^{er} octobre 2018, p. 50. Et aussi : CIJ, *Affaire des essais nucléaires (Australie c. France)*, 20 décembre 1974, *Rec.* 1974, p. 267, § 46.

252. La détachabilité des offres d'arbitrage. Outre les fondements critiquables, les strates du raisonnement laissent entrevoir une autre difficulté. Contrairement à l'analyse du Professeur Juillard pour qui l'ensemble du code serait une sollicitation à l'endroit des États⁶⁷⁵, pour le Professeur Mbengue seules quelques dispositions se prêteraient à cette approche contractuelle. Parmi ces dispositions, l'auteur retient celles relatives à l'arbitrage, notamment les offres d'arbitrage. La question qui se pose est celle de savoir pourquoi spécialement les offres d'arbitrage seraient détachables du reste de la loi ? Les raisons de ce choix ne sont pas explicitées. Un argument qui pourrait être avancé serait tiré directement de l'application du dépeçage dans les contrats internationaux. Les auteurs et la jurisprudence considèrent que seules les « parties détachables » de ces contrats peuvent être soumises à une loi autre que celle du contrat principal⁶⁷⁶. Dans l'arrêt

⁶⁷⁵ « Le code d'investissement est, par beaucoup d'aspects, un instrument de séduction. Cet instrument, il faut le répéter, s'adresse aussi bien aux investisseurs qu'aux États dont ces investisseurs sont les ressortissants. Le code est une sollicitation, peut-être même une pollicitation. C'est un acte unilatéral. Mais l'État qui l'édicte s'adresse aux autres États ; et, en s'adressant à eux, il attend qu'ils modifient leur comportement pour tenir un juste compte du signal qui leur est adressé. On pourrait dire, sans forcer le trait, qu'il y a, dès lors, une offre et une acceptation de l'offre. Et c'est en ce sens qu'il n'est pas inexact d'évoquer la notion de pollicitation — puisque, dans la tradition romaniste, la pollicitation c'est l'offre de contracter que l'un fait à l'autre ». Patrick JUILLARD, « L'évolution des sources du droit international des investissements », *RCADI*, vol. 250, 1994, §§ 98.

⁶⁷⁶ Dans son article de référence sur la question, Paul Lagarde se garde de définir la notion de « partie détachable » du contrat pour préférer une approche du dépeçage en fonction de ses conséquences. En effet, il considère que lorsque les lois choisies par les parties conduisent à des résultats incohérents, le juge doit rechercher la loi ayant une compétence principale et l'appliquer sans égards aux choix des parties. La proposition a le mérite d'être pragmatique, mais comporte un risque pour la prévisibilité juridique, car c'est au juge qu'il revient, en fin de compte, de dire *in casu* si une partie du contrat est réellement détachable. À l'occasion des travaux de la convention de Rome sur la loi applicable aux obligations contractuelles, Rigaux déplora que la question ait été laissée-pour-compte. Aussi propose-t-il, pour combler la lacune, que le dépeçage ne soit permis que dans l'hypothèse d'un ensemble conventionnel complexe dans lequel chaque contrat distinct est rattaché à sa propre loi. Mais dans ce cas, s'agit-il toujours d'un dépeçage ? S'il est question de plusieurs contrats, il est alors inapproprié de parler de « partie d'un contrat ». Dans le même sens, on peut relever les interrogations formulées par Cyril NOURRISSAT pour qui la question de distinguer les contrats complexes des ensembles contractuels est une « question éminemment délicate » et qui précise que si dans le contrat d'assurance pour des risques situés dans plusieurs États membres, le règlement situe chaque risque dans le territoire de l'État membre, il faut bien savoir « si on est vraiment dans une hypothèse de dépeçage ou plutôt dans l'hypothèse (...) d'un ensemble contractuel, chaque risque étant isolé en fonction d'une approche territoriale » in « Le dépeçage » Le règlement communautaire « Rome I » et le choix de la loi dans les contrats internationaux » Sabine CORNELOUP et Natalie JOUBERT (dir.), Colloque, 9 et 10 septembre 2010, Dijon, Litec, 2011, spéc. p.217 et p. 223. Selon Vincent Heuzé et Pierre Mayer, le règlement Rome I aborde la notion de "partie au contrat" de manière subjective. Ainsi, il appartient au juge (et aux parties avant lui) de déterminer quelles seraient les parties détachables du contrat. A contrario de cette approche, ils proposent d'entendre « par "Partie" du contrat (...) un sous-ensemble de droits et obligations logiquement détachable du contrat » (in *Droit international privé*, 11^{ème} édition, LGDJ, 2014, p. 530, § 748). Mais si certains aspects sont objectivement détachables, les auteurs ne livrent pas à l'analyse l'étalon de mesure de cette objectivité. Cette ambiguïté n'est pas levée par les professeurs Bureau et Muir Watt, qui considèrent qu'une partie détachable est caractérisée « par des obligations réellement distinctes qui auraient pu faire l'objet de contrats eux-mêmes distincts » (Dominique BUREAU et Horatia MUIR WATT, *Droit international privé*, Tome II, Partie spéciale, 4^{ème} édition, PUF, 2017, p. 388, §897). L'occasion d'apporter plus de précisions à l'ensemble de ces discours s'est présentée à la CJCE en 2009 dans l'affaire *Intercontainer Interfrigo (ICF)*. À la suite d'un renvoi préjudiciel de la Cour suprême des Pays-Bas, les juges du Luxembourg avaient à se prononcer sur la loi applicable à défaut de choix par les parties à un contrat d'affrètement soumis à plusieurs lois conformément aux dispositions de la Convention de Rome sur la loi applicable aux obligations contractuelles. D'après l'article 4§2 de ladite Convention, le dépeçage serait possible « (...) si une partie du contrat est séparable du reste du contrat et présente un lien plus étroit avec un autre pays ». Dans ses conclusions, l'avocat général Yves Bot insistait sur la nécessité pour la Cour de tenir compte de « la conciliation casuistique des objectifs de sécurité et de proximité » dans l'appréciation de l'autonomie d'une partie du contrat. De leur côté, les Pays-Bas ont insisté sur la nécessité de considérer, en plus des conditions de séparabilité de l'objet et de proximité avec le droit d'un autre Etat, la condition d'une cohérence du contrat déjà consacrée par la Convention de Rome à propos du dépeçage volontaire. Cependant, la CJCE manqua cette occasion. L'arrêt rendu nous apprend que « la partie du contrat » est celle dont l'objet est « autonome par rapport à celui du reste du contrat » (CJCE, *Intercontainer Interfrigo (ICF)*, aff. C-133/08, 6 oct. 2009, *JCP.2009.550*, note Louis D'AVOUT et Louis PERREAU-SAUSSINE). La solution est classique, mais son apport est maigre concernant la définition espérée (*JDI*, n° 1, janv. 2010, comm. 5, §20, note Cecile LEGROS, *Rev. Crit. DIP* 2010.199, note Paul LAGARDE). Si les juges ont fait référence au rapport Guilianno-Lagarde, ils ne semblent pas en tirer toutes les conséquences. En effet, ce rapport fournit des éléments qui certes, ont été évoqués pour le dépeçage volontaire, mais gardent toute leur pertinence dans la définition de la « partie

Gosset, la Cour de cassation française a considéré que les clauses compromissoires sont des clauses détachables du contrat principal en ce qu'elles sont des conventions d'arbitrage⁶⁷⁷. On retrouve également en droit OHADA une approche similaire quoique plus subtile. L'article 4 de l'AUA dispose : « la convention d'arbitrage est indépendante du contrat principal. **Sa validité n'est pas affectée par la nullité de ce contrat (...)** »⁶⁷⁸. Ainsi, l'offre d'arbitrage ayant un objet similaire aux clauses compromissoires, *i.e.* la dévolution du pouvoir juridictionnel, ceci expliquerait que les offres d'arbitrage soient également détachables de la loi.

253. Limites. Mais la ductilité du code des investissements et des dispositions relatives à l'arbitrage atteint ici sa limite. Même à y voir un élément de formation du contrat, il n'est pas un contrat et n'a pas fait l'objet d'une négociation. À ce titre, il est vain de recourir à l'autonomie de la volonté pour fonder le dépeçage de la loi et la détachabilité des offres d'arbitrage. À tout le moins, c'est dans la volonté unique de l'offrant, l'Etat en l'occurrence, qu'un fondement pourrait être recherché. Mais, l'argument rencontre un obstacle dirimant dès sa formulation : celui du statut prédéterminé des lois.

détachable » du contrat. Ce sont notamment les critères d'indépendance juridique et économique proposée à l'occasion des travaux sur la convention de Rome. Il aurait été bénéfique pour la CJCE de fournir plus de précisions quant à ces critères d'appréciation (Mario GUILLIANO et Paul LAGARDE, « Rapport concernant la convention sur la loi applicable aux obligations contractuelles », n°C 282/1, *JOCE*, 31/10/80, art. 3 § 4).

⁶⁷⁷ France, Cass. 1^{re} civ., 7 mai 1963, *Rev. crit. DIP* 1963, p. 615, note MOTULSKY ; *JDI* 1964, p. 83, note BREDIN.

⁶⁷⁸ OHADA, Acte Uniforme relatif au droit de l'arbitrage, version du 11 mars 1999, art. 4. 1. Le professeur Meyer interrogeait la portée de la restriction formulée à l'article 4 de l'Acte Uniforme relatif à l'Arbitrage, en ces termes : « (...) Textuellement, l'article 4 limite l'autonomie à la seule hypothèse de la nullité du contrat principal. Or, la nullité n'est pas la seule vicissitude susceptible d'affecter ce contrat principal. Le contrat peut être résilié ou résolu. (...) Le terme de nullité, utilisé par l'article 4 de l'acte uniforme, ne doit donc pas être entendu dans un sens technique » (Pierre MEYER, « Commentaires de l'acte Uniforme du 11 mars 1999 relatif au droit de l'arbitrage » in *Ohada, traités et actes uniformes*, commentés et annotés, Juriscope, 2018, p. 154). Cette conception large de la notion d'autonomie est cependant à relativiser. En effet, une approche large de l'indépendance de la clause compromissoire impliquerait que la transmission du contrat principal entraîne aussi transmission de la convention d'arbitrage, ce qui est discuté. Si dans l'affaire *Nytt Jurisdixkt Arkiv* (Cour suprême de Suède, 15 octobre 1997), la Cour suédoise a admis que la convention d'arbitrage voyage avec le contrat principal, cela est loin de résoudre la difficulté. Dans un premier temps, la réponse à cette question dépend de la loi applicable au contrat. Ensuite, l'idée de "voyage" n'est possible que les hypothèses d'une cession du contrat ou d'une succession universelle ou de subrogation. En cas de cession partielle ou de fusion sans reprise de l'ensemble des relations, la clause d'arbitrage ne saurait être étendue aux tiers surtout si l'*intuitu personae* a été déterminant dans la négociation de la clause arbitrale. Mauro RUBINO-SAMMARTANO, *Arbitrage international, Droit et pratique*, Tome 1 – Partie générale, Bruxelles, Bruylant, 4^{ème} ed. 2019, pp.399 – 406. Également, certaines causes de nullité sont susceptibles d'affecter à la fois la convention d'arbitrage et le contrat principal, justifiant que la convention d'arbitrage ne puisse survivre à l'annulation du contrat principal. C'est le cas d'une annulation pour vice de consentement par exemple. Cette cause de nullité est susceptible d'affecter les deux instruments. Or, « si une cause de nullité est de telle nature qu'elle affecte, à la fois et de façon distincte, le contrat principal et la clause d'arbitrage, la nullité de celle-ci devrait également être constatée par l'arbitre, qui n'aurait alors d'autres choix que de se déclarer incompétent ». (Christophe SERAGLINI, Jérôme ORTSCHIEDT, *Droit de l'arbitrage interne et international*, LGDJ, 2^{ème} éd., 2019, p. 562). Pour ces raisons, le professeur Mayer considère que la clause compromissoire est « l'accessoire du reste du contrat dont elle contribue à préciser sur un certain plan le régime juridique ». L'auteur préfère ainsi la notion de séparabilité, qui établit un rapport d'accessoire et principale entre la convention d'arbitrage et le contrat principal. L'objet de la convention d'arbitrage étant de régir le droit d'action des parties au contrat, cette convention ne saurait exister sans le contrat principal, quand l'inverse est possible. Ainsi, il écrit : « la clause compromissoire est séparable et doit être séparée dans la mesure précisément où elle contribue à définir le processus à l'issue duquel le sort du contrat sera réglé, autrement dit dans la mesure où elle est un accessoire des clauses substantielles du contrat ». Pierre MAYER, « Les limites à la séparabilité de la clause compromissoire », *Rev. Arb.*, 1998, p. 362.

2. *Le statut prédéterminé des lois : un obstacle théorique dirimant*

254. Prétendre soumettre une loi au régime appliqué à des contrats internationaux, du point de vue de la méthode juridique, n'est pas de l'ordre de l'évidence. Les deux sources font appel à des préceptes théoriques différents, de telle sorte que la différence de statut prédéterminé (a) conduit inéluctablement à exclure toute concurrence d'ordre juridique dans le cas des lois (b).

a. *La différence des statuts prédéterminés des deux instruments*

255. La notion de statut prédéterminé. Il s'agit du *substratum* qui fixe le régime applicable à un instrument, l'ordre juridique qui détermine la validité et les effets juridiques d'un procédé ou un processus prescriptif. À ce titre, on peut l'observer, contrat international et lois ne sont pas logés à la même enseigne. Dans les célèbres affaires des emprunts brésiliens et serbes, la question s'est posée de savoir à quel ordre juridique rattacher les contrats internationaux. La réponse de la Cour, quoique d'autorité, est sans appel : « Tout contrat qui n'est pas un contrat entre des États en tant que sujets du droit international a son fondement dans une loi nationale »⁶⁷⁹. De ce point de vue, la loi et le contrat partagent la même réalité. En effet, la loi est toujours rattachée à un ordre juridique interne. Mais là s'arrête la similitude. Dans le détail, la condition juridique dans les ordres internes de ces deux instruments diverge puisque le statut des lois est prédéterminé, c'est-à-dire fixé par avance contrairement à celui du contrat.

256. La différence de statut. En ce qui concerne les lois, il n'y a là qu'une simple évidence. Elles sont rattachées à l'ordre juridique de l'Etat dont le législateur dépend. On peut sans réserve souscrire à la doctrine positiviste du droit en vertu de laquelle la loi tire sa normativité d'une norme supérieure qui, dans la plupart des États, est la constitution. Cette norme fondamentale assure la validité, les effets et l'abrogation de la loi, de sorte qu'elle lui est toujours rattachée. Le statut de la loi est donc prédéterminé par la constitution : il s'agit d'un instrument de droit interne rattaché à un seul ordre juridique.

Il en va différemment du contrat international indépendamment du lien d'extranéité pertinent admis. S'il est toujours rattaché à un Etat, l'identification de cet Etat n'est pas chose aisée. Neumayer écrivait ainsi à ce propos :

⁶⁷⁹ CPJI, *Affaire concernant le paiement de divers emprunts serbes émis en France et affaire relative au paiement, en or, des emprunts fédéraux brésiliens émis en France*, arrêt n°14, série A, p. 41. On note en France que la Cour de cassation s'est prononcée en faveur de cette solution dans l'affaire des Messageries maritimes (Cass.1er civ., 21 juin 1950, *RCDIP*, 1950.609, note Henri BATIFFOL ; *D.* 1951.749, note ANCEL ; *JCP*.1950.II.5812, note LEVY ; *GA*, n°22, 4 e éd., p.199).

« Si le contrat relève de l'économie internationale du fait qu'il comporte un élément de rattachement objectif à l'étranger, un statut applicable *per se* fait défaut ; aucune législation nationale n'est appelée d'emblée à régir un contrat possédant un caractère international sur le plan économique »⁶⁸⁰.

En définitive, alors que le statut de la loi est prédéterminé, pour le contrat international, aucune conclusion de ce type n'est possible. Une telle situation emporte pour conséquence d'exclure toute hypothèse de conflit de lois qui justifierait l'application du dépeçage.

b. L'exclusion de toute concurrence d'ordres juridiques dans le cadre des lois

257. Les conséquences de l'existence d'un statut prédéterminé. L'inexistence d'un statut prédéterminé dans les contrats justifie la recherche de l'ordre juridique qui fournit au contrat sa validité. C'est en ce sens que concluait la CPJI dans l'affaire des emprunts serbes en ces termes : « la question de savoir quelle est cette loi fait l'objet de la partie du droit qu'aujourd'hui on désigne le plus souvent sous le nom de droit international privé ou de théorie du conflit des lois »⁶⁸¹. Cette notion de "conflit de lois" désigne alors la concurrence des ordres juridiques pour régir une relation juridique donnée. Pour qu'un tel conflit se produise, il faut *a minima* deux ordres juridiques, que ces ordres soient situés dans un rapport d'horizontalité et qu'ils aient tout deux vocations à régir une même situation. Il est important d'intégrer ces trois éléments pour saisir l'admissibilité du dépeçage comme technique juridique. Parce qu'on n'a pas de statut prédéterminé et que des ordres juridiques concurrents peuvent s'appliquer sans qu'un ordre n'ait préséance sur l'autre, on accepte de référer à la volonté des parties ; laquelle volonté peut exclure telle loi au détriment d'une autre ou permettre une application à titre partiel de telle ou telle loi. On saisit l'importance de l'autonomie de la volonté, soit des censeurs (les juges) si l'on est objectiviste, soit des parties, si l'on est subjectiviste.

258. L'impossible conflit d'ordres juridiques dans le cadre des lois. Lorsque le statut d'un acte juridique est prédéterminé et rattaché à un ordre juridique, celui-ci exclut d'emblée que plusieurs ordres juridiques aient vocation à s'appliquer. C'est le cas des lois. Cependant, il peut être prétendu que l'ordre juridique interne et l'ordre juridique international entrent en concurrence. Mais l'argument ne saurait prospérer. Sans entrer

⁶⁸⁰ Karl NEUMAYER, « Autonomie de la volonté et dispositions impératives en droit international privé des obligations », *Rev. crit. D.I.P.* vol. 46, 1957, p. 600.

⁶⁸¹ CPJI, *Affaire concernant le paiement de divers emprunts serbes émis en France et affaire relative au paiement, en or, des emprunts fédéraux brésiliens émis en France*, arrêt n°14, série A, p. 41.

dans la controverse moniste/dualiste, une objection sur le plan de l'horizontalité se pose. Il n'est pas certain que le droit interne et le droit international public entrent en concurrence pour une même matière. La position des tribunaux internationaux est constante : les matières que les États n'ont pas soumises au droit international relèvent de la sphère interne⁶⁸². Ceci peut conduire soit à une totale hétérarchie⁶⁸³ soit une complète hiérarchie⁶⁸⁴. Dans l'un ou l'autre cas, la concurrence, au sens des conflits de lois, n'est pas possible puisque les ordres juridiques ne pourront pas potentiellement s'appliquer simultanément. Forcer le raisonnement, c'est insinuer qu'il y aurait dans le code des investissements, deux instruments en réalité : la loi sur les investissements (instrument de droit interne) d'une part, et la disposition relative à l'arbitrage (instrument de droit international), d'autre part.

Peut-être, est-ce ici l'enjeu du problème : faire de la disposition relative à l'arbitrage un instrument à part entière. Mais dans ce cas, il ne s'agirait alors plus d'un dépeçage d'une partie détachable de la loi. Comme le Professeur Mayer a pu le souligner à propos des contrats internationaux, c'est faire mauvais emploi de la notion d'autonomie de la clause compromissoire que d'en faire un instrument distinct du support principal. Il s'agit seulement d'une séparabilité ponctuelle de la clause d'arbitrage de sorte à lui permettre de servir sa fonction⁶⁸⁵. Mais une telle séparabilité a bien entendu des limites⁶⁸⁶.

259. Critique du dépeçage de la loi. Ainsi, la tentation consistant à s'inspirer de la technique contractuelle du dépeçage pour plaider l'autonomie ou la détachabilité des dispositions relatives à l'arbitrage et en faire des instruments de droit international est critiquable. Elle procède à l'anéantissement du support juridique de la disposition. La loi n'est alors plus qu'un simple fait sans incidence sur la normativité primaire internationale. La disposition législative est pour sa part, élevée au rang d'instrument juridique alors qu'au départ, il ne s'agissait que d'une disposition isolée d'un ensemble normatif. Au demeurant, si l'autonomie ou encore la détachabilité de la convention d'arbitrage est plaidée, ce n'est qu'à titre accessoire. On y voit un contrat accessoire qui suit le contrat principal. Mais s'il faut voir dans la disposition législative de règlement des différends, un instrument de droit international (donc un acte juridique de droit international) et dans la loi elle-même, un fait en droit international, l'on comprend mal comment la théorie de

⁶⁸² CPJI, *Affaire des décrets de nationalités promulgués au Maroc préc.*, p. 24.

⁶⁸³ Dans ce cas de figure, les normes internationales et les normes internes n'ont pas le même objet. À ce titre, ils ne peuvent avoir pour objet de régir la même situation.

⁶⁸⁴ L'interprétation de la loi devra alors être conforme aux prescriptions conventionnelles ou coutumières.

⁶⁸⁵ Pierre MAYER, « Les limites de la séparabilité de clause compromissoire », *Rev. Arb.*, 1998, n°2, p. 361 – 363, §§ 4 et 5.

⁶⁸⁶ Pierre MAYER, « Les limites de la séparabilité de clause compromissoire », *Rev. Arb.*, 1998, n°2, p. 363 – 368, §§ 7-13.

l'accessoire peut s'appliquer. En clair, la disposition de règlement des différends devrait permettre d'introduire une réclamation devant un tribunal arbitral sur le fondement d'une cause juridique qui serait, en l'occurrence, un fait ! Ceci n'est pas possible puisque la cause juridique d'une réclamation ne peut être qu'un acte juridique. C'est toute la logique fonctionnelle qui a justifié l'autonomie de la clause compromissoire dans l'arbitrage commercial qui s'en trouve compromise lorsqu'elle est étendue aux réclamations légales. Elle n'apparaît donc d'aucune pertinence.

260. Cette solution difficilement explicable ne se peut concevoir. En reprenant une technique qui a été permise dans le champ contractuel, celle de procéder à l'autonomie de la clause d'arbitrage, on contribue à créer une insécurité juridique sans commune mesure. Cette insécurité juridique résulterait alors du fait qu'il reviendrait à l'arbitre de procéder à ce dépeçage d'un type particulier.

3. La légitimité du dépeçage par l'arbitre : un obstacle important

261. Le principe. Le principe compétence – compétence est le pouvoir reconnu, dans le procès international, à une juridiction internationale de connaître des litiges relatifs à sa compétence. Pour le Professeur Carlo Santulli, « un accessoire de la compétence, est la compétence pour les différends relatifs à la validité et le maintien en vigueur de l'engagement juridictionnel »⁶⁸⁷. Ce principe a fait l'objet de critiques autrefois⁶⁸⁸ avant d'être consacré par la jurisprudence, d'abord pour les litiges relatifs à

⁶⁸⁷ Carlo SANTULLI, *Droit du contentieux international*, LGDJ, 2015, pp.155 - 156, § 241. Voir notamment les nombreuses jurisprudences apportées au soutien de la démonstration.

⁶⁸⁸ Historiquement, la possibilité pour l'arbitre de connaître de la validité de l'engagement juridique a été contestée, en France notamment, tant dans le cadre de l'arbitrage interne qu'international. La première objection formulée contre ce principe en droit français était la vocation permanente de juger faisant défaut aux arbitres. En effet, on a pu écrire que contrairement aux juges nationaux, l'arbitre n'était pas naturellement investi d'un pouvoir de juger. Il n'a aucun titre à apprécier la validité d'un instrument tant qu'il n'est pas régulièrement institué. Or, la question de la régularité de son institution étant dépendante de la validité de la convention d'arbitrage, c'est tout logiquement que cette question lui échappe (Civ., 2 décembre 1839, *Sirey*, 1840.I.237, Civ, 2 août 1842, *Sirey*, 1842.I.824). Intimement liée à la première objection, la seconde entrave à la compétence-compétence de l'arbitre a été de qualifier la question de la validité de l'engagement juridictionnel de question préjudicielle. Avec l'arrêt Caulliez, 22 février 1949, (*JCP*, 1949.II.4899, *Sirey*, 1949.I.73), la Cour de cassation s'est montrée favorable à la possibilité pour l'arbitre de connaître des questions relatives à l'existence de la convention d'arbitrage (pour un avis contraire voir : HEBRAUD, *Rev. Trim. Dr. Civ.*, 1949.44, *Inform. Chef d'entrepr.*, 1952.554 et Jean Robert, *Traité*, 2^{ème} éd., n°150 cités par MOTULSKY in « Menace sur l'arbitrage : la prétendue incompétence des arbitres en cas de contestation sur l'existence ou la validité de la clause compromissoire » in *Écrits, Études et notes sur l'arbitrage*, Dalloz, 2010, p. 193). Cet arrêt impose un changement d'approche, l'arbitre s'étant vu reconnaître un titre à juger de ces questions. Rompant avec décision, la Cour de cassation, dans l'arrêt Courtieu (Com., *Courtieu et Tronel c/ Blanchard*, 6 octobre 1953, *J.C.P.*, 1954.I.1194), considère cette question comme une question préjudicielle qui échappe à la compétence du juge. (Voir en ce sens : HEBRAUD, *Rev. Trim. Dr. Civ.*, 1954, p.142). Ce faisant, l'arbitre devait surseoir à statuer en attendant que les juridictions étatiques se soient prononcées sur l'exception d'invalidité de la convention d'arbitrage soulevée par une des parties. D'un point de vue purement théorique, ces solutions sont difficilement contestables. Cependant, le peu d'intérêt pratique de ces critiques a suscité le courroux des affidés de l'arbitrage, parmi lesquels Motulsky mérite, par la qualité de sa critique, le droit de cité. Selon l'auteur, cette position n'était rien d'autre qu'une prime accordée aux manœuvres dilatoires dont pourraient user certaines parties de mauvaise foi. Pour lui, l'argument de la question préjudicielle est une « pétition de principe » aucunement pertinente dans la mesure où les cas dans lesquels il est fait emploi de la notion, le juge qui sursoit à statuer indépendamment de la décision du second juge, n'a pas compétence pour se prononcer sur la question soumise. Ainsi, écrit-il : « La solution adoptée par l'arrêt Courtieu est donc, dès l'abord, entachée d'un premier illogisme : le raisonnement qui consiste à

la validité de l'engagement juridictionnel dans le cadre de l'arbitrage international⁶⁸⁹. Elle a été suivie par le législateur⁶⁹⁰ et les mécanismes internationaux de règlement des différends consacrant cette solution⁶⁹¹. Cependant, si la légalité du principe ne fait l'objet d'aucune contestation, certaines limites sont tout de même fixées à l'arbitre pour permettre le règlement des litiges en la matière. En effet, même chez Motulsky, le principe compétence-compétence ne confère pas un pouvoir souverain à l'arbitre quant à l'appréciation de la validité de la convention d'arbitrage. L'exception de fraude peut valablement faire échec à la compétence de l'arbitre⁶⁹². En droit positif, une autre limite à ce pouvoir des arbitres est le contrôle exercé par le juge en cas de recours contre la sentence arbitrale⁶⁹³. Une autre limite est également envisageable, c'est celle d'un dépeçage artificiel pour apprécier la validité de l'engagement juridictionnel.

262. Les réticences vis-à-vis du dépeçage judiciaire. Ce risque d'un dépeçage artificiel a été mis en avant pour critiquer la possibilité d'un dépeçage judiciaire. En effet, l'indépendance de la clause d'arbitrage si elle est admise, peine toujours à emporter l'adhésion de la doctrine lorsqu'elle n'est pas le fait d'une volonté explicite des parties à l'arbitrage. Une des évolutions récentes sur la question est le règlement ROME I dont les spécialistes s'accordent à dire qu'il proscriit le dépeçage judiciaire⁶⁹⁴. La CJCE s'est

dénier aux arbitres le droit de statuer sur l'investiture, parce que, si celle-ci n'existe pas, ils n'ont pas le droit de statuer sur le fond, méconnaît les caractéristiques de la question préjudicielle, qui ne peut être définie à partir du résultat de la recherche sur laquelle elle porte » in « Menace sur l'arbitrage : la prétendue incompétence des arbitres en cas de contestations de l'existence ou de la validité d'une clause compromissoire » in *Écrits, études et notes sur l'arbitrage*, 1974, p. 198. C'est à terme porter atteinte à l'intérêt pratique de l'arbitrage si toute contestation relative à l'existence d'un consentement à l'arbitrage devait échapper aux arbitres⁶⁸⁸.

⁶⁸⁹ France, Civ. 1^{ère}, *Impex*, 18 mai 1971, note Bruno OPPETIT, *JDI*, 1972, p. 62 ; note Philippe KAHN, *Rev. Arb.* 1972, p.2

⁶⁹⁰ France, Décret n°80-354 du 14 mai 1980 relatif à l'arbitrage et destiné à s'intégrer dans le nouveau code de procédure civile (voir article 1466 de l'ancien code de procédure civile). Aujourd'hui, l'article 1465 du Code de Procédure civile dispose : « Le tribunal arbitral est seul compétent pour statuer sur les contestations relatives à son pouvoir juridictionnel ».

⁶⁹¹ Convention de Washington instituant le CIRDI, art. 41(1) : Le tribunal est juge de sa compétence. Dans le même sens, l'article 23(1) du règlement d'arbitrage CNUDCI, version révisée de 2010, prévoit : « Le tribunal arbitral *peut statuer* sur sa propre compétence, y compris sur toute exception relative à l'existence ou à la validité de la convention d'arbitrage ». Aussi, l'article 10.4 du règlement d'arbitrage de la CCJA et article 11 de l'Acte Uniforme relatif à l'arbitrage qui reprend la formulation de la convention CNUDCI, à la différence que là où la disposition CNUDCI parle d'une possibilité, l'Acte Uniforme précise que le tribunal arbitral **est seul** compétent.

⁶⁹² Henri MOTULSKY, « Menace sur l'arbitrage : la prétendue incompétence des arbitres en cas de contestations de l'existence ou de la validité d'une clause compromissoire » in *Écrits, études et notes sur l'arbitrage*, 1974, p. 203, § 15.

⁶⁹³ Sur ce point : Christophe SERAGLINI et Jérôme ORTSCHIEDT, *Droit de l'arbitrage interne et international*, Montchrestien, 2013, p. 591, §674. Dans l'arbitrage CIRDI, le recours est exercé devant le comité d'annulation tandis que dans le cadre de l'arbitrage CCJA devant les juges nationaux et les juges de la CCJA.

⁶⁹⁴ Les critiques ont principalement concerné le fondement de la pratique. Si le dépeçage est la conséquence de l'autonomie de la volonté des parties, il est alors inconséquent que le juge ait à se prononcer sur les lois que les parties ont choisies. L'argument selon lequel le juge n'invente pas *ex nihilo* cette loi mais essaie de dégager la volonté tacite des parties, pour trouver un semblant de cohérence interne à la question, n'est rien d'autre qu'un leurre pour donner une signification au silence de ces parties. Pour Niboyet, ce silence est un silence. Les juges n'ont pas à rechercher ce qui n'existe pas. Le règlement Rome I est cependant silencieux sur la possibilité du dépeçage judiciaire. Les auteurs en nombre important estiment que la suppression de la référence au dépeçage judiciaire dans le Règlement Rome I indique que ce dernier est proscriit en droit communautaire. (Voir pour un exemple: Ulrich MAGNUS, « Article 4 Rome I Regulation: The Applicable Law in the Absence of Choice », *Rome I Regulation. The Law Applicable to Contractual Obligations in Europe*, Munich, Sellier, European Law Publishers, NCTM Studio Legale Associato, 2009. p. 31). Cependant, selon Hélène GAUDEMET-TALLON, ce silence n'empêcherait pas le dépeçage judiciaire qui « ne serait possible que si la loi du « centre de gravité » du contrat était totalement défailante sur une question précise » in

montrée prudente dans l'affaire ICF contre le recours à cette technique contractuelle par le juge⁶⁹⁵. Bien que l'arrêt soit d'un maigre apport sur l'évolution de la question en droit communautaire européen, on peut aisément se ranger derrière les avis favorables à la disparition du dépeçage judiciaire. La recherche indiciaire de la volonté tacite des parties à un contrat par un tiers, juge ou arbitre, est une opération délicate dans la mesure où la volonté tacite peut exposer à toute forme de théories possibles.

263. L'encadrement du dépeçage par l'arbitre. Pour pallier cette difficulté, la pratique a tendance, dans le cadre de l'arbitrage commercial, à suggérer que la loi applicable à la convention d'arbitrage soit celle applicable au contrat principal⁶⁹⁶ même si le problème est plus délicat lorsque les parties n'ont pas elle-même déterminer la loi applicable au contrat principal⁶⁹⁷. Quoi qu'il en soit, le pouvoir d'interprétation de l'arbitre est sérieusement encadré par les méthodes de conflit et l'application de règles matérielles. Si cette solution devait être étendue à l'arbitrage d'investissement, sans préjudice des différences existantes entre les deux systèmes, l'artifice par lequel l'arbitre détermine le régime juridique applicable à l'offre d'arbitrage, en l'absence de précisions données par les parties, devient difficile à expliquer. Lorsqu'un arbitre décide de soumettre la disposition relative à l'arbitrage au régime établi pour les actes unilatéraux ou les déclarations de juridiction obligatoire, en l'absence de mention explicite de la disposition examinée, il applique un régime différent de celui applicable à l'instrument principal. Refusant d'appliquer le principe *accessorium principale sequitur*, l'arbitre devrait alors apporter un minimum de motivation à sa décision.

« Convention de Rome du 19 juin 1980 et règlement « Rome I » du 17 juin 2008 », *JCl. Europe Traité*, LexisNexis, 2009, Fasc. 3201, n° 28 et 53.

⁶⁹⁵ Pour rappel, la CJCE a estimé dans cette affaire que le dépeçage n'est possible que si « la partie du contrat » est celle dont l'objet est « autonome par rapport à celui du reste du contrat ». Cette interprétation a été perçue comme restreignant la possibilité d'un dépeçage judiciaire. CJCE, *Intercontainer Interfrigo (ICF)*, aff. C-133/08, 6 oct. 2009, *Rev. Lamy Droit civil*, 2010, n° 69, note M.-E. Ancel, p. 7, aussi *JCP.2009.550*, note Louis D'AVOUT et Louis PERREAU-SAUSSINE, *JDI*, n° 1, janv. 2010, comm. 5, §20, note Cecile LEGROS, *Rev. Crit. DIP* 2010.199, note Paul LAGARDE.

⁶⁹⁶ Christophe SERAGLINI et Jérôme ORTSCHIEDT notent en ce sens : « Lorsque les parties ont, de façon générale, choisi une loi applicable au contrat principal, on pourrait considérer que ce choix doit être présumé valoir pour l'ensemble des stipulations contractuelles, clause compromissoire comprise » in *Droit de l'arbitrage interne et international*, Montchrestien, § 581, p. 486. Dans la même veine, l'on saisit toute la pertinence des propos du Professeur Pierre MAYER s'agissant des limites à l'autonomie des clauses compromissoires in « Les limites à la séparabilité de la clause compromissoire », *Rev. Arb.*, 1998, p. 359, spéc. n°13.

⁶⁹⁷ Plusieurs critères de rattachement dans cette hypothèse sont envisagés : D'abord, la solution la plus évidente a été d'appliquer à la clause compromissoire la loi applicable au contrat principal suivant les critères de rattachement objectifs déterminés (CCI, sentence n°6840, 1991, *JDI*, 1992, p. 1030). Ensuite, le critère du siège de l'arbitrage a été évoqué en raison de l'autonomie de la clause compromissoire (Art. V (1) (a) de la convention de New York de 1958, article VI (2) et IX (1)(a) de la Convention de Genève de 1961). Jean François POUDRET, Samantha BESSON, *Droit comparé de l'arbitrage international*, Bruylant, 2002, pp. 274 – 277, §§ 300-302 : les auteurs relèvent après examen de six législations européennes : « on constate qu'à l'exception des droits suisse et français, les différents ordres juridiques déterminent le droit applicable à la convention d'arbitrage selon des principes semblables à ceux de l'art. V ch.1. l et. A de la Convention de New York. La jurisprudence estime par ailleurs que l'élection de droit contenue dans le contrat principal s'étend en principe à la convention d'arbitrage ». CCI, n°5832, 1988, *JDI* 1988, p. 1198, CCI, 5730 (1998), *JDI* 1990, p. 1029, obs Yves DERAÏNS.

Une difficulté supplémentaire pourrait se poser dans le cadre du système CIRDI. Contrairement aux autres procédures d'arbitrage qui peuvent faire l'objet d'un recours devant un juge étatique, dans le système CIRDI, le recours est formé auprès d'un comité d'arbitrage *ad hoc*. Il en infère que la question de la loi applicable à la volonté unilatérale du législateur échappe à la compétence du juge national, dont la fonction essentielle est d'être "la bouche de la loi". Les réactions hostiles des États⁶⁹⁸ pourraient sur ce point s'expliquer.

264. En somme, si dans l'Union européenne, il est proscrit au juge de procéder à un dépeçage de la volonté des parties et que dans l'arbitrage commercial, des efforts sont fournis pour encadrer la marge de manœuvre des arbitres, l'intérêt d'un dépeçage de la loi par l'arbitre transnational ne semble pas judicieux. Contrairement au contrat dans lequel la volonté des parties est créatrice de droits et d'obligations, dans le cadre de la loi, c'est la constitution qui en fixe la validité et les effets. À ce titre, il ne semble pas possible de procéder à un dépeçage des codes des investissements. Qui plus est lorsque cela conduit à une dénaturation des codes afin d'assimiler les offres d'arbitrage aux déclarations de juridiction obligatoire en dépit des différences essentielles entre les instruments.

§2 : Les offres d'arbitrages et les déclarations de juridictions : des instruments essentiellement différents

265. La pratique arbitrale voit dans l'invariant, la saisine d'une juridiction, le critère justifiant l'analogie entre les offres des arbitrages et les déclarations de juridiction obligatoire⁶⁹⁹. Mais cette économie de moyen est en soi une erreur épistémique⁷⁰⁰. La fonction des instruments ne peut servir de double alibi : une identité de nature de laquelle découlerait une identité de régime. C'est du point de vue de l'essence⁷⁰¹ que l'analyse *a simili* doit être vérifiée. En effet, l'observation eidétique des instruments laisse apparaître des caractères différents tant en ce qui concerne le contenu des instruments (A) que leur forme (B).

⁶⁹⁸ Notons qu'à la suite de la sentence rendue dans l'affaire du café de Rome, la Côte d'Ivoire a fait modifier son code des investissements pour supprimer la référence à l'arbitrage CIRDI.

⁶⁹⁹ Le tribunal de l'affaire *Tidewater Inc. c. Venezuela*, ARB/10/5, Compétence, 8 février 2013, § 99.

⁷⁰⁰ En effet, si la saisine d'une juridiction vient à être considérée comme *ratio legis*, justifiant de la sorte l'analogie entre disposition législative relative à l'arbitrage et déclaration de juridiction obligatoire, alors l'analogie avec la clause compromissoire ou le compromis devait tout aussi prise en compte. Ces conventions d'arbitrage stricto sensu emportent également dévolution de compétence du tribunal arbitral. Leur exclusion du spectre de l'analyse ne s'en trouverait plus justifiée.

⁷⁰¹ L'essence doit ici être comprise comme l'ensemble des déterminations qui définissent un objet de pensée. Voir, André LALANDE, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, PUF, p. 301 et 302, entrée : essence.

A. L'ILLUSION D'UNE SIMILITUDE DE CONTENU

266. Le principe de juridiction consentie, admis en droit international et dans l'arbitrage international, requiert un engagement juridictionnel qui contient le consentement des parties, en notre hypothèse de l'Etat, de se soumettre à la juridiction désignée. À ce titre, les déclarations facultatives et les offres d'arbitrage servent d'engagement juridictionnel. Mais ce caractère commun, par l'effet duquel ils permettent la saisine d'une juridiction, n'est qu'une apparence (1). À observer de près chaque instrument, on en déduit que la saisine d'une juridiction est un facteur « creux » (2) qui fait obstacle à tout raisonnement *a simili*.

1. La saisine d'une juridiction internationale : l'apparence

267. La désignation d'une juridiction internationale comme facteur d'internationalisation des actes juridiques. L'acte dévolutif de compétence d'une juridiction internationale⁷⁰² est-il en lui-même un acte juridique de droit international ? La réponse à cette question est pour le moins délicate en raison de l'indétermination de la notion dans le domaine international. Faute d'une matière qui soit proprement internationale⁷⁰³, lorsqu'une volonté unilatérale s'exprime, il faut toujours en rechercher la portée en droit international. En tant que manifestation de volonté destinée à produire des effets de droit, l'engagement juridictionnel est bien un acte juridique. La question qui se pose est alors de savoir si la dévolution de compétence à une juridiction internationale est un effet suffisant pour faire de cet acte juridique, un acte de droit international public.

⁷⁰² La juridiction internationale peut être définie comme un organe créé par un traité international ayant pour fonction de trancher un différend par application d'une règle de droit international et par une décision obligatoire. (Sur la définition d'une juridiction internationale : Carlo SANTULLI, « Qu'est-ce qu'une juridiction internationale ? Des organes répressifs internationaux à l'ORD », *AFDI*, 2000, pp. 58- 81 et du même auteur, « Les juridictions internationales de l'ordre international : essai d'identification », *AFDI*, 2001, pp. 45 – 61 ; Hervé ASCENSIO, « La notion de juridiction internationale en question » in SFDI, *La juridictionnalisation du droit international*, colloque, Lille, Paris, Pédone, 2003, pp. 163 – 202). Dans les lignes qui suivent, il sera fait l'économie de la discussion de savoir si les tribunaux arbitraux CIRDI et autres que CIRDI, sont des juridictions internationales. Bien que cette question soit débattue, la discussion de ce point reste d'un apport maigre pour la démonstration qui nous concerne, outre le fait qu'aucun argument nouveau ne peut être apporté aux approches déjà développées. Sur ce point Charles Leben note que le CIRDI peut être considérée comme une juridiction internationale parce que créée par un traité international pour régler des différends d'ordre international par application du droit international et en rendant une sentence obligatoire. De même, l'auteur considère que les tribunaux arbitraux parce qu'ils tranchent aussi des litiges internationaux et sont amenés à faire application du droit international pourrait être considéré comme des juridictions internationales (Charles LEBEN, « la théorie du contrat d'Etat et l'évolution du droit international des investissements », *RCADI*, vol. 302, 2003, pp. 331 et ss., spéc. §§ 280 - 290). Dans les lignes qui suivent, la démonstration se concentrera sur le fait que, même à tenir pour vraie cette acceptation selon laquelle les tribunaux arbitraux sont des juridictions internationales, cela n'empêche pas assimilation des offres d'arbitrage aux déclarations de juridiction obligatoire.

⁷⁰³ La distinction compétence réservée de l'État et domaine international posée par la CPJI dans l'affaire des *Décrets de naturalisation promulgués au Maroc et en Tunisie*, demeure pertinente. Il n'y a pas de matière qui soit par nature internationale. Certes, le *jus cogens* fait office d'exception. Mais l'indétermination de ce *jus cogens* en fait une exception qui viendrait plutôt confirmer la règle qu'elle ne la remettrait en cause. Sur ces points, voir *supra* Charles LEBEN, « la théorie du contrat d'Etat et l'évolution du droit international des investissements », *RCADI*, vol. 302, 2003, pp. 291 – 358, §§ 291 – 310.

La question n'est pas nouvelle et a fait l'objet d'âpres discussions à propos des contrats d'Etat. Il a ainsi été soutenu par d'éminents auteurs que la saisine d'une juridiction internationale était un facteur d'internationalisation pouvant modifier l'ordre juridique d'appartenance de l'instrument en cause. Au soutien de cet argument, il est fait état de la maxime *qui eligit judicem elegit jus*⁷⁰⁴. Le professeur Weil fait ainsi observer :

« Pour la plupart des auteurs, en effet, la soumission des litiges à un organe arbitral de caractère international permet de présumer, même en l'absence de *professio juris*, la volonté des parties d'appliquer à leurs rapports le droit international »⁷⁰⁵.

Cette analyse fait écho aux célèbres sentences arbitrales *Sapphire*, *Texaco* et *Aramco*. Le point est principalement mis en lumière par la sentence *Sapphire* qui, après avoir affirmé que plusieurs critères permettent l'internationalisation d'un contrat d'Etat, ajoute :

« Il est incontestable que la référence à un arbitrage international suffit à internationaliser le contrat, c'est-à-dire à le situer dans un ordre juridique spécifique, celui du droit international des contrats »⁷⁰⁶.

Ainsi, il est apparu à une époque que la clause d'arbitrage faisant référence à un arbitrage international emportait transformation du contrat d'investissement en contrat de droit international. L'argument repris par la doctrine en faveur de l'internationalisation des offres d'arbitrage dans les codes des investissements, est le même à une nuance près : il ne s'agit pas de transformer tout l'instrument, mais seulement la disposition législative relative à l'arbitrage en un instrument de droit international⁷⁰⁷. De la sorte, en désignant le CIRDI ou la CCJA, les États s'engagent internationalement au même titre que lorsqu'ils formulent des déclarations facultatives de juridictions obligatoires auprès de la CIJ.

268. Critique du facteur identifié. L'analogie ainsi décrite est fondée sur une apparence due à la fonction similaire des deux instruments : fonder la juridiction d'une instance internationale. Déjà, les objections formulées à l'égard de l'effet transformant des clauses d'arbitrage peuvent ici s'appliquer. En effet, ainsi que le souligne la Professeure Lankarani, il s'agirait d'une « construction théorique (...) séduisante mais surréaliste »⁷⁰⁸. Que la saisine d'une juridiction internationale ait des effets

⁷⁰⁴ Trad. non officielle : Celui qui choisit le juge a choisi le droit.

⁷⁰⁵ Prosper WEIL, « Les problèmes relatifs aux contrats passés entre un état et un particulier », *RCADI*, 1969, vol. 128, p. 176.

⁷⁰⁶ SA, « *Sapphire* », *Répertoire*, n°3175, p. 301, §44. SA, « *Texaco Galasiatic* », *ILM*, vol. 17, janvier 1978, p. 3 à 37, *JDI*, 1977, p. 350. (Au paragraphe 44, p. 359).

⁷⁰⁷ Makane MBENGUE, « National Legislation and Unilateral Acts of States », *Op. cit.*, pp. 212 – 213.

⁷⁰⁸ L'auteure note à ce propos : « Prétendre que la clause d'arbitrage est un facteur d'internationalisation du contrat d'État c'est, d'une part, attribuer à la clause arbitrale le pouvoir extraordinaire, soit de créer, de par sa présence, des obligations internationales de comportement à la charge de l'État, soit de transmuter, subrepticement les obligations internationales de résultat existantes en obligations internationales de comportement, ou encore, de considérer que la violation de l'obligation internationale de résultat est d'ores et déjà consommée. C'est d'autre part, de voir dans cette clause, le pouvoir d'opérer par voie de conséquence – "logique" à cette prétention – la conversion de l'arbitre du contrat d'État et de sa mission, en juge international, chargé de constater l'illicéité

internationaux, cela reste plausible. Mais en déduire que "permettre" le recours à une juridiction, "oblige" internationalement, il y a là une pétition de principe qui n'est pas démontrée dès lors que les seuls effets internationaux ne font pas d'un acte juridique, un acte unilatéral de droit international⁷⁰⁹.

269. En somme, c'est se limiter aux apparences que de considérer que les offres d'arbitrages et les déclarations de juridiction obligatoire sont similaires. Ce n'est pas la saisine d'une juridiction internationale qui opère internationalisation de l'instrument, quelles que puissent être les obligations qu'il contient. En réalité, l'obligation qui naît de la déclaration de juridiction obligatoire n'a rien de comparable à celle qui découle du jeu entre une offre et une acceptation de l'arbitrage en droit international. À ce titre, la saisine d'une juridiction internationale, loin d'être un critère de transsubstantiation de l'instrument, demeure un facteur creux.

2. La saisine d'une juridiction internationale : un facteur creux

270. L'engagement juridictionnel qui fonde la compétence d'une juridiction internationale, ne peut être observé que débarrassé des contingences qui l'entourent. La nature similaire, de laquelle on justifiera l'analogie, doit s'établir à la suite d'une réduction par le biais de laquelle l'essence des instruments se dégagerait des éléments variables. Il est facile alors de fixer l'*eidos* : c'est la saisine d'une juridiction internationale. Cet élément, qu'il s'agisse d'une offre d'arbitrage ou d'une déclaration de juridiction obligatoire, n'est pas changeant. Le problème, c'est que l'essence ainsi identifiée n'est pas celle qui confère sa juridicité à l'instrument. C'est dans les éléments contingents que s'établit plutôt la force normative des deux engagements juridictionnels. L'on peut observer que la déclaration de juridiction est obligatoire *ab initio* (a) quand l'offre d'arbitrage, *stricto sensu*, n'est jamais obligatoire (b).

a. Les déclarations facultatives de juridiction obligatoire : des instruments obligatoires ab initio

271. La date critique de naissance des obligations. La détermination du moment à partir duquel la déclaration de juridiction devient obligatoire a fait débat dans le cadre

international et d'engager la responsabilité internationale de l'État » in Leila LANKARANI, *Le contrat d'État à l'épreuve du droit international*, Bruylant, 2001, pp 254 – 255.

⁷⁰⁹ La CIJ ne retient pas les effets sociologiques de la norme comme un facteur d'internationalité. Seuls les domaines que les États ont décidé de soumettre au droit international relèvent la matière internationale. Voir *supra* sur l'exclusion de la doctrine de l'« *international concern* » comme facteur d'internationalisation d'une matière. Partie 1 Titre 1 Chap 2 section 1 §2, B.

du contentieux de la CIJ. Pour certains auteurs, en l'absence de tout litige, ces déclarations n'obligent pas l'Etat déclarant⁷¹⁰. Dans l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires des États-Unis au Nicaragua et contre celui-ci*, le gouvernement américain a soulevé ce point au paragraphe 383 de son contre-mémoire, en ces termes :

*« the date of the filing of an Application is critical in distinguishing between commitments under the Optional Clause system that retain, before that date, a variable and unilateral character, but become fixed for the purposes of any given case on that date. The jurisprudence with respect to the seisin of the court constitutes yet another demonstration of the divergence between the law of treaties and practice under the Optional Clause »*⁷¹¹.

La réponse apportée par la Cour à cette interrogation n'a pas toujours été un modèle de clarté. Dans l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires*, la Cour a répondu à l'interrogation américaine en soulignant :

*« La coïncidence ou connexité de ces obligations reste donc fluide jusqu'au dépôt d'une requête introductive d'instance. La Cour doit alors vérifier si à ce moment, les deux États ont accepté "la même obligation" par rapport à l'objet du procès ; le fait qu'auparavant l'un ait eu plus que l'autre le droit de modifier son obligation est sans incidence sur la question »*⁷¹².

Mais il est plus approprié de lire dans ces lignes que « le dépôt de la requête n'est que la condition pour que la clause de juridiction obligatoire produise effet à l'égard de la demande »⁷¹³. Dès lors, il ne semble pas possible de déduire une quelconque pertinence dans l'existence d'une obligation avant la saisine. Tout le contraire de la solution de l'*Affaire du droit de passage en territoire indien*.

272. L'apport de l'affaire du droit de passage en territoire indien. La détermination de la date critique de naissance de l'obligation a un enjeu considérable. Si l'on considère que la déclaration facultative de juridiction obligatoire crée une obligation en l'absence de toute requête introductive d'instance, la circonstance selon laquelle un Etat ait ou non reçu notification de la déclaration d'un autre Etat est sans pertinence quant aux effets de cette déclaration. En revanche, si l'obligation ne naît qu'au moment où une plainte est introduite contre un Etat, la notification de la déclaration à cet Etat devient une condition importante pour permettre le jeu de la juridiction consentie. C'est exactement

⁷¹⁰ Sur ce point, voir : Ifi SHIHATA, *The power of the International Court to Determine its own Jurisdiction. Compétence de la compétence*, Martinus Nijhoff, The Hague, 1965, p. 16 ; Shabtai ROSENNE *The International Court of Justice: An Essay in Political and legal theory*, Sijthoff, 1957, Leyden, p. 318 ; ALEXANDROV, *Reservations in Unilateral Declarations Accepting the Compulsory Jurisdiction of the International Court of Justice*, Martinus Nijhoff Publishers, 1995, p. 16. Pour une récente analyse sur ce point : Gunnar TÖRBER, *The contractual nature of the optional clause*, Oxford and Portland Oregon, 2015, pp 10-22.

⁷¹¹ CIJ, *Activités militaires et paramilitaires des États-Unis au Nicaragua et contre celui-ci* (Nicaragua c. États-Unis), 17 août 1984, contre-mémoire des États-Unis, p. 115, § 383.

⁷¹² CIJ, *Activités militaires et paramilitaires des États-Unis au Nicaragua et contre celui-ci* (Nicaragua c. États-Unis), 26 novembre 1984, arrêt, exceptions préliminaires, Rec. 1984, p. 420, § 64.

⁷¹³ CIJ, *Affaire Nottebohm* (Liechtenstein c. Guatemala), arrêt du 18 novembre 1953, Rec. 1953, p. 123.

la question à laquelle devait répondre la CIJ dans l'*affaire du droit de passage en territoire indien*. La solution apportée par la CIJ est la suivante :

« *By deposit of its declaration of acceptance with the Secretary-General, the accepting State becomes a Party to the system of the Optional Clause in relation to the other declarant States, with all the rights and obligations deriving from Article 36* »⁷¹⁴.

Ainsi, les déclarations de juridiction sont obligatoires dès leur dépôt auprès du Secrétariat Général des Nations Unies. Ce point de vue de la CIJ a été repris dans l'*affaire des frontières maritimes et terrestres opposant le Cameroun au Nigeria*⁷¹⁵. Ceci laisse entendre une certaine constance dans la politique jurisprudentielle de la CIJ. De l'analyse qui précède, l'on peut déduire que les déclarations facultatives créent à l'égard de l'Etat déclarant, une obligation. Cette obligation existe dès le dépôt de l'instrument dans les conditions prévues au Statut de la CIJ. L'on remarque dès lors que ce n'est pas la volonté *in se* d'autoriser la saisine de la juridiction internationale qui détermine l'obligation, mais les prescriptions procédurales prévues par le Statut de la CIJ. Ceci distingue la déclaration de juridiction de l'offre d'arbitrage.

b. L'offre d'arbitrage dans les codes des investissements : des actes ne comportant pas d'obligation juridique ab initio

273. Un acte unilatéral dénué d'obligations de recourir à l'arbitrage. La question est controversée. Selon que l'on tient les offres d'arbitrage comme un acte unilatéral juridique ou non, leur obligatorité ne s'établira pas au même moment. En effet, si l'on considère que les offres d'arbitrage sont comme les déclarations de juridiction obligatoire, la conclusion logique serait qu'elle lie l'Etat au moment où elles sont formulées, conformément à la jurisprudence de la CIJ. Mais ce point de vue est critiquable. Les États ne sont pas liés par les offres d'arbitrage qu'ils formulent dans leurs codes des investissements en l'absence de toute réaction de la part de leur destinataire. C'est une conséquence immédiate de la souveraineté législative de ces derniers. De plus, dans le cadre de l'arbitrage CIRDI par exemple, l'article 25(1) de la Convention de Washington indique simplement que « [l]orsque les parties ont donné leur consentement, aucune d'elles ne peut le retirer unilatéralement »⁷¹⁶. On peut en déduire que l'interdiction de

⁷¹⁴ CIJ, *Affaire concernant le droit de passage en territoire indien (Portugal c. Inde)*, 1957, (Exceptions préliminaires), *Rec.* 1957, p. 125, § 146.

⁷¹⁵ CIJ, *Affaire des frontières maritimes et terrestres entre le Cameroun et le Nigeria, (Cameroun v. Nigeria)*, Exceptions préliminaires, *Rec.* 1998, p. 275, § 25.

⁷¹⁶ Dans sa formulation anglaise, le texte indique : « (...) *When the parties have given their consent, no party may withdraw its consent unilaterally* ». Une interprétation possible serait de dire que la Convention ne vise ici que le retrait du consentement unilatéral des parties. Ainsi, lorsqu'une partie donne unilatéralement son consentement, celle-ci ne peut retirer unilatéralement ce

retrait du consentement à l'arbitrage concerne la convention d'arbitrage et non l'offre d'arbitrage. Cette lecture est confirmée par les travaux préparatoires de la Convention de Washington. Lors des débats en assemblée, le représentant de l'Ouganda, Mallamud, avait posé la question de savoir quels seraient les effets d'une acceptation unilatérale de la juridiction du centre par un Etat qui n'a aucun lien contractuel avec un investissement. La réponse du Président de séance à cette question peut ainsi être reproduite :

« (...) *Unilateral acceptance of the Center's jurisdiction constituted an offer which could be accepted by a foreign investor and so become binding on both parties and bring into operation section 17 (1)* »⁷¹⁷.

Ainsi, dans l'esprit des rédacteurs, les parties ne sont liées qu'au moment de la rencontre des volontés entre offre et acceptation de l'arbitrage. Toutefois, cette lecture ne fait pas l'unanimité notamment dans la pratique arbitrale.

274. Une approche à relativiser. Dans l'affaire *Rumeli c. Kazakhstan*, la question de savoir si un Etat pouvait retirer unilatéralement son offre d'arbitrage figurant dans un code des investissements alors que l'investisseur, après avoir réalisé son investissement, n'avait pas encore accepté l'offre d'arbitrage. Les arbitres se sont montrés favorables à cette approche. Ils ont ainsi considéré que l'offre d'arbitrage, même si elle n'avait pas été acceptée, ne pouvait pas être retirée unilatéralement⁷¹⁸. Cependant, pour justifier leur approche, les arbitres ont invoqué la garantie de stabilisation figurant dans le code kazakh. Il peut alors être considéré que les arbitres recourent à une combinaison d'éléments qui indique que pris isolément, les offres d'arbitrage ne contiennent pas d'obligations pour l'Etat de recourir à l'arbitrage.

Le même raisonnement vaut pour les analyses doctrinales selon lesquelles l'offre d'arbitrage doit être maintenue au nom du principe de bonne foi⁷¹⁹. En effet, en formulant une telle hypothèse, l'obligation qui pèse à l'égard de l'Etat est de faire preuve de bonne

consentement. Mais cette interprétation n'emporte pas la conviction. En effet, elle revient à annuler l'emploi du pluriel dans la proposition conjonctive introduite par conjonction de subordination « lorsque » prévue à l'article 25 sus-indiqué. La phrase « lorsque les parties ont donné leur consentement (...) » serait réduite sémantiquement à « lorsqu'une partie a donné son consentement » quand il serait plus approprié, pour donner leur pleine signification aux mots employés, de lire « lorsque les [deux] parties ont donné leur consentement, aucune d'elles ne peut le retirer unilatéralement ». Ce sont les consentements des parties qui fondent le droit de réclamation dans l'arbitrage transnational. De plus, considéré qu'un consentement qui n'a pas été échangé ne peut plus être retiré unilatéralement supposerait qu'à l'occasion des travaux préparatoires de la Convention de Washington, le mécanisme du consentement dissocié ait été clairement envisagé. Ce qui n'est pas le cas. Brigitte Stern note d'ailleurs qu'il y a eu un malentendu à ce sujet (Brigitte STERN, « Le consentement à l'arbitrage CIRDI en matière d'investissement international : que disent les travaux préparatoires ? », *Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du XXème siècle, À propos de 30 ans de recherche du CREDIMI*, Mélanges en l'honneur de Philippe Khan, Paris, Litec, 2000, p. 232.).

⁷¹⁷ ICSID, *History of the ICSID Convention*, vol II-1, pp 274-275.

⁷¹⁸ CIRDI, *Rumeli Telekom A.S. and Telsim Mobil Telekomunikasyon Hizmetleri A.S. c. Republic of Kazakhstan*, ARB/05/16, 29 juillet 2008, §§ 333 – 336. La question du retrait unilatéral de l'offre d'arbitrage est cependant appréciée diversement par la pratique arbitrale. Pour une analyse plus détaillée, voir *infra* Partie 2 titre 1 chapitre 1.

⁷¹⁹ Pierre MAYER et Ana Carolina SIMOES E SILVA, « Le consentement à l'arbitrage » in *Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational*, Pédone, Paris, 2015, pp. 717 – 723. Également, voir *infra* : Partie 2 Titre 1 Chapitre 1 section 2 §2.

foi dans les négociations avec l'investisseur, et non une obligation de maintien de son offre d'arbitrage.

275. En définitive, l'offre d'arbitrage n'est pas un acte juridique contraignant (à tout le moins qui contraint l'Etat à recourir à l'arbitrage) aussi longtemps que celle-ci n'a pas fait l'objet d'une acceptation par un investisseur. Il peut dès lors paraître curieux d'étendre le régime fixé pour un instrument contraignant dès sa formulation (la déclaration de juridiction) à un instrument, *per se* non contraignant (l'offre légale d'arbitrage). En clair, le critère de la saisine d'une juridiction internationale, en tant qu'élément stable, ne signifie rien en lui-même. L'invariant étant indifférent au phénomène normatif, la *ratio legis* doit être recherchée dans les variables. Cela est d'autant plus pertinent que cette différence influe sur leur forme juridique respective.

B. L'ILLUSION D'UNE SIMILITUDE DE FORME

276. Comme elles émanent uniquement de l'Etat, les offres d'arbitrage et les déclarations de juridiction obligatoire ont tendance à être qualifiées d'actes unilatéraux. Mais, s'il y a deux actes unilatéraux, il n'y a pas à proprement parler deux actes juridiques unilatéraux similaires. En effet, il peut être observé que les déclarations facultatives de juridiction obligatoire sont à la vérité des instruments conventionnels (1) quand les offres d'arbitrage se rapprocheraient de la figure contractuelle (2).

1. Les déclarations facultatives de juridiction obligatoire : des actes conventionnels

277. La nature juridique des déclarations de juridiction obligatoire est controversée. Certes, il ne fait pas de doute que l'argument de l'unilatéralité est pertinent s'agissant de ces déclarations (a), mais il semble que les solutions conventionnelles soient celles qui traduisent le mieux la réalité de l'instrument (b).

a. Les objections à la thèse de l'unilatéralité des déclarations de juridiction obligatoire

278. L'approche hésitante de la CPJI. La nature des déclarations facultatives de juridiction préoccupe la doctrine depuis la création de la CPJI. Le protocole spécial joint au protocole de signature du Statut de la CPJI de 1920 prévoyait un mécanisme similaire à celui de la clause optionnelle mentionnée à l'article 36(2) du statut de la CIJ. En raison de l'origine conventionnelle de l'instrument, il a été soutenu par certains écrits rangent

les déclarations facultatives de juridiction obligatoire parmi des actes unilatéraux de droit international. Stanimir Alexandrov, entre autres opinions, souligne sur ce point :

*« the declaration under Article 36(2) is a unilateral act creating an international obligation for the respective State which establishes the relationship between this State and the Court on the basis of the compulsory jurisdiction (...) This legal obligation is created by the declaration itself and no subsequent consent is required with respect to a specific case that falls under its scope »*⁷²⁰.

L'argumentation est fondée sur une affirmation de la CPJI dans l'*Affaire des phosphates au Maroc* selon laquelle « la déclaration, dont l'instrument de ratification a été déposé par le Gouvernement français le 25 avril 1931, est un acte unilatéral par lequel ce Gouvernement a accepté la juridiction obligatoire de la Cour »⁷²¹. Néanmoins, la position de la CPJI sur la question est loin d'être un référent sans ambiguïté. Dans l'affaire de la *Compagnie d'électricité de Sofia et de Bulgarie*, rendue près d'un an après la décision précédente, le discours des juges de La Haye s'est teinté d'une certaine inclination en faveur d'une nature conventionnelle de ces actes⁷²². Dans leurs opinions individuelles à propos de l'affaire, certains juges ont confirmé cette nature conventionnelle des déclarations de juridiction obligatoire⁷²³.

279. L'approche tranchée des experts de la CDI. Les objections à l'endroit de la nature unilatérale des déclarations facultatives de juridiction obligatoire atteignent leur point d'orgue avec les travaux de la CDI sur les actes unilatéraux de droit international. Dans son premier rapport sur la question, Victor Cedeño note que les déclarations de juridiction obligatoire prévue à l'article 36 relèvent des actes « que l'on peut qualifier de conventionnel »⁷²⁴. Le caractère conventionnel de l'acte unilatéral a pesé dans la balance lors du débat sur la codification du régime des actes unilatéraux. À la proposition de M. Al-Baharna selon laquelle les promesses et les déclarations de juridiction obligatoire

⁷²⁰ Stanimir ALEXANDROV, *Reservations in Unilateral Declarations accepting the compulsory jurisdiction of the International Court of Justice*, Martinus Nijhoff Publishers, 1995, p. 9.

⁷²¹ CPJI, *Affaire des phosphates au Maroc, (France c. Italie)*, arrêt, 14 juin 1938, Série A/B, n°74, p. 23.

⁷²² La Cour note : « (Les parties) se **sont trouvées d'accord** pour placer le moment où le différend s'est élevé à la date du 24 juin 1937, et ainsi postérieurement à celle du **10 mars 1926 - date de la constitution du lien juridique entre les deux États**, sur la base de l'article 36 du Statut de la Cour. » CPJI, *Compagnie d'électricité de Sofia et de Bulgarie*, Exceptions préliminaires, 4 avril 1939, série A/B, n°77, p. 81.

⁷²³ CPJI, *Compagnie d'électricité de Sofia et de Bulgarie*, opinion individuelle, De VISSCHER, Série A/B, n°77, p. 136 : le juge souligne ainsi de manière allusive « (...) que les déclarations portant acceptation comme obligatoire de la juridiction de la Cour sont restées en vigueur pendant la durée d'application du Traité de 1931, c'est parce que j'estime qu'en signant ce traité, les deux États n'ont pas entendu établir une source de compétence nouvelle. **Liés entre eux, depuis le 10 mars 1926, par un lien de juridiction envers la Cour**, lien qui comportait une durée d'application plus longue que celle du traité, on ne voit pas pourquoi ils l'auraient suspendu pour le terme préfixe de cinq ans (...) ». L'opinion du juge Anzilotti est à l'inverse plus claire : « (...) de ces Déclarations, un accord s'est formé entre les deux États portant acceptation de la juridiction obligatoire de la Cour, conformément à l'article 36 du Statut et avec les limitations et conditions résultant desdites Déclarations (...) » CPJI, *Compagnie d'électricité de Sofia et de Bulgarie*, opinion dissidente, Anzilotti, p.87 ;

⁷²⁴ CDI, *Premier rapport sur les actes unilatéraux*, Victor Cedeño, rapporteur spécial, doc A/CN.4/486, §96.

peuvent être classées dans une même catégorie⁷²⁵, M. Brownlie objectait qu'une telle proposition n'était pas pertinente dans la mesure où la ressemblance entre les clauses facultatives et les actes unilatéraux est superficielle⁷²⁶. M. Lukashuk pour sa part, adhérait à la proposition du rapporteur spécial de limiter la portée des travaux aux actes unilatéraux auto-normateurs. Point intéressant, il souligne que les déclarations liées à un traité « diffèrent (...) des actes purement unilatéraux. En l'absence de traité, elles n'existent pas »⁷²⁷. Les *Principes directeurs applicables aux déclarations unilatérales*, en optant pour l'approche restrictive prônée par le rapporteur spécial, ont exclu la possibilité que les déclarations facultatives de juridiction obligatoire soient considérées comme des actes unilatéraux.

280. En somme, les déclarations de juridictions obligatoires devraient être perçues comme de « faux actes unilatéraux » ou du moins des actes unilatéraux par leur origine. Leur forme juridique est plus complexe et tient plus de l'ordre conventionnel que l'unilatéralisme.

b. Les déclarations de juridiction obligatoire : une technique unilatérale conventionnelle

281. L'approche ambiguë de la CIJ. Il a été précédemment souligné que la CPJI a tantôt considéré qu'il s'agissait d'actes unilatéraux, tantôt qu'il était question de convention entre les États. Ces hésitations n'ont pas gagné en clarté avec l'avènement de CIJ. Dans la célèbre affaire de l'*Anglo-Iranian Oil Company*, la Cour avait admis que la rédaction des déclarations de juridiction obligatoire ne faisait pas l'objet de négociation, mais d'une rédaction unilatérale⁷²⁸. Il s'ensuit que pour la CIJ, le texte de la déclaration n'a pas un caractère négocié, c'est-à-dire un caractère « contractuel ». Cette circonstance conduit à une nature hybride de la déclaration de juridiction obligatoire. Dans son opinion dissidente rendue à propos de l'arrêt, le juge Alvarez adoptait une position contraire sans fournir une réelle démonstration à son propos⁷²⁹. Dans la même veine, le juge Read

⁷²⁵ Il souligne ainsi que « de nombreux types de déclaration, par exemple la promesse unilatérale (...) ou la déclaration concernant la clause facultative de l'article 36 du statut de la CIJ (...) peuvent être classées et regroupées dans une catégorie ou plus auxquelles une règle générale ou spéciale pourrait s'appliquer ». CDI, *Annuaire de la CDI*, Compte rendu analytique de la 2695^{ème} séance, 2001, vol. 1, p. 204, § 49.

⁷²⁶ CDI, *Annuaire de la CDI*, Compte rendu analytique de la 2695^{ème} séance, 2001, vol. 1, p. 205, §56.

⁷²⁷ CDI, *Annuaire de la CDI*, Compte rendu analytique de la 2695^{ème} séance, 2001, vol. 1, p. 206, §2.

⁷²⁸ CIJ, *Affaire de l'anglo-iranian oil co*, (Iran c. Royaume-Uni), exceptions préliminaires, 22 juillet 1952, *Rec.* 1952, p. 105 : « le texte de la déclaration de l'Iran n'est pas un texte contractuel résultant de négociations entre deux ou plusieurs États. Il résulte d'une rédaction unilatérale par le Gouvernement de l'Iran, qui semble avoir apporté une prudence particulière à la rédaction du texte de la déclaration ».

⁷²⁹ CIJ, *Affaire de l'anglo-iranian oil co*, Opinion dissidente, Alvarez, *Rec.* 1952, p. 125.

ajoutait que si les déclarations étaient rédigées unilatéralement, elles se rapportaient toutefois à l'article 36 du statut et « aux déclarations d'autres États qui avaient déjà déposé, ou qui pourraient déposer dans l'avenir, des déclarations réciproques »⁷³⁰. Ces critiques des juges ont eu un écho favorable dans les affaires ultérieures rendues par la Cour de La Haye. Ainsi, dans plusieurs affaires, l'idée d'une relation contractuelle fit son chemin. La CIJ a ainsi considéré que les déclarations de juridiction établissent la base de l'accord des parties litigantes à la juridiction de la Cour⁷³¹.

282. La consécration de la nature ambivalente des déclarations. La CIJ opère un revirement dans l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua*. Au paragraphe 60 de l'arrêt, on peut lire :

« En fait les déclarations, bien qu'étant des actes unilatéraux, établissent une série de liens bilatéraux avec les autres États qui acceptent la même obligation par rapport à la juridiction obligatoire, en prenant en considération les conditions, réserves et stipulations de durée. Dans l'établissement de ce réseau d'engagements que constitue le système de la clause facultative, le principe de la bonne foi joue un rôle essentiel »⁷³².

L'intérêt de cette décision, c'est qu'elle fait ressortir l'ambivalence des déclarations facultatives de juridiction obligatoire. Pour reprendre l'opinion individuelle de Sir Robert Jennings : « d'où qu'on parte, il faut bien finir par admettre que les déclarations sont d'un caractère *sui generis* »⁷³³. Cette assertion a connu une application jurisprudentielle dans l'affaire des *Compétences en matière de pêche* en des termes clairs :

« La Cour relève que les dispositions de la Convention de Vienne peuvent s'appliquer seulement par analogie dans la mesure où elles sont compatibles avec le caractère *sui generis* de l'acceptation unilatérale de la juridiction de la Cour »⁷³⁴.

Avec cette reconnaissance du caractère *sui generis* des déclarations facultatives de juridiction obligatoire, le mouvement pendulaire des analyses des juges de La Haye s'estompe. Mais l'on peut regretter ce choix d'un caractère *sui generis* qui n'est rien d'autre qu'une solution médiane. C'est faute de pouvoir identifier la forme réelle des déclarations de juridiction et lui définir un régime que les juges s'autorisent cet énoncé rhétorique. Cependant, ces déclarations pourraient être considérées comme des actes pris

⁷³⁰ CIJ, *Affaire de l'anglo-iranian oil co*, Opinion dissidente, Read, *Rec.* 1952, p. 142.

⁷³¹ Entre autres : CIJ, *Affaire du droit de passage en territoire indien* (Portugal c. Inde), Exception préliminaires, *Rec.* 1957, p. 125, § 145 ; CIJ, *Incident aérien du 27 juillet 1955* (Israël c. Bulgarie), 26 mai 1959, Exceptions préliminaires, *Rec.* 1959, p. 143 ; CIJ, *affaire relative à certains emprunts norvégiens* (France c. Norvège), 6 juillet 1957, Exceptions préliminaires, *Rec.* 1957, p. 23.

⁷³² CIJ, *Affaire des activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* (États-Unis c. Nicaragua), 26 novembre 1984, Exceptions préliminaires, *Rec.* 1984, p. 418, § 60.

⁷³³ CIJ, *Affaire des activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* (États-Unis c. Nicaragua), 26 novembre 1984, Opinion individuelle, Jennings, *Rec.* 1984, p. 547.

⁷³⁴ CIJ, *Affaire compétence en matière de pêche* (Espagne c. Canada), exceptions préliminaires, 4 décembre 1998, *Rec.* 1998, p.453, § 46.

en exécution d'un traité. Même unilatérales, ces déclarations ne demeurent pas moins liées à un traité ou une convention internationale. Certains se voient attribuer une portée conventionnelle qui détermine leur régime juridique à l'image des listes de restriction dans le système de l'OMC⁷³⁵.

283. À ce titre, les déclarations de juridiction sont des techniques unilatérales dont la juridicité est fixée par le statut de la CIJ. Toutefois, le régime de ces déclarations gagnerait à être précisé pour réduire la méfiance des États⁷³⁶. Cela est d'autant nécessaire qu'elle permettra de faire ressortir la différence de caractère persistante entre ces déclarations et les offres d'arbitrage dans les codes des investissements.

2. Les offres d'arbitrage : des actes précontractuels

284. Les offres d'arbitrage sont des manifestations de volonté unilatérale des États par lesquelles ceux-ci autorisent les investisseurs étrangers à saisir une juridiction internationale. Contrairement aux déclarations de juridiction obligatoire, ces offres d'arbitrage demeurent sans lien avec les conventions internationales instituant les juridictions internationales visées (1) ni ne créent, dans le rapport consensuel qui se noue avec l'investisseur, un accord de droit international (2).

a. L'offre d'arbitrage : un instrument sans lien avec les conventions instituant les juridictions internationales

285. L'absence de procédure d'enregistrement. Il a été précédemment soutenu que les déclarations facultatives de juridiction obligatoires sont des techniques conventionnelles en ce sens qu'il s'agit d'acte d'exécution du Statut de la CIJ. Pareille analyse ne peut se tenir à propos des offres d'arbitrages contenues dans les codes d'investissement africains contrairement à ce que laisse entendre la pratique arbitrale⁷³⁷.

⁷³⁵ À ce propos, Dominique CARREAU et Patrick JUILLARD soulignent : « Il est important de rappeler que les listes de concessions et d'engagements ne sont que formellement des actes unilatéraux des Membres. Elles sont, en effet, annexées aux accords multilatéraux dont elles font partie intégrante. Par cette intégration, elles ont la nature conventionnelle et la même valeur obligatoire que les traités auxquelles elles sont annexées. De surcroît, ainsi que l'organe d'appel l'a souvent noté, ces listes ne constituent pas seulement des engagements des membres pris *ut singuli*, mais représentent aussi « un accord commun entre tous les membres » car, on le rappelle, elles sont le produit des négociations commerciales qui se sont déroulées sur une base multilatérale faite de réciprocité. En conséquence, si un Membre ne respecte pas les engagements spécifiques contenus dans sa liste de concessions, il pourra faire l'objet d'une procédure de règlement des différends pour violation de ses obligations conventionnelles ». *in Droit international économique*, 6^{ème} éd., Dalloz, 2017, p. 106, § 263.

⁷³⁶ C'est le lieu de noter que la CIJ et le CIRDI sont logés à la même enseigne sur ce point. Les ambiguïtés autour de l'acte dévolutif de compétence et les interprétations extensives de compétence de la part de ces juridictions, ont entraîné un raidissement de la part des États membres.

⁷³⁷ Le tribunal dans l'affaire *Tidewater c. Venezuela* indiquait à ce propos : « Clearly, the Investment Law is one of those unilateral acts, freely entered into by a state, but taken in the framework of a treaty that leaves all its freedom to the state. In this sense, it can be considered as being analogous to a unilateral declaration of a state accepting the compulsory jurisdiction of the ICJ, in

En effet, en plus de qualifier les déclarations de juridiction comme des actes d'exécution, le statut de la CIJ, en son article 36, prévoit une procédure d'enregistrement des déclarations faites par les États sans laquelle la déclaration est dénuée de toute opposabilité⁷³⁸. Il s'ensuit que le statut de la CIJ détermine en partie le régime juridique de la déclaration. Or, il n'en est rien lorsqu'il s'agit de l'arbitrage international. La Convention de Washington, à titre illustratif, n'organise pas une procédure d'enregistrement des différentes offres d'arbitrages et se limite à préciser que les parties doivent seulement consentir à l'arbitrage par écrit. La convention d'arbitrage se crée et existe ainsi en dehors de tout lien juridique avec la convention instituant la juridiction internationale. Le même raisonnement se tient lorsqu'il est question de la saisine de la CCJA en tant que centre d'arbitrage⁷³⁹.

286. L'existence indépendante des offres d'arbitrage. Ce raisonnement vaut pour les offres d'arbitrage contenues dans les codes des investissements africains et dans une certaine mesure, pour les offres d'arbitrage qui figurent dans les TBI⁷⁴⁰. Les conditions de validité de l'offre d'arbitrage ne sont pas déterminées par le texte de la Convention de Washington. Leur validité s'apprécie au regard des règles qui sont applicables à l'instrument support. Dans le cadre des offres légales, il faudra se référer aux conditions de validité de la loi et dans le cadre des offres tirées des TBI, aux règles de la Convention de Vienne sur le droit des traités⁷⁴¹. Ainsi, c'est dans la rencontre des volontés – celles de l'investisseur étranger et de l'Etat d'accueil – qu'il va falloir rechercher l'obligatorité de l'instrument. Avant cette étape, l'offre ne renfermant aucune obligation juridique de recourir à l'arbitrage, ne peut être considérée que comme un acte unilatéral de droit interne⁷⁴², une offre contractuelle à l'endroit de l'investisseur étranger. Or, la qualité de

the framework of Article 36(2) of the Statute of the Court ». CIRDI, *Tidewater Inc, Tidewater Investment SRL et al. c. Venezuela*, juridiction, 8 février 2013, § 93.

⁷³⁸ Yulia ANDREEVA, « Interpreting Consent to Arbitration as a Unilateral Act of State », *Arbitration International*, vol. 27, N°1, 2011, pp 129 et ss.

⁷³⁹ D'ailleurs, avant la dernière réforme de l'acte uniforme relatif à l'arbitrage et du règlement d'arbitrage de la CCJA, le mécanisme du consentement dissocié n'était pas expressément prévu dans le système OHADA. Sur ce point : Walid BEN HAMIDA, « L'intégration imparfaite de l'arbitrage d'investissement dans le droit de l'OHADA », *RA*, vol. 2019, n° 4, 2019, pp. 1109 – 1140.

⁷⁴⁰ Dans son article dédié à la question, Yulia Andreeva proposait de considérer les offres d'arbitrages dans les TBI comme des actes unilatéraux de droit international dans la mesure où, quoique prévues par un texte international, elles sont l'expression d'une volonté unilatérale d'un Etat, à chaque fois, envers le ressortissant d'un autre Etat, qui lui n'est pas partie au traité (Yulia ANDREEVA, « Interpreting Consent to Arbitration as a Unilateral Act of State », *Arbitration International*, vol. 27, N°1, 2011, pp 129 et ss). Eu égard au principe de l'effet relatif des traités, il naît vis-à-vis de l'investisseur une forme de stipulation pour autrui qui n'est autre qu'un acte unilatéral (Jean Paul JACQUE, « À propos de la promesse unilatérale » in *Mélanges Paul Reuters*, Pédone 1981, pp 327 – 345).

⁷⁴¹ Même si le caractère unilatéral des offres d'arbitrage dans les TBI est admis, ces offres conventionnelles peuvent être interprétées, pour ce qui est de déterminer l'existence et la validité du consentement de l'État, par rapport aux principes de la Convention de Vienne sur le droit des traités dans la mesure où ce consentement de l'État dans la présente hypothèse est le fruit d'une négociation bilatérale. Ainsi, le caractère unilatéral de l'offre vis-à-vis de l'investisseur ne détruit pas le rapport interétatique créé par le traité entre les parties à celui-ci.

⁷⁴² La nature juridique de l'offre d'arbitrage contenue dans la loi est abordée de façon plus détaillée *infra* Partie 2 Titre 1 Chap. 1 section 1, §2.

sujet de droit interne de l'investisseur est un obstacle à l'idée d'acte au caractère similaire à celui des déclarations de juridiction obligatoire.

b. La qualité de sujet de droit interne de l'investisseur : obstacle récurrent

287. Un autre écueil que soulève l'analogie entre les déclarations de juridiction obligatoire et les offres d'arbitrages contenues dans les codes des investissements est celui du destinataire de l'obligation. Tandis que dans le système de l'arbitrage d'investissement celui-ci est connu, il en va différemment dans le système mis en place par l'article 36 du statut de la CIJ.

288. **Le rapport interétatique créé par les déclarations de juridiction.** Dans ses travaux consacrés aux déclarations de juridiction obligatoire, Gunnar Törber consacre une partie substantielle à ce qui pourrait passer pour une évidence sans toutefois l'être. La question a été, selon l'auteur, mise en avant par Rosenne dans ses volumes consacrés à la Cour Internationale de Justice. Pour ce dernier, la déclaration de juridiction obligatoire est un engagement vague entre l'Etat déclarant et les Nations Unies. Dès lors, il ne s'agirait pas d'accords bilatéraux entre deux États à l'occasion de litiges naissants⁷⁴³. Les affirmations de l'Iran dans l'affaire de l'*anglo-iranien Oil co*⁷⁴⁴ ou encore ceux du juge Bedjaoui dans l'affaire des *compétences en matière de pêche*⁷⁴⁵ s'inscrivent dans cette perspective.

À cette question, la jurisprudence des juges du palais de La Haye montre une certaine inclination en faveur de l'existence de liens bilatéraux entre les États déclarants. Dans l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua*, la Cour affirmait que les États-Unis « avaient assumé une obligation contraignante **à l'égard des autres États parties au système de la clause facultative** »⁷⁴⁶. Dans l'affaire du *Différend frontalier entre le Cameroun et le Nigeria*, les hauts magistrats confirmèrent la position tenue dans l'arrêt des activités militaires précité en rappelant que le retrait d'une déclaration de juridiction « a pour conséquence de priver (...) les autres États ayant antérieurement accepté la compétence de la Cour du droit qu'ils avaient de saisir cette dernière d'un différend les opposant à l'Etat ayant retiré sa déclaration » ajoutant que la

⁷⁴³ Gunnar TÖRBER, *The contractual nature of the optional clause*, Oxford and Portland, Oregon, 2015, pp. 22-23.

⁷⁴⁴ CIJ, *Affaire de l'Anglo Iranien Oil préc.*, Observations préliminaires de l'Iran, *Rec.* 1951, pp. 294-295.

⁷⁴⁵ CIJ, *Affaire des compétences en matière de pêcheries (Espagne c. Canada)*, Opinion juge Bedjaoui, *Rec.* 1998, p. 534, §§ 45 – 46.

⁷⁴⁶ CIJ, *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*, (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique), Compétences et recevabilités, 26 novembre 1984, *Rec.* 1984, p. 419, §61. Également, CIJ, *Affaire du droit de passage en territoire indien (Portugal c. Inde)* préc., § 146.

remise d'une telle déclaration crée « un lien consensuel »⁷⁴⁷. Cette tendance de la Cour à voir des liens consensuels entre les États déclarants, est tout de même tempérée par la position des États à l'occasion des litiges et les opinions dissidentes de certains juges⁷⁴⁸.

289. Le rapport de droit interne créé par les offres d'arbitrage. Quoi qu'il en soit, les déclarations participent de la création d'un lien conventionnel entre les États membres. L'ordre de rattachement est incontestablement l'ordre international. Or, ainsi qu'il a été précédemment évoqué, les investisseurs étrangers n'ont pas la qualité de sujet de droit international⁷⁴⁹. Il s'agit de sujets de droit interne. Le lien qui se noue entre l'Etat et les investisseurs étrangers est dès lors un lien contractuel (à strictement considérer la doctrine de l'offre et l'acceptation) qui ne trouve pas son fondement en droit international⁷⁵⁰. L'obstacle de la qualité de sujet de droit interne est certes récurrent, mais demeure pertinent. En réalité, l'analogie par laquelle on applique le régime d'un instrument de droit international à un instrument de droit interne trouve une objection théorique importante. Dans leur essence, mis à part la saisine d'une juridiction internationale, offre d'arbitrage et déclaration de juridiction obligatoire n'ont rien de commun. Toutefois, à défaut d'explications théoriques, l'analogie peut être justifiée par son intérêt pratique. Mais, à nouveau, quelques réserves peuvent être formulées.

Section 2 : L'analogie sans intérêt des offres d'arbitrage et déclarations de juridiction obligatoire

290. L'argument de l'analogie entre offre d'arbitrage et déclaration de juridiction, en dépit des objections théoriques, vise un but pratique : identifier le consentement à l'arbitrage lorsque la volonté de la partie étatique est tacite ou contestée. Le mérite de la thèse de l'internationalisation objective est de fournir à l'arbitre un guide opératoire lui permettant d'opposer à l'Etat ses engagements souscrits envers les investisseurs internationaux. David Caron souligne d'ailleurs que les codes des investissements sont mieux évalués en tant qu'acte unilatéral⁷⁵¹ tandis que le professeur Makane Mbengue

⁷⁴⁷ CIJ, *Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigeria*, Exceptions préliminaires, arrêt, *Rec.* 1998, p. 295, §34.

⁷⁴⁸ Sur cette question, voir : Gunnar TÖRBER, *The contractual nature of the optional clause*, Oxford and Portland, Oregon, 2015, pp 23-38.

⁷⁴⁹ Voir *supra* Partie 1, Titre 1, Chapitre 2, section 2.

⁷⁵⁰ Il n'existe pas un droit international public des contrats. La théorie des contrats d'État par exemple n'a pas permis l'internationalisation de ces instruments. Sur ce point, Sophie LEMAIRE, *Les contrats internationaux de l'administration*, LGDJ, 2005, 414 p. et Leila LANKARANI, *Les contrats d'État à l'épreuve du droit international*, *op. cit.*, 572 p.

⁷⁵¹ L'auteur note à ce sujet: « *A national foreign-investment law is best evaluated as a unilateral act under international law. As such, the Vienna Convention and the ILC Guiding Principles on unilateral acts are helpful interpretative aids by which to evaluate them. This approach results in an adoption of a good faith interpretation in accordance with the ordinary meaning to be given to the terms in their context and in light of the act's object and purpose, as per Article 31(1) of the Vienna Convention, and an examination of the factual circumstances in which an unilateral declaration is made and the reactions to which it gave rise, as per ILC Guiding Principle 3. The approach in ILC Guiding Principle 7 of a restrictive interpretation in case of doubt, however, is*

précise que cette assimilation permet un gain de temps⁷⁵². Toutefois, le doute est permis concernant le secours utile que peut apporter le régime des déclarations de juridiction obligatoire. En effet, le régime concernant l'interprétation des déclarations de juridiction obligatoire reste indéterminé et à ce titre, son extension aux offres d'arbitrage devient inappropriée (§1). Également, le régime du retrait de la déclaration s'avère incompatible avec celui des offres (§2).

§1 : L'interprétation inappropriée des offres d'arbitrage à partir du régime des déclarations de juridiction

291. À partir des principes des déclarations de juridiction obligatoire, peut-on évaluer à leur juste mesure les offres d'arbitrage dans les codes des investissements africains ? La question n'est pas tranchée en doctrine⁷⁵³. Dans la pratique arbitrale, celle du CIRDI notamment, une préférence pour les principes d'interprétation des actes unilatéraux a été admise (A). Cependant, l'utilité de la solution n'est pas satisfaisante dans la mesure où le problème ne reçoit pas une réponse claire et définitive (B).

A. LE REGIME DES DECLARATIONS DE JURIDICTION : UNE SOLUTION PRIVILEGEE

292. Avant d'évoquer la pertinence du régime de juridiction obligatoire dans l'évaluation du consentement à l'arbitrage (2), il est utile de rappeler les diverses solutions proposées par la pratique arbitrale (1).

1. Les solutions proposées pour l'évaluation des consentements à l'arbitrage

likely not necessary, or justified, in the circumstances of a reasoned, debated, public law. Legislatures intend to be bound by their laws and for their laws to be followed ». David CARON, « The interpretation of National Investment Law as Unilateral Act under International Law », *Op.cit.*, p. 674.

⁷⁵² L'auteur souligne ainsi que l'application du droit international permet d'identifier le consentement de l'État lorsqu'une disposition relative à l'arbitrage est obscure en ces termes : « *A State cannot reasonably hide behind the curtain of legal obscurity to exclude unilateral offers that the foreign investors perceived in good faith as constituting binding unilateral acts (commitments) under international law. [...] Thus, ambiguity in the formulation of unilateral commitments within the frame of municipal investment laws should not profit the state. Only then will "Time" be regained, once unilateral offers in national foreign investment laws are approached as "unilateral assumption[s] of an obligation under international law* ». Makane MBENGUE, « National Legislation and Unilateral Acts of States », *Op. cit.*, pp. 212 – 213.

⁷⁵³ Parmi les auteurs favorables à l'application du droit international: Makane MBENGUE, « National Legislation and Unilateral Acts of States », *Op. cit.*, pp. 212 – 213 ; David CARON, « The interpretation of National Investment Law as Unilateral Act under International Law », *Op.cit.*, p. 674; Michele POSTESTA, « The Interpretation of Consent to ICSID Arbitration Contained in Domestic Investment Laws », *Arbitration International*, vol. 27, N°1, 2011, p. 162. Contre cette lecture : Pierre MAYER et Ana Carolina SIMOES E SILVA, « Le consentement à l'arbitrage » in Charles LEBEN (dir.), *Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational*, A. Pédone, Paris, 2015, pp 699 – 724. Ni pour ni contre : Jarrod HEPBURN, « Domestic Investment Statutes in International Law », *AJIL*, vol. 112, Octobre 2018, pp. 658 et ss. Dans son article sur les codes des investissements, Hepburn présente les diverses positions antagonistes : d'une part, les auteurs favorables à l'interprétation des codes des investissements à partir du régime des déclarations et ceux favorables à l'interprétation à partir du droit interne d'autre part sans véritablement prendre partie.

293. Pour apprécier la validité d'un consentement exprimé dans une offre d'arbitrage, la pratique arbitrale offre un panier de solutions qui peuvent être regroupées en deux grandes catégories. Il y a d'une part, celles qui proposent une interprétation des dispositions d'arbitrage à partir de sources exclusivement internationales et d'autre part, celles qui plaident pour une application distributive des sources de droit international et de droit national.

294. **L'interprétation à partir de sources exclusivement internationales.** Cette approche a été initiée par l'emblématique sentence *SPP c. Égypte*. Dans cette affaire, l'engagement juridictionnel figurait à l'article 8 du code des investissements égyptien⁷⁵⁴. Selon l'Égypte, cette disposition devait être interprétée à partir du droit égyptien conformément aux prescriptions de l'article 2 du code, qui spécifiait que toute question couverte par le code des investissements était régie par les lois et règlements en vigueur. Appliquant le droit égyptien, l'Etat défendeur soutenait alors que les sections 501 et 502 de son Code civil exigeaient un compromis ou un accord spécial pour recourir à l'arbitrage⁷⁵⁵. Pour les requérants, les questions relatives à la compétence d'un tribunal arbitral établi selon les dispositions de la Convention de Washington, doivent être résolues par application du droit international. Ils indiquent ainsi que l'article 8 du code des investissements égyptien constitue un consentement à l'arbitrage au sens de la Convention de Washington et à ce titre, doit être interprété selon la Convention de Vienne sur le droit des traités⁷⁵⁶. En ce sens, les articles 501 et 502 du Code civil égyptien n'ont pu recevoir application.

Dans sa réponse, le tribunal arbitral a considéré dans un premier temps que les arguments des deux parties n'étaient pas totalement fondés. Selon les arbitres, l'article 2 du code des investissements n'autorisait pas l'application du droit interne au consentement des parties dans la mesure où le champ d'application *ratione materiae* de

⁷⁵⁴ L'article 8 de la loi n°43 de 1974 portant code des investissements égyptien : « *Investment disputes in respect of the implementation of the provisions of this Law shall be settled in a manner to be agreed upon with the investor, or within the framework of the agreements in force between the Arab Republic of Egypt and the investor's home country, or within the framework of the Convention for the Settlement of Investment Disputes between the State and the nationals of other countries to which Egypt has adhered by virtue of law no. 90 of 1971, where it (i.e the Convention) applies.*

Disputes may be settled through arbitration. An Arbitration Board shall be constituted, comprising a member on behalf of each disputing party and a third member acting as chairman to be jointly named by the two said members. Failing agreement on the nomination of the third member within thirty days of the appointment of the second member, the chairman shall be chosen, at the request of either party, by the Supreme Council of Judicial Bodies from among counsellors of the judiciary in the Arab Republic of Egypt.

The Arbitration Board shall lay down its rules of procedure unrestricted by the rules contained in the Civil and Commercial Code of Procedures, save the rules which relate to the basic guarantees and principles of litigation. The Board shall see to it that the dispute is expeditiously resolved. Awards shall be rendered by majority vote and shall be final and binding on both parties and enforceable as any other final judgment ».

⁷⁵⁵ CIRDI, *SPP c. Égypte*, ARB/84/3, Compétence II, 14 avril 1988, § 55.

⁷⁵⁶ CIRDI, *SPP c. Égypte*, ARB/84/3, Compétence II, 14 avril 1988, § 56.

cette disposition couvrirait uniquement les questions qui n'étaient pas spécialement régies par une disposition de ce code⁷⁵⁷. Ainsi, les articles 501 et 502 du Code civil égyptien devaient être écartés. Aussi, l'argument des défendeurs n'était pas totalement recevable dans la mesure où l'article 8 du code des investissements égyptien n'avait pas fait l'objet de négociation entre les parties contrairement au traité⁷⁵⁸. Toutefois, dans un second temps, le tribunal considéra qu'il s'agissait en l'espèce de déterminer si la loi égyptienne avait créé une obligation internationale dans le cadre d'un traité multilatéral. Pour répondre à cette question, les arbitres indiquaient qu'il fallait certes appliquer les principes d'interprétation des lois, mais aussi les principes d'interprétation des actes unilatéraux dans la mesure où l'article 8 était une déclaration d'acceptation de la juridiction du Centre⁷⁵⁹. Également, les principes d'interprétations des traités étaient applicables⁷⁶⁰.

En revanche, la désignation des principes d'interprétation des lois comme principes applicables est anecdotique dans la présente affaire. Si les arbitres y font référence au paragraphe 74, c'est pour indiquer que ces principes sont similaires à ceux admis en droit international car renvoyant au sens ordinaire des mots. Mais, même à rechercher le sens ordinaire des mots, c'est la jurisprudence internationale, notamment l'interprétation qu'elle fait du terme « *shall* » qui a été préférée⁷⁶¹. En pratique, ce sont donc les principes d'interprétation des sources de droit international qui ont guidé le tribunal arbitral dans sa sentence. Moins nuancée a été l'approche du tribunal de l'affaire *CSOB c. Slovaquie*. Pour ces derniers, le consentement à l'arbitrage d'un Etat doit être apprécié selon le droit international dans la mesure où un tel consentement intervient dans le cadre de la Convention de Washington⁷⁶².

295. Le recours aux principes d'interprétation de droit interne et international.

La solution d'une application distributive des sources de droit interne et de droit

⁷⁵⁷ CIRDI, *SPP c. Egypte*, ARB/84/3, Compétence II, 14 avril 1988, § 57.

⁷⁵⁸ CIRDI, *SPP c. Egypte*, ARB/84/3, Compétence II, 14 avril 1988, § 59.

⁷⁵⁹ CIRDI, *SPP c. Egypte*, ARB/84/3, Compétence II, 14 avril 1988, § 61.

⁷⁶⁰ Le tribunal note ainsi : « *Thus, in deciding whether in the circumstances of the present case Law n°43 constitutes consent to the Centre's jurisdiction, the Tribunal will apply general principles of statutory interpretation taking into consideration, where appropriate, relevant rules of treaty interpretation and principles of international law applicable to unilateral declarations* », CIRDI, *SPP c. Egypte*, ARB/84/3, Compétence II, 14 avril 1988, § 61.

⁷⁶¹ CIRDI, *SPP c. Egypte*, ARB/84/3, Compétence II, 14 avril 1988, § 74 : « *The starting point in the statutory interpretation, as in the interpretation of treaties and unilateral declarations, is the ordinary or grammatical meaning of the terms used. The English text of Article 8 provides explicitly that investments disputes "shall be settled" by one of the three methods, two of which are not applicable to the present dispute and "the third which involves the dispute settlement procedures prescribed in the Washington Convention. As the International Court of Justice found in the Constitution of the Maritime Safety Committee cas, the words "shall be" are on their face mandatory* ».

⁷⁶² CIRDI, *CeskoSlovenska Obchodni Banka, A.S. (CSOB) c. The Slovak Republic*, Competence, ARB/97/4, 24 mai 1999, §§ 35 : « *The question of whether the parties have effectively expressed their consent to ICSID jurisdiction is not to be answered by reference to national law. It is governed by international law as set out in Article 25(1) of the ICSID Convention* ».

international a été mise en lumière dans l'affaire *Zhinvali Development Ltd c. République de Géorgie*. Pour parvenir à ce résultat, les arbitres constataient que l'article 42 de la Convention CIRDI prévoit que la loi applicable au litige est la loi choisie par les parties ou en l'absence de choix, le droit interne de l'Etat partie au différend ainsi que les règles pertinentes de droit international. Au titre des règles pertinentes, le tribunal relève qu'il peut faire application des règles fixées par la Convention de Vienne sur l'interprétation des traités en ce qu'elle reflète l'état de la coutume internationale⁷⁶³. Cependant, si le tribunal se réfère en premier lieu à ces règles, celles-ci doivent s'appliquer à titre subsidiaire. La prééminence est accordée au droit national pour autant qu'il soit conforme au droit international⁷⁶⁴.

La méthode des arbitres dans la présente affaire est toutefois critiquable. La pertinence de l'article 42 de la Convention CIRDI ne coule pas de source. Le texte prévoit les règles relatives à la détermination de loi applicable au fond du litige et non à l'instrument qui contient le consentement à l'arbitrage. Dès lors, cet article ne peut pas servir à l'interprétation d'une disposition législative relative à l'arbitrage. De plus, les arbitres ne procèdent pas à un examen détaillé du droit interne géorgien pour conclure que celui-ci est conforme aux standards d'interprétation de droit international. Ce contrôle de conventionnalité procède de la sorte d'une démarche plus spéculative que démonstrative.

Dans l'affaire *ConocoPhillips contre Venezuela*, les arbitres remédièrent à cette carence démonstrative en considérant que les principes de droit vénézuélien et de droit international faisaient référence aux mêmes éléments pour l'interprétation de la disposition querellée⁷⁶⁵. Cette approche qui prend en compte tant les principes d'interprétation de droit interne que de droit international, a eu un écho particulier dans l'affaire *PNG c. Papouasie Nouvelle-Guinée*. Dans cette affaire, le tribunal CIRDI déclarait : « *provisions of domestic investment legislation that assertedly contain the State's standing offer to arbitrate must be interpreted taking into account both international law and the law of that State* »⁷⁶⁶. La justification apportée tient au fait que les offres d'arbitrage contenues dans les codes d'investissement constituent des déclarations unilatérales qui produisent des effets internationaux et qu'elles sont

⁷⁶³ CIRDI, *Zhinvali Development Ltd. c. République de Georgia*, 24 Janvier 2003, ARB/00/1, § 303

⁷⁶⁴ CIRDI, *Zhinvali Development Ltd. v. Republic of Georgia*, ARB/00/1, 24 Janvier 2003, § 304.

⁷⁶⁵ CIRDI, *ConocoPhillipsPetrozuata B. V. c. République Bolivarienne du Venezuela*, ARB/07/30, 13 sep. 2013, § 255.

⁷⁶⁶ CIRDI, *PNG Sustainable Development Program Ltd., c. Papua New Guinea*, ARB/13/33, sentence, 5 mai 2015, § 268.

rattachées à l'ordre interne⁷⁶⁷. En outre, en cas de conflit d'interprétation entre principes nationaux et internationaux, les seconds devraient ordinairement prévaloir. Mais la résolution de ces conflits doit être faite de manière casuistique. S'agissant des principes internationaux applicables, le tribunal considère que ceux-ci sont *sui generis* en raison du caractère unilatéral des offres d'arbitrage dans les codes d'investissement et considère les principes d'interprétation du droit des traités applicables par analogie⁷⁶⁸.

296. L'exclusion des principes d'interprétation des traités. L'application des principes d'interprétation des traités par les tribunaux arbitraux est excessive. D'abord, les dispositions relatives à l'arbitrage ne prévoient pas uniquement le recours au CIRDI. La CNUDCI ou la CCI sont autant de centres d'arbitrage qui peuvent être saisis par les parties. Ces centres d'arbitrage ne sont pas établis par des conventions internationales. Par conséquent, la même disposition législative pourra être interprétée par référence au droit des traités, lorsque le CIRDI est désigné comme centre d'arbitrage, et par référence au droit interne, lorsqu'un autre centre d'arbitrage sera désigné⁷⁶⁹. Cette situation est de nature à entraîner des interprétations divergentes et favoriser un *forum shopping*. Ensuite, comme l'a souligné le tribunal de la sentence *SPP c. Égypte*, les traités sont des instruments négociés entre sujets de droit international. Il n'en est rien des dispositions législatives relatives à l'arbitrage⁷⁷⁰. Cette différence de nature exclut que les dispositions législatives puissent être interprétées en référence au droit des traités. Enfin, la Convention de Washington à laquelle il est fait référence, ne comporte pas de dispositions relatives à l'interprétation du consentement des parties. Elle se contente d'exiger un consentement écrit des parties⁷⁷¹. Dès lors, l'argument selon lequel il s'agirait d'instrument pris dans le cadre d'un traité d'investissement n'emporte pas la conviction. Pour toutes ces raisons, au titre des sources internationales qui contribuent à l'interprétation des dispositions législatives à l'arbitrage, les règles applicables au droit des traités peuvent d'emblée être exclues. Seuls les principes d'interprétation des actes unilatéraux peuvent être envisagés. Mais la pertinence de ces derniers peut aussi être questionnée.

⁷⁶⁷ Le tribunal note ainsi : « a unilateral declaration made by a State that is rooted in the national legal order of that State, but that also (assertedly) produces effects under international law ». CIRDI, *PNG Sustainable Development Program Ltd., c. Independent State of Papua New Guinea*, ARB/13/33, sentence, 5 mai 2015, § 264.

⁷⁶⁸ CIRDI, *PNG Sustainable Development Program Ltd., c. Papua New Guinea*, ARB/13/33, 5 mai 2015, §§ 264 – 265.

⁷⁶⁹ Pierre MAYER et Ana Carolina SIMOES E SILVA, « Le consentement à l'arbitrage » in Charles LEBEN (dir.), *Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational*, A. Pédone, 2015, pp 699 – 724, spéc. pp. 695 et 696.

⁷⁷⁰ CIRDI, *SPP c. Égypte*, ARB/84/3, Compétence II, 14 avril 1988, § 59.

⁷⁷¹ Christoph SCHREUER, *The Icsid Convention: A commentary*, 2nd éd., CUP, 2009, pp 248 – 250, §§ 578 – 585. L'auteur est toutefois favorable à l'application du droit international dans la mesure où il s'agit de déterminer le consentement à la compétence d'une juridiction internationale. Christoph SCHREUER, « Investment Arbitration based on National Legislation », HAFNER, MATSCHER, SCHMALENBACH (eds.), *Volkerrecht und die Dynamik der Menschenrechte*, Liber Amicorum, Wolfram Karl, Facultas, Wien, 2012, pp. 530 – 537.

2. La préférence critiquable accordée au régime des déclarations de juridiction obligatoire

297. L'application combinée de plusieurs régimes juridiques pour l'interprétation d'une seule disposition législative laisse sceptique quant à sa scientificité. En effet, rappelant l'application des régimes de droit interne, de droit des traités et des actes unilatéraux, les arbitres n'indiquent pas à quel moment précis de l'analyse chacun de ces régimes à vocation à s'appliquer. S'il est possible d'observer une préférence pour le régime des déclarations de juridiction, cette préférence reste sans pertinence.

298. **La préférence accordée au régime des déclarations de juridiction.** La préférence reconnue aux déclarations de juridiction découle d'une analyse purement statistique. Des sentences rendues sur la base d'un code des investissements, une douzaine aborde avec précision la question des principes relatifs à l'interprétation du consentement de l'Etat. Sur la douzaine, dix sentences ont été favorables à l'application des principes relatifs aux déclarations de juridiction obligatoire⁷⁷². Les raisons de cette préférence prennent diverses formulations sans que celles-ci ne soient, les unes vis-à-vis des autres, antinomiques. Dans l'affaire *Cemex c. Venezuela*, les arbitres ont rappelé que les dispositions relatives à l'arbitrage n'étaient pas contenues dans un traité. Elles sont des déclarations unilatérales dont le régime juridique s'apparente à celui des déclarations de juridiction obligatoire⁷⁷³. Résumant les arguments sur ce point, la sentence *PNG c. Papouasie Nouvelle-Guinée* évoque deux raisons à l'application des déclarations de juridiction obligatoire. La première étant que les déclarations produisent des effets internationaux et d'autre part que celles-ci ne sont pas l'objet de négociation⁷⁷⁴. Ces arguments, constamment repris par les sentences arbitrales, ont conduit les arbitres dans les affaires *Société Resort Company Invest Abidjan c. Côte d'Ivoire* et *Lighthouse c. Timor Leste*, à suggérer qu'il s'agit d'une règle de droit fermement établie en droit

⁷⁷² Voir notamment les affaires CIRDI précitées suivantes : CIRDI, *SPP c. Egypte*, ARB/84/3, Compétence II, 14 avril 1988, § 74 ; CIRDI, *CSOB c. Slovaquie*, Compétence, ARB/97/4, 24 mai 1999, §§ 53 – 55 ; CIRDI, *Mobil Corporation, Venezuela Holdings et al. C. République bolivarienne du Venezuela*, ARB/07/27, 10 juin 2010, CIRDI, *Cemex Caracas Investments BV et CEMEX Caracas II Investment BV c. Venezuela*, ARB/08/15, 30 décembre 2010, CIRDI, *Brandes Investment Partners, LP c. Venezuela*, ARB/08/3, 02 août 2011, §§ 81-82, CIRDI, *OPIC Karimum Corporation c. The Bolivarian Republic of Venezuela*, ARB/10/14, 28 mai 2013, §§ 70-76 ; CIRDI, *PNG Sustainable Development Program Ltd., c. Independent State of Papua New Guinea*, ARB/13/33, 5 mai 2015, §§ 264 – 265, CIRDI, *Société Resort Company Invest Abidjan, Stanislas Citerici and Gérard Bot c. Republic of Côte d'Ivoire*, ARB/16/11, 01/08/2017, § 157 ; CIRDI, *Tidewater Investment SRL and Tidewater Caribe, C.A.c. Bolivarian Republic of Venezuela*, ARB/10/5, 8 février 2013, § 88 ; CIRDI, *Lighthouse Corporation Pty Ltd and Lighthouse Corporation Ltd, c. République démocratique du Timor-Leste*, ARB/15/2, sentence, 22 décembre 2017 ; CIRDI, *Highbury International Avv et Ramstein Trading Inc. c. Venezuela*, ARB/11/1, 26 septembre 2013, §§ 237 – 241.

⁷⁷³ CIRDI, *Cemex Caracas Investments BV c. Venezuela*, ARB/08/15, 30 décembre 2010, § 79.

⁷⁷⁴ CIRDI, *PNG Sustainable Development Program Ltd., c. Papua New Guinea*, ARB/13/33, 5 mai 2015, §§ 264 – 265.

international⁷⁷⁵. Cependant, les sentences n'apportent pas de justification quant au fondement de cette démarche qui, d'un point de vue pratique, ne semble pas appropriée.

299. Une préférence sans pertinence en pratique. Outre le fait que les sentences n'indiquent pas à quel moment de l'interprétation, il faut se référer aux régimes des déclarations de juridiction plutôt qu'aux autres régimes (ceux des traités ou des lois par exemple), ces régimes apparaissent également d'une utilité moindre dans l'évaluation du consentement de l'Etat. Dans l'affaire *Société Resort Company Invest Abidjan c. Côte d'Ivoire* par exemple, le tribunal a opté pour l'application des principes d'interprétation des actes unilatéraux. Le résultat auquel conduit l'application de ces principes est curieux. En effet, après avoir constaté que l'article 20 du code des investissements ivoirien de 2012 est obscur, le tribunal souligne que cette disposition ressemble à l'article 38 du code des investissements de la RDC⁷⁷⁶. Fort de cette ressemblance, le tribunal déduit le sens ordinaire des mots du texte ivoirien par référence au code congolais⁷⁷⁷. Dans le raisonnement proposé par les arbitres, le texte ivoirien et le texte congolais sont logés à la même enseigne en dépit des nuances existantes entre les deux dispositions. Le texte ivoirien indiquait que le consentement de l'investisseur à l'arbitrage doit être exprimé « dans » la demande d'agrément tandis que le texte congolais précisait que ce consentement était exprimé « par » la demande d'agrément. Pour le tribunal, les prépositions « dans » et « par » étaient équivalentes alors que d'un point de vue sémantique, l'idée qu'elles véhiculent n'est pas la même. Dans le texte congolais, la demande d'agrément suffit pour établir le consentement à l'arbitrage de l'investisseur et

⁷⁷⁵ CIRDI, *Société Resort Company Invest Abidjan, Stanislas Citerici and Gérard Bot c. Republic of Côte d'Ivoire*, ARB/16/11, 01/08/2017, § 5 : Le défendeur dans l'affaire soutenait que les offres d'arbitrage sont des déclarations de juridiction obligatoire qui doivent être interprétées comme telles (§ 60). Cette position est reprise par le requérant au paragraphe 79 de la sentence. La convergence des arguments entre les parties a conduit les arbitres à opter pour l'application des principes d'interprétation de droit international (§ 157). Dans son opinion dissidente, l'arbitre Kåj Hober, se prononçait en ce sens : « *The jurisdictional requirements to be analyzed by the Arbitral Tribunal are set forth in Ivorian municipal legislation, i.e. the Code, and must therefore be interpreted based on Ivorian principles of statutory interpretation. At the same time, since we are dealing with a jurisdictional issue under an international treaty - the ICSID Convention - rules and principles of interpretation under international law must be applied, to wit, rules and principles relating to the interpretation of unilateral acts of States. This is so because the Respondent's consent to ICSID arbitration in Article 20 of the Code constitutes a unilateral act, a unilateral declaration by the Republic of Côte d'Ivoire.* », Gras ajoutés. La sentence Lighthouse souligne quant à elle : « *It is well established that legislation expressing consent to ICSID jurisdiction constitutes a unilateral declaration of a state formulated in relation to a treaty, and that it must therefore be interpreted as such* » CIRDI, *Lighthouse Corporation Pty Ltd and Lighthouse Corporation Ltd, c. République démocratique du Timor-Leste*, ARB/15/2, sentence, 22 décembre 2017, § 151.

⁷⁷⁶ L'article 20 *in fine* du code ivoirien est ainsi rédigé : « Le consentement des parties à la compétence du CIRDI ou du mécanisme supplémentaire, selon le cas, requis par les instruments les régissant est constitué, pour la République de Côte d'Ivoire par le présent article, et exprimé expressément **dans la demande d'agrément** pour la personne concernée ». L'article 38 du code des investissements congolais de 2002 est quant à lui rédigé en ces termes : « Le consentement des parties à la compétence du CIRDI ou du Mécanisme Supplémentaire, selon le cas, requis par les instruments les régissant, est constitué en ce qui concerne la République démocratique du Congo par le présent article et en ce qui concerne l'investisseur **par sa demande d'admission** au régime de la présente loi ou ultérieurement par acte séparé ».

⁷⁷⁷ CIRDI, *Société Resort Company Invest Abidjan, Stanislas Citerici and Gérard Bot c. Republic of Côte d'Ivoire*, ARB/16/11, 01/08/2017, § 151 : « *In the majority of the Tribunal's view, the linguistic differences between this text and the final sentence of Article 20 of the 2012 Code cannot be interpreted as manifesting a different statutory intention against the background of the Article as a whole* ».

dans le texte ivoirien, en plus de la demande d'agrément, l'investisseur doit expressément indiquer son consentement à l'arbitrage dans le formulaire de demande d'agrément. Cette confusion des arbitres est d'autant plus critiquable que les principes d'interprétation des déclarations préconisent d'interpréter chaque déclaration suivant l'intention de son auteur afin de dégager le sens et la portée exacte de chaque déclaration⁷⁷⁸. L'erreur d'appréciation manifeste dans la sentence, permet de soutenir que la préférence des arbitres pour les principes d'interprétation des déclarations de juridiction obligatoire n'est pas décisive pour la détermination du consentement à l'arbitrage de l'Etat, exprimée dans son code des investissements. En toute hypothèse, l'on ne voit pas en quoi le code des investissements ivoirien a été en l'espèce « *best evaluated as a unilateral act under international law* »⁷⁷⁹. De ce constat, il apparaît qu'une analyse minutieuse de la portée des principes d'interprétation dans l'identification du consentement est nécessaire.

B. LE REGIME DES DECLARATIONS DE JURIDICTION OBLIGATOIRE : UNE SOLUTION INSATISFAISANTE

300. Le régime des déclarations de juridiction obligatoire sur lequel l'accent est mis dans les lignes qui suivent concerne uniquement les règles et principes d'interprétation de ces instruments qui peuvent être étendus aux offres d'arbitrage. Dans son article consacré à la question, Caron soulignait qu'une offre d'arbitrage contenue dans une loi doit être appréciée comme un acte unilatéral de droit international public, mais excluait l'interprétation des offres d'arbitrage suivant le principe d'interprétation strict, pourtant applicable aux actes unilatéraux⁷⁸⁰. Cette hésitation pour une application de l'ensemble des principes d'interprétation des actes unilatéraux aux offres d'arbitrage est révélatrice de la complexité de la question. En effet, le régime d'interprétation des déclarations de

⁷⁷⁸ Julien CAZALA observe à ce propos : « La solution retenue apparaît assez discutable si l'on met en parallèle les termes "dans" et "par" contenus dans la même phrase et auxquels le tribunal donne exactement le même sens. Il est des plus surprenants que le tribunal évoque des législations présentées comme moins équivoques, telle la législation relative aux investissements de la République démocratique du Congo », in Julien CAZALA, « Chronique de jurisprudences internationales (investissement) », *RGDIP*, 2018, n°1, pp. 226 – 227.

⁷⁷⁹ David CARON, « The interpretation of National Investment Law as Unilateral Act under International Law », *Op.cit.*, p. 674.

⁷⁸⁰ Si l'auteur reconnaît que les Principes directeurs de la CDI relatifs aux déclarations unilatérales préconisent l'application du principe d'interprétation stricte aux déclarations unilatérales ambiguës, il estime que ce principe directeur 7 ne peut pas être étendu aux offres d'arbitrage contenues dans les lois pour les raisons suivantes : « *First, the ILC noted the difference between oral and written statements, but did not differentiate as to the application of its guidelines to the two and, significantly, appears to have drafted the Guiding Principles with an eye focused on the less formal and non-deliberative oral statements, even if possibly reduced to a note. Second, even in its discussion of written unilateral acts, the ILC did not address domestic legislation addressing investment issues as opposed to, for example, territorial disputes. Third, the restrictive interpretation advocated with respect to unilateral acts appears to be born of these two prior considerations: it is designed to protect States from significant incursions into their rights as sovereigns from unscripted oral statements of diplomats, and even in those situations, it is only meant to be applied when the implications of such statements are in doubt* ». David CARON, « The Interpretation of National Investment Law as Unilateral Act under International Law », *Op.cit.* pp. 668 – 667.

juridiction obligatoire est encore indéterminé (1) pour être adéquatement étendu aux dispositions législatives relatives à l'arbitrage (2).

1. L'identification du régime applicable aux déclarations de juridiction obligatoire

301. À l'occasion des arrêts rendus à propos des déclarations de juridiction, la CIJ a mis en lumière un certain nombre de règles et principes qui aujourd'hui servent à l'interprétation des déclarations de juridiction obligatoires. Une étude attentive de sa jurisprudence permet d'affirmer que la Cour emploie la règle générale, les méthodes et instruments d'interprétation identifiés à l'occasion de la codification de la convention de Vienne sur le droit des traités (a) tout en réservant des principes d'interprétation propres aux déclarations de juridiction obligatoire (b).

a. Les règles, méthodes et instruments d'interprétation communs aux déclarations et au traité

302. La règle générale d'interprétation. D'après l'article 31 de la convention de Vienne sur le droit des traités, « un traité doit être interprété de bonne foi suivant le sens ordinaire à attribuer aux termes du traité dans leur contexte et à la lumière de son objet et de son but »⁷⁸¹. Cette règle générale de l'interprétation de bonne foi des traités est, selon les commentaires à propos de l'article 31 précités, une règle coutumière⁷⁸². Cette analyse n'est pas contredite par la jurisprudence de La CIJ qui évoque également le caractère coutumier de l'article 32 de la Convention de Vienne⁷⁸³. Ainsi que le souligne David Caron, cette règle a également servi à l'interprétation des déclarations de juridiction⁷⁸⁴.

303. Les méthodes d'interprétation. La règle générale ainsi énoncée requiert, pour sa mise en œuvre, un ensemble de méthodes d'interprétation parmi lesquelles les méthodes linguistiques, systématiques sont d'une importance capitale. Dans la célèbre affaire de l'Anglo-iranian Oil, la CIJ soulignait la pertinence de ces méthodes en ces termes :

« La Cour ne saurait se fonder sur une **interprétation purement grammaticale** du texte. Elle doit rechercher l'interprétation qui est en harmonie avec **la manière naturelle** et

⁷⁸¹ Convention de Vienne sur le droit des traités, 23 mai 1969 entrée en vigueur le 27 janvier 1980, RTNU, vol. 1155, p. 331

⁷⁸² Mark VILLIGER, « Article 31: General rules of interpretation » in *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*, Olivier CORTEN et Pierre KLEIN (dir.), OUP, 2011, pp. 413 – 441, §§ 37-39.

⁷⁸³ CIJ, *Différend relatif à des droits de navigation et des droits connexes*, (Costa Rica c. Nicaragua), arrêt, 13 juillet 2009, Rec. 2009, p. 237, § 47 ; CIJ, *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Montégro)*, arrêt, Rec. 2007, p. 109-110, § 160 ; CIJ, *Différend territorial (Jamahiriya arabe libyenne c. Tchad)*, arrêt, Rec. 1994, p. 21-22, §41.

⁷⁸⁴ David CARON, « The interpretation of National Investment Law as Unilateral Act under International Law », *Op.cit.* p. 660.

raisonnable de lire le texte, eu égard à l'intention du Gouvernement de l'Iran à l'époque où celui-ci a accepté la compétence obligatoire de la Cour »⁷⁸⁵.

Deux autres méthodes d'interprétation peuvent également être évoquées. Il s'agit de la méthode historique ou « génétique » qui consiste à tenir compte du contexte dans lequel le texte a été élaboré. Cette méthode qui ressort clairement de l'*orbiter dictum* précitée est reprise dans le cadre des traités à l'article 31.2.a) et b) de la convention de Vienne⁷⁸⁶. Enfin, quoique mentionnée avec plus de subtilité, la Cour interprète les déclarations de juridiction en se servant de la méthode téléologique surtout lorsqu'il est question de la portée des réserves qui figurent dans ces déclarations⁷⁸⁷.

304. Les instruments d'interprétation. La similitude entre le régime d'interprétation des déclarations et celui des traités concerne aussi les instruments d'interprétation utilisés dans les deux cas. Parmi les divers instruments mobilisables, les travaux préparatoires reçoivent la plus grande attention. La difficulté que posent les travaux préparatoires, c'est que contrairement aux traités qui font l'objet de négociations, les déclarations de juridiction émanent de la volonté d'un seul Etat ; l'accès aux documents de droit interne n'en est pas, par conséquent, évident. L'argument a même été soulevé par le Royaume-Uni à l'occasion du différend de l'*anglo-iranian oil*. Pour déterminer la teneur véritable des intentions du gouvernement de l'Iran telles qu'exprimées dans sa déclaration de juridiction obligatoire, la loi iranienne du 14 juin 1934 par laquelle le *Majlis* a approuvé ladite déclaration a été évoquée en cours de procès. Durant la procédure orale, il a ainsi été relevé que cette loi était un document interne, rédigé en persan dont seul l'Iran avait connaissance et qui n'a pas été communiqué aux autres États de la ligue⁷⁸⁸. Selon les juges de La Haye, il n'y avait aucune raison permettant de ne pas considérer la loi iranienne comme un élément de preuve de l'intention de l'Iran d'autant que « cette loi fut passée quelques mois après la signature de la déclaration et quelques mois avant sa ratification. Elle énonce que le *Majlis* approuve la déclaration sur

⁷⁸⁵ CIJ, *Affaire de l'anglo-iranian oil co*, (Iran c. Royaume-Uni), exceptions préliminaires, 22 juillet 1952, *Rec.* 1952, p. 104.

⁷⁸⁶ Voir également, CIJ, *Affaire du plateau continental de la Mer Egée (Grèce c. Turquie)*, Exceptions préliminaires, 19 décembre 1978, pp 28-29, § 66 : « De fait, il ressort clairement de cette jurisprudence que, pour interpréter la réserve b), il convient de prendre en considération l'intention du Gouvernement de la Grèce à l'époque où celui-ci a déposé son instrument d'adhésion à l'Acte général. C'est en effet compte tenu de cette jurisprudence que la Cour a demandé à ce gouvernement de lui fournir tous les éléments dont il disposait au sujet des explications données à l'époque relativement à l'instrument d'adhésion ».

⁷⁸⁷ CIJ, *Affaire de la compétence en matière de pêcheries* (Espagne c. Canada), Compétences, 4 déc. 1998, *Rec.* 1998, § 54 : « Les deux Parties se sont référées devant la Cour au principe de l'effet utile. Ce principe joue certes un rôle important en droit des traités et dans la jurisprudence de cette Cour; toutefois, s'agissant d'une réserve à une déclaration faite en vertu du paragraphe 2 de l'article 36 du Statut, ce qui est exigé en tout premier lieu est qu'elle soit interprétée d'une manière compatible avec l'effet recherché par l'Etat qui en est l'auteur » § 52 et d'ajouter « La thèse de l'Espagne n'est pas compatible avec le principe d'interprétation selon lequel une réserve figurant dans une déclaration d'acceptation de la juridiction obligatoire de la Cour doit être interprétée d'une manière naturelle et raisonnable en tenant dûment compte des intentions de l'Etat auteur de la réserve et du but de la réserve ».

⁷⁸⁸ CIJ, *Affaire de l'anglo-iranian oil co*, (Iran c. Royaume-Uni), procédure orale, 13 juin 1952, *Rec.* 1952, p. 530,

la compétence obligatoire de la Cour »⁷⁸⁹. La faveur de la Cour pour les travaux préparatoires fait ici sens en raison de la force probante incontestable de ces éléments.

305. En somme, du point de vue de la règle générale, des méthodes et des instruments, les mécanismes d'interprétation des déclarations de juridiction et des traités présentent des traits communs. Mais là s'arrête la ressemblance. Pour ce qui est des principes d'interprétation à proprement dit, la CIJ s'est montrée favorable à l'application de principes propres aux déclarations de juridiction.

b. Les principes d'interprétation propres aux déclarations de juridiction obligatoire

306. La consécration de principes propres. La reconnaissance de principes d'interprétation propres aux déclarations de juridiction obligatoire est affirmée par la CIJ dans ses arrêts. Elle indique : « [l]e régime qui s'applique à l'interprétation des déclarations faites en vertu de l'article 36 du Statut n'est pas identique à celui établi pour l'interprétation des traités par la convention de Vienne sur le droit des traités »⁷⁹⁰. Bien qu'il soit question de régime, ce sont en pratique les principes d'interprétation qui sont concernés. À ce sujet, il faut souligner que si la CIJ se montre favorable à un régime propre aux déclarations, son approche relève plus d'une pétition de principe que d'une réelle volonté de déterminer les principes propres aux déclarations. En effet, sa jurisprudence laisse apparaître une certaine hésitation tant en ce qui concerne l'identification des principes propres que l'exclusion des principes inadaptés.

307. L'identification hésitante des principes propres. Les hésitations de la CIJ, quant à l'identification des principes d'interprétation propres aux déclarations de juridiction, peuvent paraître curieuses eu égard à l'abondance de la jurisprudence de la CIJ. L'exemple du principe d'interprétation stricte peut être évoqué. Historiquement, dans *l'affaire des phosphates au Maroc*, la CPJI prétendait :

« [...] Il n'est pas nécessaire de recourir à l'**interprétation restrictive** qui, dans le doute, **pourrait se recommander à l'égard d'une clause dont l'interprétation ne saurait en aucun cas dépasser l'expression de la volonté des États** qui l'ont souscrite »⁷⁹¹.

En dépit de sa formulation très précautionneuse, d'aucuns seraient légitimes à voir dans cet *orbiter* une reconnaissance du principe d'interprétation stricte. L'analyse fait

⁷⁸⁹ CIJ, *Affaire de l'anglo-iranian oil co*, (Iran c. Royaume-Uni), exc. préliminaires, 22 juil. 1952, *Rec.* 1952, pp. 106 – 107.

⁷⁹⁰ CIJ, *Affaire de la compétence en matière de pêcheries* (Espagne c. Canada), Compétences, 4 déc. 1998, *Rec.* 1998, p. 453, §46. Voir également, CIJ, *Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria*, Exception préliminaires, 11 juin 1998, *Rec.* 1998, p. 293, § 30.

⁷⁹¹ CPJI, *Affaire des phosphates au Maroc*, Exceptions préliminaires, 14 juin 1938, Série A/B, n°74, pp 23-24.

d'ailleurs sens si l'on considère qu'il s'agit d'un engagement juridictionnel pouvant limiter la souveraineté de l'Etat⁷⁹². Dans les réclamations légales, ce principe a été évoqué comme un principe propre aux déclarations de juridiction⁷⁹³. Mais cette analyse est en réalité hâtive.

Déjà, Hersch Lauterpacht faisait remarquer qu'il n'y avait pas de traces d'une application du principe d'interprétation stricte dans la jurisprudence de la CPJI⁷⁹⁴. Quant à la CIJ, contrairement à la CPJI, elle ne s'est pas réellement prononcée sur l'existence d'un principe d'interprétation stricte applicable aux déclarations de juridiction obligatoire. Dans l'affaire du plateau continental de la mer d'Égée, la Grèce a soutenu que les mots « différends ayant trait au statut territorial de la Grèce [...] doivent recevoir une interprétation restrictive »⁷⁹⁵. Mais cette thèse n'a pas été retenue par la CIJ. Pour comprendre la réserve formulée à l'Acte général de 1928 de la Grèce, les hauts magistrats se sont livrés à une interprétation suivant les méthodes historique et linguistique précédemment évoquées⁷⁹⁶. Également, dans l'affaire des pêcheries, l'Espagne a été accusée de plaider pour une interprétation restrictive de la réserve canadienne⁷⁹⁷. La CIJ réagissant sur ce point, estima simplement qu'il n'y avait « aucune raison d'en donner une interprétation restrictive »⁷⁹⁸. Ainsi, la Haute juridiction évita de se prononcer sur le point de savoir si le principe d'interprétation stricte est un principe propre aux déclarations de

⁷⁹² La CPJI s'était d'ailleurs prononcée en ce sens : « **La Cour ne conteste pas le principe invoqué par le Gouvernement français et d'après lequel tout compromis**, de même que toute clause prévoyant la juridiction de la Cour, doit être interprétée strictement ; mais cela ne saurait signifier que l'on puisse, sous couleur d'interprétation stricte, donner au compromis un sens selon lequel, non seulement il aurait entièrement omis de poser la véritable question litigieuse, mais encore il l'aurait, par soi-même, préjugée ». *Affaire des zones franches de Haute -Savoie et du pays de Gex*, arrêt du 7 juin 1932, série A/B, n°46, pp 138-139. Pour une formulation encore plus obscure du principe d'interprétation stricte, voir : CPJI, *Affaire de l'Usine de Chorzow*, compétences, série A, n°9, 26 juillet 1927, p. 32.

⁷⁹³ Dans l'affaire *PNG Sustainable Development Program Ltd. c. Papouasie Nouvelle-Guinée* précitée, se fondant sur l'article 7 des *Principes directeurs applicables aux déclarations unilatérales* de la CDI, l'Etat défendeur préconisait que l'interprétation de l'offre d'arbitrage contenue dans la section 39 du code des investissements, devait être réalisée selon le principe d'interprétation stricte. Le demandeur, pour sa part, soutenait que le principe d'interprétation stricte n'était pas applicable aux offres d'arbitrage en ces termes : « *The Claimant further argues that the restrictive presumption that governs the interpretation of a State's unilateral declarations under international law (including as set out in ILC Guiding Principle 7) should not apply where the State's "unilateral acts are formulated in the framework and on the basis of a treaty, such as the ICSID Convention."* ¹⁴⁵ On this issue, the Claimant disagrees with Professor Dolzer's "restrictive approach" requiring that consent be "clear and unambiguous," ¹⁴⁶ and rejects ILC Guiding Principle 7 as a plausible rule of interpretation of Section 39 of the IPA ». CIRDI, *PNG Sustainable Development Program Ltd. c. Papouasie Nouvelle-Guinée*, ARB/13/33, sentence, 5 mai 2015, § 101. Le tribunal sur ce point nota : « *[J]urisdictional instruments are to be interpreted neither restrictively nor expansively, but rather objectively and in good faith, and jurisdiction will be found to exist if – but only if – the force of the arguments militating in favor of it is preponderant* ». *id.*, § 251.

⁷⁹⁴ Hersch LAUTERPACHT, « Restrictive Interpretation and the Principle of Effectiveness in the Interpretation of Treaties », *BYBIL*, vol. 26, 1949, p. 66.

⁷⁹⁵ CIJ, *Plateau continental de la mer Egée (Grèce c. Turquie)*, arrêt, 19 décembre 1978, *Rec.* 1978, p. 29, § 69.

⁷⁹⁶ CIJ, *Plateau continental de la mer Egée (Grèce c. Turquie)*, arrêt, 19 décembre 1978, *Rec.* 1978, pp. 29 et ss, §§ 69 et ss.

⁷⁹⁷ Durant les plaidoiries, Mr Remiro Brotons soulignait : « *Canada transforms the strict assessment of consent into a presumption against the jurisdiction accepted in principle by the parties; Canada rejects a restrictive interpretation of the declaration for the sole purpose of promoting unlimited permissiveness in the interpretation of the reservation* » et d'ajouter : « *The Respondent would therefore have us acknowledge that we must be restrictive in the interpretation of the declaration but permissive in interpreting the reservations, despite the rhetorical assertion that they are indivisible* » CIJ, *Affaire de la compétence en matière de pêcheries* (Espagne c. Canada), *Rec.* 1988, pp 50 et 51.

⁷⁹⁸ CIJ, *Affaire de la compétence en matière de pêcheries* (Espagne c. Canada), Compétence, 4 déc. 1998, *Rec.* 1998, p. 453, §43.

juridiction obligatoire. Elle relève seulement qu'aucune raison ne justifie l'application de ce principe.

La prudence des termes de la Cour implique que le principe d'interprétation stricte n'est ni consacré ni exclu comme un principe propre aux déclarations de juridiction obligatoire. Cette hésitation autorise à considérer que ce principe d'interprétation stricte pourrait être apprécié comme un principe propre aux déclarations de juridiction⁷⁹⁹. Mais la lecture correcte de la politique jurisprudentielle de la CIJ serait de considérer que la juridiction est favorable à l'existence de principes propres aux déclarations de juridiction obligatoire sans clairement identifier ces principes. En ce sens, l'idée de Caron selon laquelle le principe d'interprétation stricte ne serait pas applicable aux offres d'arbitrage contenues dans les lois, s'en trouverait justifiée⁸⁰⁰. Dans la même dynamique, d'autres principes exclus, non sans hésitation, par la CIJ pourraient être rapportés.

308. Les principes *a priori* exclus. Dans l'affaire des pêcheries précitée, la CIJ écarte l'application du principe *contra proferentem* selon lequel une clause mal rédigée devrait être interprétée à l'encontre de son auteur. Elle a ainsi estimé que ce principe *contra proferentem* est exclu parce qu'il n'a pas de rôle à jouer dans l'interprétation d'une réserve à une déclaration de juridiction obligatoire⁸⁰¹. Mais les juges de La Haye entourent leur propos d'une formule trouble : « en l'espèce ». Cette réserve ne renseigne pas sur le fait de savoir s'il s'agit d'une solution de principe applicable à toutes les déclarations de juridiction ou seulement à la déclaration canadienne. Cependant, en l'état actuel de la question, il peut être avancé que ce principe n'a pas encore été appliqué à une déclaration de juridiction. Ce raisonnement aurait alors pour conséquence d'invalidier l'argument selon lequel les ambiguïtés dans la formulation d'un engagement unilatéral (figurant dans un code des investissements) ne devraient pas profiter à l'Etat⁸⁰².

⁷⁹⁹ C'est la position de la CDI qui retient le principe d'interprétation stricte comme un des principes directeurs applicables aux déclarations unilatérales. L'article 7 des *Principes directeurs applicables aux déclarations unilatérales* de la CDI indique ainsi : « Une déclaration unilatérale n'entraîne d'obligations pour l'Etat qui l'a formulée que si elle a un objet clair et précis. En cas de doute sur la portée des engagements résultant d'une telle déclaration, **ceux-ci doivent être interprétés restrictivement**. Pour interpréter le contenu des engagements en question, il est tenu compte en priorité du texte de la déclaration ainsi que du contexte et des circonstances dans lesquelles elle a été formulée ».

⁸⁰⁰ David CARON, « The interpretation of National Investment Law as Unilateral Act under International Law », *Op.cit.* p. 660.

⁸⁰¹ Les extraits pertinents de la sentence indiquent : « L'Espagne fait encore valoir que la règle *contra proferentem*, suivant laquelle, lorsqu'un texte est ambigu, il doit être interprété contre celui qui l'a rédigé, s'applique en particulier aux actes unilatéraux comme les déclarations d'acceptation de la juridiction obligatoire de la Cour et les réserves qu'elles contiennent. [...] La règle *contra proferentem* peut jouer un rôle dans l'interprétation de dispositions conventionnelles. **Toutefois, il découle de l'analyse qui précède que cette règle n'a pas de rôle à jouer en l'espèce dans l'interprétation de la réserve contenue dans la déclaration unilatérale faite par le Canada en vertu du paragraphe 2 de l'article 36 du Statut** ». CIJ, *Affaire de la compétence en matière de pêcheries* (Espagne c. Canada), Compétence, 4 décembre 1998, *Rec.* 1998, §§ 43 et 51.

⁸⁰² L'auteur n'indique pas qu'il invoque au soutien de sa démonstration le principe *contra proferentem*. Toutefois, la règle qui se dégage de la formulation retenue est clairement la même que celle du principe *contra proferentem*. La formule évoquée tient en ceci : « *Thus, ambiguity in the formulation of unilateral commitments within the frame of municipal investment laws should not profit the state* ». Makane MBENGUE, « National Legislation and Unilateral Acts of States », *Op. cit.*, pp. 212 – 213. Egalement,

S'agissant du principe de l'effet utile, selon lequel l'interprétation d'un texte ne doit pas avoir pour effet de rendre redondant ou inutile une clause du traité, la CIJ a fait preuve d'une extrême prudence dans l'exclusion de ce principe dans l'affaire des pêcheries. Alors que l'Espagne soutenait que « le principe de l'effet utile signifi[ait] qu'une réserve [devrait] être interprétée par rapport à l'objet et au but de la déclaration, à savoir l'acceptation de la juridiction obligatoire de la Cour »⁸⁰³, la CIJ a simplement retenu :

« Les deux Parties se sont référées devant la Cour au principe de l'effet utile. Ce principe joue certes un rôle important en droit des traités et dans la jurisprudence de cette Cour ; toutefois, s'agissant d'une réserve à une déclaration faite en vertu du paragraphe 2 de l'article 36 du Statut, ce qui est exigé en tout premier lieu est qu'elle soit interprétée d'une manière compatible avec l'effet recherché par l'Etat qui en est l'auteur »⁸⁰⁴.

Ainsi, l'effet qui serait déterminant selon la CIJ, ce n'est pas de rendre la déclaration opératoire en cas d'ambiguïté, mais d'interpréter celle-ci « d'une manière compatible avec l'effet recherché par l'Etat qui en est l'auteur ». Cette préférence en faveur d'un « effet compatible » et non « utile » est appropriée, car elle permet la recherche de l'intention réelle de l'Etat, loin de toute présomption. Ce choix a d'ailleurs été celui de la CDI à l'occasion de ces travaux sur les actes unilatéraux⁸⁰⁵ et conduit à exclure le principe de l'effet utile au titre des principes applicables aux déclarations de juridiction obligatoire même si cela n'est pas dit explicitement par la CIJ.

309. En résumé, si la CIJ est favorable à l'application des principes propres aux déclarations de juridiction, elle n'indique pas clairement quels peuvent être ces principes. Certes, elle exclut *a priori* l'application des principes d'interprétation des traités tels que le principe *contra proferentem* et celui de l'effet utile⁸⁰⁶, mais elle ne pose pas clairement le principe d'interprétation stricte comme principe propre aux déclarations de juridiction obligatoire. Dès lors, il convient de se demander dans quelle mesure ce régime ambigu d'interprétation des déclarations de juridiction obligatoire peut guider l'interprétation des offres d'arbitrage dans les codes des investissements.

2. L'inadéquation du régime identifié

Makane MBENGUE, « Consent to Arbitration Through National Investment Legislation », *Investment Treaty News Quarterly*, 2012, vol. 2, n°4, pp. 7 – 9.

⁸⁰³ CIJ, *Affaire de la compétence en matière de pêcheries* (Espagne c. Canada), *préc.*, p. 452, § 43.

⁸⁰⁴ CIJ, *Affaire de la compétence en matière de pêcheries* (Espagne c. Canada), *préc.*, p. 455, § 52.

⁸⁰⁵ Pour un résumé des débats voir : CDI, Rapport de la 53^{ème} session, *doc. A/56/10*, 2001, chap. VIII, §§ 208-254.

⁸⁰⁶ Pour un avis plus nuancé sur ce point, voir Gunnar TÖRBER, *The contractual nature of the optional clause*, Oxford and Portland Oregon, 2015, pp 126 -164, spéc. pp. 129-134.

310. L'incohérence du recours au régime des déclarations. Le régime identifié pour l'interprétation des déclarations d'interprétation est inadéquat. L'étude des sentences arbitrales montre que ce régime conduit en pratique à des résultats incohérents en plus de porter atteinte aux principes essentiels du procès international.

311. Sur l'effet utile. Les tribunaux arbitraux considèrent le plus souvent que les offres d'arbitrage dans les codes des investissements sont des actes unilatéraux et invoquent à l'occasion le principe de l'effet utile pour interpréter ces offres en dépit des réticences de la CIJ précédemment évoquées. Dans l'affaire *SPP c. Égypte*, l'application du principe de l'effet utile a été jugé appropriée afin de déterminer le consentement à l'arbitrage de l'Etat⁸⁰⁷. Le choix des arbitres peut s'expliquer par le fait qu'au moment où la sentence est rendue, la CIJ n'avait pas encore exprimé sa défaveur à l'application de l'effet utile pour l'interprétation des déclarations de juridiction obligatoire⁸⁰⁸. Ce qui n'est pas le cas de la sentence *PNG Sustainable Development c. Papouasie-Nouvelle-Guinée*⁸⁰⁹.

Dans cette affaire, un problème de méthode peut être relevé. Pour justifier l'application du principe de l'effet utile, le tribunal arbitral a invoqué la nature hybride des offres d'arbitrage⁸¹⁰. Il a considéré que ceux-ci étaient à la fois soumis au droit des traités et au droit des déclarations unilatérales. Ce régime de facture permettait ainsi d'appliquer le principe de l'effet utile au détriment du principe d'interprétation stricte posé à l'article 7 des *Principes directeurs de la CDI relatifs aux déclarations unilatérales* sans motivation particulière. Ainsi, le raisonnement suivi ne précise pas quelle serait la marche à suivre lorsque l'arbitre est contraint de choisir entre les principes d'interprétation des traités et celui des déclarations unilatérales. Qui plus est, l'apport de l'effet utile a été en pratique minime.

En l'espèce, la société requérante a fondé sa réclamation sur les articles 39 du code des investissements de 1992 de la Papouasie Nouvelle-Guinée (Investment Promotion Act « IPA ») et l'article 2 de la loi sur la Convention relative aux différends d'investissements

⁸⁰⁷ Le tribunal dans l'affaire *SPP c. Égypte* souligne : « a legal text should be interpreted in such a way that a reason and meaning can be attributed to every word in the text ». CIRDI, *SPP c. Égypte*, ARB/84/3, compétence II, 14 April 1988, § 94.

⁸⁰⁸ L'affaire des pêcheries (CIJ, *Affaire de la compétence en matière de pêcheries* (Espagne c. Canada), Compétence, 4 déc. 1998, *Rec.* 1998, § 46) est intervenue approximativement 10 ans après la sentence *SPP c. Égypte* (CIRDI, *SPP c. Égypte*, ARB/84/3, compétence II, 14 April 1988, § 94).

⁸⁰⁹ CIRDI, *PNG Sustainable Development Program Ltd. c. Papouasie Nouvelle-Guinée*, ARB/13/33, sentence, 5 mai 2015, §§ 268 – 269.

⁸¹⁰ « In the Tribunal's view, the same considerations that warrant application of effet utile to treaties apply fully to "hybrid" instruments like Section 39 of the IPA and Section 2 of the IDCA: States ordinarily intend their legislative acts, particularly in the context of investment legislation, to have meaning and to produce consequences, rather than to be empty or meaningless. Effet utile gives effect to that common sense proposition ». CIRDI, *PNG Sustainable Development Program Ltd. c. Papouasie Nouvelle-Guinée*, ARB/13/33, sentence, 5 mai 2015, §§ 268 – 269, spéc. § 269.

en Papouasie Nouvelle-Guinée (PNG Investment Disputes Convention Act 1978 « IDCA »). Ces textes indiquaient respectivement:

« *The Investment Disputes Convention Act 1978, implementing the International Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States, applies, according to its terms, to disputes arising out of foreign investment* »⁸¹¹ et « *A dispute shall not be referred to the Centre unless the dispute is fundamental to the investment itself* »⁸¹².

Selon les demandeurs, le principe de l'effet utile induit qu'une disposition doit avoir une signification opératoire⁸¹³. À ce titre, les dispositions législatives précitées n'auraient un effet utile que si elle constitue le consentement de l'Etat à l'arbitrage. À défaut, ces dispositions seraient redondantes et sans intérêt. Pour l'Etat défendeur, l'analyse grammaticale des mots ne permettait pas de déduire son consentement unilatéral en des termes clairs et sans équivoque. De plus, une simple référence générale aux CIRDI (par la formule « Centre ») ne suffit pas à établir le consentement à l'arbitrage. Enfin, si le principe de l'effet utile devait être appliqué, il ne devrait pas permettre de réécrire la disposition. Enfin, l'Etat indiquait *ex abundanti cautela* que l'effet recherché par les deux dispositions était d'informer l'investisseur étranger des mécanismes à sa disposition pour la résolution des litiges et non autoriser ce dernier à introduire des réclamations légales⁸¹⁴. Le tribunal arbitral estima pour sa part que le principe de l'effet utile est particulièrement adapté lorsqu'il faut choisir en deux interprétations plausibles, celle qui n'est pas redondante ou absurde. Mais en l'espèce, l'analyse grammaticale confirme que l'Etat n'a pas exprimé son consentement à l'arbitrage. De plus, l'effet utile ne se réduit pas nécessairement à la saisine du tribunal arbitral. Les dispositions du code des investissements de Papouasie-Nouvelle-Guinée pouvaient avoir pour effet l'information de l'investisseur sans lui offrir un *locus standi*⁸¹⁵. En outre, le tribunal indique que son interprétation des dispositions n'est pas contredite par les principes d'interprétation des lois de la Papouasie-Nouvelle-Guinée qui connaissent une règle analogue à celle de l'effet

⁸¹¹ CIRDI, *PNG Sustainable Development Program Ltd. c. Papouasie Nouvelle-Guinée*, ARB/13/33, sentence, 5 mai 2015, § 46.

⁸¹² CIRDI, *PNG Sustainable Development Program Ltd. c. Papouasie Nouvelle-Guinée*, ARB/13/33, sentence, 5 mai 2015, § 47.

⁸¹³ Le demandeur précise: « *Effet utile engages so as to ensure that the provision is capable of meaningful operation: whether that particular operation is expansive or restrictive is another matter entirely (and not a matter controlled by effet utile)* ». CIRDI, *PNG Sustainable Development Program Ltd. c. Papouasie Nouvelle-Guinée*, ARB/13/33, sentence, 5 mai 2015, § 176.

⁸¹⁴ CIRDI, *PNG Sustainable Development Program Ltd. c. Papouasie Nouvelle-Guinée*, ARB/13/33, 5 mai 2015, §. 305.

⁸¹⁵ « *Section 39 of the IPA serves a useful purpose, particularly in the context of a comprehensive national investment statute, even if it does not provide the Respondent's standing offer to arbitrate at ICSID. As the Respondent pointed out, even on its interpretation, Section 39 serves constructive purposes, including declaring the continued applicability of the IDCA, notwithstanding the later enactment of the IPA; providing all material information regarding investors' potential rights in one comprehensive statute;625 and clearing "the way for the State to conclude specific types of dispute resolution agreements."* » CIRDI, *PNG Sustainable Development Program Ltd. c. Papouasie Nouvelle-Guinée*, ARB/13/33, sentence, 5 mai 2015, § 311.

utile⁸¹⁶. Dans ce cas toutefois, l'intérêt de l'effet utile comme principe d'interprétation des actes unilatéraux s'évapore⁸¹⁷. Si l'interprétation grammaticale du texte et les principes d'interprétation des lois permettent d'apprécier la volonté réelle de l'Etat, pourquoi alors recourir aux principes de droit international ? D'autant que le détour par le droit international pose un problème de méthode en ce qu'il exige une transsubstantiation du code des investissements et l'identification périlleuse du régime applicable aux actes unilatéraux de droit international public.

312. L'application du principe *contra proferentem*. La partie demanderesse a invoqué ce principe dans l'affaire *Société Resort Company Invest Abidjan c. Côte d'Ivoire*⁸¹⁸ sans emporter la conviction des arbitres. Une nuance doit tout de même être observée s'agissant du raisonnement adopté par ces derniers. En effet, sans expressément viser le principe *contra proferentem*, les arbitres insistent sur l'ambiguïté du texte pour faire droit à la demande du requérant⁸¹⁹. C'est en quelque sorte faire application du principe *contra proferentem* sans le dire puisque le texte est interprété aux dépens son auteur. À l'inverse, dans l'affaire *MNSS et RCA c. Monténégro*, à propos de l'expropriation alléguée par les investisseurs dans leur investissement sous la forme d'apport de capitaux et de prêts, l'Etat défendeur soutenait que les articles 39(2) et 30 des lois sur les investissements (loi de 2000 et 2011) ne contenaient pas d'offre d'arbitrage et que la traduction en anglais de ces textes, fournie par les demandeurs, conduisait à des résultats incohérents⁸²⁰. Pour le requérant, les doutes résultants de la rédaction des textes

⁸¹⁶ « PNG law principles reinforce the Tribunal's conclusion. As pointed out by the Claimant, PNG law contains a principle analogous to *effet utile*. 629 As a general matter, as set out in Part 2, Schedule 2.2 of the PNG Constitution, PNG law applies the rules and principles of English common law in force as at immediately before PNG's independence. 630 It is a well-established common law principle of statutory interpretation that a court should strive to give effect to every element of a statutory enactment ». CIRDI, *PNG Sustainable Development Program Ltd. c. Papouasie Nouvelle-Guinée*, ARB/13/33, sentence, 5 mai 2015, § 316.

⁸¹⁷ Le tribunal dans l'affaire *Cemex c. Venezuela* estimait que le principe de l'effet d'utile n'était d'aucun apport pour l'interprétation de l'article 22 de la loi vénézuélienne. Il indique en ce sens : « However, it will add that, even if the principle of *effet utile* were applicable to unilateral declarations, this would not help in the interpretation of Article 22. In this respect one must recall that this principle does not require that a maximum effect be given to a text. It only excludes interpretations which would render the text meaningless, when a meaningful interpretation is possible. Thus, in a number of cases, the International Court of Justice, when interpreting agreements or treaties, has given a very limited effect to the text it had to construe. In the *Aegean Sea Continental Shelf* case, the Court decided that the agreed communiqué invoked by Greece did not give jurisdiction to the Court. It added that "it is for the two Governments to consider ... what effect, if any, is to be given to [this text] in their further efforts to arrive to an amicable settlement of the dispute." In three other cases, the Court had to interpret bilateral treaties providing for "firm and enduring peace and sincere friendship" between the Contracting States or using comparable formulae. It construed those provisions as fixing only an "objective in the light of which the other treaty provisions are to be interpreted and applied ». CIRDI, *Cemex Caracas Investments B.V. c. Venezuela*, ARB/08/15, compétence, 30 décembre 2010, §§ 113 et 114.

⁸¹⁸ CIRDI, *Société Resort Company Invest Abidjan, et al. c. Republic of Côte d'Ivoire*, ARB/16/11, 01/08/2017, § 86.

⁸¹⁹ Pour une analyse similaire : Julien CAZALA, « Chronique de jurisprudences internationales (investissement) », *RGDIP*, 2018, n°1, pp. 226 – 227.

⁸²⁰ Selon le défendeur, la version anglaise fournie par le requérant est incorrecte en ce qu'elle se lit comme suit : « (*disputes arising from the foreign investments*) **shall be resolved** before domestic or foreign arbitration » alors que la bonne traduction serait : « *disputes arising from the foreign investments* **shall be subject** to domestic or foreign arbitration ». CIRDI, *MNSS and RCA c. Montenegro*, ARB(AF)/12/18, 4 mai 2016, § 698. Gras ajoutés.

ne pouvaient profiter aux défendeurs en raison du principe *contra proferentem*⁸²¹. Le tribunal arbitral s'est déclaré incompétent en observant que la différence de traductions soulignée par les parties litigantes n'était pas déterminante et insista sur l'incohérence des interprétations soutenues par les requérants pour conclure à l'absence d'offre d'arbitrage. Si le tribunal ne se prononce pas sur l'application du principe *contra proferentem*, on peut induire de son raisonnement qu'il a écarté l'application de ce principe aux offres d'arbitrage. Mais ces silences, observés par les sentences arbitrales précitées, ne permettent pas d'affirmer, sans l'ombre d'un doute, que le principe *contra proferentem* est totalement écarté dans l'appréciation du consentement des États à l'arbitrage.

313. L'atteinte potentielle aux principes du procès international. Les réflexions autour des principes d'interprétation à appliquer poursuivent un objectif : permettre de déterminer le consentement à l'arbitrage des États à partir de présomptions. Une telle démarche présente l'avantage de la sécurité juridique puisque le résultat de l'interprétation est prédictible. En revanche, le recours à une présomption ne permet pas dans tous les cas, de déterminer l'intention réelle du déclarant. C'est la recherche de cette intention réelle qui justifie les hésitations de la CIJ concernant l'identification des principes propres aux déclarations de juridiction⁸²². S'il faut présumer que la disposition législative a pour effet de permettre le recours à l'arbitrage lorsqu'elle est ambiguë⁸²³ ou qu'elle doit s'interpréter contre la volonté de l'Etat hôte de l'investissement ou encore privilégier une interprétation restrictive de la disposition, c'est dans une certaine mesure porter atteinte au principe cardinal de la juridiction consentie en droit international.

⁸²¹ CIRDI, *MNSS and RCA c. Montenegro*, ARB(AF)/12/18, 4 mai 2016, § 111: « According to the Claimants, the in dubious mitis principle relied on by the Respondent is not applicable to statute interpretation; rather, the contra proferentem principle would be more appropriate. Furthermore, the interpretation defended by the Respondent would deprive the second and third paragraphs of the said provisions of any practical meaning ».

⁸²² Voir les analyses évoquées *supra* dans cette section, § 1, A.

⁸²³ Dans les affaires *CEMEX c. Venezuela* et *PNG Sustainable Development Program Ltd. c. Papouasie-Nouvelle-Guinée* précitée, les arbitres ont écarté l'argument des requérants selon lesquels l'effet utile imposerait qu'une disposition législative relative à l'arbitrage renferme également le consentement de l'État à la procédure arbitrale (voir *supra* dans cette section, § 1, A). Les tribunaux ont retenu l'analyse selon laquelle la simple information de l'investisseur suffit pour que les dispositions relatives à l'arbitrage dans un code des investissements aient un effet utile. En marge de cette tendance, on peut inscrire la sentence *SPP c. Égypte* dans laquelle le tribunal s'est fondé sur l'effet utile pour retenir sa compétence estimant que ce principe permettait de conclure que l'article 8 du code des investissements égyptien renfermait un consentement de l'État à l'arbitrage et n'exigeait pas un accord supplémentaire entre l'État et l'investisseur étranger au risque d'être superflu. Le tribunal notait ainsi : « To interpret the phrases "within the framework of the Convention" and "where it applies" to mean that the parties to an investment dispute must execute a separate agreement to establish consent to the Centre's jurisdiction would also destroy the internal logic of Article 8 and render much of that provision superfluous. If such a separate agreement were required, ICSID arbitration in effect would be subsumed in the first method of settlement prescribed by Article 8, namely, "a manner to be agreed upon with the investor." Such an interpretation of Article 8 would render meaningless' the entire phrase: ...or within the framework of the Convention for the Settlement of Investment Disputes between the State and nationals of other countries to which Egypt has adhered by virtue of Law no. 90 of 1971, where it applies. No valid method of legal interpretation would warrant the conclusion that the express reference to the Convention in Article 8 is meaningless or pleonastic. Under general principles of statutory interpretation, a legal text should be interpreted in such a way that a reason and a meaning can be attributed to every word in the text. » CIRDI, *SPP c. Égypte*, ARB/84/3, compétence II, 14 April 1988, § 94.

L'engagement juridictionnel de l'Etat n'est plus apprécié selon la volonté réelle de ce dernier, mais selon sa volonté présumée.

Pour atténuer ce risque, le recours aux méthodes d'interprétation et aux instruments d'interprétation, en vue de dégager le sens d'une déclaration, pourrait être une solution à privilégier. Une convergence des pratiques nationales et internationales peut même être observée à ce propos. Ainsi, c'est non sans surprise que les arbitres dans l'affaire *ConocoPhillips contre Venezuela* ont conclu :

*« No significant difference is to be seen between Venezuelan law as found in Article 4 of the Civil Code and decisions of the Supreme Court of Venezuela, the law reflected in Article 31 of the Vienna Convention on the Law of Treaties and the statements to be found in relevant decisions of international courts and tribunals. They all call for particular attention to be given to the text, along with the other matters »*⁸²⁴.

Dès lors, l'intérêt du régime d'interprétation des déclarations de juridiction peut être questionné. Si du point de vue de la méthode, il aboutit à des résultats similaires aux méthodes d'interprétation de droit interne, pourquoi les arbitres y recourent-ils en lieu et place des principes de droit interne ? La réponse la plus évidente à cette interrogation serait l'assurance. En recourant au droit international, on rassure l'investisseur quant à l'application de règles neutres tout en rappelant aux États leurs obligations. Mais, en raison des objections théoriques et des résultats pratiques que peut entraîner l'application des principes de droit international, il serait préférable de recourir aux principes d'interprétation de droit interne.

314. Le maigre apport du droit international dans l'interprétation des dispositions législatives à l'arbitrage peut être compensé par les solutions que pourrait offrir cet ordre juridique s'agissant de la révocabilité des offres d'arbitrage. Cependant, ainsi qu'il sera démontré, les règles de retrait des déclarations admises en droit international sont à bien d'égards incompatibles avec le régime des offres d'arbitrage.

§2 : L'incompatibilité du régime de retrait des déclarations de juridiction avec les offres d'arbitrages

315. Le problème. Les craintes souverainistes à l'encontre de la théorie de l'internationalisation des offres d'arbitrage par la voie des déclarations de juridiction atteignent leur point culminant avec la question de la révocabilité de l'offre. Les critiques soulignent que l'analogie des offres d'arbitrage aux déclarations de juridiction obligatoire

⁸²⁴ CIRDI, *ConocoPhillips Petrozuata B. V. c. République Bolivarienne du Venezuela*, ARB/07/30, 13 sep. 2013, § 255.

limite le droit de l'Etat hôte de modifier unilatéralement son offre d'arbitrage⁸²⁵. Un exemple de cette situation a été mis en lumière dans les affaires contre le Kazakhstan où le même problème a donné lieu à trois solutions différentes. En l'espèce, le Kazakhstan avait retiré son code des investissements contenant une offre d'arbitrage et une garantie de stabilité de 10 ans. Ce retrait est intervenu alors que certains investisseurs avaient déjà réalisé leur investissement sous l'empire du code des investissements, mais n'avaient pas accepté l'offre d'arbitrage avant son retrait. Le tribunal de l'affaire *Rumeli c. Kazakhstan* estimait que les investisseurs avaient un droit au maintien de l'offre parce que les principes de la bonne foi, l'estoppel, et *venire factum proprium* empêchait l'Etat de retirer unilatéralement son offre⁸²⁶. Le deuxième tribunal arbitral, dans l'affaire *Ruby Roz c. Kazakhstan*, considéra que le code des investissements ne conférait aucun droit acquis au maintien à l'investisseur en l'absence d'acceptation de cette offre⁸²⁷. Dans l'affaire *AES c. Kazakhstan* enfin, le tribunal estima que l'Etat ne pouvait retirer unilatéralement son offre d'arbitrage parce qu'il avait créé une attente légitime au maintien de celle-ci chez l'investisseur⁸²⁸. La discussion autour de ces points sera abordée en seconde partie de cette thèse⁸²⁹. À ce stade, il s'agira simplement de déterminer en quoi le régime des déclarations de juridiction peut être utile à la résolution des difficultés de ce type puisque selon les auteurs, les codes sont mieux évalués en tant qu'acte unilatéral de droit international public⁸³⁰. L'analyse de la jurisprudence de la CIJ fait alors apparaître que le droit de retrait des déclarations de juridiction est controversé (A) de telle manière que le régime de retrait des déclarations s'avère incompatible avec la nature des offres d'arbitrage dans les codes des investissements (B).

A. LE DROIT DE RETRAIT CONTROVERSE DANS LE SYSTEME DES DECLARATIONS DE JURIDICTION

316. La déclaration d'un Etat acceptant la juridiction obligatoire de la CIJ est-elle librement révocable ? Plusieurs cas de figure doivent être envisagés. Le premier est celui dans lequel la déclaration contient une réserve qui prévoit les conditions de son terme. Ce

⁸²⁵ Sur ce point, voir *supra* les analyses évoquées en introduction, III, A et B.

⁸²⁶ CIRDI, *Rumeli Telekom A.S. c. Republic of Kazakhstan*, ARB/05/16, 29 juillet 2008, §§ 333 – 336.

⁸²⁷ CNUDCI, *Ruby Roz Agricol and Kaseem Omar c. Kazakhstan*, 1 août 2013, compétence, § 150.

⁸²⁸ CIRDI, *AES Corporation and Tau Power BV c. Republic of Kazakhstan*, ARB/10/16, Sentence, 1 nov. 2013, §§ 364 – 370.

⁸²⁹ Voir *infra* Partie 2 Titre 1 Chap 1 section 2, §2.

⁸³⁰ Makane MBENGUE, « National Legislation and Unilateral Acts of States », *Op. cit.*, pp. 212 – 213. David CARON, « The interpretation of National Investment Law as Unilateral Act under International Law », *Op.cit.*, p. 674.

point ne soulève pas de difficultés intéressant la démonstration qui est la nôtre⁸³¹. C'est plutôt l'hypothèse dans laquelle l'Etat souhaite retirer sa déclaration en l'absence de terme prévu qui retiendra ici l'attention. Il est alors possible d'observer des divergences concernant la révocabilité des déclarations de juridiction obligatoire. En effet, la pratique étatique est partagée sur le sujet (1) et la politique jurisprudentielle de la CIJ est encore marquée par des incertitudes (2).

1. Une pratique étatique partagée

317. Sous le vocable « pratique étatique », sera rangé l'ensemble des réactions, déclarations et postures tenues par les Etats tant dans un cadre diplomatique (a) qu'à l'occasion des contentieux (b) au sujet de la libre révocation des déclarations. Il apparaît alors que cette pratique est partagée entre admission et rejet du droit au maintien des déclarations.

a. Les réactions diplomatiques à la libre révocation des déclarations de juridiction

318. Le silence comme acceptation d'un droit de retrait. Sur ce point, les premières réactions étatiques ont été *a priori* favorables au droit de libre révocation des déclarations. Cela a été le cas de la modification de la déclaration française acceptant la juridiction obligatoire de la CPJI de 1929. Le texte initial de la déclaration du 02 octobre 1924 était ainsi rédigé :

« Je déclare que le Gouvernement de la République française adhère à la disposition facultative de l'article 36, paragraphe 2, du Statut de la Cour, sous réserve de ratification, sous réserve de réciprocité **pour une durée de quinze années** avec faculté de dénonciation au cas où le protocole d'arbitrage, de sécurité et de réduction des armements, signé en date de ce jour, deviendrait caduc, et, d'autre part, sous le bénéfice des observations faites à la première Commission de la Cinquième Assemblée, aux termes desquelles l'une des Parties en litige pourra appeler l'autre devant le Conseil de la Société des Nations, à l'effet de procéder à l'essai de règlement pacifique prévu au paragraphe 3 de l'article 15 du Pacte et, pendant ledit essai de conciliation, aucune Partie ne pourra citer l'autre devant la Cour de Justice »⁸³².

⁸³¹ En effet, les offres d'arbitrage ne comportent pas à proprement dit des réserves. Cette hypothèse peut dès lors être exclue de l'analyse. Sur le sujet des réserves, lire entre autres : Gunnar TÖRBER, *The Contractual Nature of the Optional Clause*, Oxford and Portland Oregon, 2015, pp. 226 et 303 – 304. Aussi, Ali Naghi FARMANFARMA, *The declaration of the members accepting the compulsory jurisdiction of the International Court of Justice*, Thèse, Genève, 1951, pp 77 – 87.

⁸³² CPJI, *Collection des textes gouvernant la compétence de la Cour*, Série D, n° 5, 3^{ème} éd., 01 oct. 1926, p. 77.

Il résulte de cet extrait que le texte prévoyait les hypothèses dans lesquelles la déclaration française pouvait être dénoncée. Mais la modification intervenue en 1929 ne s'inscrivait pas dans le cadre d'une de ces hypothèses. La nouvelle déclaration prévoyait en effet :

« Au nom du Gouvernement de la République française, je déclare, sous réserve de ratification, reconnaître comme obligatoire de plein droit et sans convention spéciale vis-à-vis des autres Membres ou États qui acceptent la même obligation, **la juridiction de la Cour, conformément à l'article 36, paragraphe 2, du Statut de ladite Cour, pour une durée de cinq années, sur tous les différends qui s'élèveraient après la ratification de la présente déclaration au sujet des situations ou des faits postérieurs à cette ratification**, et qui n'auraient pu être réglés par une procédure de conciliation, ou par le Conseil, aux termes de l'article 15, alinéa 6, du Pacte, sous réserve du cas où les Parties seraient convenues ou conviendraient d'avoir recours à un autre mode de règlement arbitral. **Cette déclaration remplace la déclaration du 2 octobre 1924 devenue caduque** »⁸³³.

Cette modification, qui implique un droit de libre révocation, n'a pas suscité de réaction de la part des autres États. La raison serait que la déclaration française de 1924 n'avait pas été ratifiée et à ce titre n'était pas entrée en vigueur. Ainsi, il n'y avait pas de raison juridique empêchant la modification ultérieure de cette déclaration. Il faut attendre la modification de la déclaration colombienne de 1932 pour que la question soit débattue.

Le texte de la déclaration colombienne de 1932 soulignait :

« La République de Colombie reconnaît comme obligatoire, de plein droit et sans convention spéciale sous condition de réciprocité, vis-à-vis de tout autre État acceptant la même obligation, la juridiction de la Cour permanente de Justice internationale, conformément à l'article 36 du Statut »⁸³⁴.

En 1936, le secrétaire général de la Société des Nations informait les États membres, à la demande de la Colombie, qu'une erreur s'était glissée dans le texte de la déclaration initiale. L'Etat colombien proposait alors de modifier sa déclaration en y ajoutant, *in fine*, la phrase suivante : « (...) La présente déclaration ne s'applique qu'aux différends nés de faits postérieurs au 6 janvier 1932 »⁸³⁵. Pour établir sa bonne foi, la Colombie a invoqué les dispositions de la loi nationale qui attestait qu'il y avait bien eu une erreur entre le texte qui a été soumis au Secrétariat Général et celui qui a été débattue en Assemblée parlementaire⁸³⁶. La Colombie put ainsi procéder à la modification de sa déclaration sans susciter de réactions de la part des États. Cette absence de réaction a été interprétée comme la preuve d'un droit de libre révocation des déclarations de juridiction par le

⁸³³ La déclaration a été signée le 19 octobre 1929 et ratifiée le 25 avril 1931. La déclaration de juridiction a servi de fondement dans une seule affaire : CPJI, *Affaire des phosphates du Maroc*, Exceptions préliminaires, série A/B, n°74, 14 juin 1938, (voir p.22 pour le libellé de la déclaration).

⁸³⁴ CPJI, *Collection des textes régissant la compétence de la Cour*, Série D, n°6, 4^{ème} éd., 31 janv. 1932, p.54.

⁸³⁵ CPJI, *Quatorzième rapport annuel*, Série E, n°14, 15 juin 1937 – 15 juin 1938, dépôt de l'instrument de ratification le 30 octobre 1937, p. 275.

⁸³⁶ Sur ce point : CPJI, *Treizième rapport annuel*, Série E, n°13, 15 juin 1936 – 15 juin 1937, pp 266-267.

gouvernement états-unien dans *l’Affaire des activités militaires et paramilitaires des États-Unis au Nicaragua*⁸³⁷. Cependant, l’évolution a montré que ce silence n’impliquait pas forcément une faveur des États à un droit de libre révocation des déclarations.

319. Les critiques de la liberté de révocation. C’est en 1938 que sont formulées les premières objections de la part des États vis-à-vis des retraits de déclaration sans délais. Par une lettre datée du 27 mai 1938, le Ministre du Paraguay à Paris, Caballero de Bedoya, informa le Secrétaire Général de la SDN par décret n°6172 que le Paraguay retirait son adhésion à la juridiction obligatoire établie par le statut de la CPJI. Ledit décret évoquait deux raisons au retrait. La première était que le retrait du Paraguay en tant que membre de la SDN rendait sans pertinence sa déclaration de juridiction obligatoire de la CPJI. La seconde raison rapportée était que l’acceptation de la juridiction de la CPJI était pure et simple et qu’ainsi elle ne comportait pas un engagement « à y rester fidèle pendant un temps déterminé »⁸³⁸. Dans sa réponse au Ministre paraguayen du 13 juin 1938, le Secrétaire Général de la SDN relativisait l’argument évoqué en ces termes :

« [E]n l’absence de disposition expresse dans le Statut de la Cour concernant la dénonciation des déclarations reconnaissant la juridiction obligatoire de la Cour, je dois me borner à transmettre votre communication à tous les États parties au Protocole de signature du Statut de la Cour ainsi qu’aux Membres de la Société des Nations »⁸³⁹.

À réception du retrait de la déclaration, les réactions des États ont été diverses. La Tchécoslovaquie, par exemple, était d’avis « qu’en l’absence de toute disposition du Statut visant la dénonciation des déclarations, il y a lieu de se référer [...] aux règles générales du droit international concernant la terminaison des engagements internationaux ». Pour le Brésil en revanche, la déclaration de retrait n’était pas valide en l’absence de réserve expressément formulée dans la déclaration d’acceptation initiale. La Bolivie et la Belgique, pour leur part, ont simplement signifié leurs réticences quant à l’existence de ce retrait. Pour les Pays-Bas, sans s’opposer à la dénonciation paraguayenne, il paraissait critiquable que les États aient le droit de dénoncer des traités en l’absence de clauses s’y rapportant. Enfin, la Suède précisait qu’il incombait à la Cour de statuer sur l’effet juridique d’une telle déclaration⁸⁴⁰.

Ces réserves de la part de ces États laissent entrevoir des limites qui affecteraient le droit de révocation des déclarations de juridiction. Cependant, cette évolution en faveur

⁸³⁷ CIJ, *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*, (Nicaragua c. États-Unis d’Amérique), Compétence et recevabilité, 26 novembre 1984, *Rec. 1984*, Contre-mémoire des États-Unis d’Amérique, vol. II, § 368.

⁸³⁸ CPJI, *Quatorzième rapport annuel*, n°14, 15 juin 1937 – 15 juin 1938, p. 51.

⁸³⁹ CPJI, *Quatorzième rapport annuel*, n°14, 15 juin 1937 – 15 juin 1938, p. 52.

⁸⁴⁰ CPJI, *Quinzième rapport annuel*, Série E, n°15, 15 juin 1938 – 15 juin 1939, p. 220, ndp 4.

de l'application d'un régime de droit des traités a subi un coup d'arrêt avec le début de la Seconde Guerre mondiale. En 1939, la Couronne britannique, la France ainsi que d'autres États apportèrent des modifications à leurs déclarations de juridiction pour exclure les événements liés à la guerre. En réaction à ces modifications, d'autres États, le Danemark, la Norvège et la Suède entre autres, ont réitéré leurs objections et remis en cause la portée juridique de ces modifications unilatérales de leur déclaration par les États belligérants⁸⁴¹.

320. En somme, il apparaît que la dénonciation unilatérale des déclarations de juridiction est une pratique ancienne. Celle-ci a été diversement appréciée par les États sans qu'un consensus n'émerge. Aux États qui invoquaient le droit de libre retrait des déclarations, il leur était opposé la nature conventionnelle de ces déclarations. La controverse amorcée, celle-ci se poursuivit dans le prétoire de la CIJ.

b. Les arguments prétoriens invoqués par les États

321. Les arguments juridiques hostiles au droit de retrait. Le droit de retrait des déclarations de juridiction obligatoire doit beaucoup au continent américain, en particulier au Nicaragua qui a été impliqué dans les trois contentieux dans lesquels l'existence du droit de retrait unilatéral a été sérieusement débattue. Tout d'abord, le droit de l'État de retirer *ad nutum* sa déclaration a été plaidé par les États-Unis dans l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires des États-Unis au Nicaragua et contre celui-ci*. Dans cette espèce, le Nicaragua s'est fondé sur la déclaration facultative de juridiction obligatoire des États-Unis du 26 août 1946 pour introduire une requête le 09 avril 1984 devant la CIJ. Conscient de l'intention des autorités nicaraguayennes de saisir la CIJ, le gouvernement états-unien avait, par une lettre datée du 06 avril 1984, soit trois jours avant la requête du Nicaragua, modifié le texte de leur déclaration initiale pour y exclure les différends l'opposant aux États d'Amérique centrale⁸⁴². Selon le Nicaragua, cette modification était sans effet dans la mesure où les États-Unis d'Amérique n'avaient pas le pouvoir, en vertu du droit international, de modifier leur déclaration en l'absence de toute réserve formulée en ce sens. La raison était que les déclarations génèrent des obligations « *of a "bilateral"* »

⁸⁴¹ CPJI, *Seizième rapport annuel*, Série E, n°16, p. 325, Ndp 1. Et sur l'ensemble de la question, voir p 325 et ss.

⁸⁴² La lettre du texte indique ainsi : « *I have the honor on behalf of the Government of the United States of America to refer to the Declaration of my Government of August 26, 1946, concerning the acceptance by the United States of America of the compulsory jurisdiction of the International Court of Justice, and to state that the aforesaid Declaration shall not apply to disputes with any Central American state or arising out of or related to events in Central America, any of which disputes shall be settled in such manner as the parties to them may agree. Notwithstanding the terms of the aforesaid Declaration, this provision shall take effect immediately and shall remain in force for two years, so as to foster the continuing regional dispute settlement process which seeks a negotiated solution to the interrelated political, economic and security problems of Central America* » in *Activités Militaires et paramilitaires des États-Unis au Nicaragua*, Mémoire du Nicaragua (Questions de la compétence et de la recevabilité) p. 30.

or consensual character governed by international law and subject to principles of treaty interpretation which must be applied with necessary modifications »⁸⁴³. De cette nature conventionnelle de la déclaration, il faut tirer certaines conséquences parmi lesquelles « *the expression of the consent has its own integrity and consequently it can only be varied either in accordance with its own terms or as a consequence of some applicable rule of law* »⁸⁴⁴. Ainsi:

« in principle, questions of modification, invalidity termination, are to be determined on grounds substantially similar to those found in the law of treaties, that is to say, either as expressly provided for in the instrument or legal grounds external to the terms of the declaration, such as **fundamental change of circumstances** »⁸⁴⁵.

Invoquant la doctrine du juge Waldock⁸⁴⁶, le Nicaragua considéra que les États n'ont pas le droit de retirer librement les déclarations en l'absence d'un changement fondamental de circonstances ou en l'absence d'un délai raisonnable de six mois lorsqu'une réserve n'est pas prévue⁸⁴⁷.

322. Les arguments juridiques favorables au droit de retrait. De leur côté, les États-Unis d'Amérique arguaient que les déclarations de juridiction obligatoire ont un caractère *sui generis*. Poursuivant sa démonstration, le gouvernement états-unien considéra que la CIJ avait consacré dans l'affaire des *Droits de passage en territoire indien*, un droit inhérent à tout Etat de retirer ou modifier librement les termes de sa déclaration sauf en cas de requête dirigée contre lui⁸⁴⁸. La date d'introduction de l'instance devient alors celle de la naissance de l'obligation du maintien de la déclaration. Toutefois, le texte de la déclaration états-unienne et celui de la déclaration portugaise ne présentaient pas les mêmes caractéristiques permettant une application *mutatis mutandis* de la solution retenue par la CIJ dans l'affaire du *Droit de passage en territoire indien*. En effet, la déclaration portugaise était assortie d'une réserve autorisant les retraits *ad nutum* contrairement à la déclaration états-unienne. Conscients de la difficulté, les États-Unis ont argué qu'il n'y avait aucune raison apparente de distinguer le régime applicable aux déclarations en cas de réserve autorisant une modification *ad nutum* et le régime

⁸⁴³ CIJ, *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*, (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique), Compétences et recevabilités, 26 novembre 1984, *Rec. 1984*, Mémoire du Nicaragua, p. 390, § 108.

⁸⁴⁴ CIJ, *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*, (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique), Compétences et recevabilités, 26 novembre 1984, *Rec. 1984*, Mémoire du Nicaragua, p. 392, § 118.

⁸⁴⁵ CIJ, *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*, (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique), Compétences et recevabilités, 26 novembre 1984, *Rec. 1984*, p. 392, § 119.

⁸⁴⁶ CIJ, *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*, (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique), Compétences et recevabilités, 26 novembre 1984, *Rec. 1984*, Mémoire du Nicaragua, p. 396, § 137.

⁸⁴⁷ CIJ, *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*, (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique), Compétences et recevabilités, 26 novembre 1984, *Rec. 1984*, p. 397, §§ 139 et ss.

⁸⁴⁸ CIJ, *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*, (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique), Compétences et recevabilités, 26 novembre 1984, *Rec. 1984*, Contre-mémoire des États-Unis, p. 116, §§ 384 et ss.

applicable aux déclarations ne comportant pas de réserve. Autrement, cela créerait une discrimination entre les États qui pourraient retirer *ad nutum* leur déclaration et ceux qui ne le pourraient pas. L'équilibre et le principe de réciprocité admis dans le système de la clause optionnelle seraient rompus⁸⁴⁹. Enfin, l'application du droit des traités ou de la bonne foi ne faisait pas obstacle au droit inhérent des États de modifier librement leur déclaration⁸⁵⁰.

323. Les tergiversations des États. La pratique subséquente des déclarations permet d'observer que certains États, à l'occasion des différends, oscillent entre les arguments favorables ou hostiles au droit de retrait unilatéral des déclarations de juridiction. Cette attitude contradictoire a été premièrement observée chez le Honduras. À la suite de la modification de sa déclaration de 1921 par l'Etat du Salvador, le gouvernement hondurien avait souligné : « *a declaration not containing a time-limit cannot be denounced, modified or broadened unless the right to do so is expressly reserved in the original declaration* »⁸⁵¹. Hostile ainsi à un droit de retrait unilatéral, il changea pourtant d'opinion dans l'affaire des *Actions armées frontalières et transfrontalières*⁸⁵². À la suite de la requête initiée par le Nicaragua, le Honduras procéda à une modification du texte de sa déclaration de 1960 pour exclure la compétence de la CIJ pour le litige entre le Nicaragua⁸⁵³. Pour fonder la compétence de celle-ci, le

⁸⁴⁹ CIJ, *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*, (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique), Compétences et recevabilités, 26 novembre 1984, *Rec. 1984*, Contre-mémoire des États-Unis, p. 117, §§ 340.

⁸⁵⁰ CIJ, *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*, (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique), Compétences et recevabilités, 26 novembre 1984, *Rec. 1984*, Contre-mémoire des États-Unis, p. 117, §§ 397.

⁸⁵¹ CIJ, *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*, (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique), Compétences et recevabilités, 26 novembre 1984, *Rec. 1984*, Contre-mémoire des États-Unis, p. 112, § 371.

⁸⁵² CIJ, *Actions armées frontalières et transfrontalières (Nicaragua c. Honduras)*, Compétences et recevabilités, 20 décembre 1988, *Rec. 1988*, p. 69.

⁸⁵³ La nouvelle déclaration était ainsi libellée : « Par la présente, le Gouvernement de la République du Honduras, dûment autorisé par le Congrès national, en vertu du décret no 75-86 du 21 mai 1986, à modifier la déclaration faite le 20 février 1960 concernant le paragraphe 2 de l'article 36 du Statut de la Cour internationale de Justice, déclare : Modifier comme suit la déclaration qu'il a faite le 20 février 1960: 1) Reconnaître comme obligatoire de plein droit et sans convention spéciale, à l'égard de tout autre État acceptant la même obligation, la juridiction de la Cour internationale de Justice sur tous les différends d'ordre juridique ayant pour objet : a) l'interprétation d'un traité; b) tout point de droit international; c) la réalité de tout fait qui, s'il était établi, constituerait la violation d'un engagement international ; d) la nature ou l'étendue de la réparation due pour la rupture d'un engagement international.

2) La présente déclaration ne s'applique pas, toutefois, aux différends auxquels la République du Honduras serait partie et qui appartiennent aux catégories suivantes : a) les différends pour lesquels les parties ont décidé ou pourraient décider de recourir à un autre moyen ou à d'autres moyens de règlement pacifique des différends ; b) les différends ayant trait à des questions relevant de la juridiction interne de la République du Honduras, conformément au droit international ; c) les différends ayant trait à des faits ou des situations ayant leur origine dans des conflits armés ou des actes de même nature qui pourraient affecter le territoire de la République du Honduras, et dans lesquels cette dernière pourrait se trouver impliquée, directement ou indirectement; d) les différends ayant trait : aux questions territoriales concernant la souveraineté sur les îles, les bancs et les cayes; les eaux intérieures, les golfes et la mer territoriale, leur statut et leurs limites; , à tous les droits de souveraineté ou de juridiction concernant la zone contiguë, la zone économique exclusive et le plateau continental, leurs statuts et leurs limites ; iii) à l'espace aérien situé au-dessus des territoires, des eaux et des zones décrits dans le présent alinéa d).

3) Le Gouvernement de la République du Honduras se réserve également le droit de compléter, modifier ou retirer à tout moment la présente déclaration, ou les réserves qu'elle contient, par notification adressée au Secrétaire général de l'organisation des Nations Unies. 4) La présente déclaration remplace la déclaration formulée par le Gouvernement de la République du Honduras le 20 février 1960. Fait au palais présidentiel, à Tegucigalpa (D.C.), le 22 mai 1986. » in CIJ, *Actions armées frontalières et transfrontalières (Nicaragua c. Honduras)*, Compétences et recevabilités, 20 décembre 1988, *Rec. 1988*, pp 81 – 82.

Nicaragua estima que la modification opérée n'était pas valide d'une part et, si elle venait à l'être, elle ne lui était pas opposable faute d'un délai raisonnable⁸⁵⁴. Pour leur part, les autorités honduriennes ont invoqué le fait qu'elles ont dû accepter la modification de la déclaration salvadorienne confirmée par la pratique ultérieure des États⁸⁵⁵. La CIJ n'apporta pas de réponse satisfaisante à cette discussion⁸⁵⁶ de sorte que ce problème de contradiction a fini par se répéter.

Ironiquement, c'est le Nicaragua, après avoir contesté le droit de retrait *ad nutum* plaidé par les gouvernements états-unien et hondurien, qui finit par adopter une attitude contradictoire. En effet, le 24 octobre 2001, l'Etat du Nicaragua procéda à une modification unilatérale de sa déclaration de juridiction de 1929, en l'absence de réserve assortie au texte de sa déclaration initiale. Puis, le 06 décembre de la même année, il introduisit une requête contre la Colombie sur la base de sa déclaration du 30 octobre 1937, alors même que cet Etat avait révoqué sa déclaration de juridiction. Pour le Nicaragua, dont la requête introductive intervenait quelques jours après le retrait de la Colombie du système de la clause optionnelle, l'argument était de considérer qu'une telle révocation n'était valide qu'à l'expiration d'un certain délai⁸⁵⁷. De la sorte, le droit de libre révocation n'est plus contesté par le Nicaragua, lui-même ayant modifié unilatéralement sa déclaration. Seulement, l'Etat considère qu'un certain délai doit être observé. Mais les changements de position ne s'arrêtent pas là. Dans l'affaire des *différends relatifs à des droits de navigation et droits connexes*, le Costa Rica, se fondant sur la déclaration de 1929 du Nicaragua, introduisit une requête auprès de la CIJ contre le Nicaragua en 2005. Bien que ce dernier eût déjà procédé au retrait de cette déclaration (et après l'expiration d'un certain délai), il n'a pas formulé d'objections face aux arguments du Costa Rica⁸⁵⁸. De cette attitude passive, on pourrait supposer que le Nicaragua considéra cette déclaration comme étant toujours valide. Mais il ne s'agit que d'une supposition qui n'éclaire pas sur les véritables intentions, ni du Nicaragua, ni sur celles

⁸⁵⁴ CIJ, *Actions armées frontalières et transfrontalières (Nicaragua c. Honduras)*, Compétences et recevabilités, 20 décembre 1988, Rec. 1988, p. 74.

⁸⁵⁵ CIJ, *Actions armées frontalières et transfrontalières (Nicaragua c. Honduras)*, Compétences et recevabilités, 20 décembre 1988, Rec. 1988, Mémoire du Honduras, 23 février 1987, vol. I, p. 11.

⁸⁵⁶ Dans cette affaire, la CIJ retiendra sa compétence en se fondant sur le Pacte de Bogota, autre engagement juridictionnel invoqué par les parties. CIJ, *Actions armées frontalières et transfrontalières (Nicaragua c. Honduras)*, Compétences et recevabilités, 20 décembre 1988, Rec. 1988, p. 69.

⁸⁵⁷ CIJ, *Affaire du différend territorial et maritime (Nicaragua c. Colombie)*, Observations écrites du Nicaragua, Vol. I, 26 janvier 2004, pp 47-56, §§ 86 – 105.

⁸⁵⁸ “*In her Memorial, Costa Rica bases the jurisdiction of the Court on the declarations of acceptance made respectively by the Republic of Costa Rica dated 20 february 1973, and by the Republic of Nicaragua dated 24 september 1929 (...). Nicaragua does not take issue with these assertions and fully accepts the Court's jurisdiction in the present case*” CIJ, *Différend relatif à des droits de navigation et des droits connexes* (Costa Rica c. Nicaragua) Counter-Memorial of the Republic of Nicaragua, vol. I, 29 mai 2007, p. 1, §3.

du Costa Rica. En effet, le Costa Rica, dans ses recours contre le Nicaragua, changea aussi de stratégie dès le 18 novembre 2010. À cette date, l'Etat Costaricain introduisit une nouvelle requête contre le Nicaragua en se fondant, cette fois-ci, sur la déclaration de juridiction du Nicaragua telle que modifiée en 2001⁸⁵⁹. Ce qui laisserait entendre que le Costa Rica serait disposé à admettre qu'un Etat puisse librement modifier sa déclaration ou au moins, que la déclaration de 1929 n'était plus valide car retirée⁸⁶⁰.

324. Tous ces revirements (imbroglio) dans les stratégies contentieuses des États laissent entendre que le régime juridique applicable au retrait des déclarations de juridiction n'est pas encore précisé. La jurisprudence de la CIJ est d'ailleurs sur ce point de peu d'intérêts.

2. Les incertitudes résultant de la jurisprudence de la CIJ

325. La jurisprudence de la CIJ charrie de nombreuses incertitudes. En effet depuis l'*orbiter* des Activités militaires et paramilitaires des États-Unis au Nicaragua (a), la jurisprudence de la Cour n'a pas réellement gagné en clarté (b).

a. L'arrêt des Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua

326. La liberté de révocation des déclarations assorties de réserves. Les déclarations de juridiction assorties de réserves dont il est question sont celles dont les réserves portent sur le droit de retrait *ad nutum* de la déclaration par l'Etat déclarant. Dans l'arrêt du droit de passage en territoire indien, le droit de libre révocation de ce type de déclarations a été consacré. À la suite de la requête introduite par le gouvernement du Portugal sur la base de sa déclaration de 1955, le gouvernement de l'Inde souleva plusieurs exceptions dont la première portait sur la validité de la réserve contenue dans la déclaration portugaise. Cette réserve était ainsi formulée :

*« The Portuguese Government reserves the right to exclude from the scope of the present declaration, at any time during its validity, any given category or categories of disputes, by notifying the Secretary-General of the United Nations and with effect from the moment of such declaration »*⁸⁶¹.

⁸⁵⁹ CIJ, *Certaines activités menées par le Nicaragua dans la région frontalière* (Costa Rica c. Nicaragua), requête introductive d'instance, 18 novembre 2010, p. 5, § 3.b.

⁸⁶⁰ Ce point de contradiction a conduit les représentants du Nicaragua à insister sur les autres fondements de l'action. CIJ, *Certaines activités menées par le Nicaragua dans la région frontalière* (Costa Rica c. Nicaragua), procédures orales, Compte rendu 2011/1, pp 50-51, §55.

⁸⁶¹ CIJ, *Affaire du droit de passage sur territoire indien* (Portugal c. Inde), Exceptions préliminaires, Arrêt, 26 novembre 1957, Rec. 1957, p. 141.

Dès sa transmission par le Secrétaire Général auprès des États membres, le gouvernement suédois attirait l'attention sur le fait que cette réserve était incompatible avec le principe d'une juridiction obligatoire que vise à instituer l'article 36§2 du statut de la CIJ⁸⁶². Dans sa réponse aux objections suédoises, le Gouvernement du Portugal a tenu à rappeler que sa déclaration n'était en rien incompatible avec le principe de juridiction obligatoire pour tout différend qui interviendrait avant une notification des domaines exclus du champ de la déclaration. Ainsi, sa réserve serait une forme atténuée d'autres réserves que d'autres États ont pu formuler dans le passé, notamment les réserves automatiques, et qui n'ont pas soulevé d'objections de la part des autres États en dépit du droit d'abroger à tout moment leur déclaration qu'elles créaient⁸⁶³. De l'avis du gouvernement de l'Inde, l'interprétation portugaise n'était pas la lecture adaptée dans la mesure où, comme l'a souligné la Suède :

*« Portugal, by the third condition, reserves to herself the right at any moment during the currency of the Declaration to change the scope of her acceptance of compulsory jurisdiction by notifying the Secretary-General that a given category or given categories of disputes are to be excluded from the Declaration and by the exercise of this reservation may at any moment reduce her obligation under the Optional Clause to a vanishing point »*⁸⁶⁴.

La question posée à la Cour était donc de savoir si le droit que se réserve un Etat de modifier ou de retirer à tout moment et sans délai sa déclaration est compatible avec le principe de juridiction obligatoire prévue par le Statut de la CIJ. Sans détour, la CIJ répond dans l'espèce : « la troisième condition portugaise n'est pas incompatible avec le Statut »⁸⁶⁵. La raison invoquée était :

Le « degré d'incertitude résultant du droit pour le Portugal d'invoquer à tout moment la troisième condition mise à son acceptation, que la situation est fondamentalement la même que celle qui résulte du droit pour de nombreux signataires de la disposition facultative, l'Inde y compris, de mettre fin à leur déclaration d'acceptation par simple notification sans préavis obligatoire »⁸⁶⁶.

327. La tentative d'extension aux déclarations faites sans réserve. De ces extraits, l'on serait légitime à penser que la CIJ reconnaît le droit de retirer sans délai sa

⁸⁶² Les termes employés sont les suivants: « *the cited condition (...) in reality signifies that Portugal has not bound itself to accept the jurisdiction of the Court with regard to any dispute or any category of disputes. (...) This condition nullifies the obligation intended by the wording of Article 36 (...)* » in CIJ, *Affaire du droit de passage sur territoire indien (Portugal c. Inde)*, Exceptions préliminaires, Procédures Orales, vol. IV, 1957, p. 198, §27

⁸⁶³ Selon l'opinion avancée par le Portugal, sa réserve est une « *form – attenuated by it said – of the reservation which several countries have in the past invoked (without ever having thereby given rise to any objection), of the right to abrogate at any time their declaration of acceptance* » in CIJ, *Affaire du droit de passage en territoire indien (Portugal c. Inde)*, Objections préliminaires du Gouvernement de l'Inde, Rec. 1957, p. 109, §28.

⁸⁶⁴ CIJ, *Affaire du droit de passage en territoire indien (Portugal c. Inde)*, Objections préliminaires du Gouvernement de l'Inde, Rec. 1957, p. 109, §29.

⁸⁶⁵ CIJ, *Affaire du droit de passage en territoire indien (Portugal c. Inde)*, Exceptions préliminaires, arrêt préc., p. 144.

⁸⁶⁶ CIJ, *Affaire du droit de passage en territoire indien (Portugal c. Inde)*, Exceptions préliminaires, arrêts, p. 143.

déclaration comme étant un droit inhérent au système de l'article 36 § 2 du statut. C'est le moyen invoqué par le gouvernement états-unien dans l'affaire des activités militaires et paramilitaires au Nicaragua. La démarche était audacieuse puisque, à la différence de la réserve portugaise, la réserve états-unienne figurant dans sa déclaration de juridiction prévoyait une clause de durée en vertu de laquelle les modifications à sa déclaration devraient prendre effet à l'écoulement d'un délai de six mois. Mais, selon l'argumentaire développé, dans la mesure où le droit de modification d'une déclaration sans délai est « compatible avec le système de la charte » et invoquant le principe de réciprocité, rien n'empêchait le gouvernement états-unien de modifier sa déclaration sans tenir compte de la clause de durée⁸⁶⁷.

328. Le refus critiquable de l'extension. Pour les juges de la CIJ, l'interprétation américaine était incorrecte parce que « le droit de mettre fin immédiatement à des déclarations de durée indéfinie est loin d'être établi ». Et les juges de poursuivre : « l'exigence de bonne foi paraît imposer de leur appliquer par analogie le traitement prévu par le droit des traités, qui prescrit un délai raisonnable pour le retrait ou la dénonciation de traités ne renfermant aucune clause de durée »⁸⁶⁸. Le raisonnement de la Cour sur ce point est toutefois curieux. En effet, si elle plaide pour l'application des principes du droit des traités, elle entame sa réflexion en se fondant de prime abord sur le caractère unilatéral des déclarations. Ainsi, au paragraphe 59, on peut y lire :

« Les déclarations d'acceptation de la juridiction obligatoire de la Cour sont des engagements facultatifs, de caractère unilatéral, que les États ont toute liberté de souscrire ou de ne pas souscrire. L'Etat est libre en outre soit de faire une déclaration sans condition et sans limite de durée, soit de l'assortir de conditions ou de réserves. Il peut en particulier en limiter l'effet aux différends survenant après une certaine date, ou spécifier la durée pour laquelle la déclaration elle-même reste en vigueur ou le préavis qu'il faudra éventuellement donner pour y mettre fin. Le caractère unilatéral des déclarations n'implique pourtant pas que l'Etat déclarant soit libre de modifier à son gré l'étendue et la teneur de ses engagements solennels. Dans l'arrêt des Essais Nucléaires, la Cour s'est exprimée très clairement à ce sujet »⁸⁶⁹.

⁸⁶⁷ « En revanche, si les États-Unis ont intrinsèquement le droit de modifier unilatéralement leur déclaration, ils se sont engagés par la réserve figurant dans leur déclaration de 1946 à ne dénoncer celle-ci que moyennant préavis de six mois. Ils en concluent que le Nicaragua n'a pas accepté la "même obligation" (au sens de l'article 36, paragraphe 2, du Statut) que les États-Unis par leur clause de préavis de six mois et n'est donc pas fondé à leur opposer cette clause. Les États-Unis affirment que les principes de la réciprocité, de la mutualité et de l'égalité des États devant la Cour leur permet d'exercer leur droit de dénonciation avec l'effet immédiat dont bénéficiait implicitement le Nicaragua, nonobstant la clause de préavis de six mois que comporte leur propre déclaration. » pp 416-417, § 55. Sur ce point, « la Cour rappelle aussi que, dans des affaires antérieures où elle a eu à considérer l'effet réciproque de déclarations faites en application de la clause facultative, elle a déterminé si la "même obligation" existait au moment de la saisine de la Cour, en comparant l'effet, à ce moment, des dispositions, et notamment des réserves, figurant dans ces déclarations. La Cour n'est pas convaincue qu'il serait approprié, ni possible, de chercher à établir si un État contre lequel aucune action n'est encore entamée peut s'appuyer sur la déclaration d'un autre État pour révoquer ou modifier ses obligations avant que la Cour ne soit saisie ». CIJ, *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*, (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique), arrêt, Compétence et recevabilité, 26 novembre 1984, *Rec. 1984*, p. 420, § 64.

⁸⁶⁸ CIJ, *Activités militaires et paramilitaires des États-Unis au Nicaragua*, arrêt préc., p. 420.

⁸⁶⁹ CIJ, *Activités militaires et paramilitaires des États-Unis au Nicaragua*, arrêt préc., § 69.

Il ne peut être reproché à la CIJ de faire le parallèle entre l'affaire des *Essais Nucléaires* qui traitait des actes unilatéraux *stricto sensu* et les déclarations de juridiction obligatoires. Les différences entre les deux instruments n'étaient pas encore nettes au moment où elle rendait sa décision. Cependant, on peut s'étonner qu'elle affirme le caractère unilatéral des déclarations de juridiction obligatoire pour *in fine* ne s'intéresser qu'à la bonne foi telle qu'elle s'exprime dans le rapport contractuel naissant à partir des instruments d'acceptation de sa juridiction. Dans son opinion individuelle à propos de l'arrêt, le juge Oda évoquait ses réticences quant à la formule employée par la Cour qui selon lui s'écartait de « la pratique presque normale en fait de déclaration d'adhésion à la clause facultative »⁸⁷⁰. En effet, si le droit des traités devait être appliqué, alors le droit de retrait ou de modification unilatérale ne serait pas valide. Or, la pratique des déclarations de juridiction foisonne de réserves autorisant les modifications unilatérales. Dans la même veine, le juge Jennings observait :

« Tout indique en effet que les États qui ont souscrit au régime de la clause facultative en sont venus dans leur ensemble à considérer qu'ils peuvent légitimement dénoncer ou modifier à leur gré leur déclaration d'acceptation, à la seule condition de le faire avant la saisine »⁸⁷¹.

Et ajoutait :

« [Une] déclaration faite pour une période indéfinie, sans autre condition, est assurément une déclaration dont l'expiration peut être définie à tout moment. Et, même si la nécessité de donner notification du retrait ou de la modification est implicite, on ne saurait nier, à la lumière de la pratique récente en la matière, que la notification peut être libellée de façon à avoir effet immédiat »⁸⁷².

D'une position plus mesurée, le juge Schwebel affirmait que la question d'un droit de dénonciation unilatérale des déclarations était à la vérité indépendante de la nature de l'instrument et que même à prétendre appliquer le droit des traités, un tel droit devrait exister en raison du principe *rebus sic stantibus* et d'une présomption générale en faveur d'un droit de retrait qui découlerait de la pratique⁸⁷³. En sens inverse, le juge Mosler était d'avis que :

« Il ne découle pas de la "nature" d'une déclaration faite sans "condition" qu'elle puisse être dénoncée à tout moment, avec effet immédiat. La rédaction de l'article 56 de la Convention de Vienne montre (...) que la dénonciation d'une obligation doit être conforme au principe de la bonne foi. Le retrait sans préavis ne me semble pas s'accorder avec ce principe, s'il est stipulé que la déclaration est sans condition »⁸⁷⁴.

⁸⁷⁰ CIJ, *Activités militaires et paramilitaires des États-Unis au Nicaragua, arrêt préc.*, Opinion dissidente, Oda, p. 510.

⁸⁷¹ CIJ, *Activités militaires et paramilitaires des États-Unis au Nicaragua, arrêt préc.*, Opinion individuelle, Jennings, p. 550.

⁸⁷² CIJ, *Activités militaires et paramilitaires des États-Unis au Nicaragua, arrêt préc.*, Opinion individuelle, Jennings, p. 553.

⁸⁷³ CIJ, *Activités militaires et paramilitaires des États-Unis au Nicaragua, arrêt préc.* Opinion dissidente, Schwebel, p. 622.

⁸⁷⁴ CIJ, *Activités militaires et paramilitaires des États-Unis au Nicaragua, Opinion individuelle, Mosler, p. 467.*

329. Au vu des réactions suscitées par l'arrêt de la CIJ, il serait prudent d'affirmer qu'il persiste encore des incertitudes s'agissant du régime applicable au droit de retrait. L'indétermination de ce régime ne sera d'ailleurs pas levée par les suites données à l'arrêt des activités militaires et paramilitaires.

b. Les suites de l'arrêt des activités militaires et paramilitaires

330. L'existence d'un droit acquis au maintien ? En dépit du fort retentissement qu'a eu l'arrêt de la CIJ dans l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires des États-Unis au Nicaragua et contre celui-ci*, force est de constater que les suites données à cet arrêt restent maigres. En effet, la Cour n'a plus réellement eu l'occasion de préciser sa position à propos des déclarations facultatives de juridiction obligatoire. Dans l'*affaire des frontières terrestres et maritimes* opposant le Cameroun et le Nigeria, le Nigeria évoquait l'idée que l'arrêt des activités militaires et paramilitaires avait introduit dans le système des clauses optionnelles, l'obligation d'un délai raisonnable tant en ce qui concerne le retrait que la remise des déclarations. Toutefois, pour la CIJ toutefois, « cette solution relative au retrait des déclarations d'acceptation de la juridiction obligatoire n'est pas transposable au cas de la remise de ces déclarations. En effet, le retrait met fin à des liens consensuels existants alors que la remise établit de tels liens »⁸⁷⁵. Puis d'ajouter, chose intéressante pour le débat :

« Le retrait a pour conséquence de priver purement et simplement les autres États ayant antérieurement accepté la compétence de la Cour du droit qu'ils avaient de saisir cette dernière d'un différend les opposant à l'Etat. À l'inverse, la remise d'une déclaration ne prive ces mêmes États **d'aucun droit acquis** »⁸⁷⁶.

Cette notion de « droit acquis » peut être interprétée comme un énième indice de l'hostilité des honorables de La Haye en faveur d'un droit de retrait unilatéral des déclarations. En clair, les États seraient tenus de respecter un délai raisonnable afin de ne pas porter atteinte aux droits acquis des autres États. Reste alors à déterminer, le moment à compter duquel les États bénéficient d'un tel droit au maintien.

331. Les occasions manquées. Dans les affaires mettant en cause le Nicaragua et les pays de l'Amérique centrale et du Sud, bien que la Cour en eût la possibilité, elle ne s'est pas prononcée sur cette question pour établir sa compétence⁸⁷⁷. De la sorte, ce n'est

⁸⁷⁵ CIJ, *Affaire de la frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria (Cameroun c. Nigeria)*, arrêt, 11 juin 1998, Rec. 1998, p. 295, § 34.

⁸⁷⁶ CIJ, *Affaire de la frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria (Cameroun c. Nigeria)*, arrêt, 11 juin 1998, Rec. 1998, p. 295, § 34.

⁸⁷⁷ CIJ, *Différend relatif à des droits de navigation et des droits connexes (Costa Rica c. Nicaragua)*, arrêt, 13 juillet 2009, Rec. 2009, p. 213 ; CIJ, *Affaire du différend territorial et maritime (Nicaragua c. Colombie)*, arrêt, exception préliminaire, 13 décembre

pas du côté du palais de La Haye que la question d'un droit de retrait unilatéral trouve définitivement sa solution.

332. Pour notre part, il n'est pas nécessairement déterminant de répondre à cette question pour achever la démonstration de l'incompatibilité des offres d'arbitrage dans les codes des investissements aux déclarations de juridiction. Il suffit dans un but purement expérimental, d'appliquer les différents critères évoqués par les juges et la doctrine au système des offres d'arbitrage pour en apprécier le bien-fondé.

B. L'EXTENSION INAPPROPRIÉE DE CE DROIT DE RETRAIT AU SYSTÈME DES DISPOSITIONS D'ARBITRAGE

333. La thèse de l'internationalisation des offres d'arbitrage dans les codes des investissements par la voie des déclarations facultatives de juridiction obligatoire n'est pas sans soulever de difficultés pratiques. Les limites que pose la CIJ au retrait de ces déclarations tiennent principalement à deux facteurs : le respect des droits acquis (1) et l'exigence d'un délai raisonnable (2). Ces deux éléments sont pourtant incompatibles avec la nature des offres d'arbitrage.

1. Le dilemme de l'obligation de respecter les droits acquis

334. Le recours à la notion de « droit acquis » peut soulever deux questions majeures. La première tient au moment de l'existence de ces droits acquis (a) et la seconde, à la possibilité pour l'Etat de justifier son retrait par la clause *rebus sic stantibus* (b).

a. L'existence des droits acquis dans le système de la convention de Washington

335. La naissance d'un droit de réclamation acquis. À partir de quel moment la saisine d'une juridiction internationale devient-elle un droit pour l'une des parties au procès ? Dans l'arrêt des frontières terrestres et maritimes précité, la CIJ a précisé que les États parties au système de la clause optionnelle bénéficient d'un droit acquis au moment du dépôt de la déclaration de juridiction obligatoire⁸⁷⁸. C'est à partir de ce moment que le

2007, Rec. 2007, p. 832 ; CIJ, *Certaines activités menées par le Nicaragua dans la région frontalière* (Costa Rica c. Nicaragua), arrêt, fond, 16 décembre 2015, Rec. 2015, p. 665.

⁸⁷⁸ CIJ, *affaire des délimitations des frontières terrestres et maritimes, Cameroun c. Nigéria préc.*, p. 295, §34.

lien consensuel s'établit. C'est donc dans la rencontre des volontés, de l'accord entre les deux parties que les prérogatives et obligations promises se transforment en engagement juridique acquis aux destinataires. Ce qui exclut toute considération qui s'inspirait de la bonne foi ou des attentes légitimes, pour consacrer la protection de ces droits. Ainsi, suivant cette logique, les tribunaux dans les affaires *Rumeli c. Kazakhstan* et *AES c. Kazakhstan* n'aurait pu admettre un droit au maintien de l'offre d'arbitrage sur le fondement du principe de la bonne foi, de l'estoppel ou du principe *venire factum proprium* ou des attentes légitimes⁸⁷⁹. Le droit de réclamation de l'investisseur ne serait acquis qu'à la suite de la rencontre des volontés, même dissociée dans le temps.

Peut-on en dire autant dans le système mis en place par la Convention de Washington ? *A priori* oui, si l'on s'en tient strictement au texte de l'article 25 de la Convention CIRDI. La formule employée est la suivante : « [l]orsque les parties ont donné leur consentement, aucune d'elles ne peut le retirer unilatéralement ». Si cette disposition ne se rapporte pas explicitement à la rencontre des volontés⁸⁸⁰, il faut tout de même souligner que le droit de réclamation tant de l'investisseur que l'Etat ne naît qu'à la suite d'un consentement mutuel des parties. De la sorte que c'est la rencontre des volontés qui

⁸⁷⁹ CIRDI, *Rumeli Telekom A.S. and Telsim Mobil Telekomunikasyon Hizmetleri A.S. c. Republic of Kazakhstan*, ARB/05/16, 29 juillet 2008, §§ 333 – 336. CIRDI, *AES Corporation and Tau Power BV c. Republic of Kazakhstan*, ARB/10/16, Sentence, 1 nov. 2013, §§ 364 – 370. Pour rappel, le Kazakhstan avait retiré en l'espèce son code des investissements contenant une offre d'arbitrage et une garantie de stabilité de 10 ans. Ce retrait est intervenu alors que certains investisseurs avaient déjà réalisé leur investissement sous l'empire du code des investissements mais n'avaient pas accepté l'offre d'arbitrage avant son retrait. Le tribunal de l'affaire *Rumeli c. Kazakhstan* estimait que les investisseurs avaient un droit au maintien de l'offre parce que les principes de la bonne foi, l'estoppel, et *venire factum proprium* empêchaient l'Etat de retirer unilatéralement son offre⁸⁷⁹. Le deuxième tribunal arbitral, dans l'affaire *Ruby Roz c. Kazakhstan*, considéra que le code des investissements ne conférait aucun droit acquis au maintien à l'investisseur en l'absence d'acceptation de cette offre⁸⁷⁹. Dans l'affaire *AES c. Kazakhstan* enfin, le tribunal estima que l'Etat ne pouvait retirer unilatéralement son offre d'arbitrage parce qu'il avait créé une attente légitime au maintien de celle-ci chez l'investisseur.

⁸⁸⁰ Une interprétation possible serait de dire que la Convention ne vise ici que le retrait du consentement unilatéral des parties. Ainsi, lorsqu'une partie donne unilatéralement son consentement, celle-ci ne peut retirer unilatéralement ce consentement. Mais cette interprétation n'emporte pas la conviction. En effet, elle revient à annuler l'emploi du pluriel dans la proposition conjonctive introduite par conjonction de subordination « lorsque » prévue à l'article 25 sus-indiqué. La phrase « lorsque les parties ont donné leur consentement (...) » serait réduite sémantiquement à « lorsqu'une partie a donné son consentement » quand il serait plus approprié, pour donner leur pleine signification aux mots employés, de lire « lorsque les [deux] parties ont donné leur consentement, aucune d'elles ne peut le retirer unilatéralement ». Ce sont les consentements des parties qui fondent le droit de réclamation dans l'arbitrage transnational. De plus, considéré qu'un consentement qui n'a pas été échangé ne peut plus être retiré unilatéralement supposerait qu'à l'occasion des travaux préparatoires de la Convention de Washington, le mécanisme du consentement dissocié ait été clairement envisagé. Ce qui n'est pas le cas. Brigitte Stern note d'ailleurs qu'il y a eu un malentendu à ce sujet (Brigitte STERN, « Le consentement à l'arbitrage CIRDI en matière d'investissement international : que disent les travaux préparatoires ? », *Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du XXème siècle, À propos de 30 ans de recherche du CREDIMI*, Mélanges en l'honneur de Philippe Khan, Paris, Litec, 2000, p. 232.). Le malentendu autour du consentement dissocié est principalement entretenu par le rapport des administrateurs qui souligne que le moment du consentement n'a pas été précisé par la Convention tout en ajoutant qu'un « Etat hôte pourrait offrir, dans le cadre d'une législation destinée à promouvoir les investissements, de soumettre à la compétence du Centre les différends résultant de certaines catégories d'investissements, tandis que l'investisseur pourrait donner son consentement en acceptant l'offre par écrit ». Certains auteurs soulignent qu'au regard des règles relatives à l'interprétation des traités posées par la Convention de Vienne sur le Droit des Traités, les Administrateurs de la Banque Mondiale ne sauraient être considérés comme les interprètes authentiques de la Convention de Washington dont les positions seraient le reflet fidèle des consensus adoptés par les Etats signataires. (Sur ce point, voir : Nouredine GABA, « Les nouveaux instruments du consentement à l'arbitrage CIRDI », in Ferhat HORCHANI, *Où va le droit de l'investissement ? désordre normatif et recherche d'équilibre*, colloque Tunis, 3 et 4 mars 2006, A. Pédone, Paris, 2006, p. 4).

empêche le retrait unilatéral du consentement d'une partie⁸⁸¹. Ainsi, la disposition est particulièrement pertinente pour la présente démonstration en ce qu'elle permet de déterminer le moment à partir duquel les rédacteurs de la Convention CIRDI ainsi que les États signataires ont entendu admettre l'existence de droits acquis. Et, à nouveau, le consensualisme est le baromètre de la juridicité des promesses d'arbitrage.

336. L'obstacle lié à la nature des offres d'arbitrage. Cependant, cette solution, qui vaut en présence d'une convention d'arbitrage, ne peut pas être étendue à l'offre d'arbitrage. En effet, cette offre est un acte unilatéral de droit interne⁸⁸² et à ce titre, ne produit pas d'effet en l'absence d'acceptation. Or, si comme le précise la CIJ, les droits acquis procèdent de l'établissement de lien contractuel, il n'est plus correct de limiter le pouvoir souverain des États de retirer leur offre qui n'a pas encore été acceptée. Le respect de droits acquis par l'investisseur ne peut servir de justification dans ce cas. Autrement, ce serait porter une grave atteinte à la souveraineté des États et singulièrement à l'immunité de juridiction dont dispose ces derniers.

337. En définitive, le respect des droits acquis définis par la CIJ à propos des déclarations facultatives ne peut s'étendre aux offres d'arbitrage en raison de la différence de nature entre ces deux instruments. Inversement, si l'on voulait admettre cette extension, ceci supposerait que l'exception *rebus sic stantibus* puisse être invoquée par les États même en présence d'une convention d'arbitrage.

b. L'invocabilité de la clause rebus sic stantibus en présence d'une convention d'arbitrage

338. Présentation du problème. La clause *rebus sic stantibus*, du latin « les choses demeurant en l'état », est une règle qui permet à celui qui l'invoque à son bénéfice de dénoncer ou suspendre les engagements qu'il a souscrit tant dans un traité que dans un contrat unilatéralement⁸⁸³. La clause *rebus sic stantibus* a été, à plusieurs reprises, utilisée par les États pour modifier ou dénoncer leur déclaration facultative de juridiction

⁸⁸¹ Mayer et Simoes E Silva notent : « Un consentement unilatéral ne fait pas naître le droit ou l'obligation d'avoir recours à l'arbitrage « aux termes de la Convention ». C'est l'accord des volontés, dans les termes de l'article 25(1), qui déclenche l'application des dispositions de la convention. En dernier ressort, c'est cet accord qui crée l'obligation, irrévocable unilatéralement, d'avoir recours à l'arbitrage du Centre. L'article 25(1) vise à protéger le consentement *des parties* à l'arbitrage contre le retrait unilatéral du consentement ». Pierre MAYER et Ana Carolina SIMOES E SILVA, « Le consentement à l'arbitrage » in Charles LEBEN (dir.), *Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational*, A. Pédone, Paris, 2015, p. 722.

⁸⁸² Voir *supra* dans ce chapitre section 1, §2, B et pour une approche plus précise *infra*, Partie 2, Titre 1, Chap. 1, section 1, §2.

⁸⁸³ La formule latine complète est la suivante : *Omnis conventio intelligitur rebus sic stantibus*. Selon le dictionnaire Salmon, l'adage signifie que « les conventions doivent être considérées comme conclues dans le cadre d'une situation stable, de sorte que le changement de circonstances peut conduire à l'extinction du traité » in Jean SALMON, *Dictionnaire de droit international public*, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 931, entrée : *Rebus sic Stantibus*.

obligatoire. Si, comme semble l'admettre la CIJ, l'extension du régime prévu pour les traités aux déclarations de juridiction est possible, alors les conditions d'invocabilité de la clause seront celles énoncées à la Convention de Vienne sur le droit des traités. Et si, poursuivant dans la même logique, le régime applicable aux déclarations doit être étendu aux offres d'arbitrage, un effet pervers de la clause serait alors à craindre.

339. Le changement de circonstances dans le système de la clause optionnelle.

Dans la pratique, les premiers États à avoir procédé aux retraits de leur déclaration de juridiction obligatoire ont justifié leur démarche par le retrait de la SDN, s'agissant du Paraguay, ou encore par le début de la Seconde Guerre mondiale pour les États européens⁸⁸⁴. Ces différentes situations ont été présentées comme des changements de circonstances fondamentaux tels qu'ils ne rendaient plus possible le maintien de l'obligation souscrite au travers de leur déclaration de juridiction obligatoire. C'est d'ailleurs ce constat qui conduit à considérer que le régime du droit des traités serait applicable à la déclaration facultative de juridiction obligatoire. Si l'on venait à accorder un certain crédit à cette opinion, alors conformément à la Convention de Vienne :

« Un changement fondamental de circonstances qui s'est produit par rapport à celles qui existaient au moment de la conclusion d'un traité et qui n'avait pas été prévu par les parties (...) peut être invoqué comme motif pour mettre fin au traité [lorsque] : a) l'existence de ces circonstances [a] constitué une base essentielle du consentement des parties à être liées par le traité; et que b) ce changement [a] pour effet de transformer radicalement la portée des obligations qui restent à exécuter en vertu du traité. »⁸⁸⁵.

Sans reprendre l'essentiel des critiques formulées à l'endroit de la clause *rebus sic stantibus* par les États et la doctrine⁸⁸⁶, il est important de poser la question de savoir quel changement de circonstances pourrait alors justifier le retrait unilatéral par un Etat de son consentement à l'arbitrage en présence d'une convention d'arbitrage.

340. Le retrait d'une instance internationale. Le retrait d'une instance internationale a été invoqué par le Paraguay pour justifier le retrait unilatéral de sa déclaration de juridiction obligatoire⁸⁸⁷. La question est alors de savoir si cette possibilité, envisagée dans le cadre du système de la clause optionnelle, peut être étendue à l'arbitrage transnational. Il ne s'agit pas d'une hypothèse d'école. L'Équateur, la Bolivie et le Venezuela ont par exemple dénoncé la Convention de Washington. Dans le cas du

⁸⁸⁴ Voir *supra* dans cette section, à partir du §2, A, 1.

⁸⁸⁵ Convention de Vienne sur le droit des traités, Faite à Vienne le 23 mai 1969. Entrée en vigueur le 27 janvier 1980. Nations Unies, *RTNU*, vol. 1155, p. 331.

⁸⁸⁶ Pour une analyse succincte, voir notamment : CDI, *Projet d'articles sur le droit des traités et commentaires* 1966, Texte adopté par la Commission, 18^{ème} session, 1966 in *Annuaire de la Commission du droit international*, 1966, vol. II, pp 279 et ss.

⁸⁸⁷ CPJI, *Quatorzième rapport annuel*, n°14, 15 juin 1937 – 15 juin 1938, p. 51 et *supra* dans cette section, à partir du §2, A, 1.

Venezuela, plusieurs investisseurs ont introduit des réclamations alors que l'acte de dénonciation de la Convention de Washington avait déjà été déposé par l'Etat concerné⁸⁸⁸. Cet Etat pouvait-il ainsi invoquer le changement fondamental de circonstances pour retirer le bénéfice de son offre d'arbitrage ? Le débat est ouvert et sans y répondre⁸⁸⁹, notons que la clause rebus *sic stantibus* fait le lit à toutes les stratégies contentieuses possibles sans offrir la prévisibilité recherchée par les partisans de l'internationalisation objective des codes des investissements. En effet, le risque qu'une pratique passablement tolérée dans le cadre des déclarations facultatives de juridiction, offre aux États le moyen de revenir sur leurs offres d'arbitrage, et même les conventions d'arbitrage existantes, contre la lettre des règlements d'arbitrage et conventions pertinentes, en devient réel.

De plus, confrontés à une crise financière ou devant l'incapacité d'un investissement à contribuer de façon substantielle au développement économique local, les États ne pourraient-ils pas invoquer un changement de circonstances ? En effet, au moment de conclure une convention d'arbitrage avec un investisseur, c'est l'expectative d'une croissance soutenue qui motive la partie étatique à souscrire à un engagement juridique. L'absence d'une telle croissance ne serait-elle pas alors un changement de circonstance ?⁸⁹⁰ L'édifiante formule de la CIJ pourrait ici être rapportée : « **les changements de circonstances** qui doivent être considérés comme **fondamentaux ou vitaux** sont ceux qui **mettent en péril l'existence présente ou l'avenir de l'une des parties** »⁸⁹¹. Entre dans cette hypothèse, le cas des crises financières qui deviennent alors un argument pour faire échec à la procédure arbitrale.

341. L'effet contre-productif. L'interdiction du retrait unilatéral précisée à l'article 25 de la Convention de Washington dans le cadre du système CIRDI risque de poser un sérieux problème de compatibilité. Peut-on en effet considérer que cette disposition fait échec à l'invocabilité d'un changement fondamental de circonstances ? Répondre par l'affirmative, revient à dire qu'on n'a pas réellement besoin du régime des déclarations facultatives en ce qui concerne le retrait de l'offre d'arbitrage. La Convention de Washington, dans le cadre du système CIRDI par exemple suffirait pour répondre aux

⁸⁸⁸ CIRDI, *Blue Bank International & Trust (Barbados) Ltd. c. République bolivarienne du Venezuela*, ARB/12/20, Sentence, 26 avril 2017 ; CIRDI, *Venoklim holding B.V. c. République bolivarienne du Venezuela*, ARB/12/22, 3 avril 2015 ; CIRDI, *Rusoro Mining Ltd., c. République bolivarienne du Venezuela*, ARB/(AF)/12/5, 22 août 2016 ; CIRDI, *Transban Investments Corp. c. République Bolivarienne du Venezuela*, ARB/12/24, 22 novembre 2017 ; CIRDI, *FAVLANCA & Owens-Illinois de Venezuela C.A. c. République bolivarienne de Venezuela*, ARB/12/21, 13 novembre 2017.

⁸⁸⁹ Ce point sera abordé plus en détail dans la seconde partie de la thèse. (Partie II, Chap 1, Section 2, §2.)

⁸⁹⁰ Dans l'affaire *Amco Asia*, le tribunal arbitral soulignait ainsi : « *the Indonesian Government considered that protection of investors through international arbitration was needed in the interest of its country (...)* ». CIRDI, *Amco Asia Corporation and others v. Republic of Indonesia*, ARB/81/1, Decision on Jurisdiction, 25 September 1983, §24.

⁸⁹¹ CIJ, *Compétence en matière de pêcheries*, (République Fédérale d'Allemagne c. Islande), arrêt 2 fév. 1973, *Rec.* 1973, p. 38.

enjeux soulevés par le retrait unilatéral d'une offre d'arbitrage. Répondre par la négative, susciterait plus d'inquiétude qu'elle ne soulagerait par exemple les investisseurs internationaux. Par exemple, la crise financière des années 2000 de l'Argentine, aurait-elle pu être considérée comme un changement fondamental de circonstance faisant obstacle à la procédure arbitrale ? Si l'on étend le régime des déclarations de juridiction aux offres d'arbitrage, ce moyen de défense peut sérieusement être envisagé. Sachant que les procédures arbitrales sont parfois liées à la dégradation de la conjoncture économique dans l'Etat d'accueil, l'application du régime des déclarations de juridiction obligatoire remettrait alors en cause la garantie procédurale recherchée par l'investisseur étranger et ne permettrait plus une meilleure évaluation des codes des investissements⁸⁹².

342. En somme, si l'internationalisation des offres d'arbitrage est simplement un moyen de prévenir tout retrait discrétionnaire de la part du sujet souverain, la solution des déclarations unilatérales n'est en aucun cas la garantie contre de tels actes. Elle n'apporte rien en l'absence de convention d'arbitrage et en présence d'une convention d'arbitrage, elle pourrait offrir aux États un moyen de se soustraire à leurs engagements juridiques. Par ailleurs, ainsi qu'on le verra, même l'exigence d'un délai raisonnable ne présente pas un grand avantage.

2. Le dilemme de l'obligation de respecter un délai raisonnable

343. L'Etat qui retire son offre d'arbitrage doit-il respecter un délai raisonnable pour la prise d'effet de ce retrait ? Si l'on devait raisonner à partir du régime des déclarations de juridiction obligatoire pour répondre à cette question, cela supposerait qu'il faille admettre un droit de réclamation (a) qui n'est pas compatible avec la philosophie de l'arbitrage (b).

a. Le droit de réclamation : le facteur « raisonnable » du délai dans le cadre des déclarations de juridiction

344. La question d'un délai raisonnable pour qu'une dénonciation fasse effet est délicate. Pour en saisir les subtilités avant d'apprécier la portée du délai fixé par la convention de Vienne sur le droit des traités, il est important de porter une attention particulière aux travaux préparatoires de la Convention, qui ont mentionné le droit de retrait implicite des déclarations de juridiction obligatoire.

⁸⁹² David CARON, « The Interpretation of National Foreign Investment Law as Unilateral Act Under International Law », *Op.cit.*, p. 674.

345. L'évocation d'un droit de retrait implicite. À l'occasion des débats à propos de la Convention de Vienne, le point de savoir si en l'absence de disposition expresse, un traité pouvait faire l'objet d'une dénonciation unilatérale a été soulevé. La réponse qui a alors été proposée par certains auteurs, dont le rapporteur spécial Waldock, visait à admettre qu'une certaine catégorie de traité, même en l'absence de disposition spécifique, impliquait un droit de retrait unilatéral. Parmi ces traités figurent les traités d'arbitrage, de conciliation et de règlement juridictionnel. Dans son rapport, Waldock fondait son analyse sur la pratique des États en matière de déclaration facultative de juridiction obligatoire⁸⁹³. Tout en relevant au passage l'influence des déclarations de juridiction dans l'élaboration du régime juridique des traités, on peut difficilement se prononcer sur le bien-fondé de l'existence de traité impliquant par nature un droit de dénonciation. Relevons simplement que la proposition n'a pas été retenue dans la version finale du texte d'une part et que d'autre part, bien qu'elle en ait eu l'occasion, la CIJ a préféré dans *l'affaire de la compétence en matière de pêcheries*, opposant le Royaume-Uni à l'Islande, esquiver la question en ces termes :

« Les traités de règlement judiciaire ou les déclarations d'acceptation de la juridiction obligatoire de la Cour sont au nombre des dispositions conventionnelles qui, par nature, peuvent être dénoncées unilatéralement lorsque aucune disposition expresse ne régit leur durée ou leur extinction. Étant donné que cette thèse n'est pas applicable en l'espèce, **la Cour n'a pas à examiner le principe en question ni à se prononcer à ce sujet** »⁸⁹⁴.

346. Le caractère indicatif du délai de 12 mois. L'idée d'un droit implicite de retrait a permis au membre de la Commission d'envisager une question sous-jacente qui est celle du délai à partir duquel la dénonciation devrait prendre effet. Dans la première version du projet d'article sur le droit des traités, les rédacteurs ont évoqué en des termes très vagues un délai raisonnable qui devait s'apprécier au cas par cas⁸⁹⁵. Si à la demande de Waldock, l'exigence d'un délai de 12 mois était introduite, il n'est pas certain qu'un tel délai revêt un caractère contraignant. Dans son avis sur l'accord entre l'OMS et l'Égypte, la CIJ a simplement fait référence à « un délai raisonnable » sans réellement clarifier le débat sur la portée coutumière de ce délai de 12 mois⁸⁹⁶. Certains auteurs d'ailleurs continuant de considérer que ce délai ne reflète pas l'état de la coutume

⁸⁹³ CDI, « Deuxième rapport sur le droit des traités », Doc. A/CN.4/156 and add.1-3, Humphrey Waldock, Rapporteur spécial, *Ann. CDI*, 1963, vol. II, p. 71, § 18.

⁸⁹⁴ CIJ, *Affaire de la compétence en matière de pêcheries* (Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord c. Islande), Compétence de la Cour, arrêt, 2 février 1973, pp. 15 - 16, § 29.

⁸⁹⁵ CDI, « Deuxième rapport », Doc. A/CN.4/107, G.G. Fitzmaurice, Rapporteur spécial, *Ann. CDI*, 1957, vol. II, p. 43, § 15 et ss.

⁸⁹⁶ CIJ, *Interprétation de l'Accord du 25 mars 1951 entre l'OMS et l'Égypte*, avis consultatif, 20 déc. 1980, pp. 94 - 95, § 47.

internationale et n'est mentionné qu'à titre indicatif⁸⁹⁷. Autrement dit, même en s'inspirant de la Convention de Vienne pour apprécier le délai à partir duquel une dénonciation prend effet, il faut avoir à l'esprit qu'il continue de s'agir d'un délai raisonnable même si la Convention de Vienne fait référence à une période de 12 mois.

347. La protection du droit de réclamation. Le facteur qui permettrait d'apprécier le caractère raisonnable du délai, serait alors la possibilité pour les parties d'anticiper, discuter ou résoudre les conséquences dommageables qui pourraient résulter de la dénonciation du traité pour les autres parties au traité. Si l'on venait à étendre ce raisonnement, il faudrait alors considérer que pour les traités d'arbitrage, de conciliation, de règlement juridictionnel, des conventions d'arbitrages, des déclarations de juridiction obligatoire, le facteur raisonnable tiendrait dans la volonté de permettre à une partie de saisir les juridictions pour régler les litiges nés ou naissants. Ce serait en quelque sorte protéger le droit de réclamation. Or, si ce droit existe en présence d'une convention d'arbitrage ou à partir du dépôt de la déclaration de juridiction obligatoire, on ne peut, sans un minimum de réserves, considérer qu'il peut être admis dans le cadre d'une simple offre d'arbitrage.

b. Le droit de réclamation : un facteur « déraisonnable » en ce qui concerne les offres d'arbitrage

348. Présentation du problème. Un Etat devrait-il notifier dans un délai raisonnable (ou douze mois à l'avance) à tous les investisseurs qui se situent sur son territoire, sa volonté de retirer son offre d'arbitrage contenue dans un code des investissements ? Si les offres d'arbitrage ne sont pas des déclarations facultatives de juridiction obligatoire, la réponse à la question posée est alors négative. La souveraineté implique que l'Etat puisse modifier à sa guise ses lois et retirer les offres d'arbitrages qui n'ont pas encore été acceptées par l'investisseur étranger bien que celui-ci ait réalisé son investissement. Si en revanche, les offres d'arbitrage sont des déclarations facultatives de

⁸⁹⁷ Déjà, lors des travaux, la solution de 12 mois a été retenue comme un compromis souhaitable. Le rapport précise en ce sens : « La durée du préavis est de 12 mois. Une autre possibilité serait d'exiger simplement un délai « raisonnable ». Cependant, le but de l'article étant de clarifier la situation lorsque les parties n'ont pas elles-mêmes envisagé la question de la terminaison du traité, la Commission a préféré proposer un préavis d'une durée déterminée (...) Dans l'énoncé d'une règle générale, la Commission a jugé souhaitable de fixer un délai plus long afin de protéger suffisamment les intérêts des autres parties au traité » in CDI, « Rapport de la Commission du droit international sur les travaux », 15^{ème} session, Doc. A/CN.4/163, 6 mai - 12 juillet 1963, *Ann. CDI*, 1963, vol II, pp 210-211. Voir également, Théodore CHRISTAKIS : « Concerning the customary status of article 56(2), it is possible to sustain, with relative certitude, that its fixed period of 12 months does not reflect customary law. Nevertheless, the latter seems to impose the obligation of advance notice to be given within a "reasonable time"; and this appears to be based on the principle of good faith » in « Article 56 Convention of 1969 » in Olivier CORTEN et Pierre KLEIN (dir.), *The Vienna Conventions on the Law of treaties: A commentary*, OUP, vol II, 2011, p. 1257, § 16.

juridiction obligatoires, la réponse dans ce cas est positive. L'Etat n'est plus libre de modifier à sa guise sa loi compte tenu de la Convention de Vienne sur le droit des traités qui impose le respect d'un délai de 12 mois.

349. Les conséquences de l'analogie. Supposons que les offres d'arbitrage sont comme les déclarations de juridiction obligatoire. Dans ce cas, l'Etat devra respecter un délai raisonnable (ou un délai de 12 mois selon une lecture stricte de la Convention de Vienne). Cette obligation vise à protéger le droit de réclamation des investisseurs. Cette solution soulève trois difficultés. D'abord, le délai raisonnable de 12 mois prévu par la Convention de Vienne sur le droit des traités, ainsi qu'il a été indiqué, n'est pas tiré du droit international général. Il s'agit d'une solution de droit international spécial applicable aux conventions. Il s'ensuit qu'elle ne pourrait pas s'appliquer aux déclarations de juridiction sans un minimum de démonstration, pour *a fortiori* s'étendre aux dispositions législatives à l'arbitrage. Ensuite, si le droit de réclamation est le facteur qui justifie l'application d'un délai raisonnable ou de 12 mois, cela implique que les États ne sont tenus au respect de ce délai que lorsque le droit de réclamation existe. Or, comme il a été démontré, les offres d'arbitrage dans les codes des investissements ne créent pas d'obligations juridiques envers l'Etat d'accueil tant qu'elles ne sont pas acceptées⁸⁹⁸. En clair, il n'existe pas de droit de réclamation dont la protection requiert un délai raisonnable. Enfin, contrairement au traité où les bénéficiaires des droits conventionnels sont connus, dans le système de l'arbitrage transnational, l'Etat n'a pas forcément connaissance des bénéficiaires de l'offre. Alors que dans le premier, la protection de bénéficiaires connus par avance fait sens, dans le second, il paraît excessif d'exiger de l'Etat qu'il soit tenu de respecter un délai envers des bénéficiaires indéterminés. Ainsi, mis de bout en bout, la construction de ce régime *sui generis* des offres d'arbitrages à partir des déclarations de juridiction obligatoire entraîne l'application d'un délai controversé, pris comme conséquence d'un droit (celui de retrait) à l'existence incertaine, en faveur d'un bénéficiaire non identifié pour la protection d'un droit de réclamation de l'investisseur qui n'est pas juridiquement contraignant pour les États en l'absence d'acceptation.

350. Le principe de juridiction consentie fait obstacle à ce qu'une partie ait un droit de réclamation qui soit protégé en l'absence de tout différend pendant que l'autre partie ignore d'une part qu'elle est ainsi soumise à sa volonté exprimée et d'autre part qu'elle

⁸⁹⁸ Voir *supra* dans ce chapitre, section 1, §2, A, 2, b.

est dans l'incapacité de bénéficier de ce droit de réclamation à son tour. Le jeu asymétrique que permet le mécanisme du consentement dissocié ne serait plus logique s'il devait permettre à un investisseur, qui ne bénéficie pas de la protection du code des investissements, de se prévaloir de l'offre d'arbitrage qui y est contenue et cela, contre la volonté de l'Etat.

Conclusion du chapitre

351. D'un point de vue théorique, l'assimilation des offres d'arbitrages des codes des investissements africains aux déclarations de juridiction n'est pas très bien expliquée. Pour qu'une telle position se tienne, il faut pouvoir appliquer une technique contractuelle, le dépeçage, à une loi. Mais cette technique du dépeçage est controversée dans le domaine contractuel et de plus en plus limitée lorsqu'elle n'est pas l'expression de la volonté des parties. À cela, il faut ajouter qu'elle est largement inadaptée aux lois qui, contrairement au contrat, ne subissent pas le jeu des règles de conflits de lois. Même à supposer qu'une dérogation soit possible, l'analogie suppose des caractères communs. À ce titre, la saisine d'une juridiction internationale est sans portée juridique en ce qu'elle n'aide pas à caractériser des instruments qui, pour l'un est obligatoire et rattaché à l'ordre international, tandis que l'autre est non contraignant et fondé seulement en droit interne.

352. Par ailleurs, d'un point de vue pratique, le régime juridique des déclarations de juridiction obligatoire est encore imprécis. Appréciant le consentement à l'arbitrage de l'Etat, ce régime ne présente pas plus d'intérêt que se référer aux principes d'interprétation des lois. De même, les règles entourant le retrait des offres d'arbitrage peuvent conduire à des résultats préjudiciables pour les parties litigantes lorsqu'il est fait référence aux déclarations de juridiction. L'Etat devra être tenu d'observer un délai de 12 mois ou à défaut un délai raisonnable avant d'entreprendre toute modification de sa loi. Pour l'investisseur, c'est son droit de réclamation qui devient anecdotique dans la mesure où le régime des déclarations de juridiction obligatoire autorise la partie étatique à invoquer à l'argument *rebus sic stantibus*. L'hypothèse selon laquelle les codes des investissements seraient mieux évalués en tant qu'actes unilatéraux ne se vérifie donc pas. Il apparaît préférable de soumettre les dispositions législatives à l'ordre juridique interne⁸⁹⁹, même si celles-ci peuvent encore être considérées comme des engagements spécifiques.

⁸⁹⁹ Les solutions alternatives à l'approche de droit international des offres d'arbitrage sont abordées *infra* Partie 2 Titre 1 Chap 1 section 2.

Chapitre 2 : L'assimilation injustifiée des codes aux engagements spécifiques

353. Le cadre. À la différence des hypothèses précédentes où le code des investissements sert de fondement direct de la réclamation, dans les lignes qui suivent, il s'agira d'apprécier le code comme un fondement indirect de la réclamation. La violation du code des investissements permettra d'engager la responsabilité de l'Etat par le truchement d'un autre instrument, le plus souvent un traité. Dans la pratique arbitrale, les sentences qui ont envisagé cette hypothèse, l'ont fait sous l'angle de la clause *umbrella*⁹⁰⁰ ou du traitement juste et équitable⁹⁰¹. La question qui s'est posée dans ces espèces était de savoir si les promesses des autorités gouvernementales (en ceux compris les lois) pouvaient être considérées d'une part, comme des actes unilatéraux et d'autre part, si la violation par l'Etat de ces actes unilatéraux pouvait constituer la violation d'une clause *umbrella* ou du TJE prévus par un TBI.

Concernant l'assimilation aux actes unilatéraux, une précision doit être apportée. Si les auteurs se réfèrent aux actes unilatéraux autonomes discutés dans la première partie de cette thèse⁹⁰², une lecture attentive des sentences montre qu'en réalité, ce qui est recherché, c'est la protection d'un engagement spécifique ou « *specific commitment* »⁹⁰³

⁹⁰⁰ CPA, *Khan Resources Inc. Khan Resources B.V. CAUC Holding Company Ltd. c. Mongolie*, aff. n°2011-09, juridiction, 25 juillet 2012, § 438; CIRDI, *Liman Caspian Oil BV et NCL Dutch Investment BV c. République du Kazakhstan*, ARB/07/14, 22 juin 2010, §. 448; CIRDI, *OperaFund Eco-Invest SICAV PLC and Schwab Holding AG c. Espagne*, ARB/15/36, 6 September 2019, § 565.

⁹⁰¹ Sur la possibilité des lois et actes réglementaires en général, voir les exemples récents suivants : SCC, *Novenergia II – Energy & Environment (SCA), SICAR c. Espagne*, n°2015/063, 15 février 2018, §§ 665 – 681 ; CIRDI, *Antin Infrastructure Services Luxembourg et Antin Energia Termosolar c. Espagne*, ARB/13/31, 15 juillet 2018, §. 552. CIRDI, *LG&E Energy Corp c. Argentine*, ARB/02/1, 03 octobre 2006, § 167 ; CIRDI, *Enron Corporation and Ponderosa Assets, LP c. Argentine*, ARB/01/3, 14 janv. 2004, § 271 ; CIRDI, *Sempra Energy International c. Argentine* ARB/02/16, sentence, 28 septembre 2007, § 308 ; CIRDI, *EDF International S.A., SAUR International S.A. and Leon Participaciones Argentinas SA v. Argentine Republic*, ARB/03/23, 11 juin 2012, § 222. Qui insiste sur la particularité des codes des investissements dans le rattachement au TJE, voir : Haftu ALEMA, « Reflections on Legitimate Expectations of Foreign Investors in Ethiopia », *Jimma University Journal of Law*, vol. 9, 2017, pp. 28 – 53.

⁹⁰² Michael REISMAN et Mahnoush ARSANJANI, notent en ce sens: « *While in many cases a tribunal should find that the unilateral declaration or declarations of a State vis-à-vis a foreign investor have not become part of the applicable law, we suggest that in cases in which the criteria we have extracted from the jurisprudence are met, such a finding would be an appropriate legal conclusion. Where a host State which seeks foreign investment acts intentionally, so as to create expectations in potential investors with respect to particular treatment or comportment, the host State should, we suggest, be bound by the commitments and the investor is entitled to rely upon them in instances of decision* », in Michael REISMAN et Mahnoush ARSANJANI, « The question of Unilateral Government Statements as Applicable Law in Investment Disputes », Pierre Marie DUPUY et al. (dir.), *Völkerrecht als Wertordnung – Common Values in international Law, Essays in honour of Christian Tomuschat*, N.P. Engel Verlag, 2006, pp. 409 – 422, spec. p. 422. On retrouve également cette approche chez Griton Salias, qui souligne que les formulations de certaines clauses *umbrella* peuvent inclure des actes unilatéraux, notamment des lois et autres assurances de l'État, dont les conséquences légales sont celles d'un acte unilatéral autonome de droit international public. Maria Cristina GRITON SALIAS, « Do Umbrella Clauses Apply to Unilateral Undertakings? », in Christina BINDER, Ursula KRIEBAUM et al., *International Investment Law for 21st Century, Essays in Honour of Christoph Schreuer*, OUP, 2009, pp. 491 – 492 et 496. Plus largement, voir *supra* les discussions Partie 1 Titre 1 de la présente thèse.

⁹⁰³ Le terme « *specific commitment* » est employé par la sentence SCC, *Charanne and Construction Investments c. Spain*, n°V 062/2012, 21 janvier 2016, §. 493. On retrouve également d'autres formulations équivalentes. Par exemple, dans la sentence CIRDI, *Total c. Argentine*, ARB/04/1, 27/12/2010, p. 50, § 117, il est plutôt question de « *specific legal obligations* ». Certains auteurs

souscrit par l'Etat envers l'investisseur par le biais d'un TBI⁹⁰⁴. Cet engagement spécifique présente certaines particularités. Tout d'abord, s'il est un acte, au sens de manifestation de volonté, il n'est pas nécessairement juridique au premier abord⁹⁰⁵. Ensuite, même dans les hypothèses où l'engagement spécifique est un acte juridique, il n'est pas exigé que cet acte soit strictement unilatéral⁹⁰⁶. Enfin, même si les parties invoquent un engagement spécifique qui présente les caractéristiques d'un acte juridique unilatéral, il n'est pas non plus nécessaire que cet acte soit une source du droit international. En effet, il pourrait aussi s'agir d'un acte unilatéral de droit interne⁹⁰⁷. Ces nuances dans l'appréhension de l'engagement spécifique s'expliquent par l'absence de définition posée par les traités d'investissement et les sentences arbitrales qui se réfèrent à la notion. En réalité, la notion opère à la façon d'un concept, *i.e.* une représentation abstraite d'un ensemble d'éléments qui présentent des caractéristiques communes. Le régime conventionnel applicable à cet ensemble permet d'exclure *in abstracto* les codes des investissements de la catégorie des engagements spécifiques (section 1). Cette lecture

préfèrent eux la notion de « specific undertakings ». (Stephen FIETTA, « Expropriation and the “Fair and Equitable” Standard », *Journal of International Arbitration*, Vol. 23, n° 5, 2006, pp. 375 – 399, spéc. p. 378). Dans la doctrine française, c'est plutôt la notion d'engagement spécifique qui semble avoir la préférence des auteurs. Voir en ce sens : (Diane NGOUADJE MALIENDJI, *Le standard du traitement juste et équitable en droit international de l'investissement – Essai sur une technique conventionnelle de régulation substantielle*, Thèse, Université Paris II Panthéon-Assas, 2014, 1039 p, spéc. pp. 564 – 570 ; Julien CAZALA, « Protection des attentes légitimes : l'exigence d'un engagement spécifique », in *Les cahiers de l'arbitrage*, vol. 4, 2012, pp 940-947).

⁹⁰⁴ Dans l'affaire *SGS c. Pakistan*, le tribunal arbitral soulignait en ce sens : « The “commitment” the observance of which a Contracting Party is to “constantly guarantee” are not limited to contractual commitments. The commitment referred to may be embedded in e.g. the municipal legislative or administrative or other unilateral measures of a Contracting Party. The phrase “constantly guarantee the observance” of some statutory, administrative or contractual commitment simply does not to our mind, necessarily signal the creation and acceptance of a new international law obligation on the part of the Contracting Party, where clearly there was none before. » CIRDI, *SGS c. Pakistan*, ARB/01/13, compétence, 06 août 2003, § 166.

⁹⁰⁵ Certaines sentences arbitrales ont discuté du point de savoir si des flyers ou déclarations tenus dans le cadre de *road show*, donc des promesses ou indications *a priori* sans force obligatoire, pouvaient constituer des engagements spécifiques et lier l'État promettant. Voir en ce sens : CIRDI, *Sempra c. Argentine*, ARB/02/16, 28 septembre 2007, p. 82, § 227, CNUDCI, *National Grid c. Argentine*, 03 novembre 2008, §§ 176 – 178.

⁹⁰⁶ Dans le cadre du traitement juste et équitable, la sentence *Total c. Argentine* indique : « The expectation of the investor is undoubtedly “legitimate”, and hence subject to protection under the fair and equitable treatment clause, if the host State has explicitly assumed a specific legal obligation for the future, such as **by contracts, concessions or stabilisation clauses** on which the investor is therefore entitled to rely as a matter of law ». CIRDI, *Total c. Argentine*, ARB/04/1, 27/12/2010, p. 50, § 117. Également, CNUDCI, *CME Czech Republic B.V. c. République Tchèque*, Sentence partielle, 13 septembre 2001, p.172, § 611. Plus à propos sont les sentences rendues concernant l'effet de la clause *Umbrella* : Tribunal *Ad hoc*, *Eureko c. Pologne*, 19 août 2005, § 246, CIRDI, *CMS c. Argentine*, ARB/01/8, 12 mai 2005, § 301, CIRDI, *Siemens A.G. c. Argentina*, ARB/02/8, 6 février 2007, § 206, CIRDI, *SGS c. Paraguay*, ARB/07/29, 12 février 2010, § 168,

⁹⁰⁷ Andrew NEWCOMBE et Lluís PARADELL, en faisant référence à l'affaire *SGS Société Générale de Surveillance SA c. République Islamique du Pakistan* (Affaire n°ARB/01/13, Décision sur la compétence du 6 août 2003, § 172) notent : « L'existence, la nature et la portée d'un engagement protégé par l'*umbrella clause* » doivent être déterminées en application du droit originellement applicable à cet engagement. Cela veut dire que l'existence, la nature et la portée des engagements contractuels protégés par l'« *umbrella clause* » doivent être appréciées en vertu du droit applicable au contrat. S'il s'agit d'un contrat soumis au droit interne étatique (à l'instar des contrats publics), c'est ce droit qui devra être appliqué par le tribunal fondé sur ce traité. Ainsi, l'« *umbrella clause* », selon l'interprétation majoritairement retenue à l'heure actuelle, ne crée pas une « (...) “instant transubstantiation” of contracts into treaties, that is, a full internationalization of domestic contracts » (1) , tel que les arbitres statuant dans l'affaire *SGS c. Pakistan* le craignait. » cité par Eduardo SILVA ROMERO et Ana Carolina SIMOES E SILVA, « l'arbitrage CIRDI et les contrats de nature publique passés avec un État ou une entité étatique », in *Contrats publics et arbitrage international*, Mathias Audit (dir.), Bruxelles, Bruylant, 2011, p. 42.

est confirmée *in concreto* par le statut en droit interne des codes des investissements (section 2).

Section 1 : Le régime juridique des engagements spécifiques comme obstacle *in abstracto* à l'assimilation des codes

354. L'affirmation d'un régime juridique des engagements spécifiques des investissements internationaux est trompeuse. Le droit international des investissements est essentiellement constitué de régimes spéciaux, établis par une multitude de traités bilatéraux et multilatéraux d'investissement⁹⁰⁸. À ce titre, il n'y aurait pas un régime juridique, mais plusieurs régimes juridiques applicables aux engagements spécifiques. Cependant, la convergence des interprétations de certains standards par la pratique arbitrale fait émerger un « droit général » des investissements⁹⁰⁹. C'est en ce sens que l'expression « le régime juridique » doit être comprise. L'objectif de la démonstration sera donc d'identifier les caractéristiques constantes du concept d'engagement spécifique à partir de la pratique arbitrale. Cette identification permettra ensuite de confronter les éléments définitionnels de ce concept aux codes des investissements. Suivant cette démarche *in abstracto* des engagements spécifiques, les codes des investissements ne devraient pas être assimilés à cette catégorie d'actes pour deux raisons. Par extension d'une part, les engagements spécifiques produisent des effets controversés qui affectent l'intérêt de l'assimilation (§1). Par intension d'autre part, les critères de l'engagement spécifique font obstacle à l'assimilation des codes (§2).

§1 : Les effets controversés de l'assimilation des codes aux engagements spécifiques

355. Les engagements spécifiques sont des actes unilatéraux conditionnés qui permettent la mise en œuvre des dispositions substantielles d'un traité d'investissement. Dans le contentieux de l'investissement, les arbitres ont eu recours à cette technique afin d'appliquer les clauses *umbrella* et les clauses de TJE. Ainsi, les principaux effets induits de la nécessité de protéger les engagements spécifiques ont été d'une part, la transmutation des obligations de l'Etat (A) et d'autre part, la limitation du pouvoir normatif de l'Etat (B).

⁹⁰⁸ Cet état de fait est traduit par certains spécialistes par l'inélégante expression du « bol de spaghetti ». Pour une représentation schématique de ce « bol de spaghetti », voir : CNUCED, « Investment Provisions In Economic Integration Agreements », UNCTAD/ITE/IIT/2005/10, United Nations, New York and Geneva, 2006, p. 10.

⁹⁰⁹ Olivia DANIC, *L'émergence du droit international des investissements : contribution des traités bilatéraux d'investissement et de la jurisprudence du CIRDI*, Thèse, Alain Pellet (dir.), Université Paris 10, 2012, 1216 p.

A. LA TRANSMUTATION DES OBLIGATIONS ETATIQUES

356. L'effet de transmutation des obligations étatiques consiste essentiellement à transformer les obligations contractuelles, quasi-contractuelles ou unilatérales de l'État en engagement conventionnel. Dans le cadre de l'arbitrage d'investissement, cette transmutation serait assurée par le recours aux clauses de couverture ou clause *umbrella* contenue dans les TBI. Ainsi, la clause *umbrella* permettra de transformer une réclamation légale en réclamation conventionnelle (1). Toutefois, cette transformation est controversée en raison du caractère unilatéral de la loi (2).

1. La transformation des réclamations légales en réclamations conventionnelles

357. Le problème. Si à l'origine, la clause *umbrella* visait l'endossement des réclamations contractuelles⁹¹⁰, la variété des formulations des TBI et accords multilatéraux a permis d'entrevoir l'extension de la portée de cette clause *umbrella* aux actes unilatéraux⁹¹¹, en ce compris les lois. L'élargissement de la portée de la clause aux actes unilatéraux a entraîné la transformation des réclamations légales en réclamations conventionnelles. Parmi les exemples disponibles, les sentences rendues à propos du Traité sur la Charte de l'Energie (TCE)⁹¹² fournissent une illustration. La clause *umbrella* du TCE était ainsi rédigée : « *Each Contracting Party shall observe any obligations it has entered into with an Investor or an Investment of an Investor of any other Contracting Party* »⁹¹³. Dans la mesure où cette clause oblige les Etats parties à respecter toutes leurs obligations envers l'investisseur ou l'investissement étranger, elle a été considérée comme une des clauses *umbrella* les plus larges⁹¹⁴. Ce champ matériel *a priori* large de la clause n'a pas manqué de soulever des difficultés quant à son application au code des investissements.

⁹¹⁰ Voir en ce sens: Anthony SINCLAIR, « The origins of the Umbrella Clause in the International Law of Investment Protection », *Arb. Int'l*, vol. 20, n°IV, pp 411 et ss.

⁹¹¹ Maria GRITON SALIAS, « Do Umbrella Clauses apply to Unilateral Undertakings? », in Christina BINDER, Ursula KRIEBAUM et al., *International Investment Law for 21st Century, Essays in Honour of Christoph Schreuer*, OUP, 2009, pp. 491 et ss.

⁹¹² Traité sur la Charte de l'Energie signé à Lisbonne le 17 décembre 1994 et entré en vigueur le 16 avril 1998, enregistré le 30 septembre 1980, n°36116, RTNU, vol 2080, 2002, p. 95.

⁹¹³ Traité sur la Charte de l'Energie précité, art. 10(1) *in fine*. (Caractère souligné ajouté).

⁹¹⁴ Le tribunal arbitral dans l'affaire *Plama c. Bulgarie* notait ainsi : « [...] the wording of this clause in Article 10(1) of the ECT is wide in scope since it refers to 'any obligation.' An analysis of the ordinary meaning of the term suggests that it refers to any obligation regardless of its nature, i.e., whether it be contractual or statutory ». CIRDI, *Plama Consortium Limited c. Bulgaria*, ARB/03/24, 27 août 2008, § 186. Thomas WÄLDE, « The "Umbrella" Clause in Investment Arbitration. A Comment on Original Intentions and Recent Cases », *The Journal of World Investment & Trade*, vol. 6, 2005, p. 203.

358. L'application de la clause *umbrella* aux codes. Dans l'affaire *Khan resources c. Mongolie*⁹¹⁵ qui procède de l'annulation des permis d'exploration et d'exploitation minières des requérants par les autorités mongoliennes, les sociétés Khan Resources et CAUC Holding estimaient que l'État avait violé ses obligations au titre du code des investissements mongolien. Il était notamment reproché à l'État d'avoir violé l'interdiction d'expropriation sauf pour cause d'utilité publique. Pour fonder leur réclamation devant le tribunal arbitral, les investisseurs ont invoqué à la fois le code des investissements⁹¹⁶ et le TCE. Concernant le TCE, les requérants arguaient que la clause *umbrella* précitée permettait au tribunal de statuer sur les violations du code des investissements commises par l'État. Il était allégué que le code constituait un engagement spécifique à leur égard que l'État était tenu de respecter. L'État défendeur pour sa part, n'a soulevé aucune objection à l'argumentation des demandeurs. Le tribunal arbitral, en se fondant sur le sens ordinaire du terme « *any obligation* » prévue à l'article 10(1) *in fine* du TCE, fit droit à la demande des requérants en ces termes :

« *Given the ordinary meaning of the term “any” and the fact that the Respondents have not submitted any arguments or authorities to the contrary, the Tribunal accepts the Claimants’ interpretation of Article 10(1) of the ECT. It follows that a breach by Mongolia of any obligations it may have under the Foreign Investment Law would constitute a breach of the provisions of Part III of the Treaty. Consequently, the Tribunal finds that it has jurisdiction under the ECT over Khan Netherlands’ Foreign Investment Law claims.* »⁹¹⁷

La solution du tribunal arbitral qui permet la transformation des obligations légales de l'État en obligation conventionnelle a été critiquée. En effet, certains tribunaux ont estimé que si le terme « *any obligation* » de l'article 10(1) du TCE pouvait couvrir un ensemble large d'obligations, le terme « *entered into* » de la même de la clause, limitait le champ de cette clause *umbrella* aux seules obligations contractuelles⁹¹⁸, excluant *de jure* les obligations légales, qui sont unilatérales par nature.

⁹¹⁵ CPA, *Khan Resources Inc. Khan Resources B.V. CAUC Holding Company Ltd. c. Mongolie*, aff. n°2011-09, juridiction, 25 juillet 2012.

⁹¹⁶ Le tribunal arbitral a cependant estimé que l'article 25 du code des investissements ne constituait pas une offre d'arbitrage permettant le recours à l'arbitrage sur le fondement direct d'un code des investissements. CPA, *Khan Resources c. Mongolie*, aff. préc., § 433. L'article 25 disposait en effet; « *Disputes between foreign investors and Mongolian investors as well as between foreign investors and Mongolian legal or natural persons on the matters relating to foreign investment and the operations of the foreign invested business entity shall be resolved in the Courts of Mongolia unless provided otherwise by international treaties to which Mongolia is a party or by any contract between the parties.* » En raison de l'exigence d'une volonté réitérée dans un accord spécial, le tribunal estima qu'il n'y avait pas un consentement univoque de l'État à l'arbitrage. Pour une analyse de la décision, voir *infra*, §2 de cette section.

⁹¹⁷ CPA, *Khan Resources c. Mongolie*, aff. préc., § 438.

⁹¹⁸ CIRDI, *Noble Ventures c. Roumanie*, ARB/01/11, 12 octobre 2015, § 85; CIRDI, *CMS Gas Transmission Company c. Argentine*, ARB/01/8, 25 September 2007 ; CIRDI, *Eureko B.V. c. Pologne*, 19 août 2005, § 258.

359. La confirmation ultérieure mitigée. Cette critique, sur laquelle nous reviendrons⁹¹⁹, ne sera pas considérée comme un obstacle dirimant à l'assimilation des codes des investissements à des engagements spécifiques couverts par la clause *umbrella*. En effet, le tribunal arbitral de l'affaire *Liman Caspian Oil c. Kazakhstan*⁹²⁰ a estimé que les codes des investissements pouvaient être couverts par la clause *umbrella*. Bien que la version disponible de la sentence ne permette pas d'avoir accès à l'argumentation des parties, il apparaît tout de même que la question de savoir si la violation des articles 8 et 4 des codes des investissements du Kazakhstan respectivement de 1994⁹²¹ et 2003⁹²² par l'État défendeur pouvait être sanctionnée au titre de l'article 10(1) *in fine* du TCE. Pour répondre à cette question, le tribunal arbitral mena un raisonnement en deux étapes. Dans un premier temps, il constata que la rédaction de l'article 10(1) *in fine* du TCE était ambiguë en n'indiquant pas clairement si les obligations légales de l'État entraient dans le champ d'application matériel de la clause. En raison de ce manque de clarté, il fallait plutôt considérer que seules les obligations contractuelles étaient visées⁹²³. Toutefois, en cela réside le second temps de la démonstration, certaines lois notamment les codes des investissements, comportaient des offres d'arbitrage qui pouvaient être directement acceptées par l'investisseur étranger en introduisant une requête d'arbitrage. Dans ce dernier cas, la relation juridique qui se noue pourrait relever de la clause *umbrella*. Le tribunal arbitral conclut alors :

*« Applying this reasoning to ECT Article 10(1), it could be argued that an abstract unilateral promise by the state in its national legislation and particularly in its laws directed to foreign investors is encompassed by the “umbrella clause” »*⁹²⁴.

On peut cependant formuler des réserves quant à cette argumentation. D'une part, la solution avancée procède à un dépeçage de la loi qui, comme indiqué précédemment, n'est pas une technique adaptée aux actes législatifs⁹²⁵. D'autre part, la solution proposée ne résout pas le problème. En effet, si seule la disposition législative relative à l'arbitrage

⁹¹⁹ Ce point sera mieux apprécié à l'occasion des discussions sur les éléments intensionnels de l'engagement spécifique, *infra*, §2 de cette section.

⁹²⁰ CIRDI, *Liman Caspian Oil BV et NCL Dutch Investment BV c. République du Kazakhstan*, ARB/07/14, 22 juin 2010, §. 448.

⁹²¹ « Law No. 266-XIII of 27th December 1994 of the Republic of Kazakhstan Concerning Foreign Investments Article 8: Guarantees from Illegal Acts of State Bodies and Official Persons Acts of state bodies and their official persons, which are adopted in violation of the Republic of Kazakhstan legislation, and which deteriorate the legal status of foreign investors shall have no legal force ». CIRDI, *Liman Caspian Oil BV et NCL Dutch Investment BV c. République du Kazakhstan*, ARB/07/14, 22 juin 2010, p. 95.

⁹²² « Law No. 373 of 8th January 2003 of the Republic of Kazakhstan concerning Investments: Article 4: The Guarantee of Legal Protection of Investor Activities in the Territory of the Republic of Kazakhstan 2. An investor shall have the right to compensation for harm caused to him as a result of adoption by state authorities of acts which are not consistent with the legislative acts of the Republic of Kazakhstan, as well as resulting from illegal acts (commission of act) of officials of those authorities in accordance with the civil legislation of the Republic of Kazakhstan ». CIRDI, *Liman Caspian Oil BV et NCL Dutch Investment BV c. République du Kazakhstan*, ARB/07/14, 22 juin 2010, p. 95.

⁹²³ CIRDI, *Liman Caspian Oil BV et NCL Dutch Investment BV c. République du Kazakhstan*, ARB/07/14, 22 juin 2010, §. 448.

⁹²⁴ CIRDI, *Liman Caspian Oil BV et NCL Dutch Investment BV c. République du Kazakhstan*, ARB/07/14, 22 juin 2010, §. 448.

⁹²⁵ Voir *supra* Partie 1, Titre 2, Chap. 2, Section 1.

crée ce rapport contractuel couvert par la clause *umbrella*, il ne devrait pas être possible d'étendre le jeu de la clause *umbrella* aux autres dispositions de la loi qui renferment les garanties substantielles dues à l'investisseur. Il n'y aurait donc pas de transformation de la réclamation légale en réclamation conventionnelle, ni d'ailleurs prise en compte d'un acte unilatéral, *i.e.* une loi.

360. À la suite de l'affaire *Liman Caspian Oil c. Kazakhstan*, on pourrait aussi déduire de la sentence *OperaFund Eco-Invest c. Espagne*⁹²⁶ que si toutes les lois ne peuvent pas être assimilées à des engagements spécifiques, une exception pour les codes des investissements pourrait être faite. En effet, l'objet et le but de ces lois concernent la protection des investissements et des investisseurs étrangers. À ce titre, il pourrait s'agir d'engagement spécifique pris par l'État.

En l'espèce, le gouvernement espagnol avait mené une campagne en vue d'accroître les investissements dans le secteur des énergies renouvelables. Pour ce faire, le cadre juridique (une loi de 1997 et des actes réglementaires de 2007 et 2008) garantissait aux investisseurs des tarifs de rachat à long terme pour la production d'énergie photovoltaïque et une stabilité du cadre juridique dans le secteur de l'énergie. Cependant, à la suite de la crise économique de 2008, l'Espagne a entrepris des réformes à partir de 2010 en vue de réduire ses pertes de recettes dues aux avantages fiscaux et autres incitations offertes aux investisseurs. Les sociétés demanderesse qui avaient réalisé des investissements dans des installations photovoltaïques ont été exclues du nouveau dispositif mis en place, ce qui constituait, selon elles, une atteinte à leurs droits acquis. Dans la mesure où l'État n'avait pas respecté ses engagements pris dans sa législation antérieure, à savoir assurer la stabilité du cadre juridique, sa responsabilité internationale pouvait être engagée pour violation de l'article 10(1) *in fine* du TCE. Pour fonder leur réclamation, les demandeurs ont invoqué plusieurs sentences dont la sentence *Khan Resources c. Mongolie*, qui avait admis qu'une loi pouvait être considérée comme un engagement couvert par la clause *umbrella*. L'État défendeur, pour sa part, estima que les précédents invoqués par les demandeurs ne permettaient pas de conclure qu'une loi ou tout acte réglementaire de portée générale, applicable indistinctement aux investisseurs étrangers et aux nationaux, constituaient un engagement spécifique⁹²⁷. Par ailleurs, point qui nous intéresse ici, la sentence *Khan Resources c. Mongolie* n'avait admis cette

⁹²⁶ CIRDI, *OperaFund Eco-Invest SICAV PLC and Schwab Holding AG c. Kingdom of Spain*, ARB/15/36, 6 September 2019.

⁹²⁷ La discussion sur ce point sera menée *infra* concernant les éléments intensionnels de l'engagement spécifique. Voir dans cette même section, §2.

possibilité que parce qu'il s'agissait d'un code des investissements⁹²⁸, ce qui n'est pas le cas des lois relatives à l'énergie⁹²⁹.

De l'analyse des positions des parties litigantes, on peut déduire que l'article 10(1) *in fine* du TCE couvrirait au moins les codes des investissements en tant que lois spécifiques. Si le tribunal arbitral n'a pas souhaité se prononcer sur l'existence d'une violation de l'article 10(1) *in fine* du TCE parce qu'aucune des parties n'avait formulé une demande de réparation concernant ce grief, les arbitres ont tout de même tenu à ajouter que le champ de la clause pouvait être suffisamment large pour inclure en plus des obligations contractuelles, des promesses spécifiques à l'endroit de l'investisseur⁹³⁰. De telles promesses spécifiques pourraient résulter d'un code des investissements si la solution des arbitres devait être lue en lien avec les arguments des parties précédemment évoquées.

361. Mais même à prendre en compte cette interprétation extensive de la sentence *OperaFund c. Espagne*, la solution selon laquelle un code des investissements pourrait constituer un engagement spécifique au titre de la clause *umbrella* doit être relativisée en raison de ses effets controversés.

2. L'effet de transformation controversé de la clause *umbrella*

362. Lorsqu'un investisseur invoque à l'occasion d'une réclamation fondée sur un traité d'investissement la violation par un Etat de l'engagement spécifique qu'il a pris envers lui, quelle conséquence cela peut-il entraîner pour la responsabilité du défendeur ? La réponse à cette question divise la doctrine et les praticiens. On pourrait classer les analyses en trois grandes écoles. Il y a d'une part l'école de l'interprétation restrictive, celle de l'interprétation permissive et enfin l'école de l'équilibre des intérêts.

363. L'interprétation restrictive. Une des premières affaires dans laquelle la question de l'effet de la clause *umbrella* a été débattue est l'affaire *SGS c. Pakistan* à propos d'un litige contractuel opposant la compagnie de droit suisse SGS au Pakistan. Le point de clivage entre les parties concernait la portée de l'article 11 du TBI Suisse-Pakistan⁹³¹. Alors que le Pakistan soutenait que l'article 11 du TBI Suisse-Pakistan ne

⁹²⁸ CIRDI, *OperaFund Eco-Invest SICAV PLC and Schwab Holding AG c. Espagne*, ARB/15/36, 6 September 2019, § 565.

⁹²⁹ CIRDI, *OperaFund Eco-Invest SICAV PLC and Schwab Holding AG c. Espagne*, ARB/15/36, 6 September 2019, § 565.

⁹³⁰ CIRDI, *OperaFund Eco-Invest SICAV PLC and Schwab Holding AG c. Espagne*, ARB/15/36, 6 September 2019, § 569.

⁹³¹ Accord entre la Confédération suisse et la République islamique du Pakistan concernant la promotion et la protection réciproque des investissements Conclu le 11 juillet 1995 Entré en vigueur par échange de notes le 6 mai 1996 Article 11. Observance of commitments: « *Either Contracting Party shall constantly guarantee the observance of the commitments it has entered into with respect to the investments of the investors of the other Contracting Party* ». Dans la version française du texte qui fait également foi, il est indiqué : Art. 11 Respect des engagements « Chacune des Parties Contractantes assure à tout moment le respect des

pouvait avoir pour effet d'assurer la sanction du contrat entre les deux parties sur la base du TBI, la société SGS en revanche estimait que cet article contenait une clause *umbrella* qui permettait l'élévation du contrat. Dans la sentence, les arbitres ont estimé que l'article 11 du TBI n'avait pas pour effet d'élever au rang de violation conventionnelle, les actes contraires au traité⁹³².

Cette interprétation restrictive de la clause trouvait dans le raisonnement des arbitres plusieurs justifications. Premièrement, de l'avis des arbitres, il n'apparaît pas clairement que l'effet recherché par SGS soit conforme à la volonté des États parties au traité⁹³³. Ensuite, c'est aux conséquences pratiques de l'interprétation du requérant que le tribunal porte une attention particulière. Ainsi observe-t-il que reconnaître l'effet allégué de la clause *umbrella* permettrait d'engager la responsabilité des États pour un nombre illimité d'instruments (contrats mais également les lois et règlements de l'État d'accueil) de sorte que les garanties substantielles prévues aux articles 3 à 7 seraient privées d'effet. Il en irait de même de la clause compromissoire que les États pourraient négocier directement avec l'investisseur étranger dans le cadre d'un investissement⁹³⁴. Enfin, la lecture proposée contredirait la structure d'ensemble et l'économie générale du TBI⁹³⁵. Toutefois, en dépit des justifications apportées, la sentence *SGS c. Pakistan* a été largement commentée en doctrine⁹³⁶ et n'a pas été suivie par d'autres tribunaux arbitraux qui ont opté pour une interprétation permissive de la clause.

364. L'interprétation permissive. Plusieurs sentences arbitrales se sont montrées favorables à l'effet de transmutation des obligations étatiques. Une des affaires régulièrement citée sur ce point est la sentence *SGS c. Philippines* dont le TBI était rédigé

engagements assumés par elle à l'égard des investissements des investisseurs de l'autre Partie Contractante ». in CIRDI, *SGS Société Générale de Surveillance c. Pakistan*, ARB/01/3, 6 août 2003.

⁹³² CIRDI, *SGS Société Générale de Surveillance c. Pakistan*, ARB/01/3, 6 août 2003, §§ 167 et ss.

⁹³³ CIRDI, *SGS Société Générale de Surveillance c. Pakistan*, ARB/01/3, 6 août 2003, § 167.

⁹³⁴ CIRDI, *SGS Société Générale de Surveillance c. Pakistan*, ARB/01/3, 6 août 2003, § 169.

⁹³⁵ CIRDI, *SGS Société Générale de Surveillance c. Pakistan*, ARB/01/3, 6 août 2003, § 170.

⁹³⁶ Entre autres : Anthony SINCLAIR, « The origins of the Umbrella Clause in the International Law of Investment protection », *Arbitration International*, 2004, vol. 20, n°4, pp. 411 – 434 ; Emmanuel GAILLARD, « Investment Treaty Arbitration and Jurisdiction over Contract Claims – The SGS Cases Considered », in *International Investment Law and Arbitration : Leading Cases from the ICSID, NAFTA, Bilateral Treaties and Customary International Law*, T. WEIL (dir.), Londres, Cameron May, 2005, pp. 325-346 ; Walid BEN HAMIDA, « La clause relative au respect des engagements dans les traités d'investissement », in *Le contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement*, Charles LEBEN (dir.), Paris/Louvain-la-Neuve, LGDJ/Anthémis, 2006, pp. 53-106 ; Sophie LEMAIRE, « La mystérieuse "Umbrella Clauses" : interrogations sur l'impact de la clause de respect des engagements sur l'arbitrage en matière d'investissements », *Rev. Arb.*, 2009, pp. 479-502, Yves NOUVEL, « La compétence matérielle : contrat, traité et clauses parapluie » in *La procédure arbitrale relative aux investissements internationaux : aspects récents*, Charles LEBEN (dir.) Paris/Louvain-la-Neuve, LGDJ/Anthémis, 2010, pp. 13-40 ; Julien CAZALA, « La clause de respect des engagements », *Droit International de l'Investissement et de l'arbitrage transnational*, Charles LEBEN (dir.)A. Pédone, Paris, 2015, pp. 347 – 373 ; Anthony SINCLAIR, « Umbrella Clause », *International Investment Law*, Marc BUNGERBERG et al. (dir.), C.H.Beck – HART – Nomos, 2015, pp. 887 – 958.

en des termes similaires à ceux du TBI Suisse/Pakistan. Interprétant cette clause, les arbitres estimaient :

« Article X (2) makes it a breach of the BIT for the host State to fail to observe binding commitments, including contractual commitments, which it has assumed with regard to specific investments. But it does not convert the issue of the extent or content of such obligations into an issue of international law »⁹³⁷.

Ainsi, le tribunal admettait que la violation d'un contrat puisse également constituer une violation d'un TBI par l'effet d'une clause *umbrella*. Cependant, les arbitres admettaient que cette élévation du contrat au stade du traité comportait une limite liée à leur compétence. En effet, ceux-ci ne s'estimaient pas compétents pour se prononcer sur l'existence ou l'étendue de la violation du contrat⁹³⁸. Certains tribunaux, dans cette perspective, ont refusé de se prononcer sur les demandes contractuelles eu égard à la solution rendue par le tribunal local⁹³⁹. En outre, la pratique arbitrale a apporté des atténuations à l'effet permissif de la clause *umbrella* par l'élaboration de conditions de nature à assurer le meilleur équilibre entre les intérêts de l'investisseur et ceux de l'État.

365. L'équilibre des intérêts. La clause *umbrella* a un effet pervers qui est celui d'empêcher l'État de disposer de certaines prérogatives suivant l'engagement spécifique concerné, *i.e.* un contrat ou un acte unilatéral. Son pouvoir de réguler son économie et l'exercice de ses pouvoirs de police peuvent en effet s'en trouver limités. Pour éviter une telle conséquence, certains tribunaux prennent en compte la nature des intérêts que l'État entend préserver lorsqu'il procède à une violation présumée de l'engagement spécifique invoquée. D'autres tribunaux exigent de l'investisseur de réclamer que les intérêts qui lui sont légitimement dus.

S'agissant de la prise en compte des intérêts de l'État, certains tribunaux arbitraux ont estimé que les actes sanctionnables au titre du TBI par le biais de la clause *umbrella* sont ceux qui relèvent de l'exercice de la puissance publique. Ainsi le tribunal dans l'affaire *Pan America Energy c. Argentine* considéra :

« the “umbrella clause” in the Argentine-US BIT, which states that “[e]ach Party shall observe any obligation it may have entered into with regard to investments”, does not elevate any contract claim into a treaty claim (...) this results from Article VII, which clearly includes among the investment disputes under the Treaty all disputes resulting

⁹³⁷ CIRDI, *SGS Société Générale de Surveillance c. Philippines*, ARB/02/6, 29 janvier 2004, § 128.

⁹³⁸ CIRDI, *SGS Société Générale de Surveillance c. Philippines*, ARB/02/6, 29 janvier 2004, §§ 130 – 135.

⁹³⁹ CIRDI, *Bosh international inc. & BP foreign investment enterprise c. Ukraine*, ARB/08/11, 25 octobre 2012 et CIRDI, *Mr Franck Charles Arif c. Moldavie*, °ARB/11/23, 8 avril 2013.

*from a violation of a commitment given by the State as a sovereign State, either through an agreement, an authorisation, or the BIT »*⁹⁴⁰.

La difficulté que pose cette approche, c'est qu'elle repose sur une distinction entre contrat public et contrat privé qui n'existe pas en droit international et dont il n'est pas toujours évident d'en apprécier les critères de distinction⁹⁴¹. Le problème devient plus délicat lorsque le contrat est passé par une entité autre que l'État. L'effet de la clause dépendra alors d'un formalisme plus ou moins marqué des arbitres⁹⁴².

Mais cette situation est particulièrement saisissante lorsqu'il s'agit de l'investisseur étranger. En effet, il n'est pas rare que la société mère qui invoque le bénéfice du TBI ne soit pas celle qui soit partie au contrat d'investissement. Les approches choisies par les tribunaux arbitraux varient alors suivant les éléments circonstanciels que présente chaque espèce. Ainsi certains tribunaux ont adopté une approche large de la notion d'engagement spécifique pour y inclure les sociétés mères⁹⁴³ tandis que d'autres ont limité le bénéfice de la clause aux instruments dans lesquels la société mère était partie⁹⁴⁴.

366. Ces divergences d'interprétation font la lumière sur les difficultés que soulèvent les clauses *umbrella* concernant leur portée. Si la doctrine jusqu'ici s'intéresse à la résolution de ces questions suivant la distinction *treaty claim / contract claim*, le point qui retiendra l'attention dans la présente thèse est celui de savoir si l'ensemble des débats est transposable aux codes des investissements. Autrement dit, y aurait-il une distinction *treaty claims/ FIL claims* ? La réponse à cette interrogation dépend alors du point de savoir si le code des investissements peut, au même titre qu'un contrat, être valablement un engagement spécifique. Il s'agit là d'un problème majeur dans la mesure où en plus d'entraîner une modification de la nature des engagements souscrits par l'État au titre de sa loi sur l'investissement, son pouvoir normatif peut s'en trouver affecté.

B. LA LIMITATION DU POUVOIR NORMATIF DE L'ÉTAT

⁹⁴⁰ CIRDI, *Pan American Energy LLC and Bp Argentina Exploration Company c. Argentina*, ARB/04/8, 27 juillet 2006, §109. Voir également sur ce point : CIRDI, *CMS Gas Transmission Company c. Argentine*, ARB/01/8, 12 mai 2005, §299, CIRDI, *El Paso Energy International Company c. Argentina*, ARB/03/15, 27 avril 2006, §§ 78 et ss, CIRDI, *Sempra Energy c. Argentine*, ARB/02/16, 28 septembre 2007, § 311.

⁹⁴¹ Arnaud de NANTEUIL, *Droit international de l'investissement*, A. Pédone, 2017, § 157.

⁹⁴² Pour une analyse favorable à l'exclusion du bénéfice de la clause, voir : CIRDI, *Impreglio c. Pakistan*, ARB/03/3 22 avril 2005, §223. Et pour une approche contraire : CIRDI, *Noble Ventures, inc. c. Roumanie*, ARB/01/11, 12 octobre 2005, §85.

⁹⁴³ CIRDI, *Continental Casualty Company c. Argentine*, ARB/03/9, 5 septembre 2008, §297, CIRDI, *Duke Energy c. Equateur*, ARB/04/19, 18 août 2008, §321 et CIRDI, *Enron Corporation Ponderosa Assets LP c. Argentine*, ARB/01/3, 22 mai 2007, §273.

⁹⁴⁴ CIRDI, *Azurix corp. c. Argentine*, ARB/01/12, 14 juillet 2006, §384.

367. Le problème. La souveraineté de l'État implique que ce dernier soit titulaire du pouvoir de légiférer. Ce pouvoir de légiférer autorise les États à adopter, modifier et abroger librement leurs lois internes. Les seules exceptions possibles à cette liberté normative concernent la compatibilité des normes internes des États aux engagements internationaux souscrits par ces derniers. Mis à part l'hypothèse du *jus cogens*⁹⁴⁵, ces exceptions que le droit international viendrait imposer, demeurent une forme d'expression de la liberté normative des États, sous réserve de correspondre à leur volonté telle qu'exprimée. Or, en assimilant les codes des investissements à des engagements spécifiques, la pratique arbitrale finit par interdire aux États de modifier ou abroger librement leurs lois en leur imposant une obligation de stabilité du cadre juridique au profit d'un investisseur (1) sans qu'un tel effet corresponde à la volonté des États parties aux traités d'investissement (2).

1. L'obligation de garantir un environnement juridique stable

368. Délimitation. L'obligation de garantir un environnement stable est une obligation polymorphe dans l'arbitrage transnational. En effet, celle-ci peut être le résultat d'une obligation contractuelle souscrite par l'État⁹⁴⁶ ou le résultat d'une obligation conventionnelle telle que l'interdiction d'expropriation sauf pour cause d'utilité publique⁹⁴⁷ ou encore en tant que composante du traitement juste et équitable⁹⁴⁸. Toutefois, dans les développements qui suivent, l'attention ne sera portée que sur l'obligation de stabilité juridique telle qu'elle résulte du traitement juste et équitable. La raison en est simple. C'est que contrairement aux autres situations évoquées⁹⁴⁹, l'exigence

⁹⁴⁵ Par définition, le *jus cogens* s'impose à la volonté des États en ce qu'il s'agit de normes impératives auxquelles les États ne peuvent déroger. Sur la notion de *jus cogens* : Dire TLADI, « Premier rapport sur le jus cogens », *Doc. A/CN.4/693*, 8 mars 2016, 48 p.

⁹⁴⁶ Dans cette hypothèse, l'État s'engage par l'effet d'une clause de stabilisation, la stabilité ou le gel du droit applicable à l'investisseur. Pour une littérature sur ce point : Pierre MAYER, « La neutralisation du pouvoir normatif de l'État en matière de contrats d'État », *JDI*, n°1, 1986, pp. 5 – 52 ; Diana Ximena CORREA ANGEL, *La stabilité juridique dans le droit international des investissements : Etude sur le cadre juridique de l'investissement international*, Thèse, Université Paris II Panthéon-Assas, 2012, 562 p.

⁹⁴⁷ Yves NOUVEL, « Les mesures équivalant à une expropriation dans la pratique récente des tribunaux arbitraux », *RGDIP*, 2002, pp. ; Charles LEBEN, « La liberté normative de l'État et la question de l'expropriation indirecte », in *Le contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement. Nouveaux développements*, Charles LEBEN (dir.), LGDJ, coll. Anthémis, 2006, 396 p., spéc. pp. 163 - 183 ; Melle Saïda EL BOUDOUHI, « L'intérêt général et les règles substantielles de protection des investissements », *AFDI*, vol. 51, 2005, pp. 542-563, Sabrina ROBERT-CUENDET, *Protection de l'environnement et investissement étranger : les règles applicables à la dépossession du fait de la réglementation environnementale*, Thèse, Paris I Panthéon-Sorbonne, 2008, 736 p., Arnaud de Nanteuil, *L'expropriation indirecte en droit international de l'investissement*, A. Pédone, Paris, 2014, 650 p.

⁹⁴⁸ Diane NGOUADJE MALIENDJI, *Le standard du traitement juste et équitable en droit international de l'investissement – Essai sur une technique conventionnelle de régulation substantielle*, Thèse, Université Paris II Panthéon-Assas, 2014, 1039 p., spéc. pp. 564 – 570 ; Julien CAZALA, « Protection des attentes légitimes : l'exigence d'un engagement spécifique », in *Les cahiers de l'arbitrage*, Vol. 4, 2012, pp. 940-947

⁹⁴⁹ En effet, dans l'hypothèse d'une clause de stabilisation, l'existence d'un contrat entre l'investisseur et l'État dans lequel la clause est insérée rend inutile la discussion sur l'existence d'un engagement spécifique. S'agissant de l'expropriation, le problème est certes plus délicat mais il reste que la discussion sur l'engagement spécifique est moins percutante. D'une part, parce que le

d'un engagement spécifique n'est discutée en pratique que lorsqu'il s'agit de déterminer si un État a l'obligation de maintenir un environnement juridique stable au risque d'engager sa responsabilité internationale⁹⁵⁰. Si l'accent n'est pas toujours mis dans la pratique sur les codes des investissements, les discussions à propos des modifications du cadre juridique et fiscal dans des secteurs tels que l'énergie peuvent être étendues à la problématique des codes, en raison notamment de leur particularité.

369. Illustration. La question de l'obligation de garantir un environnement juridique stable a défrayé la chronique dans les secteurs de l'énergie et de l'environnement en raison de la prise en compte des impératifs écologiques dans les stratégies de croissance économique des États. Le cas de l'Espagne, précédemment évoqué, peut être rapporté comme une illustration récente. Pour rappel, en vue de promouvoir les énergies vertes et d'assurer une transition écologique, l'État a adopté un « décret royal » n°661/2007 adopté en 2007 complété par un décret 1578/2008 de 2008, par lesquels celui-ci s'engageait à racheter à un tarif avantageux par rapport au marché de gros, l'électricité produite par les entreprises du secteur de l'énergie renouvelable régulièrement enregistrées et mises en service avant 2012. Le tarif de rachat proposé était alors dû aux entreprises pour toute la durée de leur installation conformément à l'article 44(3) du décret 661/2007⁹⁵¹. Cependant, le succès de la campagne et la crise économique de 2008 ont entraîné d'énormes pertes pour l'État espagnol, qui à partir de 2010, a adopté une série de mesures qui ont remis en cause le régime mis en place par le « décret royal » n°661/2007. Les modifications réduisaient entre autres, le prix de rachat de l'électricité et renforçaient les critères d'éligibilité aux avantages. Pour les investisseurs étrangers, les réformes apportées par l'État étaient contraires au décret 661/2007 qui leur garantissait la stabilité

problème ne se pose pas dans le cadre des expropriations directes. D'autre part, s'agissant de l'expropriation indirecte, même si la pratique arbitrale a développé une notion des « *investment-backed expectation* », le rôle que peuvent jouer ses attentes légitimes, qui naissent d'un engagement spécifique, dans la caractérisation d'une expropriation indirecte est mitigé. L'attente légitime sert de baromètre à l'appréciation de la licéité de la mesure prise sans qu'une application systématique à toutes les espèces soit possible. Stephen FIETTA note en ce sens à partir de l'étude de six sentences arbitrales : « *The prohibition against indirect expropriation should protect legitimate expectations of the investor based on specific undertakings or representations by the host state upon which the investor has reasonably relied. This is by no means an exclusive test to be applied to all types of alleged indirect expropriations in isolation of other relevant factors. It is, nonetheless, a useful guiding principle that appears to cover many of the situations that have come before modern investment treaty tribunals* » in « Expropriation and the "Fair and Equitable" Standard », *Journal of International Arbitration*, vol. 23, n° 5, 2006, pp. 375 – 399, spéc. p. 378. Également, Arnaud DE NANTEUIL, « Les attentes légitimes en droit international des investissements en quête d'une unité conceptuelle », in Sabrina ROBERT-CUENDET, *La protection des attentes légitimes en droit public*, Presses Universitaires de Rennes, coll. « L'univers des normes », 2020, pp. 69 – 86. La discussion sur l'expropriation indirecte est approfondie *infra* : Partie 2, Titre 2, Chap 2, section 2.

⁹⁵⁰ Pour un aperçu des discussions, Diane NGOUADJE MALIENDJI, *Le standard du traitement juste et équitable en droit international de l'investissement – Essai sur une technique conventionnelle de régulation substantielle*, Thèse, Université Paris II Panthéon-Assas, 2014, 1039 p, spéc. pp. 564 – 570 ; Julien CAZALA, « Protection des attentes légitimes : l'exigence d'un engagement spécifique », in *Les cahiers de l'arbitrage*, vol. 4, 2012, pp. 940-947.

⁹⁵¹ Le texte de l'article 44(3) était ainsi formulé : « *The revisions of the regulated tariff and the upper and lower limits indicated in this section shall not affect facilities for which the commissioning certificate had been granted prior to January 1 of the second year following the year in which the revision had been performed.* » trad. par : CIRDI, *OperaFund Eco-Invest SICAV PLC and Schwab Holding AG c. Espagne*, ARB/15/36, 6 September 2019, § 482.

du cadre juridique applicable au secteur de l'énergie renouvelable. À ce titre, en procédant à la modification du cadre législatif, l'Espagne avait violé entre autres, l'article 10(1) du TCE qui stipule :

« *Each Contracting Party shall, in accordance with the provisions of this Treaty, encourage and create stable, equitable, favourable and transparent conditions for Investors of other Contracting Parties to make Investments in its Area. Such conditions shall include a commitment to accord at all times to Investments of Investors of other Contracting Parties **fair and equitable treatment*** »⁹⁵².

Pour les investisseurs⁹⁵³, l'obligation de garantir un cadre juridique stable ainsi qu'il ressort du décret 661/2007 avait pesé dans la décision de ses derniers à investir massivement en Espagne. Les modifications ultérieures apportées froissaient ainsi leurs attentes légitimes qu'ils tiraient des promesses et assurances données par les autorités gouvernementales. Ces attentes légitimes étant protégées par la clause de TJE susmentionnée, l'État ne pouvait y porter atteinte sans engager sa responsabilité internationale. En revanche, le Royaume d'Espagne alléguait qu'en tant qu'État souverain, il était libre de modifier sa loi surtout si celle-ci poursuit un but d'intérêt général⁹⁵⁴.

370. Les tribunaux arbitraux qui se sont penchés sur la question, ont rendu des solutions divergentes. Dans l'affaire *Charanne c. Espagne*, le tribunal arbitral a estimé que même si les décrets 661/2007 et 1578/2008 étaient dirigés vers des investisseurs étrangers, ils ne suffisaient pas pour être considérés comme des engagements spécifiques en raison de leur portée générale et impersonnelle⁹⁵⁵. En revanche, le tribunal dans

⁹⁵² Traité sur la Charte de l'énergie précitée, article 10.

⁹⁵³ CIRDI, *BayWa r.e. Renewable Energy GmbH c. Espagne*, ARB/15/16, 25 janvier 2021, §§ 456 et ss ; CIRDI, *Stadtwerke München GmbH, RWE Innogy GmbH, and others c. Kingdom of Spain*, ARB/15/1, 2 décembre 2019, §§ 192 – 197 ; CIRDI, *OperaFund Eco-Invest SICAV PLC and Schwab Holding AG c. Espagne*, ARB/15/36, 6 Septembre 2019, § 485 ; CIRDI, *9REN HOLDING S.Á.R.L., c. Espagne*, ARB/15/15, 31 mai 2019, §§ 223 et ss ; CIRDI, *RREEF Infrastructure (G.P.) c. Espagne*, ARB/13/30, 30 novembre 2018, §§ 250 – 263 ; CIRDI, *Masdar Solar & Wind Cooperatief U.A. c. le Royaume d'Espagne*, ARB/14/1, 16 mai 2018, §§ 482 – 522 ; CIRDI, *Antin Infrastructure Services Luxembourg et Antin Energia Termosolar c. Espagne*, ARB/13/31, 15 juillet 2018, § 552 ; CIRDI, *Eiser Infrastructure Limited et Energía Solar Luxembourg c. Espagne*, ARB/13/36, 4 mai 2017, §§ 357 et ss ; SCC, *Novenergia II – Energy & Environment (SCA), SICAR c. Espagne*, n°2015/063, 15 février 2018, §§ 665 – 681 ; SCC, *Isolux Infrastructure Netherlands c. Espagne*, n°V2013/153, 12 juillet 2016, §§ 761 et ss ; SCC, *Charanne and Construction Investments c. Spain*, n°V 062/2012, 21 janvier 2016, §§. 506 et ss.

⁹⁵⁴ La Cour suprême espagnole avait admis d'ailleurs qu'il s'agissait d'un attribut de souveraineté dans deux décisions de 2005 et 2006. Ainsi soulignait-elle dans sa décision de 2005 : « *no legal hurdle exists for the Government, in the exercise of its regulatory power and in light of the broad competences on which relies a strict regulated subject such as electricity, to modify the compensation system provided that it acts under the framework established by the LSE* » avant d'ajouter en 2006 : « *the owner of the facilities of electricity production in the special regime do not have a 'frozen right' that the economic regime that regulates the reception of bonus remain unaltered. Such a regime actually tries to encourage the use of renewable energy through an incentive mechanism that, as any other, has no guarantee to remain unchanged for the future* ». Extraits cités par SCC, *Charanne and Construction Investments c. Spain*, n° V 062/2012, 21 janvier 2016, §. 506, trad. Mena Chambers.

⁹⁵⁵ Le tribunal souligne ainsi : « *Although RD 661/2007 and RD 1578/2008 were directed to a limited group of investors, it does not make them to be commitments specifically directed at each investor. The rules at issue do not lose the general nature that characterizes any law or regulation by their specific scope. To convert a regulatory standard into a specific commitment of the state, by the limited character of the persons who may be affected, would constitute an excessive limitation on power of states to regulate the economy in accordance with the public interest. [...] Based on the foregoing, the Tribunal concludes that there was*

l'affaire *Novenergia c. Espagne* a estimé pour sa part que l'article 44(3) du décret 661/2007 était un engagement suffisamment clair de maintenir le cadre législatif pris envers des investisseurs d'un secteur particulier qui constituaient un engagement spécifique de l'État, source d'attentes légitimes de l'investisseur protégé par le TCE⁹⁵⁶. De même, dans l'affaire *Antin c. Espagne*, le tribunal arbitral a considéré la réglementation espagnole suffisamment spécifique pour créer une attente légitime de stabilité⁹⁵⁷. Le tribunal de l'affaire *OperaFund c. Espagne* enfonçait le clou en soulignant que considérer la réglementation espagnole comme un engagement spécifique de l'État revenait à respecter la liberté normative de l'État puisque en fin de compte, il s'agissait de donner plein effet à l'article 44(3) du décret 661/2007 qui stabilisait le cadre juridique applicable aux investisseurs éligibles aux dispositifs mis en place⁹⁵⁸. Ainsi, la tendance qui se dégage des sentences rendues par les tribunaux des affaires espagnoles serait qu'une loi ou un acte réglementaire de portée générale et impersonnelle pourrait constituer un engagement spécifique de stabilité dont la modification par l'État constituerait une atteinte au TJE. Cette obligation résulterait d'une disposition de stabilisation. Sans entrer dans la critique de cette solution à ce stade de l'analyse⁹⁵⁹, il peut être observé que ce raisonnement pourrait s'appliquer aux codes des investissements compte tenu de leur particularité.

371. La particularité des codes des investissements. Les codes des investissements ont une valeur législative. À ce titre, il s'agit de normes ayant une portée générale et impersonnelle. Ces codes ne s'adressent donc pas à un investisseur en particulier mais à tous les investisseurs, nationaux ou étrangers. En dépit de cette nature, ces lois sont considérées comme suffisamment spécifiques pour générer chez un investisseur une attente légitime. Dans un article consacré aux attentes légitimes en droit éthiopien, Haftu Alema, chercheur à l'Université de Aksum en Ethiopie, indiquait que certaines dispositions permettaient de conclure à l'existence d'un engagement de stabilité

no specific commitment by Spain vis-à-vis the Claimants. », SCC, *Charanne and Construction Investments c. Spain*, n°V 062/2012, 21 janvier 2016, §. 493, trad. Mena Chambers.

⁹⁵⁶ SCC, *Novenergia II – Energy & Environment (SCA), SICAR c. Espagne*, n°2015/063, 15 février 2018, §§ 665 – 681.

⁹⁵⁷ CIRDI, *Antin Infrastructure Services Luxembourg et Antin Energia Termosolar c. Espagne*, ARB/13/31, 15 juil. 2018, §. 552.

⁹⁵⁸ CIRDI, *OperaFund Eco-Invest SICAV PLC and Schwab Holding AG c. Espagne*, ARB/15/36, 6 September 2019, § 485. « [...] Taken in this context, Article 44(3) of RD 661/2007 contained an express stability commitment that served its purpose of inducing investment in part by shielding investors in Claimants' position from legislative or regulatory changes (including the ones complained of in this matter). The Tribunal, thus, respects the legislative authority of the Respondent State by giving effect to each of the terms in Article 44(3) of RD 661/2007, including its assurance that "revisions [...] shall not affect facilities for which the functioning certificate had been granted [...] ».

⁹⁵⁹ Les critères de l'engagement spécifique seront appréciés dans cette même section, §2.

dans les codes éthiopiens. Sont principalement concernés les dispositions de stabilisation et le préambule⁹⁶⁰.

S'agissant des dispositions de stabilisation, il est possible de rapporter l'exemple de l'article 8 du code des investissements malien ainsi rédigé :

« L'État s'engage à instaurer et à maintenir un environnement favorable aux investisseurs dont les projets sont agréés au présent Code.

Les investisseurs jouissant des avantages prévus par la présente loi bénéficieront de toute nouvelle mesure législative ou réglementaire plus avantageuse qui serait adoptée postérieurement à la publication de la présente loi. Toutefois, l'option pour toute mesure nouvelle vaut pour l'ensemble des dispositions objet de la loi ou de la réglementation qui contient la mesure nouvelle jugée plus avantageuse.

Les investisseurs jouissant des avantages prévus par la présente loi continueront à bénéficier de ces avantages, nonobstant toute nouvelle mesure législative ou réglementaire visant à supprimer ou atténuer ces avantages, qui serait adoptée postérieurement à la publication de la présente loi. »⁹⁶¹

De cette disposition, il ressort qu'un engagement de stabilité de la même nature que l'article 44(3) du décret 661/2007 précité, semble être pris par l'État malien vis-à-vis des investisseurs étrangers de leur garantir une stabilité juridique et qui justifierai d'aboutir à la même conclusion que les sentences *Novenergia*, *Antin* et *OperaFund* c. Espagne susmentionnées. Dans la même veine, certaines dispositions transitoires des codes, plus fréquentes que les dispositions de stabilisation, prévoient également le respect des droits acquis de l'investisseur étranger sous l'empire de l'ancienne loi. L'article 35 du code des investissements algérien dispose en ce sens :

« Sont maintenus les droits acquis par l'investisseur en ce qui concerne les avantages et autres droits dont il bénéficie, en vertu des législations antérieures à la présente loi, instituant des mesures d'encouragement aux investissements.

Les investissements, bénéficiant des avantages prévus par les lois relatives à la promotion et au développement de l'investissement antérieures à la présente loi, ainsi

⁹⁶⁰ Haftu ALEMA, « Reflections on Legitimate Expectations of Foreign Investors in Ethiopia », *Jimma University Journal of Law*, vol. 9, 2017, pp. 28 – 53.

⁹⁶¹ Mali, loi n°2012-016 du 27 février 2012 portant code des investissements, article 8 : stabilité. Le manque de clarté des dispositions complique la systématisation des garanties de stabilité prévue par les codes. Parmi les rares exemples de garanties qui peuvent être rapportés, les dispositions suivantes peuvent être rapportées : Mauritanie, loi n° 52/2012 portant code des Investissements du 31 Juillet 2012, article 5 : « L'État garantit aux entreprises la stabilité des conditions juridiques, fiscales et douanières accordées durant une période de vingt (20) ans à partir de la date d'attribution du certificat d'investissement. En plus, l'investisseur bénéficiera automatiquement de tout changement favorable des conditions fiscales ou douanières durant la période de validité de son agrément. » ; Guinée, code des investissements de 2015, art. 13 et 14 : « Les investisseurs jouissant des avantages prévus par le présent Code et la législation fiscale et douanière bénéficieront, à leur demande, de toute nouvelle mesure législative ou réglementaire plus avantageuse qui serait adoptée postérieurement à la publication du Code » et « sans préjudice des Articles 31, 37, 38 et 43 ci-dessous, les avantages accordés aux investisseurs en vertu des dispositions du présent Code et de la législation fiscale et douanière sont acquis. Les investisseurs continueront à en bénéficier nonobstant toute nouvelle mesure moins favorable qui serait adoptée ultérieurement à la publication du Code » ; RDC, code des investissements de 2002, art. 40 : « Aucune disposition légale ou réglementaire prenant effet à une date postérieure à celle de l'admission au présent régime résultant de l'application de la présente loi ne peut avoir pour conséquence de restreindre les garanties ou les avantages ou d'entraver l'exercice des droits qui auront été conférés à l'entreprise bénéficiaire ou à ses promoteurs ».

que l'ensemble des textes subséquents, demeurent régis par les lois sous l'empire desquelles ils ont été déclarés, jusqu'à expiration de la durée desdits avantages »⁹⁶².

Ce faisant, c'est la majorité des codes africains qui pourraient être considérés comme des engagements spécifiques. Mais, si ces dispositions législatives concernent effectivement la garantie d'un cadre juridique stable aux investisseurs étrangers, la portée qui leur est attribuée par Haftu Alema apparaît toutefois exagérée bien que celle-ci soit confortée par la pratique arbitrale précédemment évoquée⁹⁶³. En effet, les analyses favorables à l'assimilation des codes des investissements à des engagements spécifiques supposent que l'État a souscrit à une obligation juridique de stabilité, « *an express stability commitment* » selon les termes de la sentence *OperaFund c. Espagne*⁹⁶⁴. Or, ainsi qu'il ressort de l'article 8 du code malien précité, la garantie de stabilité ne vaut que pour les investisseurs agréés. La nécessité d'un agrément, acte juridique spécifique⁹⁶⁵, rend alors la loi superflue puisque l'investisseur n'aura qu'à fonder ses attentes légitimes sur cet acte juridique individuel et non plus sur la loi. Il en va de même des dispositions transitoires qui protègent des droits acquis, donc des droits subjectifs qui ne sont pas créés directement par la loi⁹⁶⁶.

Concernant les préambules, il est indiqué que les objectifs des codes des investissements sont d'accorder un système juridique transparent et efficace qui, dans une certaine mesure, implique que l'État doit tenir informé l'investisseur étranger de tous les changements législatifs susceptibles d'affecter son investissement⁹⁶⁷. Mais, appliquant un

⁹⁶² Algérie, loi n°2016-09 du 03 août 2016 relative à la promotion de l'investissement, art. 35 : « Sont maintenus les droits acquis par l'investisseur en ce qui concerne les avantages et autres droits dont il bénéficie, en vertu des législations antérieures à la présente loi, instituant des mesures d'encouragement aux investissements. Les investissements, bénéficiant des avantages prévus par les lois relatives à la promotion et au développement de l'investissement antérieurs à la présente loi, ainsi que l'ensemble des textes subséquents, demeurent régis par les lois sous l'empire desquelles ils ont été déclarés, jusqu'à expiration de la durée desdits avantages ». Dans la même veine, RDC, code des investissements de 2002 préc., art. 39 ; Plus largement, entre autres : Angola, code des investissements préc., article 49.1 ; Burundi, code des investissements préc., art. 19 ; Centrafrique, code des investissements préc., art. 27 ; Djibouti, code des investissements préc., art. 45, Guinée, code des investissements de 2015 préc., art. 44 et 45 ; Maroc, Charte des investissements, art. 23, Mozambique, code des investissements préc., art. 27 ; Namibie, code des investissements préc., art. 35, Togo, code des investissements préc., art. 54.

⁹⁶³ Voir *supra* dans cette section, §1, A.

⁹⁶⁴ CIRDI, *OperaFund Eco-Invest SICAV PLC and Schwab Holding AG c. Espagne*, ARB/15/36, 6 September 2019, § 485.

⁹⁶⁵ Voir *infra* dans ce chapitre, section 2, §2.

⁹⁶⁶ Les lois sont principalement une source de droit objectif. À ce titre, les droits qui en sont tirés ne sont pas acquis à un titulaire, le législateur étant toujours libre de modifier sa loi. L'analyse rejoint ainsi la décision du tribunal dans l'affaire *Charanne c. Espagne* qui indique : « *Although RD 661/2007 and RD 1578/2008 were directed to a limited group of investors, it does not make them to be commitments specifically directed at each investor. The rules at issue do not lose the general nature that characterizes any law or regulation by their specific scope. To convert a regulatory standard into a specific commitment of the state, by the limited character of the persons who may be affected, would constitute an excessive limitation on power of states to regulate the economy in accordance with the public interest. [...] Based on the foregoing, the Tribunal concludes that there was no specific commitment by Spain vis-à-vis the Claimants.* » (SCC, *Charanne and Construction Investments c. Spain*, n°V 062/2012, 21 janvier 2016, §. 493, trad. Mena Chambers). Pour une analyse de ce point, voir *infra*, section 2 § 1 de ce chapitre.

⁹⁶⁷ Haftu ALEMA note ainsi : « *To begin with the preamble, it provides that "the system of administration has to be transparent and efficient". This system applies both to the domestic and foreign investors. Transparency of the government in the decision making could create certainty on the foreign investor in making decisions to invest in Ethiopia. This transparency of government action is a related concept of legitimate expectations of foreign investors.92 Foreign investors legitimately expect the Ethiopian government to act in a transparent manner. Any legal framework and decisions that can affect the interest of foreign investor should be clear.* ».

raisonnement *a fortiori*, il peut être relevé à ce stade de la réflexion que si des dispositions du *corpus* de loi sont insuffisantes à faire des lois des engagements spécifiques, il en va encore moins des préambules qui renferment simplement des indications générales sur le but et l'objet de la loi.

372. Quoi qu'il en soit, même à considérer que les codes peuvent servir de fondement à une obligation de stabilité juridique dont la violation pourrait être sanctionnée au titre du TJE, pour qu'une telle limitation au pouvoir de légiférer des États soit admise, il faut encore qu'elle résulte de la volonté réellement exprimée par les États dans le cadre des traités d'investissement. Or, ainsi qu'il sera démontré, l'interprétation du TJE par les sentences arbitrales est largement controversée.

2. Une obligation contraire à la volonté des États parties aux traités d'investissement

373. Délimitation. Dans les lignes qui suivent, il ne sera pas question d'une étude systématique des clauses de TJE à partir d'un matériau conséquent de traités d'investissement. Si cette étude systématique est d'intérêt pour mieux apprécier la volonté des États, elle sort du champ de cette thèse. En revanche, il s'agira ici de présenter la technique interprétative par laquelle les arbitres ont pu déduire que le TJE permettait la protection des attentes légitimes des États. En effet, à partir des controverses suscitées par l'extension du champ d'application du TJE par les arbitres (a), il est possible de montrer en quoi la pratique arbitrale s'inscrit à rebours de la volonté étatique (b).

a. Le choix contesté d'une interprétation autonome

374. Le rattachement originel au standard minimum de traitement. La thèse d'un standard minimum de traitement apparaît sous la plume d'Elihu Roots pour mettre en balance la doctrine *Calvo* et ses effets quant à la protection des biens et des droits des étrangers⁹⁶⁸. Le relatif succès qu'a connu par la suite la théorie, auprès notamment des juristes occidentaux, limitait l'emploi de ce standard à des situations qui requéraient une forme de *malus* dans l'action de l'État. Seules de la sorte, des hypothèses assez marginales étaient couvertes par ce standard. Il s'agissait entre autres du déni de justice⁹⁶⁹, de

« Reflections on Legitimate Expectations of Foreign Investors in Ethiopia », *Jimma University Journal of Law*, vol. 9, 2017, pp. 28 – 53.

⁹⁶⁸ Elihu ROOT, « The basis of protection to citizens residing abroad », *AJIL*, Vol. 4, 1910, pp. 517 – 528.

⁹⁶⁹ CIRDI, *R. Azinian c. Mexique*, ARB/01/12, 01 novembre 1999, § 99, CIRDI, *Mondev international ltd c. États-Unis*, ARB(AF)/99/2, 11 octobre 2002, §§ 126 et ss ; CIRDI, *Victor Pey Casado et fondation « president Allende » c. Chili*, ARB/98/2, 8 mai 2008 ; CIRDI, *Rumeli Telekom A.S. and Telsim Mobil Telekomsikasyon Hizmetleri AS c. Kazakhstan*, ARB/05/16, 29 juillet

pratiques arbitraires et discriminatoires⁹⁷⁰, et parfois vexatoires⁹⁷¹. Dans l'affaire du *Personnel diplomatique et consulaire des États-Unis à Téhéran*, la CIJ a apporté des clarifications à la notion d'obligation de sécurité pleine et entière en estimant que cette obligation qui relève également du standard minimum de traitement, exige une action positive de l'État⁹⁷². Est également apparue dans le contexte du standard minimum de traitement, la nécessité pour l'État d'assurer un traitement juste et équitable à l'investisseur étranger.

Dans cette perspective, l'exigence d'un *dolus malus* de la part de l'État dans l'appréciation du traitement juste et équitable était requise. Ainsi, les différentes mesures étatiques dont l'illicéité était invoquée par d'autres États (les investisseurs ne bénéficiant pas encore d'un *locus standi* dans le cadre de la procédure internationale), étaient appréciées de façon casuistique. Concrètement, lorsque au regard des circonstances, la diligence et le bien-fondé pour l'intérêt général de l'État ne souffraient d'aucune contestation, la violation de ce standard n'était pas retenue. C'est ainsi qu'il est apparu évident pour les États défendeurs, pour faire échec au moyen de la violation du traitement juste et équitable prescrit par le TBI invoqué, de prouver leur bonne foi et le caractère raisonnable des mesures contestées⁹⁷³.

375. L'interprétation autonome. Mais les choses ont pris une tout autre tournure à la suite des efforts d'interprétation des TBI déployés par les praticiens de la matière. En effet, il a été considéré que la référence au standard de traitement juste et équitable dans les TBI ne devait pas se confondre au standard minimum de traitement. Autrement dit, le standard de traitement juste et équitable est un standard autonome qui est à distinguer du standard minimum de traitement⁹⁷⁴. S'est opéré alors un changement de paradigme

2008, § 653, CIRDI, *Waguih Elie George Siag and Clorinda Vecchi c. Egypte*, ARB/05/15, 01 juin 2009; *Flughafen Zürich A.G. y Gestion e ingenieria IDC SA c. Venezuela*, ARB/10/19, 18 novembre 2014, § 601,

⁹⁷⁰ CIRDI, *Ronald S. Lauder c. République Tchèque*, 3 septembre 2001, p. 66 ; CIRDI, *LG&E Energy Corp. c. Argentine*, ARB/02/1, 3 octobre 2006, § 162 ; CIRDI, *Joseph Charles Lemire c. Ukraine*, ARB/06/18 14 janvier 2010, § 60,

⁹⁷¹ Sur la prise en compte du harcèlement voir notamment : CIRDI, *Desert Line Project LLC c. Yémen*, ARB/05/17, 6 février 2008, § 193, CIRDI, *Waguih Elie George Siag c. Egypte*, ARB/05/15, 1^{er} juin 2009, § 450 ; CIRDI, *Rompetrol Group NV c. Roumanie*, ARB/06/3, 6 mai 2013, § 277.

⁹⁷² CIJ, *Affaire relative au personnel diplomatique et consulaire des États-Unis à Téhéran (États-Unis d'Amérique c. Iran)*, 24 mai 1980, pp 30 – 33, §§ 61-68.

⁹⁷³ CIRDI, *LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp., LG&E International Inc. c. Argentine*, ARB/02/1, 03 octobre 2006, §113: “a violation of the fair and equitable standard “occurs only when it is shown that an investor has been treated in such an unjust or arbitrary manner that the treatment rises to the level that is unacceptable from the international perspective”; CIRDI, *CMS Gas Transmission Company c. Argentine*, ARB/01/8, 12 mai 2005, §§ 270 – 271; CIRDI, *Enron Corporation Ponderosa Assets, LP c. Argentine*, ARB/01/3, 22 mai 2007, p. 81, § 254 ; CIRDI, *Sempra Energy International c. Argentine*, ARB/02/16, 28 septembre 2007, p. 86, § 293; CIRDI, *Duke Energy c. Ecuador*, ARB/04/19, 18 août 2008, § 331; CIRDI, *EDF c. Argentine*, ARB/03/23, 11 juin 2012, pp. 88-89, §§ 343 – 345.

⁹⁷⁴ Pour un résumé des analyses sur ce point, voir *supra* Partie 1, Titre 1, Chapitre 2, Section 1.

important dans la détermination du standard. Il n'est dès lors plus question d'un *malus* de l'État en cause, mais de l'importance du *pretium doloris* de l'investisseur.

Or, en ne tenant compte que des effets de la mesure dans l'appréciation de la licéité internationale de l'action de l'État, les arbitres ont consacré, la force créatrice des attentes légitimes en droit international des investissements. Le raisonnement est le suivant : parce que l'État a généré des attentes légitimes chez l'investisseur par l'adoption de certaines mesures, les fameux engagements spécifiques, il s'oblige à les respecter sous peine d'engager sa responsabilité internationale. Les engagements spécifiques limitent alors le droit des États de légiférer à leur guise. Ils sont tenus de respecter les attentes légitimes des investisseurs créés par les engagements spécifiques auxquels ils ont souscrit. La limite la souveraineté normative de l'État a alors constitué la critique principale de cette interprétation autonome.

376. Les justifications de l'interprétation autonome. Dans quelle mesure l'interprétation autonome du standard de traitement juste et équitable était-elle admissible dans le cadre de l'arbitrage d'investissement ? Pour répondre à cette question, il a été avancé que le standard de traitement minimum est lui-même un standard indéfini en droit international public. Par conséquent, ce standard ne peut servir de référence pour l'interprétation du traitement juste et équitable prévu par les TBI⁹⁷⁵. L'argument est incisif. Si le standard minimum n'échappe pas à la dynamique de l'interprétation, comment peut-il faire obstacle à une interprétation évolutive de la clause de TJE ? Par ailleurs, si les travaux préparatoires des TBI ne renseignent pas sur le sens et la portée des clauses de TJE, les préambules de ces instruments autorisent les interprétations allant dans le sens d'un encouragement des investissements⁹⁷⁶. Ainsi, il pourrait être affirmé que le TJE est un standard autonome.

377. Les limites du point de vue de la technique juridique. À l'inverse de l'opinion précédemment avancée, l'objection formulée par le professeur Pierre Mayer garde sa pertinence. Peut-on légitimement croire que l'État renonce à sa souveraineté par

⁹⁷⁵ Arnaud DE NANTEUIL, *Droit international des investissements*, op. cit., pp 334 – 337 ; Yves NOUVEL, « Les standards de traitement : le traitement juste et équitable, la sécurité pleine et entière », op. cit., pp. 288 – 312.

⁹⁷⁶ CIRDÍ, *Azurix Corp. c. Argentine*, ARB/01/12, 14 juillet 2006, § 360 : « [...] As regards the purpose and object of the BIT, in its Preamble, the parties state their desire to promote greater cooperation with respect to investment, recognize that “agreement upon the treatment to be accorded such investment will stimulate the flow of private capital and the economic development of the Parties”, and agree that “fair and equitable treatment of investment is desirable in order to maintain a stable framework for investment and maximum effective use of economic resources.” It follows from the ordinary meaning of the terms fair and equitable and the purpose and object of the BIT that fair and equitable should be understood to be treatment in an even-handed and just manner, conducive to fostering the promotion of foreign investment. The text of the BIT reflects a positive attitude towards investment with words such as “promote” and “stimulate”. Furthermore, the parties to the BIT recognize the role that fair and equitable treatment plays in maintaining “a stable framework for investment and maximum effective use of economic resources ».

la simple signature d'un TBI, au profit d'un investisseur étranger qui n'est qu'un tiers au traité ?⁹⁷⁷ En tout état de cause, le fondement de ce qui est présenté comme une interprétation évolutive du TJE est faible. En tant que technique d'interprétation, l'application de l'interprétation évolutive au TBI n'est pas prévue par la Convention de Vienne sur le droit des traités⁹⁷⁸. Certes, il est fait référence à la pratique ultérieure des États pour l'interprétation des traités⁹⁷⁹, mais il ne semble pas possible d'inclure dans cette pratique, l'interprétation des tribunaux arbitraux, dont la mission première n'est pas l'élaboration des règles de droit international. Faute de fondements solides, l'argument de l'interprétation évolutive serait plus la preuve d'une prise en compte, peut-être « excessive », de considérations d'équité entre les parties. Il n'empêche que d'un point de vue éthique cela reste discutable.

378. Les limites du point de vue de l'éthique. Suivant cette ligne de pensée, on suppose que l'interprétation autonome permet une meilleure protection des attentes légitimes de l'investisseur, qui serait la partie faible dans ses relations avec l'État. De la sorte, les promesses faites par le second devraient le lier vis-à-vis du premier. Mais appliquant la mécanique kantienne⁹⁸⁰, il n'est pas dit que les investisseurs souhaiteraient que le droit attache des effets aux engagements spécifiques. En effet, on peut très bien supposer que les États, notamment les États africains sont également les parties faibles dans la relation Etat-investisseurs étrangers dans la mesure où c'est le manque de capitaux et de moyens technologiques qui conduisent les États à proposer les avantages fiscaux et douaniers aux entreprises⁹⁸¹. Dans ce sens, les promesses que les investisseurs font aux États d'accueil devraient alors les engager. Les chartes éthiques, les documents publicitaires de ces derniers sont autant de promesses qui pourraient également servir de

⁹⁷⁷ Pierre MAYER, « La neutralisation du pouvoir normatif de l'Etat en matière de contrats d'Etat », *JDI*, Vol.1, 1986, pp.5-52.

⁹⁷⁸ Pour une discussion sur ce point, voir : CDI, *Rapport de la Commission du droit international*, Soixante-huitième session, A/71/10, 2 mai – 10 juin et 4 juillet-12 août 2016, pp. 125 – 210. Dans l'affaire *RREEF Infrastructure (G.P.) c. Espagne*, le tribunal arbitral note: « To summarize, the Tribunal considers that: - The FET principle includes, but goes beyond, the traditional “minimum standard” as conceived in the *Neer Case*; 257 - It also includes the protection of the legitimate expectations of the investor at the time of the investment; - An investor cannot legitimately expect that the conditions of its investment will necessarily be maintained immutable ». CIRDI, *RREEF Infrastructure (G.P.) c. Espagne*, ARB/13/30, 30 novembre 2018, § 263. Un autre tribunal CIRDI a cependant considéré que l'article 10 du TCE était trop general pour inclure une obligation à l'endroit des investisseurs en ces termes: « In the present case, the Tribunal is faced with a treaty provision of an equivalent degree of generality. The ECT in the first sentence of Article 10(1) directs the Contracting States to “encourage and create stable, equitable, favourable and transparent conditions for Investors of other Contracting Parties to make Investments in its Area.” That sentence provides no specific directions on the particular elements that such conditions are to embody. Instead, those directions come in the next clause: “[s]uch conditions shall include a commitment to accord at all times to Investments of Investors of other Contracting Parties fair and equitable treatment ». CIRDI, *Stadtwerke München GmbH, c. Espagne*, ARB/15/1, 2 décembre 2019, § 197.

⁹⁷⁹ « [...] Il sera tenu compte, en même temps que du contexte : a) De tout accord ultérieur intervenu entre les parties au sujet de l'interprétation du traité ou de l'application de ses dispositions ; b) De toute pratique ultérieurement suivie dans l'application du traité par laquelle est établi l'accord des parties à l'égard de l'interprétation du traité [...] ». Convention de Vienne sur le droit des traités, art. 31.3 (a) et (b), *RTNU*, 27 janvier 1980, vol. 1155, p.331.

⁹⁸⁰ Selon Kant, la morale requiert d'agir de sorte que « la maxime de son action soit érigée en principe universel ».

⁹⁸¹ Pierre LEGOUX, « De quelques codes d'investissements », *Revue Juridique, Politique, Indépendances et Coopération*, Tome 22, n°4, Paris, Oct. 1968, pp 939 – 986.

base pour engager leur responsabilité⁹⁸². Cependant, il ne serait pas surprenant que les investisseurs, demandeurs au procès, ne soient pas favorables à la prise en compte des attentes légitimes qu'ils auraient fait naître chez leur partenaire étatique. Par ailleurs, même à adopter une démarche conséquentialiste de la question, il n'est pas évident que d'une part, cette interprétation autonome du TJE participe de l'accroissement des IDE et d'autre part, qu'elle soit profitable à l'intérêt général si tant est que l'on considère encore l'intérêt général comme un besoin à satisfaire.

379. De toute évidence, et loin de ces considérations générales, les États se sont montrés particulièrement réticents quant à l'interprétation autonome du standard de TJE. Leur pratique récente s'inscrit même à rebours de cette interprétation autonome du TJE.

b. L'interprétation à rebours de la pratique étatique

380. Les réactions concernant l'interprétation autonome du TJE ne se sont pas longtemps fait attendre. Les spécialistes ont encore en mémoire la note explicative rendue par les États dans le cadre du Traité ALENA. Cette approche sous-régionale a été suivie par une approche africaine suffisamment singulière pour retenir l'attention. Du reste, la tendance récente montre une certaine défiance quant à l'interprétation autonome du TJE.

381. Les réactions sur le continent américain. L'idée que le traitement juste et équitable puisse comprendre plus de droits au profit de l'investisseur que ne le prévoit le standard minimum de traitement a donné lieu à des débats dans le cadre de l'ALENA. Pour taire les tergiversations, la note explicative de la Commission du libre-échange est venue préciser que le TJE n'inclut pas « *de traitement supplémentaire ou supérieur à celui exigé par la norme minimale de traitement conforme au droit international coutumier à l'égard des étrangers* »⁹⁸³. Autrement dit, il n'y a pas à considérer que le TJE prévu par l'ALENA soit un standard conventionnel à distinguer du standard minimum. L'interprétation autonome ne devrait donc plus être possible. Cependant, certains auteurs incitent tout de même à faire preuve de réserve concernant la portée de cette note explicative. Si elle règle le problème de l'assimilation du TJE au standard minimum de traitement dans le cadre de l'ALENA, elle ne résout pas pour autant le dilemme de savoir si ce standard coutumier a lui-même évolué pour inclure des droits supplémentaires⁹⁸⁴. Dans l'affaire *Glamis Gold c. États-Unis*, les échanges ont notamment porté sur ce point,

⁹⁸² Hervé ASCENSIO, « Les activités normatives des entreprises multinationales » in, *L'entreprise multinationale et le droit international*, coll. Vincennes – Saint-Denis, A. Pédone, 2017, pp. 265 - 277.

⁹⁸³ Voir la note explicative de la Commission de libre-échange de l'ALENA de 2001.

⁹⁸⁴ Arnaud DE NANTEUIL, *Droit international des investissements*, op.cit., p. 338.

même si le tribunal arbitral a écarté la solution d'une interprétation évolutive du standard minimum de traitement⁹⁸⁵. Toutefois, en dépit de l'ambiguïté persistante de l'article 1105 du Traité ALENA, on peut tout de même se satisfaire de la réticence marquée par les États d'Amérique à propos d'une interprétation trop permissive du traitement juste et équitable que l'on retrouve d'ailleurs dans l'approche africaine de la question.

382. Les réactions africaines. L'idée reçue selon laquelle les États africains dans le cadre du droit international sont des « *rules taker* » ne se vérifie plus lorsque l'on vient à considérer le débat sur le traitement juste et équitable. Une contribution substantielle élaborée essentiellement dans le cadre des communautés économiques régionales apporte un souffle nouveau aux analyses sur la portée du TJE. L'Accord sur l'investissement de la COMESA signé en 2009, bien que n'étant pas entré en vigueur, prévoit que le TJE accordé aux investisseurs de l'espace COMESA est déterminé conformément au droit international coutumier. Poursuivant la logique, l'article 14(1) ajoute que le TJE comprend « *the obligation not to deny justice in criminal, civil, or administrative adjudicatory proceedings in accordance with the principle of due process embodied in the principal legal systems of the world* »⁹⁸⁶. Le point 2 de l'article exclut expressément toute interprétation extensive du standard en considérant le TJE « *does not require treatment in addition to or beyond what is required by that standard* ».

Dans la même perspective, le modèle de TBI de la SADC recommande aux États d'apporter un certain soin à la négociation du standard de traitement juste et équitable. Deux formulations sont proposées. La première consiste à exiger du requérant « *the demonstration of an act or actions by the government that are an outrage, in bad faith, a willful neglect of duty or an insufficiency so far short of international standards that every reasonable and impartial person would readily recognize its insufficiency* »⁹⁸⁷. La seconde formulation opère un changement de paradigme radical, en abandonnant la notion de traitement juste et équitable au profit d'un *Fair administrative Treatment*. Ce standard novateur enjoint aux États d'assurer à l'endroit des investisseurs établis sur leur sol, des procédures législatives, administratives et judiciaires qui n'ont rien d'arbitraire. Pour ce

⁹⁸⁵ Dans cette affaire, le demandeur, la société Glamis soutenait que le standard de traitement prévu par l'article 1105 de l'ALENA nécessitait une interprétation dynamique et que même relevant du standard minimum de traitement, il fallait considérer que celui-ci avait évolué. Pour sa part, le défendeur soutenait que cette interprétation était erronée et que même à considérer que le standard de traitement avait évolué, la preuve d'une pratique concordante des États et une *opinio juris* relatives à ces changements n'étaient pas rapportées. Pour sa part, le tribunal considéra que la preuve de l'évolution n'est pas suffisamment rapportée et que le TJE prévu par l'ALINA obéit aux mêmes règles d'évaluation que le standard minimum de traitement telles qu'elles ont été soulignées par la sentence Neer. CIRDI-CNUDCI, *Glamis Gold c. États-Unis*, sentence, 8 juin 2009, §§ 563 – 567 et §§ 615 – 616.

⁹⁸⁶ COMESA, Investment Agreement for the COMESA Common Investment Area, article 14.

⁹⁸⁷ SADC, modèle de TBI assorti de commentaires, article 5.2.

faire, les investisseurs devront bénéficier d'un droit à l'information. Ce droit implique une information transmise en temps utile pour permettre aux justiciables de former des recours contre les décisions les visant ainsi que l'accès aux informations par les autorités gouvernementales. De l'avis du Comité de rédaction, ce nouveau standard devrait « *provide useful protection for investors, while limiting the risks of the expansive rulings associated with the FET standard in a number of arbitral awards* »⁹⁸⁸. La démarche adoptée par le comité de rédaction a été suivie dans le cadre du projet panafricain relatif aux codes des investissements dont la version finale ne contient pas de références relatives au traitement juste et équitable.

383. Les réactions européennes. Sur le continent européen, les récents TBI montrent que même dans les États traditionnellement favorables à la protection des investissements internationaux, la méfiance est grandissante. Par exemple, le modèle de TBI néerlandais de 2019 n'inclut pas la violation des engagements spécifiques au titre des composantes du traitement juste et équitable. Il est simplement indiqué :

*« a Tribunal may take into account whether a Contracting Party made a specific representation to an investor to induce an investment that created a legitimate expectation, and upon which the investor relied in deciding to make or maintain that investment, but that the Contracting Party subsequently frustrated »*⁹⁸⁹.

On retrouve une formulation similaire à l'article 4(4) dans le modèle de TBI de l'Union Economique Belgique-Luxembourg⁹⁹⁰. Cependant, la rédaction de ces clauses soulève quelques interrogations. En effet, quelle portée s'attache aux termes « *taking into account* » ? S'agit-il pour les arbitres d'un indice dans l'appréciation de la conduite arbitraire de l'État ? Où la seule violation d'une attente légitime entraîne la violation du traitement juste et équitable ? Dans un tel cas, les engagements spécifiques ne sont-ils pas alors des instruments dont l'obligatorité trouve son fondement dans l'accord d'investissement ? Il serait ici prématuré d'apporter une réponse à ces questions, outre le fait que cela sort du cadre de la présente étude. Mais ces interrogations montrent toute la délicatesse du problème.

384. L'engagement spécifique qui crée chez l'investisseur étranger une attente légitime doit être respecté par l'État au risque de constituer une atteinte au traitement juste

⁹⁸⁸ SADC, modèle de TBI, commentaire sous l'article 5, dernier paragraphe.

⁹⁸⁹ Pays-Bas, Modèle de TBI relatif à la promotion des investissements internationaux, article 9(4)

⁹⁹⁰ Union Belgique-Luxembourg, Agreement between the Belgium-Luxembourg Economic Union, on the one hand, and [...], on the other hand, on the reciprocal promotion and protection of investments, 28 mars 2019, art. 4(4): « *When applying the above fair and equitable treatment obligation, a Tribunal may take into account whether a Party made a specific representation to an investor to induce a covered investment, that created a legitimate expectation, and upon which the investor relied in deciding to make or maintain the covered investment, but that the Party subsequently frustrated.* »

et équitable. Par effet de domino, le non-respect d'un engagement spécifique engage la responsabilité internationale de l'État. Sachant que cette violation peut résulter de l'exercice de son pouvoir normatif par l'État, l'effet de l'engagement spécifique emporte une mise en camisole de l'État souverain. Ce faisant, la caractérisation du concept d'engagement spécifique s'avère d'une grande utilité.

§2 : Les critères de l'engagement spécifique comme obstacle à l'assimilation des codes

385. Dans l'arbitrage transnational, ainsi qu'il a été précédemment indiqué, les clauses *umbrella* et de TJE permettent respectivement la transformation des réclamations légales en réclamations conventionnelles et le maintien d'un cadre juridique stable à l'investisseur. Pour parvenir à ces résultats, la pratique arbitrale procède à l'assimilation des codes des investissements à des engagements spécifiques. Bien que les clauses *umbrella* et TJE sont différentes, avec des régimes différents, le vocabulaire employé, celui d'engagement spécifique, reste inchangé⁹⁹¹. En raison de la constance de l'emploi de ce terme, il convient de rechercher si des traits communs à l'engagement spécifique peuvent être identifiés à partir des sentences arbitrales rendues à propos des clauses *umbrella* et du TJE. L'objectif est alors d'en faire un concept qui en faciliterait d'une part la compréhension et d'autre part la confrontation aux codes des investissements africains. Ce faisant, il apparaît que l'engagement spécifique peut être considéré comme un engagement juridique (A) dont le critère de spécificité (B) fait encore l'objet de controverses.

A. LE CRITERE D'UN ENGAGEMENT JURIDIQUE : UNE CONDITION REMPLIE PAR LES CODES

386. Délimitation. L'engagement spécifique serait un engagement juridique. Pour la pratique arbitrale, tant à propos des clauses *umbrella* que du TJE, il ne fait pas de doute que les contrats peuvent être des engagements spécifiques⁹⁹². Certes, des discussions

⁹⁹¹ C'est le cas notamment de la sentence *OperaFund* qui évoque « *a regulatory instruments that are specific enough to qualify as commitments to identifiable investments or investors* » au moment de l'analyse de la clause *umbrella* (§ 569) et qui indique au stade de l'analyse de la violation du TJE « [...] the Tribunal notes the view of the Masdar tribunal, which expressly left open the possibility that Article 44(3)'s stabilization promise could constitute a "specific commitment" by Spain, which would create "legitimate expectations that the benefits granted by RD661/2007 would remain unaltered." » (§ 483). CIRDI, *OperaFund Eco-Invest SICAV PLC and Schwab Holding AG c. Espagne*, ARB/15/36, 6 September 2019, §§ 483 et 569. Gras ajoutés.

⁹⁹² CIRDI, *Total c. Argentine*, ARB/04/1, 27/12/2010, p. 50, § 117: « The expectation of the investor is undoubtedly "legitimate", and hence subject to protection under the fair and equitable treatment clause, if the host State has explicitly assumed a specific legal obligation for the future, such as by contracts, concessions or stabilisation clauses on which the investor is therefore entitled to rely as a matter of law ». Également, CNUDCI, *CME Czech Republic B.V. c. République Tchèque*, Sentence partielle, 13 septembre 2001, p.172, § 611, Plus à propos sont les sentences rendues concernant l'effet de la clause *Umbrella* : Tribunal *Ad hoc*, *Eureko c. Pologne*, 19 août 2005, § 246, CIRDI, *CMS c. Argentine*, ARB/01/8, 12 mai 2005, § 301, CIRDI, *Siemens A.G. c. Argentina*, ARB/02/8, 6 février 2007, § 206, CIRDI, *SGS c. Paraguay*, ARB/07/29, 12 février 2010, § 168,

subsistent quant à la nature de ces contrats, notamment le fait de savoir s'il s'agit d'un contrat de *jure gestionis* ou de *jure imperii*⁹⁹³, mais à s'en tenir à la figure contractuelle, il est aisé de déduire que l'engagement spécifique est un engagement juridique. Les difficultés, qui retiendront ici l'attention, n'apparaissent que lorsqu'il est question de l'assimilation des actes unilatéraux à des engagements spécifiques. Cette notion d'acte unilatéral, dans le présent contexte, est particulière. La littérature arbitrale s'y réfère pour y inclure toutes les manifestations unilatérales de volonté de l'État, *i.e.* les codes des investissements, les comportements, les assurances et promesses faites à l'investisseur. Mais comme il a été démontré dans le titre 1 de cette thèse, ces actes unilatéraux, en particulier les codes des investissements, ne tirent pas leur obligatorité du droit international contrairement à la proposition formulée par *Arsanjani*⁹⁹⁴. Ne pouvant alors être considérés comme des actes unilatéraux de droit international public, il convient alors de rechercher la catégorie à laquelle ces actes peuvent être rattachés. À l'évidence, il s'agit de manifestations de volonté destinées à produire des effets de droits (1) à la condition de concerner une catégorie spécifique de droits, celles emportant renonciation à des droits souverains (2). Mais l'obligatorité de ces actes devrait s'apprécier au regard du droit interne de l'État (3).

1. Une manifestation de volonté destinée à produire des effets de droit

387. Une manifestation de volonté unilatérale. L'engagement spécifique est une manifestation de volonté de l'État et de ses organes officiels. Il peut s'agir d'un acte, c'est-à-dire d'un document écrit dans lequel la manifestation de volonté est indiquée. Plusieurs tribunaux ont ainsi discuté de l'assimilation de lois à des engagements spécifiques⁹⁹⁵, de licences⁹⁹⁶ ou de façon plus anecdotique, de flyers ou documents

⁹⁹³ Le tribunal dans l'affaire *Pan American c. Argentine* soulignait ainsi : « *In view of the necessity to distinguish the State as a merchant, especially when it acts through instrumentalities, from the State as sovereign, the Tribunal considers that the "umbrella clause" in the Argentine-US BIT, which states that "each Party shall observe any obligation it may have entered into with regard to investments", does not elevate any contract claim into a treaty claim – this does not mean that some contract claims based on commitments made by the State as a Sovereign give rise to a treaty claim – this results from Article VII, which clearly includes among the investment disputes under the Treaty all disputes resulting from a violation of a commitment given by the State as a sovereign State, either through an agreement, an authorization, or the BIT* », CIRDI, *Pan American Energy LLC and Bp Argentina Exploration Company c. Argentina*, ARB/04/8, 27 juillet 2006, § 109. Également, CIRDI, *Noble Ventures, inc. c. Roumanie*, ARB/01/11, 12 octobre 2005, § 82 ; CIRDI, *El Paso Energy International company c. Argentine*, ARB/03/15, 31 octobre 2011, §§ 78, 81. Arnaud DE NANTEUIL, *Droit international des investissements*, op.cit., p. 157, § 329.

⁹⁹⁴ Voir *supra* Introduction, III, B, et partie 1 de la thèse.

⁹⁹⁵ CPA, *Khan Resources Inc. Khan Resources B.V. CAUC Holding Company Ltd. c. Mongolie*, aff. n°2011-09, juridiction, 25 juillet 2012, § 438 ; CIRDI, *Liman Caspian Oil BV et NCL Dutch Investment BV c. République du Kazakhstan*, ARB/07/14, 22 juin 2010, §. 448 ; CIRDI, *OperaFund Eco-Invest SICAV PLC and Schwab Holding AG c. Espagne*, ARB/15/36, 6 September 2019, §§ 485 et 565;

⁹⁹⁶ CNUDCI-ALENA, *Thunderbird c. Mexique*, 26 janvier 2006, sentence, § 164.

publicitaires⁹⁹⁷. En plus des actes, il peut aussi s'agir d'un comportement de l'État qui se traduit par des pratiques ou des déclarations orales. Entre dans cette catégorie, les déclarations tenues dans les *road shows* et *fora économiques*⁹⁹⁸. Ces actes et comportements de l'État peuvent être pris en compte isolément ou collectivement. Dans ce dernier cas, même si cela n'est pas expressément dit dans les sentences, on tend à y inclure quelque chose qui serait de l'ordre de l'usage, c'est-à-dire d'une pratique répétée à laquelle on pourrait y rattacher une « *opinio juris* »⁹⁹⁹.

La forme de l'engagement spécifique ici importe peu. De plus, à la différence des contrats, il n'est pas *a priori* exigé de l'investisseur une contrepartie. Cette absence de contrepartie est dite *a priori* parce que les droits que l'État entend conférer à l'investisseur étranger sont fondés sur les retombées positives espérées de l'investissement sur l'économie nationale¹⁰⁰⁰. Cependant, ces attentes de l'État n'entrent pas en ligne de compte puisqu'on considère en pratique que l'État souscrit à des engagements spécifiques unilatéraux¹⁰⁰¹ sans qu'il y ait eu négociation avec l'investisseur et parfois avant que celui-ci ait pris la décision d'investir. Ainsi, seuls les organes officiels de l'État s'expriment et s'engagent au travers des différents actes et comportements susmentionnés.

388. Un acte créant directement des droits. Parmi les formes susmentionnées d'actes unilatéraux susceptibles d'être des engagements spécifiques, certains vont créer directement des droits dans le chef des investisseurs. C'est le cas par exemple des licences,

⁹⁹⁷ CNUDCI, *National Grid P.L.C. c. Argentine*, 3 novembre 2008, § 177.

⁹⁹⁸ CIRDI, *BayWa r.e. Renewable Energy GmbH c. Espagne*, ARB/15/16, 25 janvier 2021, §§ 436 et 454.

⁹⁹⁹ « *The balance between these competing requirements and hence the limits of the proper invocation of "legitimate expectations" in the face of legislative or regulatory changes (assuming that they are not contrary to a contractual, bilateral or similar undertaking, binding in its own right) has been based on a weighing of various elements pointing in opposite directions. On the one hand, the form and specific content of the undertaking of stability invoked are crucial. No less relevant is the clarity with which the authorities have expressed their intention to bind themselves for the future. Similarly, the more specific the declaration to the addressee(s), the more credible the claim that such an addressee (the foreign investor concerned) was entitled to rely on it for the future in a context of reciprocal trust and good faith. Hence, this accounts for the emphasis in many awards on the government having given 'assurances', made 'promises', undertaken 'commitments', offered specific conditions, to a foreign investor, to the point of having solicited or induced that investor to make a given investment. Total itself described the acts of Argentina on which it relies in this way. As a result of such conduct by the host authorities, the expectation of the foreign investor may "rise to the level of legitimacy and reasonableness in light of the circumstances." When those features are not present, a cautious approach is warranted based on a case specific contextual analysis of all relevant facts.* » CIRDI, *Total SA v. Argentine*, ARB/04/01, 27 décembre 2010, §§ 121.

¹⁰⁰⁰ À titre illustratif, voir : Mozambique, Law on Investment, 1993, no. 3/93: Article 7. Objectives of investments: « *The carrying out of investments under the present Law shall, inter alia, pursue the following objectives: (a) the development, rehabilitation, modernisation or expansion of economic infrastructures for the operation of productive activities or for rendering services necessary for supporting productive economic activities and promoting the country's development; (b) the expansion and improvement of national production capacity or of capacity to render services which support productive activities; (c) contributing towards training, expansion, and development of national entrepreneurs and Mozambican business partners; (d) the creation of jobs for national workers and the raising of professional skill levels of the Mozambican labour force; (e) the promotion of technological development and the improvement of entrepreneurial productivity and efficiency; (f) the increase and diversification of exports; (g) the rendering of productive services and of those generating foreign currency; (h) the reduction and substitution of imports; (i) contributing towards improving the supply of domestic markets and the satisfaction of the priority and basic needs of the population; (j) any direct or indirect contribution towards improving the balance of payments and government budget revenue* ».

¹⁰⁰¹ Par commodité de langage, le choix est fait de désigner les engagements spécifiques se présentant sous la forme d'actes unilatéraux, par l'expression « engagement spécifique unilatéraux ».

des certificats d'investissement ou encore des agréments. Certes, la nature purement unilatérale de ces instruments est controversée¹⁰⁰², mais à ce stade de l'analyse, il peut être constaté qu'ils relèvent de l'exercice discrétionnaire du pouvoir normateur de l'État hôte de l'investissement et confèrent des droits subjectifs patrimoniaux à leur titulaire¹⁰⁰³. Ils se distinguent ainsi des actes de portée générale et impersonnelle que sont les lois, qui ne confèrent pas à leur titulaire des droits subjectifs acquis, mais seulement des droits objectifs¹⁰⁰⁴. D'ailleurs, certains codes des investissements conditionnent le bénéfice des avantages et garanties qu'ils offrent à la possession d'un agrément ou d'une convention d'établissement¹⁰⁰⁵. On le voit donc, à s'en tenir à cette seule caractéristique, un code des investissements ne peut être assimilé à un engagement spécifique. Toutefois, les analyses en pratique, surtout à propos du TJE, sont plus nuancées. En effet, pour cette catégorie particulière d'instrument, c'est-à-dire les lois, les règlements et autres actes juridiques de portée générale, la doctrine se réfère implicitement à la théorie des apparences pour également inclure dans le spectre des engagements spécifiques, les actes qui créent des droits subjectifs patrimoniaux indirectement¹⁰⁰⁶.

389. Un acte créant indirectement des droits. Les sentences arbitrales qui ont admis l'effet normatif de ces actes unilatéraux se sont fondées sur la nécessité de garantir les attentes légitimes de l'investisseur¹⁰⁰⁷. De la sorte, ces sentences ont consacré en droit

¹⁰⁰² Voir *infra* dans ce chapitre section 2, § 2, A, 2.

¹⁰⁰³ En droit administratif, ces actes sont rangés dans la catégorie des décisions individuelles, actes administratifs créateurs de droits pour leur titulaire.

¹⁰⁰⁴ La loi est classée parmi les sources du droit objectif en droit interne. Il s'agit d'un acte-règle qui crée une situation juridique objective. Serge GUINCHARD et Thierry DEBARD, *Lexique des termes juridiques*, 22^{ème} éd., 2014 – 2015, p. 25, entrée : acte-règle. Voir aussi : François Terré, « La "crise de la loi" », *Archives de Philosophie du Droit*, Tome 25, Ed. Sirey, 1980, pp. 17 à 28. Paul AMSELEK, « Norme et loi », *Archives de Philosophie du Droit*, Tome 25, Ed. Sirey, 1980, pp. 89 – 107.

¹⁰⁰⁵ Le code namibien proscrie tout investissement étranger qui n'est pas approuvé à sa section 12. *Application for approval of investments*, en ces termes : « 1) A foreign investor may not: (a) invest in Namibia; or (b). acquire any licence, permit, authorisation or concession in Namibia, through any form of merger, acquisition, direct or indirect sale or transfer without the approval of the Minister. 2) A foreign investor seeking to make an investment in Namibia must apply to the Minister for approval of the proposed investment in the prescribed form and manner. 3) An investor who is proposing to invest in Namibia as contemplated in subsection (2) may apply for: (a) any proposed investment, acquisition or establishment of an investment whether directly or indirectly; (b) any proposed merger, whether directly or indirectly, subject to the requirements of the Competition Act, 2003 (Act No. 2 of 2003); or (c). the acquisition of any license, permit, authorization or concession issued by the State, including such instruments relating to the exploration and exploitation of natural resources, and apart from the requirement of subsection (2) the application must include other information as the Minister may prescribe to enable the Minister to make an informed decision. » Namibie, *Namibian Investment Promotion Act*, loi n°199 de 2016, *Official Gazette*, n°. 6110 du 31 août 2016. Voir *infra*, dans ce chapitre section 2, § 2 et Partie 2 Titre 1 Chapitre 1 section 2.

¹⁰⁰⁶ Julien CAZALA, « La protection des attentes légitimes de l'investisseur dans l'arbitrage international », *RIDE*, 2009/1 (t. XXIII, 1), pp. 5 – 42. Même si la doctrine considère qu'il y a deux écoles qui s'affrontent sur le sujet, l'une qui considère que l'exigence d'un engagement est une condition *sine qua non*, et l'autre qui considère qu'il n'est pas nécessaire d'avoir un engagement spécifique pour fonder les attentes légitimes, nous estimons pour notre part que les écoles de pensées se rejoignent. La force créatrice des attentes légitimes finit par consacrer un droit subjectif au profit de l'investisseur sur le fondement d'un engagement ou une représentation d'une nature plus politique que juridique. Sur l'ensemble de la question, Rahmi KOPAR, *Stability and Legitimate Expectations in International Energy Investments*, Oxford, Londres et autres, HART, 2021, pp. 100 – 204.

¹⁰⁰⁷ CIRDI, *LG&E Energy Corp. E.A. c. Argentine*, ARB/02/1, 03/10/2006, § 127 ; CIRDI, *Waste Management c. Mexique*, ARB(AF)/00/3, 30 avril 2004, § 98 ; CIRDI, *Total S A c. Argentine*, ARB/04/01, 27 décembre 2010, §§ 113 et ss ; CNUDCI, *Sergei Paushok c. Mongolie*, 28 avril 2011, § 253, CIRDI, *El Paso Energy International Company c. Argentine*, ARB/03/15, 31 octobre 2011, § 348.

de l'arbitrage d'investissement, la théorie de l'apparence connue de certains droits internes. Bien que selon une opinion, il faudrait y voir des quasi-engagements¹⁰⁰⁸, cette qualification ne sera pas retenue parce que largement inspirée de la théorie générale des obligations en droit français¹⁰⁰⁹. On y préféra la notion d'acte unilatéral créateur de droits apparents. L'idée véhiculée est que la consécration de la force normative des attentes légitimes en droit international des investissements a pour principal effet de conférer une valeur juridique à l'erreur légitime de l'investisseur. Ce dernier du simple fait de la croyance en l'existence d'un droit se verra reconnaître ce droit en réalité. *Error solis facit jus* pourrait-on dire. Pour atteindre ce seuil de juridicité, l'erreur de l'investisseur doit reposer sur une représentation faite par l'État hôte qui résulterait de l'ensemble varié d'actes précédemment mentionné, y compris un code des investissements.

Dans la mesure où c'est la représentation de l'investisseur qui permet d'apprécier si l'acte unilatéral de l'État crée des droits ou des obligations, un risque d'insécurité juridique est à craindre. En effet, il ne peut être déterminé par avance, si une affiche publicitaire obligera l'État à respecter les prescriptions qui y figurent. Pour atténuer ce risque, il est proposé de n'attacher une valeur juridique qu'aux attentes qu'aurait tout investisseur « avisé et rationnel »¹⁰¹⁰. La question qui se pose alors, est celle de savoir ce que peut bien recouvrir la notion d'*investisseur avisé et rationnel*. Il n'est pas possible d'apporter une réponse catégorique à cette interrogation. Les notions de légitimité et rationalité requièrent, par essence, une analyse casuistique qui tienne compte des circonstances. Une recherche définitionnelle abstraite serait de la sorte une voie sans issue. Seule une recherche indiciaire permettrait à ce stade de la démonstration d'appréhender la notion d'investisseur avisé.

390. L'obligation de diligence raisonnable. La pratique arbitrale rappelle que l'investisseur avisé est celui dont l'attente résulte d'un comportement imputable à l'État. Ainsi, l'acte dont l'investisseur se prévaut, doit être adopté par l'État. Mais la connaissance de l'État n'est pas en soi chose évidente. Selon la sentence *Thunderbird Gaming Corporation*, l'attente légitime dans le cadre du traité ALENA, résulte du comportement d'un État partie¹⁰¹¹ en l'occurrence le Mexique. Un tel comportement est imputable à l'État s'il résulte d'acte pris par les autorités gouvernementales. C'est ainsi

¹⁰⁰⁸ Julien CAZALA, « La protection des attentes légitimes de l'investisseur dans l'arbitrage international », *RIDE*, 2009/1 (t. XXIII, 1), pp. 5 – 42.

¹⁰⁰⁹ La notion de quasi-engagement est propre à la doctrine civiliste et ne s'applique pas à la matière des investissements internationaux dont le régime est par ailleurs dérogoire du droit commun.

¹⁰¹⁰ Arnaud de NANTEUIL, *Droit international des investissements*, A. Pédone, Paris, p. 356.

¹⁰¹¹ CNUDCI-ALENA, *Thunderbird c. Mexique*, 26 janvier 2006, sentence, § 147.

que dans l'affaire *Thunderbird* ont été discutées les représentations faites par la SEGOB, l'autorité mexicaine en charge de délivrer des licences d'exploitation. Réservons pour plus tard le raisonnement sur les critères d'identification des autorités pouvant engager l'État¹⁰¹², pour ne s'intéresser qu'aux conséquences des agissements *ultra vires* d'une autorité gouvernementale. La sentence *Thunderbird* offre un début de réponse à cette interrogation. Selon les arbitres, l'investisseur est présumé connaître la loi de l'État hôte. Ainsi soulignent-ils :

« *It cannot be disputed that Thunderbird knew when it chose to invest in gaming activities in Mexico that gambling was an illegal activity under Mexican law. (...) Hence, Thunderbird must be deemed to have been aware of the potential risk of closure of its own gaming facilities and it should have exercised particular caution in pursuing its business venture in Mexico* »¹⁰¹³.

L'obligation de connaissance de la loi ne se confond pas avec la présomption de connaissance de la loi formulée par l'adage *nemo censetur ignorare legem* (l'exception d'ignorance pouvant être invoquée sous certaines conditions). Il s'agit plutôt d'un devoir de renseignement minimal à la charge des investisseurs. Autrement dit, l'erreur de l'investisseur ne saurait être admise si celle-ci résulte d'une absence de diligence de sa part. Si dans le cas évoqué, il était question de la loi régissant le secteur d'activité de l'investisseur, on pourrait étendre ce raisonnement à la connaissance de la loi fondamentale de l'État hôte. L'investisseur étranger qui souhaite investir des sommes faramineuses dans un ordre juridique qui lui est étranger, doit se renseigner sur les procédures constitutionnelles de l'État d'accueil. Une telle démarche renseignerait à n'en point douter sur les habilitations des diverses autorités gouvernementales avec lesquelles il entrera en relation. La conséquence serait alors d'exclure du champ des engagements spécifiques, les promesses faites par les autorités qui n'avaient pas manifestement (constitutionnellement) le pouvoir de faire ou de tenir de telles promesses. Ainsi, l'autorité gouvernementale qui promet des avantages fiscaux qui ne sont pas prévus par le législateur agit dans un domaine qui ne lui est pas réservé, de sorte que celui qui se fonde sur une telle promesse, croit en vain¹⁰¹⁴.

391. Une attente raisonnable. Également, un engagement spécifique qui s'inscrit à rebours du climat général des affaires ne peut servir de représentation pouvant induire un investisseur raisonnable en erreur. Cette solution a été préconisée par certaines sentences

¹⁰¹² Voir *infra* pour la souscription aux engagements juridictionnels des émanations (Partie 2 titre 1 chapitre 1 section 1) et pour l'attribution des comportements des émanations à l'État (Partie 2 titre 2, chapitre 1, section 2).

¹⁰¹³ CNUDCI-ALENA, *Thunderbird c. Mexique*, 26 janvier 2006, sentence, § 164.

¹⁰¹⁴ Bien que la sentence ne soit pas ici à propos d'attentes légitimes, il n'en demeure pas moins qu'elle entame la réflexion sur le sujet. CIRDI, *Cable TV c. St Kitts and Nevis*, sentence, 13 janvier 1997, §§ 2.15 à 2.17, 2.22 à 2.25 ; 2.27 et 3.01 et 3.02.

arbitrales à diverses occasions. Dans l'affaire *Génération Ukraine c. Ukraine*, le tribunal a considéré que l'investisseur doit évaluer l'aptitude de l'État à tenir sa promesse au regard de son niveau de développement. En effet, un État en développement, demandeur de capitaux, peut souscrire à des engagements que sa condition économique ne lui permet pas en toute intelligence de respecter. Il est du devoir de l'investisseur d'adopter une politique prudente dans de telles situations¹⁰¹⁵. Aussi, dans un contexte de crise, l'investisseur ne saurait exiger de l'État de tenir des promesses qui accentueraient cette crise. *Ad impossibile nemo tenetur*. Dans la même veine, l'investisseur doit pouvoir évaluer l'impact de l'opinion publique sur la rentabilité de son investissement afin de ne pas fonder son attente sur des promesses qu'une autorité gouvernementale ne saurait tenir sans compromettre les principes de démocratie. L'exemple de la protection de l'environnement peut à ce titre être rapporté. Dans l'affaire *Methanex* en effet, les arbitres ont considéré que le risque d'un durcissement de la législation environnementale et les conséquences sur la rentabilité d'un investissement étaient à prévoir dans un État avec une conscience écologique forte¹⁰¹⁶.

392. Confrontation avec les codes. En somme, l'engagement spécifique est une manifestation de volonté dont l'effet principal est la création de droits acquis à l'investisseur étranger soit directement soit indirectement. Dans ce dernier cas, c'est la représentation légitime de l'investisseur fondé sur l'engagement spécifique qui sera source de droits. Ainsi, à ce stade de l'analyse, il n'est pas exclu qu'un code des investissements puisse être un engagement spécifique. Car même si dans l'affaire *Charanne c. Espagne*, le tribunal arbitral a indiqué que les actes législatifs et réglementaires ne créent pas directement des droits¹⁰¹⁷, il apparaît que ceux-ci peuvent générer des attentes légitimes chez un investisseur. Si ce dernier fait preuve de diligence et espère en un droit raisonnable, alors le code aura au moins rempli la condition d'une manifestation de volonté créant un droit acquis chez son destinataire. Toute la question est alors de savoir quels types de droits peuvent fonder cette attente légitime.

¹⁰¹⁵ CIRDI, *Generation Ukraine c. Ukraine*, ARB/00/9, 16 septembre 2003, § 20.37.

¹⁰¹⁶ CNUDCI-ALENA, *Methanex Corp. c. Etats-Unis d'Amérique*, sentence, 03 août 2005.

¹⁰¹⁷ Dans l'affaire *Charanne c. Espagne* qui indique : « Although RD 661/2007 and RD 1578/2008 were directed to a limited group of investors, it does not make them to be commitments specifically directed at each investor. The rules at issue do not lose the general nature that characterizes any law or regulation by their specific scope. To convert a regulatory standard into a specific commitment of the state, by the limited character of the persons who may be affected, would constitute an excessive limitation on power of states to regulate the economy in accordance with the public interest. [...] Based on the foregoing, the Tribunal concludes that there was no specific commitment by Spain vis-à-vis the Claimants. » (SCC, *Charanne and Construction Investments c. Spain*, n°V 062/2012, 21 janvier 2016, §. 493, trad. Mena Chambers).

2. Un acte emportant renonciation à des droits souverains

393. Le critère des prérogatives de puissance publique. L'engagement spécifique est un acte juridique qui crée des droits au profit de l'investisseur. La teneur de ces droits ne saurait cependant couvrir l'ensemble des promesses faites par les autorités gouvernementales. Le contraire pourrait entraîner une multitude de réclamations par les investisseurs étrangers. Il faut donc considérer que seuls les actes unilatéraux emportant renonciation expresse par l'État à un droit souverain ou dont la réalisation requiert l'exercice de prérogatives de puissance publique sont des engagements spécifiques. Il est certain qu'un tel critère appliqué aux actes unilatéraux peut être matière à discussion. Cependant, l'étude des sentences arbitrales montre que les promesses invoquées par les investisseurs concernent l'exercice par l'État hôte d'une prérogative liée à la puissance publique.

394. Une pratique arbitrale favorable. Dans l'affaire *LG&E c. Argentine* par exemple, le tribunal laissa entendre que les promesses prises par l'État portaient sur les garanties de traitement de l'investissement étranger figurant dans le TBI et dans les lois et règlements¹⁰¹⁸. Parce que de telles garanties de traitement emportent de sérieuses conséquences pour la liberté normative des États comme c'est le cas du TJE, directement lié à la puissance publique¹⁰¹⁹, seules celles-ci peuvent être protégées au titre du TBI. Pour le reste, les arbitres ont insisté sur le fait que les attentes légitimes de l'investisseur ne sauraient ignorer les risques commerciaux liés à l'activité menée¹⁰²⁰. Dans l'affaire *National Grid Investment c. Argentine*, le tribunal adopta la même approche en soulignant: « *the protection of investor expectation has been made subject to two significant qualifications: first that the investor should not be shielded from the ordinary business risk of the investment (...)* »¹⁰²¹. De la sorte, le tribunal retient comme engagement spécifique de l'État, la promesse d'un cadre législatif stable qui n'aurait pas été respecté du fait des changements intervenus¹⁰²². Dans la même veine, c'est l'adoption par l'Argentine d'un « *Tariff Regime* » ayant eu des répercussions sur la rentabilité des investissements qui sera évaluée au titre des attentes légitimes nées des lois précédemment adoptées par l'Argentine dans l'affaire *Total c. Argentine*. En quelques mots, le tribunal souligne :

¹⁰¹⁸ CIRDI, *LG&E Energy Corp c. Argentine*, ARB/02/1, 03 octobre 2006, § 106.

¹⁰¹⁹ Voir *supra* dans la présente section, § 1, B.

¹⁰²⁰ CIRDI, *LG&E Energy Corp c. Argentine*, ARB/02/1, 03 octobre 2006, § 130.

¹⁰²¹ CNUDCI, *National Grid c. Argentine*, 03 novembre 2008, § 175.

¹⁰²² CNUDCI, *National Grid c. Argentine*, 03 novembre 2008, § 179.

« *The legal issue (...) is thus to determine whether the fair and equitable treatment standard of Article 3 of the BIT, in particular as far as it includes the “protection of legitimate expectations” of the foreign investor, has been breached by the unilateral changes of legislation and regulation effected by Argentina and challenged by Total* »¹⁰²³.

Bien que n'étant pas exactement à propos des actes unilatéraux, il est possible de tirer des enseignements intéressants d'un extrait de la sentence *Duke Energy c. Ecuador* sur les garanties souveraines. En effet, le tribunal précisa que de telles garanties « *entailed the exercise of sovereign power as it implied that funds would be drawn from the Ministry and Public Credit's account* »¹⁰²⁴. Même si dans cette affaire, le tribunal a considéré que ces garanties offertes à l'investisseur ne constituaient pas des attentes légitimes dans les circonstances de l'espèce, on peut au moins déduire de la référence à l'exercice des pouvoirs souverains, qu'un engagement spécifique sanctionné au titre du TBI doit entretenir des liens étroits avec l'exercice par l'État de pouvoirs souverains. Dans les affaires espagnoles précitées, c'était d'ailleurs l'obligation de maintenir un cadre juridique stable qui avait motivé les réclamations conventionnelles des investisseurs¹⁰²⁵.

395. Confrontation avec les codes. Les codes des investissements comportent ainsi qu'il a été rappelé des dispositions qui se rapportent à la renonciation par l'État de ses prérogatives souveraines. Parmi ces dispositions, il est possible d'inclure les garanties substantielles (l'interdiction de l'expropriation illicite, les clauses de traitement national et de la nation la plus favorisée, les garanties de stabilisation) et les dispositions relatives à l'arbitrage. L'ensemble de ces privilèges accordés aux investisseurs étrangers au détriment des investisseurs locaux, se rapportent à l'exercice de prérogatives de puissances publiques. Aussi, à s'en tenir à cette seule caractéristique de l'engagement spécifique, il est possible d'admettre sans coup fêrir que les codes pourraient être assimilés à des engagements spécifiques.

396. Toutefois, une difficulté pourrait se poser. Si l'engagement spécifique est un acte juridique, en l'occurrence unilatéral, créateur de droits subjectifs, la question de

¹⁰²³ CIRDI, *Total c. Argentine*, ARB/04/1, 27/12/2010, § 105.

¹⁰²⁴ CIRDI, *Duke Energy c. Equateur*, ARB/04/19, 18 août 2008, § 340.

¹⁰²⁵ CIRDI, *BayWa r.e. Renewable Energy GmbH c. Espagne*, ARB/15/16, 25 janvier 2021, §§ 456 et ss ; CIRDI, *Stadtwerke München GmbH, RWE Innogy GmbH, and others c. Kingdom of Spain*, ARB/15/1, 2 décembre 2019, §§ 192 – 197 ; CIRDI, *OperaFund Eco-Invest SICAV PLC and Schwab Holding AG c. Espagne*, ARB/15/36, 6 septembre 2019, § 485 ; CIRDI, *9REN HOLDING S.À.R.L., c. Espagne*, ARB/15/15, 31 mai 2019, §§ 223 et ss ; CIRDI, *RREEF Infrastructure (G.P.) c. Espagne*, ARB/13/30, 30 novembre 2018, §§ 250 – 263 ; CIRDI, *Masdar Solar & Wind Cooperatief U.A. c. le Royaume d'Espagne*, ARB/14/1, 16 mai 2018, §§ 482 – 522 ; CIRDI, *Antin Infrastructure Services Luxembourg et Antin Energia Termosolar c. Espagne*, ARB/13/31, 15 juillet 2018, § 552 ; CIRDI, *Eiser Infrastructure Limited et Energia Solar Luxembourg c. Espagne*, ARB/13/36, 4 mai 2017, §§ 357 et ss ; SCC, *Novenergia II – Energy & Environment (SCA), SICAR c. Espagne*, n°2015/063, 15 février 2018, §§ 665 – 681 ; SCC, *Isolux Infrastructure Netherlands c. Espagne*, n°V2013/153, 12 juillet 2016, §§ 761 et ss ; SCC, *Charanne and Construction Investments c. Spain*, n°V 062/2012, 21 janvier 2016, §§. 506 et ss.

savoir dans quel ordre juridique s'enracine la création de ces droits mérite d'être posée. L'ordre juridique de base des engagements spécifiques serait-il le droit international ou le droit interne ? Par anticipation, il peut être annoncé que l'engagement spécifique est avant tout un acte juridique de droit interne.

3. *Un acte juridique de droit interne*

397. L'exclusion du droit international. Dans son article consacré aux actes unilatéraux comme engagement juridique, Arsanjani proposait de rattacher ces actes au droit international, en les assimilant aux actes unilatéraux autonomes¹⁰²⁶. Les réserves à cette approche ont été présentées dans le titre 1 de cette thèse. Brièvement, elles concernent le fait que des doutes persistent quant à l'obligatorité des actes unilatéraux autonomes en droit international. Ensuite, l'intentionnalité de l'acte, c'est-à-dire l'intention de se lier en droit international de l'État, n'est pas démontrée tant en ce qui concerne les codes des investissements que les promesses faites dans un forum économique ou dans des prospectus¹⁰²⁷. Enfin, il est difficile de considérer les investisseurs étrangers comme des sujets de droit international de telle sorte que les promesses qui leur sont faites, ne peuvent pas être considérées comme créant un rapport de droit international.

Il peut être ajouté à ses arguments que si les droits subjectifs des investisseurs sont protégés par les conventions internationales, ces mêmes conventions ne procèdent pas à la création des droits subjectifs patrimoniaux de l'investisseur couverts par les clauses *umbrella* et le TJE. En effet, il paraît invraisemblable qu'un État au moment de ratifier un traité d'investissement, souscrive aussi à une obligation non écrite qui lui impose de maintenir un cadre juridique stable aux investisseurs de l'autre État partie. Autrement dit, pour démontrer l'existence de ces droits, il faudrait plutôt se référer au droit interne de l'État hôte de l'investissement.

398. Le rattachement au droit interne. Dans la pratique arbitrale, certaines sentences arbitrales se sont montrées favorables aux rattachements des engagements

¹⁰²⁶ « While in many cases a tribunal should find that the unilateral declaration or declarations of a State vis-à-vis a foreign investor have not become part of the applicable law, we suggest that in cases in which the criteria we have extracted from the jurisprudence are met, such a finding would be an appropriate legal conclusion. Where a host State which seeks foreign investment acts intentionally, so as to create expectations in potential investors with respect to particular treatment or comportment, the host State should, we suggest, be bound by the commitments and the investor is entitled to rely upon them in instances of decision » Michael REISMAN et Mahnouch ARSANJANI, « The question of Unilateral Government Statements as Applicable Law in Investment Disputes », in *Völkerrecht als Wertordnung – Common Values in international Law, Essays in honour of Christian Tomuschat*, Pierre Marie DUPUY et al. (dir.), N.P. Engel Verlag, 2006, pp. 409 – 422, spec. p. 422.. Gras ajoutés.

¹⁰²⁷ CIRDI, *BayWa r.e. Renewable Energy GmbH c. Espagne*, ARB/15/16, 25 janvier 2021, §§ 436 et 454.

spécifiques au droit interne des Etats hôtes de l'investissement. Dans un premier temps, à propos des clauses umbrella et de la distinction *treaty claims/contract claims*, certains tribunaux arbitraux ont décliné leur compétence pour connaître des réclamations contractuelles dans la mesure où celle-ci relevait de la compétence du juge interne¹⁰²⁸. Également, même dans les sentences arbitrales qui ont admis que dans les hypothèses où la rédaction de la clause *umbrella* était suffisamment large¹⁰²⁹ pour permettre au tribunal arbitral de se prononcer sur les violations contractuelles qui entraînent également violation du TBI invoqué, il est aussi prévu que le contrat conserve sa *proper law*. Le Comité ad hoc dans l'affaire *Vivendi c. Argentine* soulignait en ce sens:

« *Whether there has been a breach of the BIT and whether there has been a breach of contract are different questions. Each of these claims will be determined by reference to its own proper applicable law – in the case of the BIT, by international law ; in the case of the Concession Contract, by the proper law of the contract, in other words, the law of Tucuman (une province d'Argentine) »*¹⁰³⁰.

Certes, il s'agit ici de contrat. Mais le raisonnement peut très bien être étendu aux actes unilatéraux dans la mesure où la création des droits subjectifs patrimoniaux à l'investisseur relève de la compétence exclusive de l'État hôte d'accueil¹⁰³¹. Le droit international ne vient qu'en assurer la protection.

399. Les difficultés du rattachement. Toutefois, le rattachement au droit interne soulève des difficultés directement liées au pouvoir de connaissance de la norme interne (*iura novit curia*). L'arbitre est-il tenu par la jurisprudence du juge interne à propos du droit interne ? Dans l'affaire *Charanne c. Espagne* précitée, les arbitres ont considéré

¹⁰²⁸ CIRDI, *SGS Société Générale de Surveillance c. Pakistan*, ARB/01/3, 6 août 2003, §§ 167 et ss

¹⁰²⁹ Pour une étude des variétés de formulation : Maria GRITON SALIAS, « Do Umbrella Clauses Apply to Unilateral Undertakings? », in Christina BINDER, Ursula KRIEBAUM et al., *International Investment Law for 21st Century, Essays in Honour of Christoph Schreuer*, OUP, 2009, pp. 490 – 496.

¹⁰³⁰ CIRDI, *Compañía de Aguas des Aconquija, S.A. c. Argentine*, ARB/97/3, 21 novembre 2000, §§. 78. Parenthèses ajoutées. Andrew NEWCOMBE et Lluís PARADELL notent : « L'existence, la nature et la portée d'un engagement protégé par l'umbrella clause » doivent être déterminées en application du droit originellement applicable à cet engagement. Cela veut dire que l'existence, la nature et la portée des engagements contractuels protégés par l'« umbrella clause » doivent être appréciées en vertu du droit applicable au contrat. S'il s'agit d'un contrat soumis au droit interne étatique (à l'instar des contrats publics), c'est ce droit qui devra être appliqué par le tribunal fondé sur ce traité. Ainsi, l'« umbrella clause », selon l'interprétation majoritairement retenue à l'heure actuelle, ne crée pas une « (...) "instant transubstantiation" of contracts into treaties, that is, a full internationalization of domestic contracts" (1) », tel que les arbitres statuant dans l'affaire *SGS c. Pakistan* le craignait. » cité par Eduardo Silva Romero et Ana Carolina Simoes E Silva, « l'arbitrage CIRDI et les contrats de nature publique passés avec un Etat ou une entité étatique », in Mathias AUDIT (dir.), *Contrats publics et arbitrage international*, Bruxelles, Bruylant, 2011, p. 42. en faisant référence à l'affaire *SGS Société Générale de Surveillance SA c. République Islamique du Pakistan* (Affaire n°ARB/01/13, [Décision sur la compétence du 6 août 2003, § 172] in *Law and Practice of Investment Treaties: Standards of Treatment*, Kluwer Law International, 2009, p. 449].

¹⁰³¹ C'est principalement pour cette raison que le tribunal dans l'affaire *Charanne c. Espagne* précitée, s'est référé au droit interne de l'Espagne, notamment à la jurisprudence de la Cour suprême espagnol, pour considérer qu'en droit espagnol, la loi ne crée pas de droits subjectifs acquis au profit de l'investisseur. De même, les sentences arbitrales qui n'ont pas opté pour cette approche se sont aussi fondées sur le droit interne espagnol pour considérer que l'article 44.3 créait bien des droits au profit des tiers. Le texte de l'article 44(3) était ainsi formulé : « *The revisions of the regulated tariff and the upper and lower limits indicated in this section shall not affect facilities for which the commissioning certificate had been granted prior to January 1 of the second year following the year in which the revision had been performed.* » trad. par : CIRDI, *OperaFund Eco-Invest SICAV PLC and Schwab Holding AG c. Espagne*, ARB/15/36, 6 September 2019, § 482.

qu'en droit espagnol, conformément à la jurisprudence de la Cour suprême espagnole, les lois ne créent pas de droits subjectifs acquis à l'investisseur et ne constituent pas, à ce titre, des engagements spécifiques¹⁰³². En revanche, dans les affaires *OperaFund c. Espagne* et *Novenergia c. Espagne*, les arbitres sont allés au-delà de l'interprétation de la Cour suprême pour considérer que l'article 44(3) du RD 661/2007 conférait bien des droits aux investisseurs par interprétation littérale du texte¹⁰³³. Il en résulte que les tribunaux arbitraux apprécient diversement l'étendue de leur pouvoir de connaissance de la norme interne, sans doute en fonction de leur mandat et de la rédaction des différentes clauses. En toute hypothèse, la réponse à ce problème complexe sort du cadre de la présente étude et il ne peut ici être apporté de réponses catégoriques¹⁰³⁴. Observons simplement que les lois sont rattachées à l'ordre interne de l'État et leur validité déterminée par la constitution. Les codes des investissements, suivant cette caractéristique, peuvent donc être des actes unilatéraux assimilables à des engagements spécifiques.

En définitive, l'engagement spécifique ainsi qu'il ressort de la pratique arbitrale est un acte juridique créant, directement ou par le truchement des attentes légitimes, des droits subjectifs patrimoniaux au profit des investisseurs qui emportent renonciation à l'exercice d'une prérogative de puissance publique et qui s'enracinent dans le droit interne. S'en tenant à ces seules caractéristiques de l'engagement spécifique, les codes pourraient être assimilés à ces actes. Cependant, cette conclusion est vite nuancée lorsque l'analyse prend en compte le second critère de l'engagement spécifique, à savoir sa spécificité.

B. LE CRITERE DE LA SPECIFICITE DE L'ENGAGEMENT : UNE CONDITION MANQUANTE

400. Le critère de spécificité est moins évident à apprécier que celui de la juridicité de l'engagement souscrit par l'État envers l'investisseur étranger. En effet, la spécificité dans la pratique arbitrale recouvre deux réalités. Tantôt, la spécificité renverra à la

¹⁰³² SCC, *Charanne and Construction Investments c. Spain*, n°V 062/2012, 21 janvier 2016, §§. 506 et ss.

¹⁰³³ CIRDI, *OperaFund Eco-Invest SICAV PLC and Schwab Holding AG c. Espagne*, ARB/15/36, 6 September 2019, § 485. « [...] Taken in this context, Article 44(3) of RD 661/2007 contained an express stability commitment that served its purpose of inducing investment in part by shielding investors in Claimants' position from legislative or regulatory changes (including the ones complained of in this matter). The Tribunal, thus, respects the legislative authority of the Respondent State by giving effect to each of the terms in Article 44(3) of RD 661/2007, including its assurance that "revisions [...] shall not affect facilities for which the functioning certificate had been granted [...] ». Aussi : CIRDI, *Antin Infrastructure Services Luxembourg et Antin Energia Termosolar c. Espagne*, ARB/13/31, 15 juil. 2018, §. 552. SCC, *Novenergia II – Energy & Environment (SCA), SICAR c. Espagne*, n°2015/063, 15 février 2018, §§ 665 – 681.

¹⁰³⁴ Pour une présentation des difficultés que pose l'appréciation du droit interne par les arbitres, voir : Raphaële RIVIER, « L'articulation entre droit national et droit international devant les tribunaux arbitraux internationaux d'investissement », *Droit des investissements internationaux : Perspectives croisées*, Sabrina ROBERT-CUENDET (dir.), Bruxelles, Bruylant, 5 mai 2017, pp. 447 – 483.

« spécialité », entendue ici comme la qualité d'un acte *intuitu personae* qui nomme expressément son bénéficiaire, tantôt il sera question de « généralité », *i.e.* la qualité d'un acte qui confère des droits à des investisseurs non identifiés. Les termes dès lors sont trompeurs pris dans leur sens premier. Pour éviter d'obscurcir les analyses, l'argument de la généralité sera décrit par la relation à l'investissement (1) et celui de la spécialité par la relation à l'investisseur (2).

1. La spécificité prise comme rapport à l'investissement

401. Il a été précédemment indiqué que l'engagement spécifique n'a pas besoin de créer directement des droits subjectifs. Ces droits reconnus à l'investisseur peuvent être créés indirectement par recours à la force normative des attentes légitimes. Mais alors que certaines sentences ont estimé que les lois ne sont pas suffisamment spécifiques pour créer des droits subjectifs, d'autres sentences ont estimé au contraire que certaines lois pouvaient créer des attentes légitimes¹⁰³⁵. C'est le cas par exemple des lois dont l'objet se rapporte à l'investissement international, *i.e.* les codes des investissements¹⁰³⁶. Mais cette approche du critère de spécificité n'emporte que difficilement l'adhésion. L'analyse des sentences arbitrales montre d'ailleurs que le principe d'une mesure dont l'objet se rapporte à un investissement étranger (a) est largement controversé en pratique (b).

a. Un engagement dont l'objet est relatif à l'investissement étranger

402. Un acte juridique d'incitation. Pour réaliser son investissement, un investisseur diligent se renseigne sur le climat des affaires, incluant l'état de la législation dans l'État hôte. Suivant son degré de satisfaction, celui-ci prend la décision d'investir. L'argument est alors de considérer que lorsque l'État hôte adopte un ensemble de mesures attractives au travers de ses lois et règlements et que l'investisseur séduit par les promesses réalise son investissement, ces mesures lient l'Etat déclarant. Pour cette raison, ce dernier devrait garantir à l'investisseur une certaine stabilité de son ordre juridique afin d'assurer la rentabilité de l'opération de l'investisseur.

¹⁰³⁵ Pour la reconnaissance de la spécificité des lois : CIRDI, *OperaFund Eco-Invest SICAV PLC and Schwab Holding AG c. Espagne*, ARB/15/36, 6 September 2019, § 485; CPA, *Khan Resources c. Mongolie*, aff. préc., § 438. Contre : SCC, *Charanne and Construction Investments c. Spain*, n°V 062/2012, 21 janvier 2016, §. 493, trad. Mena Chambers. Une décision qui laisse accroire que certaines lois, en raison de leur spécificité, peuvent être internationalisées : CIRDI, *BayWa r.e. Renewable Energy GmbH et BayWa r.e. Asset Holding GmbH c. Royaume d'Espagne*, ARB/15/16, 2 déc. 2019, §§ 447 – 450. Voir *supra* dans cette section, §1, A et B.

¹⁰³⁶ CPA, *Khan Resources c. Mongolie*, aff. préc., § 438. Haftu ALEMA, « Reflections on Legitimate Expectations of Foreign Investors in Ethiopia », *Jimma University Journal of Law*, vol. 9, 2017, pp. 28 – 53.

Dans l'affaire *Enron* par exemple, le tribunal a porté une attention particulière à la politique législative de l'Argentine dans le domaine de l'énergie qui au début des années 1990 offrait un ensemble de garantie aux investisseurs étrangers. Au titre de ces garanties, il était mentionné que les droits de douane seraient calculés en dollars américains, convertis en pesos à des fins de facturations, ajustés tous les six mois conformément aux indices américains et suffisants pour couvrir les coûts et assurer un taux de rendement raisonnable¹⁰³⁷. Ce qui semble ici déterminant ajoute le tribunal, c'est que les investisseurs étrangers aient été spécifiquement ciblés pour investir à la suite du programme de privatisation du secteur gazier et que l'assurance en ces garanties publiques a conduit la société Enron à investir dans TGS. De la sorte, lorsqu'une décennie plus tard, l'État argentin modifie ses lois, il trahit la confiance de l'investisseur en dépit des bonnes intentions qui ont pu l'animer¹⁰³⁸. Il faut garder à l'esprit que ces lois ne désignaient pas spécifiquement *Enron* en tant qu'investisseur, mais s'adressaient en quelque sorte à tous les potentiels investisseurs étrangers qui souhaiteraient investir en Argentine. Autrement dit, la règle qui en infère serait que toute loi dont l'objet porte sur l'investissement étranger constitue un engagement spécifique. À ce titre, les codes des investissements relèveraient de cette catégorie¹⁰³⁹. Mais cette approche est loin de faire l'unanimité en pratique.

b. Critiques d'un critère de la spécificité trop large

403. La pratique mitigée des États. Les positions adoptées par les États à l'occasion des contentieux tendent à nier l'argument de la généralité. Certes, les postures que ces derniers adoptent, sont parfois dictées par leurs stratégies contentieuses. Mais, il n'en demeure pas moins qu'elles éclairent sur les intentions des sujets principaux du droit international. Ces attitudes peuvent être diversement appréciées.

Dans certains cas, les réactions étatiques sont de l'ordre de l'hostilité. Dans l'affaire *LG&E c. Argentine*, le défendeur soutenait que la prétention de LG&E selon laquelle les lois et règlements dans le domaine gazier constituaient des engagements au sens de la clause *umbrella* était exagéré dans la mesure où « *such promises do not qualify as specific representations that make the umbrella clause effective* »¹⁰⁴⁰. La ligne de

¹⁰³⁷ CIRDI, *Enron Corporation and Ponderosa Assets, LP c. Argentine*, ARB/01/3, 14 janv. 2004, § 264.

¹⁰³⁸ CIRDI, *Enron Corporation and Ponderosa Assets, LP c. Argentine*, ARB/01/3, 14 janv. 2004, § 268.

¹⁰³⁹ CPA, *Khan Resources Inc. Khan Resources B.V. CAUC Holding Company Ltd. c. Mongolie*, aff. n°2011-09, juridiction, 25 juillet 2012, § 438; Haftu ALEMA, « Reflections on Legitimate Expectations of Foreign Investors in Ethiopia », *Jimma University Journal of Law*, vol. 9, 2017, pp. 28 – 53.

¹⁰⁴⁰ CIRDI, *LG&E Energy Corp c. Argentine*, ARB/02/1, 03 octobre 2006, § 167.

défense est importante en ce qu'elle procède à une requalification juridique des lois de l'État qu'il présente, à en croire les termes de l'arrêt, comme une promesse dénuée d'engagements juridiques. Plus encore, l'État défendeur ajoutait que la réclamation de LG&E, sur ce point, n'était qu'une tentative d'élever des réclamations contractuelles. On pourrait inférer de cette analyse que l'État argentin ne considère pas au titre des engagements spécifiques les engagements souscrits à travers des lois. Dans l'affaire *Enron c. Argentine*, le même État réaffirmait sa position en précisant cette fois que ni le traité, ni la loi sur les investissements ne comportaient d'obligations spécifiques qu'il aurait assumées envers l'investisseur¹⁰⁴¹. Dans l'affaire *Sempra c. Argentine*, le même argument est repris en insistant sur le fait que la licence ne pouvait en aucun cas être considérée comme un contrat d'investissement¹⁰⁴². Gagnant en expertise, les représentants de la République argentine, en ce qui concerne la notion d'engagement spécifique, n'ont clairement détaillé leur thèse que dans l'affaire *EDF International Sa, Saur International SA et Leon Participaciones Argentinas SA v. Argentina*, en ces termes :

« (...) *Specific commitments (i) are consensual obligations arising independently of investment treaties, (ii) are specific obligations concerning the investment, (iii) do not cover general requirements imposed by the law of the host State, (iv) are not entered into erga omnes but with regard to particular persons and whose performance occurs with regard to, and as between, obligor and obligee, (v) are obligations that do not transform into something else, as their content is unaffected, as is its proper law and the parties are bound thereto, and (vi) are bilateral or intrinsically linked to obligations of the investment company, but nevertheless are not confused with such obligations, as a shareholder will not be bound by them* »¹⁰⁴³.

La constance dans la démarche permet de conclure en la preuve d'une volonté de limiter les engagements spécifiques aux obligations contractuelles.

Toutefois, le consensus autour de cette position est loin d'être acquis. Certains États sembleraient favorables à l'extension de la clause *umbrella* aux actes unilatéraux. Selon la restitution faite de la sentence *Noble Ventures c. Roumanie*, il y ait indiqué que la clause *umbrella* selon la Roumanie « *are only intended to create a treaty obligation on States to protect against the exercise of sovereign powers in a manner that interferes with contractual commitments and other legal obligations entered into with respect to investments* »¹⁰⁴⁴. Une lecture possible de cet extrait consisterait à dire que la Roumanie n'a pas formulé d'objection à l'idée qu'un engagement spécifique puisse résulter d'une

¹⁰⁴¹ CIRDI, *Enron Corporation and Ponderosa Assets, LP c. Argentine*, ARB/01/3, 14 janv. 2004, § 271.

¹⁰⁴² CIRDI, *Sempra Energy International c. Argentine* ARB/02/16, sentence, 28 septembre 2007, § 308.

¹⁰⁴³ CIRDI, *EDF International S.A., SAUR International S.A. and Leon Participaciones Argentinas SA v. Argentine Republic*, ARB/03/23, 11 juin 2012, § 222.

¹⁰⁴⁴ CIRDI, *Noble Ventures c. Roumanie*, ARB/01/11, 12 octobre 2005, p. § 45

loi. Mais cette lecture n'affecte en rien la prudence des arbitres qui ont eu à se prononcer sur la question.

404. La prudence des arbitres. L'entorse quant au caractère général de l'engagement spécifique a suscité, chez certains arbitres, l'adoption d'une démarche prudente. Dans cette perspective, la critique la mieux formulée est celle de la sentence *Rumeli c. Kazakhstan*. Au paragraphe 600 de la sentence, il est indiqué : « *to be bound to respect those expectations (...) they should be limited to a base level and should not in any case include an expectation to be able to act contrary to public interest* »¹⁰⁴⁵. Plus encore:

« *the reasonable and legitimate expectations of an investor, determined in accordance with the above interpretation, would always include that the State “implements its policies bona fide by conduct that is, as far as it affects the investors’ investment, reasonably justifiable by public policies and that such conduct does not manifestly violate requirements of consistency, transparency, even-handedness and non-discrimination. In particular, any differential treatment of a foreign investor must not be based on unreasonable distinctions and demands, and must be justified by* »¹⁰⁴⁶.

L'on retrouve sous ces lignes une approche de l'État axée sur la préservation de l'intérêt général. Aucune interprétation ne saurait y porter atteinte. L'argument séduit et convainc. Le caractère général de l'engagement spécifique s'inscrit dans une vision mondialiste qui marginalise l'abstraction que constitue l'État. Cela dit, il faut pouvoir éviter le piège de l'idéalisme dans la mesure où dans ce partenariat investisseur étranger et État hôte, l'intérêt général a tout à y gagner. À ce titre, le recours à l'*intuitu personae* s'impose comme une réelle alternative.

2. La spécificité prise comme rapport à l'investisseur

405. Le critère de spécificité dans la présente hypothèse se rapproche de la notion de spécialité. On exigera de l'investisseur qui invoque un engagement juridique à son bénéfice d'être personnellement désigné par celui-ci. Une telle exigence s'est construite à rebours du critère de généralité, d'abord en exigeant que l'engagement spécifique ait été décisif dans le processus décisionnel de l'investisseur au moment de l'investissement (a) ensuite, en recherchant une forme d'*intuitu personae* comme caractéristique principale de la spécificité de l'engagement (b).

¹⁰⁴⁵ CIRDI, *Rumeli Telekom A.S. c. Republic of Kazakhstan*, ARB/05/16, 29 juillet 2008, § 600.

¹⁰⁴⁶ CIRDI, *Rumeli Telekom A.S. c. Republic of Kazakhstan*, ARB/05/16, 29 juillet 2008, § 601.

a. *Un engagement dont l'effet est décisif*

406. L'importance dans la décision d'investir. Le critère d'un engagement dont l'effet est décisif, consiste à scruter les intentions de celui qui souhaite se prévaloir d'un engagement spécifique. Pour qu'une telle requête soit admise, il faut pour l'investisseur prouver que l'ensemble des mesures invoquées ont été décisives dans sa décision d'investir. C'est le sens de la décision *Duke Energy c. Ecuador* qui considère : « *Be this as it may, the legitimate expectations which are protected are those on which the foreign party relied when deciding to invest* »¹⁰⁴⁷. La logique sous-jacente ne soulève pas de difficultés particulières. Un investisseur ne peut exiger le respect par l'État d'un engagement qui est sans conséquence pour son activité.

407. Le moment à considérer. Le principal obstacle est l'élaboration de critères qui permettraient d'apprécier objectivement l'importance prise par l'engagement invoqué dans la réalisation de l'investissement. Dans l'affaire *Casualty Continental c. Argentine* par exemple, le requérant estimait bénéficier d'une stabilité du cadre juridique pour assurer la protection de son investissement. Les arbitres ont toutefois estimé : « (...) *The general legislative « assurance » were not the basis on which Continental had relied in making its investment in Argentina, since it had entered in that market before such assurances* »¹⁰⁴⁸. Il ressort de ce passage de la sentence *Casualty Continental* que l'attente légitime doit exister dès la phase d'admission de l'investissement et ne produire ses effets qu'une fois l'investissement réalisé. Le bien-fondé de la décision n'appelle pas en soi de commentaires particuliers. Si l'investissement est réalisé avant l'entrée en vigueur de la loi, il ne peut être soutenu que cette même loi a été décisive dans la décision d'investir.

408. Les limites du critère. On peut toutefois se demander dans quelle mesure cette approche peut être étendue aux projets d'extension et de réinvestissement. Les réformes législatives favorables à un investisseur déjà implanté sur le territoire de l'État hôte peuvent-elles être invoquées si elles ont déterminé ce dernier à réinvestir les capitaux ou réaliser des projets d'extensions ? En pratique, ce cas de figure n'est pas rare et comporte une subtilité qui pourrait priver de toute portée les précisions de la sentence *Continental*. En effet, en cas de réinvestissement, un investisseur pourrait finalement profiter des réformes législatives postérieures à son investissement initial. Ce qui concrètement

¹⁰⁴⁷ CIRDI, *Duke Energy c. Equateur*, ARB/04/19, 18 août 2008, § 365.

¹⁰⁴⁸ CIRDI, *Continental Casualty Company c. Argentine*, ARB/03/9, sentence, 5 septembre 2008, § 259.

reviendrait à dire que l'investisseur peut toujours se prévaloir du cadre législatif favorable, fut-il *post*-investissement.

Un autre facteur de difficulté peut également être ajouté. Il n'est pas rare, surtout avec les codes des investissements, qu'une loi nouvelle avantageuse prévoit son application aux investissements réalisés antérieurement à son adoption. Dans ce cas, faut-il toujours apprécier la spécificité de l'engagement par rapport au seul investisseur étranger ou à la volonté étatique ? Si l'on ne tient compte que l'attente de l'investisseur, une telle inclination des pouvoirs législatifs serait sans effet. On considérera aisément qu'il n'y a pas d'engagement spécifique invocable. En revanche, si l'on considère qu'il faut s'en remettre à la volonté de l'État, c'est toute la logique à l'origine de la force créatrice des attentes légitimes qui est remise en cause.

409. Quoique puisse être la réponse apportée à la question, le critère de spécificité fondé sur le seul objet de l'engagement juridique (la promotion de l'investissement par exemple) et son effet dans le processus décisionnel de l'investisseur reste critiquable. La spécificité de l'engagement permet d'y inclure en bout de chaîne des instruments qui sont de portée générale et abstraite, incompatible avec l'idée même de spécificité. Pour cette raison, certaines sentences ont préféré promouvoir une spécificité construite autour de l'*intuitu personae* entre l'État et l'investisseur.

b. L'intuitu personae : l'alternative légitime

410. L'*intuitu personae* est ce troisième élément qui permet d'équilibrer la balance. Dans la littérature consacrée, l'*intuitu personae* apparaît sous deux aspects. Dans un premier temps, il sera question d'une *privity* (pris ici comme lien juridique contractuel)¹⁰⁴⁹ entre l'investisseur et l'État hôte et dans un second temps, c'est une désignation spéciale qui sera exigée.

411. L'exigence d'une *privity*. La *privity*, ou lien contractuel entre les parties, est la solution susceptible de satisfaire le grand nombre. L'État s'est engagé librement avec un investisseur. Celui-ci est légitimement en droit d'attendre du premier de respecter ses

¹⁰⁴⁹ Walid Ben Hamida fait observer : « Le principe de *privity* est un principe fondamental du droit de la Common Law des contrats. Il rappelle celui de l'effet relatif des contrats, connu en droit français. La signification du principe est surtout procédurale. Il implique que le contrat ne peut ouvrir une action en justice à un tiers, ni à l'inverse conférer aux parties une action contre ce dernier. La formule est difficilement traduisible en français. À moins de détacher le principe de son aspect procédural en définissant le "*privity*" comme le rapport direct des parties, leur engagement l'une envers l'autre, leur connaissance mutuelle, ce qui ne semble pas être la vraie portée du principe dans le droit de la common law, la formule *arbitration without privity* ne traduit que partiellement le phénomène ». Walid BEN HAMIDA, *L'arbitrage transnational unilatéral – réflexions sur une procédure réservée à l'initiative d'une personne privée contre une personne publique*, Thèse, Université Panthéon-Assas, Paris, 2003, p. 16.

engagements aussi longtemps qu'ils respectent les siens. La formule de la sentence *Total c. Argentine* peut sur ce point être mentionnée :

« *The expectation of the investor is undoubtedly “legitimate”, and hence subject to protection under the fair and equitable treatment clause, if the host State has explicitly assumed a specific legal obligation for the future, such as by contracts, concessions or stabilization clauses on which the investor is therefore entitled to rely as a matter of law* »¹⁰⁵⁰.

Il ressort de cet extrait que les attentes légitimes de l'investisseur doivent reposer sur des droits acquis. Les exemples évoqués, contrats, concessions ou clause de stabilisation renvoient tous au champ lexical des contrats. L'exigence de la *privity* semble donc être la voie¹⁰⁵¹. Tout aussi nuancée, la défense du défendeur dans la sentence *Pauschok c. Mongolie*, évoque un standard élevé pour la reconnaissance d'un engagement spécifique en ces termes :

« *The investor as a practical matter could have a reasonable investment-backed expectation only if it had in its hands an undertaking to that effect and that was bargained for and in exchange of a significant developmental contribution* »¹⁰⁵².

Autrement dit, l'attente légitime doit résulter de la négociation entre l'État partie et l'investisseur étranger. Le cadre d'un *intuitu personae* est posé en filigrane.

412. L'exigence d'une désignation spéciale. Toutefois, c'est avec la sentence *Casualty Continental c. Argentine*, que les facteurs à prendre en compte pour évaluer l'existence d'une attente légitime sont clairement posées. Concernant la condition de spécificité, l'on apprend que :

« *the specificity of the undertaking allegedly relied upon which is mostly absent here, considering moreover that political statements have the least legal value, regrettably but notoriously so; ii) general legislative statements engender reduced expectations, especially with competent major international investors in a context where the political risk is high. Their enactment is by nature subject to subsequent modification, and possibly to withdrawal and cancellation, within the limits of respect of fundamental human rights and ius cogens; iii) unilateral modification of contractual undertakings by governments, notably when issued in conformity with a legislative framework and aimed*

¹⁰⁵⁰ CIRDI, *Total c. Argentine*, ARB/04/1, 27/12/2010, § 117.

¹⁰⁵¹ Cependant dans cette sentence, les arbitres incluent également les lois et règlements de l'État comme pouvant créer des attentes légitimes tout en exigeant un seuil élevé dans ce dernier cas. « *The balance between these competing requirements and hence the limits of the proper invocation of “legitimate expectations” in the face of legislative or regulatory changes (assuming that they are not contrary to a contractual, bilateral or similar undertaking, binding in its own right) has been based on a weighing of various elements pointing in opposite directions. On the one hand, the form and specific content of the undertaking of stability invoked are crucial. No less relevant is the clarity with which the authorities have expressed their intention to bind themselves for the future. Similarly, the more specific the declaration to the addressee(s), the more credible the claim that such an addressee (the foreign investor concerned) was entitled to rely on it for the future in a context of reciprocal trust and good faith. Hence, this accounts for the emphasis in many awards on the government having given ‘assurances’, made ‘promises’, undertaken ‘commitments’, offered specific conditions, to a foreign investor, to the point of having solicited or induced that investor to make a given investment. Total itself described the acts of Argentina on which it relies in this way. As a result of such conduct by the host authorities, the expectation of the foreign investor may “rise to the level of legitimacy and reasonableness in light of the circumstances.” When those features are not present, a cautious approach is warranted based on a case specific contextual analysis of all relevant facts.* » CIRDI, *Total SA v. Argentine*, ARB/04/01, 27 décembre 2010, §§ 121.

¹⁰⁵² CNUDCI, *Sergei Paushok c. Mongolie*, Compétence et fond, 28 avril 2011, §§ 226.

*at obtaining financial resources from investors deserve clearly more scrutiny, in the light of the context, reasons, effects, since they generate as a rule legal rights and therefore expectations of compliance »*¹⁰⁵³.

De ce passage, il apparaît qu'il ne faudrait pas loger à la même enseigne les atteintes générées par des engagements contractuels qui limitent la marge de manœuvre de l'État et les attentes relevant des lois et déclarations politiques. Or, c'est précisément à ce type d'engagement que l'approche générale du critère de spécificité s'applique. En reléguant à une appréciation contingente et exigeante de la légitimité de telles attentes, les arbitres requièrent de l'investisseur de fonder ses espérances non plus sur des promesses formulées à l'endroit de potentiels investisseurs, mais sur des promesses ou des engagements pris spécialement à son endroit. De la sorte, *l'intuitu personae* devient le critère de ce standard élevé de l'attente légitime. Il va sans dire que cette analyse emporte notre conviction en ce que tout en assurant à l'État l'exercice de son pouvoir normatif, elle garantit à l'investisseur la protection des droits et avantages qui lui sont exclusivement ou spécialement attribués.

413. Pertinence contestée des attentes légitimes. Si le critère de spécificité ainsi envisagé est retenu, il réduit comme peau de chagrin la pertinence des attentes légitimes. En effet, l'exigence d'un *intuitu personae* permettra de limiter l'engagement spécifique, fondé sur un acte unilatéral, aux actes juridiques qui créent directement des droits subjectifs au profit de l'investisseur. C'est le cas des agréments ou des licences par exemple. Dès lors, s'agissant des lois, notamment des codes des investissements, elles ne pourraient pas être assimilées à des engagements spécifiques. Cela fait d'ailleurs sens, car comme l'écrit Noureddine Gaba, à propos des offres d'arbitrage dans les codes, « la loi ne peut valoir acte juridique. La loi prévoit des possibilités d'engagements mais ne constitue guère l'engagement lui-même »¹⁰⁵⁴. Ainsi, la motivation apportée par les sentences arbitrales *OperaFund c. Espagne*¹⁰⁵⁵, *Novenergia c. Espagne*¹⁰⁵⁶ et *Khan Resources c. Mongolie*¹⁰⁵⁷, selon laquelle les lois (et acte réglementaire de portée générale)

¹⁰⁵³ CIRDI, *Continental Casualty Company c. Argentine*, ARB/03/9, sentence, 5 septembre 2008, § 261.

¹⁰⁵⁴ Noureddine GABA, « Les nouveaux instruments du consentement à l'arbitrage CIRDI », in Ferhat HORCHANI, *Où va le droit de l'investissement ? désordre normatif et recherche d'équilibre*, colloque Tunis, 3 et 4 mars 2006, A. Pédone, Paris, 2006, p. 48.

¹⁰⁵⁵ CIRDI, *OperaFund Eco-Invest SICAV PLC and Schwab Holding AG c. Espagne*, ARB/15/36, 6 September 2019, § 485. « [...] Taken in this context, Article 44(3) of RD 661/2007 contained an express stability commitment that served its purpose of inducing investment in part by shielding investors in Claimants' position from legislative or regulatory changes (including the ones complained of in this matter). The Tribunal, thus, respects the legislative authority of the Respondent State by giving effect to each of the terms in Article 44(3) of RD 661/2007, including its assurance that "revisions [...] shall not affect facilities for which the functioning certificate had been granted [...] ».

¹⁰⁵⁶ SCC, *Novenergia II – Energy & Environment (SCA), SICAR c. Espagne*, n°2015/063, 15 février 2018, §§ 665 – 681. Aussi : CIRDI, *Antin Infrastructure Services Luxembourg c. Espagne*, ARB/13/31, 15 juillet 2018, §. 552.

¹⁰⁵⁷ CPA, *Khan Resources Inc. et al. c. Mongolie*, aff. n°2011-09, jurisdiction, 25 juillet 2012, § 438.

en raison de leur objet ou d'une disposition de stabilisation constituent des engagements spécifiques, même par le truchement des attentes légitimes, est exagérée. Certes, la force normative des attentes légitimes pourrait valoir dans certaines circonstances, notamment s'il est avéré que les autorités gouvernementales ont formulé des promesses dans des courriers et courriels à l'attention d'un investisseur précis. Mais, cela n'empêche que la loi, prise isolément, ne constitue pas un engagement spécifique suivant la définition qui peut être proposé à partir des critères identifiés.

414. Définition de l'engagement spécifique. En somme, l'engagement spécifique devrait s'entendre que d'un acte juridique de droit interne, c'est-à-dire une manifestation de volonté (ici unilatérale) de l'État par laquelle celui-ci crée dans son droit interne, directement ou indirectement des droits subjectifs acquis à un investisseur étranger expressément désigné. En ce sens, l'engagement juridique relève de la catégorie des actes subjectifs¹⁰⁵⁸. Cette définition de l'engagement spécifique permet de restreindre le champ d'application des TBI en excluant de son spectre les actes ayant une portée générale et impersonnelle. Cette approche restrictive de l'engagement spécifique est d'ailleurs celle qui correspond le mieux aux droits internes des États africains. En effet, les ordres juridiques internes contredisent l'assimilation des codes des investissements aux engagements spécifiques.

Section 2 : Le statut interne des codes comme obstacle à leur assimilation *in concreto* aux engagements spécifiques

415. Délimitation. Il a été précédemment démontré que les lois, en raison de leur portée générale, ne peuvent être assimilées à des engagements spécifiques. Le raisonnement suivi pour aboutir à ce résultat était déduit des critères de l'engagement spécifique tel qu'ils ressortent des sentences arbitrales. Cependant, cette approche *in abstracto* peut être nuancée. En effet, puisque l'engagement spécifique reste un acte juridique de droit interne, la possibilité que l'ordre juridique d'un État africain admette que la loi puisse créer des droits subjectifs acquis à l'investisseur ou qu'elle consacre la force normative des attentes légitimes, mérite aussi d'être envisagée. C'est cette approche

¹⁰⁵⁸ Selon la *summa divisio*, une distinction doit être faite entre le droit objectif et le droit subjectif. Contrairement au premier dont le but est de régir la conduite des hommes, le second se rapporte aux droits, entendus au sens de prérogatives, accordés reconnus et sanctionnés par le droit objectif aux individus. Parmi les sources de cette branche du droit, figure les faits juridiques et les actes juridiques. Dans ce cadre, l'acte juridique subjectif est alors une manifestation de volonté qui confère dans les conditions prévues par la loi, le droit à un sujet de droit de « faire valoir une prérogative donnée à l'encontre d'autrui » au moyen d'une action « dans l'intérêt exclusif » de son auteur. Daniel GUTMANN, « Droits subjectifs », in Denis ALLAND et Stéphane RIALS (dir.), *Dictionnaire de la Culture Juridique*, Quadrige/Lamy - PUF, 2003, pp. 529 – 533, spéc. 530 – 531.

in concreto de l'assimilation des codes des investissements aux engagements spécifiques qui sera abordée dans les lignes qui suivent. Une difficulté, à souligner d'emblée, est l'impossibilité de passer en revue l'ensemble des droits internes des États africains. Le choix est fait de limiter l'analyse aux droits des États africains qui ont hérité du droit français au moment de leur accès à l'indépendance d'une part, et au droit sud-africain d'autre part. Dans le premier cas, l'existence d'une tradition juridique commune facilite la recherche et l'interprétation des données collectées. Dans le second cas, c'est l'accès aux ressources documentaires à partir des bases de données internet qui justifie la sélection. Passant en revue le droit interne de ces États, il apparaît que les codes des investissements ne peuvent pas être considérés comme des actes juridiques subjectifs. Il existe donc une exclusion de principe (§1) qui admet cependant des tempéraments (§2).

§1 : L'exclusion de principe des codes de la catégorie des actes subjectifs

416. L'acte subjectif est un acte de portée individuelle qui donne naissance à une situation juridique subjective¹⁰⁵⁹. Ces actes ont pour effet de créer des droits subjectifs patrimoniaux. À ce titre, les lois ne sont pas considérées comme des actes subjectifs (A) mais comme des actes objectifs¹⁰⁶⁰. Ce rappel du statut des lois s'impose en raison d'un facteur de complexité : l'option duale qui guide l'ensemble de l'étude. En effet, même à considérer le droit interne comme seul référent valable de détermination du statut des codes, le droit international y trouve une application résiduelle en ce que les solutions proposées par les droits internes doivent encore être compatibles aux schémas posés par le droit international. Laissons le débat monisme/dualisme à des plumes plus indiquées¹⁰⁶¹, pour constater simplement, qu'au rapport de verticalité que requiert le droit interne, l'approche de droit international y substitue une relation d'horizontalité entre l'État et l'investisseur. La conséquence serait alors de substituer à l'autorité de la loi, une forme d'autonomie de la volonté. En d'autres mots, pour fournir une lecture complète de la question, les codes doivent aussi s'apprécier en des offres. Mais, même sous cet angle,

¹⁰⁵⁹ Serge GUINCHARD et Thierry DEBARD, *Lexique des termes juridiques*, 22^{ème} éd., 2014 – 2015, p. 25, entrée : acte juridique.

¹⁰⁶⁰ La loi est considérée comme un acte-règle c'est-à-dire un « acte juridique dont l'effet est de créer, de modifier ou de supprimer une situation juridique dite objective, c'est-à-dire touchant un nombre de personnes physiques ou morales (souvent les 2 en même temps) constituant un groupe placé dans un cadre juridique uniforme du point de vue de l'acte générateur de cette situation ». Serge GUINCHARD et Thierry DEBARD, *Lexique des termes juridiques*, 22^{ème} éd., 2014 – 2015, p. 25, entrée : acte-règle.

¹⁰⁶¹ Heinrich TRIEPEL : « Les rapports entre le droit international et le droit interne », *RCADI*, 1923, vol.1, pp 73-121, Hans KELSEN, « Les rapports de système entre le droit international et le droit interne », *RCADI*, 1926, vol. 14, 231-329, MOSLER, « L'application du droit international public par les tribunaux nationaux », *RCADI*, 1957, vol. 91, pp 619-711, Michel VIRALLY, « Sur un pont aux ânes : les rapports entre droit international et droits internes », *Mél. Rolin*, 1964, pp. 488-505 ; Carlo SANTULLI, *Le statut international de l'ordre juridique étatique : Etude du traitement du droit interne par le droit international*, Pédone, 2001, 540 p.

l'on parvient aisément à la conclusion que de telles offres n'ont rien de contraignantes (B).

A. L'EXCLUSION DE PRINCIPE DES LOIS DE LA CATEGORIE DES ACTES SUBJECTIFS

417. Le critère de l'acte subjectif par définition exclut les actes-règles qui donnent naissance à des situations juridiques objectives. La constatation formelle de la portée générale des codes des investissements devrait donc suffire à justifier leur exclusion des engagements spécifiques d'après le critère retenu¹⁰⁶². Mais l'évolution des concepts juridiques appelle à plus de réserves. Bien qu'étant de portée générale, la loi peut sans l'artifice de l'acte d'exécution, donné lieu à des droits subjectifs soit au détour d'une action sur le fondement de la responsabilité législative, soit par la création d'attentes légitimes. Cependant, la nécessité de la preuve d'un préjudice anormal d'une part (1) et la limitation de la portée normative des attentes légitimes en Afrique du Sud par exemple (2), corroborent l'exclusion de principe des codes de la catégorie des engagements spécifiques.

1. Le préjudice anormal et la responsabilité du fait des lois en Afrique

418. Généralité. La responsabilité du fait des lois trouve dans les diverses traditions juridiques africaines une réponse variable qui n'est pas sans conséquence sur les droits des justiciables. Dans les États qui ont hérité du système de *common law*, les parlements bénéficient d'un principe d'incontestabilité des lois justifié par une approche souverainiste du parlement¹⁰⁶³, de plus en plus remise en cause par le procédé du *judicial review*. À l'inverse, les États qui ont repris à leur compte le droit français dès leur accession à l'indépendance, héritent du système de responsabilité sans faute du fait des

¹⁰⁶² Les lois sont classées parmi les sources du droit objectif. Si elles peuvent reconnaître et sanctionner, elles ne créent pas en tant que tels de droits subjectifs dont les titulaires peuvent légitimement se prévaloir dans leur intérêt exclusif. De tels droits subjectifs découlent plutôt d'un acte juridique (contrat ou acte unilatéral) ou d'un fait juridique. C'est en ce sens que le tribunal dans l'affaire *Charanne c. Espagne* indique : « *Although RD 661/2007 and RD 1578/2008 were directed to a limited group of investors, it does not make them to be commitments specifically directed at each investor. The rules at issue do not lose the general nature that characterizes any law or regulation by their specific scope. To convert a regulatory standard into a specific commitment of the state, by the limited character of the persons who may be affected, would constitute an excessive limitation on power of states to regulate the economy in accordance with the public interest. [...] Based on the foregoing, the Tribunal concludes that there was no specific commitment by Spain vis-à-vis the Claimants.* », SCC, *Charanne and Construction Investments c. Spain*, n°V 062/2012, 21 janvier 2016, §. 493, trad. Mena Chambers.

¹⁰⁶³ Voir : Albert Venn DICEY : « *The principle, therefore, of parliamentary sovereignty means neither more nor less than this, namely that "Parliament" has "the right to make or unmake any law whatever; and further, that no person or body is recognised by the law of England as having a right to override or set aside the legislation of Parliament"* in *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, 8ème éd., London: Macmillan, 1915, pp3 – 73 spéc. p. 36, Jeffrey GOLDSWORTHY, *The Sovereignty of Parliament: History and Philosophy*, Oxford University Press, 2001, 330 p., Paul CRAIG, « Public law, political theory and legal theory », *P.L.*, 2000, Sum, pp. 211-239, Michael GORDON, « The conceptual foundations of parliamentary sovereignty: reconsidering Jennings and Wade », *P.L.*, 2009, Jul., pp 519 – 543.

lois consacré par la jurisprudence *la Fleurette*. Mais ce régime de responsabilité qui repose sur l'existence d'un préjudice anormal ne permet pas d'induire un réel droit subjectif qui pourrait profiter à un investisseur étranger.

419. La consécration en droit positif. La responsabilité du fait des lois fait son apparition dans le paysage juridique à un moment où rien ne laisse présager les chances de succès d'un tel régime. Considérée comme l'expression de la volonté générale du peuple, la loi trônait, à l'époque de l'arrêt *La fleurette*, au sommet de l'ordonnancement juridique et le législateur, souverain, n'en devait rendre aucun compte¹⁰⁶⁴. Opposé à une telle approche dogmatique, Léon Duguit refusait de voir dans le législateur un souverain¹⁰⁶⁵. Grâce à cette pirouette rhétorique, le doyen de Bordeaux était en mesure de justifier le droit à réparation de tout individu souffrant d'un préjudice anormal du fait des lois. Selon sa formule, « si donc il résulte de l'intervention étatique un préjudice spécial pour quelques-uns, la collectivité doit le réparer »¹⁰⁶⁶. Mais l'auteur raisonne en constitutionnaliste, plus précisément en théoricien de la conception globale de l'État. L'analyse ne repaît donc aucunement des spécificités de la responsabilité objective de droit administratif. D'ailleurs dans son propos, l'auteur apporte quelques nuances intéressantes pour les questions du droit international des investissements. Pour lui, lorsque l'action du législateur consiste en une interdiction pure et simple d'une activité jusqu'ici légale « ceux qui profitaient de la situation antérieure ne peuvent se plaindre du changement, puisque la loi nouvelle ne fait que constater l'évolution du droit »¹⁰⁶⁷. Cependant, lorsque l'interdiction n'a pas pour conséquence de rendre l'activité contraire au droit objectif, mais simplement de la restreindre au stade de service public ou de situation de monopole, « il est juste que la caisse collective supporte les conséquences de cette interdiction et que sur le patrimoine collectif une indemnité soit allouée aux particuliers qui supportent le préjudice »¹⁰⁶⁸. Autrement dit, le législateur serait fautif de faire supporter à un seul, la recherche du bien-être de la collectivité. Un parallèle sans

¹⁰⁶⁴ À ce propos, LAFERRIERE écrivait : « il est de principe que les dommages causés à des particuliers par des mesures législatives ne leur donnent aucun droit à indemnité. La loi est, en effet, un acte de souveraineté et le propre de la souveraineté est de s'imposer à tous sans qu'on puisse réclamer d'elle aucune compensation. Le législateur peut seul apprécier, d'après la nature et la gravité du dommage, d'après les nécessités et les ressources de l'Etat, s'il doit accorder cette compensation. Les juridictions ne peuvent pas l'allouer à sa place » in *Traité de la juridiction administrative*, 2^{ème} éd., Paris, Berger-Levrault, 1988, t.2, 675 p., spéc. p.12. Voir également, TEISSIER, *Répertoire Béquet de droit administratif*, 1906, t. XXIII, p.15 n°17, Raymond CARRE DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, Paris, Sirey, 1920, t.1, pp 214-215, note 10.

¹⁰⁶⁵ Léon DUGUIT, *L'Etat, le droit objectif et la loi positive*, Paris, A. Fontemoing, 1901, pp 328 et ss.

¹⁰⁶⁶ Léon DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, 3^{ème} éd., Paris, éd. De Boccard, 1930, t.3, p. 469.

¹⁰⁶⁷ Léon DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, 3^{ème} éd., Paris, éd. De Boccard, 1930, t.3, p. 644 – 645.

¹⁰⁶⁸ *Id.*

trop d'exagération peut être fait avec la théorie de l'enrichissement sans cause sur laquelle a pu se fonder Hauriou¹⁰⁶⁹.

Peu convaincantes ont été ces solutions pour renverser le dogme de la souveraineté législative. Pour les juridictions suprêmes, notamment le conseil d'État, le juge est au service de la loi et il ne lui appartient pas d'en apprécier le bien-fondé. Fort de ce constat, le Commissaire de gouvernement Roujou a proposé de justifier la responsabilité du législateur sur la base de l'égalité devant les charges publiques et dans le silence de la loi. L'idée du silence de la loi a séduit et le Conseil d'État dans l'arrêt *La Fleurette* a pu considérer que « rien, ni dans le texte même de la loi ou dans ses travaux préparatoires, ni dans l'ensemble des circonstances de l'affaire, ne permet de penser que le législateur a entendu faire supporter à l'intéressé une charge qui ne lui incombe pas normalement »¹⁰⁷⁰.

Les faits de l'arrêt *La Fleurette* concernent une situation qu'il n'est pas rare de rencontrer en droit des investissements lorsque l'État use de sa liberté normative. En effet, une loi du 29 juin 1934, interdisait de produire de la crème qui ne proviendrait pas exclusivement du lait. Cette loi adoptée dans l'objectif de protéger l'industrie laitière n'avait pas, de l'avis des juges, pour but de faire supporter à des opérateurs n'intervenant pas dans l'industrie laitière des sujétions nouvelles. Or, la société *La Fleurette* produisait et commercialisait une crème sous le nom de « gradine » qui ne contenait pas de lait. La société a donc dû cesser ses activités de fabrication contraire à la nouvelle loi et supporter les préjudices liés à la cessation de ses activités. Considérée ainsi comme une victime collatérale, les juges consentent à reconnaître un droit à réparation à la société *La Fleurette*. Camille Broyelle souligne à ce propos :

« En mettant en lumière un décalage entre l'objectif principal de la loi et la charge subie, le Conseil d'État veut montrer que cette charge n'apparaît pas comme un sacrifice que le législateur a considéré comme nécessaire à la réalisation de l'objectif qu'il poursuit »¹⁰⁷¹.

Ce préjudice, qui plus est "anormal", n'ouvre droit à réparation que pour autant que le législateur n'en est pas expressément disposé le contraire. Le silence du législateur a permis aux juges de disposer d'un pouvoir discrétionnaire dans le cadre de la réparation du préjudice anormal. Cependant, en pratique, les juges font preuve de déférence vis-à-vis du pouvoir législatif de sorte que le contentieux en la matière est résiduel. Peu d'arrêts sur la question ont été rendus en France et parmi ceux dont ont hérité les États africains,

¹⁰⁶⁹ Maurice HAURIOU, *Précis de droit administratif et de droit public*, Paris Sirey, 1911, p. 481.

¹⁰⁷⁰ CE, Ass., *Société an. des produits laitiers « La Fleurette »*, 14 janv. 1938, Rec. p. 25.

¹⁰⁷¹ Camille BROUELLE, *La responsabilité de l'Etat du fait des lois*, LGDJ, 2003, p. 55

un seul, l'arrêt de *Caucheteux et Desmonts*¹⁰⁷², n'a fait que confirmer la solution rendue. Ce caractère marginal du régime de responsabilité objectif devrait justifier que même après les indépendances, un apport substantiel des juridictions africaines n'ait pas été apporté.

420. L'absence de droits subjectifs. Quoi qu'il en soit, le droit positif de certains États africains reconnaît ce régime de responsabilité objectif sans que l'on ne puisse en déduire l'existence de droits subjectifs pour les justiciables. En effet, la condition d'anormalité du préjudice qui doit résulter de l'absence de lien de causalité entre la nouvelle loi et le préjudice subi, ne permet pas de déduire un droit qui profiterait aux justiciables, y compris à l'investisseur étranger. Autrement dit, ce dernier ne saurait pas, même à agir sur le terrain de la responsabilité législative, justifier de l'atteinte à un droit. Seul un préjudice grave et spécial peut être rapporté sur la base de « la solidarité sociale » et d'un « droit supérieur ». Le droit à réparation de l'investisseur ne découlerait donc pas de la loi, mais dans la recherche d'une égalité devant les charges publiques.

421. En somme, le tempérament à la circonstance selon laquelle la loi, en raison de son caractère général, ne crée pas de droits subjectifs, ne peut être fondé sur le principe de responsabilité du fait des lois. Si les justiciables y trouvent bien un droit à la réparation, cette situation subjective ne découle pas *in se* des effets de la loi, mais de principes d'équité que le juge emploie avec une extrême prudence. Il en va de même pour la question des attentes légitimes.

2. L'absence de consécration de la doctrine des « substantive legitimate expectations »

422. Délimitations. Lors des précédents développements, la portée normative des attentes légitimes a été appréciée comme notion autonome, c'est-à-dire comme notion propre à la littérature de l'arbitrage d'investissement. La conviction qui en a résulté, est ainsi limitée aux seuls excès de l'interprétation conventionnelle des arbitres et des parties litigantes. Toute différente est la présente démonstration. Dans les lignes qui suivent, il s'agira de déterminer si en vertu des droits nationaux (et non des TBI), la loi peut créer chez les particuliers des attentes légitimes qui à leur tour seraient vectrices de droits subjectifs. De la sorte, les lois nationales, *i.e.* les codes des investissements, relèveraient de la catégorie des actes juridiques subjectifs en ce qu'il serait des actes volitifs du

¹⁰⁷² CE, Ass., *Sieurs Caucheteux et Desmont*, 21 janvier 1944, *Rec.* p. 22.

législateur qui ont entraîné des droits subjectifs au profit des tiers. Mais cette hypothèse est loin de se confirmer dans le contexte africain.

La notion d'attentes légitimes que l'on retrouve dans les droits nationaux des États, ne fait véritablement florès que dans les systèmes de *common law*. Alors que le concept émerge à peine dans les relations entre particuliers dans les États de tradition civilistes, l'influence qu'il exerce dans le droit administratif de certains États de *common law* ne souffre d'aucune contestation. Sur ce point, le droit administratif sud-africain, influencé par la *common law*, est particulièrement à propos en raison de la dynamique dans laquelle la notion est sollicitée. Les enseignements qui en résultent offrent une grille d'analyse permettant de comprendre les conditions dans lesquelles la portée normative des attentes légitimes est conçue.

423. La consécration en droit constitutionnel sud-africain. L'attente légitime comme procédé juridique est consacrée en droit constitutionnel sud-africain dès 1989 dans l'affaire *Traub*¹⁰⁷³. Le litige procède des plaintes formulées par des médecins de l'hôpital de Baragwanath qui ont candidaté pour être promus au poste de *Senior House Office* (SHO). Ces candidats avaient obtenu une recommandation favorable de leur chef de département pour le poste. Selon une pratique établie, les candidats recommandés avaient pour habitude d'être nommés. Toutefois, ces médecins, qui avaient préalablement signé une lettre dénonçant les conditions déplorable des services de santé de l'hôpital, se sont vu refuser le poste. La haute juridiction, par la voix du Juge Corbett CJ, a décidé qu'en raison de la pratique admise, le directeur de l'Hôpital, Transvaal, devait offrir une audition au moins au candidat avant de prendre la décision de rejeter leur demande. De cette décision, il ressort que la pratique constante de l'Administration peut créer une représentation légitime. Selon la doctrine, l'influence du droit anglais est alors perceptible¹⁰⁷⁴ même si la politique jurisprudentielle postérieure montre une réappropriation de la notion des attentes légitimes par les juges pour l'adapter aux réalités sud-africaines et toucher à d'autres disciplines juridiques telles que les contrats¹⁰⁷⁵ ou le droit administratif.

¹⁰⁷³ Afrique du Sud, *Administrator, Transvaal, and Others c. Traub and Others*, 1989, (4) SA 731 (A). Cora HOEXTER note toutefois que le raisonnement sous-jacent la doctrine des attentes légitimes avait déjà été mis en œuvre à propos de l'expulsion d'un étranger, le retrait d'un passeport, le refus de réadmission d'un étudiant à la faculté de médecine et toute une série d'affaires concernant le licenciement d'employé d'hôpitaux in *Administrative Law in South Africa*, JUTA, 2007, pp. 355 – 356.

¹⁰⁷⁴ Dans l'affaire *Council of Civil Service Unions v Minister for the Civil Service*, il est indiqué que l'attente légitime peut résulter « either from an express promise given on behalf of a public authority or from the existence of a regular practice which the claimant can reasonably expect to continue » in *Council of Civil Service Unions v. Minister for the Civil Service*, 1984, 3 All ER 935 (HL).

¹⁰⁷⁵ Daniel Malan PRETORIUS, « Letting the Unruly Horse Gallop in the Field of Private Law: The doctrine of Legitimate Expectation in Purely Contractual Relations », *SALJ*, vol. 118, 2001, pp 503 – 531.

424. La consécration en droit administratif sud-africain. En droit administratif sud-africain, le principe de protection des attentes légitimes est désormais consacré par le PAJA¹⁰⁷⁶ sans que ne soit tranché le débat sur la portée des attentes légitimes. En effet, la doctrine sud-africaine a relevé l'absence de frontière nette entre les attentes dites procédurales et les attentes substantielles. Pour n'en donner qu'un exemple, dans l'affaire *Traub* précitée, les plaignants ont invoqué au fond l'existence d'un droit à être nommé, quand le tribunal n'a retenu qu'un droit à être entendu¹⁰⁷⁷. Tandis que le second est procédural, le premier est lui dit substantiel. Pour la doctrine, il est apparu nécessaire de dissocier les attentes procédurales des plaignants de leurs attentes substantielles afin de déterminer quelles attentes légitimes peuvent créer des droits substantiels chez l'investisseur.

425. La force créatrice des attentes substantielles. Bien que critiquée, la politique jurisprudentielle sud-africaine semble hostile à la doctrine des « *substantial legitimate expectations* » ainsi qu'il ressort de l'affaire *Meyer c. Iscor Pension Fund*¹⁰⁷⁸. Il s'agissait en l'espèce d'un employé de la société *Iscor*, elle-même membre d'un Fonds de pension, qui a pris sa retraite anticipée en 1993 après 33 ans de service. Deux mois après sa retraite, le Fonds de pension a modifié les règles de calcul des pensions de retraite à allouer à ses bénéficiaires. Les nouvelles règles accordaient plus d'avantages aux nouveaux pensionnaires sans effet rétroactif. Or, dans son programme de réduction des effectifs présenté plutôt au cours de l'année 1993 à ses clients, la société *Iscor* avait promis d'appliquer avec effet rétroactif les prestations qui seraient accordées pour les départs à la retraite. Cette promesse avait créé chez Meyer une attente légitime que *Iscor* était tenu de respecter selon le requérant. La *High Court* saisie, l'astuce consistant à reconnaître un droit procédural, même en cas d'attentes substantielles, ne pouvait pas être mobilisée utilement puisque le requérant réclamait des droits substantiels qui lui avaient été refusés après une procédure diligente.

Le juge Brand, après avoir porté une attention particulière aux précédents sud-africains évoqués par Meyer dans l'affaire, a considéré que ces derniers n'étaient pas à

¹⁰⁷⁶ Afrique du Sud, *Promotion of Administrative Justice Act*, Mars 2000.

¹⁰⁷⁷ La décision d'induire un droit procédural de l'existence d'attente légitime fait sens si l'on s'en tient au raisonnement suivi. En effet, les juges ont intégré dans leur analyse une extension du champ d'application du principe *audi alteram partem*, principe de droit naturel applicable dans le système sud-africain. Ainsi que les experts le relèvent, ce principe a traditionnellement profité aux titulaires des droits subjectifs à l'exclusion des simples titulaires de privilèges. Ce n'est qu'à la suite de la remise en cause de cette distinction « rights and privileges » de la part du Lord Reid, dans l'affaire *Ridge v. Baldwin*, au Royaume-Uni, que l'idée que le principe *audi alteram partem* puisse être invoqué par le titulaire de simple dans les procédures impliquant une personne publique au nom de l'équité procédurale. Sur ce point : John HOPPLE, « Legitimate expectation and Natural Justice : English, Australian and South African Law », *SALJ*, vol. 104, 1987, p. 165.

¹⁰⁷⁸ Afrique du Sud, *Meyer v. Iscor Pension Fund* 2003 (2) SA 715 (SCA), §27.

propos en ce qu'il concernait des attentes procédurales et non des attentes substantielles¹⁰⁷⁹ avant de se livrer à une analyse de droit comparé à laquelle l'invitait le plaignant. En effet, selon le plaignant, la doctrine des « *substantive legitimate expectation* » consacrée en droit anglais depuis les arrêts *R v. North and East Devon Health Authority, Ex parte Coughlan et R (Bibi) c. Newham London Borough Council* était applicable à sa situation. Sur ce point, le juge Brand fit part de ses réticences quant à la force créatrice des attentes en ces termes :

« *Before simply transplanting a legal concept from one system of law to another it is imperative first to examine the context in which that concept originated and developed in its system of origin. In deciding (...) we will have to consider the possibility that the doctrine was developed as a solution to problems arising from the rule in England law that, generally speaking, an undertaking without valuable consideration is not enforceable. Since our law does not require valuable consideration for the enforceability of an undertaking the problem does not arise* »¹⁰⁸⁰.

La conception différente de la règle de droit dans les systèmes anglais et sud-africain, a ainsi justifié en partie les réticences de la *High Court*. La juridiction a par ailleurs rappelé la méfiance vis-à-vis de cette doctrine en droit anglais¹⁰⁸¹, canadien¹⁰⁸² et australien¹⁰⁸³. Mais ces réticences n'impliquent pas nécessairement un rejet de la doctrine des « *substantives legitimate expectation* ». En effet, pour rejeter la demande de Meyer, le juge Brand a invoqué deux raisons. La première était que la promesse d'appliquer rétroactivement les nouveaux calculs de pension de retraite, n'avait pas été faite par le Fonds de pension, mais par la société Iscor, qui a une personnalité juridique distincte. Ainsi, le Fonds de pension ne devrait pas assumer ces promesses. La seconde raison invoquée était que le requérant n'a pas réussi à établir avec certitude le contenu de sa promesse. C'est donc moins la portée de l'attente que son existence qui a fondé le refus des juges de faire droit à la demande de Meyer.

426. Les commentaires doctrinaux. C'est du côté de la doctrine que les arguments hostiles à la reconnaissance des attentes légitimes en droit sud-africains ont été plus incisifs. Pretorius par exemple, formulait trois séries d'arguments au soutien du rejet de la doctrine des « *substantive legitimate expectation* ». Tout d'abord, selon lui, une

¹⁰⁷⁹ Afrique du Sud, *Meyer v. Iscor Pension Fund*, 2003 (2) SA 715 (SCA), § 26. Extrait de Geo QUINOT, *Administrative Law, Cases and Materials*, JUTA, 2008, p. 492.

¹⁰⁸⁰ Afrique du Sud, *Meyer v. Iscor Pension Fund* 2003 (2) SA 715 (SCA), § 27. Extrait de Geo QUINOT, *Administrative Law, Cases and Materials*, JUTA, 2008, p. 493.

¹⁰⁸¹ Le juge relève ainsi que dans l'affaire *R v. Secretary of State for the Home Department, Ex parte Hargreaves and Others*, la doctrine de *substantive legitimate expectation* a été qualifiée d'hérésie.

¹⁰⁸² Canada, Cour suprême, *Mount Sinai Hospital Center v. Quebec* (Minister of Health and Social Services), 2001, 2 SCR 281.

¹⁰⁸³ Sur ce point: Cameron STEWART, « Substantive Unfairness: A New Species of Abuse of Power? » (2000) 28 *Fed L Rev* 617, p. 634.

protection substantielle des attentes légitimes ne serait ni plus ni moins qu'une intrusion du juge dans le processus décisionnel administratif, galvaudant ainsi le principe de séparation des pouvoirs. Ensuite, l'interdiction de principe faite à l'administration de disposer par voie contractuelle, réglementaire ou par l'effet de *l'estoppel* de ses pouvoirs discrétionnaires serait compromise. Enfin, en raison du principe *ultra vires*, l'administration ne peut accorder des droits dont elles ne disposent pas¹⁰⁸⁴.

Concernant le premier argument, celui de la violation de la séparation des pouvoirs, il a été objecté que l'action du juge ne vise en l'hypothèse qu'à sanctionner le respect d'une attente légitime et non évaluer l'opportunité de la décision. S'agissant du second argument, celui de la libre disposition des pouvoirs discrétionnaires, Craig rappelait que les principes invoqués ne sont pas absolus et n'autorisent en aucun cas l'administration à abuser de ses pouvoirs envers les administrés surtout dans les hypothèses où l'action administrative ne vise aucun intérêt général. Enfin, concernant le troisième argument relatif au principe *ultra vires*, certains auteurs ont considéré qu'il est préférable de ne pas l'entendre comme argument dirimant, mais comme une exception à la reconnaissance des attentes légitimes. Ainsi, le principe de protection substantielle des attentes légitimes ne s'appliquerait pas dans les cas où l'Administration a outrepassé ses pouvoirs. Retraçant l'ensemble des débats, Devenish admettait que le droit sud-africain pourrait à l'avenir se montrer plus favorable à la doctrine des « *substantive legitimate expectation* »¹⁰⁸⁵. Pour ce faire, il faudra tenir compte de cet avertissement :

*« A court should be slow to impose obligations upon government which will inhibit its ability to make and implement policy effectively (a principal well recognized in our common law and that of other countries). As a young democracy facing immense challenges of transformation, we cannot deny the importance of the need to ensure the ability of the Executive to act efficiently and promptly »*¹⁰⁸⁶.

Au-delà donc des obstacles d'ordre théorique qui sont formulés, la pratique sud-africaine offre une raison pratique pour laquelle la doctrine de l'attente légitime ne saurait constituer une source de droits subjectifs : celle-ci tient à la nécessité de préserver le pouvoir de régulations des gouvernements d'États encore trop faibles économiquement. Et si l'on songe au fait que l'Afrique du Sud sur le continent africain, est un des États les plus avancés, la logique s'étend avec beaucoup plus de facilité au reste du continent.

¹⁰⁸⁴ Daniel Malan PRETORIUS, "The Ten years after Traub: The doctrine of Legitimate expectation in South African Administrative Law", 117 *SALJ*, 520 (2000), p. 531.

¹⁰⁸⁵ GE DEVENISH, « Legitimate expectation revisited: An apology for the recognition and application of its independent and substantive existence », *De jure*, 2007, vol. 40, pp. 113 et ss, spec. pp. 132 – 134.

¹⁰⁸⁶ Afrique du Sud, *Premier, Mpumalanga and Another v. Executive Committee, Association of State-Aided Schools, Eastern Transvaal*, 1999 (2) SA 91 (CC), § 41.

427. L'exclusion des lois. Les solutions précédemment évoquées concernent la pratique administrative des autorités administratives. Elles ne valent pas immédiatement pour les lois. Cependant, raisonnant *a fortiori*, il peut être considéré que si la pratique et les promesses des autorités relevant de l'administration ne sont pas de nature à créer des droits subjectifs pour les usagers, les attentes suscitées par les législateurs, le seul organe de l'État dont les actes ne sont pas contestables en dehors de l'hypothèse d'inconstitutionnalité ou d'inconventionnalité, ne devraient pas alors créer des droits substantiels au profit de leurs destinataires. En tout état de cause, l'expérience sud-africaine permet d'apporter une réponse négative et définitivement considérer que les droits internes analysés, ne contiennent pas de mécanismes qui permettraient d'accorder des droits subjectifs propres à leurs destinataires par l'effet des lois. Par conséquent, les lois relatives à l'investissement ne sauraient constituer des engagements spécifiques au sens des TBI. Seul le dépassement de leur nature de lois pourrait permettre une telle assimilation.

B. LE CARACTERE INOPERANT DE L'APPROCHE CONTRACTUELLE DES CODES

428. Rappel de l'approche contractuelle. La logique de la délocalisation du rapport Etat-investisseur de l'ordre interne de l'État d'accueil requiert une terminologie plus adaptée à la relation horizontale qui se noue entre les protagonistes. Dans son cours à l'Académie de La Haye, le Professeur Juillard estimait que les codes des investissements sont comparables à une sollicitation créant un rapport « quasi-conventionnel » entre l'État déclarant et l'État destinataire qui aura modifié son comportement à la suite de la publication des codes¹⁰⁸⁷. Cette approche stato-centrée de la nature des codes a été reprise et adaptée par le Professeur Mbengue pour convenir à la relation Etat-investisseur. Ainsi justifie-t-il l'approche contractuelle en ces termes :

¹⁰⁸⁷ Il écrit ainsi : « Le code d'investissement est, par beaucoup d'aspects, un instrument de séduction. Cet instrument, il faut le répéter, s'adresse aussi bien aux investisseurs qu'aux Etats dont ces investisseurs sont les ressortissants. Le code est une sollicitation, peut-être même une pollicitation. C'est un acte unilatéral. Mais l'Etat qui l'édicte s'adresse aux autres Etats ; et, en s'adressant à eux, il attend qu'ils modifient leur comportement pour tenir un juste compte du signal qui leur est adressé. On pourrait dire, sans forcer le trait, qu'il y a, dès lors, une offre et une acceptation de l'offre. Et c'est en ce sens qu'il n'est pas inexact d'évoquer la notion de pollicitation — puisque, dans la tradition romaniste, la pollicitation c'est l'offre de contracter que l'un fait à l'autre » et plus loin « On est donc conduit à penser qu'un rapport de droit se crée entre les deux Etats protagonistes, et ce bien que ce rapport ne se traduise pas par la conclusion d'une convention bilatérale entre l'un et l'autre. On serait tenté, ici comme ailleurs, de se référer aux catégories du droit interne et de penser qu'il existe, en droit international, des quasi-conventions, comme il existe en droit français des quasi-contrats, c'est-à-dire des situations dans lesquelles le fait d'un sujet de droit crée des obligations soumises à un régime proche de celui de la convention internationale ou du contrat interne, encore qu'il n'y ait eu ni convention ni contrat. Ces situations quasi conventionnelles, fréquentes en droit international économique, supposent une manifestation du consentement à s'engager de part et d'autre ; mais cette manifestation du consentement à s'engager devrait probablement être distinguée de la manifestation du consentement à se lier, caractéristique du droit des engagements conventionnels. ». Patrick JUILLARD, « L'évolution des sources du droit international des investissements », *RCADI*, vol. 250, 1994, §§ 98 et 102.

« [...] *national foreign-investment laws – in reality, only some of their provisions – may be qualified as unilateral (legal) acts of states under international law because of the offer(s) they contain and the confidence that foreign investors place on those offer(s) (not to say acceptance of the offer(s) by foreign investors). This is a sort of "contractual" approach that indicates that unilateral undertakings made through the prism of municipal investment laws are not only "acta sunt servanda" but are also reflective of pacta sunt servanda [...]* Despite the relevance of this approach, in practice, it might prove difficult clearly to delineate the provisions in municipal investment laws that constitute unilateral (legal) acts of a state under international law. [...] »¹⁰⁸⁸.

Mais cette approche contractuelle, construite *sui generis*, ne lève pas les obstacles à la reconnaissance de droits acquis à la faveur des investisseurs du seul fait des codes. Si en effet, les codes des investissements peuvent être définis comme des manifestations de volonté (1), l'absence d'engagement qui les caractérise (2) fait obstacle à ce qu'ils puissent relever de la catégorie des actes subjectifs.

1. Les codes des investissements pris comme « manifestation de volonté »

429. L'offre est définie comme « une manifestation de volonté »¹⁰⁸⁹ renfermant « une proposition de contracter »¹⁰⁹⁰. À partir de cette définition minimaliste, l'analogie entre code des investissements et offre contractuelle n'est possible que par la démonstration d'une volonté du législateur (a) dont le contenu renferme les éléments essentiels du futur contrat (b).

a. L'existence de la volonté

430. Définition. La notion de volonté reçoit diverses acceptions selon la discipline qui l'envisage. Beaucoup étudiée dans le cadre de la philosophie morale, elle est en droit au cœur des théories volontaristes et mis en lien avec la notion d'autonomie. Sans entrer dans les débats auxquels donnent lieu les diverses analyses, il peut être considéré qu'il s'agit d'une faculté d'agir librement d'après des motifs rationnels¹⁰⁹¹. À ce titre, les codes

¹⁰⁸⁸ Makane MBENGUE, « National Legislation and Unilateral Acts of States », *op. cit.*, pp. 204 – 205. Gras ajoutés.

¹⁰⁸⁹ Serge GUINCHARD et Thierry DEBARD, *Lexique des termes juridiques*, 25^{ème} ed., 2017-2018, p. 783, entrée : offre : « Une manifestation de volonté par laquelle l'offrant, ou pollicitant, propose à une personne déterminée ou indéterminée la conclusion d'un contrat dont il énonce les éléments essentiels et exprime sa volonté d'être liée en cas d'acceptation ».

¹⁰⁹⁰ Remy CABRILLAC, *Dictionnaire du vocabulaire juridique*, LexisNexis, 2017, p. 391, entrée : offre : « Proposition ferme et précise de contracter ».

¹⁰⁹¹ Il s'agit ici du sens général de la volonté précisée par le *Larousse* : « Faculté de déterminer librement ses actes en fonction de motifs rationnels ; pouvoir de faire ou de ne pas faire quelque chose. ». Il est possible de se contenter de cette définition générale faute d'une définition plus appropriée figurant dans les dictionnaires et lexiques spécialisés. Le *Dictionnaire de droit international public* renvoie au sens général de la volonté indiqué par *Le Petit Robert 1* (Jean SALMON, *Dictionnaire de droit international public*, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 1141). Le *Dictionnaire de la Culture Juridique* n'est guère plus précis et souligne subrepticement le sens général donné à la volonté en indiquant qu'il s'agit de « la faculté de se proposer un but pour agir » in Denis ALLAND et Stéphane RIALS (dir.), *Dictionnaire de la Culture Juridique*, Quadrige/Lamy - PUF, 2003, p. 1527.

des investissements comme manifestation de volonté doivent résulter de l'exercice d'une faculté libre et d'après des motifs rationnels.

431. L'exercice d'une libre faculté : L'adoption des codes des investissements a pour objectif essentiel d'attirer les capitaux étrangers sur le territoire de l'État hôte. Cet objectif mentionné par les codes eux-mêmes¹⁰⁹², ne peut être considéré comme une manifestation de la volonté que si elle relève de l'exercice d'un droit libre, d'un droit souverain. Dominique Rosenberg soulignait à ce sujet que même si des cas exceptionnels étaient à relever, les codes des investissements étaient adoptés, pour la plupart, à la suite de pressions politiques et économiques sur les États africains. Ainsi, la manifestation de volonté, même si elle crée des droits pour les tiers et des obligations pour le déclarant, n'est pas le résultat de l'exercice de leur pleine souveraineté par les États. L'auteur note sur ce point :

« Les codes des investissements sont présentés formellement comme des actes juridiques adoptés par des États indépendants disposant de compétences souveraines, pleines et intègres : l'origine matérielle a révélé la précarité de cette affirmation, elle l'a détruite. S'il y a bien eu transfert de souveraineté d'un État à un autre, il y a eu aussi succession législative quasi intégrale dans le domaine des investissements ; le fait que les dispositions des codes limitent souvent la souveraineté aggrave encore ce phénomène et fait douter de leur caractère unilatéral »¹⁰⁹³.

Toutefois, deux objections peuvent être formulées. La première serait la caducité de l'affirmation. Certes, l'argument de la succession législative est correct, mais les modifications ultérieures et la pratique constante des codes des investissements sur plus de 60 ans dans les États africains relativisent le caractère forcé de ces lois¹⁰⁹⁴. Désormais, il faudrait plutôt considérer ces lois comme des choix politiques librement assumés. La seconde raison à l'objection du caractère forcé des codes des investissements intéresse la méthode de travail. Du point de vue de la technique juridique au sein du droit international positif¹⁰⁹⁵, c'est la procédure formelle (et non les considérations d'ordres sociologique et politique) qui retiendra l'attention. Formellement, les États disposent d'un droit souverain pour régir les investissements internationaux sur leur sol. Ce droit souverain en matière

¹⁰⁹² À titre illustratif, l'article 2 du code des investissements du Burkina Faso de 2018 dispose : « La présente loi (...) a pour objet la promotion des investissements productifs concourant au développement économique et social du Burkina Faso ». Dans la même veine, le code des investissements mauritanien de 2012 précise que le texte « s'insère dans la stratégie globale de la République Islamique de Mauritanie de promotion et du développement du secteur privé, de l'entrepreneuriat et de la compétitivité de l'économie nationale ».

¹⁰⁹³ Dominique ROSENBERG, « Les codes des investissements, un exemple de souveraineté dans un ordre économique inégalitaire », *RJPIC*, 1978, p. 929.

¹⁰⁹⁴ Si ces lois sont en effet des vestiges de l'époque coloniale, elles ont été aussi des instruments d'orientation politiques qui ont subi des modifications selon le degré d'ouverture des marchés locaux aux investissements internationaux. Voir *supra* Introduction, I, B.

¹⁰⁹⁵ Voir *supra* Introduction, IV.

d'admission de l'investissement est consacré en droit international général. La CIJ précisait en ce sens : « chaque État possède le droit fondamental de choisir et de mettre en œuvre comme il l'entend son système politique, économique et social »¹⁰⁹⁶. De ce droit de déterminer son système économique, découle le droit pour l'État d'admettre ou d'interdire sur son territoire les investissements directs étrangers. De la sorte, il faut déduire que le droit international général n'impose pas d'obligations aux États en ce qui concerne l'accès à leur marché national¹⁰⁹⁷ ; ces derniers étant souverains¹⁰⁹⁸.

432. Les tentatives d'encadrement de la liberté de l'État. Ces dernières années toutefois, la liberté reconnue aux États a subi certains aménagements qui ont conduit certains auteurs à s'interroger sur l'existence d'un droit d'admission à la faveur des investisseurs étrangers. La réflexion a été entreprise sous les auspices de la Banque mondiale qui, dans ses Principes directeurs, recommandait aux États d'adopter des politiques incitatives des IDI en vue de promouvoir leur croissance économique¹⁰⁹⁹. Mais la portée de l'instrument n'est pas de nature à affecter la souveraineté de l'État. À l'inverse, les premières mesures contraignantes ont été le fruit de négociations bilatérales ou multilatérales.

À partir de la fin des années 1990, le succès apparent du libéralisme économique a permis de poser l'ouverture des marchés en principe et le protectionnisme comme exception à justifier. De ce fait, les modèles de TBI américain et canadien ont inclus dans leur corpus, un ensemble de dispositions accordant des droits aux investisseurs internationaux en matière d'admission. Ces investisseurs pouvaient bénéficier de garanties de traitement telles que le traitement national et le traitement de la nation la plus favorisée¹¹⁰⁰. Mais l'action qui a été décisive, est celle qui a été initiée dans le cadre des communautés économiques régionales. Dans le cadre de l'Union Européenne, par exemple, les citoyens européens bénéficient d'un véritable droit d'admission par l'effet combiné des quatre grandes libertés reconnues : la liberté de circulation des marchandises, des personnes, des services et des capitaux. On retrouve ces libertés dans le cadre également des communautés économiques régionales africaines¹¹⁰¹.

¹⁰⁹⁶ CIJ, *Affaire des Activités militaires au Nicaragua et contre celui-ci*, Arrêt du 27 juin 1986 (fond), *Rec.* 1986, p. 131 § 258.

¹⁰⁹⁷ Thomas POLLAN, *Legal framework for the admission of FDI*, eleven, 2006, p. 63.

¹⁰⁹⁸ Rés. 1803 *Souveraineté permanente sur les ressources naturelles*, ONU, 14 décembre 1962, art.5.

¹⁰⁹⁹ World Bank, *Guidelines on the Treatment of Foreign Direct Investment*, Vol. II, 1992, II Admission.

¹¹⁰⁰ Articles 3 et 4 du modèle d'accord de promotion et de protection des investissements de 2004. Également article 3 et 4 du modèle d'accord des États-Unis de 2004 et de 2012.

¹¹⁰¹ CEDEAO, *Traité révisé de la Communauté économique des États de l'Afrique de l'Ouest*, article 3.2(d) : « (...) l'action de la Communauté portera par étapes sur : (...) la création d'un marché commun à travers: (i) la libéralisation des échanges par l'élimination entre les États Membres, des droits de douane à l'importation et à l'exportation des marchandises et l'abolition entre les États Membres, des barrières non tarifaires en vue de la création d'une zone de libre-échange au niveau de la Communauté; (ii)

Mais ce droit d'admission ne profite qu'aux ressortissants d'un espace régional précis. De sorte que si l'offre d'ouverture de marchés que constitueraient les codes des investissements, n'est pas d'un grand intérêt pour les investisseurs appartenant à cet espace régional, il en va différemment pour tous les autres investisseurs. De plus, même les TBI qui prévoient des normes de traitement applicables à l'admission des investissements, n'octroient pas de droit à l'admission¹¹⁰². Ce droit reste défini par les politiques nationales. Certes, on peut observer une similitude des mesures adoptées mais il ne semble pas possible d'en déduire la preuve d'une coutume générale de droit. On a bien un *consuetudo*, mais pour ce qui est de l'*opinio juris*, rien n'indique que les États soient prêts à renoncer à un pouvoir discrétionnaire sur lequel se fondent les représentants du peuple. Ce pouvoir leur permet d'admettre ou de refuser, conformément à leur législation interne, les investissements de leur choix et ainsi d'assumer la politique migratoire qui leur sied¹¹⁰³.

433. Un choix suscité par des motifs rationnels : Les politiques d'attraction de l'investissement étranger trouvent leur justification dans le paradigme capitaliste selon lequel l'afflux des IDEs vers un marché local contribue à sa croissance économique. Il est certain que ce dogme du capitalisme est de plus en plus remis en cause¹¹⁰⁴, de telle sorte que les spécialistes ajoutent désormais aux indicateurs de croissances, les réalités environnementales, sociales et de gouvernance. Mais il n'en reste pas moins que l'idée de base persiste. La logique transparaît d'ailleurs dans la contrepartie exigée aux investisseurs étrangers qui est celle d'une contribution au développement économique de l'État d'accueil¹¹⁰⁵. En somme, les codes des investissements peuvent être considérés

l'établissement d'un tarif extérieur commun et d'une politique commerciale commune à l'égard des pays tiers ; (iii) la suppression entre les États Membres des obstacles à la libre circulation des personnes, des biens, des services et des capitaux ainsi qu'aux droits de résidence et d'établissement ».

¹¹⁰² Thomas POLLAN, *Legal framework for the admission of FDI*, eleven, 2006, p. 63.

¹¹⁰³ Antonio R. PARRA, « Principles governing Foreign Investment, as Reflected in National Investment Codes », in IFI SHIHATA, *Legal Treatment of Foreign Investment: The world Bank Guidelines*, Martinus Nijhoff Publishers, 1993, p. 317.

¹¹⁰⁴ Pour une opinion considérant le faible impact des codes des investissements sur l'attraction des investissements internationaux : Walid BEN HAMIDA, « Faut-il avoir un code des investissements pour attirer des investissements », *La semaine Juridique, Entreprise et Affaires*, n°spécial, 18 avril 2018, pp 8 – 14, spéc. p. 12 et ss.

¹¹⁰⁵ Mozambique, Law on Investment, 1993, no. 3/93: Article 7. Objectives of investments: « *The carrying out of investments under the present Law shall, inter alia, pursue the following objectives: (a) the development, rehabilitation, modernisation or expansion of economic infrastructures for the operation of productive activities or for rendering services necessary for supporting productive economic activities and promoting the country's development; (b) the expansion and improvement of national production capacity or of capacity to render services which support productive activities; (c) contributing towards training, expansion, and development of national entrepreneurs and Mozambican business partners; (d) the creation of jobs for national workers and the raising of professional skill levels of the Mozambican labour force; (e) the promotion of technological development and the improvement of entrepreneurial productivity and efficiency; (f) the increase and diversification of exports; (g) the rendering of productive services and of those generating foreign currency; (h) the reduction and substitution of imports; (i) contributing towards improving the supply of domestic markets and the satisfaction of the priority and basic needs of the population; (j) any direct or indirect contribution towards improving the balance of payments and government budget revenue.* »

comme des manifestations de la volonté des législateurs dont le contenu renferme la preuve d'une proposition.

b. Le contenu de la volonté

434. L'offre dans les droits civils renferme une proposition qui fournit les éléments caractéristiques du contrat à venir. Ainsi, l'analogie avec les codes des investissements ne vaudrait que pour autant que ces codes renferment des propositions. Ce qui est le cas pour la plupart des codes africains. Ces propositions concernent le traitement de l'investissement, la protection de celui-ci et de l'investisseur et enfin les garanties juridictionnelles.

435. La proposition d'un traitement avantageux. Les codes africains proposent aux investisseurs étrangers de bénéficier d'un traitement qui ne profite pas toujours aux investisseurs nationaux. Ce sont les dispositions de traitement par renvoi tel que la disposition de traitement national¹¹⁰⁶, la disposition de la nation la plus favorisée¹¹⁰⁷. Ces dispositions législatives permettent à l'investisseur d'exiger des autorités locales, un traitement similaire à celui qu'ils accordent aux investisseurs nationaux ou d'un autre état placé dans les mêmes conditions. La principale difficulté que soulèvent ces normes de traitement est celle de la détermination de la notion de « situation similaire ». Cette exigence dite « *ejusdem generis* » a suscité ces dernières années des divergences d'interprétation¹¹⁰⁸ dont il est regrettable que les codes qui les prévoient, n'en définissent pas tous clairement la portée¹¹⁰⁹. Pourtant, une approche africaine de la question n'est pas inexistante. Dans le cadre de l'élaboration du code panafricain des investissements par exemple, les experts ont encadré strictement la notion¹¹¹⁰. Il y a fort à parier que les futures législations nationales en subissent l'influence.

¹¹⁰⁶ L'article 6 alinéa 2 du code des investissements malien de 2012 prévoit en ce sens : « Les investisseurs étrangers reçoivent le même traitement que celui des investisseurs de nationalité malienne sous réserve des dispositions contraires aux lois ou aux traités et accords conclus par la République du Mali avec les États dont ils sont ressortissants ».

¹¹⁰⁷ Plus rare, cette disposition apparaît sous une forme ambiguë à l'article 24 dans le code des investissements de RDC en ces termes : « Les personnes physiques ou morales reçoivent toutes le même traitement, sous réserve des dispositions des Traités et accords conclus par la République Démocratique du Congo avec d'autres États. Ce traitement ne s'étend toutefois pas aux privilèges que la République Démocratique du Congo accorde aux nationaux ou sociétés d'un Etat tiers, en vertu de sa participation ou de son association à une zone de libre-échange, une union douanière, un marché commun ou toute autre forme d'organisation économique régionale. Les dispositions de cet article ne s'appliquent pas aux questions fiscales. ». Voir *infra* partie 2 titre 2 chapitre 2.

¹¹⁰⁸ Claire CREPET DAIGREMONT, *La clause de la nation la plus favorisée*, A. Pédone, Paris, 2015, 506 p. ; Mathilde FRAPPIER, *L'exigence d'un traitement national en droit international économique*, Thèse, Yves NOUVEL (dir.), Paris II Panthéon-Assas, 2019, 1047 p., spéc. §§ 882 et ss.

¹¹⁰⁹ La principale restriction que l'on retrouve est celle de la réciprocité. À titre illustratif, voir article 23 du code des investissements de la RDC de 2002.

¹¹¹⁰ Voir les articles 3, 4, 5 et 6 du projet de Code panafricain des investissements. E/ECA/COE/35/18 AU/STC/FMEPI/EXP/ 18(II), 26 mars 2016.

À ces éléments qui offrent à l'investisseur un traitement plus ou moins déterminé, il faut encore ajouter des traitements dits indéterminés en raison du flou entourant leur effet. Il s'agit principalement du traitement juste et équitable et l'obligation de sécurité pleine et entière que bien des codes définissent en référence au droit international notamment aux standards coutumiers. L'intérêt de la référence peut paraître d'ailleurs curieux. S'il faut déterminer ces clauses de traitement d'après le standard minimum, qui est du droit coutumier et lie les États, quel peut alors être le besoin de reprendre la mention puisse qu'*in fine* l'investisseur étranger a droit à ces traitements même en l'absence de code des investissements ? Peut-être les législateurs envisagent-ils d'offrir un substrat différent à ces traitements dont les effets resteraient alors à déterminer ?¹¹¹¹. Enfin, les codes prévoient des avantages fiscaux, douaniers et financiers tant aux investisseurs nationaux qu'aux investisseurs étrangers.

436. La proposition d'une garantie substantielle. Aux mesures de traitement qui portent sur la conduite de l'État au cours des opérations d'investissements, certaines garanties substantielles sont reconnues à l'investisseur protégé tel que le droit à une indemnisation en cas d'expropriation illicite ou à compensation en cas d'expropriation licite. Également, les investisseurs étrangers peuvent bénéficier de la garantie de libre transfert des capitaux. Cette disposition permet aux investisseurs de rapatrier l'ensemble des bénéfices qu'ils ont obtenus vers leur État national ou tout État de leur choix¹¹¹². Ces garanties de libre transfert sont cependant controversées. Pour certains auteurs, elles présentent l'inconvénient de participer à la mauvaise répartition des richesses en privant, en dépit d'une croissance substantielle, une économie locale des ressources dont elles pourraient bénéficier¹¹¹³. Cependant, les critiques formulées n'ont qu'une incidence limitée sur les politiques législatives adoptées par les États africains qui continuent de faire figurer de ces dispositions dans leurs codes des investissements, y compris les plus récents¹¹¹⁴.

437. La proposition d'une garantie procédurale. Les garanties procédurales sont celles offertes par les codes aux investisseurs étrangers. Ainsi qu'il a pu être observé, la portée de ces clauses est variable. Tantôt elles sont une invitation à l'arbitrage, tantôt elle constitue de véritables offres relatives à l'arbitrage ou à la médiation¹¹¹⁵. Les récents codes

¹¹¹¹ Voir *infra* partie 2 titre 2 chapitre 2.

¹¹¹² Carsten KERN, « Transfer of funds » in *International Investment Law*, BUNGENBERG et al. (dir.), C.H.BECK-HART-NOMOS, 2015, pp 870 – 886.

¹¹¹³ Voir *infra* Partie 2, Titre 2, Chapitre 2.

¹¹¹⁴ Voir à titre d'exemple, l'article 13 du code des investissements du Burkina Faso datant de 2018.

¹¹¹⁵ Voir *infra* Partie 2, Titre 1, Chapitre 1, section 2.

des investissements renseignent sur une politique législative commune qui est celle de la promotion des centres d'arbitrages et mécanismes institutionnels de promotion des mécanismes d'arbitrages propres à l'Afrique. La CCJA focalise toutes les attentions avec sa structure atypique en ce que l'institution fonctionne à la fois comme juridiction et comme centre d'arbitrage¹¹¹⁶.

438. Quoi qu'il en soit, il ne fait pas de doutes que les codes des investissements contiennent des propositions renseignant éventuellement sur les éléments caractéristiques d'un futur accord entre l'État hôte et l'investisseur étranger. Mais une telle analyse est loin de suffire à conclure à l'existence d'une offre. La manifestation de volonté ici exprimée, est accompagnée d'un ensemble de précautions, qui permet de conclure en l'absence d'une intention ferme.

2. L'absence d'une intention ferme figurant dans les codes

439. L'approche civiliste de la notion de l'offre exige que cette dernière soit pure et parfaite. Cela signifie que toute manifestation de volonté, doit contenir une intention ferme de la part de l'offrant. L'acceptation par le destinataire doit ainsi suffire à conclure le contrat¹¹¹⁷. L'extension de ce raisonnement aux codes des investissements requiert que la seule acceptation de l'offre du code par l'investisseur forme le contrat d'investissement. Or tel est loin d'être le cas. Bien que ces codes prévoient une liberté d'investissement qui dans une certaine mesure, pourrait impliquer une intention ferme de contracter (a), les procédures d'autorisation de l'investissement montrent que l'acceptation par l'investisseur ne réalise pas l'hypothétique contrat d'investissement, qui en définitive sera validé par l'État hôte (b).

a. La liberté d'investissement dans la détermination d'une intention ferme de contracter

440. La consécration du principe. La majorité des législateurs africains consacrent dans leur loi sur l'investissement le principe de liberté de l'investissement¹¹¹⁸. Une

¹¹¹⁶ Walid BEN HAMIDA, « L'intégration imparfaite de l'arbitrage d'investissement dans le droit de l'OHADA », *Rev. Arb.*, n° 4, 2019, pp. 1109 – 1140.

¹¹¹⁷ L'article 1113 du Code civil prévoit ainsi que « le contrat est formé par la rencontre d'une offre et d'une acceptation par lesquelles les parties manifestent leur volonté de s'engager. Cette volonté peut résulter d'une déclaration ou d'un comportement non équivoque de son auteur » et l'article 1118 d'ajouter : « L'acceptation est la manifestation de volonté de son auteur d'être lié dans les termes de l'offre. [...] L'acceptation non conforme à l'offre est dépourvue d'effet, sauf à considérer une offre nouvelle ».

¹¹¹⁸ La majorité des codes des investissements consacrent la liberté d'investissement. Les politiques nationales sur ce point sont en adéquations avec les principes directeurs de la Banque mondiale précités. Cette adhésion des États est d'ailleurs reflétée par le projet de code panafricain des investissements qui reprend ce principe de liberté de l'investissement à l'instar des TBI conclus par les États. A titre illustratif, le code des investissements tunisiens prévoit : « Article 4. L'investissement est libre. Les opérations

exception concernant le code des investissements namibien de 2016 peut être soulignée. Ce texte conditionne en effet l'investissement à une procédure de contrôle¹¹¹⁹. Mais mis à part cette loi, l'option libérale pour laquelle ont opté les États africains, justifie que le principe de liberté de l'investissement ne souffre pas de réelles contestations. Sur ce point, la comparaison est possible avec l'option libérale adoptée par certains États développés tel que la France¹¹²⁰. Mais la comparaison s'arrête à l'admission du principe. Un examen des textes fait ressortir la portée contrastée de la liberté d'admission des investissements étrangers.

441. L'atténuation du principe par la déclaration. L'investissement libre suppose que les investisseurs puissent réaliser leur investissement sans qu'il ne soit besoin, pour ces derniers, de se soumettre à des procédures particulières. Ce faisant, l'offre que constituerait un code des investissements devrait, dès sa formulation, produire les effets de droits qui pourraient y être attachés. Mais sitôt l'hypothèse formulée qu'il convient de l'entourer de réserves en raison de la portée réduite du principe de liberté de l'investissement dans le cadre africain. En effet, ces codes ne suppriment pas toute interférence administrative¹¹²¹. Ils ne font que simplifier la procédure par la création de services centraux uniques en charge des questions relatives aux investissements. Ces services centraux, dont certains mettent en place des Guichets uniques, sont chargés d'enregistrer les projets d'investissement que leur soumettent les investisseurs

d'investissement doivent se conformer à la législation relative à l'exercice des activités économiques [...] ». Tunisie, Loi n° 2016-71 du 30 septembre 2016, portant loi de l'investissement, *JORT*, 7 octobre 2016, p.3083.

¹¹¹⁹ Le code namibien proscriit tout investissement étranger qui n'est pas approuvé à sa section 12. *Application for approval of investments*, en ces termes: « 1) A foreign investor may not: (a) invest in Namibia; or (b). acquire any licence, permit, authorisation or concession in Namibia, through any form of merger, acquisition, direct or indirect sale or transfer without the approval of the Minister. 2) A foreign investor seeking to make an investment in Namibia must apply to the Minister for approval of the proposed investment in the prescribed form and manner. 3) An investor who is proposing to invest in Namibia as contemplated in subsection (2) may apply for: (a) any proposed investment, acquisition or establishment of an investment whether directly or indirectly; (b) any proposed merger, whether directly or indirectly, subject to the requirements of the Competition Act, 2003 (Act No. 2 of 2003); or (c). the acquisition of any license, permit, authorization or concession issued by the State, including such instruments relating to the exploration and exploitation of natural resources, and apart from the requirement of subsection (2) the application must include other information as the Minister may prescribed to enable the Minister to make an informed decision. » Namibie, *Namibian Investment Promotion Act*, loi n°199 de 2016, *Official Gazette*, n°. 6110 du 31 août 2016.

¹¹²⁰ France, art. L151-1 du code monétaire et financier : « Les relations financières entre la France et l'étranger sont libres. Cette liberté s'exerce selon les modalités prévues par le présent chapitre, dans le respect des engagements internationaux souscrits par la France ».

¹¹²¹ Par exemple, l'article 4 du code des investissements tunisien qui consacre la liberté d'investissement soumet les investisseurs à une procédure de contrôle en ces termes : « [...] Sont fixés par décret gouvernemental, dans un délai maximal d'une année à partir de la publication de la présente loi, la liste des activités soumises à l'autorisation et la liste des autorisations administratives pour réaliser le projet, les délais, les procédures et les conditions de leur octroi en tenant compte des exigences de la sécurité et la défense nationales, la rationalisation des subventions, la préservation des ressources naturelles et du patrimoine culturel, la protection de l'environnement et la santé. La décision de refus d'une autorisation doit être motivée et notifiée au demandeur dans les délais légaux par écrit ou par tout moyen laissant une trace écrite. Le silence gardé après l'expiration des délais prévus par le paragraphe 3 du présent article vaut autorisation pourvu que la demande remplisse toutes les conditions requises. Dans ce cas, l'instance accorde l'autorisation après vérification du respect de ces conditions et délais en cas de silence après l'expiration des délais. Certaines activités peuvent être exceptées des dispositions du paragraphe précédent par décret gouvernemental ». Tunisie, Loi n° 2016-71 du 30 septembre 2016, portant loi de l'investissement, *JORT*, n°82, 7 octobre 2016, p.3083, article 4.

étrangers¹¹²². L'enregistrement des projets d'investissement est soumis à une procédure de déclaration qui, selon les États, peut être facultative ou obligatoire.

Lorsqu'elle est facultative, l'investisseur peut réaliser son investissement sans se référer aux codes des investissements. Toutefois, il ne pourra pas en invoquer les avantages¹¹²³. De la sorte, pour cet investisseur, le code ne saurait constituer une offre qui aurait généré certains droits.

Lorsque la procédure de déclaration est obligatoire¹¹²⁴, l'investisseur qui n'aura pas satisfait à la procédure d'admission ne pourra pas se prévaloir des avantages prévus par le code des investissements. La loi ghanéenne précise d'ailleurs qu'il ne pourra pas débiter ses opérations d'investissements. Ainsi, la situation qui a soulevé nombre de difficultés s'agissant du retrait des offres d'arbitrage dans le contentieux d'investissement pourra être écartée¹¹²⁵. En effet, les auteurs s'inquiétaient de la possibilité en droit de faire produire ses effets à une offre d'arbitrage qui avait été retirée alors que l'investisseur, ne l'ayant pas encore accepté, avait déjà réalisé son investissement¹¹²⁶. Le texte ghanéen écarte cette possibilité en interdisant à l'investisseur de commencer son investissement.

En revanche, la déclaration enregistrée de l'investisseur justifie, pour ce dernier, le bénéfice de certains droits et avantages légaux sans procédure supplémentaire. Il n'est pas exclu qu'au moment du dépôt du formulaire de déclaration, celui-ci fasse l'objet d'un

¹¹²² Voir supra l'historique des codes des investissements, Introduction, I, B. et le paragraphe suivant.

¹¹²³ Le code des investissements du Niger précise ainsi à son article 17 : « **Peut bénéficier d'un régime privilégié**, toute personne physique ou morale exerçant une des activités visées à l'article 4 du présent code qui présente un projet offrant les garanties financières, techniques et de rentabilité économique ». Niger, Loi n°2014-09 du 16 avril 2014 portant codes investissements en République du Niger. Cette affirmation doit cependant être nuancée. À titre illustratif, certaines législations sont formulées de sorte à laisser à entendre que les investisseurs qui ne sont pas connus des *one-shop-service* mis en place peuvent bénéficier des garanties procédurales et/ou substantielles à l'exception des avantages fiscaux et douaniers. À titre illustratif, l'article 1 du code des investissements de 2002 de la RDC dispose : « **Tous les** investisseurs nationaux et étrangers exerçant une activité licite, agréés ou non, bénéficient de l'ensemble des garanties générales découlant de la présente loi à l'exception des avantages douaniers, fiscaux et parafiscaux prévus aux Titre III et IV ci-dessous, qui sont réservés aux Investisseurs agréés selon la procédure prévue par la présente loi ».

¹¹²⁴ La loi ghanéenne dispose ainsi : « (1) *An enterprise in which foreign participation is permitted under this Act shall after its incorporation or registration and before commencement of operations be registered with the Centre.* (2) *The Centre shall within five working days from the date of receipt of a completed registration form register the enterprise if the Centre is satisfied that: (a) all the relevant documents for registration are in order; (b) the minimum foreign equity capital requirement has been complied with; and (c) The fees required for registration has been paid.* (3) *An enterprise in which foreign participation is permitted under this Act shall renew its registration with the Centre every two years* », Ghana, *Investment Promotion Centre Act*, 2013, art. 24.

¹¹²⁵ Un exemple de cette situation a été mis en lumière dans les affaires contre le Kazakhstan où le même problème a donné lieu à trois solutions différentes. En l'espèce, le Kazakhstan avait retiré son code des investissements contenant une offre d'arbitrage et une garantie de stabilité de 10 ans. Ce retrait est intervenu alors que certains investisseurs avaient déjà réalisé leur investissement sous l'empire du code des investissements mais n'avaient pas accepté l'offre d'arbitrage avant son retrait. Le tribunal de l'affaire *Rumeli c. Kazakhstan* estimait que les investisseurs avaient un droit au maintien de l'offre parce que les principes de la bonne foi, l'estoppel, et *venire factum proprium* empêchaient l'État de retirer unilatéralement son offre. Le deuxième tribunal arbitral, dans l'affaire *Ruby Roz c. Kazakhstan*, considéra que le code des investissements ne conférait aucun droit acquis au maintien à l'investisseur en l'absence d'acceptation de cette offre. Dans l'affaire *AES c. Kazakhstan* enfin, le tribunal estima que l'État ne pouvait retirer unilatéralement son offre d'arbitrage parce qu'il avait créé une attente légitime au maintien de celle-ci chez l'investisseur. La discussion autour de ces points sera abordée en seconde partie de cette thèse.

¹¹²⁶ Pierre MAYER et Ana Carolina SIMOES E SILVA, « Le consentement à l'arbitrage » in Charles LEBEN (dir.), *Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational*, A. Pédone, Paris, 2015, pp. 717 – 724. L'analyse des auteurs est toutefois réduite aux offres d'arbitrage. La discussion sur ce point est abordée *infra*, Partie 2, titre 1, chapitre 1, section 2.

examen. Mais cet examen est purement formel et concerne la régularité de la demande. De la sorte, les codes des investissements qui relèvent de cette catégorie, lient l'administration à partir du dépôt du formulaire de déclaration. Ceci corrobore l'idée que l'acceptation par l'investisseur a formé un contrat d'investissement à la suite de l'offre formulée par l'État hôte à travers son code d'investissement¹¹²⁷. Mais ce schéma est simplifié à l'excès et occulte une réalité pratique : celle de l'aspect résiduel de la procédure de déclaration.

442. La portée résiduelle de la procédure de déclaration. La procédure de déclaration est très limitée quant à ses effets. Elle ne peut intervenir que pour des investissements relevant de secteurs économiques précis et dans des seuils fixés par le législateur.

S'agissant des secteurs économiques, ceux-ci sont déterminés par la méthode des listes. Par exemple, le législateur ivoirien prévoyait que les investissements pouvant faire l'objet d'une procédure de déclaration doivent intervenir dans les secteurs d'activité suivants : les industries manufacturières et industries métallurgiques, l'agriculture et l'agro-industrie, la foresterie, l'élevage, la pêche, la pisciculture y compris les activités de stockage et de conservation, l'industrie extractive, la production, le transport et la distribution d'énergie, la production d'énergie, l'industrie manufacturière et les industries métallurgiques, l'industrie culturelle, la santé, le tourisme, les services de soutien à l'industrie, les nouvelles technologies, les travaux publics, le textile, l'industrie du bois, le montage et assemblage, le transport, la sécurité et la protection de l'environnement, l'éducation et l'encadrement de l'enfance, l'artisanat, l'habitat et l'aménagement foncier, le bâtiment à usage industriel¹¹²⁸. Cette liste peut éventuellement être complétée par décret et exclut toutes activités relevant du secteur bancaire et financier. Également seuls sont concernés les investissements dont les opérations créent une nouvelle activité¹¹²⁹.

Quant au seuil fixé, celui-ci varie suivant les pays concernés. À titre illustratif, le législateur togolais prévoit que le régime de déclaration n'est ouvert qu'aux investissements dont le montant global est compris entre cinquante millions (50.000.000) et six cents millions (600.000.000) francs CFA¹¹³⁰. Les éléments qui sont pris en compte dans la détermination du montant total de l'investissement sont également précisés par le

¹¹²⁷ Contrairement à la demande d'agrément, le dépôt du formulaire d'enregistrement n'a pas fait l'objet de discussions sur sa valeur juridique en tant qu'acceptation. Le rapprochement étant toutefois possible, il est utile d'opérer un renvoi vers les discussions sur la nature juridique de la demande d'agrément abordées au paragraphe suivant.

¹¹²⁸ Code des investissements ivoirien de 2012, art. 33. Voir également article 9 du code des investissements djiboutien de 1984.

¹¹²⁹ Code des investissements ivoirien de 2012, art. 32.

¹¹³⁰ Togo, Code des investissements de 2012, art. 16.

législateur togolais et ne concernent que les frais de premier établissement, les coûts de bâtiments et de génie civil, les équipements nouveaux et les immobilisations incorporelles. Dans la même veine, le législateur djiboutien précise que les bénéficiaires du régime A, soumis à la procédure de déclaration, doivent réaliser un investissement d'un montant minimum de 5 millions de francs djiboutien et créer un minimum d'emplois permanents. Toutefois, la loi laisse le soin au décret d'application de fixer les éléments permettant d'apprécier la condition de création d'emplois permanents¹¹³¹. Les seuils ainsi définis montrent que la procédure concerne des investissements d'une importance moindre. En termes de coûts-opportunité, soumettre de tels investissements aux procédures dispendieuses de l'arbitrage, si cela reste possible, est d'un intérêt limité¹¹³².

443. Ainsi, en pratique, l'approche contractuelle des codes ne serait valable que pour une hypothèse marginale. Elle ne concernerait que les codes qui soumettent l'investissement à une procédure de déclaration, qui est réduite à des investissements de moindre importance et à des secteurs précis. L'intention ferme de contracter de l'État d'accueil que l'on cherche à établir, serait finalement limitée à des situations si marginales qu'elles n'en présentent pas un véritable intérêt pratique et théorique. L'adage *de minimis non curat praetor* pourrait s'appliquer *mutatis mutandis* aux présents développements. En définitive, il peut être considéré que la liberté d'investissement aménagée par la procédure de déclaration, ne crée des engagements envers leur destinataire que de façon trop limitée pour servir de justification à la théorie contractuelle des codes des investissements. Il en va différemment des procédures d'autorisation.

b. La procédure d'autorisation comme obstacle à l'existence d'une offre pure et simple

444. Généralisation de la pratique. L'option libérale qui s'est imposée à partir des années 1990, n'a pas eu pour effet de supprimer définitivement les mesures de contrôle à l'investissement international. Au titre de ces mesures, les procédures d'autorisation sont un instrument efficace pour filtrer l'accès aux marchés nationaux. Une telle procédure existe dans tous les États sous des formes variées. En France, la procédure est organisée par le ministère de l'Économie et des Finances selon les dispositions prévues au code

¹¹³¹ Djibouti, Code des investissements djiboutien, 1984, art. 9 et ss.

¹¹³² Par exemple, le maximum prévu par le texte togolais pour les investissements internationaux est de 600 000 000, environ 916 000 euros. Si l'on tient compte de la rémunération des arbitres, (en moyenne entre 40 000 et 200 000 par arbitre), les frais d'avocats qui sont tout aussi élevés que ceux des arbitres et les coûts du centre d'arbitrage, on atteint très vite en frais de procédure le montant global de l'investissement.

monétaire et financier récemment modifié par la loi PACTE¹¹³³ tandis qu'aux États-Unis, le *CFIUS* assure en grande partie le contrôle des investissements internationaux¹¹³⁴. La prétention assumée par les États africains, par le truchement des codes, est d'offrir une procédure transparente et relativement accélérée des demandes d'agrément d'investissement. Cette procédure d'agrément qui concerne les investissements au-delà des seuils fixés par les législateurs africains, est un mécanisme d'autorisation des investissements qui permet aux autorités locales de conserver un certain contrôle dans l'admission des investissements internationaux. En soumettant l'investisseur étranger à cette mesure protectionniste, il est possible de déduire l'absence d'intention ferme des législateurs de souscrire à des engagements vis-à-vis de l'investisseur.

445. La procédure d'agrément. Les procédures d'agrément et de certificat varient suivant les textes et les traditions juridiques concernés. La pratique normative des États africains en la matière ne peut être systématisée¹¹³⁵. Le raisonnement peut ici être mené suivant l'exemple de la procédure ivoirienne d'agrément prévue par l'ordonnance de 2012. Partant du postulat que le code des investissements est l'offre de contracter, le dépôt de la demande d'agrément serait alors l'acceptation de l'offre et devrait constituer la dernière étape de formation de cet hypothétique contrat d'investissement. Mais, il n'en rien. Après le dépôt du dossier de demande d'agrément en dix (10) exemplaires¹¹³⁶ auprès du CEPICI, celui est transmis au Comité Technique Interministériel des Investissements¹¹³⁷. Ce comité est un organe constitué du ministre de l'Économie, du ministre du Budget en qualité d'observateur, du directeur général des Impôts, du directeur général des Douanes et du ministre en charge du secteur concerné par l'investissement.

¹¹³³ France, Code monétaire et financier, art. L151-2 et ss.

¹¹³⁴ États-Unis, Section 721 *Defense Production Act* of 1950 modifié par l'amendement Exon-Florio de 1988, le *Foreign and National Security Act* de 2007 et le *Foreign Investment Risk Review Modernization Act* de 2018.

¹¹³⁵ En plus des formulations variées d'un texte à l'autre, il faut en plus tenir compte des pratiques écrites et non écrites des différentes administrations recueillies à l'issue d'une enquête de terrain. Dans le cadre de la présente étude, seule une entrevue accordée par le Centre de Promotion des Investissements de Côte d'Ivoire (CEPICI) a été possible.

¹¹³⁶ Le dossier à présenter doit contenir une lettre de demande d'agrément à l'investissement, le modèle de descriptif du projet d'agrément à l'investissement, la lettre d'engagement pour le respect des obligations précisées au Titre III (article 21 à 28) de l'Ordonnance n°2012-487 du 07 juin 2012 portant code des investissements, la lettre d'engagement à tenir une comptabilité analytique séparée pour l'activité éligible en cas de développement l'activité ou en cas d'exercice d'une activité mixte ou de plusieurs activités et les tableaux à remplir selon la zone concernée par l'investissement et la nature de l'entreprise ; le code établissant une distinction entre les Grandes entreprises et les PME. Ces éléments sont à retirer auprès des services du CEPICI. Outre ces documents, l'investisseur doit également rapporter les pièces suivantes : L'investisseur doit également apporter les pièces suivantes : une copie des statuts enregistrés (pour les sociétés), une copie de la déclaration notariée de souscription et de versement du capital pour les sociétés, ou une déclaration de la valeur patrimoniale de l'entreprise délivrée par un expert-comptable agréé, pour les entreprises individuelles, une copie du registre de commerce, une copie de la déclaration fiscale d'existence, une copie de la déclaration faite par l'employeur à l'Institut de Prévoyance Sociale-Caisse Nationale de Prévoyance Sociale IPS-CNPS, d'un code import-export si l'activité l'exige, d'une copie de la carte nationale d'identité ou du passeport du déclarant, une autorisation administrative d'exercice ou d'exploitation pour les activités ou professions réglementées et pour les PME, en plus de ce qui précède, toute documentation justifiant le statut de PME conformément aux dispositions du décret n°2012-05 du 11 janvier 2012 portant définition des Petites et Moyennes Entreprises.

¹¹³⁷ Article 40 du code des investissements ivoirien de 2012.

Ce comité dispose d'un délai de vingt-un (21) jours ouvrables à compter de la date de dépôt de l'attestation de recevabilité pour évaluer le projet d'investissement¹¹³⁸. En cas de non-respect de ce délai, l'investisseur peut saisir le Premier ministre qui dispose également de cinq (5) jours pour prendre les mesures appropriées¹¹³⁹. Cependant, le code ne fournit pas d'élément en cas de non-respect par le Ministre du délai qui lui est imparti. Ainsi, faudra-t-il rechercher en droit commun, les solutions consacrées par la jurisprudence en cas de non-respect par l'Administration des délais qui lui sont impartis¹¹⁴⁰.

En cas de décision positive, l'agrément est accordé à l'investisseur. Il s'agit d'un arrêté pris par le ministre du Budget qui accorde les avantages prévus par le code des investissements à l'opérateur. En cas de refus de la demande d'agrément, le Comité a l'obligation de motiver sa décision. Dans ce cas, l'investisseur a deux options. Soit il renonce à son investissement, soit il tient compte des observations formulées par le Comité. S'il décide d'apporter les modifications requises à sa demande, celle-ci est réexaminée par le Comité. À défaut, il pourra saisir les juridictions locales pour faire droit à sa demande. En pratique, cette action est rarement entreprise en raison de la diligence observée par les pouvoirs publics. Le CEPICI offre à ce titre à l'investisseur un soutien et une assistance de nature à permettre la validation de son projet d'investissement. L'agence de promotion des investissements du Nigeria est sur ce point, encore plus diligente en publiant sur son site, les affaires contentieuses rendues à propos des codes¹¹⁴¹.

446. Les conséquences de la procédure. La procédure d'agrément décrite montre que c'est finalement l'Administration centrale, en Côte d'Ivoire mais aussi dans d'autres États africains, qui accorde l'agrément d'investissement¹¹⁴². Les codes des investissements n'ouvriraient alors que les phases de négociation entre l'État hôte et l'investisseur étranger. Rapporté à la figure contractuelle, il serait plus indiqué de

¹¹³⁸ Article 20 décret d'application du code des investissements ivoirien 2012.

¹¹³⁹ Article 39 code des investissements ivoirien de 2012.

¹¹⁴⁰ Certains codes prévoient que le silence gardé par l'administration vaut acceptation du dossier. Voir sur ce point : Tunisie, Loi n° 2016-71 du 30 septembre 2016, portant loi de l'investissement, *JORT*, n°82, 7 octobre 2016, p.3083, article 4 : « Le silence gardé après l'expiration des délais prévus par le paragraphe 3 du présent article vaut autorisation pourvu que la demande remplisse toutes les conditions requises. Dans ce cas, l'instance accorde l'autorisation après vérification du respect de ces conditions et délais en cas de silence après l'expiration des délais ». Également : Sénégal, loi n°2004-06 du 6 février 2004 portant Code des investissements modifiée par la loi n°2012-32 du 31 décembre 2012, article 21.

¹¹⁴¹ Le site de la NIPC est accessible à partir de ce <https://www.nipc.gov.ng/>

¹¹⁴² Certaines offres d'arbitrages ne sont d'ailleurs accordées qu'aux investisseurs bénéficiant d'un agrément : « Les différends ou les litiges opposant un investisseur à l'État du Niger relatifs à la validité, l'interprétation, l'application ou la révision d'une ou plusieurs clauses de l'agrément, font d'abord l'objet d'une procédure de règlement à l'amiable entre les parties ». Code des investissements Nigérien de 2014, art. 45 et 47 : « Si le désaccord persiste, le règlement du différend fait l'objet d'arbitrage dans les conditions ci-après : [...] La possibilité pour les non nationaux de recourir au Centre International pour le Règlement des Différends Relatifs aux Investissements (CIRDI), à moins qu'il n'existe un accord bilatéral de promotion ou de protection des investissements conclu avec l'État dont l'investisseur est ressortissant et ayant prévu une procédure. »

considérer que le code des investissements correspond à une invitation à entrer en pourparlers, le dossier d'agrément en serait alors l'offre faite par l'investisseur, et la décision d'agrément deviendrait l'acceptation de cette offre. En tant qu'invitation à entrer en pourparlers, les investisseurs n'auraient alors aucun droit acquis subjectif issu du code qui leur profiterait¹¹⁴³. De tels droits résulteraient en réalité des actes pris en exécution des dispositions des codes. Ces actes pourraient alors être considérés comme des tempéraments à l'exclusion des codes de la catégorie des engagements spécifiques.

§2 : Le tempérament à l'assimilation des codes des investissements aux engagements spécifiques

447. La nature juridique des codes des investissements, quoique faisant échec à leur assimilation aux engagements spécifiques des TBI, n'empêche pas absolument l'investisseur étranger de bénéficier d'une clause *umbrella* ou de la protection d'une attente légitime au titre d'un TBI. Toutefois, pour qu'il en aille ainsi, l'investisseur devra se prévaloir d'un acte subjectif régi par le code des investissements¹¹⁴⁴. Ces actes qui sont alors les véritables engagements spécifiques, ont un statut juridique sujet à discussion (A). Ce statut controversé influence à son tour les effets juridiques de ces instruments, s'agissant notamment des titulaires des droits qu'ils consacrent (B).

A. LE STATUT CONTROVERSE DES ACTES REGIS PAR LES CODES

448. Les lois sur l'investissement des différents États offrent aux investisseurs étrangers la possibilité de consolider les droits et avantages que leur offre le code par la conclusion d'une convention d'établissement ou par l'attribution d'un agrément. À l'instar des contrats d'État, une partie de la doctrine a considéré que les conventions d'établissement tireraient leur obligatorité de l'ordre international (1) tandis que l'agrément prendrait la forme d'une convention entre l'État d'accueil et l'investisseur étranger (2).

¹¹⁴³ Certes dans le cadre de l'appréciation du droit de réclamation de l'investisseur, des nuances pourraient être apportées en considérant que la loi suffit pour reconnaître le *locus standi* de l'investisseur indépendamment du fait qu'il dispose ou non d'un agrément. Mais, cette situation limitée au seul droit de réclamation est plus complexe et sera abordée plus en détail en seconde partie.

¹¹⁴⁴ Dans l'affaire *Interocean Oil c. Nigéria*, la question de savoir si la procédure d'agrément est suffisante pour bénéficier des avantages du code des investissements a été soulevé par l'État défendeur pour contester la compétence du tribunal arbitral. La société requérante estimant pour sa part que le but des codes des investissements étant de promouvoir l'investissement, une entreprise n'a pas besoin d'être enregistrée pour bénéficier des protections offertes par le code. Le tribunal arbitral tout en considérant le caractère déterminant de la discussion diffère son analyse au stade de la procédure au fond toujours en cours. CIRDI, *Interocean Oil Development Company and IntercoceanOil Exploration Company v. Federal Republic of Nigeria*, n°ARB/13/20, 29 Octobre 2014, §§ 83 – 104. Ce point sera discuté *infra* Partie 2, Titre 1, Chapitre 2, section 1, §1, C.

1. L'obligatorité discutée des conventions d'établissement

449. Présentation des conventions. Les conventions d'établissement font leur apparition dans le paysage africain à la suite de l'épisode colonial. L'instrument désignait alors « le document conventionnel par lequel sont fixées les conditions de l'activité d'une entreprise sur le territoire d'un État »¹¹⁴⁵. Leur teneur consensuelle n'est pas vraiment discutée dans la mesure où ces conventions sont négociées par les États et les investisseurs étrangers à propos des conditions de l'établissement et l'exploitation de leur investissement. Certaines de ces conventions vont encadrer l'ensemble des activités d'une société pour la durée de son opération d'investissement, tandis que d'autres vont être limitées à une opération d'investissement précise¹¹⁴⁶. Cet aspect négocié des conventions d'établissements rend leur contenu variable. Cependant, les points qui sont l'objet des négociations sont les droits et avantages qui figurent dans les codes des investissements. L'évolution de la pratique montre que ces conventions ont gagné en précision et font l'objet d'un meilleur encadrement. Pour n'en citer qu'un exemple, le code des investissements ivoirien de 2018 limite le recours à de telles conventions aux investissements réalisés dans le cadre des projets structurants¹¹⁴⁷. L'article 19 du code prévoit que ces conventions sont initiées et conduites par l'agence chargée de la promotion des investissements et approuvées par le Conseil des ministres puis signées par les Ministres chargés des Finances et du Budget ainsi que le(s) ministre(s) sectoriels. La pratique de ces « conventions d'État » étant encore récente, il est difficile d'en fournir une étude minutieuse. Leur appellation est toutefois de nature à semer le trouble et rappeler le débat autour de ces contrats internationaux concernant leur ordre de rattachement. Il n'est pas certain qu'en qualifiant ces conventions de contrat d'État, le législateur ivoirien se réfère à la construction doctrinale qui a alimenté les discussions pendant deux décennies, voire plus. La définition qui en est d'ailleurs donnée justifie que

¹¹⁴⁵ Jean-Claude GAUTRON, « Les conventions d'établissement conclues par le Sénégal avec des entreprises », *AFDI*, vol. 14, 1968, p. 655.

¹¹⁴⁶ Philippe KAHN, « Problèmes juridiques de l'investissement dans les pays de l'ancienne Afrique française », *JDI*, 1965, pp. 340 et ss. Certaines des conventions d'établissement couvrant des opérations génériques sont toujours en vigueur. Par exemple, le Groupe Total annonçait sur son site internet la signature par sa filiale Total Gabon et la République du Gabon du renouvellement, pour une durée de 25 ans, de la convention d'établissement qui venait à échéance le 30 juin 2007. Cette convention d'établissement fixe le régime juridique et fiscal des concessions, des permis d'exploitation et des installations d'évacuation de brut de Total Gabon. Elle régit dix-sept concessions et permis d'exploitation, représentant une superficie globale de près de 1 500 kilomètres carrés et plus de 60 % de la production en part Groupe de Total au Gabon, soit plus de 50 000 barils de pétrole par jour en 2006. Total Gabon, *Rapport Financier Annuel (RFA)*, 20 avril 2020, 82 p., spécialement p. 30.

¹¹⁴⁷ Le terme convention d'établissement est toutefois remplacé par l'expression « convention d'État ». Le litra (h) de l'article 1 du code définit le contrat d'état comme la « convention signée entre l'État et un investisseur privé pour développer un projet économique à effet structurant pour l'économie nationale ». Il n'est pas indiqué que ces conventions se distinguent fondamentalement des conventions d'établissement si ce n'est la restriction au projet structurant. Ordonnance n°2018-646 du 1^{er} août 2018 portant code des investissements.

l'on distingue ces deux éléments bien qu'en pratique la question de la soumission au droit international de ces instruments reste déterminante.

450. La soumission au droit international. Ces conventions en ce qu'elles sont prévues par une loi nationale spéciale, *i.e.* le code des investissements, et accordées selon la procédure fixée par ces lois¹¹⁴⁸, il a pu être soutenu que leur contenu, notamment les éléments ayant trait à la protection internationale de l'investisseur et la clause de recours à l'arbitrage international, nécessitait de les localiser en droit international¹¹⁴⁹. Le gouvernement suisse, dans son mémoire à propos de l'affaire *Losinger*, considérait que « le principe *Pacta sunt servanda* (...) s'impose non seulement à propos d'accords directement conclus entre États, mais aussi ceux passés entre un État et des étrangers »¹¹⁵⁰. Une analyse qui devrait rencontrer un succès relatif à la suite des arbitrages pétroliers sous la plume des théoriciens du contrat d'État¹¹⁵¹.

Les objections à l'égard de cette théorie de l'internationalisation par le *negotium* ont déjà été formulées¹¹⁵². Les conventions d'établissements ne sont pas des accords internationaux. Si certaines d'entre elles peuvent déroger aux dispositions prévues par le code des investissements, ce n'est en réalité que sur habilitation de ces lois nationales. En d'autres termes, ce n'est pas tant en raison d'une valeur supra législative que les autorités gouvernementales peuvent leur accorder des droits différents ou additionnels à ceux prévus par la loi, mais en raison du caractère facultatif des codes des investissements. Le régime juridique de ces conventions est rattaché à l'ordre juridique interne et ne varie pas sensiblement de celui prévu pour les investisseurs agréés au titre du code des investissements. La proximité des régimes a par ailleurs justifié une certaine approche contractuelle des agréments.

¹¹⁴⁸ Voir sur ce point Bocar NIANE, *Le régime juridique et fiscal du code des investissements au Sénégal*, NEA et A. Pédone, Paris, 1976, 216 p.

¹¹⁴⁹ Jean-Claude GAUTRON, « Les conventions d'établissement conclues par le Sénégal avec des entreprises », *AFDI*, vol. 14, 1968, pp. 655 et ss.

¹¹⁵⁰ CPJI, *Losinger & Cie SA*, 1936, n°78, Série C, Requête et pièces de la procédure, p. 32.

¹¹⁵¹ Brigitte STERN, « Trois arbitrages, un même problème, trois solutions : les nationalisations pétrolières libyennes devant l'arbitrage international », *Rev. Arb.*, 1980, vol. 1, pp. 3-43 ; Charles LEBEN, « La théorie du contrat d'État et l'évolution du droit international des investissements », *RCADI*, 2003, pp 209 – 377 ;

¹¹⁵² Les contrats d'État sont une construction doctrinale qui ne se vérifie pas. Les effets prétendument internationaux de ces contrats n'en font pas une source du droit international. La saisine d'une juridiction internationale, *i.e.* un tribunal arbitral, n'est pas un facteur d'internationalisation d'un instrument. De plus, il n'existe pas d'obligation par nature internationale (à l'exception du *jus cogens*) dont l'évocation par un instrument juridique suffit pour en faire un instrument de droit international. Enfin, comme l'a démontré, la professeure Lankarani, les principes généraux de droit international ne permettent pas l'internationalisation des contrats. Sur l'ensemble de ces points, voir : Leila LANKARANI, *Les contrats d'État à l'épreuve du droit international*, Bruylant, Bruxelles, 2001, 572 p. ; Sophie LEMAIRE, *Les contrats internationaux de l'administration*, LGDJ, 2005, 414 p. Contre cette approche toutefois, Charles LEBEN, « La théorie du contrat d'Etat et l'évolution du droit international des investissements », *RCADI*, 2003, vol. 302, pp. 197 – 386.

2. La forme contractuelle controversée des agréments

451. L'agrément, tel qu'il apparaît dans les procédures définies par les différents législateurs, est l'acte par lequel les autorités gouvernementales accordent à l'investisseur le bénéfice des avantages prévus au code¹¹⁵³. À ce titre, d'aucuns seraient légitimes à y voir un acte d'autorité, en ce qu'il émanerait de la volonté seule d'une autorité publique et revêtirait un caractère décisive¹¹⁵⁴. Mais l'analyse est loin de traduire à elle seule, la relation complexe, qui se noue entre l'État d'accueil et l'investisseur étranger.

452. Critique de la nature d'acte unilatéral administratif. La remise en cause de la qualité d'acte administratif unilatéral des agréments, dans le cadre d'un contentieux, intervient à la suite de l'affaire *Amco Asia c. Indonésie*¹¹⁵⁵. Le requérant soutenait que l'État indonésien n'avait pas respecté à son égard ses obligations contractuelles alors même que de tels droits découlaient pour l'investisseur de l'attribution de l'agrément. L'argument n'a pas manqué de susciter l'étonnement, notamment du défendeur, qui n'hésitait pas à recourir à l'expertise du Professeur Delvolvé, pour évaluer la pertinence du moyen invoqué au regard du droit français en raison de la proximité des régimes de l'agrément et des conventions d'établissements, pratique de l'ancienne métropole. Pour le Professeur, à considérer strictement les principes du droit français, l'agrément est un acte unilatéral administratif qui accorde des droits sous certaines conditions à l'investisseur étranger¹¹⁵⁶ tandis que le contrat se réfère à un instrument identifié ayant fait l'objet de négociation. Toutefois, de l'avis des arbitres, la question ne pouvait être résolue par référence aux principes de droit français parce qu'il ne s'appliquait pas en l'hypothèse et parce que la théorie des actes administratifs de droit français est loin de pouvoir correspondre aux mécanismes des autres systèmes juridiques.

Ainsi, pour vérifier l'hypothèse du caractère contractuel de l'agrément, les arbitres optèrent pour une perspective de droit comparé prenant en compte la notion de contrat dans les divers droits nationaux, à commencer par le droit indonésien. Ce faisant, le

¹¹⁵³ La terminologie est changeante d'un État à un autre, et parfois au sein d'un même État, d'une loi à une loi. Par exemple, alors que le code des investissements de 2012 ivoirien prévoyait une procédure d'agrément des investisseurs, le code de 2018 tel que modifié en 2019 prévoit pour sa part un « certificat d'investissement ». Dans les traditions de *common law*, il sera plutôt question de *License* ou *certificate*.

¹¹⁵⁴ Christine BERTRAND, *L'agrément en droit public*, LGDJ, 1999, 295 p.

¹¹⁵⁵ Dans des arbitrages commerciaux, les réflexions en ce sens avaient déjà été amorcées. Voir CCI, *Mojzez Lubelski c. Burundi*, 1968 : « le tribunal arbitral saisi déclara que la relation litigieuse s'analysait en une concession administrative comportant à la fois des éléments contractuels et des éléments d'autorité. Ayant cependant décidé que les éléments contractuels étaient largement prédominants en l'espèce (rédaction par les parties d'un acte ayant une forme synallagmatique et dénommé contrat), le tribunal ne sortit plus par la suite de la sphère contractuelle. » Cité par Sébastien MANCIAUX, *Investissements étrangers et arbitrage entre États et ressortissants d'autres États*, Litec, Université de Bourgogne, 2004, vol. 24, pp 449 – 450.

¹¹⁵⁶ CIRDI, *Amco Asia c. Indonésie*, ARB/81/1, 15 janvier 1981, § 179.

tribunal s'est aisément convaincu de l'absence de différences notables entre les conceptions françaises et indonésiennes du « contrat ». Celui-ci est présenté comme « *a convention by which one or several persons undertake, towards one or several others, to give, to do or not to something* »¹¹⁵⁷. Le tribunal souligna toutefois l'excès de formalisme de cette approche contractuelle qui trahit la substance du rapport contractuel qu'à l'inverse, certains auteurs de *common law* ont su mettre en exergue en définissant le contrat comme « *an actionable promise or promises. Every such promise involves at least two parties, and an outward expression of common intention and of expectation as to the declaration or assurance contained in the promise* »¹¹⁵⁸.

Quoi qu'il en soit, le tribunal a considéré que les principes généraux qui se dégagent des divers droits nationaux, y compris le droit indonésien, font du contrat, un accord de volonté créant des obligations. À ce titre, il peut être considéré que la demande d'agrément de l'investisseur, qui ne cherche pas seulement à investir mais assume également des obligations, est une offre de contrat et l'attribution de l'agrément par les autorités gouvernementales, est l'acceptation de cette offre. Le tribunal ajoutait qu'il s'agissait d'un contrat qui n'est cependant pas identique au contrat entre personnes privées du fait de la présence de particulier. Il s'agirait de contrats qui créent « *a sui generis legal relationship* »¹¹⁵⁹.

453. Un contrat *sui generis* ? La caractérisation du lien *demande d'agrément et acceptation de l'agrément* comme *offre et acceptation*, n'a pas emporté la conviction. Les sentences rendues à la suite de l'affaire *Amco c. Indonésie*, se sont montrées réservées quant à une telle démonstration¹¹⁶⁰. D'ailleurs, le raisonnement des arbitres n'est pas sans défaut¹¹⁶¹. Fondée sa démonstration sur des principes généraux des contrats, dont on peut émettre de sérieuses réserves quant à leur existence, pour aboutir à la conclusion qu'il s'agit de contrats spéciaux, peut paraître en soi paradoxal. Plus encore, si ce contrat trouve

¹¹⁵⁷ CIRDI, *Amco Asia c. Indonésie*, ARB/81/1, 15 janvier 1981, § 181

¹¹⁵⁸ CIRDI, *Amco Asia c. Indonésie*, ARB/81/1, 15 janvier 1981, § 183.

¹¹⁵⁹ CIRDI, *Amco Asia c. Indonésie*, ARB/81/1, 15 janvier 1981, § 189.

¹¹⁶⁰ Le tribunal a retenu la nature d'acte unilatéral des agréments. CIRDI, *Antoine Goetz et consorts c. République du Burundi*, ARB/95/3, 10 février 1999, § 76.

¹¹⁶¹ Dans sa critique formulée à ce sujet, Sébastien Manciaux faisaient indiquer : « en sus de l'affaire *Goetz c. Burundi*, peuvent notamment être signalées les affaires *AAPL c. Sri Lanka*, *A. Genin c. Estonie*, ou *Middle East cement c. Egypte*. Nul recours à une figure de type contractuel n'est esquissé dans les sentences rendues dans ces affaires. C'est dire que la jurisprudence CIRDI ne s'est pas engagée plus avant sur la voie consistant à assimiler à un contrat la combinaison demande d'investissement/autorisation d'investir, voie à la fois critiquable et inutile parce qu'un comportement illicite peut être sanctionné hors de tout cadre contractuel comme l'avait déjà démontré la sentence *Amco*. Note 1464 : En montrant que la responsabilité de l'Indonésie était engagée même sans recourir à la qualification contractuelle, que ce soit sur le fondement de l'article 1365 du Code civil indonésien – analogue à l'article 1382 du Code civil français – comme sur le fondement des règles de droit international relatives aux droits acquis, le premier tribunal *Amco a*, sans doute involontairement, prouvé que le recours à la figure contractuelle pour analyser le litige considéré était inutile. » dans *Investissements étrangers et arbitrage entre Etats et ressortissants d'autres Etats*, Litec, Université de Bourgogne, 2004, vol. 24, p. 450, § 571.

son fondement dans la loi, ne faut-il pas apprécier sa nature juridique seulement au regard du système juridique en cause ? À ce titre, dans les États qui ont subi l'influence du droit administratif français, qu'est ce qui pourrait bien faire obstacle au recours aux mécanismes de droit public, qui soumettent les agréments, en tant qu'acte décisoire créant des droits subjectifs, aux régimes des actes unilatéraux¹¹⁶² ?

Toutefois, l'acte unilatéral comme théorie explicative de la nature des agréments ne convient guère plus. L'agrément, est-il précisé, est accordé à la société de projet. C'est donc l'investissement qui est ici protégé. L'investisseur étranger, en lui-même n'est pas agréé indépendamment du fait qu'il s'agisse d'une personne morale ou physique. Dès lors, l'agrément comme engagement spécifique ne profiterait pas à ces derniers. Le bénéfice de la clause *umbrella* ou la protection de leurs attentes légitimes en serait impacté ce qui ne correspond pas à la pratique. Il faut en déduire que l'acte unilatéral est loin de décrire la réalité de l'opération d'investissement¹¹⁶³.

454. L'agrément, un acte détachable. Pour notre part, l'approche contractuelle présentée par la sentence *Amco* serait la mieux indiquée, non sans y apporter quelques nuances. On pourrait considérer les codes des investissements comme une *invitation à entrer en pourparlers*, les prospections et les échanges entre l'investisseur étranger et l'administration, comme la phase de négociation dont la commune intention des parties serait caractérisée par l'agrément. L'agrément serait en quelque sorte la preuve d'un accord entre les parties. L'hypothèse serait celle d'un investissement « déshabillé »¹¹⁶⁴ dont les diverses phases pourraient inclure les différents contrats qui participent de la

¹¹⁶² C'est d'ailleurs le raisonnement suivi par les arbitres de l'affaire *Goetz* qui après avoir relevé les indices marquant le pouvoir discrétionnaire de l'autorité ministérielle dans l'attribution de l'agrément conclut que « la décision octroyant à AFFIMET l'agrément comme entreprise franche ainsi que la décision révoquant cet agrément sont, en conséquence, l'une et l'autre des actes unilatéraux de l'État burundais. La présente affaire ne soulève pas de problème spécifique de contrat d'État ». CIRDI, *Antoine Goetz et consorts c. République du Burundi*, ARB/95/3, 10 février 1999, §§ 75-76.

¹¹⁶³ Tentant d'expliquer la différence d'approche entre les sentences *AMCO c. Indonésie* et *Goetz c. Burundi*, Sébastien MANCIAUX semble reconnaître une possible justification lorsque les parties sont entrées en négociation au moment de la demande d'agrément. Il écrit en ce sens qu'il « apparaît clairement que dans la première, bien que délivrée en application de la législation indonésienne, l'autorisation d'investir résultait d'une négociation entre l'investisseur et l'administration quant à son contenu : des demandes spécifiques de l'investisseur (notamment l'insertion d'une clause d'arbitrage CIRDI non prévue par la loi) avaient été acceptées par l'administration indonésienne moyennant quelques modifications acceptées en retour par l'investisseur. Aucune négociation de ce type ne transparaît à la lecture de la seconde sentence dans laquelle le tribunal arbitral – présidé par un éminent publiciste en la personne du Professeur Prosper Weil – insiste au contraire sur l'absence d'intervention de l'investisseur dans l'édiction du certificat « délivré par le ministre » sur avis d'une commission administrative. L'application du critère du nombre d'auteurs de l'acte, au-delà du formalisme de son édicton permet de résoudre la contradiction apparente entre les deux affaires étudiées ». *Investissements étrangers et arbitrage entre États et ressortissants d'autres États*, Litec, Université de Bourgogne, 2004, vol. 24, p. 448 – 449, § 569.

¹¹⁶⁴ Patrick JUILLARD indique ainsi : « [o]n dit de l'investissement qu'il est "habillé" lorsque l'ensemble des opérations qui concourent à sa préparation et à sa réalisation, d'une part, et à son fonctionnement de la constitution à la liquidation, d'autre part, sont envisagées dans leur globalité et dans leur totalité par un seul et même contrat, et sont par conséquent régies par des stipulations de caractère homogène. On dit de l'investissement qu'il est « déshabillé » lorsque chacun de ses éléments est dissocié des autres, et est considéré isolément dans sa spécialité par un contrat particulier, les stipulations des contrats particuliers pouvant dès lors présenter un caractère homogène ». in « Contrat d'État et investissement », Hervé CASSAN (dir.), *Contrats Internationaux et pays en développement*, Economica, 1989, pp. 159-174, spéc. pp. 170-171.

réalisation du projet d'investissement. Dans un tel schéma, le régime de l'agrément serait à rapprocher de l'acte détachable tel qu'il se présente en droit administratif français et repris dans les droits administratifs des États africains qui en ont subi l'influence. Bien qu'unilatéral dans sa forme, il est un élément de l'opération contractuel. L'expérience ne fournit malheureusement pas assez d'éléments pour apprécier la réalité de la démonstration. En raison d'une politique incitative constante et de la possibilité offerte aux investisseurs d'apporter les correctifs nécessaires à leur demande d'agrément, il est rare que des recours contre les décisions d'agrément soient introduits. Cependant, l'obligation de motivation mentionnée par certains codes¹¹⁶⁵, laisse entrevoir que des recours seraient possibles. Et en pareils cas, les recours devraient relever des juridictions locales selon les procédures établies pour les contrats administratifs.

Également, l'agrément a pour effet de créer une relation réciproque entre l'État d'accueil et l'investisseur étranger. Rappelons, que les codes des investissements mettent à la charge de ceux-ci des obligations de comportement et des prescriptions de résultats qui sont la contrepartie espérée de l'État qui en retour offre des avantages fiscaux et douaniers à ses partenaires. Le non-respect de ses obligations réciproques peut entraîner le retrait de l'agrément et la mise en jeu de la responsabilité de l'État.

455. L'inclination en faveur de l'approche contractuelle. Cette approche contractuelle de l'agrément présente enfin l'avantage d'offrir à l'investisseur une présomption d'agrément dès lors que l'investissement est réalisé. Précisons que la règle *actori incombis probatio*, requiert du justiciable qui invoque le bénéfice d'un droit de le prouver. Ainsi, en cas de contestation au sujet de l'existence d'un agrément au profit de l'investisseur, c'est à ce dernier de le prouver. Or, en considérant que l'agrément n'existe que dans le cadre d'une opération d'investissement, et apportant au soutien de sa prétention les éléments établissant la réalisation de l'investissement, l'investisseur bénéficierait d'un commencement de preuve qui serait de nature à inverser la charge de la preuve. À l'évidence de telles constructions théoriques ne posent qu'un cadre général qui ne résiste que péniblement à la réalité du procès international¹¹⁶⁶. Mais ce serait une erreur que de n'y voir qu'une hypothèse d'école. L'affaire *ABCI c. Tunisie* le démontre de fort belle manière.

¹¹⁶⁵ À titre illustratif : Togo, loi n°2012-001 portant code des investissements, article 23 : « [...] Tout refus d'agrément est notifié par écrit à l'investisseur. Cette notification comporte obligatoirement l'énumération précise des motifs du rejet ».

¹¹⁶⁶ En cours de procès, défendeur et demandeur mobilisent les éléments de preuve qui attestent ou discréditent les thèses de l'une ou l'autre partie. Carlo SANTULLI, *Droit du contentieux international*, LGDJ, 2^{ème} éd., 2015, pp. 535 et ss.

Le litige naît à la suite de la prise de participation au sein du capital de la Banque Franco Tunisienne (BFT) par la société *ABCI Investment NV*, une société enregistrée aux Iles Caïman et dont le siège a été transféré en 2003 aux Antilles Néerlandaises, à hauteur de 53,6% des droits de vote. Le code des investissements tunisien de 1969 exigeait que la prise de participation par des résidents étrangers soit soumise à l'autorisation du ministère du Plan et des Finances ainsi que de la Banque Centrale de Tunisie (BCT). Par lettre n°300 du 23 avril 1982, le Ministère du Plan et des Finances aurait autorisé la souscription d'ABCI au capital de la BFT et une garantie de transfert de la part de la BCT. En décembre de la même année, l'augmentation de capital de la BFT est décidée et selon la Tunisie, seuls des résidents tunisiens se seraient portés garants. Deux ans plus tard, après des négociations entre ABCI et la BCT, la cession de 50% du capital de la BFT est acceptée. Cependant, les relations entre ABCI et la Société Tunisienne des Banques (STB), l'autre actionnaire de la BFT, dont le capital était détenu par l'État Tunisien, se sont vite détériorées. La société ABCI introduisit alors des recours d'arbitrage. Le CIRDI est ainsi saisi sur le fondement de l'article 7 de la loi tunisienne et du TBI Pays Bas-Tunisie pour violation du traitement juste et équitable, de l'obligation de sécurité pleine et entière et pour expropriation déguisée. Mais la Tunisie souleva plusieurs exceptions préliminaires dont certaines concernant le statut d'investisseur protégé par le code des investissements de la société ABCI. La question soulevée par le défendeur était de savoir si un agrément avait été octroyé à la société ABCI pour qu'elle puisse invoquer le bénéfice du code des investissements tunisiens de 1969.

Aucune des parties n'ayant fourni la preuve de l'agrément et l'État défendeur n'ayant pu rapporter un document détaillant la procédure de demande d'agrément¹¹⁶⁷, les arbitres firent le choix d'abandonner l'approche purement formelle de l'agrément pour y substituer une présomption d'agrément par un raisonnement dont les strates corroborent la thèse d'un contrat déshabillé entre l'État et l'investissement. Déjà, la demanderesse faisait observer :

« L'investissement de la société *ABCI* a parcouru diverses procédures qui forment un ensemble, les unes concernant la prise de participation dans la BFT par la voie d'achat d'actions, comme reflété par exemple dans les documents relatifs au montant d'actions acquises, et les autres concernant la matérialisation de l'investissement du point de vue juridique et des garanties qui lui seraient applicables »¹¹⁶⁸.

¹¹⁶⁷ CIRDI, *ABCI Investment N.V. c. Tunisie*, compétence, ARB/04/12, 18 février 2011, p. 38, § 106.

¹¹⁶⁸ CIRDI, *ABCI Investment N.V. c. Tunisie*, compétence, ARB/04/12, 18 février 2011, p. 35, § 101.

C'est donc l'ensemble de l'opération qui devrait servir de cadre à l'appréciation de la notion d'agrément. Suivant cette logique, le tribunal souligne :

« la Tunisie a entrepris les démarches nécessaires pour rechercher des investisseurs internationaux qui pouvaient satisfaire le besoin de recapitalisation du secteur bancaire étatique en cours de privatisation, au nombre desquels était la société ABCI, comme expliqué par l'attestation du Premier Ministre de l'époque »¹¹⁶⁹.

Enfin, bien qu'il puisse exister des divergences quant à la traduction en français du texte arabe se référant à l'agrément, les lettres fournies au dossier, dans lesquelles les autorités gouvernementales et de la Banque autorisaient la prise de participation de la société ABCI au capital de la BFT, permettent de conclure qu'ABCI a bien été agréée au sens du code des investissements tunisiens.

Le raisonnement ainsi décrit revient à faire jouer une présomption à l'endroit de la société ABCI qui résulte du complexe contractuel entre les parties. Les phases ultérieures de l'opération d'investissement n'ayant pu avoir lieu sans autorisation, alors l'agrément doit être considéré comme conféré en dépit de ce que soutient le défendeur.

456. Une approche à relativiser. Cette approche contractuelle, axée autour de l'unité de l'investissement, ne doit pas être exagérée. Certaines sentences arbitrales, notamment dans le domaine minier, s'en sont écartées soulignant l'absence d'un rattachement formel des divers actes juridiques adoptés en vue de la réalisation du projet d'investissement. Dans l'affaire *Khan Resources c. Mongolie* notamment, le demandeur estimait que le permis d'exploitation et le permis d'exploration devaient être considérés comme un investissement unique de sorte que l'atteinte aux droits conférés en vertu d'un permis constituerait également une atteinte aux droits octroyés par l'autre permis. Le tribunal devait rejeter l'argument en ces termes :

*« In the tribunal's view, the Mining and Exploration Licenses must be treated separately. In its Decision on jurisdiction, the Tribunal found that, "by all accounts, Khan Canada (though Khan Mongolia) acquired the Exploration License", though Khan Mongolia was not a party to the CAUC joint venture. It is also undisputed that the Exploration License was never formally merged with the Mining License, or transferred to the partners of the CAUC joint venture. There is no evidence that the Claimants made any formal proposals or took any active steps in this regard. Although, as the Claimants assert, Khan may have intended to merge the two licenses and informal discussions regarding a potential merger may have taken place, the Tribunal must take the situation as it was at the time of the Respondents' allegedly wrongful acts, which is that the Mining and Exploration Licenses were not in fact merged. Accordingly, there is no legal basis upon which the Tribunal could treat the Exploration License as being part of the CAUC joint venture »*¹¹⁷⁰.

¹¹⁶⁹ CIRDI, *ABCI Investment N.V. c. Tunisie*, compétence, ARB/04/12, 18 février 2011, p. 35, §103.

¹¹⁷⁰ CPA, *Khan Resources c. Mongolie*, sentence du 2 mars 2015, §§ 288 – 292, spec. § 291.

Certes, le raisonnement du tribunal concerne des permis d'exploration et d'exploitation, mais la substance du raisonnement peut être étendue *mutatis mutandis* aux agréments. Il peut très bien être considéré comme des instruments juridiques distincts des autres instruments encadrant l'opération d'investissement. Cependant, cette solution peut elle aussi être écartée ou atténuée dans la mesure où le code des investissements peut assurer le rattachement formel de l'ensemble des instruments juridiques. Reste alors à déterminer les titulaires des droits conférés par ses engagements spécifiques.

B. LES TITULAIRES DES DROITS TIRES DES ENGAGEMENTS SPECIFIQUES

457. À qui profitent les actes juridiques subjectifs pris en exécution des codes d'investissement ? Mis à part les conventions d'établissements, la fonction duale des agréments requiert de distinguer la protection formelle accordée à l'investissement (1) de la protection matérielle reconnue à l'investisseur (2).

1. L'investissement : le bénéficiaire formellement identifié

458. Précision terminologique. D'emblée, il est utile d'éviter tout amalgame concernant l'emploi de la notion d'investissement abordée dans le présent paragraphe. La référence n'est pas à confondre avec le concept d'investissement déterminé par la technique du double standard en droit international des investissements¹¹⁷¹. L'investissement désigne plutôt la société de droit local créée pour la réalisation de l'opération de l'investissement. La pratique est courante dans le cadre des projets d'infrastructures et d'industries. Cette société de droit local, le plus souvent une filiale, bénéficie d'une personnalité morale à distinguer de celle de la société mère. Le voile corporatif qui en résulte n'est pas sans poser de difficultés pour l'invocation des droits accordés par l'agrément.

459. La désignation formelle. En tant qu'acte *intuitu personae*, les agréments (et certaines conventions d'établissements) indiquent nommément leur bénéficiaire, la société de projet. Par exemple, l'article 1 du décret n° 2011-679 portant agrément de la société Bénin Terminal S.A. indique que l'agrément est accordé à la société de projet Bénin Terminal S.A. constitué par Bolloré en ces termes :

¹¹⁷¹ Cette définition brièvement évoquée dans l'introduction, est abordée plus en détail dans la partie 2 titre 1 chapitre 2 section 2.

« le projet d'exercice des activités de manutention de conteneurs au Port de Cotonou, de la société BENIN TERMINAL S.A., est agréé au régime "D" du Code des Investissements [...] »¹¹⁷².

Ainsi, c'est cette dernière qui bénéficiera des avantages fiscaux et de la garantie des droits qui lui sont accordés¹¹⁷³. Il en résulte d'une part, que les investisseurs, actionnaire de la société de projet, n'en sont pas bénéficiaires, bien qu'ayant négocié les droits pour la société de projet. Il n'y a rien de surprenant à cette approche. En effet, la situation n'a rien de différent du *distinguo* que les spécialistes en droit des sociétés font entre les associés fondateurs et les associés statutaires¹¹⁷⁴. Les premiers sont autorisés à faire des actes qui sont par la suite imputés à la société créée. De même, pourrait-on considérer que les actes entrepris par les investisseurs sont repris par la société de projet dès sa constitution ? La difficulté que suscite cette désignation formelle est celle de la possibilité pour la société de projet, agissant au titre d'un TBI, d'engager la responsabilité de l'État pour violation de ses droits ou avantages prévus par l'agrément ou la convention d'établissement. Trois conditions doivent alors être remplies pour admettre le *locus standi* de la société de projet.

460. Une possibilité offerte par le Centre d'arbitrage. Pour permettre à la société de projet d'introduire un recours auprès d'un centre d'arbitrage, il faut tout d'abord que le règlement d'arbitrage concerné autorise ce recours. La Convention CIRDI et le règlement d'arbitrage CIRDI, par exemple, autorisent les parties litigantes à reconnaître à une société de droit local, le bénéfice d'une nationalité autre que celle de l'État d'accueil¹¹⁷⁵. Cette position de principe permet à l'investisseur étranger de satisfaire à la première condition posée. Les autres centres d'arbitrage, en raison notamment de la

¹¹⁷² Bénin, Décret n° 2011-679 DU 14 OCTOBRE 2011 portant agrément de la société BENIN TERMINAL S.A. au régime "D" du Code des Investissements pour le projet d'exercice des activités de manutention de conteneurs au Port de Cotonou. Voir *annexe A*.

¹¹⁷³ On retrouve une approche similaire dans l'argumentaire du gouvernement nigérien dans l'affaire *Interocean Oil Development c. Nigeria*. Selon l'État, le code des investissements ne profite qu'aux entreprises enregistrées suivant la procédure prévue par le code des investissements nigérien et qu'il est du devoir de la société mère de s'assurer que cette société de projet soit enregistrée auprès des services dédiés. CIRDI, *Interocean Oil Development Company and Intercocean Oil Exploration Company c. Federal Republic of Nigeria*, ARB/13/20, 29 octobre 2014, §§ 84-85. Certains codes des investissements opèrent toutefois une distinction entre un régime de droit commun qui profite à tous les investisseurs et un régime privilégié qui profite seulement aux investisseurs agréés ou encore entre garanties et bénéfices. À titre illustratif, l'article 1 du code des investissements de 2002 de la RDC dispose : « Tous les investisseurs nationaux et étrangers exerçant une activité licite, agréés ou non, bénéficient de l'ensemble des garanties générales découlant de la présente loi à l'exception des avantages douaniers, fiscaux et parafiscaux prévus aux Titre III et IV ci-dessous, qui sont réservés aux Investisseurs agréés selon la procédure prévue par la présente loi ».

¹¹⁷⁴ OHADA, Acte uniforme révisé relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt, adopté le 30/01/2014 à Ouagadougou (Burkina Faso), article 102 : « Sont qualifiées de fondateur de la société, toutes les personnes qui participent activement aux opérations conduisant à la constitution de la société. Leur rôle commence dès les premières opérations ou l'accomplissement des premiers actes effectués en vue de la constitution de la société. Il prend fin dès que les statuts ont été signés par tous les associés ou l'associé unique ou le cas échéant, ont été adoptés par l'assemblée générale constitutive ». Les articles 106 et suivants précisant le régime de reprise des entreprises ».

¹¹⁷⁵ Article 25.2(b) de la Convention de Washington.

pratique commerciale, ne limitent pas leur accès aux seuls investisseurs étrangers¹¹⁷⁶. Il ne fait aucune difficulté alors pour la société de projet de saisir ses centres d'arbitrage en principe.

461. Une possibilité prévue par le TBI. En plus du règlement d'arbitrage, la pratique arbitrale considère à bon droit que les investisseurs étrangers doivent également satisfaire aux conditions de nationalités exigées par le TBI invoqué. Les formules employées par ces derniers sont variées et il n'est pas exclu que certains d'entre eux accordent le bénéfice du traité aux sociétés de droit local constituées sur le territoire de l'autre État¹¹⁷⁷. D'un point de vue purement pratique, ces TBI consacrent le critère du contrôle au détriment des autres critères¹¹⁷⁸. De la sorte, la société de droit local aura la nationalité de ces actionnaires majoritaires. La détermination de la nationalité de la société par référence au contrôle relève toutefois d'une opération délicate qui sera mieux discutée dans la seconde partie de cette thèse¹¹⁷⁹. De manière générale, les réflexions portent aujourd'hui sur l'effet de la clause de déni des avantages par laquelle les sociétés fantoches ou les montages artificiels, dans le seul but de profiter des avantages des TBI, seront proscrits. Ces clauses en effet, n'autorisent que les sociétés ou personnes physiques détentrices des actions dans la société de droit local, indépendamment des parts détenues¹¹⁸⁰, à justifier d'un intérêt pour agir. Ainsi, les actionnaires des sociétés actionnaires de la société de projet (les investisseurs indirects) seront exclus par l'effet de la clause de déni des avantages du bénéfice du TBI. Cette limitation apportée au critère du contrôle permet une mobilisation mesurée des TBI et de la capacité pour la société de droit local de justifier d'un *locus standi*. Il en va différemment de la troisième condition, qui doit résulter des termes du code en lui-même.

¹¹⁷⁶ Le Traité OHADA, l'AUA et le Règlement d'arbitrage OHADA n'ont pas d'ailleurs prévu l'hypothèse de l'arbitrage transnational de sorte que la CCJA n'est pas empêchée de connaître les litiges relatifs à un investissement entre une société de droit local et l'État hôte de l'investissement. Les modifications récentes de l'acte uniforme n'ont pas par ailleurs entamé cette réalité. Walid BEN HAMIDA, « L'intégration imparfaite de l'arbitrage d'investissement dans le droit de l'OHADA », *Rev. Arb.*, n° 4, 2019, pp. 1109 – 1140.

¹¹⁷⁷ Dans l'affaire *Vacuum Salt c. Ghana* avait conclu que l'existence d'un consentement à l'arbitrage dans de telles circonstances crée une présomption selon laquelle le critère d'un contrôle étranger a été satisfait à la date du consentement, CIRDI, *Vacuum Salt c. Ghana*, ARB/92/1, 16 février 1994, §38. Voir également, à propos des codes des investissements, CIRDI, *Société Industrielle des Boissons de Guinée (SIBG) c. République de Guinée*, ARB/12/8, 21 mai 2014, §§ 99 – 117.

¹¹⁷⁸ Mathias FORTEAU, « Nationalité des investisseurs personnes physiques et nationalité des investisseurs personnes morales, actionnaires », in *Droit international des investissements et de l'arbitrage d'investissement*, Charles LEBEN (dir.), A. Pédone, 2015, pp. 161 – 199.

¹¹⁷⁹ L'identification des critères d'attribution ainsi que l'opposabilité de cette nationalité limitent l'exercice du droit de réclamation de l'investisseur. Ces points sont discutés *infra*, Partie 2, titre 1, chap. 2, section 1.

¹¹⁸⁰ Anne HOFFMANN, « Denial of Benefits » in *International Investment Law*, Marc BUNGENBERG et al. (eds.), C.H. Beck, 2015, pp 598 – 613.

462. Une possibilité envisagée par le code. L'extension de la nationalité étrangère des actionnaires aux sociétés de droit local est une hypothèse envisagée par les codes des investissements. À titre illustratif, le code des investissements mauritanien prévoit :

« L'entreprise peut être : [...] à capitaux étrangers si les ressources mises en œuvre sont mobilisées à l'étranger par une personne physique ou morale de nationalité mauritanienne ou étrangère en vue de la réalisation en Mauritanie d'un projet identifié. Les ressources mobilisées à l'étranger et appartenant à des mauritaniens résidant à l'étranger sont réputées être des capitaux étrangers. »¹¹⁸¹.

Dans une telle configuration, il peut être admis la possibilité pour l'investissement de satisfaire à la triple exigence (ou double exigence devant un tribunal arbitral autre que CIRDI) qui permettrait le jeu de la clause *umbrella* ou la protection des attentes légitimes au titre d'une réclamation conventionnelle.

Cependant, la pertinence de cette condition peut être interrogée. À partir du moment où la qualité pour agir de la société de droit local qui bénéficie de l'agrément est admise au titre du TBI, est-il besoin d'exiger que le code des investissements qui régit l'agrément prévoie également l'attribution de la nationalité selon le critère du contrôle ? À cette objection, il peut être opposé l'argument de la cohérence. Si dans le cadre du TBI, le critère retenu pour la détermination de la nationalité étrangère de la société locale est celui du contrôle, il serait inapproprié de ne pas s'assurer que l'agrément conféré à la société de droit local, ne retienne pas un tel critère. En effet, si l'agrément retient un critère de détermination de la nationalité autre que celui du contrôle, les conséquences seraient que dans un cas, la société de projet serait étrangère en raison de la nationalité de ses investisseurs, et dans l'autre, nationale en raison du critère du siège ou de l'incorporation par exemple. Cela trahirait alors la volonté du législateur en autorisant la sanction de droits qui n'ont pas été conférés à une société étrangère mais une société locale, par le seul jeu du TBI. C'est l'idée de spécificité de l'engagement, au sens de l'*intuitu personae*, qui serait galvaudée. Il y aurait eu en quelque sorte « erreur sur la personne » car l'État se serait engagé à accorder des avantages et bénéfices à son ressortissant qui s'avère finalement être étranger par l'effet d'un TBI.

463. En somme, la désignation formelle de l'investissement en qualité de bénéficiaire de l'agrément ne suffit pas pour permettre la transmutation de ces droits par

¹¹⁸¹ Mauritanie, Code des investissements adopté par la Loi n° 52/2012 du 31 Juillet 2012, art. 1.1.b. Voir également : Éthiopie, Investment Proclamation No. 769/2012 (2012), art. 2.6. République Centrafricaine, Code des investissements de 1988, art. 30, Tchad, Décret n°446/PR/MCI/87 fixant la procédure d'octroi des avantages du Code des investissements de 1987. Sur ce point, une catégorisation des codes des investissements peut être faite. Il y a *primo*, les codes qui envisagent l'attribution d'une nationalité étrangère à un investisseur expressément, *deuzio*, les codes qui envisagent l'extension de la nationalité étrangère à la société de droit local de façon implicite et *tertio*, les codes qui ne permettent pas l'extension de la nationalité étrangère des actionnaires à la société de droit local. Pour plus de détails, *infra* Partie 2 titre 1 chap 2 section 1.

les TBI. Il est encore nécessaire que ces codes prévoient expressément l'attribution de la nationalité étrangère à cette société de droit local. Quant à l'investisseur, son sort n'est guère plus évident, quoiqu'il puisse toujours être considéré, d'un point de vue matériel, comme le bénéficiaire de l'agrément.

2. L'investisseur : le bénéficiaire matériel de l'agrément

464. Les limites de l'approche formelle. Tout l'intérêt de cette approche contractuelle des agréments réside sur ce point précis. N'étant pas formellement désignés par les agréments, il est curieux que les investisseurs étrangers de la société de droit local prétendent aux bénéfices de l'agrément (parfois de la convention d'établissement). Certains droits internes attachent des effets aux actes passés par les associés fondateurs et leur reconnaissent certains droits. Mais à la constitution de la société, une subrogation est mise en place et ces derniers ne sont guère plus que de simples associés de la société dont les droits et obligations subissent de sérieuses limites¹¹⁸². Si l'on devait étendre cette logique aux investisseurs de la société de projet, cela devrait conduire à exclure de la liste des bénéficiaires ces derniers puisque, quoique bénéficiant d'un intérêt à agir sur la base des TBI, ils ne sont pas formellement les bénéficiaires de l'agrément. Autrement dit, il n'existerait pas vis-à-vis de ces investisseurs un engagement spécifique.

Pareille conclusion, formellement correcte, est une méprise des droits des investisseurs internationaux, qui se trouveraient privés, par excès de formalisme de la protection promise par l'État. De notre point de vue, l'engagement spécifique des investisseurs relève de l'accord existant entre l'État d'accueil et les actionnaires de la société de projet. À titre illustratif, l'article 5 du décret n° 2011-679 portant agrément de la société Bénin Terminal S.A. souligne ce lien contractuel en intégrant dans l'attribution de l'agrément à la société de projet, les accords existants entre l'État et la société mère en ces termes :

« L'article 13 de la Convention de concession portant sur l'aménagement et l'exploitation du terminal à conteneurs au Port de Cotonou signée le 10 septembre 2009 entre le Gouvernement de la République du Bénin et le Groupement BOLLORE-SMTC, qui a constitué la société BENIN TERMINAL S.A., dispose : "La date de commencement de l'exploitation du terminal devra intervenir au plus tard 18 (dix-huit) mois à compter de la date de démarrage de la concession. Le paiement de la redevance par EVP (Equivalent

¹¹⁸² OHADA, Acte uniforme révisé relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt, adopté le 30/01/2014 à Ouagadougou (Burkina Faso), article 102 : « Sont qualifiées de fondateur de la société, toutes les personnes qui participent activement aux opérations conduisant à la constitution de la société. Leur rôle commence dès les premières opérations ou l'accomplissement des premiers actes effectués en vue de la constitution de la société. Il prend fin dès que les statuts ont été signés par tous les associés ou l'associé unique ou le cas échéant, ont été adoptés par l'assemblée générale constitutive ». Les articles 106 et suivants précisant le régime de reprise des entreprises ».

Vingt Pieds) est dû à compter de la date de commencement de l'exploitation du terminal". Conformément à ces dispositions, la société BENIN TERMINAL S.A. bénéficie à compter de la date de commencement de l'exploitation du terminal et après autorisation préalable, par arrêté conjoint du Ministre du Développement, de l'Analyse Economique et de la Prospective, du Ministre de l'Economie et des Finances, du Ministre en charge de l'industrie et du Ministre en charge de l'Economie Maritime et des Infrastructures Portuaires, des avantages liés à la phase d'exploitation du projet. »¹¹⁸³

Ainsi, c'est le respect de cet accord cristallisé dans l'acte d'agrément qui sera sanctionné au titre de la clause *umbrella* ou du traitement juste et équitable.

465. Les difficultés de l'approche matérielle. L'analyse n'est cependant pas exempte de tout reproche. Elle explique certes la nature de l'engagement spécifique dont bénéficie l'investisseur étranger, mais l'exigence de l'*intuitu personae* requiert une parfaite correspondance entre l'investisseur requérant (ou défendeur) et l'investisseur contractant de l'État. Or, il peut arriver que l'investisseur qui agit au contentieux ne soit pas celui qui ait négocié avec l'État d'accueil les avantages conférés par l'agrément à la société de projet. Une telle situation peut résulter soit des transformations subies par l'investisseur, notamment lorsque celui-ci est une personne morale ou lorsque les parts de ce dernier sont cédées.

466. Les changements affectant l'existence de la société mère. Les mutations affectant l'existence de l'investisseur personne morale charrient des obstacles. Ces situations se produisent à la suite d'une fusion entre deux sociétés donnant naissance à une nouvelle entité. Peut-on alors considérer cette nouvelle entité comme titulaire des accords passés avec l'État ? La question est ouverte et dépend largement de la définition que l'on donne à la notion d'*intuitu personae*. Mais, de notre point de vue, la nouvelle entité, reprenant l'ensemble des droits et obligations de sa devancière, devrait pouvoir être considéré comme le nouveau partenaire de l'État, ce d'autant que son portefeuille d'actions inclut les parts qu'elle détient dans la société de projet.

467. La cession des droits de l'investisseur initial. Moins évidente est l'hypothèse de cession. Lorsque l'investisseur fondateur de la société de projet cède à une autre entité ces actions dans la société de droit local, le cessionnaire peut-il être considéré comme le nouveau titulaire des droits accordés par l'agrément ou la convention d'établissement entre l'État et l'investisseur étranger ?

In abstracto, il ne paraît pas possible de répondre à cette question. La raison étant l'absence de règles internationales générales et contraignantes qui viendraient encadrer

¹¹⁸³ Bénin, Décret n° 2011-679 DU 14 OCTOBRE 2011 portant agrément de la société BENIN TERMINAL S.A. au régime "D" du Code des Investissements pour le projet d'exercice des activités de manutention de conteneurs au Port de Cotonou, art. 5.

les cessions d'actions internationales. À ce titre, l'analyse ne peut être menée qu'*in concreto*. Certaines sentences arbitrales ont admis que la cession d'action emportait cession des avantages procéduraux liés à ces actions pour considérer que le droit d'agir dont disposait le cédant profitait également aux cessionnaires¹¹⁸⁴. Mais cette hypothèse est quelque peu différente en raison du facteur de complexité qu'ajoute l'*intuitu personae* qui caractérise l'engagement spécifique. En raison de cet *intuitu personae*, il serait légitime de considérer que les droits des actionnaires ne profitent pas absolument aux cessionnaires. Ce principe devrait toutefois être écarté si la cession des actions de la société de projet est réalisée avec l'accord de l'État d'accueil. Un tel accord pourrait alors être formulé de manière générale avant la cession, lors de l'attribution de l'agrément par exemple, ou avant la cession ou intervenir *a posteriori* prenant la forme d'une validation *ex post* de la vente¹¹⁸⁵.

468. En définitive, les conventions d'établissement ou les agréments constituent pour la société de projet et ses actionnaires des engagements spécifiques qui peuvent profiter aux investisseurs dans le cadre d'un contentieux initié sur la base des TBI. Ces instruments tirent alors leur force obligatoire des codes d'investissements. Seuls dans cette mesure, les codes sont susceptibles de contribuer à l'existence d'un engagement spécifique. En clair, pris au sens strict, les codes des investissements africains ne constituent pas des engagements spécifiques qui pourraient parfaire les obligations conventionnelles des États.

¹¹⁸⁴ À la vérité que la cession de titre emporte également cession des droits d'actions n'est pas le point qui préoccupe le plus les tribunaux arbitraux qui ont eu à se prononcer sur le sujet. Les préoccupations majeures ont surtout concerné les cessions faites dans le but de profiter indûment des avantages d'un TBI. Dans l'affaire *Phoenix c. République Tchèque*, le tribunal considère ainsi que « the manifest purpose behind its purchase of the Benet Companies was an attempt to render their purely domestic disputes subject to the protections of the BIT rather than to conduct business », CIRDI, *Phoenix Action, LTD c. République Tchèque*, sentence, ARB/06/5, 15 avril 2009, § 141. En sens inverse, dans l'affaire *Mobil corporation c. Venezuela*, le tribunal a considéré qu'à la suite de la cession de titre, des investissements avaient été réalisés avant la survenance du litige pour faire échec à l'argument de l'abus plaidé par le défendeur. CIRDI, *Mobil Corporation, Venezuela Holdings et al. C. République bolivarienne du Venezuela*, ARB/07/27, 10 juin 2010, §§ 192-198. Voir également *infra* Partie 2, titre 1, chap. 2.

¹¹⁸⁵ Certains législateurs prévoient des dispositions en ce sens pour limiter les cessions et l'effet qu'elles peuvent avoir. En ce sens, le code des investissements algérien prévoit à son article 30 un droit de préemption au profit de l'État sur toutes les cessions d'actions ou de parts sociales réalisées par ou au profit d'étrangers. L'article 31 est encore plus strict en ces termes : « Constitue une cession indirecte de société de droit algérien, la cession à hauteur de 10 % ou plus, des actions ou parts sociales d'entreprise étrangère détenant des participations dans la première citée. La cession indirecte de société de droit algérien ayant bénéficié d'avantages ou de facilités lors de son implantation, donne lieu à l'information du conseil des participations de l'État. Le pourcentage cité ci-dessus, concerne la cession en une seule ou plusieurs opérations cumulées au profit d'un même acquéreur. Le non-respect de la formalité citée à l'alinéa 2 ci-dessus, ou l'objection motivée formulée par le conseil des participations de l'État, dans un délai d'un mois à compter de la réception de l'information relative à la cession, confère à l'État un droit de préemption portant sur une proportion du capital social correspondant à celle du capital objet de cession à l'étranger, sans dépasser la part du cessionnaire dans le capital social de la société de droit algérien. Les modalités d'exercice du droit de préemption sont fixées par voie réglementaire. » in Loi n°2016-09 du 3 août 2016 relative à la promotion de l'investissement.

Conclusion de chapitre

469. L'assimilation des codes d'investissement à des engagements spécifiques assure une invocabilité indirecte de ces lois dans le cadre du contentieux d'investissement. Bien que peu identifiés en doctrine, ces actes juridiques ont pour caractéristique essentielle la création dans le chef des investisseurs, des droits subjectifs. Par effet de domino, ces droits se retrouvent également protégés par un traité d'investissement de sorte que leur violation en droit interne emporte également violation du traité des investissements. Autrement dit, la réclamation conventionnelle devient l'occasion de trancher une réclamation légale. Pour cette raison, l'assimilation d'un instrument aux engagements spécifiques doit se faire avec parcimonie surtout lorsqu'il s'agit de lois nationales. Les divers systèmes de droit accordent aux lois une place qui appelle à plus de réserves. Qu'importent les approches choisies, l'exclusion de principe des lois de la catégorie des actes juridiques subjectifs ne souffre pas de contestations. Certes, ces lois peuvent donner lieu à réparation, mais l'exigence d'un préjudice anormal fait obstacle à l'existence de droits subjectifs à ses destinataires. Mieux, les systèmes de droits reconnaissant l'existence de droits subjectifs dans les rapports entre autorités publiques et particuliers, n'entendent pas fonder ceux-ci sur l'existence d'attentes légitimes substantielles à la faveur des sujets de la loi. Seule l'approche contractuelle en réalité permet des aménagements. Non parce que les lois d'investissements constituent des offres contractuelles, donnant naissance à des obligations minimales, mais parce que ces codes permettent aux opérateurs économiques de disposer d'une convention d'établissement ou d'un agrément, qui sont de réels titres juridiques. De la sorte, ces engagements spécifiques peuvent faire l'objet d'une protection conventionnelle ou servir à évaluer la responsabilité de l'État dans le cadre de la procédure arbitrale. Mais le litige dont aura à connaître le tribunal arbitral, de façon médiate, ne sera pas fondé sur une violation de la loi *stricto sensu*, mais sur une violation de l'agrément ou la convention d'établissement.

CONCLUSION DE LA PARTIE

470. Quelle est la nature juridique du fondement des réclamations légales dans l'arbitrage transnational ? La réponse à cette interrogation est simple. Par défaut, ce sont des lois. La solution s'impose en raison des obstacles à l'assimilation des codes aux actes unilatéraux autonomes et conditionnés de droit international public.

471. Formellement, les actes unilatéraux autonomes de droit international public sont des promesses qui relèvent, pour la plupart, de la catégorie des actes de gouvernement et ne créent qu'épisodiquement des engagements juridiques en droit international. Ainsi, le régime de ces actes tel qu'il se dessine dans la jurisprudence de la CIJ et les travaux de la CDI, permet d'exclure les codes des investissements de cette catégorie d'acte juridique. D'abord, les législateurs qui édictent les codes des investissements, n'auraient pas le pouvoir d'adopter des actes unilatéraux autonomes en droit international. Ensuite, le contenu normatif des codes africains ne permet pas de déduire une intention de se lier en droit international des États africains. Aussi, les effets internationaux des codes ne sont pas admis comme un critère suffisant pour sortir une matière du domaine réservé des États. Enfin, la protection des attentes légitimes des destinataires des codes n'est pas une condition de droit positif permettant d'obliger l'État à respecter les dispositions de son code en droit international.

472. En outre, les offres d'arbitrage ne sont pas assimilables à des déclarations de juridiction obligatoire parce que d'une part, les lois qui les contiennent ne peuvent être dépecées et d'autre part, parce que le régime des déclarations de juridiction ne permet pas de mieux évaluer les offres d'arbitrage, tant en ce qui concerne leur interprétation que leur révocabilité. Enfin, contrairement aux agréments et conventions d'établissement, les codes ne créent pas de droits subjectifs patrimoniaux au profit des investisseurs étrangers. Pour cette raison, ces lois ne sont pas assimilables aux engagements spécifiques. Il en résulte que les codes des investissements n'ont pas une nature juridique duale. Ce sont uniquement des lois et les obligations qu'elles renferment sont enracinées en droit interne. Certes, leur fonction pourrait s'en trouver affectée dans le cadre de l'arbitrage transnational, mais cela concerne moins leur nature juridique que le régime applicable aux réclamations légales.

PARTIE 2 : LE REGIME *SUI GENERIS* DES RECLAMATIONS LEGALES DANS L'ARBITRAGE TRANSNATIONAL

473. Un arbitrage institutionnel. À la différence de la justice publique qu'imposerait la puissance publique au nom de l'intérêt général¹¹⁸⁶, l'arbitrage, cette justice privée, place les parties sur pied d'égalité en recherchant du mieux possible, leur volonté commune¹¹⁸⁷. Il est alors établi selon la nature des parties litigantes, l'objet du litige et la cause juridique de la réclamation¹¹⁸⁸, une typologie des arbitrages parmi lesquels l'on retrouve l'arbitrage transnational¹¹⁸⁹. Ce type d'arbitrage vise à résoudre les litiges relatifs à un investissement que les parties (État et investisseur) décident de soumettre à un tribunal arbitral constitué le plus souvent sous l'égide d'un centre d'arbitrage. Ces institutions arbitrales exercent une fonction d'assistance aux parties en tenant à leur disposition des listes d'arbitres et un règlement de procédure relatif à l'organisation et au fonctionnement du tribunal arbitral. Elles peuvent être classées en deux groupes. Il y a d'une part l'institution spécialisée qu'est le CIRDI, et d'autre part, les institutions non spécialisées. En nombre plus important, ces institutions non spécialisées se distinguent de la première par leur champ de compétence qui n'est pas limité au règlement des différends relatifs à un investissement¹¹⁹⁰, mais s'étend aussi aux

¹¹⁸⁶ Suivant la maxime latine *Nemo iudex in sua causa*, personne n'est juge de sa propre cause. À ce titre, la fonction juridictionnelle est exercée au nom de tous et implique une impartialité des juges. Georg SCHWARZENBERGER, « The Nemo Iudex In Sua Causa Maxim In International Judicial Practice », *Anglo-American Law Review*, vol. 4, 1972, pp 482 – 498.

¹¹⁸⁷ L'arbitrage n'a pas de définition légale. Les principales propositions sont essentiellement doctrinales et s'articulent toutes autour de la nature juridique de ce mode privé de résolution des litiges. À ce titre, il est régulièrement défini comme un mode de résolution des différends par lequel les parties conviennent de soumettre leur différend à un tribunal arbitral. Voir en ce sens : Christophe SERAGLINI et Jérôme ORTSCHIEDT, *Droit de l'arbitrage interne et international*, LGDJ, 2^{ème} éd., 2019, pp 19 – 52, spéc. p. 19, § 7.

¹¹⁸⁸ Pour rappel, dans le cadre de cette thèse, nous avons retenu l'acception la plus répandue de la notion de « cause juridique » sans préjudice des conséquences procédurales que cela induit. Par conséquent, nous entendrons par "cause (juridique) de la réclamation" : « le fondement juridique et immédiat, *causa proxima*, à l'exclusion des éléments qui ont pu contribuer à la constitution de la cause ainsi entendue, *causa remota* » (Charles DE VISSCHER, « La chose jugée devant la Cour Internationale de la Haye », *RBDI*, 1965, vol.1, pp 5-14, spéc. p. 8). Cette approche est reprise par le tribunal administratif de l'OIT qui ajoute que la notion « est distincte de la notion de moyen, laquelle porte sur les raisons de droit ou de fait qui sont invoquées à l'appui du recours » (TAOIT, *affaire Saunoi*, jugement n°1216, 10 février 1993, §.4). La cause juridique est donc ici le « fondement sur lequel repose une demande » (Jean SALMON, *Dictionnaire de droit international public*, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 155 : entrée : cause), en l'espèce le code des investissements.

¹¹⁸⁹ L'arbitrage transnational désigne « un arbitrage entre un État et une personne privée étrangère, souvent un investisseur ». Jean SALMON, *Dictionnaire de droit international public*, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 78. Pour une approche plus élaborée, voir Walid BEN HAMIDA, *L'arbitrage transnational unilatéral – réflexions sur une procédure réservée à l'initiative d'une personne privée contre une personne publique*, Thèse, Université Panthéon-Assas, Paris, 2003, pp. 2 – 15, et voir *supra* Introduction, II.

¹¹⁹⁰ Walid BEN HAMIDA, *L'arbitrage transnational unilatéral – réflexions sur une procédure réservée à l'initiative d'une personne privée contre une personne publique*, Thèse, Université Panthéon-Assas, Paris, 2003, pp. 424 – 447.

litiges commerciaux¹¹⁹¹ ou interétatiques¹¹⁹². Cette distinction théorique entre institutions spécialisée et générales est confortée par la pratique arbitrale. Sur les cinquante-deux (52) réclamations légales répertoriées au 1^{er} janvier 2021 par le site *Italaw*¹¹⁹³, quarante-trois (43) procédures étaient conduites devant le CIRDI¹¹⁹⁴ contre cinq (5) procédures CNUDCI¹¹⁹⁵, deux (2) procédures devant la CPA¹¹⁹⁶ et deux (2) procédures devant la SCC et le CRCICA¹¹⁹⁷. La pratique CIRDI apparaît ainsi comme la pratique arbitrale pertinente. À ce titre, tout au long de la discussion sur le régime des réclamations légales, un accent particulier sera mis sur le mécanisme CIRDI.

474. Précisions méthodologiques. Outre la faveur accordée à l'arbitrage CIRDI, il importe également de préciser que les analyses à venir ne peuvent avoir pour objet la discussion de toutes les règles susceptibles de s'appliquer dans un contentieux arbitral. Au-delà de son aspect irréalisable, une approche de ce type ne permettrait pas de saisir la particularité des réclamations légales. Aussi, seules les questions pour lesquelles les codes des investissements, en tant que *lex specialis*, sont susceptibles d'apporter des réponses

¹¹⁹¹ Peuvent être rangées dans cette catégorie : les instituts d'arbitrage des chambres de commerce et d'industrie, la Cour internationale d'arbitrage CCI, la CCJA et les procédures CNUDCI.

¹¹⁹² C'est le cas en particulier de la CPA.

¹¹⁹³ Outre Italaw.com, le site de *IA Reporter* permet également d'obtenir des informations précieuses sur les réclamations légales. Les affaires en cours y sont mentionnées et une mise à jour régulière de la base de données est entretenue. Cependant, dans le cadre de la présente étude, il n'était matériellement pas possible d'intégrer toutes ces changements et actualisations constantes. Il a fallu circonscrire la recherche à la période déterminée plus haut, pour rendre compte à partir des données disponibles, de la pratique des réclamations légales en droit de l'arbitrage.

¹¹⁹⁴ Ces affaires CIRDI peuvent être classées ainsi qu'il suit : **les sentences disponibles** : *Aff. ABCI Investment NV c. République de Tunisie* (ARB/04/12) ; *Aff. ACP Axos Capital c. Kosovo* (ARB/15/22), *Aff. AES Corporation and Tau Power B.V. v. Republic of Kazakhstan*, ARB/10/16 ; *Aff. AHS Niger et MMEA c. Niger* (ARB/11/11) ; *Aff. Anglo-Adriatic Group Limited c. Albanie* (ARB/17/6) ; *Aff. Antoine Abou Lahoud c. RDC* (ARB/10/4), *Aff. Brandes Investment Partners, LP c. Bolivie* (ARB/08/3) ; *Aff. BSG Resources c. Guinée* (ARB/14/22) ; *Aff. Caratube International Oil Company LLP and Devincci Salah Hourani c. Kazakhstan*, ARB/13/13 ; *Aff. Getma c. Guinée* (ARB/11/29) ; *Aff. Highbury International AVV et Ramstein Trading c. Venezuela* (ARB/11/1) ; *Aff. Intercean Oil Development Company c. Nigeria* (ARB/13/20) ; *Aff. Inceysa c. Salvador* ARB/03/26 ; *Aff. Lighthouse Corporation Pty Ltd c. Timor-Leste* (ARB/15/2) ; *Aff. MNSS BV et Recupero Credito Acciaio NV c. Montenegro* (ARB(AF)/12/8) ; *Aff. Oded Besserglik c. Mozambique* (ARB(AF)/14/2) ; *Aff. Opic Karimum Corporation c. Venezuela* (ARB/10/14) ; *Aff. Pac Rim Cayman LLC c. El Salvador* (ARB/09/12) ; *Aff. PNG Sustainable Development Program c. Papouasie Nouvelle Guinée* (ARB/13/33) ; *Aff. Rumeli Telekom A.S. and Telsim Mobil Telekomunikasyon Hizmetleri A.S. v. Republic of Kazakhstan*, ARB/05/16 ; *Aff. Sistem Mühendislik Inaat Sanayi ve Ticaret A. c. Kyrgyz Republic*, ARB(AF)/06/1 ; *Aff. Société Civile Immobilière de Gaëta c. Guinée* (ARB/12/36) ; *Aff. Société Industrielle des Boissons de Guinée c. Guinée* (ARB/12/8) ; *Aff. Société Résort Company Invest Abidjan c. Côte d'Ivoire* (ARB/16/11) ; *Aff. SPP c. Egypte* (ARB/84/3) ; *Aff. Tidewater Inc., c. Venezuela* (ARB/10/5) ; *Aff. Tradex Hellas c. Albanie* (ARB/94/2), *Aff. Venezuela Holdings BV c. Venezuela (Mobil corporation)* (ARB/07/27) ; *Aff. Venoklim Holding c. Venezuela (I)* (ARB/12/22) ; *Aff. Vestey Group c. Venezuela* (ARB/06/4) [sentence sans pertinence] ; *Aff. Zhinvali Development c. Georgia* (ARB/00/1). **Les sentences indisponibles** : *Alhambra Resources Ltd c. Kazakhstan* (ARB/16/12), *Aff. Commerce Group Corp et San Sebastian Gold Mines c. El Salvador* (ARB/09/17), *Aff. Eni Dacion c. Venezuela* (ARB/07/4), *Aff. I&I Beheer BV c. Venezuela* (ARB/05/4). **Les procédures interrompues** : *Aff. Newmont USA c. Ouzbékistan* (ARB/06/20), *Manufacturers Hanover Trust Company c. Egypte* (ARB/89/1) ; *Aff. Lafarge c. Cameroun* (ARB/02/4) ; *Aff. Enrho St Limited c. Kazakhstan* (ARB/02/11) ; *Aff. ENEL Green Power c. Salvador* (ARB/13/18) ; *Aff. Ghaith R. Pharaon c. Tunisie* (ARB/86/1) ; *Aff. Güne Tekstil Konfeksiyon Sanayi ve ticaret c. Ouzbékistan* (ARB/13/19) ; *Aff. International Quantum Resources Limited c. Congo* (ARB/10/21).

¹¹⁹⁵ Ces affaires CNUDCI peuvent être classées ainsi qu'il suit : **Les sentences publiées** : *Aff. CARL A. Sax C St Petersburg*, 30 mars 2012 ; *Aff. Petrobart Limited c. Kirghizstan*, 13 février 2003, *Aff. Ruby Roz Agricol et Kaseem Omar c. Kazakhstan*, 1 août 2013 ; **Les sentences non publiées** : *Aff. World Wide Minerals c. Kazakhstan*, case 1, 22 décembre 2010 ; **La procédure interrompue** : *Aff. Mikhail Nadel et Ithaca Holding c. Kirgizstan*.

¹¹⁹⁶ Voir les affaires CPA suivantes : **La sentence disponible** : *Aff. Khan Resources Inc. c. Mongolie* (n°2011-09) ; **La procédure interrompue** : *Aff. Centerra Gold and Kumtor Gold Company c. Kirghizstan* (N°2007-01/AA278).

¹¹⁹⁷ Voir les affaires suivantes : **La sentence SCC disponible** : *CCL Oil v. Kazakhstan* (122/2001) et **la sentence CRCICA disponible** : *Mohamed Abdulmohsen Al-Kharafi & Sons Co. c. Libye* (Arbitrage Ad hoc).

éclairantes seront abordées de façon synthétique. Il ne s'agira donc pas d'une étude comparée de la quarantaine des codes africains, mais d'indiquer les conséquences procédurales du rattachement exclusif de ces lois au droit interne, tel que discuté en première partie de thèse. La sélection opérée dans les questionnements est donc dictée par la recherche de solutions aux problèmes ainsi qu'ils sont apparus dans le contentieux arbitral. Ces problèmes intéressent directement la formation d'un engagement juridictionnel sur lequel une des parties litigantes pourra fonder sa réclamation et la mise en œuvre de la responsabilité de l'autre partie.

475. L'engagement juridictionnel. Par engagement juridictionnel, il faut entendre toute manifestation de volonté qui emporte dévolution du pouvoir juridictionnel au tribunal arbitral¹¹⁹⁸. La formation de cet engagement juridictionnel repose sur une procédure atypique par laquelle une offre d'arbitrage contenue dans le code des investissements est acceptée par l'investisseur, le plus souvent au moment de la saisine du tribunal arbitral. La rencontre entre l'offre et l'acceptation ferait naître une convention d'arbitrage sans qu'il n'y ait eu d'échanges directs entre les parties. Ainsi, lorsqu'un tribunal arbitral est saisi sur le fondement d'un code des investissements, il devra en premier lieu rechercher l'existence d'une offre d'arbitrage. Or, les diverses dispositions législatives relatives à l'arbitrage dans les codes africains ne permettent pas toutes de déduire sans ambiguïté le consentement à l'arbitrage de l'État. Se pose alors la question de savoir suivant quels principes il faudrait interpréter ces dispositions.

476. Divergences d'interprétation. Ayant précédemment démontré que ces codes ne sont pas des actes juridiques de droit international, il ne saurait dès lors être fait référence aux principes d'interprétation des actes juridiques du droit international. Seuls les principes de droit interne seraient pertinents. L'avantage de la thèse avancée est alors de fournir une interprétation invariable de la disposition nationale¹¹⁹⁹. Plus encore, elle permet aux États, sans rompre les promesses d'arbitrage qui peuvent figurer dans leurs codes, d'opter pour des solutions visant à réduire considérablement l'hypothèse de

¹¹⁹⁸ Carlo SANTULLI, *Droit du contentieux international*, LGDJ, 2^{ème} éd., 2015, p. 119 et ss., §. 176 et ss.

¹¹⁹⁹ Ce risque s'est produit avec le fameux article 22 du code des investissements vénézuélien. Bien que parvenant à une solution similaire, le même texte a été interprété suivant les principes d'interprétation de droit international relatif aux traités et actes unilatéraux (CIRDI, *Mobil Corporation, Venezuela Holdings et al. C. République bolivarienne du Venezuela*, ARB/07/27, 10 juin 2010, §§ 84-85 et 96 ; CIRDI, *CEMEX Caracas Investments BV et CEMEX Caracas II Investment BV c. Venezuela*, ARB/08/15, 30 décembre 2010, §§ 78-79, CIRDI, *Brandes Investment Partners, LP c. Venezuela*, ARB/08/3, 02 août 2011, §§ 81-82 ; CIRDI, *OPIC Karimum Corporation c. The Bolivarian Republic of Venezuela*, ARB/10/14, 28 mai 2013, §§ 70-76) ou suivant les principes de droit international et de droit interne (CIRDI, *Tidewater Investment SRL and Tidewater Caribe, C.A.c. Bolivarian Republic of Venezuela*, ARB/10/5, 8 février 2013, § 86 ; CIRDI, *ConocoPhillips Petrozuata B. V., ConocoPhillips Hamaca B.V c. République Bolivarienne du Venezuela*, ARB/07/30, 13 sep. 2013, §§ 233-237, 254 et 255).

l'arbitrage forcée¹²⁰⁰, fondamentalement antinomique avec la logique consensuelle qui irrigue la procédure arbitrale. Cependant, force est d'admettre que ce caractère consensuel de l'arbitrage est remis en cause en raison des interprétations extensives de certains tribunaux arbitraux, tant du consentement de l'État que celui de l'investisseur. Le jeu des présomptions auquel ceux-ci se sont livrés, a permis de fonder leur compétence sur un engagement juridictionnel purement artificiel suscitant de vives réactions de la part des États¹²⁰¹. Il est dès lors nécessaire de s'intéresser aux politiques législatives mises en œuvre par les États africains dans leurs codes qui permettent une dévolution adéquate du pouvoir juridictionnel aux tribunaux arbitraux (Titre 1).

477. La responsabilité. L'autre conséquence du statut des codes des investissements intéresse la responsabilité encourue par les États dans la procédure arbitrale. Sur ce point, la pratique arbitrale pertinente est divisée, surtout s'agissant du droit applicable à l'évaluation de cette responsabilité. Alors que le droit international est privilégié par certaines sentences¹²⁰², d'autres optent pour l'application du droit interne¹²⁰³ tandis que certaines contournent la difficulté avec plus ou moins de succès¹²⁰⁴. Ces diverses approches sont surprenantes puisque la violation du code des investissements,

¹²⁰⁰ Gabriele KAUFFMANN-KOHLER et Peter HENRY, « Formula 1 and Arbitration: The FIA Tailor-Made System For Fast Track Dispute Resolution », *Rev. Arb. Int'l.*, vol. 17, n°2, 2001, p. 186, Gabriele KAUFFMANN-KOHLER, Thomas SCHULTZ, *Online dispute resolution, Challenges for contemporary justice*, Kluwer Law International, The Hague/Shulthess, Zurich, 2004, p. 30; El HADAB, « The compulsory international arbitration », *Rev. Lib. Arb. Int'l.*, n°20, 2001, p. 6 ; Geneviève BURDEAU, « Nouvelles perspectives pour l'arbitrage... », *Rev. Arb.*, 1995, pp. 3-37, spéc. p. 10. Walid BEN HAMIDA, *L'arbitrage transnational unilatéral – réflexions sur une procédure réservée à l'initiative d'une personne privée contre une personne publique*, Thèse, Université Panthéon-Assas, Paris, 2003, pp 9 et ss; Ousmane DIALLO, *Le consentement des parties à l'arbitrage international*, Graduate Institute Publication, Genève, 2010, « chap II, Le consentement à l'arbitrage par voie non-contractuelle », accessible sur books.openedition.org/iheid/971.

¹²⁰¹ L'Égypte a ainsi modifié sa loi nationale afin de retirer à l'investisseur son droit de réclamation devant le CIRDI après la décision sur la compétence rendue dans l'affaire *SPP c. Égypte*. Bertrand MARCHAIS, « The New Investment Law of the Arab Republic of Egypt », *FILJ*, vol.4, n°2, 1989, p.107; Laurence CRAIG, « The final Chapter in the Pyramid Case: Discontinuing an ICSID Award for Annulment Risk », *ICSID Review-FILJ*, vol. 8, 1993, p. 264. À la suite de la décision du tribunal de se reconnaître compétent sur le fondement du code des investissements de 2012 (CIRDI, *Société Resort Company Invest Abidjan, Stanislas Citerici and Gérard Bot v. Republic of Côte d'Ivoire*, ARB/16/11, 1 août 2017), le code de 2012 a été abrogé et remplacé par un code de 2018. L'article 50 de ce code prévoyait un recours à l'arbitrage auprès de la CCJA avant que l'article 50 nouveau adopté par l'ordonnance n°2019-1088 du 18 décembre 2019 modifiant l'ordonnance n°2018-646 du 1^{er} août 2018 portant code des investissements ne supprime également la référence à la CCJA au profit de la Cour d'Arbitrage de Côte d'Ivoire (CACI), un centre d'arbitrage national.

¹²⁰² CIRDI, *Southern Pacific Properties (Middle East) limited c. République Arabe d'Égypte*, ARB/84/3, fond, 20 mai 1992, §§ 73 – 85 : Le tribunal fait application du droit international en se fondant sur l'article 42(1) deuxième partie de la Convention CIRDI. CIRDI, *Antoine Abou Lahoud et Leila Bounafteh-Abou Lahoud c. République Démocratique du Congo*, ARB/10/4, fond, 7 février 2014, § 365 : Le tribunal arbitral applique le droit interne dans la mesure où il est compatible avec le droit international avec prévalence du droit international en cas d'incompatibilité. CIRDI, *Getma International, NCT Necotrans, Getma International Investissements, NCT Infrastructure & Logistique c. République du Guinée*, ARB/11/29, sentence, 16 août 2016, pp 151 – 152, §§ 387 – 388 : Le tribunal applique le droit international coutumier sans justification.

¹²⁰³ CIRDI, *Tradex Hellas c. Albanie*, ARB/94/2, fond, 29 avril 1999, §§ 67 - 77 : Le droit national est appliqué au fond, mais le tribunal n'exclut pas le droit international qui a une valeur interprétative en l'espèce.

¹²⁰⁴ CPA, *Khan Resources Inc. c. Mongolie*, n°2011-09, fond, 02 mars 2015 : La question n'est pas discutée, mais le tribunal se réfère au droit interne de l'Etat. CIRDI, *Interocean Oil Development Company c. Nigeria*, ARB/13/20, 06 octobre 2020 : le tribunal fait application du droit interne de l'Etat tout en ayant des références au droit international et à la pratique arbitrale. CRACIC, *Mohamed Abdulmohsen Al-Kharafi & Sons Co. c. Libye*, Ad hoc, 22 mars 2013 : la cause de l'action est un contrat. Cependant, le tribunal considère que le droit libyen, en ce compris le code des investissements et l'accord des investissements entre Etats arabes, est applicable.

instrument de droit interne, finit par entraîner la responsabilité internationale de l'État hôte¹²⁰⁵. Une démarche plus cohérente aurait voulu que les arbitres fassent application du droit interne au fond du litige conduisant à une responsabilité de droit interne des États. Certes, ce régime de droit interne n'est pas facilement identifiable, mais il est possible d'esquisser à partir des codes africains, une responsabilité mieux encadrée, car limitée des États (Titre 2).

¹²⁰⁵ D'un point de vue juridique, cette erreur d'interprétation pourrait entraîner l'annulation de la sentence arbitrale, sans compter le coût financier lié à la multiplication des procédures. C'était d'ailleurs le cas dans l'affaire *SPP c. Égypte*, où le risque d'annulation de la sentence qui a admis la responsabilité internationale de l'Etat pour violation de son code des investissements, à forcer les parties à transiger (Patrick RAMBAUD, « L'affaire des "Pyramides" : suite et fin », *AFDI*, vol. 39, 1993, pp. 567-576 ; Laurence CRAIG, « The final Chapter in the Pyramid Case: Discontinuing an ICSID Award for Annulment Risk », *ICSID Review-FILJ*, vol. 8, 1993, p. 264.). Également, l'application d'une responsabilité internationale des investisseurs serait difficilement envisageable tant pour des raisons d'identification que d'acceptabilité de ce régime. Or, il n'y aurait là qu'une conséquence logique de l'internationalisation des codes africains.

TITRE 1 : LA DEVOLUTION ADEQUATE DU POUVOIR JURIDICTIONNEL

478. La dévolution du pouvoir juridictionnel. Selon le *Dictionnaire de droit international public*, le pouvoir serait, entre autres définitions, l'« autorité reconnue à un organe international pour accomplir certains actes ou remplir certaines fonctions »¹²⁰⁶. La fonction alors envisagée, est celle de trancher un différend par application du droit : la *jurisdictio*. Pour fonder un tel pouvoir juridictionnel, la preuve d'un engagement juridictionnel doit être rapportée. C'est en effet, suivant cet acte volitif que le tribunal arbitral se prononcera sur son aptitude à connaître de l'affaire qui lui est soumise ou sur la possibilité pour lui d'exercer ses pouvoirs juridictionnels vis-à-vis du différend à résoudre¹²⁰⁷. Autrement dit, la dévolution du pouvoir juridictionnel procède de l'établissement de la compétence du tribunal arbitral et de la recevabilité de la requête conformément aux conditions prévues par l'engagement juridictionnel. Cependant, dans la pratique, lorsque l'engagement juridictionnel est tiré d'un code des investissements, l'exercice approprié du droit de réclamation soulève des difficultés liées à la généralisation de l'arbitrage « sans lien direct ».

479. Le problème de l'arbitrage sans lien direct. Historiquement, l'arbitrage en matière d'investissement reposait sur un contrat conclu entre l'État et l'investisseur étranger. L'on a en mémoire les sentences rendues à propos des contrats de concession dont certaines ont alimenté la controverse doctrinale sur la possible existence, en droit international, des contrats d'État¹²⁰⁸. Cependant, la révolution opérée par les sentences *SPP c. Égypte* et *AAPL c. Sri Lanka* a permis d'introduire des réclamations contre l'État sur la base, pour la première sentence, d'une loi d'investissement et pour la seconde, d'un traité d'investissement¹²⁰⁹. Si l'existence d'un contrat entre l'État et l'investisseur étranger reste possible, celui-ci n'est dès lors plus exigé. Il en résulte selon la doctrine

¹²⁰⁶ Jean SALMON, *Dictionnaire de droit international public*, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 857.

¹²⁰⁷ Ces définitions de la compétence et de la recevabilité de la requête sont proposées par le Professeur Carlo Santulli qui souligne en ce sens : « La compétence est la catégorie des différends dont le tribunal peut connaître, alors que la recevabilité détermine la possibilité d'exercer ses pouvoirs juridictionnels sur le différend qui lui est soumis (cette possibilité étant naturellement limitée à la catégorie de différends pour laquelle le tribunal a compétence). La distinction tient donc à la différence entre compétence et pouvoir ». Carlo SANTULLI, *Droit du contentieux international*, LGDJ, 2015, 2^{ème} éd., p. 160, § 253.

¹²⁰⁸ Voir sur ce point entre autres : SA, *Lena Goldfield*, 2 septembre 1930, *Cornell Law Quarterly*, 1950 – 1951, pp 42 – 53 ; SA, *Petroleum Developments Ltd c. Ruler of Abu Dhabi*, ICLQ, 1952, pp. 247 – 261 ; SA, *Ruler of Qatar c. International Marine Oil Company Ltd*, ILR, 1953, p. 545 ; SA, *Arabian American Oil Company (Aramco) c. Arabie saoudite*, 23 août 1958, *Rev. Crit. Dr. Int. Priv.*, 1963, pp 272 – 363 ; SA, *Sapphire International Petroleum Ltd c. National Oil Company*, 15 mars 1963, *Ann. Suisse de Dr. Int.*, 1963, pp. 273 – 302 ; SA, « Texaco Galasiatic », *ILM*, vol. 17, janvier 1978, p. 3 à 37, *JDI*, 1977, p. 350.

¹²⁰⁹ Ce mécanisme, qui apparaît pour la première fois dans le système CIRDI a fini par s'étendre aux autres mécanismes d'arbitrage institutionnel tel que la CNUDCI, la CCI, la LCIA, et la CCJA. Sur ce dernier point, lire : Walid BEN HAMIDA, « L'intégration imparfaite de l'arbitrage d'investissement dans le droit de l'OHADA », *Rev. Arb.*, n° 4, 2019, pp. 1109 – 1140.

française un arbitrage « sans lien direct »¹²¹⁰, ou selon la formule anglaise à succès, un « *arbitration without privity* »¹²¹¹ ou encore, lorsque seul est envisagée la formation de la convention d'arbitrage, le mécanisme du consentement dissocié¹²¹².

480. La réalité du consentement de l'État. Ce procédé atypique repose sur l'idée que l'État dans son code des investissements ou dans un traité, exprime son consentement par le truchement d'une offre d'arbitrage que l'investisseur accepte, le plus souvent, mais non exclusivement, par le dépôt d'une requête d'arbitrage. En clair, il n'existe pas une convention d'arbitrage consignée dans un document unique et établie à la suite de négociations entre les parties. Or, s'il est irréfutable que le procédé du consentement dissocié a été sérieusement envisagé par les rédacteurs de la Convention de Washington, « l'idée n'était pas de donner un recours à l'investisseur contre l'État dans tous les cas, mais seulement de lui donner un recours efficace lorsqu'il existait une clause ou un compromis d'arbitrage »¹²¹³. Certes, pour l'investisseur, le régime applicable à son droit de réclamation tel qu'il se dessine dans la pratique arbitrale s'avère efficace, mais il reste que son acceptabilité par les États, précisément les États africains, est contestée. Le reproche majeur est que ce mécanisme rend artificiel le consentement de l'État à l'arbitrage. Dès lors, la pratique arbitrale a élaboré un ensemble de règles qui encadrent la validité du consentement des États à l'arbitrage (chapitre 1).

481. La multiplication des recours. Également, ce mécanisme d'arbitrage a entraîné la multiplication des recours intentés par les investisseurs étrangers contre les États. Les interprétations extensives de la notion d'investissement et des conditions de recevabilité des requêtes¹²¹⁴ rendues possibles par l'absence de lien direct, qualifié à ce

¹²¹⁰ Carlo SANTULLI, *Droit du contentieux international*, LGDJ, 2015, 2^{ème} éd., pp. 128-131, §§ 201 – 205. La professeure Burdeau préfère quant à elle la formule d'arbitrage « sans lien de droit », Geneviève BURDEAU, « Nouvelles perspectives pour l'arbitrage dans le contentieux économique intéressant les États », *Rev. Arb.*, 1995, pp. 3-37.

¹²¹¹ L'expression est formulée pour la première fois par Jan Paulsson, dans l'article éponyme, pour désigner le droit d'action directe reconnue par les lois nationales ou les traités d'investissements aux investisseurs étrangers leur permettant de la sorte d'introduire une action contre l'État sur le fondement de la loi ou du traité, indépendamment toute relation contractuelle entre les parties. Jan PAULSSON, « Arbitration Without Privity », *Icsid Review – Foreign Investment Law Journal*, vol. 10, 2, 1995, pp. 232 – 257.

¹²¹² Ousmane DIALLO, *Le consentement des parties à l'arbitrage international*, Graduate Institute Publication, Genève, 2010, « chap II, Le consentement à l'arbitrage par voie non-contractuelle », accessible sur books.openedition.org/iheid/971, §§ 59 et ss. Aussi, Claire CREPET DAIGREMONT, « L'extension jurisprudentielle de la compétence des tribunaux arbitraux du CIRDI », in Philippe KAHN et Thomas WÄLDE (dir.), *Les aspects nouveaux du droit des investissements internationaux, New Aspects of International Investment Law*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden/Boston, 2007, pp. 477 – 487.

¹²¹³ Brigitte STERN, « Le consentement à l'arbitrage CIRDI en matière d'investissement international : que disent les travaux préparatoires ? », *Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du XXème siècle, À propos de 30 ans de recherche du CREDIMI*, Mélanges en l'honneur de Philippe Khan, Paris, Litec, 2000, p. 232. Également, Jacques WERNER, « The Trade Explosion and Some Likely Effects on International Arbitration », *Journal of International Arbitration*, 1997, vol. 14, p. 5.

¹²¹⁴ Dans la récente affaire *Interocean Oil Company c. Nigeria* par exemple, le tribunal arbitral retenait sa compétence pour un différend né en réalité, entre associés d'une société pétrolière et pour lequel il est reproché, *in fine*, aux juridictions locales de s'être prononcé au profit d'un camp plutôt qu'un autre (CIRDI, *Interocean Oil Development Company and Intercocean Oil Exploration Company c. Nigeria*, ARB/13/20, 29 octobre 2014). Cette tendance à l'interprétation extensive de leur compétence des tribunaux est analysée *infra*, Partie 2 Titre 1 Chap 2, section 1, §2 et section du même chapitre.

titre de péché originel¹²¹⁵, ont galvaudé la légitimité de l'arbitrage d'investissement. Pour restaurer le lien de confiance, les codes africains offrent des pistes de réflexions intéressantes. La tendance générale est favorable au rétablissement du lien direct. Il ne s'agit pas dans tous les codes de restaurer la relation contractuelle, solution qu'un auteur averti a déjà qualifiée de radical¹²¹⁶, mais de réinventer ce lien par un meilleur exercice du droit de réclamation de l'investisseur étranger (chapitre 2).

¹²¹⁵ Muthucumaraswamy SORNARAJAH, *Resistance and Change in the international law on Foreign Investment*, CUP, 2015, pp 136 – 147. L'auteur parle de « *original sin* ».

¹²¹⁶ Walid BEN HAMIDA, *L'arbitrage transnational unilatéral*, thèse préc., pp 194 – 195.

Chapitre 1 : La réalité du consentement de l'État à l'arbitrage

482. Du latin *consentire* signifiant être d'accord¹²¹⁷, le consentement est une manifestation de volonté par laquelle le sujet consentant, exprime sa volonté en vue de créer certains effets de droit. Pour produire ses effets, cette volonté doit être libre et exempte de vices. Ainsi, la convention d'arbitrage qui naîtrait de la rencontre des volontés des parties litigantes, ne serait valide que si ces dernières consentent de façon libre et éclairée. Cependant, l'admission du consentement dissocié comme technique juridique valable, complique l'appréciation de cette liberté de consentement des parties. Critiqué jusque dans ses fondements¹²¹⁸, le caractère atypique de ce procédé de rencontre des consentements sans échanges directs entre les parties soulève des difficultés liées à l'identification des règles et principes applicables à la validité du consentement des parties, en particulier celui de l'État. Le consentement de ce dernier à l'arbitrage est exprimé unilatéralement dans une disposition de son code des investissements. Cette disposition renferme le plus souvent une promesse d'arbitrage à l'endroit de l'investisseur étranger (section 2). Mais avant d'en étudier les conditions de validité, il est utile d'apporter des précisions concernant le pouvoir de l'État de consentir à l'arbitrage (section 1).

Section 1 : Le pouvoir de l'État de consentir à la procédure arbitrale

483. Le pouvoir de l'État de consentir à la procédure arbitrale procède de la reconnaissance d'une capacité processuelle à celui-ci et plus largement aux personnes morales de droit public (§1) et du pouvoir de ce dernier de consentir par avance, dans une loi, à la procédure arbitrale grâce notamment à la consécration de la doctrine de l'offre d'arbitrage (§2).

¹²¹⁷ Gerard CORNU, *Vocabulaire Juridique*, Quadrige/PUF, 8^{ème} ed., 2007, p. 217, entrée : consentement.

¹²¹⁸ Brigitte STERN indique ainsi qu'un « malentendu a présidé aux débats au cours des travaux préparatoires de l'article 25 » in « Le consentement à l'arbitrage CIRDI en matière d'investissement international : que disent les travaux préparatoires ? », *Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du XXème siècle, À propos de 30 ans de recherche du CREDIMI*, Mélanges en l'honneur de Philippe Khan, Paris, Litec, 2000, p. 226.

§1 : La reconnaissance de la capacité processuelle des personnes morales de droit public

484. La capacité processuelle désigne l'aptitude pour une personne morale de droit public à être partie à une procédure arbitrale¹²¹⁹. Cette aptitude, établie par les ordres juridiques international et interne, permet à la personne morale de droit public de compromettre. Elle écarte ainsi la compétence ordinaire des juridictions nationales au profit des tribunaux arbitraux pour des litiges traditionnellement réservés à celle-ci¹²²⁰. Le caractère exceptionnel en résultant, a justifié diverses restrictions à l'exercice d'une telle capacité conduisant à l'établissement de certaines incapacités de droit. L'opposabilité de ces incapacités dans le contexte de l'arbitrage a été discutée bien que désormais, ces incapacités soient inopposables (A). La difficulté persistante concerne plutôt les incapacités de fait. Pour cette catégorie, c'est la survenance d'un fait qui rend la capacité processuelle inopérante. En pratique, cette incapacité processuelle affecte le plus souvent les entités paraétatiques. La substitution de l'État à l'entité se pose alors avec acuité (B).

A. L'INOPPOSABILITE DES INCAPACITES DE DROIT INTERNE

485. Définitions. Les termes *capacité* et *incapacité* n'ont pas toujours la préférence de la doctrine. En effet, lorsque l'État est apprécié *in globo*, la notion de capacité peut s'avérer impropre à la désignation de la présente hypothèse. Pour certains auteurs, parce que la capacité désigne « l'aptitude à acquérir des droits, compétences ou pouvoirs et à les exercer »¹²²¹, évoquer l'incapacité processuelle de l'État pour désigner son inaptitude à compromettre n'est pas judicieux. L'État, en tant que construction juridique, est l'entité qui génère son propre ordre juridique y compris la norme qui l'habilite à recourir à l'arbitrage. Parler de sa capacité à compromettre reviendrait donc à discuter de l'impossibilité pour l'État de conclure une convention d'arbitrage en raison d'une norme qu'il a lui-même créée¹²²². Cependant, un usage permissif du terme reste possible si l'on

¹²¹⁹ Le *Dictionnaire de droit international public* définit la capacité juridique internationale comme un « ensemble de pouvoir que l'ordre juridique international reconnaît ou accorde aux entités qu'il érige en personnes juridiques (...) qui leur permet d'exercer une activité juridique sur le plan international ». Reprenant les propos de Jean COMBACAU et Serge SUR, cette capacité juridique inclurait l'exercice des pouvoirs processuels « en poursuivant par leurs actions légales » la réalisation effective des droits dont ils sont titulaires », in Jean SALMON, *Dictionnaire de droit international public*, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 148. À cette définition, qui aborde la capacité processuelle dans son versant actif, il faut inclure également la capacité processuelle passive qui permet à son titulaire d'être défendeur dans le procès international.

¹²²⁰ Dans l'affaire *Brandes Investment Partners c. Venezuela*, le tribunal arbitral rappelant l'article 252 de la Constitution vénézuélienne, indique : « *the general rule in Venezuela is that the function of administering justice is entrusted to the State, which performs it through the courts* ». CIRDI, *Brandes Investment Partners c. Venezuela*, ARB/08/3, 02 août 2011, §§ 108 – 109.

¹²²¹ Jean SALMON, *Dictionnaire de droit international public*, *op. cit.*, entrée : capacité.

¹²²² Philippe FOUCHARD, Emmanuel GAILLARD et Bertrand GOLDMAN, *Traité de l'arbitrage commercial international*, Paris, Litec, 1996, pp 329 et ss., spéc. p. 333.

adopte une approche organique de l'État par laquelle l'autorité exécutive est distinguée du pouvoir législatif. Ce pouvoir édicte les règles encadrant la conduite de l'exécutif dans les négociations avec les investisseurs. L'administration gouvernementale, pour mieux la nommer, est alors placée dans la même situation que les autres personnes morales de droit public (les collectivités publiques, les entreprises publiques, les États fédérés et autres subdivisions politiques). Pour toutes ces entités, l'aptitude à compromettre ne dépend plus de leur volonté propre, mais d'une norme qui habilite celles-ci à compromettre dans l'ordre interne¹²²³. Le terme capacité s'en trouve dès lors justifié.

486. L'interdiction de compromettre. Historiquement, en raison de la mission d'intérêt général confiée aux personnes morales de droit public, certains législateurs leur faisaient interdiction de compromettre¹²²⁴. C'est alors posé, en pratique, le problème de la validité des clauses compromissaires figurant dans les contrats conclus entre les administrations publiques et les particuliers. En raison de l'incapacité des autorités publiques à compromettre, de telles clauses devaient être considérées comme nulles et les tribunaux arbitraux devaient décliner leur compétence. L'iniquité d'une telle solution, plaçant l'investisseur face à un partenaire public qui a agi sciemment *ultra vires*, créant *de facto* une fausse représentation chez son cocontractant, a été jugée contraire à l'ordre

¹²²³ Ousmane DIALLO fait ainsi observer : « L'affirmation de la liberté de l'arbitrage, symbolisée par l'exigence du consentement des parties, comporte toutefois un risque, celui d'éluder la place et le rôle fondateur de la loi dans l'arbitrage. Pourtant, quelle que soit l'importance accordée à la volonté individuelle, celle-ci ne peut prendre la place dévolue à la loi. S'il est vrai que l'arbitrage repose sur la volonté des parties, il n'en reste pas moins que c'est en vertu de la loi et dans les limites qu'elle a fixées que cette volonté peut produire les effets juridiques ou juridictionnels voulus. La loi est donc la source de tout arbitrage : "la faculté ainsi ouverte ne peut l'être qu'avec l'assentiment de la loi et pour répondre à des besoins reconnus" » in *Le consentement à l'arbitrage*, *op. cit.*, p. 13.

¹²²⁴ En France (qui vaut également pour les États africains qui ont hérité de l'ancien droit français), l'article 1004 du code de procédure civile de 1806 indiquait : « On ne peut compromettre (...) sur aucune contestation qui seraient sujettes à communication au ministère public ». et l'article 2060 du Code civil qui précise : « On ne peut compromettre sur (...) les contestations intéressant les collectivités publiques et les établissements publics et plus généralement dans toutes les matières qui intéressent l'ordre public ». Le Conseil d'État a attribué la valeur de principe général de droit à cette interdiction. CE, Ass., Société nationale de vente des surplus, D. 1958, p. 517 (Concl. Gazier et note L'Huillier) ; JCP, 1958.II.10800, note Motulski.

public international¹²²⁵. La norme faisant interdiction à la personne morale de droit public, est alors inopposable¹²²⁶ au cocontractant de bonne foi.

487. Le fondement de l'inopposabilité. Mais ce recours à l'ordre public international ne s'est pas fait sans difficulté. Pour être utilement mobilisé, un tribunal a estimé qu'il fallait soumettre la question à la loi applicable au contrat¹²²⁷. Or, la solution est désormais classique : les questions liées à l'état et à la capacité des personnes relèvent de la loi personnelle et non de la loi du contrat¹²²⁸. L'approche consistant à écarter les règles de droit interne limitant la capacité de l'État à compromettre a fini par s'imposer, d'abord en ce qui concerne l'arbitrage international¹²²⁹ puis dans les droits internes¹²³⁰. Le droit OHADA de l'arbitrage a également consacré cette interdiction pour l'État

¹²²⁵ L'argument de l'ordre public international pour faire échec à l'opposabilité des incapacités intervient tardivement dans la résolution de tels litiges. Dans l'affaire opposant la compagnie *Myrtoon Steam Ship* à la Direction française des Transports maritimes à propos d'un litige concernant un contrat d'affrètement, la société se fonda sur la clause compromissoire contenue dans la charte-partie pour se prévaloir de l'arbitrage. L'État français ne participa pas à la procédure ce qui n'empêcha pas le tribunal arbitral de rendre sa sentence. Suite à la saisine du Président du Tribunal de la Seine pour obtenir exequatur de la sentence, le Ministre de la Marine marchande fit opposition en rappelant l'interdiction de compromettre qui était faite à l'État. La Cour d'appel saisit après la décision d'annulation de la sentence remit en cause la nullité prononcée au motif que l'interdiction de compromettre ne valait que pour les contrats internes et n'affectait pas les contrats internationaux (France, CA. Paris, *Myrtoon Steamship c. Ministère de la marine marchande*, 10 avril 1957, *JCP*, 1957, II, p. 10078, note Motulsky ; *Gaz. Pal.* 1957, II, p. 89, note J. Robert). Dans le même sens et portant sur des faits assez similaires, voir l'affaire *Trésor Public c. Galakis* (France, Cass. 1^{ère} civ., 2 mai 1966, *JDI*, 1966, p. 648, note P. Level ; *Rev. Crit. DIP*, 1967, p. 553, note B. Goldman ; *Rev. Arb.*, 1966, p. 99 ; *D.* 1966, p. 575, note J. Robert ; *JCP*, 1966, II, p. 14798, note Ligneau). C'est dans l'affaire *Gatoil* que le motif de l'ordre public est le plus mis en avant surtout qu'en l'espèce était visée une personne morale publique étrangère. En l'espèce, la constitution iranienne prohibait en son article 139 le recours à l'arbitrage pour les organismes publics de l'État. La *National Iranian Oil Company* (NIOC) intervenant dans le domaine du pétrole contestait au cours de la procédure arbitrale la validité de la clause compromissoire qu'il avait pourtant signée au motif de la prohibition constitutionnelle. Saisi d'une demande en annulation de la sentence rendue, la Cour d'appel de Paris devait rappeler : « (...) s'agissant de contrats internationaux passés pour les besoins et dans des conditions conformes à l'ordre public international – qui, au contraire, interdirait à NIOC de se prévaloir des dispositions restrictives de son droit national pour se soustraire *a posteriori* à l'arbitrage convenu entre les parties ; que, de même, *Gatoil* ne peut pas davantage fonder sa contestation de la capacité et des pouvoirs de NIOC sur les dispositions du droit iranien alors que l'ordre public international n'est pas intéressé par les conditions fixées en ce domaine dans l'ordre interne » (France, CA. Paris, *Gatoil c. NIOC*, 17 décembre 1991, *Rev. Arb.*, 1993, p. 292).

¹²²⁶ Le terme opposabilité est ici employé pour désigner « l'aptitude d'une règle, d'un acte juridique, d'un droit ou d'une situation de fait à déployer des effets juridiques envers des sujets de droit extérieurs, étrangers aux obligations en découlant directement. ». Jean SALMON, *Dictionnaire de droit international public*, Bruxelles, Bruylant, 2001, pp. 782-783.

¹²²⁷ France, Cass. 1^{ère} civ., *ONIC c. Capitaine du San Carlo*, 14 avril 1964, *D.* 1964, p. 637, note J. Robert ; *S.* 1934, p. 93, note Plancqueel ; *Rev. Arb.*, 1964, p. 82 ; *JCP*, 1965, II, p. 14406, note Level ; *JDI*, 1965, p. 646, note B. Goldman ; *Rev. Crit. DIP*, 1966, p. 68, note H. Battifol.

¹²²⁸ Mathias AUDIT, Sylvain BOLLEE et Pierre CALLE, *Droit du commerce international et des investissements étrangers*, 3^{ème} ed., LGDJ, 2019, pp. 130 – 151 et 713 – 714, §§ 130 – 151 et 884-885. Christophe SERAGLINI et Jérôme ORTSCHIEDT, *Droit de l'arbitrage interne et international*, LGDJ, 2^{ème} éd., 2019, pp. 575 – 584, §§ 631 – 633.

¹²²⁹ Les sentences arbitrales rendues à ce sujet ont évoqué plusieurs motifs qui intéressent également l'ordre public international. Parmi les plus cités, la sentence CCI, n°1521, *JDI*, 1976, p. 997 dans laquelle le défendeur, un organisme public, plaidait la nullité de la clause compromissoire conclut avec l'investisseur en ce qu'il ne disposait pas de la capacité processuelle. Le tribunal arbitral rejeta le moyen en vérifiant d'une part l'existence de la norme prohibitive, et concluant à l'inexistence de celle-ci, ajouta d'autre part que même s'il en avait été autrement, le principe de l'estoppel ferait échec à un tel argument. Dans les nombreuses affaires concernant les entreprises publiques iraniennes à propos de l'interdiction prévue à l'article 139 de la Constitution iranienne, les tribunaux arbitraux ont insisté sur l'interdiction de se dédire au détriment d'autrui. Dans l'affaire CCI, n°4381, 1986, *JDI*, 1986, p. 1102, spéc., pp 1106, obs. Y. Derains, le tribunal note : « l'ordre public international s'opposerait avec force à ce qu'un organe de l'État, traitant avec des personnes étrangères au pays, puisse passer ouvertement, le sachant ou le voulant, une convention d'arbitrage qui met en confiance le cocontractant et puisse ensuite, que ce soit dans la procédure arbitrale ou dans la procédure d'exécution, se prévaloir de la nullité de sa propre parole ».

¹²³⁰ Sur ce point, voir les références ajoutées de Christophe SERAGLINI et Jérôme ORTSCHIEDT, *Droit de l'arbitrage interne et international*, LGDJ, 2^{ème} éd., 2019, pp. 118-122, §§ 90-93.

d'invoquer les restrictions prévues par son droit interne pour faire échec à la validité de la convention d'arbitrage¹²³¹.

Dans le cadre du système CIRDI, l'analyse diffère quelque peu même si *in fine* la solution reste la même. La présence d'un traité international, en l'occurrence la Convention de Washington, suppose qu'un État ne puisse pas invoquer les dispositions de son droit interne pour se soustraire à ses obligations internationales¹²³². En ratifiant la Convention, l'État s'autorise (ainsi que les entités qu'il aura désignées) à compromettre. Les interdictions qui résulteraient de son droit interne seraient alors contraires à la Convention. Il a pu être objecté que la convention n'excluant pas expressément les incapacités constitutionnelles ou législatives des États à compromettre, de telles interdictions pourraient produire des effets dans l'ordre international¹²³³. Mais cette lecture *a contrario* viendrait priver la convention de tout son intérêt et surtout permet à un État d'invoquer son droit interne pour se soustraire à son obligation internationale¹²³⁴.

488. L'incapacité des entités paraétatiques. Un facteur de complexité est celui de l'incapacité des entités paraétatiques. Aussi désignées par le terme *emanation* de l'État, ces entités sont des personnes morales de droit privé ou public, dont la personnalité juridique se distingue de celle de l'État. Elles sont dans un rapport de dépendance vis-à-vis de l'État apprécié selon divers critères dont celui du contrôle de droit (participation au capital, pouvoir de tutelle, mandat, etc.) ou de fait (ordres ou instruction de l'État encadrant l'activité, etc.)¹²³⁵. Il s'agit le plus souvent, mais non exclusivement,

¹²³¹ L'article 2, al. 2 de l'Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage révisé de 2017 confirme cette solution en ces termes : « Les Etats et les autres collectivités territoriales ainsi que les établissements publics peuvent également être parties à un arbitrage, sans pouvoir invoquer leur propre droit pour contester l'arbitrabilité d'un litige, leur capacité à compromettre ou la validité de la convention d'arbitrage ». Ousmane DIALLO fait observer que cette disposition opère une véritable révolution en ce qu'elle entraîne un changement de paradigme. Désormais, l'arbitrage n'est plus prohibé pour les personnes morales de droit public sauf disposition expresse de la loi, mais est permis sans restriction. *In* Le consentement à l'arbitrage, op. cit., p. 37. Dans le même sens, voir : Maurice KAMTO, « La participation des personnes morales africaines de droit public à l'arbitrage Ohada », *L'Ohada et les perspectives de l'arbitrage en Afrique, Travaux du Centre René-Jean Dupuy pour le droit et le développement*, Philippe FOUCHARD (dir.), vol. I, 19 déc. 2000, pp. 89 – 100. Également, Olivier CUPERLIER, « Arbitrage Ohada et personnes publiques », *Contrats publics et arbitrage international*, Mathias AUDIT (dir.), Bruxelles, Bruylant, 2011, pp. 85 – 87.

¹²³² Sébastien MANCIAUX, *Investissements étrangers et arbitrage entre Etats et ressortissants d'autres Etats, Trente années d'activité du CIRDI*, Université de Bourgogne-CNRS, Litec, Lexis-Nexis, vol. 24, 2004, pp 121 – 125, spéc. p. 125.

¹²³³ Jacques. RIBS, « Ombres et incertitudes de l'arbitrage pour les personnes morales de droit public français », *Semaines Juridiques*, 1990, I, n°3465, p. 412.

¹²³⁴ Ainsi, l'invocation des dispositions de droit interne pour se dérober à son obligation internationale est vaine dans le cadre d'une procédure interétatique, notamment celle prévue à l'article 64 de la Convention de Washington. Il s'agit d'un principe généralement admis selon le vocabulaire de la CPJI. (CPJI, *affaire Échanges de populations grecques et turques*, avis consultatif, Série B, no 10, p. 20 et CPJI, *affaire du traitement des nationaux polonais à Dantzig*, avis consultatif, Série A/B, no 44, p. 24 « un État ne saurait invoquer vis-à-vis d'un autre État sa propre constitution pour se soustraire aux obligations que lui imposent le droit international ou les traités en vigueur ».)

¹²³⁵ Il n'existe pas de définition légale de ces entités. Selon le Professeur Yves Nouvel, « ce néologisme recouvre une gamme d'institutions qui, sans être rattachée organiquement à l'État – elles n'ont pas ce statut en droit interne –, lui sont néanmoins reliées par d'autres facteurs ». Yves NOUVEL, « Les entités paraétatiques dans la jurisprudence du CIRDI » *in* Charles LEBEN (dir.), *Le contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement*, LGDJ, Anthémis, 2006, p. 26. Dans la sentence *Emilio Agustín Maffezini c. Royaume d'Espagne*, pour apprécier la qualité d'agent de l'État de la SODIGA, une agence régionale de développement espagnole, le tribunal indiquait que devaient être pris en compte plusieurs facteurs en ces termes : « various factors, such as

d'entreprises publiques¹²³⁶ avec lesquelles l'investisseur entre en relation pour la réalisation de son investissement¹²³⁷. Contrairement à l'État, elles n'édicte pas les règles qui leur sont applicables, se trouvant ainsi dans une situation de capacité ou d'incapacité *stricto sensu*.

La capacité processuelle de ces entités dans le cadre de l'arbitrage CIRDI est très encadrée. La Convention de Washington prévoit à l'égard de celles-ci que les États procèdent à leur désignation au Centre conformément à l'article 25(1)¹²³⁸. En 2019, sept (7) entités ont été désignées par des États africains au Centre. Ce sont pour la Guinée : la société des Mines de Fer de Guinée pour l'Exploitation des Monts Nimba en 1983 et la Société Nationale des Eaux de Guinée en 1991 ; pour le Kenya : le *Kenya Ports Authority* et le *Kenya National Shipping Line* en 1988 ; pour Madagascar : l'Entreprise Nationale d'Hydrocarbure en 1981 ; le Nigeria : la *Nigerian National Petroleum Corporation* en 1978 ; et le *General Petroleum Corporation* avait été désigné par le Soudan en 1981¹²³⁹.

En plus de cette désignation au CIRDI, l'article 23 (3) de la Convention CIRDI stipule que l'État doit approuver les conventions d'arbitrage que souhaite conclure son entité. Il peut le faire au cas par cas ou simplement indiquer que l'entité est autorisée à

ownership, control, the nature, purposes and objectives of the entity whose actions are under scrutiny ». CIRDI, *Emilio Agustín Maffezini c. Royaume d'Espagne*, ARB/97/7, exceptions préliminaires, 25 janvier 2000, § 76.

¹²³⁶ Aron BROCHES propose une définition des entreprises publiques (désignées dans la littérature anglophone par les termes *State-Owned Enterprises* ou *State-Controlled Enterprises*) fondée à la fois sur une approche structurelle et fonctionnelle de ces entreprises en ces termes : « a mixed economy company or government-owned corporation should not be disqualified as a "national of another Contracting State" unless it is acting as an agent for the government or is discharging an essentially governmental function », in « The Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States », *RCADI*, 1972, vol. 135, p. 355.

¹²³⁷ L'identification de ces entités est un problème complexe qu'il n'est pas permis ici d'aborder avec suffisamment de précisions. Les critères d'identification varient d'ailleurs selon qu'il est question d'apprécier le consentement de l'entité à l'arbitrage ou sa responsabilité (Yves NOUVEL, « Les entités paraétatiques dans la jurisprudence du CIRDI » in Charles LEBEN (dir.), *Le contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement*, LGDJ, Anthémis, 2006, p. 26). Les points concernant l'attribution des comportements de ces entités à l'État ont fait l'objet de beaucoup de commentaires (Entre autres : Yueh-Ping YANG and Pin-Hsien LEE, « State Capitalism, State-Owned Banks, and WTO's Subsidy Regime : Proposing an Institution Theory », *Stanford Journal of International Law*, vol. 54, n°2, 2018, pp. 117 et ss; Mikko RAJAVUORI, « Making International Legal Persons in Investment Treaty Arbitration: State-owned Enterprises along the Person/Thing Distinction », *German Law Journal*, 2017, vol. 18, n°5, pp. 1183 et ss; Carlo DE STEFANO, « Attributing to Sovereigns the Conduct of State-Owned Enterprises: Towards Circumvention of the Accountability of States under International Investment Law », *ICSID Rev.*, vol. 32, n°2, 2017, pp. 267 et ss.; Albert BADIA, « Attribution of Conducts of State-Owned Enterprises Based on Control by the State », in Crina BALTAG (dir.), *ICSID Convention after 50 Years: Unsettled Issues*, Kluwer, 2016, pp. 189 et ss; Claudia ANNACKER, « Protection and Admission of Sovereign Investment under Investment Treaties », *Chinese Journal of International Law*, vol. 10, 2011, pp. 531 et ss.; Paul BLYSCHAK, « State-Owned Enterprises and International Investment Treaties: When are State-Owned Entities and their Investments Protected? », *Journal of International Law and International Relations*, vol. 6, 2011, pp. 1 et ss; Walid BEN HAMIDA, « Sovereign FDI and International Investment Agreements: Questions Relating to the Qualification of Sovereign Entities and the Admission of their Investments under Investment Agreements », *The Law & Practice of International Courts and Tribunals*, vol. 9, 2010, pp. 17 et ss; Thomas WÄLDE, « Equality of Arms » in Investment Arbitration: Procedural Challenges », in Katia YANNACA-SMALL (dir.), *Arbitration Under International Investment Agreements: A Guide to the Key Issues*, OUP, 2010, pp. 161 et ss.) L'analyse concernant l'attribution sera abordée *infra* (Partie 2 Titre 2 Chapitre 1, section 1). Pour ce qui est du consentement à l'arbitrage, les entités évoquées par le texte de convention CIRDI suffiront à mener les analyses.

¹²³⁸ Le texte de la disposition prévoit : « La compétence du Centre s'étend aux différends d'ordre juridique entre un État contractant (ou telle collectivité publique ou tel organisme dépendant de lui qu'il désigne au Centre) (...) ». Art. 25(1) de la Convention de Washington préc.

¹²³⁹ Liste des entités désignées au CIRDI par les États disponible à partir du lien suivant : <https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/documents/ICSID-8.pdf>

conclure des conventions d'arbitrage sans son autorisation¹²⁴⁰. Ainsi que le souligne le professeur Yves Nouvel, « seule une volonté réitérée de l'État donne son efficacité à l'engagement juridictionnel »¹²⁴¹. L'avantage de cette procédure spéciale est qu'elle permet, dans le cadre du CIRDI, d'écarter les allégations tirées d'une incapacité processuelle de l'entité selon le droit interne. L'État ayant dérogé expressément à la règle posée, le consentement à l'arbitrage sera valide dans l'ordre international même si l'incapacité constitutionnelle était avérée. Le fondement juridique est connu : les dispositions de droit interne ne permettent pas de se soustraire à des obligations internationales¹²⁴².

489. Le cas des centres d'arbitrage non spécialisés. Dans la même perspective, mais sur un fondement différent, dans les arbitrages institutionnels autres que CIRDI, il a été ainsi soutenu que les incapacités processuelles résultant de l'adoption d'une loi postérieure à la convention d'arbitrage doivent être écartées en ce qu'elles ne peuvent rétroagir¹²⁴³. Pour celles qui sont antérieures, la jurisprudence a estimé qu'elle ne s'appliquait pas aux entités concernées¹²⁴⁴. La même solution pourrait être appliquée dans le cadre de l'arbitrage OHADA. Il est vrai que l'article 2 al. 2 de l'Acte Uniforme relatif à l'Arbitrage de 2017 ne prévoit pas expressément les entreprises publiques¹²⁴⁵, mais l'approche très libérale prônée devrait permettre l'extension de cette solution¹²⁴⁶.

¹²⁴⁰ Dans l'affaire *Klockner c. Cameroun*, le Cameroun a procédé à la désignation de l'entité et à l'approbation de la procédure arbitrale dans un acte unique. Sébastien MANCIAUX, *Investissements étrangers et arbitrage entre États et ressortissants d'autres États*, Litec, Université de Bourgogne, vol. 24, 2004, p. 128, § 133.

¹²⁴¹ Yves NOUVEL, « Les entités paraétatiques dans la jurisprudence du CIRDI » in *Le contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement*, Charles LEBEN (dir.), LGDJ, Anthémis, 2006, p. 27.

¹²⁴² CPJI, *affaire Échanges de populations grecques et turques*, avis consultatif, Série B, no 10, p. 20 et CPJI, *affaire du traitement des nationaux polonais à Dantzig*, avis consultatif, Série A/B, no 44, p. 24.

¹²⁴³ Dans l'affaire *Framatome c. AEOI (CCI, Framatome c. AEOI, n°3896, 30 avril 1982)*, l'Iran avait adopté une réforme constitutionnelle interdisant à l'entreprise publique Atomic Energy Organization of Iran de conclure des conventions d'arbitrage. Cependant, le tribunal arbitral écartait le moyen soulevé par le défendeur de son incapacité processuelle en rappelant que la nouvelle norme ne pouvait rétroagir. Bruno OPPETIT, « Arbitrage et contrats d'État, l'arbitrage Framatome et autres c. Atomic Energy Organization of Iran », *JDI*, 1984, pp 37 et ss.

¹²⁴⁴ Le raisonnement en la matière est le même que celui indiqué précédemment. L'ordre public international fait échec à l'exception d'incapacité processuelle soulevée par l'entité au motif qu'au moment de consentir à l'arbitrage, elle n'en avait pas la capacité selon son droit interne. Sur ce point, Sébastien MANCIAUX, *Investissements étrangers et arbitrage entre États et ressortissants d'autres États*, Litec, Université de Bourgogne, vol. 24, 2004, p. 126, § 130 et les références indiquées en note 420.

¹²⁴⁵ L'article 2, al. 2 de l'Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage révisé de 2017 est ainsi formulé : « **Les États et les autres collectivités publiques territoriales ainsi que les établissements publics** peuvent également être parties à un arbitrage, sans pouvoir invoquer leur propre droit pour contester l'arbitrabilité d'un litige, leur capacité à compromettre ou la validité de la convention d'arbitrage ». *Stricto sensu*, les entreprises publiques ne relèvent d'aucunes de ces catégories dans les droits internes. Elles sont des personnes morales distinctes tant des établissements publics que des collectivités publiques territoriales.

¹²⁴⁶ Ousmane DIALLO fait observer que cette disposition opère une véritable révolution en ce qu'elle entraîne un changement de paradigme. Désormais, l'arbitrage n'est plus prohibé pour les personnes morales de droit public sauf disposition expresse de la loi, mais est permis sans restriction. In *Le consentement à l'arbitrage*, op. cit., p. 37. Dans le même sens, voir : Maurice KAMTO, « La participation des personnes morales africaines de droit public à l'arbitrage Ohada », *L'Ohada et les perspectives de l'arbitrage en Afrique, Travaux du Centre René-Jean Dupuy pour le droit et le développement*, Philippe FOUCHARD (dir.), vol. I, 19 déc. 2000, pp. 89 – 100. Également, Olivier CUPERLIER, « Arbitrage Ohada et personnes publiques », *Contrats publics et arbitrage international*, Mathias AUDIT (dir.), Bruxelles, Bruylant, 2011, pp. 85 – 87.

490. En définitive, l'aptitude à compromettre des États et des entités paraétatiques est désormais admise dans le contentieux arbitral en raison de l'ordre public international et de l'obligatorité des engagements internationaux. Cependant, si l'État et l'entité paraétatique sont dotés d'une capacité processuelle propre, il peut arriver que le premier soit amené à succéder au second dans la procédure arbitrale initiée par l'investisseur étranger. Cette succession est recherchée le plus souvent dans les cas d'incapacité de fait des entités paraétatiques.

B. LA TENTATIVE DE SUBSTITUTION DE L'ÉTAT A L'ENTITE PARAETATIQUE EN CAS D'INCAPACITE DE FAIT

491. Le cadre. Par incapacité de fait, l'on entend l'inaptitude pour une personne morale de droit public à être partie à la procédure arbitrale, non pour des raisons de droit, mais en raison de circonstances factuelles. L'exercice de la capacité processuelle de l'entité, ici l'émanation de l'État, est empêché par la survenance d'un fait tel que la dissolution de celle-ci ou l'absence de désignation au CIRDI par l'État. L'investisseur étranger, alors privé de ses droits procéduraux tirés de la convention d'arbitrage entre l'émanation et lui, agit contre l'État en invoquant l'offre d'arbitrage contenue dans le code des investissements (pour un différend l'opposant en réalité à l'émanation). Au soutien de cette stratégie contentieuse, certains auteurs estiment que lorsque le fait à l'origine de l'incapacité de l'émanation est imputable à l'État, ce dernier pourrait être amené à se substituer à son entité par la reprise à son compte de la convention d'arbitrage souscrite par l'émanation¹²⁴⁷. En dépit de l'intérêt pour la protection du *locus standi* de l'investisseur que présente ce point de vue, les tribunaux arbitraux écartent ce moyen lorsqu'il est invoqué par les parties litigantes.

492. L'argument de la substitution. La première affaire dans laquelle un tribunal arbitral a eu à se prononcer sur cette question de substitution concernait un litige entre la société Tradex Helas et l'Albanie¹²⁴⁸. En l'espèce, pour permettre la mise en place d'un projet d'exploitation agricole, l'État albanais avait directement négocié avec la société Tradex et convenu de la mise en place d'une joint-venture entre la société Tradex et TB Torovista, une entreprise publique albanaise propriétaire des terres agricoles à exploiter.

¹²⁴⁷ Robert KOVAR, « La compétence du CIRDI », *Investissement étrangers et arbitrage entre États et personnes privées. La Convention BIRD du 18 mars 1965*, colloque SFDI de Dijon, 1968, Pédone, Paris, 1969, p. 38. Chittharanjan Felix AMERASINGHE, « Jurisdiction Ratione Personae under the Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and National of Other States », *BYIL*, vol. 47, 1974-1975, p. 240.

¹²⁴⁸ CIRDI, *Tradex c. Albanie*, ARB/94/2, juridiction, 24 décembre 1996, *ICSID Rev. – FILJ*, pp 162 – 196.

Un contrat a alors été signé entre Tradex et TB Torovista, puis approuvé par le ministre des Affaires économiques étrangères, pour l'établissement de la joint-venture. L'article 16 du contrat contenait une clause compromissoire attribuant compétence à un tribunal arbitral CCI. Cependant, à la suite de plusieurs événements ayant conduit à la dissolution de la joint-venture, la société Tradex introduisit un recours contre l'État albanais pour expropriation illicite sur le fondement du code des investissements albanais de 1993 devant un tribunal CIRDI. L'Albanie excipa comme moyen de défense, l'absence de différend entre la société Tradex et elle au motif que le litige était né entre TB Torovista et la société Tradex, pour des mesures et des actions prises par TB Torovista. L'action intentée visait donc à substituer l'État à son entité en tant que partie litigante.

493. Un argument inopérant. Le tribunal arbitral de l'affaire Tradex n'a pas suivi les parties dans leur argumentation. Pour les arbitres, la véritable question était d'identifier la véritable partie étatique au différend. Saisi sur le fondement de l'offre d'arbitrage contenue dans le code des investissements, et non sur celui de la clause compromissoire, le tribunal arbitral de l'affaire *Tradex c. Albanie* opère une distinction fondée sur la cause juridique de la réclamation. En premier lieu, les arbitres ont considéré que les moyens tirés de la violation d'obligations contractuelles de TB Torovista soulevés par le requérant ne relevaient pas de la compétence du tribunal arbitral en raison de la clause compromissoire mentionnée à l'article 16 du contrat et qui attribuait compétence à un tribunal CCI. En second lieu, ils indiquent que les réclamations dirigées directement contre l'État pour violation du code des investissements relevaient bien de la compétence du tribunal¹²⁴⁹. Dès lors, il y avait bien un différend entre l'Albanie et Tradex. Helas et non une tentative dissimulée de substituer l'État à son entité. Autrement dit, le tribunal ne se pose pas la question de savoir s'il y a substitution de l'État à l'engagement juridictionnel souscrit par son émanation, *i.e* la clause compromissoire, mais souligne que l'État a bien consenti à la procédure arbitrale par son offre d'arbitrage et que les griefs reprochés lui sont directement adressés.

494. La confirmation des actions directement imputables à l'État. Dans l'affaire *Sistem c. Kirghizistan* dans laquelle l'État défendeur soutenait que le litige opposait la société Sistem et une compagnie Kirghize, Ak-keme Joint-stock Company (AK-Keme), le tribunal arbitral a confirmé la solution posée par le tribunal Tradex. En l'espèce, le projet concernait la mise en place d'une joint-venture pour la construction et l'exploitation

¹²⁴⁹ CIRDI, *Tradex c. Albanie*, ARB/94/2, juridiction, 24 décembre 1996, préc., §§ 47 – 48.

d'un hôtel. Cependant, à la suite de la dissolution de Ak-keme (la joint-venture) pour banqueroute, la société Sistem racheta ses parts et exploita seul l'hôtel pendant un certain temps. Contestant la validité de l'achat de l'hôtel, l'exploitation est confiée finalement à Ak-Keme, entretemps remis sur pied grâce à un autre partenariat conclu avec un investisseur malaisien. La société Sistem estimait alors que l'État avait manqué à son obligation de protéger son investissement. Se fondant sur l'offre d'arbitrage prévue à l'article 18 du code des investissements, elle introduisit une requête d'arbitrage contre le Kirghizistan. Ce dernier estima cependant qu'il était tiers au litige et que conformément à l'article 18 (4) de son code des investissements, les différends entre investisseurs locaux et étrangers relevaient de la compétence de ses juridictions locales. Le tribunal rejeta ce moyen en rappelant que le code prévoit des garanties et droits substantiels à l'investisseur qui obligent directement l'État et que ces droits étaient ceux en cause dans la procédure introduite¹²⁵⁰.

495. Récemment, un tribunal CIRDI a consacré cette analyse même dans l'hypothèse où une compétence exclusive est attribuée à une entité paraétatique. En l'espèce, l'investisseur étranger, la société *Interocean Oil Company* par le biais de la *Pan Ocean* et la société d'État pétrolière du Nigeria, NNPC, ont conclu un accord de joint-venture concernant l'exploitation d'un site pétrolier. Selon la loi nigériane, la NNPC était seule responsable pour les opérations intéressant le domaine pétrolier. À ce titre, les litiges relatifs à ce domaine devraient être dirigés contre la NNPC, qui n'était pas dissoute en l'espèce. Le tribunal rejeta cet argument en rappelant que la compétence exclusive de la NNPC dans le domaine pétrolier ne faisait pas obstacle à une requête dirigée contre l'État pour violation des dispositions de son code des investissements¹²⁵¹. Ainsi, lorsque sont visées les actions de l'État, l'existence d'une clause compromissaire dans le cadre du contrat entre l'investisseur et l'entité paraétatique est sans effet. Cette solution est d'ailleurs conforme à l'opinion émise par certains experts lors des travaux préparatoires de la Convention de Washington¹²⁵².

¹²⁵⁰ CIRDI, *Sistem c. Kirghizstan*, ARB(AF)/06/1, 13 septembre 2007, §§ 123 – 126.

¹²⁵¹ CIRDI, *Interocean Oil Development Company and Intercocean Oil Exploration Company c. Nigeria*, ARB/13/20, 29 octobre 2014, § 111: « *As an initial matter, the Tribunal notes that the existence of contractual claims under the JVA does not preclude the Claimants from filing a separate set of claims pursuant to international law, which would be subject to the tribunal's jurisdiction pursuant to Section 26 of the NIPC Act. The substantive claims in this are not for breach of the JVA per se* » et § 116 : « *The Respondent states that the NNPC was designated by the Federal Republic of Nigeria as the government agency responsible for oil exploration. Be that as it may, Nigeria remains an ICSID Contracting State for the purposes of jurisdiction under Article 25 of the ICSID Convention* ».

¹²⁵² Pendant la réunion de Genève, l'expert autrichien posa la question de savoir quelle serait la position à adopter s'il y avait eu violation d'une obligation contractuelle par l'organisme de l'État partie au contrat avec l'investisseur mais que ce dernier prétendait que l'État, par l'effet d'une loi avait porté atteinte aux droits internationaux de l'investisseur. Le Président Broches répondait par

496. La tentative d'aménagement. Cependant, des aménagements pratiques ont pu être formulés lorsque la clause compromissoire contenue dans un contrat entre l'investisseur et l'émanation emporte également renonciation à une offre d'arbitrage. Dans l'affaire *Vivendi c. Argentine* par exemple, la clause d'*electio fori* du contrat de concession entre l'investisseur et le Tucuman, une province argentine que l'État n'avait pas désignée au CIRDI, attribuait compétence exclusive aux juridictions locales. Un tribunal arbitral a reconnu que la clause ne permettait pas d'exclure une action contre l'État sur la base du TBI. Le Comité *ad hoc*, saisi en annulation de la sentence, ajouta qu'il en aurait été autrement si une indication claire d'exclure cette compétence était mentionnée conformément à l'article 26 de la convention de Washington¹²⁵³. Cet article indique 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 ». En clair, si la clause compromissoire du contrat entre l'entité paraétatique et l'investisseur désigne le CIRDI, l'investisseur ne pourrait plus alors invoquer l'offre d'arbitrage du TBI.

Ce raisonnement, qui pourrait être étendu aux offres contenues dans les codes, n'est pas sans faille. Pour qu'en pratique une clause compromissoire CIRDI emporte renonciation à une offre d'arbitrage CIRDI, il faudrait au moins admettre que l'État partie à la procédure arbitrale, est également partie au contrat conclu par l'entité. Sans entrer dans les constructions juridiques permettant l'extension de la qualité de partie au contrat à l'État¹²⁵⁴, l'on notera que si l'État est partie au contrat, l'investisseur pourra simplement

la négative en précisant : « lorsqu'on arrive à une action de l'État lui-même, un accord spécifique avec l'État pour une soumission *ad hoc* de l'affaire au tribunal sera nécessaire ». CIRDI, *History of the ICSID Convention*, vol.3, préc., p. 184.

¹²⁵³ CIRDI, *Vivendi c. Argentine*, Comité *ad hoc*, ARB/97/3, Annulation, 3 juillet 2002, §§ 74 – 80, spéc. § 76.

¹²⁵⁴ L'extension de la qualité de partie de l'État au contrat est débattue dans l'arbitrage commercial. Dans la saga *SPP c. Egypte*, devant la CCI, la clause compromissoire disputée figurait dans un contrat conclu entre la SPP et l'EGOTH (organisme public égyptien) qui avait également été signé, précédé de la mention « approuvé, agréé et ratifié », par le Ministre du tourisme égyptien. Ce contrat qui avait pour objet la constitution de ETDC, la société de projet, faisait suite à un accord de base conclu entre l'État et la SPP au sujet de la construction d'un complexe touristique sur le plateau des pyramides. Pour la plaignante, cette signature, apposée à la fin du second contrat, avait pour effet de rendre opposable le contrat à l'État, clause compromissoire comprise. Ainsi, la société SPP pouvait légitimement introduire un recours directement contre l'État. Pour sa part, l'État égyptien contestait sa qualité de partie au contrat et l'opposabilité qui en résultait de la clause compromissoire. Tant les parties, le tribunal arbitral que les juridictions françaises adoptèrent, non sans contradiction, une démarche factuelle pour résoudre le problème. Le tribunal CCI considéra que la signature d'un contrat précédé des mentions « approuvé, agréé et ratifié » par un tiers, était inusuelle et concluait à la volonté des autorités gouvernementales d'être liées par la clause compromissoire. Les juges de la Cour d'appel, pour leur part, estimaient qu'il n'y avait là qu'une formalité administrative exigée par les textes. Il s'agissait notamment d'une déclaration annexée au second contrat prévoyant que les obligations d'EGOTH devaient être approuvées par l'État. Plus encore, l'absence dans le contrat d'obligations véritables à la charge de l'Égypte devait conduire à lui nier la qualité de partie au contrat. Également, l'argument selon lequel qu'en tant qu'émanation de l'État, EGOTH agissait en tant que mandataire engageant l'État par ses actes, a été écarté à la fois par les arbitres et par les juges français. Pour les arbitres, la rupture du contrat à l'origine du litige n'était pas le fait d'EGOTH et les juges de Paris, d'ajouter que dans tous les cas celle-ci jouit d'une autonomie suffisante. La Cour de cassation française saisie d'un pourvoi formé par les sociétés SPP et SPP (ME), a par ailleurs estimé qu'une telle interprétation ne relevait pas d'un excès de pouvoir (CCI, *SPP c. Egypte*, aff. n°3493, 1983, *Rev. Arb.*, 1986, p. 105 ; France, CA. Paris, 12 juillet 1984, *JDI* 1984, note Bertrand GOLDMAN ; Patrick RAMBAUD, « L'affaire "des Pyramides" (arrêt du 12 juillet 1984 de la Cour d'Appel de Paris) », *AFDI*, 1985, 31, p. 515. Philippe LEBOULANGER, « Etat, politique et arbitrage. L'affaire du Plateau des Pyramides », *Rev. Arb.*, 1986, p. 3 ; France, Cass. Civ. 1^{ère}, 6 janvier 1987, n°84-17.274, *Bulletin* 1987, n°2, p.1, *JDI*, 1987, p. 638, note Bertrand

se fonder sur la clause compromissoire pour attirer celui-ci devant un tribunal CIRDI. Et si à l'inverse, l'État n'est pas partie au contrat, la stipulation contraire ne peut alors ni lui nuire ni lui profiter, en principe. De la sorte, la proposition d'un aménagement au principe selon lequel l'État ne répond que des réclamations légales dirigées directement contre lui n'est pas d'une grande utilité.

497. En somme, l'État et les entités paraétatiques bénéficient de la capacité processuelle suffisante pour être parties à une procédure arbitrale. Toutefois, pour fonder la compétence du tribunal arbitral, les investisseurs ne pourront introduire leur réclamation légale que pour les litiges qui les opposent directement à l'État, à l'exclusion

GOLDMAN ; *Rev. Arb.*, 1987, p. 469, note Philippe LEBOULANGER ; Jean BILLEMONT, *La liberté contractuelle à l'épreuve de l'arbitrage*, Paris, LGDJ, 2003, pp. 376 et ss, Jean-Baptiste RACINE, *Droit de l'arbitrage*, Thémis, PUF, 2016, pp 247 et s.). Récemment dans l'affaire *Al-Kharafi c. Libye* (CRCICA, *Al-Kharafi c. Libye et autres*, sentence, 22 mars 2013, pp. 247 – 268), qui consacre de longs développements à la question, le demandeur soutenait que la clause compromissoire du contrat conclu entre Al-Kharafi et *General Authority for Investment and Ownership* (GAIO), pouvait être étendue à l'État Libyen et ses émanations. L'État libyen, pour sa part, soutenait qu'il n'était pas partie au contrat et que la GAIO bénéficiait d'une personnalité juridique distincte de l'État. À l'exception de la LIA, le tribunal considéra l'ensemble des entités comme partie à la procédure en admettant leur rattachement à l'État. Pour ce faire, les arbitres invoquaient les principes de droit libyen (Libye, Cour Suprême, *challenge N°123 of Judicial Year 43*, dated 18/02/2000 cité par CRCICA, *Al-Kharafi c. Libye et autres*, sentence, 22 mars 2013, p. 267) et indiquaient que l'intervention de ces entités, à un titre ou un autre, dans la conclusion, l'exécution ou la fin du contrat étaient des indices suffisants. S'agissant de la LIA, le tribunal tout en reconnaissant que l'émanation est « *an integral part of the State of Libya* », décidait que la LIA ne pouvait être assignée comme défendeur dans la mesure où l'émanation ne serait pas intervenue dans la conclusion, l'exécution ou la fin du contrat. De cette affaire, il résulte que la qualité de partie de l'État au contrat d'investissement est l'élément déterminant. Une telle qualité ne s'apprécie pas *in abstracto* suivant des critères formels, mais *in concreto*, pour déterminer si dans les faits l'État a joué un rôle si déterminant qu'il puisse se voir attribuer la qualité de partie même si le contrat n'est signé qu'entre l'investisseur et une entité paraétatique. Ce faisant, l'existence d'une personnalité juridique propre de l'entité ou encore son autonomie financière ne font pas échec à une telle assimilation s'il peut être démontré que dans les faits l'entité agit sous le contrôle de l'État. Ainsi, la dépendance fonctionnelle de l'entité qui peut se traduire par les mécanismes de tutelle administrative ou des ordres précis dans l'exercice de sa mission constitue la première strate de l'analyse. Une fois le contrôle de facto établi, il faut, dans un second temps, démontrer le caractère décisif du rôle joué par l'État dans la conclusion, l'exécution ou la fin du contrat. On notera sur ces points des blancs dans le raisonnement des arbitres qui invitent à la réserve s'agissant de l'extension d'une telle solution en dehors du contexte libyen. Le niveau de la preuve et la charge de celle-ci ne sont pas clairement discutés. L'on se doute que l'intérêt de la solution vise à sanctionner le rôle actif des autorités gouvernementales dans la conclusion des contrats d'envergure, mais la proposition rompt à moult égards d'avec les principes traditionnels de droit (France, Cass. Civ. 1^{ère}, 25 juin 1991, *Cotunav* ; *Rev. Arb.*, 1991, p. 453, Pierre MAYER indiquant : « que la Cotunav, en acceptant d'intervenir dans l'exécution de l'accord, a nécessairement souscrit aux obligations définies par celui-ci à la charge du transporteur et en a accepté les modalités techniques parmi lesquelles la clause compromissoire, qu'en retenant ainsi que la Cotunav, en exécutant l'accord en connaissance de cause, avait, en réalité, ratifié celui-ci y compris la clause d'arbitrage, la cour d'appel, par ce seul motif, a légalement justifié sa décision ». La partie qui intervient serait considérée comme un « faux-tiers ». Eric LOQUIN, « différence et convergences dans le régime de la transmission et de l'extension de la clause compromissoire devant les juridictions françaises », *Gaz. Pal.*, Jun. 5/6, 2002). Si l'on réfléchit suivant le droit des contrats, l'effet relatif de celui-ci permet d'exclure toute partie qui n'assume pas librement des droits et obligations contractuels. Le raisonnement repose en réalité sur deux présomptions. La première présomption est celle de la connaissance de la clause insérée dans le contrat initial et la seconde présomption est celle de l'acceptation implicite de cette clause par le tiers, en l'occurrence l'État. Des critiques avertis soulignent alors qu'un « consentement qui repose sur une double présomption ne peut que revêtir un caractère artificiel » (Christophe SERAGLINI et Jérôme ORTSCHIEDT, *Droit de l'arbitrage interne et international*, LGDJ, 2^{ème} éd., 2019, p. 706, § 722). Ce qui explique le peu de soin apporté par la jurisprudence dans l'évaluation psychologique du tiers présumé consentant. Mathias AUDIT, Sylvain BOLLEE, et Pierre CALLE notent en ce sens : « En fait, on a souvent l'impression à lire les arrêts, que c'est la seule configuration objective de la situation qui fonde l'extension de la convention d'arbitrage : cette extension est corrélée de manière quasi automatique à "l'implication" du non-signataire dans l'exécution du contrat principal, sans que les juges s'attachent réellement à scruter les représentations psychologiques des divers protagonistes » in *Droit du commercial international et de l'arbitrage international*, LGDJ, 2^{ème} éd., 2016, p. 722, § 897. Enfin, point rarement souligné, les États bénéficient d'immunités de juridiction qui font obstacle, en principe, à tout recours devant une juridiction internationale en l'absence de renonciation explicite. S'il est vrai qu'un consentement à l'arbitrage emporte renonciation à l'immunité de juridiction, il n'est pas certain que qu'un consentement présumé puisse produire le même effet. Le reproche à faire est donc celui de l'articulation d'une telle gymnastique intellectuelle avec le principe de la juridiction consentie.

de ceux qui peuvent être imputés aux entités de ce dernier¹²⁵⁵. Outre l'inopposabilité des incapacités processuelles de droit interne, le droit d'action de l'investisseur découle aussi de la consécration de la doctrine de l'offre dans l'arbitrage d'investissement.

§2 : Le pouvoir de consentir à l'arbitrage des États par une loi

498. L'arbitrage « without privity ». Depuis les sentences *SPP c. Egypte*¹²⁵⁶ et *AAPL c. Sri Lanka*¹²⁵⁷, il est admis la possibilité pour les investisseurs d'introduire des réclamations légales et des réclamations conventionnelles¹²⁵⁸. Pour désigner ce droit d'action directe reconnue par les lois nationales ou les traités d'investissements aux investisseurs étrangers indépendamment de toute relation contractuelle avec l'État d'accueil, l'expression « *arbitration without privity* » a été formulée pour la première fois par Jan Paulsson, dans son article éponyme¹²⁵⁹. Cependant, la notion de "*privity*" de droit anglais n'ayant pas véritablement d'équivalent en droit français¹²⁶⁰, la professeure Burdeau a préféré désigner ce mécanisme par la formule « arbitrage sans lien de droit »¹²⁶¹. C'est cette dernière expression « d'absence de lien de droit » que reprend le professeur Santulli pour parler d'arbitrage « sans lien juridique direct » entre les parties, qui dans sa forme contractée est désigné par la formule d'arbitrage "sans lien direct"¹²⁶². Mais, lorsque seul le consentement des parties à ce type d'arbitrage est visé, l'expression « consentement dissocié » trouve préférence chez certains auteurs¹²⁶³. Au-delà du simple jeu de synonymie, ces variétés de formulation sont révélatrices du talon d'Achille de

¹²⁵⁵ Il importe ici de distinguer les étapes de procédure concernées. Au stade des exceptions préliminaires, le tribunal arbitral vérifie simplement que les deux parties aux litiges ont bien consenti à la procédure arbitrale. Pour ce qui est de la question de l'imputation *stricto sensu*, les tribunaux arbitraux indiquent qu'il s'agit d'une question de fond. Dans l'affaire *Interocean Oil c. Nigeria* préc., le tribunal a réservé son appréciation sur le fond. (CIRDI, ARB/13/20, 06 octobre 2020, § 176. Le tribunal adopte également la même approche dans l'affaire *Lahoud c. République Démocratique du Congo*, (CIRDI, ARB/10/4, 7 février 2014, §§ 199 et 348).

¹²⁵⁶ CIRDI, *Southern Pacific Properties (Middle East) Limited c. République Arabe d'Egypte*, ARB/84/3, Compétence I, 27 nov. 1985, *ICSID Report*, vol. 3, p. 112, *Yearbook of Commercial Arbitration*, vol. 16, 1991, p. 19; *JDI*, 1994, p. 128. Et : CIRDI, *Southern Pacific Properties (Middle East) Limited c. République Arabe d'Egypte*, ARB/84/3, Compétence II, 14 avril 1988, *ICSID Report*, vol. 3, p. 131, *Yearbook of Commercial Arbitration*, vol. 16, 1991, p. 28, *JDI*, 1994, p. 220.

¹²⁵⁷ CIRDI, *Asian Agricultural Products Ltd (AAPL) c. République Démocratique du Sri Lanka*, ARB/87/3, sentence, 27 juin 1990, *ICSID Report*, vol. 4., p. 246.

¹²⁵⁸ Pour un rappel historique de la consécration de l'arbitrage sans lien direct en droit, voir *supra* Introduction, II, A et B.

¹²⁵⁹ Jan PAULSSON, « Arbitration Without Privity », *Icsid Review – FILJ*, vol. 10, n°2, 1995, pp 232 – 257.

¹²⁶⁰ Walid Ben Hamida note à ce sujet : « Le principe de *privity* est un principe fondamental du droit de la *Common Law* des contrats. Il rappelle celui de l'effet relatif des contrats, connu en droit français. La signification du principe est surtout procédurale. Il implique que le contrat ne peut ouvrir une action en justice à un tiers, ni à l'inverse, conférer aux parties une action contre ce dernier. La formule est difficilement traduisible en français. À moins de détacher le principe de son aspect procédural en définissant le "*privity*" comme le rapport direct des parties, leur engagement l'une envers l'autre, leur connaissance mutuelle, ce qui ne semble pas être la vraie portée du principe dans le droit de la common law, la formule "*arbitration without privity*" ne traduit que partiellement le phénomène. Elle suppose l'existence d'un rapport contractuel qui confère à un tiers un droit de recourir à l'arbitrage. Or, un tel rapport est inexistant lorsque l'État exprime son consentement dans une loi nationale ». Walid BEN HAMIDA, *L'arbitrage transnational unilatéral – réflexions sur une procédure réservée à l'initiative d'une personne privée contre une personne publique*, Thèse, Université Panthéon-Assas, Paris, 2003, p. 16.

¹²⁶¹ Geneviève BURDEAU, « Nouvelles perspectives pour l'arbitrage dans le contentieux économique intéressant les Etats », *Rev. Arb.*, 1995, pp. 3-37.

¹²⁶² Carlo SANTULLI, *Droit du contentieux international*, LGDJ, 2015, 2^{ème} éd., pp. 128-131, §§ 201 – 205.

¹²⁶³ Brigitte STERN, « Un coup d'arrêt à la marginalisation du consentement dans l'arbitrage international (À propos de l'arrêt de la Cour d'appel de Paris du 1^{er} juin 1999) », *Rev. Arb.*, 2000, pp 403-427.

l'arbitrage transnational. Alors qu'il est prétendu que l'arbitrage aurait une nature consensuelle¹²⁶⁴, l'absence de lien juridique (donc d'échanges directs) entre les parties litigantes trahit l'idée qu'il y aurait eu un accord des volontés de celles-ci à la procédure arbitrale. La critique a alors considéré qu'il s'agissait d'un arbitrage forcé pour les parties¹²⁶⁵. Mais après plus de trente ans de fonctionnement, cette critique peut être considérée comme obsolète (A) même si aucune théorie ne parvient à fournir une explication satisfaisante de ce mécanisme d'arbitrage. C'est ainsi par défaut que la pratique arbitrale se satisfait de la doctrine de l'offre d'arbitrage pour expliquer le pouvoir de l'État de consentir à l'avance à la procédure arbitrage (B).

A. LE CARACTERE OBSOLETE DE LA CRITIQUE D'UN ARBITRAGE FORCÉ

499. Selon Ben Hamida, la notion d'arbitrage forcé serait un abus de langage par lequel l'on désigne le recours à l'arbitrage en l'absence de consentement à la procédure arbitrale d'au moins une des parties litigantes¹²⁶⁶. Selon certains auteurs, le mécanisme du consentement dissocié par lequel l'État donnerait son consentement à l'avance à l'arbitrage, dans une loi ou un TBI, fait accroire que ce dernier aurait consenti à l'arbitrage¹²⁶⁷. Ces auteurs nient, à des degrés variables, qu'une disposition législative

¹²⁶⁴ La nature juridique de l'arbitrage a été âprement disputée en doctrine. D'un côté, insistant sur le caractère privé de la procédure, les auteurs soulignent que le consensualisme y occupe une place primordiale. C'est la volonté des parties qui permet le recours à la procédure arbitrale par une convention d'arbitrage, fixe le mandat des arbitres, le droit applicable à la convention, etc. (La cour d'appel de Paris indiquait à ce propos : « L'arbitrage international, qu'il se déroule en France ou à l'étranger, a un fondement nécessairement conventionnel et relève à ce titre exclusivement de la volonté commune des parties laquelle est seule à pouvoir habilitier l'arbitre en lui conférant un pouvoir juridictionnel ». Aff. *Société Tarom c. Société Khayat Travel and Tourism*, *Rev. Arb.*, 1^{er} juin 1999, 2000.493-500 ; note : Brigitte STERN, « Un coup d'arrêt à la marginalisation du consentement dans l'arbitrage international (À propos de l'arrêt de la Cour d'appel de Paris du 1^{er} juin 1999) », *Rev. Arb.*, 2000, pp 403-427 ; *JDI*, 2000, pp 370 – 379, note Eric LOQUIN ; Ali MEZGHANI, « Arbitrage forcé et fondement contractuel de l'arbitrage ? », *Cah. Arb.*, vol. 2, *Gaz. Pal.*, éd. 2004, p. 36). À cette approche « contractuelle », s'oppose une autre dite « juridictionnelle », qui insiste sur la fonction de l'arbitre qui est de trancher un litige par application du droit et que la force obligatoire et la force exécutoire de la sentence viennent corroborer (Christophe SERAGLINI et Jérôme ORTSCHIEDT, *Droit de l'arbitrage interne et international*, LGDJ, 2^{ème} éd., 2019, pp, 26-27, §14). Il semble désormais qu'un consensus émerge au sein de la doctrine spécialisée pour considérer que l'arbitrage présente plutôt une nature duale (Christophe SERAGLINI et Jérôme ORTSCHIEDT, *op. cit.*, pp. 27 – 29, §§ 15-17. Également, Philippe FOUCHARD, Emmanuel GAILLARD et Bertrand GOLDMAN, *Traité de l'arbitrage commercial international*, n°11, Litec, 1996, p. 14 ; Contre l'approche juridictionnelle : Vincent HEUZE, « Une variété de transactions : la convention d'arbitrage », *Rev. Arb.*, 2015, p. 3.

¹²⁶⁵ Olivier FILLE-LAMBIE, Jean-Marc LONCLE, « L'arbitrage dans les grands projets en concession de service public », *RDAI*, n°1, 2003, pp 3- 37, spéc. p. 33. ; Jean-Marc LONCLE, « L'option de l'arbitrage des traités de protection des investissements : Treaty Claims vs. Contracts Claims », *RDAI*, n°1, 2005, pp 3-12 ; Muthucumaraswamy SORNARAJAH, « Creating jurisdiction beyond consent », *Resistance and Change in the international law on Foreign Investment*, CUP, 2015, pp 139 – 190.

¹²⁶⁶ L'auteur souligne ainsi : « "L'arbitrage forcé", en réalité, n'est pas un véritable arbitrage. Tout arbitrage repose sur une base consensuelle. L'expression "arbitrage forcé" est une impropriété de langage [...] tout arbitrage est nécessairement volontaire ». Walid BEN HAMIDA, *L'arbitrage transnational unilatéral. Réflexion sur une procédure réservée à l'initiative d'une personne privée contre une personne publique*, Thèse, Université Panthéon-Assas, Paris, 2003, p. 4, n°6.

¹²⁶⁷ Gabriele KAUFMANN-KOHLER et Peter HENRY, « Formula 1 and racing and arbitration : The FIA tailor-made system for fast-trak resolution », *Arb. Int.*, 2001, p. 173 ; Abdul Hamid EL AHDAB, « The Compulsory International Arbitration », *Rev. lib. arb. int'l.*, n° 20, 2001, p. 6 ; Olivier FILLE-LAMBIE, Jean-Marc LONCLE, « L'arbitrage dans les grands projets en concession de service public », *RDAI*, n°1, 2003, pp 3- 37, spéc. p. 33. ; Jean-Marc LONCLE, « L'option de l'arbitrage des traités de protection des investissements : Treaty Claims vs. Contracts Claims », *RDAI*, n°1, 2005, pp 3-12 ; Muthucumaraswamy SORNARAJAH, « Creating jurisdiction beyond consent », *Resistance and Change in the international law on Foreign Investment*, CUP, 2015, pp 139 – 190.

puisse renfermer le consentement de l'État à l'arbitrage. Pour étayer leur position, certains insistent sur le caractère inexistant du consentement, les autres sur son aspect asymétrique et les plus modérés, sur sa dimension artificielle.

500. Le consentement inexistant. Les partisans de cette approche nient le principe qu'un arbitrage puisse être fondé sur un code des investissements. Seule une clause compromissoire ou un compromis permet de saisir un tribunal arbitral. Les dispositions relatives à l'arbitrage contenues dans une loi, indépendamment de la tournure linguistique employée, ne sont que des invitations à l'endroit des investisseurs pour envisager, dans un accord spécifique, le recours à l'arbitrage¹²⁶⁸. Cette lecture pourrait être justifiée par le fait qu'un « malentendu a présidé aux débats au cours des travaux préparatoires de l'article 25 »¹²⁶⁹. Ce mécanisme du consentement dissocié est vu par d'autres auteurs comme une atteinte à la souveraineté de l'État, contraint de devenir partie à l'arbitrage par une interprétation extensive des textes¹²⁷⁰.

501. Les consentements asymétriques. Contrairement à la thèse du consentement inexistant, les partisans de cette approche considèrent qu'il y a bien un consentement, mais en raison du caractère asymétrique du procédé, il conviendrait d'écarter ce mécanisme. Le professeur Santulli fait remarquer à ce propos, que le consentement donné à l'avance, empêche l'État d'introduire des demandes reconventionnelles et plus largement, des actions étatiques en l'absence de consentement de l'investisseur quand l'inverse reste possible¹²⁷¹. Seul l'investisseur peut finalement enclencher la procédure¹²⁷². Sur ce point, la professeure Burdeau indique en ce sens :

« On se trouve en présence d'une situation quelque peu déséquilibrée et en tout cas inhabituelle dans le cadre de l'arbitrage traditionnel, dans laquelle le déclenchement de

¹²⁶⁸ Selon Noureddine Gaba, « la loi ne peut valoir acte juridique. La loi prévoit des possibilités d'engagements mais ne constitue guère l'engagement lui-même », in « Les nouveaux instruments du consentement à l'arbitrage CIRDI », in Ferhat HORCHANI, *Où va le droit de l'investissement ? désordre normatif et recherche d'équilibre*, colloque Tunis, 3 et 4 mars 2006, A. Pédone, Paris, 2006, p. 48.

¹²⁶⁹ Bien que ne niant pas de façon catégorique le consentement unilatéral à l'arbitrage, la Professeure Stern indiquait qu'il s'agissait ici d'un accident de l'histoire puisque les rédacteurs de la Convention CIRDI n'avaient pas à l'esprit qu'un arbitrage puisse se tenir en l'absence de tout lien contractuel. Brigitte STERN, « Le consentement à l'arbitrage CIRDI en matière d'investissement international : que disent les travaux préparatoires ? », *Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du XXème siècle, À propos de 30 ans de recherche du CREDIMI*, Mélanges en l'honneur de Philippe Khan, Paris, Litec, 2000, p. 232.

¹²⁷⁰ Olivier FILLE-LAMBIE, Jean-Marc LONCLE, « L'arbitrage dans les grands projets en concession de service public », *RDAL*, n°1, 2003, pp 3- 37, spéc. p. 33.

¹²⁷¹ Carlo SANTULLI, *Droit du contentieux international*, 2^{ème} éd., LGDJ, 2015, pp 130 – 131, §§ 204 – 205. Également, Walid BEN HAMIDA, « L'arbitrage Etat-Investisseur cherche son équilibre perdu : Dans quelle mesure l'État peut introduire des demandes reconventionnelles contre l'investisseur privé ? », *International Law Forum : Droit international*, vol. 7, 2005, pp 261 – 272.

¹²⁷² La nature contractuelle de l'arbitrage est questionnée « dans la mesure où seul l'investisseur dispose d'un droit de saisine du tribunal arbitral. L'État ne peut lui-même saisir le tribunal dès lors que l'investisseur n'a pas manifesté son acceptation de l'arbitrage sur le fondement du traité ». Jean-Marc LONCLE, « L'option de l'arbitrage des traités de protection des investissements : Treaty Claims vs. Contracts Claims », *RDAL*, n°1, 2005, pp 3-12, spéc. p. 5.

la procédure est à la disposition d'une seule des parties (l'investisseur) et non des deux »¹²⁷³.

Ce caractère asymétrique justifie que le recours à l'arbitrage ne soit rendu possible que lorsqu'il existe entre les parties un accord spécifique¹²⁷⁴.

502. Le consentement artificiel. Les auteurs favorables à cette ligne de pensée considèrent qu'il y a probablement un consentement à l'arbitrage, mais celui-ci est rendu artificiel par une interprétation trop élaborée des tribunaux. Brigitte Stern soulignait sur ce point que « même sans aller jusqu'à imposer un arbitrage forcé, il est indéniable que certaines évolutions récentes font que le consentement à l'arbitrage peut parfois sembler quelque peu malmené (...) »¹²⁷⁵. Pour y remédier, il faut donner plein effet aux consentements des États tels qu'exprimés dans leur loi nationale et leur TBI. Or, les techniques qui visent à étendre ce consentement à des situations qui ne sont pas immédiatement couvertes par l'engagement juridictionnel, telles les clauses de couvertures ou NPF, imposent une juridiction au-delà du consentement¹²⁷⁶.

503. Le caractère obsolète des critiques ? Exception faite des critiques concernant le caractère artificiel du consentement donné à l'avance dans une loi ou un TBI¹²⁷⁷, les autres arguments insinuant un arbitrage forcé peuvent paraître désormais exagérés. Sur le fond, elles demeurent pertinentes. L'arbitrage sans lien direct repose sur un fondement encore mystérieux. La rencontre de volonté sans échange entre les parties a de lourdes conséquences procédurales en termes d'égalité des armes. Mais la critique est-elle encore valable aujourd'hui ? La communauté scientifique a énormément insisté sur ces points et les études sur le sujet ne se comptent plus¹²⁷⁸. Les États ne peuvent plus aujourd'hui

¹²⁷³ Geneviève BURDEAU, « Nouvelles perspectives pour l'arbitrage dans le contentieux économique intéressant les États », *Rev. arb.*, 1995, pp. 3-37, spéc. p. 15. Elle ajoute aussi que : « L'arbitrage transnational qui s'était développé à l'origine, à partir du modèle fourni par l'arbitrage commercial international, sur une base clairement et exclusivement consensuelle établie par les parties en litige, paraît à l'heure actuelle prendre une orientation nouvelle encouragée par un certain nombre de traités internationaux qui tendent à développer et à banaliser un mode de saisine unilatérale par la partie privée, généralement un investisseur, contre l'État » *ibidem*, p. 10.

¹²⁷⁴ Carlo SANTULLI écrit en ce sens : « Reste, bien sûr, un domaine de la théorie de l'offre de contracter, mais il doit être réduit aux hypothèses où elle est nécessaire, le cas du consentement étatique donné par un acte unilatéral (les lois nationales, notamment), et les TBI qui organisent effectivement une offre de contracter, et subordonnent réellement l'effet de la clause arbitrale à un **consentement distinct préalable de l'investisseur** – et encore, peut-être ne posent-ils qu'une condition de procédure » *in Droit du contentieux international*, 2^{ème} éd., LGDJ, 2015, p. 131., § 205 *in fine*.

¹²⁷⁵ Brigitte STERN, « Un coup d'arrêt à la marginalisation du consentement dans l'arbitrage international », *Rev. Arb.*, 2000, pp. 403-427, spéc. p. 421.

¹²⁷⁶ Muthucumaraswamy SORNARAJAH, « Creating jurisdiction beyond consent », *Resistance and Change in the international law on Foreign Investment*, CUP, 2015, pp. 139 – 190.

¹²⁷⁷ Cette critique est intemporelle dans la mesure où elle requiert du juge un examen minutieux des engagements juridictionnels qui fondent sa compétence. Aussi, chaque tribunal arbitral avant de se prononcer doit s'assurer d'exercer son office dans les limites de la volonté des parties.

¹²⁷⁸ Dans le cadre de sa thèse sur *Le consentement des parties à l'arbitrage*, Ousmane Diallo répertorie avec soin et discute dans le détail l'ensemble des positions émises à ce sujet. Sa lecture ne saurait être que trop recommandée pour plus de détail (Ousmane DIALLO, *Le consentement des parties à l'arbitrage international*, Graduate Institute Publication, Genève, 2010, « chap II, Le consentement à l'arbitrage par voie non-contractuelle »).

exciper de leur ignorance pour nier un consentement obtenu à leur corps défendant. D'ailleurs, après les premiers contentieux rendus à propos des codes des investissements, certains ont marqué leur hostilité en modifiant leurs lois¹²⁷⁹. Cela n'a toutefois pas empêché la modification de l'AUA et du règlement CCJA par les États membres de l'OHADA pour prévoir expressément l'arbitrage sans lien direct quand les versions antérieures des textes n'en faisaient pas mention expresse¹²⁸⁰. De plus, il appartient désormais aux États, dans leurs nouveaux codes et les nouveaux TBI d'opter pour des clauses ou dispositions d'arbitrage traduisant la méfiance ou la confiance de ces derniers dans le mécanisme du consentement dissocié. Ousmane Diallo invite d'ailleurs à la réserve concernant cette critique de l'arbitrage forcé en des termes qui peuvent être reproduits tels quels :

« si le consentement de l'État à l'arbitrage dans une procédure mise en œuvre en vertu d'une loi promulguée par l'État ou en application d'un traité qu'il a ratifié a pu être mis en cause, c'est bien que la critique porte sur les aspects psychologiques et sociologiques du consentement, car juridiquement, l'acceptation de l'État ne fait aucun doute »¹²⁸¹.

Il s'ensuit qu'il y a bien consentement de l'État à l'arbitrage et que ce consentement peut être exprimé dans un code des investissements. Cette doctrine de l'offre, qui apparaît en filigrane, a d'ailleurs été consolidée par plus de trente années de pratique sans véritablement être justifiée.

B. L'ADMISSION PAR DEFAUT DE LA DOCTRINE DE L'OFFRE D'ARBITRAGE

504. Exposé de la doctrine. La doctrine de l'offre et de l'acceptation est une construction théorique qui tente d'expliquer la formation de la convention d'arbitrage dans l'arbitrage sans lien direct¹²⁸². Elle repose sur l'idée que le consentement de l'État

¹²⁷⁹ À la suite de la décision du tribunal de se reconnaître compétent sur le fondement du code des investissements de 2012 (CIRDI, *Société Resort Company Invest Abidjan, Stanislas Citerici and Gérard Bot v. Republic of Côte d'Ivoire*, ARB/16/11, 1 août 2017), le code de 2012 a été abrogé et remplacé par un code de 2018. L'article 50 de ce code prévoyait un recours à l'arbitrage auprès de la CCJA avant que l'article 50 nouveau adopté par l'ordonnance n°2019-1088 du 18 décembre 2019 modifiant l'ordonnance n°2018-646 du 1^{er} août 2018 portant code des investissements ne supprime également la référence à la CCJA au profit de la Cour d'Arbitrage de Côte d'Ivoire (CACI), un centre d'arbitrage national. L'Égypte avait déjà adopté cette démarche à la suite de l'affaire SPP c. Égypte. Bertrand MARCHAIS, « The New Investment Law of the Arab Republic of Egypt », *FILJ*, vol.4, n°2, 1989, p.107; Laurence CRAIG, « The final Chapter in the Pyramid Case: Discontinuing an ICSID Award for Annulment Risk », *ICSID Review-FILJ*, vol. 8, 1993, p. 264.

¹²⁸⁰ Walid BEN HAMIDA, « L'intégration imparfaite de l'arbitrage d'investissement dans le droit de l'OHADA », *Rev. Arb.*, n° 4, 2019, pp. 1109 – 1140.

¹²⁸¹ Ousmane DIALLO, *Le consentement des parties à l'arbitrage international*, Graduate Institute Publication, Genève, 2010, « chap II, Le consentement à l'arbitrage par voie non-contractuelle », § 50. Accessible sur books.openedition.org/iheid/971.

¹²⁸² Sur les origines de la théorie, Ousmane DIALLO souligne : « La technique de l'offre de juridiction n'est pas nouvelle. Bien avant l'établissement du CIRDI, elle avait été sollicitée au niveau interétatique pour répondre aux exigences consensuelles de la juridiction de la Cour internationale de Justice, notamment dans les affaires introduites séparément contre la Bulgarie en relation avec l'Incident aérien du 27 juillet 1955, par l'État d'Israël, les États-Unis et le Royaume-Uni », in, *Le consentement des parties à l'arbitrage international*, § 59.

pourrait être donné à l'avance dans une loi ou un traité d'investissement, l'on parle alors d'offre d'arbitrage qui serait acceptée par l'investisseur au moment du dépôt de sa requête ou dans toute autre condition prescrite par la loi. On retrouve des traces de cette approche dans le cadre des travaux préparatoires de la Convention de Washington¹²⁸³, explicitée par le règlement des administrateurs de la BIRD qui accompagne la Convention CIRDI en ces termes :

« [...] un État hôte pourrait offrir, dans le cadre d'une législation destinée à promouvoir les investissements, de soumettre à la compétence du Centre les différends résultant de certaines catégories d'investissements, tandis que l'investisseur pourrait donner son consentement en acceptant l'offre par écrit »¹²⁸⁴.

La rencontre des volontés des deux parties permettrait ainsi la création d'une convention d'arbitrage qui ne serait pas consignée dans un même instrument juridique. Walid Ben Hamida note à ce propos :

« L'offre d'arbitrage s'apparente à une composante de la clause compromissoire alors que l'acceptation se rapproche d'une composante du compromis. La concordance des consentements dissociés n'est ni un compromis, ni une clause compromissoire. Il s'agit en quelque sorte d'une "clause d'arbitrage mixte" ou d'un "contrat mixte" pour emprunter une qualification employée par certains civilistes »¹²⁸⁵.

505. Particularité de la doctrine. Cette doctrine de l'offre et l'acceptation de l'arbitrage, construite par emprunt au droit des contrats, ne s'y confond pas pour autant. Dans la sentence *AES c. Kazakhstan*, les arbitres invitaient à la prudence en soulignant que le régime de l'offre et l'acceptation dans l'arbitrage d'investissement serait différent des principes admis en droit des contrats. La sentence indique en ce sens :

*« Secondly, the question is whether the possibility of revoking a State's consent to arbitrate depends on whether such consent has already been activated by the concerned investor. While such a difference is usually made in contract law, allowing an offeror to withdraw its offer with immediate effect as long the offeree has not accepted it, the Arbitral Tribunal considers that in view of the objectives of the ICSID Convention and the nature of treaty claims, it would not be appropriate inflexibly to apply this simple principle regarding offer and acceptance borrowed from general contract law. Here again, the answer to this question will therefore depend on the specific instrument at stake and the scope and nature of the consent given therein »*¹²⁸⁶.

Ainsi, la compréhension instinctive des notions d'offre et d'acceptation, dans le contexte, serait trompeuse. La présence d'une convention internationale et d'un règlement de procédure sont autant d'éléments indiquant qu'il ne s'agirait pas de l'offre et l'acceptation

¹²⁸³ CIRDI, « Projet préliminaire », Doc. 24, *Historique de la convention CIRDI*, vol. I, Washington D.C., 1970, p. 116.

¹²⁸⁴ CIRDI, *Le règlement des administrateurs de la BIRD*, art 24.

¹²⁸⁵ De cette mixité, il découle une forme d'arbitrage asymétrique dans la mesure où les Etats sont majoritairement en position de défendeur. Walid BEN HAMIDA, *L'arbitrage transnational unilatéral*, thèse préc., p. 19, n°39.

¹²⁸⁶ CIRDI, *AES corporation c. Kazakhstan*, ARB/10/16, sentence, 1 novembre 2013, § 219. (Gras et italiques ajoutés).

admise dans les droits internes des contrats. Une possible application du droit international est à envisager. Mais cette particularité alléguée ne convainc pas totalement. Le rôle attribué à la Convention de Washington dans l'internationalisation de l'offre d'arbitrage est inexistant. Cette convention ne fixe pas les règles applicables à la validité, l'interprétation et les effets des offres d'arbitrage dans les codes des investissements. À ce titre, l'offre ne saurait être considérée comme un acte unilatéral pris en exécution de la Convention de Washington¹²⁸⁷. Également, contrairement aux offres contenues dans les TBI qui sont des instruments internationaux, justifiant ainsi le propos de la sentence *AES c. Kazakhstan* précitée, la loi est un instrument rattaché au droit interne des États¹²⁸⁸. Ainsi, si la notion d'offre d'arbitrage dans les codes présente une particularité, c'est en droit interne que celle-ci devrait être recherchée.

Par ailleurs, la doctrine de l'offre et l'acceptation a un champ d'application réduit. Elle ne concerne que la formation de la convention d'arbitrage. L'on observera sur ce point, qu'au stade des exceptions préliminaires, les arbitres recherchent la preuve d'une convention d'arbitrage, tandis qu'au fond, il n'est jamais question d'apprécier la responsabilité contractuelle de l'État¹²⁸⁹. Ces limites propres à cette doctrine ont donné lieu à plusieurs critiques.

506. Les critiques formulées. La première critique, qui sera brièvement évoquée, concerne plutôt l'offre dans les TBI. Juridiquement, pour qu'elle existe, il faudrait considérer que les États se sont exprimés d'une voix (offre unilatérale) pour permettre à l'investisseur d'accepter à son tour l'offre qui lui est faite. Or, le traité est un acte bilatéral dans sa forme et vis-à-vis duquel l'investisseur est un tiers. Le texte ne saurait donc ni lui nuire ni lui profiter en principe. Une explication plausible pour justifier ses droits procéduraux au titre du traité serait donc de considérer qu'il y a une stipulation pour autrui¹²⁹⁰. Mais si tel venait à être le cas, l'investisseur serait alors libre d'accepter les droits que les stipulants lui offrent sans être tenu aux obligations en l'absence

¹²⁸⁷ Il a été indiqué que contrairement aux déclarations de juridiction obligatoire dont le statut juridique est déterminé par le Statut de la CIJ, les offres d'arbitrage sont indépendantes de la Convention de Washington et peuvent prévoir l'arbitrage envers d'autres mécanismes qui ne sont pas fondés sur des conventions internationales telles que les arbitrages CCI et CNUDCI. Les arguments concernant l'application du droit international en raison de la présence d'une convention internationale n'emportent pas la conviction (voir *supra* Partie 1, Titre 2, Chap. 1).

¹²⁸⁸ Il a également démontré dans la partie 1, titre 1 de cette étude que les lois ne sont pas des actes unilatéraux autonomes de droit international public. Ainsi, elles restent rattachées à l'ordre juridique interne des États.

¹²⁸⁹ Les arguments concernant la responsabilité seront abordés plus en détail dans le dernier titre de la thèse. Voir *infra* Partie 2 Titre 2.

¹²⁹⁰ Georges DELAUME faisait remarquer: « The treaty between the host State and the investor's State can be analysed as a stipulation pour autrui or a third-party beneficiary arrangement », in « ICSID and Bilateral Investment Treaties », *News from ICSID*, 1985, p. 14.

d'acceptation¹²⁹¹. L'État serait privé de la possibilité de recourir à l'arbitrage pour faire valoir ses droits. On irait ainsi à contre-courant de l'évolution récente qui cherche à imposer dans les traités et dans les lois des obligations à la charge de l'investisseur¹²⁹². Pour cette raison, le professeur Santulli propose une autre voie, celle consistant dans la volonté des États parties de disposer directement du consentement de l'investisseur à l'arbitrage. La procédure CIRDI emprunterait ainsi aux principes du procès international que l'on retrouve devant plusieurs autres juridictions telles que les cours africaine et européenne des droits de l'homme¹²⁹³. L'inconvénient de cette approche, c'est qu'elle prive l'investisseur de la possibilité de consentir à son tour à l'arbitrage, son État national ayant déjà disposé de ce consentement. Elle rend ainsi l'arbitrage "forcé" pour l'investisseur¹²⁹⁴.

507. La seconde critique concerne directement l'application de cette théorie à un code des investissements. Selon Noureddine Gaba, « la loi ne peut valoir acte juridique. La loi prévoit des possibilités d'engagements mais ne constitue guère l'engagement lui-même »¹²⁹⁵. À cela, Ousmane Diallo ajoute :

« La théorie de l'offre conduit à réduire ces actes normatifs en un simple projet de contrat ou un instrument précontractuel sans valeur juridique. La portée générale et impersonnelle de l'acte législatif ou conventionnel contraste alors fortement avec la nature spécifique de l'acceptation donnée par l'investisseur. En même temps, le caractère obligatoire généralement reconnu à la loi et au traité international s'oppose catégoriquement à la subordination de leur efficacité à une approbation par les individus »¹²⁹⁶.

La clé du raisonnement des auteurs réside dans la nature des droits qu'implique la doctrine de l'offre et de l'acceptation appliquée à l'arbitrage. Cette doctrine fait en effet du droit de recourir à l'arbitrage un droit "contractuel". Or, les droits qui résultent des contrats (ou

¹²⁹¹ Goutal qui s'est penché plus en détail sur l'application de la stipulation pour autrui dans l'arbitrage indique que le tiers « aura le droit d'invoquer le bénéfice de cette clause (pour soulever l'incompétence de la juridiction étatique, ou pour attirer l'une des parties en arbitrage) mais ne sera pas soumis aux obligations résultant de celle-ci (c'est-à-dire qu'il ne pourra pas être attiré à l'arbitrage contre son gré ». Jean Louis GOUTAL, « L'arbitrage et les tiers : I – Le droit des contrats. Rapport général », *Rev. Arb.*, 1988, p. 439-455, spéc. p. 449.

¹²⁹² Carlo SANTULLI, *Droit du contentieux international*, 2^{ème} éd., LGDJ, 2015, pp. 130 – 131, §§ 204 – 205. Également, *infra* Partie 2 titre 2 chapitre 2 section 1.

¹²⁹³ Dans ces procédures, l'individu dispose d'un droit d'action direct contre l'Etat qui lui est accordé par les traités et les conventions internationales. Voir : Carlo SANTULLI, *Droit du contentieux international*, 2^{ème} éd., LGDJ, 2015, pp. 129 - 130, §§ 203 – 204.

¹²⁹⁴ France, CA Paris, *Société Taron c. Société Khayat Travel and Tourism*, *Rev. Arb.*, 1^{er} juin 1999, 2000.493-500 ; note : Brigitte STERN, « Un coup d'arrêt à la marginalisation du consentement dans l'arbitrage international (À propos de l'arrêt de la Cour d'appel de Paris du 1^{er} juin 1999) », *Rev. Arb.*, 2000, pp 403-427 ; *JDI*, 2000, pp 370 – 379, note Eric LOQUIN. Pour une approche plus détaillée de la justification des droits de l'investisseur au titre d'un TBI, voir *supra* Partie 1 Titre 1 Chapitre 2 Section 2, §2 et Ousmane DIALLO, *Le consentement des parties à l'arbitrage international*, Graduate Institute Publication, Genève, 2010, « chap II, Le consentement à l'arbitrage par voie non-contractuelle ». Accessible sur books.openedition.org/iheid/971.

¹²⁹⁵ Noureddine GABA, « Les nouveaux instruments du consentement à l'arbitrage CIRDI », in Ferhat HORCHANI, *Où va le droit de l'investissement ? désordre normatif et recherche d'équilibre*, colloque Tunis, 3 et 4 mars 2006, A. Pédone, Paris, 2006, p. 48.

¹²⁹⁶ Ousmane DIALLO, *Le consentement des parties à l'arbitrage international*, Graduate Institute Publication, Genève, 2010, « chap II, Le consentement à l'arbitrage par voie non-contractuelle », § 74.

convention d'arbitrage) sont dans l'ordre juridique interne des droits subjectifs patrimoniaux¹²⁹⁷. Ainsi, tant l'État que l'investisseur disposeraient d'un droit subjectif patrimonial de recourir à l'arbitrage qui les lie en leur qualité de cocontractant et serait opposable aux tiers. Le problème, c'est que dans les ordres juridiques internes, la loi est source de droit objectif et éventuellement de droits subjectifs extrapatrimoniaux, mais ne crée pas de droits subjectifs patrimoniaux. Ces derniers résultent des actes juridiques de droit privé tels que les contrats et les actes unilatéraux (donation, testament, *etc.*) ou des actes juridiques de droit public (contrat administratif, agrément, *etc.*). Autrement dit, les dispositions législatives relatives à l'arbitrage ne pourraient pas elles-mêmes constituer un engagement juridictionnel unilatéral, *i.e.* une offre d'arbitrage¹²⁹⁸. **La doctrine de l'offre et l'acceptation conduit donc à un résultat subversif : exclure la possibilité pour un État de s'engager dans une loi à la procédure arbitrale.** Cette analyse, qui emporte notre conviction, connaît cependant certains aménagements en doctrine.

508. La thèse de la stipulation. Pour faire échec à la nature générale et impersonnelle de la loi, il a été suggéré que celle-ci soit appréciée comme une stipulation pour autrui¹²⁹⁹. Toujours par emprunt au droit des contrats, la stipulation pour autrui désigne le procédé par lequel « l'un des contractants, le stipulant, peut faire promettre à l'autre, le promettant, d'accomplir une prestation au profit d'un tiers, le bénéficiaire »¹³⁰⁰. Selon une opinion, cette approche, élaborée principalement pour les contrats et les traités, serait aussi applicable à une manifestation de volonté unilatérale¹³⁰¹. Dans ce dernier cas, contrairement à l'hypothèse de l'offre, la source des droits de l'investisseur serait à rechercher dans la seule volonté du stipulant. L'investisseur serait de la sorte un tiers bénéficiaire qui est libre d'accepter les avantages que lui sont conférés par le code sans

¹²⁹⁷ François TERRE et Nicolas MOLFESSIS, *Introduction générale au droit*, Dalloz, 12^{ème} éd., 2020, p. 35, §§ 30. Norbert Foulquier indique que la consécration de cette notion en droit administratif français a reposé sur l'existence d'un titre individuel de l'administré, in Norbert FOULQUIER, *Les droits publics subjectifs des administrés*, Thèse, Dalloz, 2003, pp. 429 – 433 (et plus largement le Titre II de la Partie 1, soit pp. 177 – 410).

¹²⁹⁸ L'engagement juridictionnel est dit lorsque l'acte juridique qui renferme le consentement à l'arbitrage est adopté par une seule partie. Dans le cadre de litige, les plaideurs emploient ainsi les termes "engagement juridictionnel unilatéral" et "offre d'arbitrage" indifféremment. CIRDI, *Menzies Middle East and Africa S.A. et Aviation Handling Services International Ltd. c. République du Sénégal*, ARB/15/21, 5 août 2016, § 124.

¹²⁹⁹ Ousmane DIALLO, *Le consentement des parties à l'arbitrage international*, Graduate Institute Publication, Genève, 2010, « chap II, Le consentement à l'arbitrage par voie non-contractuelle », § 50. Accessible sur books.openedition.org/iheid/971.

¹³⁰⁰ France, code civil, art. 1205 nouveau. Le *Dictionnaire de droit international public*, « la stipulation pour autrui est une « disposition d'un traité comportant une promesse à l'égard d'un sujet de droit international qui n'est pas partie à ce traité ». Jean SALMON, *Dictionnaire de droit international public*, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 1054, entrée : stipulation pour autrui.

¹³⁰¹ Ousmane DIALLO, *Le consentement des parties à l'arbitrage international*, *op.cit.*, §§ 96 et ss. Citant A. Abdul-Latif BALDAWI, l'auteur justifie son approche en ces termes : « [...] nous admettons que la volonté unilatérale peut produire une stipulation pour autrui de sorte que le droit du tiers est l'effet de cette même volonté et non pas d'un contrat, comme c'est le cas dans la fondation ou dans le testament en faveur d'un tiers, où la volonté du fondateur ou du testateur est la seule source du droit du bénéficiaire » (in *La stipulation pour autrui. Étude historique et analytique spécialement en droit suisse et français*, Thèse n° 502, Faculté de droit, Université de Genève, Imprimerie de la Sirène, Genève, 1954, p. 152).

que cette acceptation participe de la formation de l'engagement juridique unilatéral. En clair, l'État serait à la fois promettant et stipulant. Il s'engage à la procédure arbitrale par sa seule volonté, quand la procédure reste un droit (une faculté) au bénéfice de l'investisseur. Le rapport inégal qui en résulte est tempéré par le fait que « si le tiers entend profiter du droit stipulé en sa faveur, il devra assumer l'obligation d'arbitrage correspondante »¹³⁰². La stipulation ne constitue donc pas un obstacle à la détermination des obligations à la charge des investisseurs par l'effet d'une loi.

En dépit de sa valeur explicative, la doctrine de la stipulation a fait l'objet de peu d'études dans le cadre de l'arbitrage¹³⁰³. Il faut dire que la théorie, séduisante en apparence, ne convainc pas totalement. *Primo*, si l'engagement juridictionnel prend la forme d'une stipulation, il n'y aurait alors plus de convention d'arbitrage entre les parties même si *in fine* le caractère consensuel de la procédure n'est pas vraiment affecté¹³⁰⁴. *Secundo*, elle ne résout pas le problème du caractère général et impersonnel de la loi. La stipulation, par définition, crée des droits subjectifs patrimoniaux quand la loi n'est pas un acte juridique subjectif¹³⁰⁵ dans l'ordre juridique interne des États. Or, en raison de la subjectivité internationale des investisseurs contestée¹³⁰⁶, les offres d'arbitrage qui leur sont adressées ne peuvent être rattachées à l'ordre juridique international. L'on parvient donc au même résultat subversif qu'avec la doctrine de l'offre et l'acceptation d'arbitrage : l'impossibilité pour l'État de s'engager dans une loi à la procédure arbitrale.

509. L'option de la résignation. La doctrine de l'offre et l'acceptation de l'arbitrage sert donc de pis-aller. Si les sentences arbitrales et la doctrine y ont recours, celle-ci n'explique pas véritablement le mécanisme de dévolution de compétence en droit de l'arbitrage. L'analyse est par ailleurs confortée par la pratique législative africaine. Aucun code des investissements africain sur la quarantaine de lois étudiées, ne fait explicitement référence aux termes "offres" d'arbitrage ou "acceptation" de l'arbitrage. Les dispositions les plus explicites parlent plutôt de « consentement des parties à

¹³⁰² Ousmane DIALLO, *Le consentement des parties à l'arbitrage international*, Graduate Institute Publication, Genève, 2010, « chap II, Le consentement à l'arbitrage par voie non-contractuelle », § 102. Accessible sur books.openedition.org/iheid/971.

¹³⁰³ Christian LARROUMET, « Promesse pour autrui, stipulation pour autrui et arbitrage », *Rev. arb.*, 2005, pp. 903-915.

¹³⁰⁴ Pierre MAYER note que le caractère inégalitaire qu'implique la stipulation peut difficilement trouver sa justification dans la volonté des parties *in* « Interventions aux débats sur "l'arbitrage et les tiers" », *Rev. arb.*, 1988, p. 467. Charles JARROSSON indique pour sa part que « la convention d'arbitrage en tant que telle est neutre ; elle ne nuit ni ne profite ». *Ibidem*, p. 469.

¹³⁰⁵ Les actes juridiques subjectifs sont « les manifestations de volonté intervenant avec l'intention qu'il se forme à leur suite une situation juridique subjective, c'est-à-dire une situation spéciale et momentanée, dont l'étendue et les effets sont déterminés par l'acte lui-même. Un exemple fréquent d'acte juridique subjectif est, en droit public ou en droit privé, le contrat [...] ». Léon DUGUIT, *Leçons de droit public général faites à la Faculté de droit de l'Université égyptienne pendant les mois de janvier, février et mars 1926*, BNF Paris, 340 p., spéc. p. 80.

¹³⁰⁶ Le rattachement au droit interne à l'exclusion du droit international résulte du statut en droit international des investisseurs qui ne sont pas des sujets de droit international (*Supra* partie 1, titre 1, chap. 2, section 2, §2). De plus, l'offre d'arbitrage n'est pas assimilable à des actes unilatéraux conditionnés de droit international (voir *supra* Partie 1, Titre 2).

l'arbitrage »¹³⁰⁷. Si dans le cadre de cette thèse, les notions d'offre et d'acceptation sont employées, c'est moins par conviction que par résignation. Le mécanisme de l'arbitrage sans lien direct ne se justifie pas d'un point de vue théorique¹³⁰⁸. Mais résigné, l'on admettra tout de même qu'il convient d'adopter une approche particulière de la doctrine de l'offre et l'acceptation comme indiqué par la sentence *AES c. Kazakhstan* précitée.

C. L'APPROCHE PARTICULIERE DE L'OFFRE DANS LES CODES DES INVESTISSEMENTS

510. La nécessité d'une approche particulière. Quelle nécessité justifie l'approche particulière de l'offre d'arbitrage dans les codes des investissements ? Sans détour, la réponse à cette question est l'incompatibilité entre la nature consensuelle de la procédure arbitrale et la qualité d'acte juridique objectif de la loi. Selon Ben Hamida :

« même si certains auteurs soulignent l'avènement de plus en plus d'un arbitrage sans consentement, ("*arbitration without consent*"), à notre avis tout arbitrage est nécessairement volontaire. Comme l'a affirmé M. Jarrosson, "le caractère volontaire de l'arbitrage nous paraît être de l'essence de l'arbitrage et condui[t] à une exclusion de tout arbitrage forcé du domaine de l'arbitrage »¹³⁰⁹.

C'est donc la volonté des parties qui donne son caractère contractuel à la procédure arbitrale. L'on ne saurait que trop partager l'affirmation de Philippe Fouchard qui soutient que :

¹³⁰⁷ Côte d'Ivoire, Ordonnance N° 2012 – 487 du 07 juin 2012 portant code des investissements, article 20 : « [...] Tout différend ou litige entre les personnes physiques ou morales étrangères et la République de Côte d'Ivoire, relatif à l'application du présent Code, à défaut d'un règlement amiable, est réglé par les juridictions ivoiriennes ou par un tribunal arbitral. Les compétences du tribunal arbitral sont déterminées dans les conditions ci-après : des Accords et Traités relatifs à la protection des investissements sont conclus entre la République de Côte d'Ivoire et l'État dont la personne physique ou morale étrangère concernée est ressortissante ; une procédure de conciliation et d'arbitrage dont les parties sont convenues est définie ; la Convention du 18 mars 1965 pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États, établie sous l'égide de la Banque Internationale pour la Reconstruction et le Développement et ratifiée par la République de Côte d'Ivoire en vertu du décret n° 65-238 du 26 juin 1965, est applicable ; la personne concernée ne remplit pas les conditions de nationalité stipulée à l'article 25 de la convention susvisée, conformément aux dispositions des règlements du mécanisme supplémentaire, approuvé par le Conseil d'Administration du Centre International pour le Règlement des Différends relatifs aux Investissements, en abrégé CIRDI. **Le consentement des parties à la compétence du CIRDI ou du mécanisme supplémentaire, selon le cas, requis par les instruments les régissant, est constitué pour la République de Côte d'Ivoire par le présent article, et est exprimé expressément dans la demande d'agrément pour la personne concernée** ». RDC, *Loi n° 004/2002 Du 21 Février 2002 Portant Code Des Investissements*, article 38, « Tout différend entre un investisseur et la République Démocratique du Congo relatif à : un contrat ou accord d'investissement, une autorisation d'investissement octroyée par l'autorité compétente, ou, toute violation des droits de l'investisseur et / ou de l'investissement attribués ou créés par le Code des investissements ou par d'autres lois nationales ou par les Traités et Conventions Internationaux auxquels la République Démocratique du Congo a adhéré est réglé dans la mesure du possible, à l'amiable par voie de négociations. Si les parties ne parviennent pas à un règlement à l'amiable de leur différend dans un délai de 3 mois à compter de la première notification écrite demandant l'engagement de telles négociations, le différend sera réglé, à la requête de la partie lésée, conformément à une procédure d'arbitrage découlant : de la Convention du 18 mars 1965 pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et Ressortissants d'autres États, (Convention CIRDI), ratifiée par la République Démocratique du Congo le 29 avril 1970 ou des dispositions des Règlements du Mécanisme supplémentaire, si l'investisseur ne remplit pas les conditions de nationalité stipulées à l'article 25 de la Convention CIRDI ; du Règlement d'arbitrage de la Chambre de Commerce Internationale de Paris. **Le consentement des parties à la compétence du CIRDI ou du Mécanisme Supplémentaire, selon le cas, requis par les instruments les régissant, est constitué en ce qui concerne la République Démocratique du Congo par le présent article et en ce qui concerne l'investisseur par sa demande d'admission au régime de la présente loi ou ultérieurement par acte séparé.** »

¹³⁰⁸ Cette conséquence est à bien d'égards une conséquence de la consécration au "forceps" de ce type d'arbitrage présentée en introduction de cette étude. Voir *supra*, Introduction, II, A et B.

¹³⁰⁹ Walid BEN HAMIDA, *L'arbitrage transnational unilatéral*, thèse préc., p. 4.

« l'accord de volontés reste, en principe, essentiel ; par cet accord, les parties donnent aux arbitres pouvoir de juger leur litige. Cette habilitation est d'origine contractuelle ; c'est la volonté des parties qui est la source de la compétence de l'arbitre ; elle crée et en fixe les limites »¹³¹⁰.

De cette nature contractuelle, il résulte que le droit de recourir à l'arbitrage est une prérogative qui ne profite qu'à quelques justiciables. Cela fait sens : la procédure arbitrale a un caractère dérogatoire. Elle permet aux parties de soustraire leur litige à la compétence naturelle du juge étatique. Pour ce faire toutefois, les parties doivent établir un acte juridique subjectif, en l'occurrence une convention d'arbitrage. Or, la loi n'étant pas un acte juridique subjectif mais objectif, elle ne peut permettre la dévolution du pouvoir juridictionnel à l'arbitre. En cela réside l'incompatibilité. Deux solutions possibles peuvent alors être envisagées.

Primo, l'on peut considérer que la loi est un acte juridique objectif, et à ce titre, elle crée des situations juridiques objectives. Mais dans ce cas, la nature contractuelle de l'arbitrage doit être abandonnée. L'arbitrage ne serait alors qu'exclusivement juridictionnel¹³¹¹ voire forcé¹³¹². À peine formulé que l'on voit poindre à l'horizon quantité de diatribes. Dire qu'il n'y a plus de convention d'arbitrage dans les réclamations légales, c'est abandonner le principe de juridiction consentie pourtant consacré par les conventions et règlements de procédure applicables¹³¹³. En outre, la démonstration de cette nature exclusivement juridictionnelle de l'arbitrage transnational excéderait le champ de cette étude. C'est donc qu'il serait ici judicieux d'envisager une autre option.

¹³¹⁰ Philippe FOUCHARD, *L'arbitrage commercial international*, Dalloz, 1965, p. 10.

¹³¹¹ La doctrine a également développé une thèse de la nature juridictionnelle de l'arbitrage. Selon les auteurs, deux arguments justifient cette approche. D'une part, il est dit que l'arbitre exerce une fonction juridictionnelle en tranchant le différend opposant les parties litigantes. D'autre part, la force obligatoire qui s'attache à la sentence arbitrale est un attribut de la *jurisdictio*. (Christophe SERAGLINI et Jérôme ORTSCHIEDT, *Droit de l'arbitrage interne et international*, LGDJ, 2^{ème} éd., 2019, pp. 26-27, §14). Contre l'approche juridictionnelle : Vincent HEUZE, « Une variété de transactions : la convention d'arbitrage », *Rev. Arb.*, 2015, p. 3. Mais certains auteurs considèrent que la procédure arbitrale a les deux natures, consensuelle et juridictionnelle (Christophe SERAGLINI et Jérôme ORTSCHIEDT, *op. cit.*, pp. 27 – 29, §§ 15-17. Mais cette thèse ne s'applique pas premièrement aux consentements des parties.

¹³¹² C'est la conséquence immédiate si l'on considère que l'État n'a pas accordé une prérogative individuelle à un investisseur spécifique. Il n'y aurait pas de stipulation au sens d'un « énoncé de ce qu'une partie demande à l'autre partie de promettre » (p. 1054). La loi devrait alors produire ses effets indépendamment de toute réaction des investisseurs, ce qui ne correspond pas à la réalité de l'arbitrage puisque l'arbitrage n'est possible que si l'investisseur donne un consentement spécifique. Pour la notion d'arbitrage forcé, voir *supra* dans cette section, §2, A et B.

¹³¹³ L'article 25(1) de la Convention de Washington indique ainsi : « La compétence du Centre s'étend aux différends d'ordre juridique entre un État contractant (ou telle collectivité publique ou tel organisme dépendant de lui qu'il désigne au Centre) et le ressortissant d'un autre État contractant qui sont en relation directe avec un investissement et que **les parties ont consenti par écrit à soumettre au Centre** ». De même, l'article 3 de l'AUA (version de 2017) précise que « L'arbitrage peut être fondé sur une convention d'arbitrage ou sur un instrument relatif aux investissements, notamment un Code des investissements ou un traité bilatéral ou multilatéral relatif aux investissements. ». L'article 38 du code des investissements sénégalais précité exigeait également le consentement des parties à l'arbitrage (« Le consentement des parties à la compétence du CIRDI ou du Mécanisme Supplémentaire, selon le cas, requis par les instruments les régissant, est constitué en ce qui concerne la République Démocratique du Congo par le présent article et en ce qui concerne l'investisseur par sa demande d'admission au régime de la présente loi ou ultérieurement par acte séparé »). Il en va de même de l'article 20 du code ivoirien de 2012 précité (« Le consentement des parties à la compétence du CIRDI ou du mécanisme supplémentaire, selon le cas, requis par les instruments les régissant, est constitué pour la République de Côte d'Ivoire par le présent article, et est exprimé expressément dans la demande d'agrément pour la personne concernée »).

La seconde solution consisterait à conserver la nature contractuelle de l'arbitrage tout en apportant quelques ajustements à la nature juridique des codes des investissements. Il ne s'agirait pas d'en faire des actes juridiques de droit international public. Ces lois ne sont pas assimilables à des actes unilatéraux autonomes parce qu'elles ne renferment pas l'intention suffisante des États de souscrire à des engagements juridiques internationaux. De plus, elles ne sont pas assimilables aux déclarations de juridiction obligatoire, car contrairement aux secondes dont un traité fixe les conditions de validité et les effets, les codes des investissements ont une existence autonome¹³¹⁴. Il faut donc envisager une autre option qui conserverait le mieux possible leur nature originelle d'acte législatif.

511. Un acte juridique *sui generis*. La catégorie nouvelle à laquelle il est fait allusion procède d'un mixte entre les approches formelle et fonctionnelle des codes des investissements. L'idée serait de dire que ces instruments sont formellement des lois qui permettraient, pour les besoins de l'arbitrage, la création de situations juridiques subjectives. En admettant ainsi qu'un code des investissements puisse créer une situation subjective, on autorise l'État à formuler dans le cadre de sa loi, une offre d'arbitrage alors même que les offres sont traditionnellement des éléments de formation d'un acte juridique subjectif. Il ne s'agit pas ici de céder à l'analyse contractuelle des codes des investissements, remise en cause ailleurs dans cette thèse¹³¹⁵. Il est plutôt question d'une approche proprement nouvelle dans laquelle l'offre d'arbitrage est appréciée comme un acte juridique objectif qui se voit appliquer le régime juridique des lois (principes d'interprétation et liberté de révocation) dans un contexte qui requiert la création de droits subjectifs. On le concède, cette catégorie d'actes juridiques objectifs créant exceptionnellement des droits subjectifs laisse circonspect. Mais, sauf à nier la trentaine d'années d'arbitrage sans lien direct et la cinquantaine de réclamations légales qui en ont résulté¹³¹⁶, c'est le sacrifice qu'il faudra consentir pour expliquer (tenter de le faire) le pouvoir de l'État de souscrire à l'arbitrage dans une loi.

¹³¹⁴ Voir *supra* Partie 1 Titre 2 Chap 1.

¹³¹⁵ Voir *supra* Partie 1 Titre 2 Chap 2 Section 2.

¹³¹⁶ Ce sont les affaires CIRDI suivantes : **les sentences disponibles** : *Aff. ABCI Investment NV c. République de Tunisie (ARB/04/12)* ; *Aff. ACP Axos Capital c. Kosovo (ARB/15/22)*, *Aff. AES Corporation and Tau Power B.V. v. Republic of Kazakhstan, ARB/10/16* ; *Aff. AHS Niger et MMEA c. Niger (ARB/11/11)*; *Aff. Anglo-Adriatic Group Limited c. Albanie (ARB/17/6)* ; *Aff. Antoine Abou Lahoud c. RDC (ARB/10/4)*, *Aff. Brandes Investment Partners, LP c. Bolivie (ARB/08/3)* ; *Aff. BSG Resources c. Guinée (ARB/14/22)* ; *Aff. Caratube International Oil Company LLP and Devincci Salah Hourani c. Kazakhstan, ARB/13/13*; *Aff. Getma c. Guinée (ARB/11/29)* ; *Aff. Highbury International AVV et Ramstein Trading c. Venezuela (ARB/11/1)*; *Aff. Interoccean Oil Development Company c. Nigeria (ARB/13/20)* ; *Aff. Inceysa c. Salvador ARB/03/26*; *Aff. Lighthouse Corporation Pty Ltd c. Timor-Leste (ARB/15/2)*; *Aff. MNSS BV et Recupero Credito Acciaio NV c. Montenegro (ARB(AF)/12/8)* ; *Aff. Oded Besserglik c. Mozambique (ARB(AF)/14/2)*; *Aff. Opic Karimum Corporation c. Venezuela (ARB/10/14)* ; *Aff. Pac Rim Cayman LLC c. El Salvador (ARB/09/12)* ; *Aff. PNG Sustainable Development Program c. Papouasie Nouvelle Guinée (ARB/13/33)* ; *Aff. Rumeli Telekom A.S. and Telsim Mobil Telekomunikasyon Hizmetleri A.S. v. Republic of Kazakhstan, ARB/05/16* ; *Aff. Sistem Mühendislik İn aat Sanayi ve Ticaret A. c. Kyrgyz Republic, ARB(AF)/06/1* ; *Aff. Société Civile Immobilière de Gaëta c. Guinée (ARB/12/36)* ;

512. En dépit du contraste apparent entre l'acte juridique objectif et la création de situation juridique subjective, il faudra considérer que l'offre d'arbitrage contenue la loi reçoit une acceptation particulière. Celle-ci peut véritablement être qualifiée d'« offre légale ». En effet, en tant que disposition du code, elle revêt un caractère légal et s'apprécie comme un acte objectif. Mais parce que l'on a admis que l'arbitrage sans lien direct était un arbitrage consensuel dans lequel les parties consentent à la procédure arbitrale, alors l'on est contraint de considérer qu'exceptionnellement les codes des investissements peuvent créer un droit de réclamation (*i.e.* un droit subjectif) au profit d'un investisseur. Il s'ensuit donc que l'offre contenue dans la loi participe aussi de la création d'une situation subjective. Sous cet angle, la doctrine de l'offre et l'acceptation pourra donc servir d'étalon de mesure du consentement à l'arbitrage de l'État.

Section 2 : L'existence du consentement à l'arbitrage dans les codes africains

513. Dans le cadre des travaux préparatoires de la Convention de Washington, les rédacteurs ont employé le terme « promesse » pour désigner l'ensemble des avantages fiscaux et substantiels accordés à l'investisseur étranger les codes des investissements¹³¹⁷. Mais ces textes peuvent également renfermer des avantages procéduraux, notamment des promesses d'arbitrage. Il s'agit alors d'une disposition législative par laquelle l'État exprime son consentement à l'arbitrage. Cependant, de telles promesses d'arbitrage sont à prendre avec la plus grande précaution. En effet, la promesse *in se*, n'a aucune valeur

*Aff. Société Industrielle des Boissons de Guinée c. Guinée (ARB/12/8) ; Aff. Société Resort Company Invest Abidjan c. Côte d'Ivoire (ARB/16/11) ; Aff. SPP c. Egypte (ARB/84/3) ; Aff. Tidewater Inc., c. Venezuela (ARB/10/5) ; Aff. Tradex Hellas c. Albanie (ARB/94/2), Aff. Venezuela Holdings BV c. Venezuela (Mobil corporation) (ARB/07/27) ; Aff. Venoklim Holding c. Venezuela (I) (ARB/12/22) ; Aff. Vestey Group c. Venezuela (ARB/06/4) [sentence sans pertinence] ; Aff. Zhinvali Development c. Georgia (ARB/00/1). Les sentences indisponibles : Alhambra Resources Ltd c. Kazakhstan (ARB/16/12), Aff. Commerce Group Corp et San Sebastian Gold Mines c. El Salvador (ARB/09/17), Aff. Eni Dacion c. Venezuela (ARB/07/4), Aff. I&I Beheer BV c. Venezuela (ARB/05/4). Les procédures interrompues : Aff. Newmont USA c. Ouzbékistan (ARB/06/20), *Manufacturers Hanover Trust Company c. Egypte (ARB/89/1) ; Aff. Lafarge c. Cameroun (ARB/02/4) ; Aff. Enrho St Limited c. Kazakhstan (ARB/02/11) ; Aff. ENEL Green Power c. Salvador (ARB/13/18) ; Aff. Ghaith R. Pharaon c. Tunisie (ARB/86/1) ; Aff. Güne Tekstil Konfeksiyon Sanayi ve ticaret c. Ouzbékistan (ARB/13/19) ; Aff. International Quantum Resources Limited c. Congo (ARB/10/21)*. À cela s'ajoutent, les affaires CNUDCI classées ainsi qu'il suit : **Les sentences publiées** : *Aff. CARL A. Sax C St Petersburg, 30 mars 2012 ; Aff. Petrobart Limited c. Kirghizstan, 13 février 2003, Aff. Ruby Roz Agricol et Kaseem Omar c. Kazakhstan, 1 août 2013 ; Les sentences non publiées* : *Aff. World Wide Minerals c. Kazakhstan, case 1, 22 décembre 2010 ; La procédure interrompue* : *Aff. Mikhail Nadel et Ithaca Holding c. Kirghizstan*. Il y a aussi les affaires CPA suivantes : **La sentence disponible** : *Aff. Khan Resources Inc. c. Mongolie (n°2011-09) ; La procédure interrompue* : *Aff. Centerra Gold and Kumtor Gold Company c. Kirghizstan (N°2007-01/AA278)*. Enfin, **La sentence SCC**, *CCL Oil v. Kazakhstan n°122/2001*.*

¹³¹⁷ Le représentant sud-africain, Gould, affirmait sur ce point : « Afin d'attirer (les investisseurs plus modestes), les pays en voie de développement doivent offrir et garantir des encouragements à l'investissement, particulièrement dans le domaine des impôts et régimes spéciaux de douane, des facilités spéciales pour le rapatriement du capital et le transfert des bénéfices et de la convertibilité de la monnaie. Puisque aucun pays ne peut être obligé de conserver des lois relatives aux investissements sans jamais les changer, le souci principal du petit investisseur est de savoir pour combien de temps les encouragements qui lui sont offerts seront maintenus. Il propose que les pays conservent le droit de modifier leurs lois relatives aux investissements, mais sans effet rétroactif. Les engagements de se soumettre à l'arbitrage devraient être irrévocables au sujet des différends ayant trait à des promesses tacites ou expresses contenues dans la législation relative aux investissements et surgissant avant la modification de cette législation ». CIRDI, *Historique de la convention CIRDI*, vol.III., réimprimé 2009, p. 176.

juridique si elle ne remplit pas certaines conditions de fond et de forme¹³¹⁸. Ces diverses conditions permettent d'une part, de catégoriser les dispositions législatives relatives à l'arbitrage (A) et d'autre part, de discuter des effets de la révocation des promesses d'arbitrage (B).

§1 : La catégorisation des dispositions d'arbitrage selon leur valeur juridique

514. La valeur juridique d'un acte est la qualité de celui-ci à produire les effets de droit recherchés par son auteur dans l'ordonnement juridique¹³¹⁹. Il s'ensuit qu'une disposition législative relative à l'arbitrage ne peut produire ses effets que si elle remplit les conditions exigées par les textes, en l'occurrence la Convention de Washington ou les règlements d'arbitrage, pour permettre le règlement des litiges par la voie de l'arbitrage. Ces conditions tiennent en l'exigence d'un écrit et d'un consentement univoque¹³²⁰. Cette dernière condition pose plusieurs difficultés tenant notamment à l'identification des méthodes d'interprétation (A) qui permettraient de distinguer entre les dispositions des codes africains valant offre légale d'arbitrage (B) et celles qui constituent de simples invitations à l'arbitrage (C).

A. ESQUISSE DES METHODES D'INTERPRETATION DES LOIS

515. Les principes d'interprétation des lois. En première partie de cette thèse, il a été avancé que les principes d'interprétation des déclarations de juridiction obligatoire ainsi que ceux des actes unilatéraux autonomes étaient d'une utilité moindre dans l'évaluation du consentement de l'État à l'arbitrage¹³²¹. Les codes étant formellement des

¹³¹⁸ Ce point est longuement abordé dans le chapitre I titre I de la partie I. D'ailleurs, si les rédacteurs de la Convention prévoyaient que l'État puisse exprimer son consentement dans une loi, il est certain qu'ils n'avaient pas à l'esprit d'en faire un mode de consentement usuel et définitif. À la proposition du représentant sud-africain de rendre irrévocable les « engagements de se soumettre à l'arbitrage (...) au sujet des différends ayant trait à des promesses tacites ou expresses contenues dans la législation relative aux investissements et surgissant avant la modification de cette législation », le Président Broches répondait : « La Convention n'essaye pas de limiter le droit d'un État de modifier sa législation. Tout ce qu'elle se borne à faire est d'assurer que le consentement à l'arbitrage est irrévocable. Le consentement unilatéral à l'arbitrage du Centre donné à l'avance par les États dans une législation relative aux investissements est traité par la Section 2(i). La Banque s'est cependant gardée d'isoler ce mode de consentement afin d'éviter de créer parmi les pays en voie de développement l'impression que ceci devrait être le moyen normal de traiter avec des investisseurs étrangers, et chez les investisseurs eux-mêmes, l'espoir que les États Contractants suivront cette pratique ». CIRDI, *Historique de la convention CIRDI*, vol. III., réimprimé 2009, pp. 176-177.

¹³¹⁹ Les dictionnaires et lexique juridique ne contiennent aucune entrée concernant la « valeur juridique » nonobstant un usage accru de la notion. Seul fait exception le *Vocabulaire Juridique* qui indique que dans son sens générique la valeur est « ce qui donne effet (à un acte, à un titre), ce qui mesure l'efficacité, la force (d'un droit, d'une preuve) ». Dans ce sens, la valeur serait à rapprocher de la validité, elle-même définie comme la « qualité de ce qui est valide ou validé ; la qualité d'un acte qui n'est entaché d'aucun vice de nature à justifier son annulation ». Gerard CORNU, *Vocabulaire Juridique*, Quadrige/PUF, 8^{ème} éd., 2007, p. 953.

¹³²⁰ CIRDI, Convention de Washington précitée, art. 25 (1) : « La compétence du Centre s'étend aux différends d'ordre juridique (...) que les parties ont consenti par écrit à soumettre au Centre ».

¹³²¹ La doctrine et la pratique arbitrale sont favorables à l'application des principes de droit international. Voir en ce sens: Yulia ANDREEVA, « Interpreting Consent to Arbitration as a Unilateral Act of State », *Arbitration International*, vol. 27, N°1, 2011, p. 140: « A standard treaty or domestic law reference to arbitration thus operates as a unilateral standing offer, which may be accepted by a qualified investor, to submit any dispute that falls under the applicable treaty or domestic law to arbitration. In its scope and effect, such an offer is similar to unilateral declaration recognizing compulsory jurisdiction of the International Court

lois, il a alors été soutenu que ce sont les principes d'interprétation des lois qui devraient être appliqués. Toutefois, l'éparpillement des textes et les disparités entre les diverses traditions juridiques africaines invitent à la prudence dans la tentative de systématisation de ces principes. Il est indiqué, à la place, de renseigner sur les méthodes d'interprétation des lois qui pourraient être mises en œuvre par un tribunal arbitral.

516. L'interprétation grammaticale. La méthode grammaticale dite aussi interprétation littérale¹³²² consiste à rechercher le sens ordinaire des mots¹³²³. Cette méthode a été mise en œuvre dans les affaires relatives à l'article 22 de la loi vénézuélienne sur les investissements adoptée par décret n°356 du 22 octobre 1999¹³²⁴. Se fondant sur les principes d'interprétation de droit vénézuélien, certains tribunaux arbitraux ont estimé qu'il fallait en premier lieu déterminer le sens ordinaire des mots pour identifier le consentement ferme à l'arbitrage de l'État. Ce faisant, les arbitres ont rappelé leur pouvoir de connaissance de la norme en indiquant qu'ils ne sont pas liés par

of Justice (ICJ), which the Court has traditionally placed outside the scope of the interpretative formula of the Vienna Convention ». Aussi, Michele POSTESTA, « The Interpretation of Consent to ICSID Arbitration Contained in Domestic Investment Laws », *Arbitration International*, vol. 27, N°1, 2011, p. 162. David CARON, « The interpretation of National Investment Law as Unilateral Act under international law », *Looking to the future, Essays in international law in honor of Michael Reisman*, H. ARSANJANI, et al. (dir.), Martinus Nijhoff, 2011, pp. 654-655; CIRDI, *Mobil Corporation, Venezuela Holdings et al. C. République bolivarienne du Venezuela*, ARB/07/27, 10 juin 2010, §§ 84-85 et 96 ; CIRDI, *CEMEX Caracas Investments BV et CEMEX Caracas II Investment BV c. Venezuela*, ARB/08/15, 30 décembre 2010, §§ 78-79 ; CIRDI, *Brandes Investment Partners, LP c. Venezuela*, ARB/08/3, 02 août 2011, §§ 81-82 ; CIRDI, *OPIC Karimum Corporation c. The Bolivarian Republic of Venezuela*, ARB/10/14, 28 mai 2013, §§ 70-76. Michael REISMAN et Mahnoush ARSANJANI, « The question of Unilateral Government Statements as Applicable Law in Investment Disputes » in Pierre Marie DUPUY et al. (dir.), *Völkerrecht als Wertordnung – Common Values in international Law, Essays in honour of Christian Tomuschat*, N.P. Engel Verlag, 2006, pp. 409 et ss.; Makane MBENGUE, « National Legislation and Unilateral Acts of States » in *The Sources of Rights and Obligations in Transnational Investment Law*, T. GAZZINI, T. et E. BRABANDÈRE, (eds.), Leiden, Martinus-Nijhoff Publishers, 2012, p. 205. Mais, l'application des principes de droit international n'est pas dictée par la nature juridique des lois et n'apporte pas véritablement des éléments d'éclaircissement. Voir *supra* Partie I Titre 2 Chapitre 1 Section 2.

¹³²² Mélanie SAMSON et Catheryne BELANGER, « La méthode littérale ou grammaticale. Les arguments de texte », 9 novembre 2016, Chaire de rédaction juridique Louis-Philippe-Pigeon, Université de Laval, Canada.

¹³²³ CIRDI, *Tidewater Inc c Venezuela*, ARB/10/5, Jurisdiction, 8 février 2013, §105. Bien que dans l'affaire *Cemex c. Venezuela* le tribunal arbitral se fonde sur le principe d'interprétation stricte des actes unilatéraux, l'interprétation selon le sens ordinaire des mots n'en était pas pour autant exclue. CIRDI, *CEMEX Caracas Investments BV et CEMEX Caracas II Investment BV c. Venezuela*, ARB/08/15, 30 décembre 2010,

¹³²⁴ L'article reproduit dans la sentence *ConocoPhillips c. Venezuela*, est ainsi rédigé : « *Las controversias que surjan entre un inversionista internacional, cuyo país de origen tenga vigente con Venezuela un tratado o acuerdo sobre promoción y protección de inversiones, o las controversias respecto de las cuales sean aplicables las disposiciones del Convenio Constitutivo del Organismo Multilateral de Garantía de Inversiones (OMGI – MIGA) o del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados (CIADI), serán sometidas al arbitraje internacional en los términos del respectivo tratado o acuerdo, si así este lo establece, sin perjuicio de la posibilidad de hacer uso, cuando proceda, de las vías contenciosas contempladas en la legislación venezolana vigente* ». Des divergences au sujet de la traduction anglaise de cette disposition ont également été soulevées. Cependant, les tribunaux arbitraux ont estimé que la différence de traduction était mineure et que le litige concernait plus le sens des mots qu'une question de traduction sémantique (CIRDI, *Tidewater Inc c. Venezuela*, ARB/10/5, Jurisdiction, 8 février 2013, § 109, note 237). Nous retiendrons dans l'affaire *Conoco*, la traduction proposée par l'État, qui a obtenu gain de cause dans les affaires concernant les effets juridiques de cette disposition : « *Disputes arising between an international investor whose country of origin has in effect with Venezuela a treaty or agreement on the promotion and protection of investments, or disputes to which are applicable the provisions of the Convention Establishing the Multilateral Investment Guarantee Agency (OMGI–MIGA) or the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States (ICSID), shall be submitted to international arbitration according to the terms of the respective treaty or agreement, if it so provides, without prejudice to the possibility of making use, when appropriate, of the dispute resolution means provided for under the Venezuelan legislation in effect* ». CIRDI, *ConocoPhillips c. Venezuela*, ARB/07/30, sentence, 3 septembre 2013, § 255. Pour les investisseurs étrangers, la condition « *if it so provides* » voulait simplement signifier que le recours à l'arbitrage était possible si le traité applicable prévoyait le recours à l'arbitrage tandis que le Venezuela soutenait que cette condition impliquait que le traité invoqué renfermait également le consentement de l'État vénézuélien à l'arbitrage.

les interprétations rendues par les tribunaux internes de l'État¹³²⁵. En clair, il leur revient de déterminer le sens ordinaire des mots, quitte à s'écarter d'une interprétation faite par les tribunaux locaux.

517. L'interprétation systématique. Lorsque le sens ordinaire des mots est insuffisant à déterminer l'intention des États, les arbitres recourent également à l'interprétation suivant l'économie générale du texte¹³²⁶. Dans cette hypothèse, la disposition controversée est lue en lien avec les autres dispositions de l'instrument, préambule compris, pour en déterminer un sens qui reste en harmonie avec le reste du code¹³²⁷. Ce procédé qui relève également de la méthode dite systématique, permet ainsi d'éviter « la contradiction ou les incohérences entre les diverses parties d'une loi »¹³²⁸.

518. L'interprétation historique. Enfin, les sentences vénézuéliennes ont mis en lumière l'importance de la méthode historique qui consiste à interpréter la disposition à la lumière de son contexte historique¹³²⁹. Sur ce point, l'État défendeur soutenait qu'il avait toujours adopté une politique hostile à l'égard de l'arbitrage international et que son article 22 en était le reflet. À ce titre, le tribunal arbitral ne pouvait interpréter l'article 22 comme renfermant un consentement à l'arbitrage du Venezuela. Dans la sentence *Tidewater c. Venezuela*, les arbitres ont certes reconnu l'importance du contexte, mais ils précisait que l'historique législatif du code des investissements ou de la disposition était un élément qui devrait prévaloir sur le contexte historique¹³³⁰. De plus, ils ajoutent que la ratification de la Convention de Washington ou l'adoption de la loi sur les investissements pouvaient également être perçues comme un infléchissement de cette politique d'hostilité¹³³¹. Il en résulte que le recours à la méthode n'exclut pas le droit des arbitres d'user de leur pouvoir de connaissance de la norme.

519. L'interprétation pragmatique. Ces différentes méthodes d'interprétation se retrouvent également dans les lois nationales africaines relatives à l'interprétation des lois

¹³²⁵ CIRDI, *Tidewater Inc c. Venezuela*, ARB/10/5, Juridiction, 8 février 2013, § 107.

¹³²⁶ Ce principe d'interprétation est consacré dans le cadre du contrat par la Cour d'appel de Paris (France, CA Paris, 13 févr. 1894, D.P. 1894.2.431). Eric FOKOU, « La notion d'économie du contrat en droit français et québécois », *Revue générale de droit*, vol. 46, n°2, 2016, pp. 343–377.

¹³²⁷ CIRDI, *CEMEX Caracas Investments BV et CEMEX Caracas II Investment BV c. Venezuela*, ARB/08/15, 30 décembre 2010, §§103, 116 – 126; CIRDI, *Tidewater Inc c. Venezuela*, ARB/10/5, Juridiction, 8 février 2013, §. 113-117.

¹³²⁸ Mélanie SAMSON et Catheryne BELANGER, « La méthode systématique Les arguments de cohérence, la méthode systématique », 22 février 2017, Chaire de rédaction juridique Louis-Philippe-Pigeon, Université de Laval, Canada.

¹³²⁹ Mélanie SAMSON et Catheryne BELANGER, « La méthode historique ou psychologique. L'originalisme, les arguments historiques. », 22 novembre 2016, Chaire de rédaction juridique Louis-Philippe-Pigeon, Université de Laval, Canada.

¹³³⁰ CIRDI, *Tidewater Inc c. Venezuela*, ARB/10/5, Juridiction, 8 février 2013, §. 120 et ss.

¹³³¹ CIRDI, *Tidewater Inc c. Venezuela*, ARB/10/5, Juridiction, 8 février 2013, §. 124. Dans l'affaire *Cemex c. Venezuela* qui a précédé la sentence *Tidewater*, le tribunal admettait qu'il y avait bien par la ratification de TBI et l'adhésion au mécanisme CIRDI, une volonté plutôt favorable à l'arbitrage international mais que cette seule volonté était insuffisante à lire l'article 22 comme étant l'expression d'un quelconque consentement à l'arbitrage. CIRDI, *CEMEX Caracas Investments BV et CEMEX Caracas II Investment BV c. Venezuela*, ARB/08/15, 30 décembre 2010, §§ 126 – 127.

qui consacrent également d'autres méthodes telles que la méthode pragmatique. Suivant cette méthode, « l'interprète doit retenir une interprétation conduisant à un résultat juste et raisonnable [...] éviter de donner à la loi un sens qui produise des effets absurdes, ridicules, futiles, déraisonnables, inéquitable ou illogiques »¹³³². Dans cette perspective, la loi ghanéenne relative à l'interprétation des lois indique :

*« a Court shall construe or interpret a provision of the Constitution or any other law in a manner (a) that promotes the rule of law and the values of good governance, (b) that advances human rights and fundamental freedoms, (c) that permits the creative development of the provisions of the Constitution and the laws of Ghana, and (d) that avoids technicalities and recourse to niceties of form and language which defeat the purpose and spirit of the Constitution and of the laws of Ghana »*¹³³³.

Certains codes des investissements invitent directement les arbitres à adopter cette approche. Le texte sud-africain souligne « *This Act must be interpreted and applied in a manner that is consistent with: a. its purposes as contemplated by section 4; b. the Constitution [...]* »¹³³⁴. L'on trouve aussi une illustration de cette méthode dans l'affaire *Pac Rim c. El Salvador*. L'État défendeur estimait que l'article 15 de sa loi sur les investissements qui autorisaient les investisseurs étrangers à recourir à l'arbitrage CIRDI était incompatible à sa constitution dans la mesure où celle-ci ne prévoyait que deux modes d'expression de consentements : par traité ou par contrat. Le tribunal arbitral rejeta l'argument en soulignant :

« As the plain reading of Article 146 indicates, the purpose of such provision is to limit what may or may not be negotiated in a treaty or concession. Article 146 allows the Salvadoran State to submit disputes to arbitration or to an international tribunal in treaties or contracts as a qualification to the restrictions made earlier in the Constitution; 193 and it should be read in such context (i.e. what treaties or concession contracts can contain or not). The Respondent's interpretation, limiting the instruments by which the Respondent can consent to ICSID arbitration so as to exclude laws and

¹³³² Mélanie SAMSON et Catheryne BELANGER, « La méthode pragmatique. Les arguments pragmatiques, le conséquentialisme », 11 juillet 2017, Chaire de rédaction juridique Louis-Philippe-Pigeon, Université de Laval, Canada.

¹³³³ Ghana, *Interpretation Act*, 2009, Act 792, promulgué le 31 décembre 2009, art. 10(4). Également, la constitution sud-africaine précise que les tribunaux doivent avoir une telle préférence en ces termes : « *When interpreting any legislation, every court must prefer any reasonable interpretation of the legislation that is consistent with international law over any alternative interpretation that is inconsistent with international law* » Afrique du sud, *Act 108 of 1996 adopting the Constitution of the Republic of South Africa*, version consolidée de 2012, art. 233.

¹³³⁴ Afrique du Sud, *Protection of Investment Act*, 2015, section 3 : « *This Act must be interpreted and applied in a manner that is consistent with: a. its purposes as contemplated by section 4; b. the Constitution, including: i. the interpretation of the Bill of Rights contemplated in section 39 of the Constitution; ii. customary international law contemplated in section 232 of the Constitution; and iii. international law contemplated in section 233 of the Constitution; and c. any relevant convention or international agreement to which the Republic is or becomes a party* ». De même, mais de façon moins précise, la section 20 du code des investissements namibien peut être rapportée : « *1) The obligations in this Act may not apply in relation to any concessions, advantages, exemptions or other measures in favour of a foreign or Namibian investor or investment that may result from the existence or implementation of: a. any bilateral treaty relating to investment or free trade; b. any multilateral or regional agreement relating to investment, free trade or economic integration to which Namibia is a party; or c. State procurement tied to development assistance funds or loans. 2) Nothing in this Part may be construed to prevent Namibia from adopting or maintaining a measure that prescribes special formalities in connection with the investments of foreign investors, but the measures do not materially impair the rights granted by other provisions of this Act* ». Namibie, *Namibia Investment Promotion Act*, Law No. 199 of 201, Official Gazette No. 6110 of 31 August 2016.

*other instruments not referred by in Article 146, does not have, in the Tribunal's opinion, any rational or other legal support »*¹³³⁵.

520. Combinaison des méthodes. La variété des méthodes d'interprétation dénote une certaine neutralité dans la recherche de l'intention véritable de l'État concernant son consentement à l'arbitrage¹³³⁶. Cependant, les sentences arbitrales recourent à l'une ou l'autre des méthodes, parfois à elles toutes, de façon discrétionnaire et de sorte qu'il n'est pas possible de systématiser les règles relatives à la combinaison de ces méthodes d'interprétation. Seul compte le résultat : parvenir à identifier une offre d'arbitrage.

B. LES DISPOSITIONS VALANT OFFRES LEGALES D'ARBITRAGE

521. L'offre légale d'arbitrage. Si les dispositions législatives relatives à l'arbitrage existent depuis l'adoption des premiers codes des investissements¹³³⁷, c'est un anachronisme que de considérer ces dispositions comme des offres d'arbitrage. Ce n'est qu'à partir de la sentence *SPP c. Egypte* de 1988 que l'existence d'offre légale d'arbitrage a été admise pour la première fois¹³³⁸. Ces offres sont des dispositions législatives par lesquelles l'État manifeste sa ferme intention de recourir à l'arbitrage pour la résolution des différends l'opposant à un investisseur en cas d'acceptation par celui-ci du mécanisme d'arbitrage proposé. Depuis leur admission en droit de l'arbitrage, les États africains ont réservé un accueil mitigé à cette doctrine de l'offre légale qui s'observe à travers leurs lois d'investissement. Certains codes, en effet, ne vont comporter aucune disposition se référant à l'arbitrage¹³³⁹. Ces textes peuvent d'ores et déjà être exclus de l'analyse. Quant aux autres dispositions comportant une référence à l'arbitrage, toutes ne valent pas nécessairement offre d'arbitrage. Pour qu'il en aille ainsi, deux conditions cumulatives,

¹³³⁵ CIRDI, *Pac Rim Cayman LLC c. République du Salvador*, ARB/09/12, 1 juin 2012, § 5.41.

¹³³⁶ CIRDI, *PNG Sustainable Development Program Ltd. c. Papouasie Nouvelle Guinée*, ARB/13/33, 5 mai 2015, § 253.

¹³³⁷ Pierre LEGOUX, « De quelques codes d'investissements », *Revue Juridique, Politique, Indépendances et Coopération*, Tome 22, n°4, Paris, Oct. 1968, pp 939 – 986. Philippe KAHN, « Problèmes juridiques de l'investissement dans les pays de l'ancienne Afrique française », *JDI*, 1965, pp. 340 et ss.

¹³³⁸ CIRDI, *Southern Pacific Properties (Middle East) Limited c. République Arabe d'Egypte*, ARB/84/3, Compétence I, 27 nov. 1985, *ICSID Report*, vol. 3, p. 112, *Yearbook of Commercial Arbitration*, vol 16, 1991, p. 19; *JDI*, 1994, p. 128. Et : CIRDI, *Southern Pacific Properties (Middle East) Limited c. République Arabe d'Egypte*, ARB/84/3, Compétence II, 14 avril 1988, *ICSID Report*, vol. 3, p. 131, *Yearbook of Commercial Arbitration*, vol. 16, 1991, p. 28, *JDI*, 1994, p. 220. Ainsi c'est à partir de cette date que les États et la communauté scientifique découvrent l'effet dévolutif des consentements unilatéraux à l'arbitrage. Pour une approche similaire, sur les réserves à l'extension des interprétations du consentement dissocié à des anciens codes, voir l'opinion dissidente du professeur Brigitte Stern dans l'affaire *ABCI c. Tunisie*. (CIRDI, *ABCI c. Tunisie*, opinion dissidente Brigitte Stern, § 18).

¹³³⁹ Djibouti, loi n°58-1984 portant code des investissements, art. 43 : « Les tribunaux djiboutiens compétents connaîtront de tout litige né de l'application du présent code, sans préjudice toutefois de l'application des accords ou conventions internationales auxquels l'État sera parti. » Également, les deux textes kényans relatifs pour l'un à la promotion de l'investissement (Investment Promotion Act 2004 modifié en 2012) et l'autre à la protection de l'investissement de 1964 dont la dernière modification date de 2009 (Foreign Investments Protection Act 1964) ne contiennent aucune référence à l'arbitrage. Voir aussi: Victorino TEJERA PÉREZ, « Do Municipal Laws Always Constitute a Unilateral Offer to Arbitrate? The Venezuelan Investment Law: A Case Study », in I. A. LAIRD, T. J. WEILER (eds.), *Investment Treaty Arbitration and International Law*, JurisNet, LLC, Huntington, 2008, vol. 2, p. 89.

la fermeté (1) et la précision (2) de l'offre, doivent être remplies. La compréhension de ces conditions permet la classification des dispositions législatives dans les codes africains exclusivement par référence à la méthode d'interprétation grammaticale. Ce choix est dû aux difficultés d'accès aux travaux préparatoires et autres documents officiels liés aux codes des investissements¹³⁴⁰.

1. La condition d'une offre ferme

522. L'exigence d'une offre ferme. Dans l'approche contractuelle de droit interne, l'offre est ferme lorsqu'elle exprime « la volonté de son auteur d'être lié en cas d'acceptation »¹³⁴¹. Appliquée à l'arbitrage, il en résulte que la disposition législative doit être suffisamment claire pour permettre d'établir la convention d'arbitrage dès l'acceptation de l'investisseur. Suivant la méthode littérale, plusieurs indices ou critères permettraient d'identifier la fermeté d'une disposition législative relative à l'arbitrage. Ces indices tiennent à l'existence de formules explicites (a) ou implicites (b) de recourir à l'arbitrage.

a. Les formulations explicites

523. Exemple de formulations explicites. Le caractère explicite des formulations envisagées résulte de l'emploi de mentions univoques telles que celle prévue à l'article 8 du code des investissements albanais de 1993 selon laquelle « [...] la République

¹³⁴⁰ Ces difficultés sont récurrentes. Même à l'occasion de contentieux où les parties peuvent fournir des documents confidentiels, la partie étatique échoue à fournir la preuve des travaux préparatoires des codes. Dans l'affaire *Cemex c. Venezuela* par exemple, le tribunal indiquait : « (...) the investment law of 1999 was a decree-law and, as such, was not discussed in Parliament. Moreover it contains no "exposicion de motivos". Thus we have no direct information about its preparation ». CIRDI, *CEMEX Caracas Investments BV et CEMEX Caracas II Investment BV c. Venezuela*, ARB/08/15, 30 décembre 2010, §. 127. Le tribunal dans l'affaire *OPIC Karimum c. Venezuela*, qui a eu l'occasion d'auditionner et consulter les documents fournis par M. Corrales, un expert intervenu dans la préparation du code des investissements de 1999, a tout de même conclu en l'absence de pertinence. CIRDI, *OPIC Karimum c. Venezuela*, ARB/10/14, sentence, 28 mai 2013, §§ 109-131) Ainsi, la procédure peu démocratique d'adoption de ces codes pourrait être une des raisons de la difficulté rencontrée. Dans le cas ivoirien, pour n'en donner qu'un exemple, le code des investissements est préparé par les services techniques des ministères aidés par des cabinets d'avocats, économistes et fiscalistes, puis adopté par ordonnance. Les parlementaires s'expriment très peu sur la question. À dire vrai, les campagnes de communication portent toute sur les incitations fiscales et les mesures de promotion de l'entrepreneuriat locale. Les enjeux de droit international ne sont que rarement abordés dans le débat public. Ce peut être en raison de la trop grande technicité et de l'ésotérisme (il faut bien le reconnaître) qui accompagnent les questions de la discipline. Certes les réformes menées à partir de 2018 permettent de déduire une certaine hostilité à l'endroit de l'arbitrage transnational, premièrement, par la suppression de la référence au CIRDI en 2018 puis la suppression de la référence à la CCJA en 2019 (art. 50 nouveau de l'ordonnance n°2019-1088 du 18 décembre 2016 modifiant l'ordonnance n°2018-646 du 1^{er} août 2018 portant code des investissements qui accorde préférence à la CACI). Mais le discours officiel reste discret quant aux raisons de ces changements, de peur, peut-être, d'envoyer de mauvais signaux comme cela a été le cas de l'Afrique du Sud. Enfin, s'agissant de la méthode systématique, la difficulté de la tâche qui consisterait à analyser une cinquantaine de lois disposition par disposition, constitue un frein majeur d'autant que comme l'a souligné le tribunal arbitral dans l'affaire *Cemex c. Venezuela*, elle peut s'avérer d'aucun secours. CIRDI, *Cemex c. Venezuela*, aff. préc., § 126.

¹³⁴¹ France, code civil, article 1114. Également, Yves LEQUETTE, François TERRE et *al.*, *Droit civil : Les obligations*, Dalloz, 12^{ème} éd., 2018, p. 199, § 167.

d’Albanie **accepte cette soumission** au CIRDI »¹³⁴². On ne retrouve pas dans les codes africains ces formulations qui emploient directement les vocables « offre » ou « acceptation » de l’arbitrage. En revanche, certaines mentions leur sont équivalentes. La formule prévue à l’article 38 du code des investissements de RDC peut ici être rapportée :

« Tout différend entre un investisseur et la République Démocratique du Congo relatif à un contrat ou accord d’investissement, une autorisation d’investissement octroyée par l’autorité compétente, ou, toute violation des droits de l’investisseur et / ou de l’investissement attribués ou créés par le Code des investissements ou par d’autres lois nationales ou par les Traités et Conventions Internationaux auxquels la République Démocratique du Congo [...] sera réglé, à la requête de la partie lésée, conformément à une procédure d’arbitrage [...] **Le consentement des parties à la compétence du CIRDI ou du Mécanisme Supplémentaire, selon le cas, requis par les instruments les régissant, est constitué en ce qui concerne la République Démocratique du Congo par le présent article** et en ce qui concerne l’investisseur par sa demande d’admission au régime de la présente loi ou ultérieurement par acte séparé »¹³⁴³.

De cette disposition, il ne fait pas de doute que l’État a donné son consentement à la procédure arbitrale CIRDI. On en déduit sa ferme intention d’être lié par l’acceptation de l’investisseur. Dans le même sens, on pourrait évoquer l’article 20 de l’ancien code des investissements ivoirien de 2012 qui soulignait que « **[l]e consentement des parties à la compétence du CIRDI [était] constitué pour la République de Côte d’Ivoire par le présent article**, et est exprimé expressément dans la demande d’agrément pour la personne concernée »¹³⁴⁴. Certes dans l’affaire *Stanilas Citeri c. Côte d’Ivoire*, il a été indiqué que la rédaction de cet article 20 *in fine* était ambiguë, mais les difficultés portaient moins sur l’existence du consentement de l’État en lui-même (donc l’offre) que sur les modalités de son acceptation¹³⁴⁵.

524. Une pratique législative marginale. En dépit de l’intérêt marqué pour les dispositions de ce type, celles-ci restent rares dans la pratique africaine des codes des investissements. En plus des deux dispositions précitées, le code bissau-guinéen de 2011 prévoit aussi que le consentement de l’État à la procédure arbitrale est constitué par le code¹³⁴⁶. Pour le reste des dispositions, c’est plutôt dans l’interprétation des formules implicites que le consentement univoque de l’État devra être recherché.

¹³⁴² Le tribunal dans l’affaire *Tradex Hélas c. Albanie* a considéré que l’Etat avait fait une offre d’arbitrage. CIRDI, *Tradex Hélas c. Albanie*, JDI, 2000, p. 153, trad. Emmanuel GAILLARD.

¹³⁴³ RDC, loi n° 004/2002 du 21 février 2002 portant Code des investissements, article 38.

¹³⁴⁴ Côte d’Ivoire, ordonnance n° 2012 – 487 du 07 juin 2012, art. 20 *in fine*.

¹³⁴⁵ CIRDI, *Société Resort Company Invest Abidjan, Stanislas Citerici and Gérard Bot c. Republic of Côte d’Ivoire*, ARB/16/11, 01/08/2017, §§ 149 et ss. L’interprétation du texte faite par le tribunal n’emporte pas d’ailleurs la conviction. L’analyse linguistique du texte, tant de l’offre que de l’acceptation était claire. Et ainsi que le soulignait le professeur Acka Sohaily Felix dans son avis sur les principes de droit ivoirien d’interprétation des lois indiquée dans la sentence, il n’y a pas à interpréter là où la loi est claire. Ces discussions seront abordées *infra*, dans ce même titre, chapitre 2.

¹³⁴⁶ Guinée-Bissau, code des investissements, loi n° 13/2011 06 de Julho, art. 18 : « 1. Na resolução de conflitos e litígios emergentes de operações de Investimento será privilegiada a conciliação, ou, caso esta não seja possível, a arbitragem. 2. Os

b. Les formulations implicites

525. Lorsque le consentement à l'arbitrage n'est pas explicite, ce qui est fréquent, la pratique arbitrale n'en déduit pas pour autant l'inexistence d'offre d'arbitrage. Dans cette hypothèse, les tribunaux recherchent l'emploi d'un langage impératif pour déduire le consentement de l'État à l'arbitrage. Dans d'autres cas également, une faculté d'arbitrage permettra aussi de déduire l'existence d'une offre d'arbitrage.

526. L'existence d'un langage impératif. Le langage impératif ou « *mandatory language* »¹³⁴⁷ est déterminé par la prise en compte du verbe employé. Il en va ainsi lorsque le code des investissements indique par exemple que « tout différend ou litige entre un investisseur et l'État burkinabé, relatif à l'application du présent code, [...] **est réglé** par les juridictions nationales ou fait l'objet d'une procédure d'arbitrage »¹³⁴⁸. Dans l'affaire *SPP c. Egypte*, le tribunal arbitral a admis que les termes « sont réglés » ou « shall be settled »¹³⁴⁹ en anglais ont un caractère impératif indiquant une obligation de l'État de se soumettre à l'arbitrage¹³⁵⁰. Sous cette catégorie, il est possible de ranger d'autres verbes

Investidores e as Empresas poderão, à sua escolha, submeter a resolução dos conflitos com o Estado às regras de conciliação, mediação e arbitragem resultantes: a) De pactos ou acordos de mediação e arbitragem concluídos entre as partes, conforme regras arbitrais aplicáveis eleitas por estas; b) De acordos ou tratados relativos à protecção de investimentos celebrados entre a República da Guiné-Bissau e o Estado de que o investidor é nacional; c) Da convenção de 18 de Março de 1965 para a Resolução de Conflitos Relativos a Investimentos (CIRCI) entre o Estado e Nacionais de outros Estados, estabelecida sob a égide do Banco Internacional para a Reconstrução e o Desenvolvimento – BIRD, caso o Investidor reúna as condições estabelecidas pelo artigo 25.º da referida Convenção; d) Das disposições regulamentares do mecanismo suplementar aprovado a 27 de Setembro de 1978 pelo Conselho de Administração do Centro Internacional para a Resolução de Conflitos Relativos a Investimentos – CIRCI, caso o investidor não reúna as condições estabelecidas no artigo 25º da Convenção referida na alínea anterior. 3. O consentimento das partes no que respeita à Convenção referida na alínea c) e às disposições regulamentares referidas na alínea d), ambas do número anterior, resulta para a República da Guiné-Bissau da presente lei ». La version anglaise du texte disponible sur le site de la CNUCED est rédigée en ces termes : « 3. The consent of the parties regarding the Convention referred to in c) and the regulations referred to in subparagraph d), both of the preceding paragraph, is a product of the present law for the Republic of Guinea-Bissau hereof. » Une erreur semble s'être glissée dans le texte anglais laissant accroire que l'Etat dispose également du consentement de l'investisseur à l'arbitrage (voir partie soulignée). Ceci aurait pour effet d'exclure cette disposition parmi les offres fermes.

¹³⁴⁷ CIRDI, *SPP (ME) c. Egypte*, ARB/84/3, 28 août 1984, §§ 74 et ss. La traduction du terme « *mandatory language* » est tirée de l'avis consultatif de la CIJ dont la version française traduit par « langage impératif », le terme « *mandatory language* » employé dans la version anglaise du texte. CIJ, *Composition du comité de la sécurité maritime de l'organisation intergouvernementale consultative de la navigation maritime*, avis consultatif, 8 juin 1960, Rec. 1960, p. 159.

¹³⁴⁸ Burkina Faso, loi n°038-2018/AN portant code des investissements au Burkina Faso, art. 38

¹³⁴⁹ L'article 8 de la loi n°43 de 1974 portant code des investissements égyptien était ainsi rédigé : « *Investment disputes in respect of the implementation of the provisions of this Law shall be settled in a manner to be agreed upon with the investor, or within the framework of the agreements in force between the Arab Republic of Egypt and the investor's home country, or within the framework of the Convention for the Settlement of Investment Disputes between the State and the nationals of other countries to which Egypt has adhered by virtue of law no. 90 of 1971, where it (i.e the Convention) applies.*

Disputes may be settled through arbitration. An Arbitration Board shall be constituted, comprising a member on behalf of each disputing party and a third member acting as chairman to be jointly named by the two said members. Failing agreement on the nomination of the third member within thirty days of the appointment of the second member, the chairman shall be chosen, at the request of either party, by the Supreme Council of Judicial Bodies from among counsellors of the judiciary in the Arab Republic of Egypt. The Arbitration Board shall lay down its rules of procedure unrestricted by the rules contained in the Civil and Commercial Code of Procedures, save the rules which relate to the basic guarantees and principles of litigation. The Board shall see to it that the dispute is expeditiously resolved. Awards shall be rendered by majority vote and shall be final and binding on both parties and enforceable as any other final judgment ».

¹³⁵⁰ CIRDI, *Southern Pacific Properties (Middle East) c. République Arabe d'Egypte*, ARB/84/3, 14 avril 1988, § 73 et ss.

tels que « *shall be entitled* »¹³⁵¹ ou encore « *shall be forwarded* »¹³⁵² comme indices d'une intention ferme de l'État¹³⁵³.

527. L'existence d'une faculté d'arbitrage. D'autres formules d'une valeur sémantique moins prononcée que les précédentes ont également fait l'objet de discussions. L'exemple de ce type de formule est fourni par le code des investissements togolais qui indique que « [t]ous différends entre l'entreprise ou l'investisseur et le ou les États [...] au sujet de l'interprétation ou de l'application du présent code, [...] **pourront être soumis** [...] au Centre International pour le Règlement des Différends relatifs aux Investissements (CIRDI). »¹³⁵⁴. À l'inverse de la première catégorie, dans le second extrait, le groupe verbal introduit par « pourront être soumis » serait considéré comme un indicateur d'une intention équivoque de recourir à l'arbitrage¹³⁵⁵. Dans cette catégorie, il est possible de ranger d'autres formulations comme « *can be resolved* »¹³⁵⁶, « *will be given priority* »¹³⁵⁷, « *may be submitted* »¹³⁵⁸, « *may resort to* »¹³⁵⁹, « *may refer* »¹³⁶⁰, « *may seek* »¹³⁶¹ et « *may consent to* »¹³⁶². Cependant, il ne s'agit là que d'indices dont l'interprétation ne s'impose pas aux arbitres. À titre illustratif, dans l'affaire *Pac Rim c. Salvador*, bien que l'article 15 de la loi salvadorienne sur les investissements étrangers prévoyait que « *in the case of disputes arising among foreign investors and the State, regarding their investments in El Salvador, the investors may submit the controversy to: (a) The International Centre for Settlement of Investment Disputes (...)* »¹³⁶³, le tribunal arbitral décidait tout de même

¹³⁵¹ Mozambique, Law n°3/93 approved on the 24th June 1993, article 25. "[...] *Disputes between the Government of Mozambique and foreign investors concerning authorised and realised investments in the country, which cannot be resolved on the basis provided for in paragraph 1 of this Article, shall, unless otherwise agreed, be entitled to submission for resolution through arbitration, with possible recourse, upon express agreement of both parties, to [...]*".

¹³⁵² Libye, Law on Investment Promotion (2010), n°9, 2010, article 24, « *Any dispute that may arise between the foreign investor and the state, [...] shall be forwarded to the appropriate courts of the state, unless if there are mutual agreements between the state and the investor's state or multilateral agreements to which the investor's state is a party thereof, including texts relating to reconciliation or arbitration or special agreement between the investor and the state stipulating arbitration as a condition* ».

¹³⁵³ Pour une analyse similaire : Christoph SCHREUER, *Icsid Convention : A commentary*, CUP, 2^{ème} édition, 2009, p. 198, §399.

¹³⁵⁴ Togo, loi n° 2012 – 001 portant code des investissements en république togolaise, art. 8.

¹³⁵⁵ Christoph SCHREUER, *Icsid Convention : A commentary*, CUP, 2^{ème} édition, 2009, p. 198, §§399 et ss

¹³⁵⁶ Angola, Law no. 10/18 of June 26th, article 15 (2): "Under this Law, the conflicts that eventually arise concerning rights available **can be resolved** through the alternative dispute resolution methods, namely, negotiation, mediation, conciliation and arbitration, provided by law are not exclusively subjected to judicial court or arbitration required".

¹³⁵⁷ Guinée-Bissau, Law n° 3/2011 Investment code, art. 18. "Conciliation or, if this is not possible, arbitration, **will be given priority** in the resolution of conflicts and disputes arising from investment operations".

¹³⁵⁸ Ghana, GIPC Act 2013, article 33: "[...] *A dispute between a foreign investor and the Government in respect of an enterprise to which this Act applies which is not settled through mutual discussions within six months may be submitted at the option of the aggrieved party to arbitration*"; Mozambique, Law N°. 3/93 approved on the 24th June, art. 25 ; Ouganda, The investment code act, CAP 92 (1991), article 28 ; Sierra Léone, The investment promotion Act, 2004, art. 16; Soudan du Sud, The investment promotion act, 2009, art. 39; Tanzanie, Tanzania Investment Code, 1997, art. 23.

¹³⁵⁹ Gambie, The Gambia Investment Promotion Act, 2001, section 29.

¹³⁶⁰ Cameroun, loi N° 2013 / 004 du 18 avril 2013 sur les incitations à l'investissement privé en République du Cameroun, art. 26.

¹³⁶¹ Seychelles, Seychelles Investment Act, 2010 (2010), Section 5(3).

¹³⁶² Afrique du Sud, Promotion and protection of Investment Bill, 2015, Section 13. « The government **may consent to** international arbitration in respect of investments covered by this Act, subject to the exhaustion of domestic remedies ».

¹³⁶³ CIRDI, *Pac Rim Cayman LLC c. République du Salvador*, ARB/09/12, 1 juin 2012.

qu'il y avait un consentement clair et univoque de l'État à l'arbitrage CIRDI¹³⁶⁴. Une explication de cette approche pourrait être de considérer que l'État a clairement consenti dans sa loi à l'arbitrage tout en offrant à l'investisseur une faculté d'y avoir recours. L'exemple type serait alors fourni par le code de Guinée-bissau qui souligne à son article 18 que « *Investors and Companies may, at their option, submit the resolution of conflicts with the state to the rules of conciliation, mediation and arbitration arising from the above* » alors même que l'alinéa 3 *in fine* de la disposition précise que le consentement de l'État est constitué par la présente loi¹³⁶⁵.

528. De cette approche, l'on déduit que la fermeté de l'offre peut résulter de plusieurs critères d'appréciation tels que l'emploi d'un langage impératif explicite ou d'un langage offrant la faculté de recourir à l'arbitrage à l'investisseur. Qu'importe que ces critères ou indices soient combinés ou alternés, il faut simplement rapporter la preuve d'un consentement donné à l'avance par l'État à la procédure arbitrale. La preuve de ce consentement équivaldra alors à une offre légale d'arbitrage si la volonté exprimée de l'État est suffisamment précise.

2. La condition d'une offre précise

529. L'exigence d'une offre précise. L'offre est dite précise en droit des contrats lorsqu'elle comprend les éléments essentiels du contrat envisagé¹³⁶⁶. Suivant cette indication, l'offre d'arbitrage serait précise si elle contient les éléments déterminants de

¹³⁶⁴ « *The Tribunal decides that the wording of Article 15 is clear and unambiguous. By providing foreign investors with the option ("may"), absent for local investors, of submitting the "disputes arising between foreign investors and the State, regarding their investment in El Salvador" to ICSID, Article 15 of the Investment Law clearly invites foreign investors to decide whether to submit their claims to local courts (Article 15, first paragraph) or to ICSID tribunals (Article 15, second paragraph, (a) and (b)), therefore providing the consent of the Respondent required by Article 25 of the ICSID Convention which the investor can accept* » in CIRDI, *Pac Rim Cayman LLC c.. République du Salvador*, ARB/09/12, 1 juin 2012, § 5.37.

¹³⁶⁵ Guinée-Bissau, code des investissements, loi n° 13/2011 06 de Julho, art. 18 : « 1. Na resolução de conflitos e litígios emergentes de operações de Investimento será privilegiada a conciliação, ou, caso esta não seja possível, a arbitragem. 2. Os Investidores e as Empresas poderão, à sua escolha, submeter a resolução dos conflitos com o Estado às regras de conciliação, mediação e arbitragem resultantes: a) De pactos ou acordos de mediação e arbitragem concluídos entre as partes, conforme regras arbitrais aplicáveis eleitas por estas; b) De acordos ou tratados relativos à protecção de investimentos celebrados entre a República da Guiné-Bissau e o Estado de que o investidor é nacional; c) Da convenção de 18 de Março de 1965 para a Resolução de Conflitos Relativos a Investimentos (CIRCI) entre o Estado e Nacionais de outros Estados, estabelecida sob a égide do Banco Internacional para a Reconstrução e o Desenvolvimento – BIRD, caso o Investidor reúna as condições estabelecidas pelo artigo 25.º da referida Convenção; d) Das disposições regulamentares do mecanismo suplementar aprovado a 27 de Setembro de 1978 pelo Conselho de Administração do Centro Internacional para a Resolução de Conflitos Relativos a Investimentos – CIRCI, caso o investidor não reúna as condições estabelecidas no artigo 25º da Convenção referida na alínea anterior. 3. **O consentimento das partes no que respeita à Convenção referida na alínea c) e às disposições regulamentares referidas na alínea d), ambas do número anterior, resulta para a República da Guiné-Bissau da presente lei** ». La version anglaise du texte disponible sur le site de la CNUCED est rédigée en ces termes : « 3. The consent of the parties regarding the Convention referred to in c) and the regulations referred to in subparagraph d), both of the preceding paragraph, is a product of the present law for the Republic of Guinea-Bissau hereof. »

¹³⁶⁶ « Une déclaration de volonté n'est constitutive d'une offre que si elle est suffisamment précise. Pour que la seule acceptation de celle-ci puisse suffire à former le contrat, il faut qu'elle décrive clairement le contenu du contrat éventuel, en en indiquant, à tout le moins, ainsi que le précise l'article 1114, les « éléments essentiels ». Yves LEQUETTE, François TERRE et al., *Droit civil : Les obligations*, Dalloz, 12^{ème} éd., 2018, p. 198, § 166.

la convention d'arbitrage. Dans la pratique CIRDI qui reste la plus pertinente en la matière, les arbitres font de la mention de la juridiction arbitrale une condition *sine qua non* de la précision de l'offre¹³⁶⁷. Certains codes africains satisfont cette exigence de désignation d'une juridiction arbitrale précise (a). En revanche, la difficulté que certains textes posent résulte de la désignation de centres d'arbitrage qui sont inefficients (b).

a. La désignation d'une juridiction arbitrale précise

530. Dans les codes des investissements africains, la précision de l'offre d'arbitrage résulte soit de la mention d'un centre d'arbitrage, soit d'une référence générale aux règles ou conventions établissant un type précis d'arbitrage.

531. Les références à un centre d'arbitrage. Les dispositions qui adoptent ce type de formulation ont l'avantage de la clarté. C'est le cas des articles 38 et 39 du code des investissements du Burkina Faso de 2018 qui indiquent que « [...] tout différend ou litige entre un investisseur et l'État burkinabé, relatif à l'application du présent code [...] est réglé par les juridictions nationales ou fait l'objet d'une procédure d'arbitrage ». Pour ce faire, il est prévu :

« deux procédures d'arbitrage : 1°) La constitution d'un collège arbitral [...] et 2°) Lorsque les intérêts étrangers sont en cause, **il existe en outre deux voies de recours : recours au Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI) ou recours à la Cour commune de justice et d'arbitrage (CCJA) d'Abidjan** »¹³⁶⁸.

Bien que ce type de dispositions soit à encourager, la pratique législative africaine montre que ces formulations restent rares dans les codes des investissements¹³⁶⁹. C'est plutôt la référence à un règlement de procédure ou à une convention qui trouve préférence auprès des États.

¹³⁶⁷ Également, CIRDI, *PNG Sustainable Development Program Ltd. c. Papouasie Nouvelle Guinée*, ARB/13/33, 5 mai 2015, §§ 53-54 et 275 – 303.

¹³⁶⁸ Burkina Faso, loi n°038-2018/AN portant code des investissements au Burkina Faso, articles 38 et 39.

¹³⁶⁹ Outre le code des investissements du Burkina Faso, il peut être ajouté le code des investissements du Togo qui indique : « Tous différends entre l'entreprise ou l'investisseur et le ou les États d'une part, ou entre États d'autre part, au sujet de l'interprétation ou de l'application du présent code, qui n'auraient pas pu aboutir à un règlement amiable, pourront être soumis : a. aux juridictions nationales de droit commun; b. à la Cour d'Arbitrage du Togo (CATO); c. à la Cour de Justice de l'Union Economique et Monétaire Ouest Africaine (UEMOA); d. à la Cour de Justice de la Communauté Economique des États de l'Afrique de l'Ouest (CEDEAO); e. à la Cour commune de justice et d'arbitrage de l'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires (OHADA); f. au Centre International pour le Règlement des Différends relatifs aux Investissements (CIRDI); g. à toute autre instance arbitrage de leur choix ou qui aurait été expressément prévue soit dans un contrat en vertu d'une clause compromissoire ou d'un compromis d'arbitrage, soit en vertu des accords et traités relatifs à la protection des investissements conclus entre la République togolaise et l'État dont la personne physique ou morale étrangère concernée est ressortissante. » Togo, Loi n°2012-001 portant code des investissements en République togolaise, articles 8.

532. Les références à un règlement de procédure ou une convention. L'exemple du code des investissements béninois peut ici être rapporté. L'article 45 du code prévoit que :

« [...] Tout différend relatif à l'interprétation et à l'exécution du présent Code fera, au préalable, l'objet d'un règlement amiable conformément aux lois et règlements en vigueur, ou par voie d'arbitrage. Le recours à l'arbitrage se fait suivant l'une des procédures ci-après : [...]

2- au plan régional et international :

- La procédure de l'Acte Uniforme relatif au droit de l'arbitrage [AUA] de l'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires (OHADA) [...]
- Les procédures des dispositions de la Convention du 18 mars 1965 créant le Centre international pour le Règlement des Différends relatifs aux investissements entre États et Ressortissants d'autres États (CIRDI) établie sous l'égide de la Banque Mondiale et ratifiée par la République du Bénin le 06 septembre 1966 »¹³⁷⁰.

Ces dispositions, quoique pertinentes, n'en demeurent pas moins floues. Par exemple, en désignant les procédures prévues par l'AUA, l'investisseur n'est pas renseigné sur la saisine d'un centre d'arbitrage précis. Chacun des centres d'arbitrages locaux des États membres de l'OHADA pourrait ainsi être saisi par celui-ci pour le règlement de son litige. L'on peut ainsi regretter le caractère large de telles formulations. À titre d'exemple, dans l'affaire *Inceysa c. Salvador*, le requérant avait introduit une réclamation légale contre l'État en invoquant des dispositions de la loi relative à l'arbitrage, la conciliation et la médiation du Salvador. Si l'arbitrage international était bien indiqué dans cette loi¹³⁷¹, le tribunal estima que les références étaient trop générales et ne faisaient pas expressément mention du CIRDI¹³⁷². Suivant cette indication, un tribunal arbitral ne devrait alors retenir

¹³⁷⁰ Bénin, loi n°2020-02 du 02 mars 2020, article 45. D'autres textes prévoient que « les différends entre l'Etat [...] et les ressortissants étrangers, relatifs à l'application ou l'interprétation du présent code, sont [...] définitivement réglés par arbitrage conduit conformément aux dispositions de la convention du 18 mars 1985 pour le « Règlement des différends relatifs aux investissements entre Etats et ressortissants d'autres Etats » établie sous l'égide de la Banque Internationale pour la Reconstitution et le Développement, ratifiée par la République de Guinée le 4 novembre 1986 ». Guinée, - Ordonnance n°001/PRG/87 du 3 janvier 1987 portant code des investissements en Guinée, modifiée par la loi n°L/95/029/CTR du 30 juin 1995, art. 28.

¹³⁷¹ « Articles 25 and 77 of the Mediation, Conciliation and Arbitration Law, which provide the following, respectively : Article 25. *Disputes in which the State and public law entities are interested parties may be submitted to arbitration, provided they concern disposable rights and arise from a legal relationship involving property rights governed by private law or of a contractual nature. In disputes arising from contracts the Salvadoran State or public law entities conclude with nationals or foreigners, special laws or international treaties or conventions shall apply and, in their absence, the provisions of this law. This type of dispute may be resolved by arbitration at the Centers established in this law. Private law companies with state capital or mixed economy companies may agree freely and without prior authorization that the disputes arising from their contracts with nationals or domiciled foreigners or that refer to their own assets will be submitted to Arbitration.* » Article 77. *"Disputes arising from contracts concluded by the Salvadoran State and public entities with nationals or non-domiciled foreigners, or arising from a legal relationship involving property rights governed by private law may be submitted to International Arbitration, inside or outside the country, freely and without a requirement of prior authorization, provided they concern disposable rights. In all of these cases, the arbitration must be conducted by an Arbitration Center with recognized prestige, and the State or its entities may submit to its regulations and rules."* CIRDI, *Inceysa c. El Salvador*, Compétence, ARB/03/26, 02 août 2006, § 321.

¹³⁷² Un tribunal arbitral observait ainsi: « *Again, in spite of the fact that the articles quoted above refer to international arbitration, their analysis clearly indicates that they do not mention expressly the jurisdiction of the Centre and, therefore, do not meet the requisites of Article 25 of the ICSID Convention, in order to attribute competence to this Arbitral Tribunal. The reference made in the second paragraph of Article 77 to an "Arbitration Center with recognized prestige" is insufficient to grant jurisdiction to the Centre because there is no discussion that, in addition to the International Centre for Settlement of Investment Disputes, there are in the world other "Arbitration Centers of recognized prestige" that could hear the disputes arising from the Contract executed between El Salvador and Inceysa.* » in CIRDI, *Inceysa c. El Salvador*, Compétence, ARB/03/26, 02 août 2006, § 322.

sa compétence que lorsque les règles de procédures désignées sont celles qu'il applique. Il en irait ainsi de l'article 45(2) deuxième tiret du code des investissements béninois relatif à l'arbitrage CIRDI.

Par ailleurs, une difficulté qui s'est déjà posée est celle de savoir si la référence générale à une convention relative aux règlements des différends n'est pas pathologique lorsque cette convention prévoit deux modes alternatifs de résolution des litiges tels que, à titre illustratif, la conciliation et l'arbitrage. Dans l'affaire *SPP c. Egypte*, l'État défendeur soutenait que le consentement de l'État à la résolution des litiges relatifs à un investissement « dans le cadre de la Convention de règlement des différends relatifs aux investissements entre États et citoyens des autres États [...] dans le cas où cette convention est applicable ». Au soutien de sa prétention, l'État arguait que la Convention CIRDI mettait en place deux modes de règlements des différends que sont la conciliation et l'arbitrage. À ce titre, en désignant de façon aussi large la Convention, il n'avait pas expressément consenti à l'une ou à l'autre procédure. De la sorte, l'article 8 de son code des investissements ne pouvait pas être considéré comme une offre d'arbitrage précise. Le tribunal rejeta toutefois cet argument en soulignant que l'absence de désignation d'une procédure particulière avait plutôt pour conséquence d'offrir un droit d'option à l'investisseur¹³⁷³. Cette solution d'un droit d'option est également étendue aux dispositions de choix multiples par la pratique arbitrale.

533. Les dispositions de choix multiples. Les dispositions de choix multiples sont celles qui offrent à l'investisseur le choix entre plusieurs mécanismes d'arbitrage. C'est à titre d'exemple, l'article 8 du code des investissements togolais qui offre à l'investisseur le recours à l'arbitrage de la Cour d'Arbitrage du Togo (CATO), la Cour de Justice de l'UEMOA, de la Cour de Justice de la CEDEAO, de la CCJA et au CIRDI¹³⁷⁴. Les conséquences sur la précision de telles dispositions de choix multiples ont pu être

¹³⁷³ Le tribunal écrivait en ce sens : « *Nowhere [...] does the Washington Convention say that consent to the Center's jurisdiction must specify whether the consent is for the purposes of arbitration or conciliation. Once consent has been given "to the jurisdiction of the Center", the Convention and its implementing regulations afford the means for making the choice between the two methods of dispute settlement. The Convention leaves that choice to the party instituting the proceedings* ». CIRDI, *SPP c. Egypte*, ARB/84/3, compétence II, 14 avril 1988, § 102.

¹³⁷⁴ « Tous différends entre l'entreprise ou l'investisseur et le ou les États d'une part, ou entre États d'autre part, au sujet de l'interprétation ou de l'application du présent code, qui n'auraient pas pu aboutir à un règlement amiable, pourront être soumis : a. aux juridictions nationales de droit commun; b. à la Cour d'Arbitrage du Togo (CATO); c. à la Cour de Justice de l'Union Economique et Monétaire Ouest Africaine (UEMOA); d. à la Cour de Justice de la Communauté Economique des États de l'Afrique de l'Ouest (CEDEAO); e. à la Cour commune de justice et d'arbitrage de l'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires (OHADA); f. au Centre International pour le Règlement des Différends relatifs aux Investissements (CIRDI); g. à toute autre instance arbitrage de leur choix ou qui aurait été expressément prévue soit dans un contrat en vertu d'une clause compromissoire ou d'un compromis d'arbitrage, soit en vertu des accords et traités relatifs à la protection des investissements conclus entre la République togolaise et l'État dont la personne physique ou morale étrangère concernée est ressortissante. » Togo, Loi n°2012-001 portant code des investissements en République togolaise, articles 8.

discutées dans la pratique arbitrale. Dans l'emblématique affaire *SPP c. Égypte*, l'État défendeur soutenait que les alternatives offertes entre plusieurs instances visaient simplement à informer les investisseurs des opportunités à leur disposition et ne sauraient constituer son consentement définitif à l'arbitrage. Le tribunal écarta toutefois ce raisonnement. Analysant l'article 8 du code des investissements, les arbitres décelaient dans un premier temps un langage impératif qui permettait d'établir le consentement univoque de l'État à l'arbitrage¹³⁷⁵. Quant aux choix offerts entre plusieurs mécanismes d'arbitrage, ceux-ci n'étaient pas considérés comme une invitation à négocier¹³⁷⁶, mais comme un avantage accordé à l'investisseur, d'opter pour l'une ou l'autre procédure à sa convenance. Si l'on admet le mécanisme de consentement dissocié comme un procédé valable, l'approche des arbitres dans la sentence *SPP c. Égypte* est alors justifiée. Autrement, le raisonnement reviendrait à dire que la référence à plusieurs centres d'arbitrage équivaut à une absence de référence. De plus, aucun règlement d'arbitrage ne prévoit que l'offre doit se référer à un seul centre d'arbitrage pour être valide. En un mot, les dispositions de choix multiples ne sont pas en soi proscrites. Leur fréquence dans les codes africains ne saurait pas constituer un problème. La difficulté naîtrait plutôt du caractère efficient des juridictions arbitrales désignées.

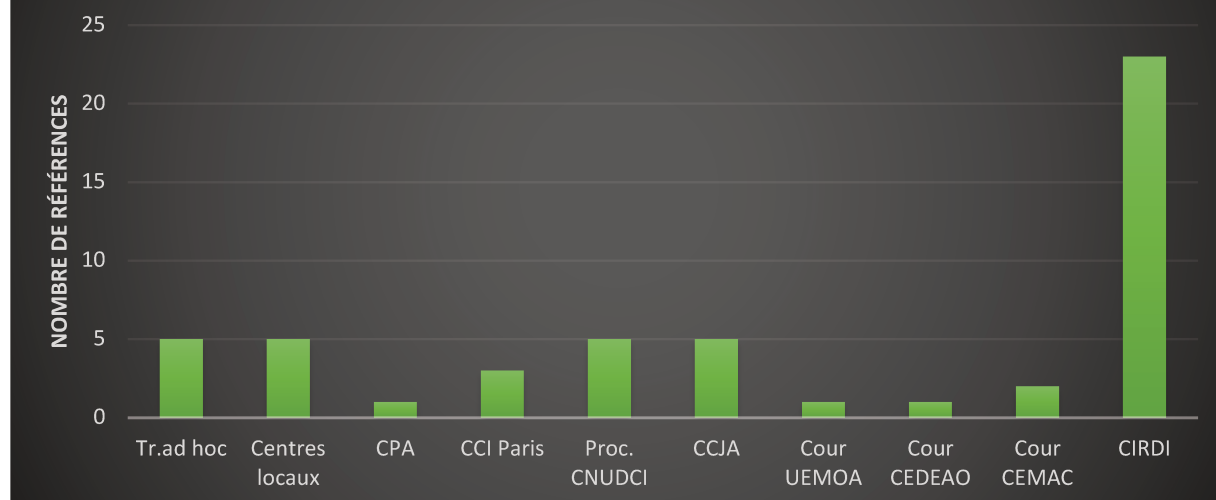
b. La désignation d'une juridiction arbitrale efficiente

534. Le caractère efficient des centres d'arbitrage référencés. L'efficiencia n'est pas à proprement dit un critère de la précision de l'offre d'arbitrage. En revanche, l'intérêt d'une offre d'arbitrage peut s'en trouver affecté si le centre d'arbitrage désigné n'est pas opérationnel ou si son fonctionnement ne permet pas la résolution adéquate du différend entre l'État et l'investisseur étranger. D'où la nécessité de porter une attention particulière aux centres d'arbitrage référencés dans les codes. Le passage en revue de l'ensemble des textes permet d'identifier cinquante-deux (52) références à un centre d'arbitrage. Ces références peuvent être ainsi représentées :

¹³⁷⁵ CIRDI, *SPP c. Égypte*, Compétence II, 14 avril 1988, §§ 53 et 73.

¹³⁷⁶ CIRDI, *SPP c. Égypte*, Compétence II, 14 avril 1988, § 53.

Tableau de référencement des centres et procédures d'arbitrage dans les codes



De ce tableau, il apparaît qu'on retrouve dans les codes africains cinq (5) références à une procédure d'arbitrage *ad hoc*¹³⁷⁷ contre cinq (5) références à des centres d'arbitrage locaux¹³⁷⁸, une (1) référence à la CPA¹³⁷⁹, trois (3) à la CCI de Paris¹³⁸⁰, cinq (5) à une procédure CNUDCI¹³⁸¹ et à la CCJA¹³⁸², quatre (4) à une cour de justice communautaire¹³⁸³ et vingt-trois (23) références au CIRDI¹³⁸⁴. D'un point de vue statistique, le CIRDI apparaît comme le centre d'arbitrage qui emporte la préférence des États africains. Le CIRDI étant un centre d'arbitrage opérationnel, les offres d'arbitrage

¹³⁷⁷ Burkina Faso, Loi n°038-2018 portant code des investissements, art. 38 et 39 ; Egypte, code des investissements de 2017, art. 90 ; Niger, code des investissements de 2014, art. 47(1) ; Somalie, Foreign Investment law 1987, art. 19 ; Tchad, charte des investissements de 2008, art. 30 ;

¹³⁷⁸ Bénin, loi n°2020 - 02 du 20 MARS 2020 portant Code des investissements, art. 45 (CAMEC) ; Côte d'Ivoire, Code des investissements de 2018 modifié par l'ordonnance de 2019, art. 50 (CACI) ; Egypte, code des investissements de 2017, art. 91 ; Mauritanie, code des investissements de 2012, art. 30 (CIMAM) ; Togo, code des investissements de 2012, art. 38 (CATO) ;

¹³⁷⁹ Burkina Faso, code des investissements de 1995 modifié en 2010, art. 30 (disposition abrogée).

¹³⁸⁰ Cap-Vert, code des investissements du 24 septembre 2013, art. 14 ; Mozambique, loi n°3/93, art. 25 ; RDC, code des investissements de 2002, art. 37 et 38 ;

¹³⁸¹ Gabon, charte des investissements de 1998, art. 2 ; Ghana, Ghana Investment Promotion Act, 2013, art. 33 ; Liberia, Investment act, 2010, section 12 ; Sierra Leone, *Investment Promotion Act*, 2004, section 16 ; Eswatini (Swaziland), code des investissements de 1998, art. 21 ;

¹³⁸² Burkina Faso, Loi n°038-2018 portant code des investissements, art. 38 et 39 ; Gabon, charte des investissements de 1998, art. 2 ; Tchad, charte des investissements de 2008, art. 30 ; Togo, code des investissements de 2012, art. 38 ; également l'ancien article 50 du code des investissements de 2018 de Côte d'Ivoire.

¹³⁸³ Congo, Charte des investissements de 2003, art. 37 (Cour CEMAC) ; Tchad, charte des investissements de 2008, art. 30 (Cour CEMAC) ; Togo, code des investissements de 2012, art. 38 (2 Cour CEDEAO et Cour UEMOA).

¹³⁸⁴ Bénin, loi n°2020 - 02 du 20 MARS 2020 portant Code des investissements, art. 45 ; Burkina Faso, Loi n°038-2018 portant code des investissements, art. 38 et 39 ; Burundi, code des investissements de 2008, art. 17, Cap-vert, code des investissements du 24 septembre 2013, art. 14 ; Congo, Charte des investissements de 2003, art. 37 ; Gabon, charte des investissements de 1998, art. 2 ; Gambie, Gambia investment and export promotion agency act, 2015, art. 55 ; Guinée-Conakry, code des investissements de 2015, art. 43 ; Guinée-Bissau, code des investissements de 2011, art. 18 ; Madagascar, loi n°2007-036 du 14 janvier 2008 sur les investissements, art. 21 ; Malawi, Investment Promotion Act, 1991 ; Mali, code des investissements de 2012, art. 29 ; Mauritanie, code des investissements de 2012, art. 30 ; Mozambique, loi n°3/93, art. 25 ; Nigeria, code des investissements de 1995, de section 26 ; Ouganda, code des investissements de 2019, art. 25 ; RDC, code des investissements de 2002, art. 37 et 38 ; Somalie, Foreign Investment law 1987, art. 19 ; Soudan du sud, Investment promotion act, 2009, art. 39 ; Eswatini (Swaziland), code des investissements de 1998, art. 21 ; Tanzanie, code des investissements de 1997, art. 23 ; Tchad, charte des investissements de 2008, art. 30 ; Togo, code des investissements de 2012, art. 38 ;

prévues par les codes africains permettent donc la résolution des litiges. Toutefois, cette approche arithmétique est à nuancer d'un point de vue sociologique. En effet, les codes des investissements sont de plus en plus un outil utilisé par les États pour assurer la promotion des centres d'arbitrages locaux et régionaux. Ces politiques nationales peuvent jeter un trouble sur le caractère précis de certaines offres d'arbitrage en ce qu'elles se réfèrent parfois à des mécanismes nationaux inefficients.

535. La promotion des centres d'arbitrage locaux. Certains codes africains autorisent l'investisseur étranger à recourir aux services des centres d'arbitrage locaux. C'est le cas notamment de la législation béninoise¹³⁸⁵, de la loi égyptienne¹³⁸⁶, du code des investissements ivoirien¹³⁸⁷, du code de Mauritanie¹³⁸⁸ et du code togolais¹³⁸⁹. Ces centres qui interviennent dans un rapport de concurrence vis-à-vis des mécanismes internationaux traduisent une volonté de contrôle des États africains pour compenser le problème de légitimité de l'arbitrage CIRDI¹³⁹⁰. Par exemple, c'est à la suite de la décision du tribunal arbitral dans l'affaire *Société Resort company invest c. Côte d'Ivoire* dans laquelle le tribunal arbitral s'est reconnu compétent que l'État a procédé à une modification de son code, qui attribue désormais compétence à la Cour d'Arbitrage de Côte d'Ivoire (CACI)¹³⁹¹. Ces instances arbitrales pour la plupart sont créées par les chambres de commerce des pays concernés¹³⁹² et adoptent leurs propres règlements

¹³⁸⁵ « [...] Le recours à l'arbitrage se fait suivant l'une des procédures ci-après : 1- au plan national : - la procédure du Centre d'Arbitrage, de Médiation et de Conciliation (CAMEC) ». Bénin, code de 2020, art. 45.

¹³⁸⁶ « *An independent arbitration and mediation Centre entitled "The Egyptian Arbitration and Mediation Centre" shall be established and shall have the legal personality, and its seat shall be in Cairo. The Centre shall pursue the settlement of the investment disputes which may arise among the investors, or among the investors and the State or one of the State's public or private bodies, should they agree at any point to settle the dispute through arbitration or mediation before this Centre, subject to the provisions of Egypt's laws which regulate the arbitration and dispute settlement* ». Egypte, code des investissements de 2017, art. 91.

¹³⁸⁷ « [...] les parties peuvent porter leur différend devant les juridictions ivoiriennes compétentes. Elles peuvent opter pour l'arbitrage de leur litige et saisir la Cour d'arbitrage de Côte d'Ivoire dans le respect des engagements internationaux de l'État en matière de protection des investissements », Côte d'Ivoire, code de 2018 modifié en 2019, art. 50.

¹³⁸⁸ « [...] Les différends entre investisseurs étrangers ou entreprises sous contrôle étranger établies en République Islamique de Mauritanie et les autorités publiques de la République islamique de Mauritanie et relatifs au présent Code pourront en outre être résolus par conciliation ou arbitrage en vertu : [...] Soit d'un arbitrage de la Chambre Internationale de Médiations et d'Arbitrage de Mauritanie (CIMAM) », Mauritanie, code des investissements de 2012, art. 30.

¹³⁸⁹ « [...] Le recours à l'arbitrage se fait suivant l'une des procédures ci-après : a. la procédure d'arbitrage prévue par la Cour d'arbitrage du Togo (CATO) ». Togo, code des investissements de 2019, art. 7.

¹³⁹⁰ Sur les problèmes endémiques de l'arbitrage : Michael WAIBEL et al., (dir.), *The Backlash Against Investment Arbitration: Perception and Realities*, Kluwer Law International, 2010, 614 p. Voir *supra* Introduction, point 1 et ss.

¹³⁹¹ L'article 50 nouveau du code des investissements ivoirien de 2018 modifié par l'ordonnance de 2019 prévoit : « Tout différend entre l'État de Côte d'Ivoire et l'investisseur découlant de l'application des dispositions du présent code est réglé selon les modalités suivantes : [...] À défaut de parvenir à un règlement amiable dans un délai qui ne peut excéder douze mois, les parties peuvent porter leur différend devant les juridictions ivoiriennes compétentes. Elles peuvent opter pour l'arbitrage de leur litige et saisir la Cour d'arbitrage de Côte d'Ivoire dans le respect des engagements internationaux de l'État en matière de protection des investissements [...] ».

¹³⁹² C'est notamment le cas de la Cour d'Arbitrage du Togo (CATO). Cette dernière institution créée en 1989 n'est devenue opérationnelle qu'en 2011. Le règlement d'arbitrage ne prévoit pas expressément l'hypothèse d'un arbitrage d'investissement. Il se penche essentiellement sur la question de l'arbitrage commercial. Les éléments illustratifs s'y rapportant sont variés. Les exemples de clauses compromissoires et de compromis qui figurent dans le règlement d'arbitrage, prévoient l'hypothèse des différends résultant d'un contrat et oppose une société ou un établissement X (demandeur) à une société ou un établissement Y (défendeur). Toutefois, rien dans le règlement ne fait obstacle à l'introduction d'une requête par un investisseur étranger dirigé

d'arbitrage. Théoriquement, ces instances arbitrales internes sont présentées comme offrant plus de célérité dans le traitement des litiges et ayant de moindres coûts par rapport aux mécanismes internationaux d'arbitrage¹³⁹³. Cependant, une telle approche mérite d'être relativisée, dans la mesure où ces mécanismes sont encore méconnus pour être de sérieux succédanés aux mécanismes internationaux¹³⁹⁴. En tout état de cause, ces instances de droit interne ont une activité mineure, voire quasi inexistante en matière de règlement des litiges relatifs à un investissement¹³⁹⁵, pour pouvoir concurrencer les instances d'arbitrage classiques. Pareil constat à quelques variantes près, vaut également pour les instances communautaires.

536. L'inefficience des cours communautaires. Les juridictions communautaires auxquelles font référence les dispositions de règlement des différends dans les codes d'investissement, prévoient des centres d'arbitrage en leur sein qui auraient vocation à connaître des litiges d'investissement. En ce qui concerne la CEDEAO, le traité constitutif¹³⁹⁶ prévoit en son article 16 (1) la création d'un Tribunal Arbitral dont le statut, la composition, les pouvoirs, les règles de procédures seront déterminées par un protocole additionnel. Ce protocole additionnel n'a pas encore été adopté. Il revient alors à la Cour de Justice de la CEDEAO d'assumer cette compétence arbitrale en attendant la création du tribunal arbitral¹³⁹⁷. Aucun règlement d'arbitrage CEDEAO n'ayant été adopté, cette compétence n'a pas encore été mise en œuvre. La compétence arbitrale de l'institution concernant les investissements internationaux, demeure donc un vœu pieux.

Il en va de même pour la Cour de Justice UEMOA. Cette Cour de Justice, prévue par le traité constitutif de l'UEMOA¹³⁹⁸, est compétente pour les différends relatifs à

contre l'État. Au demeurant, une telle requête peut être soumise à la CATO en se fondant sur plusieurs indices. Le premier est issu du règlement d'arbitrage qui prévoit qu'il prend en considération les évolutions de la pratique arbitrale et « tous les paramètres devant permettre d'accéder à une justice rapide, souple et efficace ». À cet indice, s'ajoute la référence faite à l'arbitrage CATO par le code d'investissement qui vise à permettre à l'investisseur étranger d'introduire une requête sur le fondement de l'arbitrage CATO à l'article 8 précité. Une des particularités de la procédure est la confidentialité de la procédure arbitrale devant la CATO. En effet, l'article 11 proscrit aux arbitres de « divulguer à des tiers des faits ou autres éléments ayant trait au litige et à la procédure arbitrale » avant d'ajouter que « les audiences ne sont pas publiques » et les sentences non publiées, sauf accord des parties. Cette règle de confidentialité a un inconvénient majeur dans la mesure où elle ne permet pas d'établir l'existence de procédure d'arbitrage d'investissement et la formation de précédents ou à défaut, de solutions pouvant être suivies dans d'autres procédures arbitrales engagées.

¹³⁹³ Togo, règlement d'arbitrage de la CATO/CCIT, Avant-propos.

¹³⁹⁴ Dans le cadre de la CATO par exemple, le manque de communication autour de l'instance est de nature à affecter son effectivité. En outre, les acteurs économiques de la vie togolaise ne semblent pas au fait des procédés de l'arbitrage d'investissement. Dans la mesure où le recours à l'arbitrage dans le contexte africain s'explique par la méfiance des investisseurs étrangers vis-à-vis des juges étatiques, de telles procédures peuvent susciter un manque réel d'intérêts, compte tenu de leur manque d'efficacité.

¹³⁹⁵ Les sites officiels de ces centres d'arbitrage font la part belle à l'arbitrage commercial, mais aucun renseignement sur une pratique d'arbitrage d'investissement n'est fourni.

¹³⁹⁶ Traité révisé de la CEDEAO, 24 juil. 1993, Volume 2373, I-42835.

¹³⁹⁷ CEDEAO, Supplementary Protocol A/SP.1/01/05 amending the preamble and articles 1, 2, 9 and 30 of protocol A/P.1/7/91 relating to the community court of justice, 19 janv. 2005, art 3.5: « Pending the establishment of the Arbitration Tribunal provided for under Article 16 of the Treaty, the Court shall have the power to act as arbitrator for the purpose of Article 16 of the Treaty ».

¹³⁹⁸ Traité constitutif de l'UEMOA, révisé le 29 janv. 2003.

l'application et à l'interprétation du traité UEMOA et les actes additionnels pris à cet effet. La question de l'arbitrage devant la Cour UEMOA est également envisagée. Toutefois, aucun règlement d'arbitrage fixant les règles et procédures arbitrales, n'a été encore adopté. La Cour UEMOA ne peut à cet effet être considérée comme un *forum* utile pour traiter des litiges relatifs aux codes d'investissement¹³⁹⁹.

537. La CCJA, fleuron de l'arbitrage africain. Les insuffisances des mécanismes communautaires précités ont conduit les États parties à l'OHADA à mettre en place une Cour Commune de Justice et d'Arbitrage¹⁴⁰⁰. Cette juridiction internationale a une nature hybride en ce qu'elle exerce à la fois une fonction juridictionnelle et une fonction arbitrale. Au titre de la fonction juridictionnelle, la CCJA connaît des recours formés contre les décisions des juridictions internes dans les matières couvertes par les Actes uniformes de l'OHADA¹⁴⁰¹. Au titre de sa fonction arbitrale, la CCJA fait office de centre d'arbitrage et met à disposition des parties litigantes un règlement d'arbitrage. L'arbitrage en question doit être distingué de celui prévu par l'AUA. En effet, cet acte uniforme s'applique à toutes les procédures arbitrales organisées sur le territoire d'un État membre¹⁴⁰². Le juge compétent pour contrôler la procédure en premier ressort est le juge étatique¹⁴⁰³. Ce n'est qu'en cas de recours formé contre les décisions des juges internes que la CCJA aura vocation à intervenir¹⁴⁰⁴.

538. Lorsque la CCJA est saisie comme centre d'arbitrage, la procédure n'est plus organisée par l'Acte Uniforme, mais par le règlement d'arbitrage de la CCJA. Ce règlement confère un pouvoir d'administration aux juges de la juridiction¹⁴⁰⁵. Ce pouvoir

¹³⁹⁹ Dès lors, l'UEMOA et la CEDEAO n'offrent pas de mécanismes efficaces pour l'arbitrage. Ce manque d'effectivité s'explique en partie par un paysage communautaire d'une forte densité. En effet, analysant seulement le cas de l'Afrique de l'Ouest et se limitant aux institutions à vocation économique, l'on dénombre trois communautés majeures : l'UEMOA, la CEDEAO et l'OHADA. Les pays membres de ces institutions sont dans la majorité des cas les mêmes ; exception faite des pays de *common law*. Le risque de chevauchement de compétences entre ces institutions est réel et les dangers pour l'essor économique des États restent non négligeables. Luc Marius IBRIGA, « *La problématique de la juridictionnalisation des processus d'intégration en Afrique de l'ouest* », in Seydoux Oumar KANE (dir), *Les Etats-nations face à l'intégration régionale en Afrique de l'ouest*, Editions Karthala, 2009, p. 149.

¹⁴⁰⁰ Traité relatif à l'harmonisation en Afrique du droit des affaires, adopté le 17/10/1993 à Port Louis (île Maurice) publié dans le Journal Officiel n°4 du 01/11/1997, préambule, al. 8.

¹⁴⁰¹ Traité OHADA révisé, art. 14 al. 1.

¹⁴⁰² Acte Uniforme relatif à l'Arbitrage, art. 25 al 3.

¹⁴⁰³ Acte Uniforme relatif à l'Arbitrage, art. 25 al 2.

¹⁴⁰⁴ Acte Uniforme relatif à l'Arbitrage, art. 25 al 3.

¹⁴⁰⁵ Ceux-ci interviennent tant au stade de la constitution du tribunal arbitral que pendant et à l'issue de la procédure arbitrale. Au stade de la constitution du tribunal, les parties choisissent les arbitres sur une liste d'arbitres tenue par la CCJA. Ils peuvent également choisir des arbitres qui ne figurent pas sur cette liste. Une fois les arbitres choisies par les parties litigantes, c'est aux juges de la CCJA qu'il revient de les confirmer, du moins en ce qui concerne le surarbitre (art. 2.2 du règlement CCJA). Ils peuvent également se substituer aux parties dans la nomination des arbitres, en cas de défaut d'accord entre les parties. Ils connaissent des demandes de récusation d'arbitres formulées par les parties. Au cours de la procédure, la CCJA est également compétente pour toutes les demandes de mesures conservatoires et provisoires qu'une partie pourrait demander en cas d'urgence (art. 10.1 du règlement CCJA). À l'issue de la procédure, les juges de la CCJA assurent le contrôle de la sentence arbitrale et connaissent des recours formulés contre celles-ci (art. 29 et ss du règlement CCJA). C'est d'ailleurs le lieu de relever que le contrôle de la sentence prend en compte le respect par les arbitres de ses missions et des obligations qui lui sont imposées. Or, ces arbitres ayant été eux-

d'administration des juges durant toute la procédure arbitrale a été critiqué par la doctrine parce qu'il affecterait la légitimité de la procédure arbitrale¹⁴⁰⁶. Ainsi fut-il proposé pour pallier la difficulté que le nombre de juges soit augmenté de sorte à s'assurer que les juges qui interviennent dans l'administration de l'arbitrage ne soient pas les mêmes que ceux intervenant au stade du contrôle juridictionnel¹⁴⁰⁷. En pratique, cette double casquette de la CCJA n'a pas réellement posé de problème dans le cadre de l'arbitrage¹⁴⁰⁸. Ceci pourrait expliquer que la réforme intervenue le 23 novembre 2017 n'est pas modifiée le règlement d'arbitrage sur ces points¹⁴⁰⁹. En tout état de cause, l'arbitrage CCJA, contrairement à celui des autres institutions communautaires, est plus effectif. L'institution a arbitré plusieurs litiges commerciaux et facilite l'accès à la documentation relative à son activité en matière d'arbitrage. Pour l'heure toutefois, la pratique de l'institution en matière d'arbitrage d'investissements et de réclamations légales est marginale et trop peu documentée pour permettre d'en apprécier l'efficacité *a fortiori* l'efficience.

539. Synthèse sur l'offre. Pour conclure sur ce point de l'offre, en appliquant les conditions indiquées ci-dessus (fermeté et précision), seules les dispositions suivantes peuvent être considérées *prima facie*, comme des offres d'arbitrage : l'article 74 de la loi béninoise de 1990 modifiée en 2008 et l'article 45 du code béninois de 2020 précités¹⁴¹⁰, l'article 30 du code du Burkina Faso de 1995 modifié en 2010 et l'article 39 du nouveau code des investissements institué par la loi n°038-2018/AN portant code des investissements au Burkina Faso, l'article 17 du code Burundais de 2008, l'article 14 du code des investissements de 2012 modifié par l'ordonnance de 2013 du Cap-Vert, l'article 22 de la charte des investissements de 2001 de la Centrafrique, l'article 20 du code des investissements de Côte d'Ivoire de 2012 précité¹⁴¹¹, la loi n°3/2011 du 6 juillet 2011 portant code des investissements de Guinée-Bissau, l'article 21 du Code de Madagascar de 2007, l'article 29 du code malien de 2012, l'article 30 du code mauritanien de 2012, la section 26 du code des investissements du Nigeria de 1995 précité, l'article 38 du code de

mêmes confirmés par la CCJA au début de la procédure, il peut se poser, en pratique, un problème de transparence dans l'arbitrage CCJA.

¹⁴⁰⁶ Gaston KENFACK, « Le juge étatique dans l'arbitrage OHADA », *Revue Camerounaise de l'Arbitrage*, n°12, 1^{er} trimestre, 2001, OHADATA D-08-91, p. 3.

¹⁴⁰⁷ Gaston KENFACK, « Le juge étatique dans l'arbitrage OHADA », *op. cit.*, p. 3.

¹⁴⁰⁸ Jacques M'BOSSO, « L'arbitrage institutionnel de la CCJA de l'OHADA, Premier bilan de l'application des instruments OHADA relatifs à l'arbitrage : le cas de l'arbitrage CCJA », *Revue Camerounaise de l'Arbitrage*, numéro spécial, fév. 2010, p. 161.

¹⁴⁰⁹ OHADA, Règlement d'arbitrage de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage, adopté le 23/11/2017 à Conakry (Guinée), JO, n° spécial, 15 décembre 2017.

¹⁴¹⁰ Bénin, loi n°2020 - 02 du 20 mars 2020 portant Code des investissements en République du Bénin.

¹⁴¹¹ L'article 50 du code des investissements ivoirien de 2018 prévoyait un recours à l'arbitrage auprès de la CCJA avant que l'article 50 nouveau adopté par l'ordonnance n°2019-1088 du 18 décembre 2019 modifiant l'ordonnance n°2018-646 du 1^{er} août 2018 portant code des investissements ne supprime également la référence à la CCJA au profit de la Cour d'Arbitrage de Côte d'Ivoire (CACI), un centre d'arbitrage national.

la RDC de 2002, l'article 39 de la loi du Soudan du sud de 2009¹⁴¹² et les articles 8 et 9 de la loi togolaise de 2012 précité¹⁴¹³.

540. Ainsi, seule une quinzaine de codes africains en vigueur contiennent une offre d'arbitrage permettant à l'investisseur étranger d'introduire des réclamations légales *stricto sensu*¹⁴¹⁴. Sur la cinquantaine de lois analysées, cela représente à peu près 30% des lois. Il y a donc bien une pratique africaine favorable aux réclamations légales. Mais, cette pratique d'un point de vue statistique est minoritaire et vient corroborer en partie, l'idée selon laquelle les États africains ne seraient pas favorables à l'arbitrage sans lien direct. Ce procédé de rencontre des volontés qui se passe d'échanges directs entre les parties ne serait pas voulu par les États africains dans leur grande majorité. Ces réticences se traduisent par des dispositions législatives qui constituent de simples invitations à négocier le recours à l'arbitrage, permettant à l'investisseur que de disposer, selon les cas, d'un droit de réclamation *lato sensu*¹⁴¹⁵.

C. LES DISPOSITIONS LEGISLATIVES VALANT INVITATION A L'ARBITRAGE

541. Dans le droit des contrats, les manifestations de volonté impropres à la qualification d'offre relèvent par défaut de la catégorie des invitations à entrer en pourparlers¹⁴¹⁶. Cette catégorie, définie négativement, aide à la classification des dispositions relatives à l'arbitrage insuffisamment fermes et précises pour être considérées comme des offres d'arbitrage. Ces dispositions, en raison des conditions dont elles sont assorties et qui concernent d'une part, le renvoi à un autre instrument de protection (1) et d'autre part, l'exigence d'un accord spécial (2), sont finalement des invitations de la part des États à négocier le recours à l'arbitrage avec l'investisseur étranger.

¹⁴¹² Cette disposition est toutefois ambiguë. Alors que le point 39. 4(a) prévoit que le recours à l'arbitrage est possible selon le mécanisme CIRDI, le *littera* b) prévoit spécialement pour les investisseurs étrangers qu'il doit exister un accord supplémentaire. Or, il ne peut être exclu que le *littera* a) concerne également les investisseurs étrangers puisque seuls ces derniers peuvent saisir le CIRDI.

¹⁴¹³ Pour des raisons de lisibilité, l'ensemble des dispositions identifiées comme étant des offres est répertorié en

Annexe B – Tableau des offres d'arbitrage dans les codes des investissements en Afrique.

¹⁴¹⁴ Par réclamation *stricto sensu*, nous entendons des réclamations fondées directement sur des codes des investissements sans le truchement d'un instrument intermédiaire (donc un arbitrage sans lien direct). C'est le cas d'une action fondée sur le code et dont le consentement de l'État est tiré directement de l'offre légale d'arbitrage.

¹⁴¹⁵ Par réclamation *lato sensu*, nous entendons des réclamations qui certes sont fondées sur un code des investissements, mais qui requiert un lien juridique direct entre les parties. Ce lien direct serait un engagement spécifique à l'arbitrage négocié entre les parties litigantes.

¹⁴¹⁶ L'article 1114 du nouveau Code civil indique : « L'offre, faite à personne déterminée ou indéterminée, comprend les éléments essentiels du contrat envisagé et exprime la volonté de son auteur d'être lié en cas d'acceptation. À défaut, il y a seulement invitation à entrer en négociation ». Voir aussi Gaël CHANTEPIE et Mathias LATINA, *La réforme du droit des obligations, commentaires théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, Dalloz, 2016, p. 165.

1. Les dispositions renvoyant à d'autres instruments

542. Le mécanisme de renvoi. La condition posée dans les dispositions législatives relevant de cette catégorie est celle d'une volonté réitérée. Les libellés étudiés montrent que la seule référence d'arbitrage exprimée dans le code est insuffisante à établir le consentement de l'État à l'arbitrage. En revanche, ce consentement ne sera parfait que si le demandeur apporte la preuve d'une volonté réitérée dans un accord bilatéral ou multilatéral ou une clause compromissoire ou un compromis. C'est le cas par exemple de l'article 12 du code des investissements sénégalais qui indique :

« Tous les différends résultant de l'interprétation ou de l'application du présent Code qui n'ont pas trouvé des solutions à l'amiable sont réglés par les juridictions sénégalaises compétentes conformément aux lois et règlements de la République. Les différends entre personne physique ou morale étrangère et la République du Sénégal relatifs à l'application du présent Code **sont réglés conformément à la procédure de conciliation et d'arbitrage découlant [...] d'accords et traités relatifs à la protection des investissements** conclus entre la République du Sénégal et l'État dont l'investisseur est ressortissant. »¹⁴¹⁷

Dans la même veine, on pourrait également évoquer l'article 33 du code des investissements ghanéen qui dispose :

« (1) *Where a dispute arises between a foreign investor and the Government in respect of an enterprise, effort shall be made through mutual discussion to reach an amicable settlement.* (2) *A dispute between a foreign investor and the Government in respect of an enterprise to which this Act applies which is not settled through mutual discussions within six months **may be submitted at the option of the aggrieved party to arbitration as follows [...]*** (b) *in the case of a foreign investor, **within the framework of any bilateral or multilateral agreement on investment protection to which the Government and the country of which the investor is a national are parties*** »¹⁴¹⁸.

La particularité de ces deux dispositions est que si elles font ressortir une intention ferme des États à l'arbitrage par l'emploi des formules « sont réglés » ou « *may be submitted* », elles ne satisfont pas pour autant à la condition de précision. Aucun centre d'arbitrage n'est expressément désigné. En revanche, ces textes renvoient « aux procédures découlant » d'un traité ou « *within the framework* » d'un traité. Le renvoi aux seuls mécanismes de règlement des différends prévus par un traité permettra de parfaire le consentement donné à l'avance dans le code. Dans ce cas de figure, il est important de préciser qu'invoquant un autre traité, l'investisseur n'introduit pas pour autant une réclamation conventionnelle dans le sens où il ne s'agit pas pour le tribunal arbitral d'apprécier les violations du traité. Au contraire, la réclamation introduite demeure légale

¹⁴¹⁷ Sénégal, Code des investissements, 06 février 2004, art. 12 : Règlement des différends.

¹⁴¹⁸ Ghana, *Ghana Investment Promotion Center Act*, 2013 (Act 865), art. 33.

in casu. Le mécanisme juridictionnel prévu par le TBI est simplement incorporé à la loi pour corriger le défaut de précision de la disposition législative relative à l'arbitrage et assurer la dévolution du pouvoir juridictionnel sous certaines conditions.

543. Les conditions de validité du renvoi. Au titre des conditions de validité, en plus de l'exigence d'un écrit prévu par la Convention CIRDI, l'intention des parties ou de la partie de rechercher l'effet d'incorporation dans la rédaction du code doit apparaître clairement. Le tribunal arbitral de l'affaire *CSOB c. Slovaquie* a admis que pour établir la preuve de l'intention d'une incorporation, il fallait s'intéresser à l'histoire des négociations de la clause de renvoi¹⁴¹⁹. Dans la même veine, l'article 7.2 de la loi type CNUDCI dispose que « la référence dans un contrat à un document contenant une clause compromissoire vaut convention d'arbitrage, à condition que ledit contrat soit sous forme écrite et que la référence soit telle qu'elle fasse de la clause une partie du contrat »¹⁴²⁰. Bien que le texte dans sa formulation ne vise que l'hypothèse d'un contrat, il n'est pas exclu que ces prescriptions soient également applicables aux lois sur l'investissement en raison de leur bien-fondé comme cela a d'ailleurs été souligné par le gouvernement argentin en ces termes :

*« The government of Argentina had expressed the written view that the incorporation of an arbitration clause into a contract by reference, provided for in paragraph (2), should be made subject to the requirement that **the party against whom the arbitration clause was invoked should be aware that it had been incorporated into the contract.** That was especially relevant to contracts for the sale of commodities. Her delegation considered that the contract itself should inform the parties of the incorporation of the clause »*¹⁴²¹.

Cette condition de l'effet souhaité de l'incorporation a été particulièrement discutée dans l'affaire *Menzies c. République du Sénégal*. En l'espèce, l'Aviation Handling Services International (AHSI), un des requérants, soutenait qu'il pouvait se prévaloir de l'article 12 du code sénégalais précité parce qu'il « (...) contient une offre d'arbitrage autonome, un engagement juridictionnel unilatéral » avant d'ajouter :

*« (...) Cette offre d'arbitrage serait indépendante de celle contenue dans le TBI Sénégal - Royaume-Uni, mais elle se réfère à ce traité uniquement pour désigner **les modalités de l'arbitrage** auquel le Sénégal a par ailleurs consenti. Selon les Demanderesses, le Code des investissements fait sien le mécanisme d'arbitrage prévu dans le TBI Sénégal - Royaume-Uni pour régler les différends nés de l'application du Code, mais il n'applique pas les définitions du traité relatives soit à l'investissement, soit à l'investisseur »*¹⁴²².

¹⁴¹⁹ CIRDI, *CSOB c. Slovaquie*, Compétence, ARB/97/4, 24 mai 1999, §§ 53 – 55. Voir également, Christoph SCHREUER, *Icsid Convention : A commentary*, CUP, 2^{ème} édition, 2009, pp. 195 - 196, §§ 390- 391.

¹⁴²⁰ CNUDCI, Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international adoptée en 1984, Rés. 40/72

¹⁴²¹ CNUDCI, *Summary records for meetings on the UNICITRAL model law on international commercial arbitration*, 311th meeting, 6 juin 1985, § 13.

¹⁴²² CIRDI, *MMEA. et AHSI Ltd. c. République du Sénégal*, ARB/15/21, 05 août 2016, §§ 124.

À l'inverse, l'État du Sénégal estimait que « le deuxième paragraphe de l'article 12 du Code des investissements (était) un rappel des engagements pris par l'État au niveau international, et non pas (...) un consentement à l'arbitrage »¹⁴²³. De plus, la distinction entre offre d'arbitrage et modalité d'arbitrage était artificielle¹⁴²⁴. Si l'argument de l'État fait sens, la distinction entre offre d'arbitrage et modalité d'arbitrage n'en reste pas pour autant dénuée de toute logique. L'économie de moyen qui préside à la rédaction de certaines dispositions et clauses d'arbitrage peut très bien justifier que les États fixent leur intention à l'arbitrage dans le code et renvoient à d'autres textes pour en prévoir les modalités. Cela n'affecterait en rien la condition de précision de l'offre aussi longtemps que l'effet d'incorporation était recherché.

Toutefois, le tribunal arbitral évita de se prononcer sur ce point. Il constata avec les parties que le TBI Sénégal – Royaume-Uni dont le requérant invoquait le bénéfice de l'offre d'arbitrage ne lui était pas applicable¹⁴²⁵. Mais se prononçant sur un autre argument de renvoi¹⁴²⁶, les arbitres livraient à l'analyse des éléments intéressants pour les effets des dispositions législatives de renvoi. D'une part, il est indiqué qu'un « consentement à l'extension d'une offre d'arbitrage est tout simplement une autre forme de consentement à l'arbitrage »¹⁴²⁷. D'autre part, le libellé du texte à incorporer ne doit pas être « général (et/ou) muet sur l'arbitrage international ou la résolution des différends »¹⁴²⁸.

Il résulte de l'ensemble de ces éléments que les dispositions législatives relatives à l'arbitrage qui figurent dans les codes des investissements et qui opèrent un renvoi à une offre d'arbitrage prévue dans un autre instrument, un TBI par exemple, peuvent servir d'engagement juridictionnel. Pour ce faire, ces dispositions doivent être écrites et il doit ressortir du libellé de la disposition législative que l'intention de l'État était de rechercher l'effet d'incorporation d'un engagement juridictionnel indiquant clairement le mécanisme d'arbitrage dont les parties litigantes peuvent se prévaloir.

¹⁴²³ CIRDI, *Menzies Middle East and Africa S.A. c. République du Sénégal*, préc., § 98.

¹⁴²⁴ CIRDI, *Menzies Middle East and Africa S.A. c. République du Sénégal*, préc., § 100.

¹⁴²⁵ Le tribunal arbitral a conclu que le requérant n'avait pas la nationalité britannique lui permettant de bénéficier des droits et avantages prévus par le traité d'investissement. CIRDI, *Menzies Middle East and Africa S.A. et Aviation Handling Services International Ltd. c. République du Sénégal*, ARB/15/21, 05 août 2016.

¹⁴²⁶ En l'espèce, les demandeurs soutenaient que le Sénégal en tant que partie aux accords de l'OMC, dont l'Accord Général sur le Commerce des Services, était tenu d'accorder à la requérante les avantages favorables qu'il aurait accordés à des ressortissants d'autres États conformément à la clause de la nation la plus favorisée prévue par l'article II. Au titre de ces avantages, le demandeur invoquait le bénéfice des offres d'arbitrage figurant aux articles 10 du TBI Pays-Bas – Sénégal et du TBI Luxembourg Sénégal à la société MMEA qui n'avait pas la nationalité hollandaise ou luxembourgeoise. Le tribunal a cependant rejeté cet argument estimant qu'il lui appartenait de rechercher une volonté univoque de l'État à l'arbitrage qui ne ressort pas du mécanisme de renvoi proposé par les requérants. Au contraire, la complexité de l'argument permettait de déduire l'absence de consentement de l'État à l'arbitrage. CIRDI, *Menzies Middle East and Africa S.A. c. République du Sénégal*, préc., §§ 129 – 151.

¹⁴²⁷ CIRDI, *Menzies Middle East and Africa S.A. c. République du Sénégal*, préc., § 139.

¹⁴²⁸ CIRDI, *Menzies Middle East and Africa S.A. c. République du Sénégal*, préc., § 132.

544. L'absence d'une tendance générale. L'éparpillement des textes et les subtilités de rédaction ne permettent pas de dégager une tendance générale relativement aux dispositions de renvoi dans les codes africains. Par exemple, l'article 30 du code d'investissement mauritanien dont la rédaction est proche du code sénégalais ne s'y confond pas pour autant. Cette disposition prévoit que les litiges relatifs aux codes « pourront être résolus par conciliation ou arbitrage en vertu soit d'un commun accord entre les deux parties, soit d'accords et traités relatifs à la protection des investissements conclus entre la République Islamique de Mauritanie et l'État dont l'investisseur est originaire »¹⁴²⁹. Contrairement au texte sénégalais, la disposition mauritanienne ne vise pas en particulier les procédures d'arbitrage prévues dans les autres instruments mentionnés, mais fait une référence générale à ces instruments. Un tel renvoi général ne saurait prouver l'intention de l'État d'incorporer par renvoi les mécanismes d'arbitrage prévus par les instruments référencés. Dans le même sens, dans l'affaire *Interocean Oil c. Nigeria*, l'État défendeur, dont la disposition d'arbitrage était rédigée en des termes quasi similaires à la disposition ghanéenne précitée¹⁴³⁰, soutenait que la section 26(2) était une référence générale aux « *bilateral or multilateral agreement on investment protection to which the Federal Government and the country of which the investor is a national are parties* ». À ce titre, la disposition n'atteint pas le seuil de clarté exigée pour fonder la compétence d'un tribunal CIRDI¹⁴³¹. Les demandeurs en l'espèce, n'avaient pas invoqué les mécanismes prévus par un traité en particulier¹⁴³² de sorte que le tribunal arbitral n'avait pas directement à se prononcer sur une question de renvoi. Toutefois, dans un *orbiter*, il laissait entendre que la section 26 (2) « [...] *supplies potential mechanisms for resolution of disputes that have not been resolved amicably as provided for in Section 26(1)* »¹⁴³³. Cet extrait confirme l'idée que ce type de disposition opère bien un renvoi qui

¹⁴²⁹ Mauritanie : loi n° 52/2012 portant code des Investissements du 31 Juillet 2012, art. 30.

¹⁴³⁰ « *Dispute settlement procedures* 1) Where a dispute arises between an investor and any **Government of the Federation** in respect of an enterprise, all efforts shall be made through mutual discussion to reach an amicable settlement. 2) Any dispute between an investor and any **Government of the Federation** in respect of an enterprise to which this Act applies which is not amicably settled through mutual discussions, may be submitted at the option of the aggrieved party to arbitration as follows— (a) in the case of a **Nigerian investor**, in accordance with the rules of procedure for arbitration as specified in the Arbitration and Conciliation Act; or (b) in the case of a foreign investor, within the framework of any bilateral or multilateral agreement on investment protection to which the **Federal Government** and the country of which the investor is a national are parties; or (c) in accordance with any other national or international machinery for the settlement of investment disputes agreed on by the parties. 3) Where in respect of any dispute, there is disagreement between the investor and the Federal Government as to the method of dispute settlement to be adopted, the **International Centre for Settlement of Investment Disputes Rules** shall apply ». En gras, (la partie de la disposition qui diffère du texte ghanéen.) Nigeria, *Nigerian Investment Promotion Commission Act*, 1995, section 26.

¹⁴³¹ CIRDI, *Interocean Oil Development Company c. Nigeria*, ARB/13/20, compétence, 24 octobre 2014, §§ 55 – 56.

¹⁴³² Les demandeurs ont fondé leur action sur la section 26(3) de la disposition qui dispose : « Where in respect of any dispute, there is disagreement between the investor and the Federal Government as to the method of dispute settlement to be adopted, the **International Centre for Settlement of Investment Disputes Rules** shall apply. »

¹⁴³³ « Section 26(2) is directed in pertinent part to non-Nigerian investors. That provision supplies potential mechanisms for resolution of disputes that have not been resolved amicably as provided for in Section 26(1). However, these provisions require

leur confère un certain intérêt. Si *in se*, ces dispositions ne sont pas des offres légales d'arbitrage, elles peuvent permettre à certains investisseurs d'introduire des réclamations légales en invoquant les mécanismes d'arbitrage prévus par un TBI qui leur est profitable. Ainsi se comprend l'idée d'invitation à l'arbitrage qui est plus explicite dans les dispositions nécessitant un accord spécial entre l'investisseur et l'État.

2. Les dispositions nécessitant un accord spécial entre l'investisseur et l'État

545. Le mécanisme de l'accord spécial. Dans cette hypothèse, la disposition relative à l'arbitrage ne peut être considérée comme une offre d'arbitrage faute d'un consentement réitéré. Les dispositions législatives relatives à l'arbitrage relevant de cette catégorie produiront deux effets majeurs. Dans un cas, ces dispositions seront une invitation adressée à l'investisseur en vue de négocier des conventions d'arbitrage directement avec l'État et dans l'autre, elles empêcheront l'investisseur d'introduire une réclamation sur la base du code des investissements.

546. L'accord spécial autorisant le recours à l'arbitrage. Le premier type de formulations apparaît sous des formes diverses qui ne permettent pas de dégager une approche générale. Quelques exemples peuvent cependant être évoqués. C'est le cas notamment de l'article 24 du code de l'Algérie qui prévoit un recours exclusif aux juridictions locales « sauf accord avec l'investisseur stipulant une clause compromissoire permettant aux parties de convenir d'un compromis par arbitrage *ad hoc* »¹⁴³⁴. Il résulte de cette disposition que l'arbitrage est en principe exclu et seul un accord spécial pourrait permettre aux parties d'y recourir. Sans trop insister sur le caractère pathologique de cette disposition¹⁴³⁵, l'on notera simplement que les réclamations introduites dans ce cas de

further steps. In this case Sections 26(2) and 26(3) of the NIPC Act clearly make a standing written offer to arbitrate to anyone with a claim under the Act » in CIRD, Interocean Oil Development Company c. Nigeria, ARB/13/20, compétence, 24 octobre 2014, §§ 63 – 64.

¹⁴³⁴ « **Tout différend né entre l'investisseur étranger et l'Etat algérien**, résultant du fait de l'investisseur ou d'une mesure prise par l'Etat algérien à l'encontre de celui-ci, **sera soumis aux juridictions algériennes territorialement compétentes, sauf conventions bilatérales ou multilatérales conclues par l'Etat algérien, relatives à la conciliation et à l'arbitrage ou accord avec l'investisseur stipulant une clause compromissoire permettant aux parties de convenir d'un compromis par arbitrage ad hoc** ». Algérie, loi n°2016-09 du 03 août 2016 relative à la promotion de l'investissement, art. 24. Notons que l'expression retenue dans la version française disponible est maladroite puisque l'accord doit contenir une *clause compromissoire* pour permettre aux parties de convenir d'un *compromis* alors même que le compromis et la clause compromissoire sont deux techniques juridiques distinctes poursuivant le même but : le recours à l'arbitrage. Certains législateurs sont plus subtils dans la formulation en indiquant : « Tout différend naissant entre un investisseur étranger et un ou plusieurs organes publics en rapport avec un investissement enregistré est réglé à l'amiable. À défaut d'un règlement à l'amiable, **les parties renvoient leur différend à l'agence d'arbitrage convenue dans l'accord écrit conclu entre les deux parties**. Si aucune modalité d'arbitrage n'est prévue dans l'accord écrit, les deux parties saisissent la juridiction compétente. » in Rwanda, loi n°06/2015 du 28/03/2015 portant promotion et facilitation des investissements, *Gazette Officiel n°spécial du 27/05/2015*.

¹⁴³⁵ La rédaction de cette disposition est particulièrement confuse. L'emploi du terme « compromis » est de nature à semer le trouble dans la mesure où le compromis vaut convention d'arbitrage au même titre que la clause compromissoire. Lue ainsi, la disposition aurait un caractère redondant. Une interprétation possible serait d'entendre le terme "compromis" dans son sens commun, c'est-à-dire comme arrangement dans lequel les parties se font des concessions mutuelles. Mais même sous cet angle, il y aurait matière à

figure ne sauraient être fondées sur le code des investissements. Un tribunal CIRDI s'est d'ailleurs prononcé en ce sens au sujet de ce type de clause. Dans l'affaire *Khan c. Mongolie*, l'investisseur estimait que l'article 25 du code des investissements mongolien pouvait fonder la compétence du tribunal alors même que celui-ci excluait le recours à l'arbitrage sauf en vertu d'un traité ou d'un accord spécial¹⁴³⁶. Le tribunal considéra que pris isolément, l'article 25 ne constituait pas en effet une offre d'arbitrage et ne permettait pas à l'investisseur de recourir à l'arbitrage à moins d'être incorporé dans un traité ou un accord entre l'État et l'investisseur¹⁴³⁷. C'est ici l'argument inverse de l'hypothèse précédente. Le code n'incorpore plus la clause d'un contrat ou d'un traité, mais le contrat ou le traité qui incorpore (couvre selon les termes de la sentence) le code des investissements.

La difficulté que pose ce type de formulations est celle de leur portée. En effet, pour que le tribunal puisse apprécier les violations du code des investissements, il faut une transsubstantiation de la disposition légale en clause contractuelle ou conventionnelle. C'est le cas par exemple du mécanisme de la clause de couverture ou *umbrella clause*. Si par exemple, la clause compromissoire invoquée est limitée au litige contractuel, l'investisseur ne pourrait pas invoquer la violation du code des investissements¹⁴³⁸.

Au titre des législations nécessitant un accord spécial pour permettre le recours à l'arbitrage, l'exemple du code tanzanien peut aussi être rapporté. L'article 23 de cette loi prévoit que l'arbitrage suivant les modes listés par la disposition n'est possible qu'en cas de consentement mutuel (« *mutually agreed* ») des parties¹⁴³⁹. Se fondant sur cette

discussion puisque la sentence arbitrale rendue vise à trancher le différend par application du droit et non à rechercher à un accord amiable. Le législateur algérien gagnerait en toute hypothèse à clarifier la disposition.

¹⁴³⁶ Article 25 du code des investissements mongolien est ainsi formulé : « *Disputes between foreign investors and Mongolian investors as well as between foreign investors and Mongolian legal or natural persons on the matters relating to foreign investment and the operations of the foreign invested business entity shall be resolved in the Courts of Mongolia unless provided otherwise by international treaties to which Mongolia is a party or by any contract between the parties.* » in CPA, *Khan Resources Inc. Khan Resources B.V. CAUC Holding Company Ltd. c. The Government of Mongolia MonAtom*, aff. n°2011-09, jurisdiction, 25 juillet 2012, §§ 432-438, spec. §433.

¹⁴³⁷ « Article 25 does not constitute an independent basis for a recourse to arbitration. Rather, it refers to relevant treaties and contracts. Accordingly, in order for the Tribunal to have jurisdiction over Khan's claims of breach of provisions of the Foreign Investment Law, these claims must fall within the scope of the relevant arbitration clauses, namely, Article 12 of the Founding Agreement and Article 26 of the ECT »; CPA, *Khan Resources Inc. Khan Resources B.V. CAUC Holding Company Ltd. c. The Government of Mongolia MonAtom*, aff. n°2011-09, jurisdiction, 25 juillet 2012, §435.

¹⁴³⁸ Dans l'affaire *Khan c. Mongolie*, le tribunal estimait que le traité d'investissement couvrait tous les litiges en ce compris ceux résultant de la violation du code des investissements pour conclure à sa compétence sur le fondement du traité et non du code des investissements. CPA, *Khan Resources Inc. Khan Resources B.V. CAUC Holding Company Ltd. c. The Government of Mongolia MonAtom*, aff. n°2011-09, jurisdiction, 25 juillet 2012, §. 438.

¹⁴³⁹ La disposition relative à l'arbitrage dispose : « *Settlement of disputes: 1) Where a dispute arises between a foreign investor and the Centre or the Government in respect of a business enterprise, all efforts shall be made to settle the dispute through negotiations for an amicable settlement. 2) A dispute between a foreign investor and the Centre or the Government in respect of a business enterprise which is not settled through negotiations may be submitted to arbitration in accordance with any of the following methods as may be mutually agreed by the parties, that is to say: a. in accordance with arbitration laws of Tanzania for investors; b. in accordance with the rules of procedure for arbitration of the International Centre for the Settlement of Investment Disputes; c. within the framework of any bilateral or multilateral agreement on investment protection agreed to by the Government*

disposition, la société BGT a introduit une requête contre la Tanzanie en l'absence de tout consentement mutuel à une procédure arbitrale. Elle considérait que la section 23 du code était suffisamment ferme et précise pour constituer une offre d'arbitrage. La Tanzanie souleva une exception d'incompétence au motif que la section 23 précitée exigeait une volonté réitérée de l'État dans un accord spécial. Le tribunal CIRDI trancha en faveur de l'État en considérant que :

*« If BGT's analysis is adopted, no sensible meaning could be given to the words "**as may be mutually agreed by the parties**". Even if one were to somehow construe the optional language of "may" as a mandatory "shall" (as might be the approach in certain commercial arbitration regimes), the result would be no different – there would still be no existing consent by the Republic, but only some sort of obligation on the part of the Republic to provide its consent. Following the analysis set out in Dolzer & Stevens (above), this would still not provide the investor with an immediate right to arbitration »¹⁴⁴⁰.*

Se fondant sur cette analyse, le tribunal concluait que *« BGT and the Republic have not agreed to refer BGT's TIA claims to ICSID. It follows that the Republic's (third) jurisdictional objection must be accepted, and accordingly that this Arbitral Tribunal has no jurisdiction over BGT's TIA claims »¹⁴⁴¹*. Pour agir sur le fondement du code des investissements, l'investisseur devra donc négocier et signer un accord spécial, *i.e.* une convention d'arbitrage avec l'État. Ce mécanisme exclut donc que l'arbitrage soit sans lien direct.

547. L'accord spécial excluant le recours à l'arbitrage. Le second type de formulation attribuée à l'accord spécial un effet négatif. Dans ce cas, le code contient bien une offre d'arbitrage, mais il permet aux parties de renoncer à l'offre dans le cadre d'un accord spécial. De telles dispositions de renonciation apparaissent à l'article 28-2) de l'ancien code des investissements guinéen qui disposait : « les différends entre l'État Guinéen et les ressortissants étrangers, relatifs à l'application ou l'interprétation du présent code, sont, **sauf accord contraire des parties en cause**, définitivement réglés par arbitrage (...) »¹⁴⁴². Quel degré de précision faudrait-il alors exiger pour qu'un accord contraire fasse échec à l'invocation de la clause d'arbitrage ? À s'en tenir aux canons d'interprétations, la renonciation à un droit ne se présume pas. Vraisemblablement, l'accord devra alors couvrir le même objet que l'offre d'arbitrage et l'intention commune des parties visant à exclure la disposition législative devra être prouvée. Mais rien

of the United Republic and the Government of the Country the Investor originates ». Tanzanie, the Tanzanian Investment Act 1997, *Gazette of the United Republic of Tanzania*, N°40 vol. 78, 3rd Octobre, 1997, section 23.

¹⁴⁴⁰ CIRDI, *Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. c. United Republic of Tanzania*, ARB/05/22, 24 juillet 2008, pp 90 – 94, § 332.

¹⁴⁴¹ CIRDI, *Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. c. République Unie de Tanzanie*, préc. § 337.

¹⁴⁴² Guinée, Ordonnance n°001/PRG/87 du 3 janvier 1987 modifiée par la loi n°L/95/029/CTRN du 30 juin 1995.

n'empêche de soutenir que tout accord entre l'investisseur et l'État étranger suffise à écarter le code des investissements. Les précautions prises par le législateur nigérien pourraient servir de modèle sur ce point. L'article 47 précise que les recours offerts s'appliquent « à moins qu'il n'existe un accord bilatéral de promotion ou de protection des investissements conclu avec l'État dont l'investisseur est ressortissant et ayant prévu une procédure »¹⁴⁴³. L'objectif affiché semble dès lors de permettre à l'investisseur de bénéficier d'un *forum* adéquat de sorte qu'à défaut d'un recours approprié, la renonciation ne saurait produire ses effets.

548. En définitive, les politiques législatives africaines se montrent peu favorables à ce système d'arbitrage sans lien direct. Les promesses d'arbitrage figurant dans ces codes ne sont pas toutes des offres d'arbitrage. En raison de l'imprécision de certaines formules ou l'exigence d'accords spéciaux, seule une petite quantité de dispositions législatives renferment une offre d'arbitrage. Les États concernés se voient alors imposer certaines restrictions liées à la révocation de ces offres.

§2 : La révocation des offres d'arbitrage

549. Par révocation, il faut entendre l'ensemble des actes susceptibles de porter atteinte à l'existence juridique de l'offre d'arbitrage contenue dans le code des investissements¹⁴⁴⁴. Un tel anéantissement de l'offre peut survenir à la suite d'un retrait par l'État de son offre (A) ou, plus subtilement, d'un acte de dénonciation emportant caducité de l'offre (B).

A. LE RETRAIT DE L'OFFRE LEGALE D'ARBITRAGE

550. Le retrait est l'acte juridique par lequel une personne physique ou morale se rétracte quant à une décision antérieure¹⁴⁴⁵. Une telle mesure suivant les spécificités des systèmes juridiques peut revêtir plusieurs formes (1). Leur principal effet est alors de rendre invalide l'acte retiré. Cependant, dans la pratique arbitrale, les conséquences procédurales des mesures de retrait restent encore indéterminées (2).

¹⁴⁴³ Niger, Loi n° 2014-09 du 16 avril 2014 portant Code des investissements en République du Niger, art. 47.

¹⁴⁴⁴ Selon le *Dictionnaire de droit international public*, le terme révocation désigne « [l'] action de rétractation unilatérale prise par une autorité à propos d'un acte juridique ou d'une autorisation ». Jean SALMON, *Dictionnaire de droit international public*, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 1012, entrée : révocation.

¹⁴⁴⁵ Le *Dictionnaire de droit international public* indique ainsi que dans son sens général, le retrait est « [l'] action de retirer un acte, une proposition, un consentement, une réserve, une concession, une pièce de procédure, en vue d'en supprimer les effets juridiques ». Jean SALMON, *Dictionnaire de droit international public*, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 1008, entrée : retrait.

1. Le caractère protéiforme des mesures de retrait

551. Le retrait de l'offre d'arbitrage contenue dans un code des investissements peut résulter de situations diverses dont les singularités interrogent la politique incitative des États dont les codes des investissements en sont le reflet. On peut distinguer entre les formes alléguées de retrait (a) et une forme avérée (b).

a. Les formes alléguées de retrait

552. Le retrait de l'agrément. De prime abord, il est indiqué d'exclure une hypothèse de retrait qui ne relève pas à proprement dit de la situation qui nous occupe : c'est le retrait de l'acte d'agrément. En effet, leur qualité d'acte administratif formel accorde tout droit à l'autorité administrative de retirer l'autorisation d'investissement accordée à l'investisseur étranger. Ce retrait de l'acte d'agrément entraîne *ipso jure* la perte des avantages conférés par le code des investissements, offre d'arbitrage comprise, à l'investisseur. Cet argument a été mis en avant par l'Égypte dans l'affaire *SPP c. Égypte*. Selon l'État défendeur, la SPP ne pouvait plus invoquer l'offre d'arbitrage prévue par le code des investissements dans la mesure où son autorisation pour la réalisation du complexe touristique lui avait été retirée. La SPP pour sa part, soutenait que son droit de réclamation était fondé sur l'offre d'arbitrage prévue par le code qui était encore en vigueur. Le tribunal arbitral fit droit à l'argument des requérants en rappelant que l'offre d'arbitrage ne disparaît pas du seul fait que l'État ait retiré son autorisation pour la poursuite de l'opération d'investissement. Les arbitres ont ainsi indiqué :

« In any event, the same conclusion results from general principles of law, even without going into the question of the autonomy of an arbitration clause, the Tribunal notes that Egypt did not repeal Law No.43 before the claimants formally invoked ICSID jurisdiction, and indeed has still not repealed it. If law No.43 contained an offer by Egypt to accept ICSID jurisdiction prior to cancellation of the Pyramids oasis project, that offer did not terminate as a result of the withdrawal of the approval of the project. For cancellation of the project did not alter the fact that an investment had been made under law 43. Accordingly, the Tribunal finds that Law No.43 is applicable to the investment dispute in the present case »¹⁴⁴⁶.

Le refus du tribunal de faire droit à la demande des parties emporte la conviction dans la mesure où le retrait de l'agrément, dans le cadre de l'arbitrage sans lien direct, relève des litiges qui peuvent faire l'objet d'arbitrage entre les parties. La dissociation entre le

¹⁴⁴⁶ CIRDI, *Southern Pacific Properties (Middle East) Limited c. Arab Republic of Egypt*, 27 nov. 1985, Compétence, §66

consentement à l'arbitrage et le consentement à l'investissement est *in casu* nécessaire lorsque l'investisseur introduit une réclamation légale *stricto sensu*.

553. L'inconstitutionnalité de l'offre. Au titre des mesures affectant directement l'offre d'arbitrage, l'expérience récente montre que les États ne tarissent pas d'ingéniosité. Par exemple, l'article 366 de la constitution bolivienne de 2009 a rendu inconstitutionnel le recours à l'arbitrage dans le secteur de l'hydrocarbure¹⁴⁴⁷. De même, la pratique constitutionnelle équatorienne est parvenue, sans même évoquer les TBI et accords renfermant une offre, à priver ceux-ci de tout effet en les déclarant inconstitutionnels en droit interne¹⁴⁴⁸. Ainsi, les modifications constitutionnelles affecteraient, au moins partiellement, les offres d'arbitrages dans les TBI de l'État et dans les lois nationales de ces derniers. Si dans le cadre des TBI, la question des rapports de systèmes peut enrichir les approches variées et antagonistes¹⁴⁴⁹, il en va différemment dans le cadre des codes des investissements. Le primat du droit international ou du statut de fait du droit interne en droit international ne sont pas mobilisables. Les questions qui pourraient résulter de l'inconstitutionnalité de la loi sont plutôt tributaires des mécanismes constitutionnels de chaque État. Il faudrait avant tout déterminer le moment du contrôle de constitutionnalité. Si celui-ci intervient après l'entrée en vigueur de la loi, la question sera de savoir si un contrôle constitutionnel par voie d'exception est possible dans l'ordre juridique concerné et dans l'affirmative, quels en seraient les effets sur la validité de la loi ou la disposition législative inconstitutionnelle ? Également, quelle portée (relative ou absolue) une décision d'inconstitutionnalité aurait sur les droits des justiciables ? En outre, si l'inconstitutionnalité est la conséquence d'une modification de la constitution, quelles solutions les ordres juridiques des États apporteraient aux situations légalement constituées sous l'empire de l'ancienne constitution ? Un tribunal arbitral serait-il lié par les interprétations des juridictions constitutionnelles ?

Ces questions, fort intéressantes, ne peuvent malheureusement pas être traitées dans le cadre de cette étude. D'une part, parce qu'il s'agit d'hypothèses qui ne se sont pas encore produites dans le contexte africain et d'autre part, parce qu'elle requiert une étude

¹⁴⁴⁷ « Todas las empresas extranjeras que realicen actividades en la cadena productiva hidrocarburífera en nombre y representación del Estado estarán sometidas a la soberanía del Estado, a la dependencia de las leyes y de las autoridades del Estado. No se reconocerá en ningún caso tribunal ni jurisdicción extranjera y no podrán invocar situación excepcional alguna de arbitraje internacional, ni recurrir a reclamaciones diplomáticas ». Bolivie, Constitución política del Estado, février 2009, Article 366.

¹⁴⁴⁸ Equateur, Constitución de la República del Ecuador, Registro Oficial n°449, 20 octobre 2008, art. 422. Pour une étude plus détaillée de la question, voir : Rosa Amilli GUZMAN PEREZ, *Convention de Washington : l'approche de l'Amérique Latine*, Thèse, Univ. Paris 13, 17 septembre 2015, spéc. pp. 272 – 282.

¹⁴⁴⁹ Il est constant en droit international qu'un État ne peut invoquer les dispositions de son droit national pour se soustraire à ses obligations internationales. CPJI, *affaire Echanges de populations grecques et turques*, avis consultatif, Série B, no 10, p. 20 et CPJI, *affaire du traitement des nationaux polonais à Dantzig*, avis consultatif, Série A/B, no 44, p. 24.

comparée approfondie des droits constitutionnels des États africains qui excéderait le cadre de la présente recherche doctorale. Par conséquent, l'analyse sera ici limitée à la forme avérée de retrait qui s'est posée à propos des réclamations légales et pour laquelle la pratique arbitrale s'est montrée hésitante.

b. La forme avérée de retrait

554. L'abrogation du code. Configuration plus courante, le retrait peut être le fait d'une modification ou d'une abrogation du code des investissements. Simple et efficace, le retrait par suite de modification consiste pour l'État à modifier la disposition relative aux règlements des différends en supprimant l'offre d'arbitrage qu'elle renferme. C'est, à titre d'exemple, la technique employée par l'Égypte à la suite de l'affaire *SPP c. Egypte*¹⁴⁵⁰. Plus récemment, la Côte d'Ivoire après la sentence sur la compétence dans l'affaire du *Café de Rome* a opté pour l'abrogation en adoptant un nouveau code des investissements qui supprime la référence au CIRDI¹⁴⁵¹. Si le terme employé pour désigner ces modifications législatives ou abrogation est celui de « retrait », c'est parce que la doctrine et la pratique considèrent la loi comme un acte unilatéral de l'État, rétractable par l'État déclarant. Le droit de ce dernier de retirer son offre est cependant controversé.

2. La portée controversée des mesures de retrait

555. Les effets déterminés. Le retrait de l'offre d'arbitrage, qu'il se produise à la suite d'une modification législative ou d'une abrogation, produit des effets qui ne sont pas appréciés distinctement, mais d'après un régime général établi à partir de la Convention de Washington¹⁴⁵². Les scénarii sont alors multiples. Les rédacteurs de la Convention de Washington ont envisagé deux hypothèses qui ne soulèvent pas de difficultés particulières. Dans le premier cas, l'offre d'arbitrage est acceptée par l'investisseur, la convention d'arbitrage est alors formée et aucune des parties ne peut plus

¹⁴⁵⁰ Bertrand MARCHAIS, « The New Investment Law of the Arab Republic of Egypt », *FILJ*, vol.4, n°2, 1989, p.107; Laurence CRAIG, « The final Chapter in the Pyramid Case: Discontinuing an ICSID Award for Annulment Risk », *ICSID Review-FILJ*, vol. 8, 1993, p. 264.

¹⁴⁵¹ À la suite de la décision du tribunal de se reconnaître compétent sur le fondement du code des investissements de 2012 (CIRDI, *Société Resort Company Invest Abidjan, Stanislas Citerici and Gérard Bot v. Republic of Côte d'Ivoire*, ARB/16/11, 1 août 2017), le code de 2012 a été abrogé et remplacé par un code de 2018. L'article 50 de ce code prévoyait un recours à l'arbitrage auprès de la CCJA avant que l'article 50 nouveau adopté par l'ordonnance n°2019-1088 du 18 décembre 2019 modifiant l'ordonnance n°2018-646 du 1^{er} août 2018 portant code des investissements ne supprime également la référence à la CCJA au profit de la Cour d'Arbitrage de Côte d'Ivoire (CACI), un centre d'arbitrage national.

¹⁴⁵² L'analyse sera centrée ici sur la pratique CIRDI en ce qu'elle constitue la pratique pertinente. Mais bien des éléments de la démonstration sont extensibles aux procédures des centres d'arbitrage généraux.

unilatéralement retirer son consentement¹⁴⁵³. Cette règle qui est la conséquence immédiate du principe *pacta sunt servanda* s'applique aussi aux conventions d'arbitrage fondant la compétence d'un centre d'arbitrage autre que CIRDI¹⁴⁵⁴. Inversement, lorsque l'investisseur n'a pas accepté l'offre d'arbitrage, l'État peut souverainement retirer son consentement¹⁴⁵⁵. Mais, selon une frange de la doctrine, cette lecture *a contrario* du texte de la Convention de Washington serait excessive en ce qu'elle loge à la même enseigne un investisseur qui a déjà réalisé son investissement en se fondant sur les garanties d'un code des investissements et celui qui n'a encore réalisé aucun investissement¹⁴⁵⁶. Dans ce second cas, l'investisseur ne devrait pas pouvoir se prévaloir d'une offre d'arbitrage qui n'est plus en vigueur. En revanche, pour l'investisseur qui a déjà réalisé son investissement, le droit au maintien de l'offre est invoqué.

556. Le droit au maintien de l'offre ? Bien que légitime, la recherche d'un fondement juridique justifiant la différence de traitement est loin de faire l'unanimité. Certains auteurs proposent de limiter le droit de retrait de l'État en se fondant sur la théorie

¹⁴⁵³ CIRDI, Convention de Washington, article 25(1) : « Lorsque les parties ont donné leur consentement, aucune d'elles ne peut le retirer unilatéralement ».

¹⁴⁵⁴ À titre illustratif, voir Règlement d'arbitrage CCJA de 2017, art. 10.

¹⁴⁵⁵ Il s'agit ici d'une lecture *a contrario* de l'article 25(1) selon lequel « lorsque les parties ont donné leur consentement, aucune d'elles ne peut le retirer unilatéralement ». Si cette disposition ne se rapporte pas explicitement à la rencontre des volontés, une interprétation possible serait de dire que la Convention ne vise ici que le retrait du consentement unilatéral des parties. Ainsi, lorsqu'une partie donne unilatéralement son consentement, celle-ci ne peut retirer unilatéralement ce consentement. Mais cette interprétation n'emporte pas la conviction. En effet, elle revient à annuler l'emploi du pluriel dans la proposition conjonctive introduite par conjonction de subordination « lorsque » prévue à l'article 25 sus-indiqué. La phrase « lorsque les parties ont donné leur consentement (...) » serait réduite sémantiquement à « lorsqu'une partie a donné son consentement » quand il serait plus approprié, pour donner leur pleine signification aux mots employés, de lire « lorsque les [deux] parties ont donné leur consentement, aucune d'elles ne peut le retirer unilatéralement ». Ce sont les consentements des parties qui fondent le droit de réclamation dans l'arbitrage transnational. De plus, considéré qu'un consentement qui n'a pas été échangé ne peut plus être retiré unilatéralement supposerait qu'à l'occasion des travaux préparatoires de la Convention de Washington, le mécanisme du consentement dissocié ait été clairement envisagé. Ce qui n'est pas le cas. Brigitte Stern note d'ailleurs qu'il y a eu un malentendu à ce sujet (Brigitte STERN, « Le consentement à l'arbitrage CIRDI en matière d'investissement international : que disent les travaux préparatoires ? », *Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du XXème siècle, À propos de 30 ans de recherche du CREDIMI*, Mélanges en l'honneur de Philippe Khan, Paris, Litec, 2000, p. 232.). Le malentendu autour du consentement dissocié est principalement entretenu par le rapport des administrateurs qui souligne que le moment du consentement n'a pas été précisé par la Convention tout en ajoutant qu'un « Etat hôte pourrait offrir, dans le cadre d'une législation destinée à promouvoir les investissements, de soumettre à la compétence du Centre les différends résultant de certaines catégories d'investissements, tandis que l'investisseur pourrait donner son consentement en acceptant l'offre par écrit ». Certains auteurs soulignent qu'au regard des règles relatives à l'interprétation des traités posées par la Convention de Vienne sur le Droit des Traités, les Administrateurs de la Banque Mondiale ne sauraient être considérés comme les interprètes authentiques de la Convention de Washington dont les positions seraient le reflet fidèle des consensus adoptés par les États signataires. (Sur ce point, voir : Nouredine GABA, « Les nouveaux instruments du consentement à l'arbitrage CIRDI », in Ferhat HORCHANI, *Où va le droit de l'investissement ? désordre normatif et recherche d'équilibre*, colloque Tunis, 3 et 4 mars 2006, A. Pédone, Paris, 2006, p. 4).

¹⁴⁵⁶ « Secondly, the question is whether the possibility of revoking a State's consent to arbitrate depends on whether such consent has already been activated by the concerned investor. While such a difference is usually made in contract law, allowing an offeror to withdraw its offer with immediate effect as long the offeree has not accepted it, the Arbitral Tribunal considers that in view of the objectives of the ICSID Convention and the nature of treaty claims, it would not be appropriate inflexibly to apply this simple principle regarding offer and acceptance borrowed from general contract law. Here again, the answer to this question will therefore depend on the specific instrument at stake and the scope and nature of the consent given therein. » CIRDI, *The AES corporation and Tau Power b.v. c. Republic of Kazakhstan*, ARB/10/16, sentence, 1 novembre 2013, § 219 ; Pierre MAYER et Ana Carolina SIMOES E SILVA, « Le consentement à l'arbitrage » in Charles LEBEN (dir.), *Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational*, A. Pédone, Paris, 2015, pp 699 – 724.

de l'acte unilatéral de droit international¹⁴⁵⁷. Le code ou l'offre étant un acte unilatéral, l'État qui le formule ne peut plus retirer son offre à sa discrétion. Toutefois, un tel fondement juridique est contestable pour les raisons évoquées en première partie de la thèse¹⁴⁵⁸. Aussi est-il apparu nécessaire à une frange de la doctrine d'invoquer directement le principe de bonne foi, sous l'angle de l'estoppel ou de la protection des attentes légitimes¹⁴⁵⁹. Mais ainsi qu'il a déjà été démontré, les attentes que se fait un investisseur du code des investissements n'ont rien de légitime en l'absence d'un engagement spécifique¹⁴⁶⁰. De plus, pour constater que l'État a violé le principe de bonne foi ou froisser les attentes légitimes, il faut, à la vérité, constater la commission d'un fait illicite ou d'une faute contractuelle, forçant le tribunal arbitral à préjuger du fond ou à réserver son analyse au stade du fond.

De notre point de vue, la situation de l'investisseur qui a réalisé son investissement avant le retrait de l'offre d'arbitrage sans l'avoir acceptée, trouve sa solution dans le droit interne des États. Il faut à cet effet porter une attention particulière à l'existence d'une garantie de stabilisation et aux dispositions transitoires pour se prononcer sur un droit au maintien de l'offre d'arbitrage.

a. La garantie de stabilisation et le maintien de l'offre d'arbitrage

557. Présentation de la garantie. L'existence de garanties de stabilisation remonte à l'adoption des premiers codes des investissements¹⁴⁶¹. Ces lois permettaient aux États d'accorder une stabilisation des conditions juridiques, économiques et financières aux

¹⁴⁵⁷ Michael REISMAN et Mahnoush ARSANJANI, « The question of Unilateral Government Statements as Applicable Law in Investment Disputes », in Pierre Marie DUPUY et al. (dir.), *Völkerrecht als Wertordnung – Common Values in international Law. Essays in honour of Christian Tomuschat*, N.P. Engel Verlag, 2006, p. 422. Pour une présentation succincte, voir : Pierre MAYER et Ana Carolina SIMOES E SILVA, « Le consentement à l'arbitrage » in Charles LEBEN (dir.), *Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational*, A. Pédone, Paris, 2015, pp 699 – 700 et 718 – 724.

¹⁴⁵⁸ Les actes unilatéraux autonomes ne sont pas en tant que tel des sources de droit international et présentent des caractères différents des codes des investissements qui empêchent toute assimilation. De plus, isoler la disposition du reste de la loi pour en faire un engagement spécifique, une déclaration de juridiction obligatoire est une approche critiquable en ce que l'offre d'arbitrage ne peut sans justification être isolée de son instrument support et l'analogie en plus d'obstacle théorique, n'offre pas véritablement d'avantages pratiques. Voir *supra* Partie I Titre 1 et Titre 2, chap 1.

¹⁴⁵⁹ Voir : Pierre MAYER et Ana Carolina SIMOES E SILVA, « Le consentement à l'arbitrage » *préc.*, pp 718 – 724

¹⁴⁶⁰ « To begin, the Tribunal does not accept the Claimant's primary argument that it had "accrued rights" to invoke the arbitration clause as of the date of the 1999 investment or as of the date of the alleged breaches prior to March 2009, regardless of the stabilisation clause. 92 The arbitration clause in the FIL calls for the right to arbitration to be perfected by the investor's written consent, not by an investment or by a claim arising. 93 In other words, the Claimant had no "accrued right" to arbitration until it accepted in writing the offer of arbitration set forth in the FIL - and this occurred no earlier than the Claimant's letter seeking to negotiate the dispute », UNCTAD, *Ruby Roz Agricol et Kaseem Omar c. Kazakhstan*, 1er août 2013, § 156. Pour une discussion, voir Partie I Titre II Chap II.

¹⁴⁶¹ Ces dispositions dans les codes procèdent des régimes fiscaux stabilisés mis en place par les États et qui poursuivait la politique des anciennes métropoles de régimes fiscaux de longue durée évoquée en introduction de cette étude (voir *supra* Introduction, I, B, 2, a). Également, Philippe KAHN, « Problèmes juridiques de l'investissement dans les pays de l'ancienne Afrique française », *JDI*, 1965, p. 340. Pierre LEGOUX, « De quelques codes d'investissements », *Revue Juridique, Politique, Indépendances et Coopération*, Tome 22, n°4, Paris, Oct. 1968, pp 939 – 986.

investisseurs étrangers dans le cadre de conventions d'établissement¹⁴⁶². La technique juridique à l'œuvre peut en ce sens être rapprochée des clauses de stabilisations dans les contrats pétroliers qui ont animé les débats à l'occasion des controverses sur les contrats d'état¹⁴⁶³. Ces clauses consistaient pour l'État à s'engager à ne pas modifier son droit national pour permettre à son partenaire économique, l'investisseur, d'exercer son activité dans un environnement juridique stable. Le besoin de prévisibilité qui sous-tend l'adoption de ces clauses, est toutefois apparu excessif dans la mesure où, comme le souligne Pierre Mayer, l'État en tant qu'entité souveraine, ne peut avoir valablement renoncé à exercer son pouvoir souverain¹⁴⁶⁴. Aussi était-il considéré que ces clauses rendaient inopposables à l'investisseur étranger les modifications du cadre juridique et réglementaire opérées postérieurement à l'investissement par l'État¹⁴⁶⁵. Décriées, ces clauses de stabilisations tendent de plus en plus à être interprétées comme une technique contractuelle de renégociation¹⁴⁶⁶. C'est ce mécanisme de stabilisation qui a été repris dans le cadre des codes des investissements sans que les dispositions qui les prévoient n'aident à lever les incertitudes autour de l'efficacité de cette technique juridique.

¹⁴⁶² L'article 23 du code des investissements Rwanda prévoyait en ce sens : « La Convention d'établissement détermine les garanties et engagements divers assumés par le Gouvernement de la République et par l'entreprise bénéficiaire. Ces garanties et avantages pourront être : a) de la part du Gouvernement de la République : [...] garantie de stabilité de certaines conditions juridiques, économiques et financières ». Voir également, article 35 du code des investissements du Sénégal de 1962 (*JO*, n°spécial, 3.520 du 31 mars 1962). Voir plus largement, Commission des communautés européennes, *Codes des investissements des États africains et malgache associés*, situation au 30 septembre 1971.

¹⁴⁶³ Nicolas DAVID, « Les clauses de stabilisation dans les contrats pétroliers : questions d'un praticien », *JDI*, 1986, pp. 79 et ss., Prosper WEIL, « Les clauses de stabilisation et d'intangibilité insérées dans les accords de développement économique », *Mél. Rousseau*, Paris, Pedone, 1974, pp. 301 et ss.

¹⁴⁶⁴ Pierre MAYER, « La neutralisation du pouvoir normatif de l'État en matière de contrats d'État », *JDI*, n°1, 1986, pp. 5-78.

¹⁴⁶⁵ Les clauses de stabilisation sont généralement classées en deux catégories. La première concerne les clauses de stabilité *stricto sensu* et les clauses d'intangibilité d'autre part. La première catégorie consiste principalement en des clauses de gel de droit applicable ou d'incorporation par lesquels l'État, usant de ses prérogatives souveraines, prévoit que le contrat restera soumis à la législation en vigueur au moment de son adoption. Les changements subséquents des lois pouvant affecter l'investissement sont dès lors inopposables. Les clauses d'intangibilité, quant à elle, garantissent à l'investisseur que les termes du contrat d'investissement ne seront pas modifiés unilatéralement par l'État agissant en qualité de souverain. Ces clauses connaissent diverses variantes. Récemment, la pratique contractuelle a fait émerger un nouveau type de clause de stabilisation qui ambitionne de garantir à l'investisseur l'équilibre économique du contrat ou une compensation en cas de sujétion excessive liée à une modification. Sur l'ensemble de la question, voir : Sébastien MANCIAUX, *Investissements étrangers et arbitrage entre États et ressortissants d'autres États, Trente années d'activité du CIRDI*, Université de Bourgogne – CNRS, Lexis-Nexis Litec, vol. 24, 2004, pp 504 – 523 ; Jola GJUZI, *Stabilization clauses in international investment law, A sustainable development approach*, Springer, 2018, pp. 37 – 54.

¹⁴⁶⁶ L'effet juridique des clauses de stabilisation a donné lieu à une littérature importante qu'il n'est pas utile ici de reprendre. Dans les grandes lignes, la validité de ces clauses a d'abord été contestée par une partie de la doctrine estimant que l'exercice de la souveraineté était incompatible avec l'idée de stabilisation, puisqu'elle revenait à priver l'État de l'exercice de son pouvoir de légiférer. (Muthucumaraswamy SORNARAJAH, « The myth of international contract law », *Third World Quarterly*, 1980, pp. 101 et s.). Cette approche a été jugée excessive et certains tribunaux arbitraux et universitaires ont estimé que la clause n'avait pas pour effet de priver l'État de son droit de modifier ses lois (Pierre MAYER, « La neutralisation du pouvoir normatif de l'État en matière de contrats d'État », *JDI*, n°1, 1986, pp. 5-78). Simplement ces modifications étaient inopposables à l'investisseur bénéficiant d'une clause de stabilisation (CIRDI, *Société d'exploitation des mines d'or de Sadiola S.A. c. République du Mali*, ARB/01/5, 25 février 2003, §§ 71 – 72, 97 - 98). En cas d'application à l'investisseur des modifications ultérieures sans son consentement, l'État était alors tenu aux versements de compensation ou d'indemnisation. Mais, à cette solution qui n'est pas toujours à l'avantage de l'investisseur en ce qu'elle affecte la relation contractuelle de façon irréversible, il a été proposé que la clause de stabilisation permette aux parties de renégocier en cas de changement affectant l'équilibre financier du contrat. (Jola GJUZI, *Stabilization clauses in international investment law, A sustainable development approach*, Springer, 2018, pp 37 – 54).

558. Une pratique législative marginale. Dans le cadre des codes africains, les dispositions de stabilisation sont rares. Seuls huit (8) codes contiennent une garantie de stabilisation¹⁴⁶⁷. À l'exception du texte Guinée-Bissau¹⁴⁶⁸, ces dispositions peuvent être rangées en trois catégories suivant leur champ d'application matériel.

La première catégorie concerne les dispositions de garantie limitées aux avantages fiscaux et douaniers. Un exemple de ce type de disposition est fourni par la loi guinéenne dont les articles 13 et 14 prévoient respectivement :

« Les investisseurs jouissant des avantages prévus par le présent Code et la législation fiscale et douanière bénéficieront, à leur demande, de toute nouvelle mesure législative ou réglementaire plus avantageuse qui serait adoptée postérieurement à la publication du Code » et

« Sans préjudice des Articles 31, 37, 38 et 43 ci-dessous, les avantages accordés aux investisseurs en vertu des dispositions du présent Code et de la législation fiscale et douanière sont acquis. Les investisseurs continueront à en bénéficier nonobstant toute nouvelle mesure moins favorable qui serait adoptée ultérieurement à la publication du Code »¹⁴⁶⁹.

En raison de son objet limité aux avantages fiscaux et douaniers, la présente garantie de stabilisation ne saurait être utilement invoquée par un investisseur pour justifier son droit au maintien de l'offre d'arbitrage dans un code des investissements. Cette restriction n'affecte pas cependant les dispositions relevant de la seconde catégorie. Ces dispositions, outre la stabilité fiscale, offre également une stabilité juridique et économique à l'investisseur. Parmi celles-ci, il peut être mentionné le code des investissements maliens ainsi rédigé :

« L'État s'engage à instaurer et à maintenir un environnement favorable aux investisseurs dont les projets sont agréés au présent Code.

Les investisseurs jouissant des avantages prévus par la présente loi bénéficieront de toute nouvelle mesure législative ou réglementaire plus avantageuse qui serait adoptée postérieurement à la publication de la présente loi. Toutefois, l'option pour toute mesure

¹⁴⁶⁷ Algérie, code des investissements de 2016, art. 22 ; Congo, Charte des investissements, 2003, art. 25 ; Guinée, code des investissements de 2015, art. 13 et 14 ; Guinée-Bissau, code des investissements de 2011, art. 22 ; Madagascar, code des investissements de 2008, art. 6 ; Mali, loi n°2012-016 du 27 février 2012 portant code des investissements, article 8 ; Mauritanie, loi n° 52/2012 portant code des Investissements du 31 Juillet 2012, article 5 ; RDC, code des investissements de 2002, art. 40.

¹⁴⁶⁸ Guinée-Bissau, code des investissements de 2011, art. 22: « *The rights and guarantees of investors under this Code shall remain valid and will be respected in the event of transfer of the investment in any form, provided that the conditions set forth herein for obtaining and enjoyment are present and remain stable* ». Cette disposition quoique intitulée stabilité, est pathologique dans la mesure où elle ne garantit pas vraiment une stabilité juridique. Ce qui est offert à l'investisseur, c'est le droit de céder librement ses droits et avantages au titre de la loi à un tiers, à condition que le cessionnaire remplisse (continue de remplir) les conditions d'obtention et de jouissance des avantages et que la loi n'est pas changée. Ainsi, l'intitulé de la disposition est trompeur justifiant que l'on ne s'y attarde pas.

¹⁴⁶⁹ Guinée, code des investissements de 2015, art. 13 et 14. Dans la même veine, on peut ranger l'article 25 de la Charte des investissements du Congo de 2003 qui indique : Article 25 : « L'État, pour atteindre ces objectifs et respecter ces principes, adopte, outre les dispositions fiscales et douanières en vigueur dans le cadre du code des douanes et du code général des impôts, des mesures particulières qui s'articulent autour de [...] la garantie de la stabilité de la fiscalité locale et d'État pendant toute la durée des investissements réalisés dans le cadre de la présente Charte ». On peut aussi ranger dans cette catégorie le texte malgache qui indique à son article 6 que « L'État s'engage à instaurer et à maintenir un environnement favorable à l'investissement, à travers le maintien d'un système fiscal simple, équitable et propice à la croissance pour les Investisseurs, dans le cadre de la réalisation des projets d'investissement visé par la présente loi [...] ». Madagascar, code des investissements de 2008.

nouvelle vaut pour l'ensemble des dispositions objet de la loi ou de la réglementation qui contient la mesure nouvelle jugée plus avantageuse.

Les investisseurs jouissant des avantages prévus par la présente loi continueront à bénéficier de ces avantages, nonobstant toute nouvelle mesure législative ou réglementaire visant à supprimer ou atténuer ces avantages, qui serait adoptée postérieurement à la publication de la présente loi. »¹⁴⁷⁰

En visant « toute nouvelle mesure » et en n'apportant pas de définition précise aux notions d'« avantages » et d'« environnement favorable », il pourrait être soutenu que le législateur a souhaité étendre le champ d'application de la garantie de stabilisation aux avantages procéduraux accordés par le code aux investisseurs.

La troisième catégorie concerne *stricto sensu* des dispositions de non-détérioration. Ces dispositions, sans prévoir expressément une stabilité juridique, épargnent à l'investisseur étranger de supporter les charges et sujétions particulières liées à la dégradation de l'environnement juridique dans lequel s'inscrit son activité. C'est le cas de l'article 40 du code des investissements de la RDC qui dispose :

« Aucune disposition légale ou réglementaire prenant effet à une date postérieure à celle de l'admission au présent régime résultant de l'application de la présente loi ne peut avoir pour conséquence de restreindre les garanties ou les avantages ou d'entraver l'exercice des droits qui auront été conférés à l'entreprise bénéficiaire ou à ses promoteurs »¹⁴⁷¹.

Dans la même perspective, mention peut être faite de l'article 22 du code algérien qui prévoit que « les effets des révisions ou des abrogations portant sur la présente loi, susceptible d'intervenir à l'avenir ne s'appliquent pas à l'investissement réalisé sous l'empire de cette loi, à moins que l'investisseur ne le demande expressément »¹⁴⁷². Toutefois, contrairement à la loi congolaise, la non-détérioration des conditions de l'investissement est limitée dans le contexte algérien aux seuls effets des lois relatives aux investissements. Outre le champ d'application matériel réduit de la garantie de non-détérioration, il est utile de rappeler que ce code ne renferme pas une offre d'arbitrage. Cela rend sans intérêt la discussion au sujet d'un droit au maintien de l'offre d'arbitrage dans le contexte algérien. En clair, la question de savoir si les garanties légales de

¹⁴⁷⁰ Mali, loi n°2012-016 du 27 février 2012 portant code des investissements, article 8 : stabilité. Dans la même veine, le législateur mauritanien prévoit que « L'État garantit aux entreprises la stabilité des conditions juridiques, fiscales et douanières accordées durant une période de vingt (20) ans à partir de la date d'attribution du certificat d'investissement. En plus, l'investisseur bénéficiera automatiquement de tout changement favorable des conditions fiscales ou douanières durant la période de validité de son agrément. » Mauritanie, loi n° 52/2012 portant code des Investissements du 31 Juillet 2012, article 5. Dans ce code, les notions de certificat d'investissement et d'agrément sont équivalentes. On peut lire ainsi à l'article 26 : « **La demande d'un certificat d'investissement** est instruite et la réponse donnée, par écrit, à l'investisseur dans un délai qui ne peut excéder dix jours ouvrables, à compter de la date de dépôt de la requête auprès du Guichet Unique des Investissements, objet de l'article suivant, (la décharge faisant foi). Pour ne pas retarder l'instruction du dossier, l'Investisseur bénéficie d'une présomption de bonne foi. Si, au terme de ce délai, aucune réponse n'est donnée, **le certificat d'investissement est réputé accordé. Dans ce cas, le récépissé de dépôt de la demande fait foi et tient lieu d'agrément.** L'autorité est donc tenue de délivrer le certificat d'investissement pour régularisation ».

¹⁴⁷¹ RDC, code des investissements de 2002, art. 40.

¹⁴⁷² Algérie, code des investissements de 2016, art. 22.

stabilisation emportent également des effets procéduraux ne se pose dans le contexte africain qu'aux sujets des lois malienne, mauritanienne et congolaise (RDC). Il importe alors d'envisager les solutions dégagées par la pratique arbitrale avant de discuter un possible apport de la pratique africaine à cette problématique.

559. L'effet procédural des dispositions de stabilisation. La pratique arbitrale a particulièrement discuté des effets procéduraux des garanties légales de stabilisation dans les litiges mettant aux prises des investisseurs étrangers à la République du Kazakhstan. Ces litiges sont intervenus à la suite de l'effondrement du bloc soviétique en 1990. Le Kazakhstan est devenu alors l'un des premiers États communistes à se doter d'un code des investissements en vue de la promotion et de la protection des investissements étrangers. Dans ce cadre, le 27 décembre 1994, il a adopté une loi sur les investissements qui a été modifiée sept fois avant d'être abrogée et remplacée en janvier 2003 par un nouveau code des investissements. Le code de 1994 comportait à son article 6, une disposition de stabilisation protégeant les investisseurs étrangers contre les changements de lois¹⁴⁷³ et l'article 27 du même code renfermait une offre d'arbitrage¹⁴⁷⁴ contrairement à la nouvelle loi de 2003. Après des réformes intervenues dans divers secteurs (électricité, domaine agricole, télécommunications, *etc.*) au début de la décennie 2000, plusieurs

¹⁴⁷³ Kazakhstan, code des investissements étrangers, 1994, art. 6 : « 1. In the case of the deterioration of the foreign investor's position, resulting from changes in legislation and (or) entry into effect and (or) change of the conditions of international treaties, foreign investments are treated within 10 years in accordance with the legislation in force at the time of investment, and investments under long-term (over 10 years) investment contracts with authorized state bodies - until the expiration date of the contract unless the contract provides otherwise. [...] In the case of the improvement of the foreign investor's position resulting from changes in legislation and (or) entry into effect and (or) change of the conditions of international treaties, certain contract terms between the foreign investor and the authorized state body, representing the republic may be changed by the mutual consent of the parties in order to achieve a balance of economic interests of the participants. 6.2 In carrying out investment activities under the license, the guarantee provided by the first paragraph of this Article remains in force within the time limits established by paragraph one, before license termination, and in the case of the extension - until the end of the license renewal period. 6.3 These requirements do not apply to changes of the legislation of the Republic of Kazakhstan in the field of defence, national security, in the sphere of environmental safety and health, and morality. When the changes in legislation result in the deterioration of the foreign investor's position in these areas, the foreign investor must receive immediate adequate and effective compensation in the currency of the investment, or the foreign currency as established by the agreement between the foreign investor and the Republic of Kazakhstan. 6.4 The guarantees established by paragraph 1 of this Article shall not apply to changes in the legislation of the Republic of Kazakhstan and (or) the entry into effect, and (or) changes in international treaties with the participation of the Republic of Kazakhstan, which change the terms and conditions (including taxation issues and other government regulation measures) of import and (or) production and (or) sale of excisable goods, as well as imports of goods intended for sale without processing. »

¹⁴⁷⁴ Kazakhstan, code des investissements étrangers, 1994, art. 27.2 : « If such disputes cannot be resolved through negotiations within three months from the date of a written request of any party to the other, the dispute shall, at the option of either party, be transferred for resolution, with the written consent of a foreign investor: 1) to the judicial authorities of the Republic of Kazakhstan; 2) in accordance with the agreed procedure for settling disputes, including those set out in the contract or any other agreement between the parties to the dispute, to one of the following arbitral bodies: a) International Center for Settlement of Investment Disputes (hereinafter - the Center), established under the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States, opened for signature in Washington on March 18, 1965 (ICSID Convention), if the state of the investor is a party to this Convention; b) Additional Body of the Center (functioning under Additional Body Rules), if the state of the investor is not party to the ICSID Convention; c) arbitration bodies established in accordance with the Arbitration Rules of the United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL); d) arbitration in the Arbitration Institute of the Chamber of Commerce in Stockholm; e) arbitration commission in the Chamber of Commerce of the Republic of Kazakhstan. 3. In the case a foreign investor selects the procedure set forth by subparagraph 2) of paragraph 2 of this article, the consent of the Republic of Kazakhstan is considered to be secured. The consent of a foreign investor may be given at any time by written request to the authorized state body or at the time of arbitration ».

investisseurs alléguaient avoir été victimes d'expropriation et invoquaient le bénéfice de l'offre d'arbitrage contenue dans la loi de 1994. Certains de ces recours étaient initiés après l'abrogation de la loi même si l'investissement avait été réalisé sous l'empire de la loi de 1994. Pour justifier ce recours, les investisseurs invoquèrent la disposition de stabilisation précitée. Il s'ensuivit trois affaires, pour un même problème, qui ont donné lieu à trois solutions différentes.

560. L'existence d'un droit acquis. Le premier litige concernait l'atteinte alléguée aux droits de la société Rumeli, un investisseur turc, qui invoquait le TBI Kazakhstan – Turquie comme cause juridique de l'action et alternativement, la loi kazakhe sur les investissements de 1994. Alors que le défendeur soutenait que la loi avait été abrogée et que l'investisseur n'était plus fondé à en invoquer le bénéfice, le requérant estimait que la garantie de stabilisation, qui avait survécu à l'abrogation de la loi, lui permettait de se prévaloir de l'offre d'arbitrage prévue à l'article 27 du code de 1994. Sans réellement se prononcer sur l'argument de la survivance de la garantie de stabilisation à l'abrogation de la loi, le tribunal arbitral admit que l'investisseur était fondé à invoquer l'offre d'arbitrage dans la mesure où les principes de la bonne foi, l'estoppel, et *venire factum proprium* empêchait l'État de retirer unilatéralement son offre, de même que l'article 6 rendait inopposable les changements de loi affectant l'investissement¹⁴⁷⁵. Ainsi, le principe de bonne foi permettait à l'investisseur de disposer d'un droit acquis au maintien de l'offre d'arbitrage.

561. L'absence de droits acquis. Dans l'affaire *Ruby Roz c. Kazakhstan*, les requérants indiquaient que leur investissement avait été réalisé conformément au code de 1994. Ils avaient donc un droit acquis au maintien de la loi. De plus, la garantie de stabilisation rendait inopposables les effets de la loi abrogative de 2003. L'État défendeur estimait quant à lui que ni l'offre d'arbitrage ni la garantie de stabilisation n'avaient survécu à l'abrogation de la loi, et même en cas de survivance de celle-ci, l'investisseur était forclos à s'en prévaloir. La stabilisation prévue était en effet limitée à une période de 10 ans. Contrairement à la sentence *Rumeli c. Kazakhstan*, le tribunal considéra que le code des investissements ne conférait aucun droit acquis à l'investisseur. Un tel droit ne naît que lorsque l'offre est acceptée¹⁴⁷⁶. Sans se prononcer sur la question de la survivance

¹⁴⁷⁵ CIRDI, *Rumeli Telekom A.S. and Telsim Mobil Telekomunikasyon Hizmetleri A.S. c. Republic of Kazakhstan*, ARB/05/16, 29 juillet 2008, §§ 333 – 336.

¹⁴⁷⁶ CNUDCI, *Ruby Roz Agricol and Kaseem Omar c. Kazakhstan*, 1 août 2013, compétence, § 150: « To begin, the Tribunal does not accept the Claimant's primary argument that it had "accrued rights" to invoke the arbitration clause as of the date of the 1999 investment or as of the date of the alleged breaches prior to March 2009, regardless of the stabilisation clause.92 The arbitration clause in the FIL calls for the right to arbitration to be perfected by the investor's written consent, not by an investment or by a

de la garantie de stabilisation, le tribunal arbitral rejetait la demande de l'investisseur au motif que le demandeur était forclos. Les arbitres estimèrent que les réinvestissements réalisés en 2002 par l'investisseur n'étaient pas de nouveaux investissements et qu'à ce titre, la date de computation des délais courait à partir de la réalisation des premiers investissements, à savoir depuis 1999¹⁴⁷⁷.

562. L'attente légitime. La sentence *AES c. Kazakhstan* de 2013 adopta une démarche opposée à celle du tribunal dans l'affaire *Ruby Roz* précitée. Les arguments soulevés par les parties étaient les mêmes à une nuance près. L'investisseur ajoutait cette fois-ci à son argumentation que la garantie de stabilisation avait créée chez lui une attente légitime au maintien de l'offre d'arbitrage. Le retrait par l'État de son offre avait pour conséquence de froisser cette attente. Le tribunal arbitral commença son raisonnement en faisant observer que le lien "offre d'arbitrage et acceptation d'arbitrage" diffère du lien entre offre et acceptation en droit des contrats. Si dans le second cas, l'offrant est libre de retirer son offre en l'absence d'acceptation, dans le premier cas, il pèse à la charge de l'État de tenir compte des attentes légitimes¹⁴⁷⁸. Ainsi, considérant que l'État avait créé une attente légitime au maintien de sa législation par l'effet de la clause de stabilisation pour une période de 10 ans, tenant compte de l'objet et du but du code des investissements et se fiant à l'absence d'indication quant à un possible retrait unilatéral de l'offre d'arbitrage dans le code des investissements, le tribunal considéra que l'abrogation de l'offre d'arbitrage n'était pas opposable aux plaignants¹⁴⁷⁹. Cette solution diffère de la sentence *Rumeli* précitée, dans la mesure où la garantie de stabilisation ne crée pas un droit acquis, mais une attente légitime.

*claim arising.*⁹³ In other words, the Claimant had no "accrued right" to arbitration until it accepted in writing the offer of arbitration set forth in the FIL - and this occurred no earlier than the Claimant's letter seeking to negotiate the dispute ».

¹⁴⁷⁷ CNUDCI, *Ruby Roz Agricol and Kaseem Omar c. Kazakhstan*, 1 août 2013, compétence, § 168: « Thus, the Tribunal concludes that the Claimant could claim the benefit of the stabilisation clause only from the date of its initial investment in the poultry operations, which occurred in or around March 1999. As a result, assuming that the provisions of the FIL survived its 2003 repeal for investors who had invested before that date, and that Ruby Roz otherwise could claim the benefit of the FIL, the offer of arbitration in Article 27 expired in 2009, and hence the Claimant cannot rely on the FIL as a basis for jurisdiction of the Tribunal. »

¹⁴⁷⁸ CIRDI, *AES Corporation and Tau Power BV c. Republic du Kazakhstan*, ARB/10/16, Sentence, 1 nov. 2013, §§ 364 – 370 : « Thus, the Arbitral Tribunal agrees with the tribunal in *Rumeli* to the extent that it considers that a consent given by a State in a national law to submit certain disputes to ICSID arbitration may not be revoked without due regard for the legally-recognized expectations raised by the State under such law, which include inter alia expectations concerning available legal remedies ».

¹⁴⁷⁹ CIRDI, *AES Corporation and Tau Power BV c. Republic du Kazakhstan*, ARB/10/16, Sentence, 1 nov. 2013, § 220: « the 1994 FIL itself provided an assurance that there could be no immediate unilateral withdrawal of rights by the State that adversely affected foreign investors. The Arbitral Tribunal has given careful consideration to (i) the nature and purpose of the 1994 FIL, i.e. to encourage and protect foreign investment including through the possibility of ICSID arbitration in case of a breach of such protection, (ii) the wording of Article 27 of the 1994 FIL, which (like the remainder of the FIL) does not indicate any possibility of revoking the consent to arbitrate given therein, and (iii) Article 6 of the 1994 FIL (the 'Stabilization Clause', which is analysed further below), which creates an expectation on the investor's side that its investment will benefit from such protection for a duration of at least 10 years. All point to the conclusion that the right to arbitrate given by the 1994 FIL cannot be terminated unilaterally and with immediate effect by the repeal of the FIL. There is, indeed, no evidence beyond the general repeal of the 1994 FIL that Respondent had any intention of cancelling its 'standing consent' to arbitration ».

563. La nature contractuelle de la garantie de stabilisation. Les contradictions et continuités des sentences précitées sont le reflet d'une figuration des garanties de stabilisation complexifiée par la nature des instruments supports. Historiquement, les garanties de stabilisation ont été élaborées sous la forme de clauses contractuelles et leur régime a été pensé en ce sens. La sentence *Philip Morris c. Uruguay* devait attirer l'attention sur le caractère essentiellement contractuel des garanties de stabilisation en ces termes : « *if investors want stabilization, they have to contract for it* »¹⁴⁸⁰. Il en résulte qu'à défaut d'un contrat (ou un agrément) consolidant la garantie de stabilisation, celle-ci ne peut être considérée comme créant un droit acquis ou une attente légitime au profit de l'investisseur. Ainsi, l'inclusion des garanties de stabilisation dans la loi, acte juridique objectif, a pour conséquence l'absence de droit subjectif à la faveur de l'investisseur¹⁴⁸¹. La qualité de la loi rend illégitimes les représentations qu'il peut se faire¹⁴⁸². Les dispositions de stabilisation doivent simplement être vues comme une attitude favorable de l'État à garantir la stabilité de l'investissement. Selon l'amusante formule de Waëlde, ces dispositions sont « *an invitation to dance, but not yet as the dance itself* »¹⁴⁸³. De même, les codes n'étant pas des instruments de droit international, l'application de principes de droit international tel que les principes de l'estoppel ou encore *venire factum proprium* requièrent plus d'explications. Peut-être, faut-il faire place à la bonne foi, mais celle-ci ne commanderait-elle pas de voir dans les dispositions de stabilisation de simples invitations ? Aucun État n'est tenu au maintien de sa loi. C'est le propre de la souveraineté et la bonne foi ne devrait pas permettre de créer artificiellement des droits qui profiteraient

¹⁴⁸⁰ CIRDI, *Philip Morris Products SA and Abal Hermanos SA c. République Orientale d'Uruguay*, ARB/10/7, sentence, 8 juillet 2016, § 481.

¹⁴⁸¹ L'artifice de l'acte « *sui generis* » n'est ici d'aucun secours puisque d'une part, contrairement à l'hypothèse de l'offre d'arbitrage où c'est la nature contractuelle de la procédure arbitrale qui commandait cette solution de fortune, la garantie de stabilisation n'influence pas la nature de la procédure arbitrale et d'autre part, même à considérer qu'il y aurait un acte *sui generis*, la thèse défendue conserve sa pertinence puisque la construction juridique proposée vise essentiellement à appliquer le régime juridique des lois au droit de réclamation.

¹⁴⁸² En tant qu'acte de portée générale et impersonnelle, le code des investissements ne crée pas dans le chef des investisseurs des droits subjectifs que l'État est tenu de maintenir en vigueur. Voir les arguments développés *supra* : *Partie 1, Titre 2, Chap. 2, section 1.*

¹⁴⁸³ « *Quite a number of investment laws state that the contractual rights or taxation applicable at the time of making the investment will not be altered. One could argue that investors—even when not successful in having an explicit stabilization clause inserted in their investment agreement—accept a general offer of investment/tax stability made in legislation per se. However, in view of the sensitivity of this issue and the principle of interpreting waivers of sovereignty restrictively, we contend that a stabilization promise made only in legislation is not sufficient to assume an explicit, formal, and binding stabilization agreement. Investors concerned over stabilization should negotiate for an explicit stabilization guarantee, and a reference in a national law should make it easier to achieve such a negotiating goal. Nevertheless, the fact that general legislation extant at the time of an investment guaranteed contractual and tax stability could well be a factor in ascertaining when compensation is due and in determining the quantum of compensation if the state subsequently revokes or ignores those same legislative promises of stability* ». Thomas WAËLDE et George NDI, « Stabilizing International Investment Commitments: International Law Versus Contract Interpretation », *Texas International Law Journal*, Vol. 21, 1996, p. 240, note 94.

uniquement à l'investisseur étranger. En l'absence d'un engagement spécifique, c'est le droit de l'État de librement révoquer son offre d'arbitrage qui l'emporte¹⁴⁸⁴.

564. L'importance d'un agrément. Les droits acquis, qu'ils soient internationalement protégés ou non, sont créés par le droit interne des États¹⁴⁸⁵. Ces droits, qui ne subissent pas l'action de la loi dans le temps¹⁴⁸⁶, résultent en droit interne d'un acte juridique subjectif. À ce titre, si l'investisseur souhaite se prévaloir d'un droit acquis, il doit disposer d'un engagement spécifique. En clair, l'apport véritable de la technique de gel de droit applicable, résultat des garanties de stabilisation, réside dans la distinction entre investisseur agréé et investisseur non agréé. Lorsque l'investisseur est agréé (situation qui se produit même dans le cadre d'une convention d'établissement), quand bien même il n'aurait pas accepté l'offre d'arbitrage avant son retrait, il pourra toujours s'en prévaloir au nom de la garantie de stabilisation que lui offre l'État et à la condition que celle-ci couvre bien les garanties procédurales¹⁴⁸⁷. Cette lecture est confortée par la lettre des dispositions de garantie de stabilisation des codes africains. Le texte malien précité souligne que l'État « s'engage à instaurer et à maintenir un environnement favorable aux investisseurs dont **les projets sont agréés** au présent Code (...) »¹⁴⁸⁸. Le législateur mauritanien accorde sa garantie pour « une période de vingt (20) ans à partir de la date d'attribution du **certificat d'investissement** »¹⁴⁸⁹. Quant à la loi congolaise, elle évoque les « **droits conférés aux investisseurs** »¹⁴⁹⁰. Ces droits peuvent être interprétés comme des droits individuels des investisseurs. Or, l'individualisation des droits procède d'acte subjectif et non objectif. Autrement dit, l'agrément crée un droit acquis qu'il faut protéger. En sens inverse, l'investisseur non agréé qui a réalisé son investissement ne

¹⁴⁸⁴ Contre cette approche: Mark STOLESON, « Investment at an Impasse: Russia's Production Sharing Agreement law and the Continuing Barriers to Petroleum Investment in Russia », *Duke Journal of Comparative and International Law*, vol. 7, 1997, pp. 683 – 687. En faveur de cette analyse : Arghyrios FATOUROS, *Government guarantees to Foreign Investors*, New York: Columbia University press, 1962, p. 122. Le caractère unilatéral de ces dispositions en limite la portée pratique. Diana Ximena CORREA ANGEL, *La stabilité juridique dans le droit international des investissements*, thèse, Université Paris 2 Panthéon-Assas, novembre 2012, p. 163, § 230. Jola GJUZI, *Stabilization clauses in international investment law, A sustainable development approach*, Springer, 2018, pp 33 – 37 et 72 – 77.

¹⁴⁸⁵ « Selon le droit international, l'acquisition de droits privés patrimoniaux est encore entièrement régie par le droit interne. Cela n'empêche naturellement pas les étrangers de pouvoir acquérir des droits de cette nature par le jeu d'un traité international, comme le prouve d'ailleurs abondamment la pratique et comme le reconnaît expressément la jurisprudence internationale. Mais telle est bien la situation lorsqu'aucune norme conventionnelle ne règle la question (nous nous réservons de revenir ultérieurement sur ce point). En particulier, lorsqu'il s'agit du droit de propriété et des autres droits réels, l'application de la *lex rei sitae* est obligatoire. En effet, l'État peut empêcher les étrangers d'acquérir des immeubles sur son territoire, encore que cette interdiction soit rare ; il peut aussi, et le cas est moins exceptionnel, interdire ou restreindre l'acquisition de certains droits patrimoniaux ». Francisco V. GARCIA AMADOR, « Responsabilité internationale : quatrième rapport de rapporteur spécial », Doc. A/CN.4/119, *Ann. CDI*, 1959, vol. II, p.3, §6.

¹⁴⁸⁶ Georges KAECKENBEECK, « La protection internationale des droits acquis », *RCADI*, vol. 59, 1937, p. 406. Egalement: De SZASZY, « The protection of Acquired Private Rights of Foreigners in International Law », *International Law Association Reports of Conferences*, vol.36, 1930, pp.583-589; Pierre LAVIVE, « The Doctrine of Acquired Rights », in *Southwestern Legal Foundation. International and Comparative Law Center, Rights and Duties of Private Investors Abroad*, New York, M. Bender, 1965, pp. 145 – 200.

¹⁴⁸⁷ Guinée, code des investissements de 2015, art. 13 et 14 qui limitent la garantie de stabilité aux avantages fiscaux et douaniers.

¹⁴⁸⁸ Mali, loi n°2012-016 du 27 février 2012 portant code des investissements, article 8 : stabilité.

¹⁴⁸⁹ Mauritanie, loi n° 52/2012 portant code des Investissements du 31 Juillet 2012, article 5.

¹⁴⁹⁰ RDC, code des investissements de 2002, art. 40.

pourra se prévaloir ni de l'offre d'arbitrage ni de la garantie de stabilisation¹⁴⁹¹. Aussi, l'absence d'un droit acquis au maintien de l'offre d'arbitrage rend superflue la question de l'autonomie de la garantie de stabilisation qui survivrait à l'abrogation de la loi qui la contient. Il a été indiqué que cette technique de la séparabilité trouve son fondement dans l'autonomie de la volonté¹⁴⁹². C'est la rencontre des volontés des parties qui autorise un dépeçage de l'instrument consacrant cette volonté commune. Le caractère unilatéral de la loi sur les investissements apparaît, à nouveau, comme une limite potentielle à cette séparabilité valant tant pour l'offre d'arbitrage que pour la garantie de stabilité. Cette lecture n'est d'ailleurs pas contrariée par les dispositions transitoires des codes africains.

b. Les dispositions transitoires et le maintien de l'offre d'arbitrage

565. La non-rétroactivité *in peor*. À l'inverse des garanties de stabilisation qui anticipent les changements futurs de l'environnement juridique, les dispositions transitoires des codes qui nous intéressent renferment des dispositions d'antériorité. Il s'agit pour la nouvelle loi de prévoir des mécanismes visant à tenir compte des effectivités constituées sous l'empire de la loi ancienne. L'étude des codes en vigueur fait la lumière sur une consécration par les législateurs nationaux du principe de *non-rétroactivité in peor* de la loi d'investissement. L'article 35 du code des investissements algérien dispose en ce sens :

« Sont maintenus les droits acquis par l'investisseur en ce qui concerne les avantages et autres droits dont il bénéficie, en vertu des législations antérieures à la présente loi, instituant des mesures d'encouragement aux investissements.
Les investissements bénéficiant des avantages prévus par les lois relatives à la promotion et au développement de l'investissement antérieurs à la présente loi, ainsi que l'ensemble des textes subséquents, demeurent régis par les lois sous l'empire desquelles ils ont été déclarés, jusqu'à expiration de la durée desdits avantages »¹⁴⁹³.

Plusieurs législateurs optent pour une formule similaire en précisant par ailleurs que l'investisseur peut expressément choisir de se soumettre à l'application de la nouvelle loi¹⁴⁹⁴. Cependant, la portée de ces dispositions ne doit être pas exagérée.

566. La nécessité d'un droit acquis. En effet, les diverses formulations protègent les droits acquis de l'investisseur étranger. Ce qui revient à ne protéger que les droits

¹⁴⁹¹ Sur la prise en compte des attentes légitimes et la protection des droits acquis voir *supra*, Partie 1 Titre 2 Chap. 2, Section 2.

¹⁴⁹² Sur ce point voir *supra*, Partie 1 Titre 2 chap 1 section 1.

¹⁴⁹³ Algérie, loi n°2016-09 du 03 août 2016 relative à la promotion de l'investissement, art. 35.

¹⁴⁹⁴ Précisément sur ce point : RDC, code des investissements de 2002 préc., art. 39 ; Plus largement, entre autres : Angola, code des investissements préc., article 49.1 ; Burundi, code des investissements préc., art. 19 ; Centrafrique, code des investissements préc., art. 27 ; Djibouti, code des investissements préc., art. 45, Guinée, code des investissements de 2015 préc., art. 44 et 45 ; Maroc, Charte des investissements, art. 23, Mozambique, code des investissements préc., art. 27 ; Namibie, code des investissements préc., art. 35, Togo, code des investissements préc., art. 54,

qu'un investisseur tient en vertu d'un agrément ou d'une convention d'établissement. En dehors de ces hypothèses, ni la théorie des attentes légitimes ni celle de l'acte unilatéral ne sauraient fonder l'investisseur à réclamer le maintien de l'ancienne offre arbitrage pour les raisons déjà indiquées concernant les garanties de stabilisation. Ainsi, les dispositions de la loi nouvelle avantageuses ou défavorables, concernant le droit de réclamation légale, s'appliqueront pour l'investisseur non agréé. Ces dispositions transitoires ne constituent qu'un énième indice, certes, *a posteriori*, de la volonté des États de protéger leur souveraineté normative tout en assurant un cadre juridique stable aux investisseurs diligents.

567. Dès lors, la réalisation de l'investissement n'apparaît pas comme l'élément pertinent dans l'appréciation des effets du retrait de l'offre d'arbitrage. L'agrément (ou la convention d'établissement) servirait de curseur. Si l'investisseur est agréé, le retrait par l'État de son offre d'arbitrage sera sans effet sur sa possibilité de se prévaloir de l'offre d'arbitrage abrogée. À défaut, il ne pourra plus en invoquer le bénéfice.

B. LA CADUCITE DE L'OFFRE D'ARBITRAGE

568. Définition. Selon le *Dictionnaire de droit international public*, la caducité désigne l'extinction d'un acte juridique du fait de son inapplication ou de son abandon par les parties depuis un temps plus ou moins long. Le terme serait alors synonyme de désuétude. L'autre signification que revêt la notion est celle de l'extinction d'un acte juridique du fait d'un changement fondamental de circonstances ou d'un bouleversement de la situation extérieur à la volonté des parties¹⁴⁹⁵. Contrairement au retrait de l'offre, la caducité couvre les hypothèses dans lesquelles bien que l'offre reste en vigueur, elle devient désuète à la suite d'un changement fondamental de circonstances. En pratique, le cas se produit lorsque l'État dénonce son instrument d'adhésion à la juridiction visée par l'offre d'arbitrage. En déclarant ainsi mettre un terme à l'accord international créant la juridiction, l'État retire dans les faits la possibilité pour les justiciables de saisir cette juridiction.

569. Les effets de la dénonciation. La dénonciation est ainsi une stratégie contentieuse fréquente en droit international. Elle est l'un des moyens privilégiés par les États pour se soustraire à la compétence des juridictions internationales sans qu'un autre État ou un investisseur auprès de qui ils se sont engagés ne le perçoivent comme un geste

¹⁴⁹⁵ Jean SALMON, *Dictionnaire de droit international public*, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 143, entrée : caducité.

inamical¹⁴⁹⁶. Toutefois, l'incidence que ces dénonciations ont sur le *locus standi* des investisseurs étrangers divise la communauté scientifique. Dans le cadre de l'arbitrage CIRDI notamment, le régime juridique applicable à la caducité trouve péniblement l'équilibre entre le droit souverain de dénonciation d'un État et les attentes des investisseurs. En effet, à la suite de la transmission par la Bolivie, le Venezuela et l'Équateur de leur instrument de retrait de la convention CIRDI, la date de prise d'effet de ces déclarations unilatérales a donné lieu des interprétations divergentes. Au titre des réponses envisagées, il est admis que l'acte de dénonciation soit sans effet sur les procédures en cours¹⁴⁹⁷ et les conventions d'arbitrage déjà formées conformément à l'article 25 de la convention de Washington¹⁴⁹⁸. Si les observations précédentes ne sont pas vraiment contestées, il en va différemment de la situation dans laquelle l'investisseur n'a pas encore accepté l'offre d'arbitrage figurant dans un TBI ou dans un code des investissements, mais a réalisé son investissement avant la transmission de l'acte de dénonciation de la Convention CIRDI par l'État hôte de l'investissement. Aux termes de l'article 71 de ladite convention, il est indiqué que la dénonciation ne prend effet qu'à l'expiration d'un délai de six mois à compter de la réception de la déclaration de retrait¹⁴⁹⁹. L'article 72 de la même convention prévient qu'une telle dénonciation « ne peut porter atteinte aux droits et obligations dudit État qui découlent d'un consentement à la compétence du Centre donné par l'un d'eux antérieurement à la réception de ladite notification par le depositaire ».

570. Une doctrine partagée. Interprétant ces dispositions, certains auteurs ont estimé qu'elles permettaient aux investisseurs de se prévaloir des offres d'arbitrage existantes au moment de la réalisation de leur investissement indépendamment de la

¹⁴⁹⁶ Certains États d'Amérique Latine ont ainsi dénoncé la convention de Washington créant le CIRDI. (UNCTAD, « Denunciation of the ICSID Convention and BITS: Impact on investor-state claims », *IIA Issues Note*, n°2 Décembre 2010; Cesar Fabian ROMERO ROA, « What are the Consequences of the Denunciation of the ICSID Convention to Investor-State Arbitration in Latin America? », *TDM*, vol. 13, 5, novembre 2016). En dehors du système CIRDI, la Colombie, Trinidad et Tobago et le Venezuela ont dénoncé la Convention Interaméricaine des droits de l'homme établissant la Cour Interaméricaine des droits de l'homme (Voir Note diplomatique GACIJ n°79357 du 27 novembre 2012 adressée au Secrétaire général de l'Organisation des États américains par la ministre colombienne des affaires étrangères. Voir aussi, CIJ, *question de la délimitation du Plateau Continental entre le Nicaragua et la Colombie au-delà de 200 milles marins de la Côte Nicaraguayenne (Nicaragua c. Colombie)*, Exceptions préliminaires, 17 mars 2016). Le Burundi quant à lui s'est retiré de la Cour Pénale Internationale (Burundi, loi n°1/14 du 18 octobre 2016 portant retrait de la République du Burundi du Statut de la Cour pénale Internationale). Plus récemment, le Bénin et la Côte d'Ivoire ont retiré la déclaration de compétence prévue au protocole relatif à la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples permettant aux individus de saisir directement la Cour Africaine des Droits de l'Homme et des Peuples (République du Bénin, ministère des Affaires étrangères et de la coopération, *Document n°216-C/MAEC/AM/SP-C*, 24 mars 2020 ; République de Côte d'Ivoire, Ministère des Affaires Etrangères, n° 186/MAE/BM/Amp, 28 avril 2020).

¹⁴⁹⁷ Christoph SCHREUER et al., *The ICSID Convention: a commentary*, CUP, 2ème éd., 2009, p. 1278, § 4.

¹⁴⁹⁸ CIRDI, Convention de Washington *préc.*, article 72.

¹⁴⁹⁹ Convention de Washington *préc.*, article 71 : « Tout Etat contractant peut dénoncer la présente Convention par notification adressée au depositaire de la présente Convention. La dénonciation prend effet six mois après la réception de ladite notification ».

dénonciation faite par l'État¹⁵⁰⁰. Cette solution favorable aux investisseurs étrangers a été critiquée en doctrine parce qu'elle consacrait l'existence d'une obligation juridique à consentir à l'arbitrage unilatéral que l'État ne peut plus retirer. Or, le consentement unilatéral donné dans une loi, tant qu'il n'est pas accepté, ne renferme pas d'obligation juridique à la charge des États qui restent libres de retirer leur offre¹⁵⁰¹.

Pour pallier les insuffisances de la précédente approche, il a été suggéré que l'acte de dénonciation ait un effet immédiat et rende caduque toutes les offres d'arbitrage qui ne sont pas encore acceptées¹⁵⁰². Une telle interprétation est également perçue comme excessive dans la mesure où elle prive de son intérêt le délai de 6 mois prévu à l'article 71 de la Convention.

Aussi, pour contourner l'objection, certains auteurs ont considéré que durant la période de 6 mois à compter de la dénonciation, l'investisseur qui a réalisé son investissement et n'a pas encore exprimé son acceptation de l'offre peut toujours le faire. Mais passer ce délai, l'offre devient caduque¹⁵⁰³.

571. L'approche initiale de la pratique arbitrale. Dans un premier temps, la pratique arbitrale s'est montrée favorable à la troisième option proposée par la doctrine. Dans l'affaire *Blue Bank c. Venezuela*, le Venezuela a notifié sa dénonciation de la Convention CIRDI, le 24 janvier 2012. La dénonciation du Venezuela de la Convention CIRDI est entrée en vigueur le 25 juillet 2012 conformément à l'article 71 de la Convention (qui fixe un délai de 6 mois à compter de la réception de l'acte de dénonciation pour sa prise d'effet). Durant ce laps de temps, la compagnie Blue Bank a déposé une requête d'arbitrage le 25 juin 2012 contre le Venezuela. Le CIRDI a transmis une copie de la requête d'arbitrage du demandeur par courrier et par courriel le 6 juillet 2012 au défendeur. La demande a été reçue par le défendeur le 7 juillet 2012 (soit 18 jours avant la prise d'effet de la dénonciation de la Convention CIRDI). Le tribunal a considéré que la requête introductive d'instance qui contient le consentement à l'arbitrage de l'investisseur, était intervenue avant la date d'entrée en vigueur de la dénonciation. Ainsi,

¹⁵⁰⁰ Fernando MANTILLA-SERRANO, « Effect of Bolivia's Withdrawal from the Washington Convention : Is BIT-Based ICSID Jurisdiction Foreclosed ? », *MEALEY'S International Arbitration Report*, Vol. 22, n°8, 2007, pp 39 – pp 44. Également, Emmanuel GAILLARD, « The Denunciation of the ICSID Convention », *N.Y.J.*, vol. 237, n°122, 26 juin 2007; Nigel BLACKABY, « ICSID Withdrawal, a storm in a teacup? », *Cah. Arb.*, 2010, n°1, pp. 45-61.

¹⁵⁰¹ Voir les développements précédents concernant le retrait de l'offre d'arbitrage dans cette même section, §2.

¹⁵⁰² Julien FOURET, « Denunciation of the Washington Convention and Non-contractual Investment Arbitration : "Manufacturing Consent" to ICSID Arbitration », *J. Int. Arb.*, Vol. 25, 2008.; Christoph SCHREUER, *The ICSID Convention : A commentary*, 2ème Ed., CUP, pp. 1279 – 1282.

¹⁵⁰³ Sébastien MANCIAUX, « la Bolivie se retire du Cirdi », *Rev. Arb.*, 2007, n°2, p. 351 – 357 ; Sébastien MANCIAUX, « Chronique des sentences arbitrales », *JDI*, n°2, 2011, pp. 570 – 573 ; Pierre MAYER et Ana Carolina SIMOES E SILVA, « Le consentement à l'arbitrage », *op. cit.*, p. 722 – 723 ; CIRDI, *Transban Investments Corp. c. République Bolivarienne du Venezuela*, ARB/12/24, 22 novembre 2017, opinion David Caron, §1.

la convention d'arbitrage a été formée en temps utile. Le tribunal ajouta que toute lecture *a contrario* reviendrait à priver le délai de six mois prévu à l'article 71 de tout effet utile¹⁵⁰⁴. Dans son opinion séparée, le président du tribunal Christer Söderlund, ajoutait que dans la présente espèce, l'article 72 de la convention ne devrait pas produire d'effet puisque cet article ne concerne que la protection des droits et obligations constitués¹⁵⁰⁵.

Dans l'affaire *Venoklim c. Venezuela*, à l'instar de *Blue Bank*, le demandeur soutenait que le consentement à l'arbitrage des parties était parfait depuis le 23 juillet 2012, date à laquelle la requête a été déposée (soit 2 jours avant l'entrée en vigueur de la dénonciation vénézuélienne). L'État défendeur estimait pour sa part que l'article 71 de la Convention CIRDI, qui prévoit le délai de 6 mois pour la prise d'effet des déclarations de retrait, était une règle générale. Cette règle générale est complétée par la règle spécifique de l'article 72 selon laquelle l'acte de dénonciation n'est sans effet qu'à l'égard des consentements donnés avant la réception (et non la prise d'effet) de l'acte de dénonciation. Dans la mesure où les règles spécifiques priment sur les règles générales et que le consentement à l'arbitrage du requérant est intervenu après la réception de l'acte de dénonciation, le tribunal devait admettre l'effet immédiat de la dénonciation de la Convention CIRDI. Toutefois, le tribunal arbitral estimait que rien ne permettait d'interpréter l'article 72 de la Convention CIRDI comme établissant une règle spécifique qui permettrait de donner effet immédiat à la dénonciation¹⁵⁰⁶. En d'autres termes, l'offre d'arbitrage pouvait toujours être acceptée dans le délai de six mois conformément à l'article 71. Cette tendance reprise dans d'autres affaires¹⁵⁰⁷, connaîtra tout de même un coup d'arrêt en 2017 avec l'affaire *FAVIANCA & Owens-Illinois de Venezuela c. Venezuela*¹⁵⁰⁸.

572. L'effet immédiat de la dénonciation ! Dans cette affaire, les requérants, les sociétés FAVIANCA et Owens Illinois, ont déposé leur requête d'arbitrage le 20 juillet, soit 5 jours avant le terme de la période de six mois suivant la dénonciation de la Convention CIRDI par le Venezuela. Pour fonder sa décision, le tribunal arbitral a opéré une distinction entre l'État partie à la Convention et l'État partie au litige pour estimer que l'article 71 s'applique à l'État partie à la convention et l'article 72 concerne l'État

¹⁵⁰⁴ CIRDI, *Blue Bank International & Trust (Barbados) Ltd. c. République bolivarienne du Venezuela*, ARB/12/20, Sentence, 26 avril 2017, §§ 117 – 119.

¹⁵⁰⁵ CIRDI, *Blue Bank International & Trust (Barbados) Ltd. c. République bolivarienne du Venezuela*, précité, opinion dissidente, §41.

¹⁵⁰⁶ CIRDI, *Venoklim holding B.V. c. République bolivarienne du Venezuela*, ARB/12/22, 3 avril 2015, §§ 69-80.

¹⁵⁰⁷ CIRDI, *Rusoro Mining Ltd., c. République bolivarienne du Venezuela*, ARB/(AF)/12/5, 22 août 2016, §§ 255 – 268 ; CIRDI, *Transban Investments Corp. c. République Bolivarienne du Venezuela*, ARB/12/24, 22 novembre 2017, §§ 73 – 93.

¹⁵⁰⁸ CIRDI, *FAVIANCA & Owens-Illinois de Venezuela C.A. c. République bolivarienne de Venezuela*, ARB/12/21, 13 novembre 2017.

partie au litige¹⁵⁰⁹. Fort de cette distinction, le tribunal arbitral se focalisa sur l'existence d'un consentement à l'arbitrage en rappelant que l'offre d'arbitrage est le consentement unilatéral de l'État, révocable *ad nutum*, tandis que l'acceptation de l'offre par l'investisseur crée la convention d'arbitrage qui lie les parties. De la sorte, seuls les consentements parfaits (les conventions d'arbitrage) peuvent s'appliquer durant la période des six mois à l'exclusion des simples offres d'arbitrage¹⁵¹⁰. Le raisonnement suivi n'est cependant pas exempt de tout reproche. Déjà, il est intrigant que les États signataires de la Convention de Washington aient prévu deux dispositions (l'article 25 pour l'État partie au litige et l'article 72 pour l'État partie à la convention) dans le même traité pour régir l'application dans le temps des conventions d'arbitrage. Ensuite, les travaux préparatoires ne permettent pas d'établir le bien-fondé de la distinction proposée¹⁵¹¹. Enfin, un effet contre-productif est à craindre dans la mesure où tout État qui s'apprête à opérer une modification législative ou adoptées des mesures défavorables aux investisseurs pourra opportunément dénoncer la convention visée¹⁵¹².

573. Approche comparative. Dès lors, il n'est pas certain que l'effet immédiat reconnu aux actes de dénonciation soit l'interprétation indiquée. À titre de comparaison, dans le domaine des droits de l'homme notamment, les juridictions internationales ont adopté des approches favorables à leur saisine. Contrairement à l'article 71 qui fixe un préavis de six mois avant la prise d'effet de la déclaration de retrait, les conventions interaméricaines des droits de l'homme et africaine des droits de l'homme et des peuples ne prévoyaient pas un tel préavis. Ces juridictions ont estimé, se fondant sur la Convention de Vienne sur le droit des traités, que l'État devait observer un préavis de 12 mois avant

¹⁵⁰⁹ CIRDI, *FAVIANCA & Owens-Illinois de Venezuela C.A. c. République bolivarienne de Venezuela*, ARB/12/21, 13 novembre 2017, § 269 : « This division of labour between Article 71 and Article 72 is important. Article 71 establishes the right of denunciation of the ICSID Convention and regulates the consequences that flow from the exercise of that right in respect of the Contracting State's position as a state party to the ICSID Convention. This is clear from the ordinary meaning of the terms "[a]ny Contracting State may denounce this Convention" in Article 71. Article 72 regulates the consequences that flow from the exercise of the right of denunciation in Article 71 on the Contracting State's position as a party (or potential party) in an ICSID arbitration. In other words, and for the purposes of this case, Article 71 is addressed to Venezuela as a Contracting State to the ICSID Convention, whereas Article 72 is addressed to Venezuela as a party (or potential party) in ICSID arbitrations. This division of labour is not unique to Articles 71 and 72: the contrast between provisions that are addressed to the Contracting States as parties to an international treaty, and provisions that are addressed to parties in ICSID arbitration proceedings, permeates the entire ICSID Convention ».

¹⁵¹⁰ CIRDI, *FAVIANCA & Owens-Illinois de Venezuela C.A. c. République bolivarienne de Venezuela*, ARB/12/21, 13 novembre 2017, §§ 293 – 296.

¹⁵¹¹ Bien qu'au paragraphe 292 de la sentence, le tribunal arbitral se réfère à des discussions entre les experts pays et le conseiller de la Banque Mondiale, pour conclure que les travaux préparatoires ne contredisent son interprétation des articles 71 et 72 de la Convention, de sérieuses réserves peuvent être formulées. Le mécanisme de l'arbitrage sans lien direct a été consacré pour la première fois dans l'affaire *SPP c. Egypte* de 1988 et repris dans la sentence *AAPL c. Sri Lanka* de 1990 soit bien après les travaux préparatoires. Ainsi, considérer que les rédacteurs aient entrevu la possibilité d'un consentement dissocié formé entre le moment de la notification de l'acte de dénonciation et celui de sa prise d'effet, relève d'un certain anachronisme. De plus, il n'est nullement fait mention d'une distinction entre l'État qui consent comme partie au litige et l'État qui consent comme partie à la convention de Washington.

¹⁵¹² Une procédure en annulation de la sentence arbitrale a été initiée et la décision non encore disponible a été rendue le 22 novembre 2019.

la prise d'effet de sa dénonciation. Durant cette période, les Cours admettent que le retrait est sans effet sur les procédures en cours¹⁵¹³. Également, il peut être déduit de leur volonté de rappeler constamment que le retrait ne prend effet qu'à l'expiration d'un délai de 12 mois, qu'elles seraient favorables à la recevabilité des requêtes individuelles introduites dans ce laps de temps.

Mais la solution est difficilement extensible dans la mesure où le droit d'action individuel dans le cadre des droits de l'homme ne requiert pas une convention d'arbitrage entre les Parties. Il ne semble pas possible, pour ce motif, d'en déduire un principe général de droit international ou encore une obligation de droit international général. Mais la tendance majoritaire reste tout de même en faveur d'un effet médiat des déclarations de renonciation. Au regard de cette tendance, la solution la mieux indiquée serait en effet de considérer la dénonciation du traité établissant la compétence de l'organe juridictionnel comme étant toujours en vigueur. Les investisseurs qui ont réalisé leur investissement pourraient encore se prévaloir de l'offre qui figure dans un traité ou dans un code des investissements.

574. En définitive, la caducité de l'offre d'arbitrage ne trouve pas encore une réponse univoque même si les tendances majoritaires proposent une analyse plus respectueuse des droits et obligations des deux parties. Admettre la recevabilité des requêtes ne devrait pas poser de difficultés si le consentement de l'investisseur intervient dans les formes fixées par l'offre d'arbitrage.

Conclusion de chapitre

575. La dévolution du pouvoir juridictionnel n'est adéquate que si l'État consent à l'arbitrage. Pour ce faire, la pratique arbitrale considère que les interdictions de compromettre dans le droit interne ne sont pas opposables à la partie demanderesse en raison de l'ordre public international. Les États disposent ainsi de la capacité processuelle requise pour être partie au contentieux et pourront exprimer leur consentement dans une disposition du code des investissements. De telles dispositions législatives devront être qualifiées d'"offres légales d'arbitrage" en ce qu'elles sont des actes *sui generis*. En effet, alors même qu'elle participe de la formation d'un acte juridique subjectif, *i.e.* une

¹⁵¹³ Cour Interaméricaine des droits de l'homme, *Ivcher-Bronstein v. Peru*, arrêt, compétence, 24 septembre 1999. Cour africaine des droits de l'homme et des peuples, *Affaire Ingabire Victoire Umuhiza c. République du Rwanda*, arrêt sur la compétence du 5 septembre 2016, Requête no 003/2014. Cour africaine des droits de l'homme et des peuples, *Houngué Eric Noudehouenou c. République du Bénin*, Requête n° 003/2020, Ordonnance portant mesures provisoires, 05 mai 2020. Sur l'inconstance des solutions adoptées par la CIJ, voir *supra*, Partie I, titre II, chap 1, sect. 2.

convention d'arbitrage, le régime qui leur est applicable demeure celui de la loi, qui est par définition un acte juridique objectif. Par conséquent, la validité du consentement unilatéral de l'État à l'arbitrage dans un code, devra être déterminée selon les principes et méthodes d'interprétation des lois. Suivant ces principes, seule une quinzaine de codes africains contiennent une offre légale d'arbitrage qui permettrait à un investisseur d'introduire une réclamation légale *stricto sensu*, c'est-à-dire une réclamation sur le fondement direct de la loi. Dans les autres cas, les dispositions relatives à l'arbitrage seront de simples invitations à négocier l'arbitrage. Le consentement univoque de l'État devra alors être formalisé dans un engagement spécifique sous la forme d'un agrément. Certes, ce consentement formalisé suivant ce procédé permettra à l'investisseur d'introduction une action sur le fondement de la loi, mais il ne s'agira plus exactement d'un arbitrage sans lien direct. L'hypothèse serait plutôt celle d'une réclamation légale *lato sensu*. L'avantage de cette pratique législative africaine est de conférer à l'investisseur, un droit au maintien de l'offre d'arbitrage qui n'existe pas dans les réclamations légales *stricto sensu*. L'exercice du droit de réclamation de ce dernier s'en trouve alors renforcé.

Chapitre 2 : L'exercice indiqué du droit de réclamation légale de l'investisseur

576. La technique des consentements dissociés à l'œuvre dans l'arbitrage sans lien direct a pour conséquence pratique de réserver l'initiative de la procédure à un investisseur contre l'État¹⁵¹⁴. Certes, il appartient à l'État d'établir le droit de réclamation de l'investisseur en donnant son consentement à l'avance, mais c'est à l'investisseur qu'il revient d'exercer ce droit de réclamation. Pour ce faire, celui-ci doit également consentir à la procédure arbitrale (section 1) dans les formes et conditions posées par les législateurs en vue d'encadrer le droit de réclamation légale de ces derniers (section 2).

Section 1 : L'exigence d'un consentement valide de l'investisseur à l'arbitrage

577. Contrairement à l'offre légale d'arbitrage qui est formulée *erga omnes*, le consentement de l'investisseur à l'arbitrage intervient *inter partes*. À ce titre, son consentement est libre et éclairé. Le déséquilibre qui pourrait en résulter, conduit les États, dans leurs lois, à limiter le bénéfice de l'offre à des catégories précises d'investisseurs. En pratique toutefois, le caractère laconique des dispositions législatives relatives à la définition de l'investisseur n'en facilite pas l'identification (§1). Également, par le jeu des interprétations, il arrive que le consentement des investisseurs intervienne dans des formes qui ne sont pas celles prescrites par les textes (§2).

§1 : L'identification de l'acceptant : l'investisseur protégé

578. Qui peut se prévaloir de l'offre d'arbitrage figurant dans le code des investissements ? Selon les codes africains, seuls les investisseurs peuvent bénéficier des garanties procédurales offertes. Cependant, les textes ne définissent pas avec soin la notion d'investisseur. À l'instar de la disposition burundaise, l'investisseur est « [t]oute personne physique ou morale [...] réalisant dans les conditions définies dans le cadre du présent code, des opérations d'investissement sur le territoire du Burundi »¹⁵¹⁵. Le caractère laconique de la disposition ne manque pas de soulever plusieurs difficultés. Dans

¹⁵¹⁴ Walid BEN HAMIDA, *L'arbitrage transnational unilatéral. Réflexion sur une procédure réservée à l'initiative d'une personne privée contre une personne publique*, Thèse, Université Panthéon-Assas, Paris, 2003,

¹⁵¹⁵ Burundi, Loi n°1/24 du 10 septembre 2008 portant code des investissements du Burundi, art. 1.4.

le cadre de l'arbitrage CIRDI par exemple¹⁵¹⁶, la détermination de la nationalité de l'investisseur, personne physique (A) ou morale (B), nécessite une application distributive, voire corrective, d'un droit international encore partagé entre *lex specialis* et *lex generalis*. Par ailleurs, en plus du critère de nationalité, certains codes conditionnent l'exercice du droit de réclamation à l'obtention d'un agrément (C).

A. L'IDENTIFICATION DE L'INVESTISSEUR PERSONNE PHYSIQUE

579. La pratique africaine dominante. La grande majorité des textes permettent à une personne physique de bénéficier, sous conditions, des dispositions relatives à l'arbitrage. Fait exception à cette tendance, le code des investissements burkinabé dont l'article 1 en définissant l'investisseur comme « toute personne morale, réalisant un investissement au Burkina Faso sans considération de sa nationalité », exclut implicitement les personnes physiques au titre des bénéficiaires du code¹⁵¹⁷. Les ressources disponibles au sujet de cette loi ne renseignent pas sur les raisons de cette restriction qui contraste pourtant avec la pratique ancienne du législateur¹⁵¹⁸. Ces silences pourraient être perçus comme un moyen empêchant l'émission de signaux négatifs pour l'attractivité économique de l'État. L'idée que l'exclusion des personnes physiques au titre du code des investissements est une pratique extrêmement marginale, s'en trouverait, de ce fait, confortée. Mais ce constat, aussi rassurant soit-il, n'oblitére pas les difficultés posées par le reste des codes étudiés dans le cadre du mécanisme d'arbitrage CIRDI. Celles-ci concernent en premier lieu, la compatibilité du critère de la résidence pris comme facteur d'attribution de la nationalité dans les codes au système CIRDI (1). En second lieu, la rédaction laconique des dispositions législatives ne permet pas d'identifier le régime applicable aux cas de double nationalité. De la sorte, c'est au droit international général qu'il convient de se référer, en dépit du secours limité de celui-ci (2).

¹⁵¹⁶ Il a été indiqué précédemment que les offres légales d'arbitrage renvoient principalement aux CIRDI pour la résolution des litiges relatifs aux investissements internationaux en dépit d'une politique de promotion des centres d'arbitrage locaux. Voir *supra*, dans ce titre, chapitre 1, section 2, §1, B, 2, b.

¹⁵¹⁷ Burkina Faso, loi n°038-2018/AN portant code des investissements au Burkina Faso, art. 1. La pratique restrictive du code est confirmée par ailleurs par la définition de l'investissement compris comme un « capital employé par toutes personnes morales ».

¹⁵¹⁸ L'ancien code de 2010 étendait ses bénéfices aux personnes physiques étrangères. Burkina Faso, loi n°62-95 du 14/12/1995 modifiée par la loi n°007-2010/AN du 29 janvier 2010, art. 7. Ce texte rappelle la pratique ancienne des républiques socialistes. A titre illustratif, le TBI France-Roumanie de 1976 prévoyait qu'il ne s'appliquait qu'aux « unités économiques roumaines ayant la personnalité juridique, telles que les centrales industrielles ou les unités assimilées à celles-ci et les unités économiques qui, conformément à la loi, ont des attributions de commerce extérieur et de coopération économique avec les étrangers » (*JORF*, 17 octobre 1978, p. 3598). Cette approche s'expliquait en partie par la conception particulière de la propriété (Aurélien IONASCO « Les types et les formes de propriété en droit socialiste », *Revue internationale de droit comparé*, 1969, vol. 21, n°3, pp. 499-508) qui permettait à certaines entités de jouir d'un statut de type particulier (Wilhelm A. SCHEUERLE, « Les personnes morales en droit soviétique », *Revue internationale de droit comparé*, 1952, vol. 4-3, pp. 443-460).

1. *La compatibilité du critère de la résidence dans l'attribution de la nationalité avec la Convention de Washington.*

580. Le problème de la nationalité dans le cadre du CIRDI. Contrairement aux centres d'arbitrage à compétence générale, le mécanisme de résolution des litiges du CIRDI n'est ouvert qu'aux investisseurs d'une nationalité différente de celle de l'État hôte de l'investissement. L'article 25 de la Convention de Washington précise en ce sens :

« (1) La compétence du Centre s'étend aux différends d'ordre juridique entre un État contractant [...] et le **ressortissant d'un autre État contractant** [...] (2) "Ressortissant d'un autre État contractant" signifie : (a) toute personne physique qui possède la nationalité d'un État contractant autre que l'État partie au différend à la date à laquelle les parties ont consenti à soumettre le différend à la conciliation ou à l'arbitrage ainsi qu'à la date à laquelle la requête a été enregistrée conformément à l'article 28, alinéa (3), ou à l'article 36, alinéa (3), à l'exclusion de toute personne qui, à l'une ou à l'autre de ces dates, possède également la nationalité de l'État contractant partie au différend [...] »¹⁵¹⁹.

Cette disposition emporte deux conséquences principales. La première, positive, exige que l'investisseur ait une nationalité étrangère tandis que la seconde condition, négative, exclut les requêtes introduites par les nationaux de l'État d'accueil¹⁵²⁰. Cependant, le régime pour l'appréciation de cette exigence d'une nationalité étrangère reste indéterminé¹⁵²¹.

581. L'apport réduit du droit international. Pour pallier la difficulté, les arbitres recourent, à bon droit, à une application supplétive du droit international. C'est en premier lieu vers le droit international spécial que leur attention se dirige dans le cadre des réclamations conventionnelles¹⁵²². Ils recherchent alors les critères d'attribution de nationalité figurant dans les traités lorsque ceux-ci existent¹⁵²³. À défaut, ils appliquent les règles de droit international général qui postulent la compétence exclusive des États dans l'attribution de leur nationalité aux personnes physiques établies sur leur

¹⁵¹⁹ Article 25 de la Convention de Washington préc.

¹⁵²⁰ CIRDI, *Rapport des Administrateurs sur la Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États*, 18 mars 1965, § 29 : Il convient de noter qu'en vertu de la clause (a) de cet alinéa (2), une personne physique possédant la nationalité de l'État partie au différend ne sera pas admise à être partie aux procédures établies sous les auspices du Centre, même si elle possède en même temps la nationalité d'un autre État. Cette exclusion est absolue et ne peut être écartée même si l'État partie au différend y consent. »

¹⁵²¹ Lucy REED et Jonathan DAVIS, « Who is a protected Investor? » in Marc BUNGENBERG et al., *International Investment law*, op. cit., pp 614 – 637. Christoph SCHREUER et al., *The ICSID Convention, a commentary*, op. cit., pp 264 – 277, §§ 640 – 687.

¹⁵²² CIRDI, *Victor Pey Casado c. Chile*, Sentence, ARB/98/2, 8 mai 2008, §§ 236 – 418 ; CIRDI, *Ioannis Kardassopoulos c. Georgie*, Compétence, ARB/05/18, 6 juillet 2007, §§ 108 – 112.

¹⁵²³ Ces traités exigent de l'investisseur d'avoir la nationalité de l'autre État partie au traité ce qui n'est pas le cas de la Convention de Washington ou encore des codes des investissements. Sur ce la nationalité dans le cadre des TBI, voir : Lucy REED et Jonathan DAVIS, « Who is a protected Investor? » in Marc BUNGENBERG et al., *International Investment law*, op. cit., pp. 617 – 619, §§ 10 – 12 et plus largement pp. 614 – 637.

territoire¹⁵²⁴. Dans le cadre des réclamations légales, cette approche supplétive du droit international n'est pas mobilisable. Certes, les lois peuvent servir de *lex specialis*, mais leur qualité d'acte juridique de droit interne ne permet de poser les règles qu'elles contiennent comme du droit international spécial. Il s'ensuit que vis-à-vis du droit international général, les règles posées par le code des investissements entretiennent plus un rapport de compatibilité que de complémentarité. Ainsi, conformément à la règle de la compétence exclusive de l'État national dans l'attribution de leur nationalité, un État hôte ne peut déterminer dans son code des investissements, les conditions auxquelles un investisseur peut bénéficier de la nationalité d'un autre État. Pour cette raison, la pratique législative africaine dominante exige simplement que la personne physique n'ait pas la nationalité de l'État d'accueil, *i.e.* qu'elle soit étrangère¹⁵²⁵. En revanche, rien n'interdit à cet État d'accueil de considérer comme étrangère des personnes physiques d'après des critères qu'il aura défini dans sa loi nationale. En effet, ce qu'exige la Convention de Washington, ce n'est pas tellement d'avoir une nationalité déterminée, mais seulement la qualité d'étranger, soit un seuil d'exigence moins élevé que la situation pouvant résulter des TBI. En pratique, cela permet à certains législateurs d'accorder lestement la qualité d'étranger à des investisseurs suivant un critère de résidence.

582. Les insuffisances de la pratique du critère de résidence. L'appréciation de la condition étrangère de l'investisseur suivant le critère de résidence est marginale dans la pratique africaine. Trois codes peuvent être identifiés¹⁵²⁶. Parmi ceux-ci, l'illustration la plus précise est fournie par le code de la RDC qui définit l'investisseur étranger comme « [...] toute personne physique n'ayant pas la nationalité congolaise ou **ayant la nationalité congolaise et résidant à l'étranger** »¹⁵²⁷. Ce critère de résidence est repris, non sans ambiguïté, par d'autres législateurs. C'est le cas de l'article 2.6 du code des investissements éthiopien qui définit l'investisseur étranger comme : « [...] *an Ethiopian incorporated enterprise owned by foreign nationals jointly investing with a domestic investor, and includes an Ethiopian permanently residing abroad and preferring*

¹⁵²⁴ CPJI, *affaire des décrets de nationalité promulgués au Maroc*, avis préc., p. 24 ; CIJ, *affaire Nottebohm (Liechtenstein c. Guatemala)*, arrêt du 6 avril 1955, *Rec.* 1955, p. 23.

¹⁵²⁵ L'article 2 du code des investissements togolais de 2019 précitée retient ainsi : « toute personne physique ou morale, togolaise ou **étranger** réalisant un investissement dans les conditions définies par le présent code, sur le territoire national ». Ainsi dans les codes, la formulation la plus fréquente est celle d'investisseur étranger défini négativement c'est-à-dire un investisseur qui n'a pas la nationalité de l'Etat d'accueil.

¹⁵²⁶ Éthiopie, *Investment Proclamation No. 769/2012* (2012), art. 2.6 ; RDC, *Code des investissements* de 2002, art. 2.e ; Sud-Soudan, *code des investissements* de 2009, art. 5, al. 14.

¹⁵²⁷ RDC, *Code des investissements* de 2002, art. 2.e., Gras ajoutés. Dans le même sens, le code sud-soudanais de 2009 prévoit : « *foreign investor* " means any natural or juridical person who is a resident or a citizen of a foreign county ».

treatment as a foreign investor »¹⁵²⁸. La formulation choisie n'est pas très précise en ce qu'à première lecture, elle n'indique pas si l'option, celle d'être traité comme un étranger, est offerte au ressortissant éthiopien résidant à l'étranger ou à l'entreprise locale dans laquelle des étrangers et des nationaux ont des participations. Dans le premier cas, cela reviendrait à dire que le texte éthiopien entre en contradiction flagrante avec la Convention de Washington puisqu'elle permettrait à un investisseur d'agir contre son État national alors même que le CIRDI ne traite que des réclamations entre État hôte et investisseur étranger. Dans le second cas, c'est l'intérêt de la disposition qui laisse circonspect. Pourquoi exiger cumulativement, pour qu'une entreprise de droit local soit étrangère qu'elle puisse être détenue à la fois par des personnes physiques étrangères, des Éthiopiens vivant en Éthiopie et des Éthiopiens vivant hors d'Éthiopie ? Les législateurs restent maîtres de leur choix, mais la logique improbable de cette seconde interprétation, autorise à penser, en l'absence d'autres éléments, que cette disposition semble dire que les Éthiopiens résidant à l'étranger qui investissent dans une société de droit local peuvent être considérés comme des investisseurs étrangers.

Une réponse catégorique n'est pas ici indiquée. Toutefois, il serait permis, sans trop de risque, de considérer que les codes relevant de cette catégorie créeraient un lien de nationalité purement artificiel, voire fantaisiste si la bonne lecture était de dire qu'un national peut être considéré comme étranger s'il réside à l'étranger. Un tribunal arbitral CIRDI¹⁵²⁹ saisi par un tel investisseur devrait décliner sa compétence tant une telle disposition serait contraire à la condition négative posée par la Convention de Washington. Les nationaux de l'État hôte, en dépit des stipulations contraires, ne peuvent introduire de requête contre leur État national¹⁵³⁰. Cette solution résulte du fait que la "nationalité étrangère" est plus une commodité de langage qu'une exactitude juridique. L'étranger qui saisit le CIRDI n'est pas dispensé de la démonstration de son lien de rattachement à un État. L'on y voit au moins une nécessité : celle de rapporter la preuve qu'il n'est pas ressortissant d'un État qui n'est pas partie à la Convention de Washington¹⁵³¹. Aussi, sauf cas d'apatridie, un tribunal arbitral devrait apprécier objectivement le lien de rattachement personnel de l'investisseur personne physique. Ce

¹⁵²⁸ Éthiopie, Investment Proclamation No. 769/2012 (2012), art. 2.6.

¹⁵²⁹ Cette affirmation n'est valable que pour le système CIRDI. Les autres centres d'arbitrage non spécialisés sont eux compétents pour connaître de ce type de réclamations.

¹⁵³⁰ Sur l'impossibilité pour les États de fixer des conditions plus larges que celles de la Convention CIRDI, voir également : Engela SCHLEMMER, « Investment, Investor, Nationality, and Shareholders », in Peter MUCHLINSKI et al., *The Oxford Handbook of International Investment Law*, Oxford University Press, 2008, § 49 – 88.

¹⁵³¹ Il est utile de préciser ici que les ressortissants des États qui ne sont pas parties à la Convention de Washington ne peuvent saisir le CIRDI.

lien de rattachement ne saurait être apprécié par référence à des critères autre que ceux retenus par l'État dont il est le ressortissant. L'issue qui s'offrirait alors à un tel investisseur serait nécessairement de s'orienter vers d'autres instances arbitrales telles que la CCI ou la CCJA dont les règlements ne comportent pas une interdiction de même nature que celle de la Convention de Washington.

583. Si le critère de résidence peut être utilisé pour élargir le champ des bénéficiaires du droit de réclamation, il peut aussi être employé pour le restreindre. C'est le cas de l'article 1, al. 16, *litt.* (b) du code namibien qui définit l'investisseur namibien comme : « *a permanent resident of Namibia who is in possession of a permanent residence permit issued to him or her in terms of the Immigration Control Act, 1993* »¹⁵³². En attribuant la nationalité namibienne aux investisseurs étrangers sur le fondement de la résidence, ce code pose un critère d'attribution de la nationalité dérogoratoire au droit commun local. Le droit international général ne pose *a priori* aucun obstacle à ce qu'un État adopte une telle politique législative. Cette pratique est donc licite au regard du droit international. La question qui pourrait se poser serait de savoir si un investisseur peut contester la nationalité acquise par la résidence devant un tribunal arbitral. Autrement dit, peut-il faire prévaloir dans une procédure CIRDI sa carte nationale d'identité au détriment de son "titre de séjour" ("*permanent residence permit*" selon la loi namibienne) ? La sentence *Marvin Roy Feldman Karpa c. Mexique* offre un début de réponse, bien qu'à propos des réclamations conventionnelles. En l'espèce, le requérant était un citoyen américain qui résidait au Mexique. Le chapitre 11 du Traité ALENA prévoyait que les nationaux et les résidents de chaque État disposaient d'un droit de réclamation. Marvin introduisit alors une requête contre le Mexique. L'État défendeur argua que Marvin devait être considéré, en raison de la résidence, comme un ressortissant mexicain et à ce titre, ne peut introduire de réclamation contre lui. Le tribunal a rejeté cet argument en rappelant que la nationalité prévaut sur le critère de résidence qui n'a qu'un rôle subsidiaire¹⁵³³. Si l'on partage sans peine cet avis, parce que le critère de résidence n'équivaut pas à une seconde nationalité, la solution posée d'une utilité moindre dans les situations avérées de double nationalité.

2. Le secours limité du droit international général en cas de double nationalité

¹⁵³² Namibie, code des investissements de 2016, art. 1.

¹⁵³³ CIRDI, *Marvin Roy Feldman Karpa c. Mexique*, compétence, 6 décembre 2000, ILM 2001, p. 615. Le tribunal note: « *permanent residents are treated like nationals in a given State Party only if that State is different from the state where the investment is made* ».

584. Le problème de la nationalité effective. L'hypothèse est la suivante : un investisseur A ressortissant des États B et C réalise un investissement au sein de l'État D. À la suite d'un malentendu avec l'État D, l'investisseur A décide de saisir le CIRDI sur le fondement du code des investissements de cet État. Sachant que l'État C n'est pas partie à la Convention de Washington, l'État D peut-il exciper l'incompétence personnelle du tribunal CIRDI au motif que la nationalité effective de l'investisseur A est celle de l'État C et qu'à ce titre, celui-ci ne pourrait se prévaloir de la nationalité de l'État B ? L'enjeu de la question est simple. Si l'investisseur A peut se prévaloir de la nationalité de l'État B, alors le tribunal CIRDI sera compétent. À l'inverse, si ce dernier quoique national de B, ne peut se prévaloir que de sa nationalité C parce que celle-ci serait sa nationalité effective, alors le tribunal CIRDI devra décliner sa compétence.

Pour répondre à cette question, il faut en premier se référer à la Convention CIRDI et à la cause juridique de la réclamation en tant que droit spécial. Toutefois, la Convention CIRDI ne prévoit aucune disposition spécifique applicable à ce cas de figure. Également, aucun code des investissements africain ne comporte une disposition spécifique applicable à cette hypothèse si elle venait à se produire pour un État africain. Formulé autrement, les règles spéciales qui procèdent de la Convention CIRDI et des codes ne renferment pas d'indications sur d'éventuelles conditions pour apprécier l'effectivité de la nationalité de l'investisseur¹⁵³⁴. Par défaut, certains plaideurs s'en remettent, à juste titre, au droit international général pour apprécier l'effectivité de la nationalité de l'investisseur. Or, une telle exigence de nationalité est loin de faire l'unanimité tant dans son principe, que dans sa mobilisation dans le cadre de l'arbitrage d'investissement.

585. L'existence controversée d'une condition d'effectivité. Rappelons le célèbre *dictum* de la CIJ dans l'affaire Nottebohm :

« Selon la pratique des États, les décisions arbitrales et judiciaires et les opinions doctrinales, la nationalité est un lien juridique ayant à sa base un fait social de rattachement, une solidarité effective d'existence, d'intérêts, de sentiments jointe à une réciprocité de droits et de devoirs. Elle est, peut-on dire, l'expression juridique du fait que l'individu auquel elle est conférée, soit directement par la loi, soit par un acte de l'autorité, est, en fait, plus étroitement rattaché à la population de l'État qui la lui confère qu'à celle de tout autre État. Conférée par un État, elle ne lui donne titre à l'exercice de la protection vis-à-vis d'un autre État que si elle est la traduction en termes juridiques de l'attachement de l'individu considéré à l'État qui en a fait son national »¹⁵³⁵.

¹⁵³⁴ CIRDI, *Saba Fakes c. Turquie*, ARB/07/20, sentence, 14 juillet 2010, §§ 54 – 81, CIRDI, *Ioan Micula et al. c. Roumanie*, ARB/05/20, juridiction, 24 septembre 2008, §§ 98 – 106 ; CIRDI, *Champion trading Co. et al c. Égypte*, ARB/02/9, juridiction, 21 octobre 2003, p. 17 ; CIRDI-ALENA, *Marvin Roy Feldman Karpa c. Mexique*, ARB(AF)/99/1, Exceptions préliminaires, 6 décembre 2000, § 31 – 32.

¹⁵³⁵ CIJ, *Affaire Nottebohm (Liechtenstein c. Guatemala)*, arrêt, 6 avril 1955, p. 23

La doctrine a cru bon de voir dans cet énoncé une règle générale selon laquelle pour être opposable, la nationalité de la personne physique doit être effective¹⁵³⁶. Pourtant, cette exigence d'une nationalité effective est controversée¹⁵³⁷. La Commission du droit international dans son *Projet d'articles sur la protection diplomatique* retient à la suite des débats que la condition d'effectivité ne devrait pas être considérée comme une règle fermement établie en droit international. Cette solution s'impose parce que le raisonnement suivi par la CIJ montre qu'elle n'avait pour ambition de proposer une règle générale d'une part et d'autre part, suite à la globalisation et aux mouvements des personnes dans le monde, l'exigence d'une condition d'effectivité serait contre-productive pour le droit international¹⁵³⁸. Sur le premier argument, la CDI reprend à son compte l'analyse menée par la Commission de conciliation italo-américaine dans l'affaire *Flegenheimer*¹⁵³⁹ tandis que le second argument est spéculatif. Il est difficile de déterminer par avance et sans l'ombre d'un doute quelle règle de droit est productive pour le droit international (à l'exception peut-être du *jus cogens*).

Le professeur Santulli, pour sa part, considère que la condition d'effectivité de la nationalité ne « devrait viser [que] les cas de nationalité multiple résultant des naturalisations »¹⁵⁴⁰. Cette limitation au cas des nationalités multiples présenterait l'avantage de contourner la condition négative posée par la Convention de Washington, en invoquant une nationalité dominante. Plutôt que de rechercher quelle nationalité n'est pas effective, on rechercherait plutôt celle que priorise l'investisseur. De la sorte, lorsque celui-ci possède à la fois la nationalité de l'État hôte et une nationalité étrangère, il pourrait être plaidé que sa nationalité dominante est sa nationalité étrangère et par

¹⁵³⁶ L'exigence d'une nationalité effective avait déjà été prescrite dans des sentences arbitrales antérieures à l'affaire Nottebohm, voir notamment : CPA, Affaire Canevaro (Italie c. Pérou), sentence, 3 mai 1912. La question de la nationalité effective a également été discutée dans les affaires suivantes : Commission de conciliation, Égypte – États-Unis, *Affaire Salem*, 8 juin 1932, *RSA* 1932, vol. II, pp 1161 – 1237 ; Commission de conciliation italo-américaine, *Affaire Mergé*, décision N° 55, 10 juin 1955, *RSA* 1955, vol. XIV, pp. 236 – 248, spéc. pp 242 - 248 ; et Tribunal Irano-Américain, décision dans l'affaire n°A/18, 6 avril 1984.

¹⁵³⁷ Déjà, en 1932, le tribunal dans l'affaire Salem préc., soulignait : “On the other hand the Arbitral Tribunal cannot admit that where such a return occurs the State of origin be entitled by international law to maintain that its claim is more important in justice than the claim of the new State. **The principle of the so-called "effective nationality" the Egyptian Government referred to does not seem to be sufficiently established in international law.** It was used in the famous Canevaro case; but the decision of the Arbitral Tribunal appointed at that time has remained isolated. In spite of the Canevaro case, the practice of several governments, for instance the German, is that if two powers are both entitled lay international law to treat a person as their national, neither of these powers can raise a claim against the other in the name of such person (Borchard, *l. c.*, p. 588). Accordingly the Egyptian Government need not refer to the rule of "effective nationality" to oppose the American claim if they can only bring evidence that Salem was an Egyptian subject and that he acquired the American nationality without the express consent of the Egyptian Government” Commission de conciliation, Égypte – États-Unis, *Affaire Salem*, 8 juin 1932, *RSA* 1932, vol. II, p. 1187.

¹⁵³⁸ CDI, « Projet d'articles sur la protection diplomatique et commentaires y relatifs », *Rapport A/61/10*, 2006, p. 28 § 5.

¹⁵³⁹ Commission de conciliation italo-américaine, *Affaire Flegenheimer* (États-Unis c. Italie), 20 septembre 1958, *Ann. Suisse de Droit International*, 1961, vol. XVIII, pp. 155-228 ; Comm. Suzanne BASTID, « La décision de la Commission de conciliation italo-américaine dans l'affaire Flegenheimer, (États-Unis c. Italie) », *AFDI*, 1959, n°5, pp 313 – 321 ; Roger PINTO, « Les problèmes de nationalité devant le juge international : à propos de l'affaire Flegenheimer », *AFDI*, 1963, n°9, pp. 361 – 375.

¹⁵⁴⁰ Carlo SANTULLI, *Droit du contentieux international*, LGDJ, 2^{ème} éd., 2015, p. 248, § 391.

conséquent, ce dernier pourrait artificiellement se prévaloir de la nationalité dominante. Mais à l'instar de la nationalité effective, cette doctrine de la nationalité dominante connaît peu de succès pour les mêmes raisons.

586. Le rejet de la nationalité effective dans la pratique arbitrale. Les incertitudes entourant la positivité de la doctrine d'effectivité et de la nationalité dominante ont justifié les hésitations dans la mobilisation de celles-ci dans le cadre du contentieux relatif aux investissements. Les tribunaux arbitraux qui se sont prononcés sur le sujet, ont viscéralement adopté une démarche « volontariste » du critère de nationalité pour rappeler que la Convention CIRDI contient une disposition visant les cas de double nationalité. De la sorte, la Convention de Washington dérogerait aux prescriptions de droit international général sur la question¹⁵⁴¹. Dans l'affaire *Waguih Elie George Siag c. Égypte*, la majorité abonde dans ce sens en insistant sur les différences notables à faire entre les règles établies pour la protection diplomatique et celles relatives à l'arbitrage d'investissement que les parties ont mise en œuvre pour justement pallier le recours à la protection diplomatique¹⁵⁴². Cette solution a été critiquée par un des arbitres, Francisco Orrego Vicuña, selon qui dans le silence de la Convention CIRDI, le droit international général pouvait être d'un secours utile¹⁵⁴³. Mais le droit international général auquel se réfère l'auteur est lui aussi partagé sur le sujet. En fait, la position pour laquelle opte le tribunal arbitral rappelle la maxime latine *ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus*. En effet, la lecture que donnent les sentences sur le point de la nationalité n'est pas tant de lire, dans le silence des textes, une carence à corriger, mais une exclusion de la doctrine de la nationalité dominante ou effective, par ailleurs contestée en droit international général. Sur ce point, on peut souligner une pratique arbitrale constante lorsqu'il est question d'apprécier la condition de nationalité tant au regard de la convention de CIRDI qu'au regard des TBI¹⁵⁴⁴.

¹⁵⁴¹ CIRDI, *Champion Trading Company, Ameritrade International, Inc., James T. Wahba, John B. Wahba, Timothy T. Wahba c. République Arabe d'Égypte*, ARB/02/9, compétence, 21 octobre 2003, p. 16 “*The Nottebohm and A/18 decisions, in the opinion of the Tribunal, find no application in the present case. The Convention in Article 25 (2)(a) contains a clear and specific rule regarding dual nationals. The Tribunal notes that the above cited A/18 decision contained an important reservation that the real and effective nationality was indeed relevant “unless an exception is clearly stated”. The Tribunal is faced here with such a clear exception*”.

¹⁵⁴² CIRDI, *Waguih Elie George Siag and Clorinda Vecchi c. République Arabe d'Égypte*, ARB/05/15, Compétence, 11 avril 2007, pp 56 – 57, § 198.

¹⁵⁴³ CIRDI, *Waguih Elie George Siag and Clorinda Vecchi c. République Arabe d'Égypte*, ARB/05/15, opinion dissidente partielle Francisco Orrego Vicuña, pp 61 et ss.

¹⁵⁴⁴ CIRDI, *Victor Pey Casado et Fondation « Président Allende » c. République du Chili*, ARB/98/2, Sentence, 8 mai 2008, p. 133, § 415 ; CIRDI, *Ioan Micula, Viorel Micula, S.C. European Food S.A., S.c. Starmill SRL c. Roumanie*, ARB/05/20, 24 septembre 2008, p. 33, § 101 ; CIRDI, *Saba Fakes c. République de Turquie*, ARB/07/20, sentence, 14 juillet 2010, pp. 22 – 23, §§ 64 – 69.

587. En somme, en l'état actuel des discussions, il ne semble pas possible pour un État de contester la nationalité étrangère d'un investisseur tant au titre de la Convention CIRDI qu'au titre du code des investissements. De la sorte, pris comme cause de l'action, les codes des investissements offrent un *locus standi* à un maximum d'investisseur personne physique ; constat qui s'étend également aux personnes morales.

B. L'IDENTIFICATION DE L'INVESTISSEUR PERSONNE MORALE

588. La pratique africaine dominante. Les définitions légales de la notion d'investisseur personne morale sont minimalistes dans les codes. Dans la majorité des cas, l'investisseur est réduit à une personne morale qui réalise un investissement. À titre illustratif, l'ancien code des investissements ivoirien de 2012 définissait cette catégorie d'investisseur comme « [t]oute personne [...] morale, de nationalité ivoirienne ou non, réalisant dans les conditions définies dans le cadre du présent code, des opérations d'investissement sur le territoire de la Côte d'Ivoire »¹⁵⁴⁵. Cette définition minimaliste permet à un maximum d'investisseur d'introduire une réclamation légale. Dans le système CIRDI toutefois, la condition d'une nationalité étrangère de ces personnes morales est exigée. L'article 25 (2)(b) de la Convention de Washington définit en ce sens l'investisseur étranger comme :

« [t]oute personne morale qui possède la nationalité d'un État contractant autre que l'État partie au différend à la date à laquelle les parties ont consenti à soumettre le différend à la conciliation ou à l'arbitrage et toute personne morale qui possède la nationalité de l'État contractant partie au différend à la même date et que les parties sont convenues, aux fins de la présente Convention, de considérer comme ressortissant d'un autre État contractant en raison du contrôle exercé sur elle par des intérêts étrangers »¹⁵⁴⁶.

La qualité d'étranger de la personne morale résulte alors soit d'une condition subjective, qui serait le résultat de la volonté des parties litigantes, soit d'une condition objective. Toutefois, les modalités d'appréciation de cette condition objective ne sont pas précisées. Dans la pratique des réclamations conventionnelles, les arbitres se réfèrent aux dispositions des traités, en tant que *lex specialis*, pour apprécier les critères objectifs d'attribution de la nationalité des personnes morales, suppléer en cas d'insuffisance par le droit international général. Mais ce rapport de complémentarité entre droit international spécial et droit international général, n'est pas possible dans le cadre des réclamations légales. La loi en tant qu'instrument de droit interne, s'inscrit plutôt dans un rapport de

¹⁵⁴⁵ Côte d'Ivoire, code des investissements de 2012, art. 1(K).

¹⁵⁴⁶ Convention de Washington précitée, art. 25(2)(b).

compatibilité avec le droit international général. Aussi, pour satisfaire les exigences posées par la convention de Washington, c'est en premier lieu dans le droit international général que les arbitres devront rechercher les modalités d'attribution objective pour ensuite discuter la compatibilité des libellés nationaux au droit international. En raison de l'absence de critères précis pour l'attribution de la nationalité des personnes morales en droit international général (1), ce sont finalement les dispositions législatives qui seront déterminantes pour déterminer la qualité étrangère de la personne morale (2).

1. L'approche minimaliste du droit international dans l'attribution de la nationalité des personnes morales

589. L'exigence d'un lien étroit et permanent. Le droit international général en matière de nationalité des personnes morales est minimaliste. Deux règles majeures émergent : d'une part, il appartient à chaque État de préciser les critères d'attribution de sa nationalité aux personnes morales¹⁵⁴⁷ et d'autre part, il faut un lien « étroit et permanent » entre l'État et la société¹⁵⁴⁸. Concernant la seconde règle, dans l'affaire de la *Barcelona Traction*, la CIJ rappelle que les conditions d'opposabilité de la nationalité des personnes physiques sont différentes de celles des personnes morales¹⁵⁴⁹ même si l'idée d'un lien « étroit et permanent » peut créer une confusion avec le « lien effectif » exigé pour apprécier la nationalité des personnes physiques¹⁵⁵⁰. Mais, comme la CDI le suggère dans son projet d'articles sur la protection diplomatique, ce n'est pas qu'il ne faille pas exiger un lien entre la personne morale et l'État dont elle prétend avoir la nationalité, mais seulement que les critères d'appréciation de ce lien restent imprécis¹⁵⁵¹. Autrement dit, ce qui reste indéterminé, c'est de savoir si ce lien « étroit » repose sur le critère du siège social, de l'incorporation ou du contrôle ou une combinaison de ces critères.

590. La recherche de critère établissant le lien. Sur ce point, il peut être observé que la position de la CIJ est restée sans précision. Dans l'affaire *Barcelona Traction*, elle a admis la validité des critères d'attribution de l'incorporation et du siège social en ces termes :

« La règle traditionnelle attribue le droit d'exercer la protection diplomatique d'une société à l'Etat sous les lois duquel elle s'est constituée et sur le territoire duquel elle a

¹⁵⁴⁷ CIJ, *Affaire Ahmadou Sadio Diallo*, (*République de Guinée c. République démocratique du Congo*), Exceptions préliminaires, 24 mai 2007, *Rec.* 2007, p. 605, § 61.

¹⁵⁴⁸ CIJ, *Affaire de la Barcelona Traction* (*Belgique c. Espagne*), arrêt, 5 février 1970, 2^{ème} phase, *Rec.* 1970, p. 42, § 70.

¹⁵⁴⁹ CIJ, *Affaire de la Barcelona Traction* (*Belgique c. Espagne*), arrêt, 5 février 1970, 2^{ème} phase, *Rec.* 1970, p. 42, § 70.

¹⁵⁵⁰ CIJ, *Affaire Nottebohm* (*Liechtenstein c. Guatemala*), arrêt, 6 avril 1955, p. 23.

¹⁵⁵¹ CDI, « Projet d'articles sur la protection diplomatique et commentaires y relatifs », *Ann. CDI*, vol. II (2), 2006, pp. 36 – 38.

son siège. Ces deux critères ont été confirmés par une longue pratique et par maints instruments internationaux »¹⁵⁵².

Avant d'ajouter toujours au même paragraphe :

« Néanmoins des liens plus étroits ou différents sont parfois considérés comme nécessaires pour qu'un droit de protection diplomatique existe. Ainsi certains États ont pour pratique d'accorder leur protection diplomatique à une société constituée selon leur loi uniquement lorsque le siège social, la direction ou le centre de contrôle de cette société se trouve sur leur territoire ou lorsque la majorité ou une partie substantielle des actions appartient à leurs ressortissants »¹⁵⁵³.

Depuis cette affaire, la CIJ n'a pas eu l'occasion de préciser la portée de sa jurisprudence. De la sorte, plusieurs questions restent en suspens. S'agissant du critère du siège social, faut-il retenir le siège social réel ou le siège social statutaire¹⁵⁵⁴ ? Faut-il plutôt privilégier une combinaison de critères ? Enfin, concernant le critère du contrôle, quel critère permet d'établir le seuil du contrôle et jusqu'à quel niveau peut-on considérer qu'une personne morale ou physique contrôle une autre personne morale ? On notera à ce propos que le critère qui pose le plus de difficulté est celui du contrôle en raison de l'évolution du droit international.

591. Le problème du critère du contrôle. D'emblée, il faut rappeler que dans l'affaire *Elettronica Sicula*, la CIJ avait admis que l'intérêt à agir de l'investisseur étranger pouvait également résulter d'atteintes aux droits de l'entreprise en présence d'un traité prévoyant une telle protection¹⁵⁵⁵. Une action en substitution qu'elle reconnaît volontiers ne pas être de droit coutumier¹⁵⁵⁶. Avec la profusion des traités bilatéraux d'investissements et l'explosion du contentieux dans le cadre du CIRDI, cette action en substitution de l'actionnaire au titre des atteintes subies par la société dans laquelle il détient des parts est aujourd'hui un truisme¹⁵⁵⁷. Cependant, la propension que prend cette évidence inquiète et justifie que la consécration du critère du contrôle dans les codes des

¹⁵⁵² CIJ, *Affaire de la Barcelona Traction (Belgique c. Espagne)*, arrêt, 5 février 1970, 2^{ème} phase, *Rec.* 1970, p. 42, § 70.

¹⁵⁵³ *Idem*

¹⁵⁵⁴ Ce critère a par exemple fait l'objet de discussions dans l'affaire *SCI Gaëta c. Guinée*, le tribunal arbitral a considéré dans cette affaire que « l'immatriculation d'une personne morale crée une présomption de nationalité française, présomption qui peut être renversée à l'aide d'un faisceau d'indices permettant d'établir que le siège réel de la société se situe dans un Etat étranger ». CIRDI, *SCI Gaëta c. Guinée*, ARB/12/36, 21 décembre 2015, §. 146.

¹⁵⁵⁵ CIJ, *Affaire de l'Elettronica sicula SPA (ELSI), (États-Unis d'Amérique c. Italie)*, arrêt, 20 juillet 1989, *Rec.* 1989, p. 15. C'est le cas lorsqu'en plus de protéger les biens, le traité ou l'instrument protège également les « droits et intérêts » de l'investisseur.

¹⁵⁵⁶ CIJ, *Affaire Ahmadou Sadio Diallo (République de Guinée c. République Démocratique du Congo)*, Exceptions préliminaires, arrêt, 24 mai 2007, préc., §§ 86 – 94.

¹⁵⁵⁷ Mathias FORTEAU, « Nationalité des investisseurs personnes physiques et nationalité des investisseurs personnes morales, actionnaires (minoritaires) », in Charles LEBEN, *Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational précit.*, pp 161 – 199, spéc. note de page 58. Également certains codes des investissements indiquent clairement le *locus standi* des actionnaires. Pour n'en donner qu'un exemple, le code des investissements togolais prévoit à son article 9 : Togo, code des investissements préc., article 9 : « Les personnes physiques ou morales étrangères participant au capital et à la gestion d'une société de droit togolais peuvent avoir recours au CIRDI pour les différends visés à l'alinéa 1 de l'article 8 qui surgiraient entre ladite société et la République togolaise ». Togo, loi n° 2012 – 001 portant code des investissements en république togolaise, art. 9.

investissements soit mieux encadrée¹⁵⁵⁸. Or, sur ce point, il peut être observé que les législateurs africains optent pour une démarche faite d'incertitudes.

2. *La portée incertaine des dispositions législatives*

592. Le droit international général opère un renvoi au droit interne pour la détermination de la nationalité des personnes morales. Ce renvoi contraint les tribunaux arbitraux à apprécier la nationalité des investisseurs étrangers en se fondant sur le droit des États dont ils prétendent être les ressortissants. Dans le cadre des réclamations légales, les codes des investissements font office de règles dérogatoires au droit commun local sur lesquels le tribunal devra se référer en premier lieu¹⁵⁵⁹. Ces codes consacrent divers critères de rattachement dont celui du contrôle. Ce critère du contrôle dans le cadre du contentieux d'investissements présente un double avantage. D'une part, il permet à une société de droit local d'introduire directement une action contre l'État hôte (a) et d'autre part, il permet à des actionnaires et autres entités qui exercent un contrôle sur la société de projet d'être également titulaire du droit de réclamation légale (b).

a. Le droit de réclamation des sociétés de projet

593. Le problème. La société de projet est le véhicule de l'investissement. Il s'agit de la société de droit interne créée pour la réalisation de l'opération d'investissement. Cette société, selon les diverses dispositions nationales, peut se voir conférer un droit de réclamation¹⁵⁶⁰. L'action introduite par ces sociétés de droit local contre l'État d'accueil ne soulève pas de difficulté sauf dans le cadre de l'arbitrage d'investissement dans lequel le *locus standi* de l'investisseur étranger est soumis à sa nationalité étrangère. C'est le cas notamment de la procédure CIRDI. Le problème qui se pose alors est celui de la nationalité de ces sociétés. Parce qu'elles ont leur siège dans l'État d'accueil et sont constituées selon les lois de l'État d'accueil, ces sociétés ont la nationalité de l'État hôte par application

¹⁵⁵⁸ Arnaud DE NANTEUIL, *Droit international de l'investissement*, A. Pédone, 2^{ème} éd., Paris, 2017, p. 199, §§ 417 – 418.

¹⁵⁵⁹ Dans la mesure où ces lois contiennent des indications sur la nationalité de la société, les dispositions qu'elles prévoient doivent être privilégiées par rapport aux règles générales en vigueur dans l'État hôte de l'investissement. Pour une approche similaire : Walid BEN HAMIDA, *L'arbitrage transnational unilatéral – réflexions sur une procédure réservée à l'initiative d'une personne privée contre une personne publique*, Thèse, Université Panthéon-Assas, Paris, 2003, pp. 270 et ss.

¹⁵⁶⁰ C'est le cas par exemple du code des investissements togolais qui prévoit : « Tout différend entre l'entreprise ou l'investisseur et l'État togolais relatif à l'interprétation ou à l'application du présent code, fait l'objet d'un règlement à l'amiable entre les parties ». L'entreprise est elle-même définie comme « toute unité de production, de transformation et/ou de distribution de biens ou de services, à but lucratif, légalement constituée en entreprise individuelle ou sous une forme sociale reconnue au Togo ». Togo, code des investissements de 2019, articles 7 et 2. Dans le même sens, voir les lois suivantes : Guinée-Bissau, code des investissements de 2011, art. 18 ; Mauritanie, code des investissements de 2012, art. 30 ; RDC, code des investissements de 2002, art. 38 ; Sud-Soudan, code des investissements de 2009.

des critères du siège social¹⁵⁶¹ ou du critère de l'incorporation. Ainsi, à s'en tenir à une approche stricte, la société de droit local ne saurait par principe introduire une réclamation légale contre l'État d'accueil de l'investissement. En revanche, ces sociétés peuvent obtenir un droit de réclamation lorsque leur nationalité est déterminée par référence au contrôle exercé sur elles. Dans son commentaire de la Convention CIRDI, Schreuer précise que cette question a fait l'objet de vifs débats et ce n'est qu'avec une courte majorité que les rédacteurs ont décidé de prévoir dans la Convention de Washington une exception permettant aux sociétés de droit local, contrôlées par des capitaux étrangers sur accord des parties, d'introduire des recours CIRDI¹⁵⁶². Ce contrôle peut alors être objectif ou subjectif. Dans le premier cas, il vise à apprécier qui exerce un contrôle sur la société de projet tandis que dans le second cas, ce sont les parties qui conviennent de considérer la société de droit local comme un investisseur étranger. Cependant, tant l'approche subjective que l'approche objective ne sont définies avec précision par la Convention CIRDI.

594. L'approche subjective du contrôle. Pour pallier l'absence de définition, la pratique arbitrale a élaboré un régime plutôt favorable à l'action des sociétés de projet, surtout en présence d'un accord des parties sur la nationalité étrangère de celle-ci. Ainsi, il a été précisé que cet accord peut être explicite¹⁵⁶³ ou implicite. Sur ce dernier point notamment, le tribunal arbitral dans l'affaire *Holidays Inns c. Maroc* fait observer :

*« such an agreement should therefore normally be explicit. An implied agreement would only be acceptable in the event that the specific circumstances would exclude any other interpretation of the intention of the parties, which is not the case here »*¹⁵⁶⁴.

En postulant l'existence de circonstances dans lesquelles un accord sur la nationalité pourrait être induit, le tribunal ouvre une brèche qui a alimenté les débats dans l'affaire *Amco Asia*. Alors que l'Indonésie contestait la nationalité étrangère de *PT Amco*, société de droit local et dont aucun accord n'avait explicitement reconnu une nationalité étrangère du fait du contrôle, le tribunal arbitral a admis qu'un tel accord pouvait être implicite en ces termes :

« (...) nothing in the Convention, and in particular in Article 25, provides for a formal requisite of an express clause stating that the parties have decided to treat a company having legally the nationality of the Contracting State, which is a party to the dispute,

¹⁵⁶¹ Il importe de préciser que le siège social en cause est le siège social statutaire. Il n'est pas exclu qu'en référence au siège social réel, ces sociétés aient également la nationalité de l'État hôte mais, contrairement au siège social statutaire où la nationalité de la société de droit local ne fait pas l'objet de contestation, le siège social réel peut conduire à une nationalité étrangère de la société de droit local.

¹⁵⁶² Christoph SCHREUER et al., *The Icsid Convention: A commentary*, 2nd éd., CUP, 2009, pp 296 – 297, §§ 760 – 761.

¹⁵⁶³ Christoph SCHREUER et al., *The Icsid Convention: A commentary préc.*, §§ 768 – 774.

¹⁵⁶⁴ CIRDI, *Holidays Inns v. Maroc*, compétence, 1^{er} juillet 1973 cité par Christoph Schreuer, *op. cit.*, p. 302, § 776.

*as a foreign company of another state Contracting State, because of the control to which it is submitted »*¹⁵⁶⁵.

En excluant ainsi tout standard formel, les arbitres soulignent par la suite que seules les conditions de la nationalité de l'État d'accueil, la connaissance par cet État du contrôle étranger exercé sur sa société de droit local et le traitement accordé par celui-ci sur cette base peuvent permettre d'établir l'existence de cet accord¹⁵⁶⁶. Poursuivant dans cette veine, le tribunal prit en compte plusieurs indices au titre desquels l'enregistrement de *PT Amco* comme une entreprise étrangère, la reconnaissance de droits tels que le libre transfert des capitaux ont été considérés comme des facteurs permettant de conclure à l'existence d'un accord sur la nationalité étrangère de *PT Amco*. Dans d'autres affaires, l'insertion de clauses arbitrales renvoyant au CIRDI a été déterminante dans l'appréciation d'un accord implicite¹⁵⁶⁷. Un tel accord est présumé exister lorsque dans la relation entre l'État et la société de droit local, celle-ci se voit accorder des privilèges et droits reconnus aux investisseurs étrangers¹⁵⁶⁸.

595. Classification des codes d'après la condition subjective. Cette présomption d'accord sur la nationalité étrangère de la société de droit local permet de classer les codes des investissements, sans préjudice des pratiques administratives pertinentes, en trois principales catégories.

596. Tout d'abord, la première catégorie de lois, vise les législations qui ne permettent pas de déduire l'existence d'un accord sur la nationalité explicitement ou implicitement. C'est le cas de la loi sud-africaine qui définit l'investisseur comme « *an enterprise making an investment in the Republic regardless of nationality* » tandis que la société de projet est assimilée à un investissement en ces termes : « *a lawful enterprise established, acquired or expanded by an investor in accordance with the law* ». La disposition de règlement des différends vise uniquement les investisseurs, à l'exclusion des investissements, laissant entendre que les sociétés de projet n'auraient pas un droit de réclamation. Aussi, cette disposition de règlement des différends n'offre pas à l'investisseur le droit de recourir à l'arbitrage. Enfin, la loi n'exige pas de l'investisseur la constitution d'une filiale locale pour se prévaloir des mécanismes de résolution des différends prévus. Cette dernière lecture résulte de la section 13.3 du code qui dispose que

¹⁵⁶⁵ CIRDI, *Amco Asia c. Indonésie*, compétence, 25 septembre 1983, para. 12.

¹⁵⁶⁶ CIRDI, *Amco Asia c. Indonésie*, compétence, 25 septembre 1983, para. 12.

¹⁵⁶⁷ CIRDI, *Klöckner c. Cameroun*, sentence, 21 octobre 1983, *Icsid Reports*, vol. 2, p. 16 ; CIRDI, *LETCO c. Liberia*, compétence, 24 octobre 1984, *ICSID Report*, vol 2, pp 349 et 350.

¹⁵⁶⁸ CIRDI, *Cable TV c. St Kitts and Nevis*, sentence, 13 janvier 1997, §§ 5.17 et 5. 18.

pour recourir à la médiation, l'investisseur étranger doit indiquer ses « *[c]ontact details [...], including a physical address in the Republic or **territory where the investor is predominantly resident, or where it is incorporated**, its email address, facsimile number and telephone number* »¹⁵⁶⁹. Du texte en gras, l'on se convainc que l'investisseur peut très bien être incorporé à l'étranger et se prévaloir du mécanisme de médiation. Par conséquent, aucun indice ne permet de conclure en l'existence d'un accord sur la nationalité étrangère d'une société de droit local à la lecture de la loi¹⁵⁷⁰.

597. Ensuite, la seconde catégorie concerne les codes qui envisagent explicitement qu'une société de droit local contrôlée par des capitaux étrangers soit une société étrangère. C'est le cas de l'article 1 du code des investissements namibien qui définit l'investisseur étranger comme : « *(b) a company incorporated, registered or constituted in accordance with the laws of (i) Namibia; or (ii) any country other than Namibia, that is not directly or indirectly owned or controlled by a Namibian and that has made or is seeking to make an investment into Namibia in terms of this Act* »¹⁵⁷¹. Mais cette loi, si elle prévoit un accord sur la nationalité, elle ne renferme pas d'offre d'arbitrage¹⁵⁷². Tout le contraire du texte mauritanien qui précise qu'une entreprise est à capitaux étrangers « si les ressources mises en œuvre sont mobilisées à l'étranger par une personne physique ou morale de nationalité mauritanienne ou étrangère en vue de la réalisation en Mauritanie d'un projet identifié »¹⁵⁷³. Certes, le terme employé n'est pas expressément celui d'entreprise étrangère, mais l'article 30 du même code dispose que « [l]es différends entre [...] entreprises sous contrôle étranger établies en République Islamique de Mauritanie et les autorités publiques de la République islamique de Mauritanie [...] pourront en outre être résolus par [...] arbitrage en vertu du Centre International pour le Règlement des Différends relatifs aux Investissements (CIRDI) »¹⁵⁷⁴.

¹⁵⁶⁹ Afrique du sud, code des investissements de 2015, section 13.

¹⁵⁷⁰ Afrique du sud, code des investissements de 2015, sections 1, 2 et 13.

¹⁵⁷¹ Namibie, code des investissements de 2016, art. 1.

¹⁵⁷² Le texte namibien prévoit que l'arbitrage ne peut avoir lieu entre les parties qu'en cas de convention d'arbitrage (compromis ou clause compromissoire). La section 28 indique en ce sens : « *Resolution of post establishment disputes. 28. (1) A foreign investor or investment may notify the Minister of a dispute arising between the investor or the investment and the State after admission or after establishment of the investment. [...] (4) The jurisdiction over disputes relating to this Act lies exclusively with the courts of Namibia, but the Minister and investor or investment, as required by the circumstances of the alleged breach of rights or obligations, may, by written agreement, agree to arbitration in accordance with the Arbitration Act, 1965 (Act No. 42 of 1965) in Namibia* ». Dans la même veine, Ethiopie, Investment Proclamation No. 769/2012 (2012), art. 2.6. Tchad, Décret n°446/PR/MCI/87 fixant la procédure d'octroi des avantages du Code des investissements de 1987.

¹⁵⁷³ Mauritanie, code des investissements de 2012 préc., art. I.1.b.

¹⁵⁷⁴ Mauritanie, code des investissements de 2012, art. 30 : « Tous les différends résultant de l'interprétation ou de l'application du présent Code sont réglés par conciliation ou dans l'impossibilité d'entente entre les parties concernées, par voie d'arbitrage, ou selon l'option de l'investisseur, par les juridictions mauritaniennes compétentes conformément aux lois et règlements de la République Islamique de Mauritanie. Les différends entre investisseurs étrangers ou entreprises sous contrôle étranger établies en République Islamique de Mauritanie et les autorités publiques de la République islamique de Mauritanie et relatifs au présent Code pourront en outre être résolus par conciliation ou arbitrage en vertu : • Soit d'un commun accord entre les deux parties ; • Soit d'accords et traités relatifs à la protection des investissements conclus entre la République Islamique de Mauritanie et l'État dont

598. Enfin, il y a les codes dont l'accord peut être présumé à partir de l'agrément accordé à la société de projet qui attribue des droits traditionnellement accordés aux investisseurs étrangers et autorise le recours à l'arbitrage CIRDI¹⁵⁷⁵. Par exemple, l'agrément attribué à la société Bénin Terminal S.A., société de droit local créée par le Groupement Bolloré-STMC¹⁵⁷⁶, précise à son article 12 que le règlement des litiges « [l]e règlement des litiges qui résulteraient de l'application du présent décret se fera, conformément aux dispositions des articles 73 et 74 de la loi n°90-002 du 09 mai 1990 portant Code des investissements [...] »¹⁵⁷⁷. En offrant le recours à l'arbitrage CIRDI prévu à l'article 74 du code de 1990¹⁵⁷⁸ à une société de droit local, créée en vue de la réalisation d'un projet, il peut être déduit un accord sur la nationalité étrangère de la société de droit local. Toutefois, comme l'indique la pratique arbitrale, il faut rester prudent dans l'appréciation de cette présomption d'accord puisque celle-ci n'a de sens que lorsque le contrôle exercé sur la société est objectivement étranger¹⁵⁷⁹.

599. La condition objective du contrôle. Or, ainsi qu'il a été précédemment évoqué, le droit international général ne livre pas d'indications concernant la notion de contrôle aussi bien pour ce qui est de l'appréciation de ses éléments constitutifs que de son degré. La tâche revient alors aux États de définir avec le plus de précautions, les investisseurs qu'ils entendent protéger. Sur ce point, la démarche qui ressort de la lecture des codes est quelque peu décevante dans la mesure où les législateurs ne semblent pas mesurer la réelle portée des définitions qu'ils donnent à la notion d'investisseur étranger dans leurs codes.

600. Le(s) critère(s) du contrôle objectif. *In abstracto*, aucun critère du contrôle n'est établi. Il est certain que la participation au capital d'une société est un élément déterminant¹⁵⁸⁰, mais la pratique arbitrale admet que ce seul critère ne saurait suffire pour

l'investisseur est originaire ; • Soit d'un arbitrage de la Chambre Internationale de Médiation et d'Arbitrage de Mauritanie (CIMAM) ou du Centre International pour le Règlement des Différends relatifs aux Investissements (CIRDI), créé par la « Convention pour le Règlement des Différends relatifs aux Investissements » entre États et ressortissants d'autres États du 18 Mars 1965, ratifiée par la Mauritanie. » Voir aussi, République Centrafricaine, Code des investissements de 1988, art. 30.

¹⁵⁷⁵ Côte d'Ivoire, code des investissements de 2012 préc., art. 20 et Bénin, code des investissements de 1990 modifié en 2008.

¹⁵⁷⁶ Sur la part de marché occupée par le groupe dans l'économie béninoise, voir : CNUCED, « Examen de la politique de l'investissement Bénin », Nations-Unies, New York et Genève, 2005, 150 p.

¹⁵⁷⁷ Bénin, Décret n°2011-679 du 14 octobre 2011 portant agrément de la société BENIN TERMINAL S.A. au régime "D" du Code des investissements pour le projet d'exercice des activités de manutention de conteneurs au Port de Cotonou.

¹⁵⁷⁸ L'article 74 cité dans l'agrément prévoit : « Le règlement des litiges relatifs à la validité, à l'interprétation ou à l'application du décret d'agrément et à la détermination éventuelle des amendes fiscales dues à la méconnaissance ou à la violation des engagements pourront faire l'objet de l'une des procédures d'arbitrage ci-après [...] 2) Le recours au CIRDI, créé par la convention du 18 mars 1965 de la BIRD. »

¹⁵⁷⁹ CIRDI, *Vacuum Salt c. Ghana*, ARB/92/1, sentence, 16 février 1994, § 31.

¹⁵⁸⁰ CIRDI, *Vacuum Salt c. Ghana*, ARB/92/1, sentence, 16 février 1994, §§ 43 – 44.

établir l'existence d'un contrôle effectif¹⁵⁸¹. D'autres éléments doivent être pris en compte. Il s'agit notamment des droits de vote¹⁵⁸² et du management de la société¹⁵⁸³. La complexité de la question avait d'ailleurs fait l'objet de discussions lors des travaux préparatoires de la Convention CIRDI et ainsi que le résume Schreuer, les États ont opté pour une approche plus casuistique, laissée à la volonté des États parties¹⁵⁸⁴. À ce titre, il peut être relevé que les codes des investissements africains prévoient des règles qui dans l'ensemble, font de la participation majoritaire au capital, le critère déterminant du contrôle étranger¹⁵⁸⁵. Mais le régime est loin d'être uniforme et mérite d'être appréciée suivant deux hypothèses.

601. Hypothèse 1 : Le code ne prévoit ni accord sur la nationalité étrangère ni critère du contrôle. Le cas malien illustre cette hypothèse. L'article 4 du code des investissements du texte prévoit que « les personnes physiques ou morales, quelle que soit leur nationalité, régulièrement établies au Mali qui exercent ou désirent exercer une activité entrant dans le champ d'application défini à l'article 3 ci-dessus, sont assurées des garanties générales et avantages énoncés dans le présent Code » et l'article 29 : « Tout différend entre les personnes physiques ou morales étrangères et la République du Mali relatif à l'interprétation du présent Code fera au préalable l'objet d'un règlement à l'amiable entre les parties »¹⁵⁸⁶. Ces dispositions ne renseignent pas sur un quelconque accord sur la nationalité des sociétés de projet ni sur l'admission du critère de contrôle comme élément de détermination de la nationalité étrangère. D'ailleurs, le seul indice qui laisse entendre que les sociétés de projet auraient un droit de réclamation est la mention « régulièrement établies au Mali » qui ne peut désigner, pour les personnes morales, que les sociétés de projet ou entreprise locale. L'imprécision des textes présente un risque

¹⁵⁸¹ Dans l'affaire *SIBG c. Guinée*, les arbitres soulignent ainsi : « Le tribunal considère que la preuve d'un contrôle étranger effectif est suffisante et que la preuve d'un capital détenu majoritairement par des étrangers laisse présumer qu'un tel contrôle étranger existe. », § 106. Également, CIRDI, *Autopista c. Venezuela*, ARB/00/5, juridiction, 27 septembre 2001, §. 142.

¹⁵⁸² Dans l'affaire *LETCO c. Libéria*, le tribunal ajoute à titre surabondant que la nationalité étrangère résulte également de la présence française dans les instances dirigeantes de la société. CIRDI, *LETCO c. Liberia*, juridiction, 24 octobre 1984, 2 *ICSID Reports* 349, § 351.

¹⁵⁸³ Le tribunal dans l'affaire *Vacuum Salt c. Ghana* préc., analyse le rôle de Panagiotopoulos dans la société avant de conclure que ce rôle n'a pas une réelle incidence sur la vie de la société. Voir CIRDI, *Vacuum Salt c. Ghana*, ARB/92/1, sentence, 16 février 1994, § 53.

¹⁵⁸⁴ Christoph SCHREUER et al., *The Icsid Convention: A commentary préc.*, p. 327, § 864.

¹⁵⁸⁵ Ouganda, code des investissements de 2019, art. 1: « “foreign investor” means [...] (c) a company incorporated under the laws of Uganda in which the majority of the shares are held by a person who is not a citizen of an East African Community Partner State; or (d) a partnership in which the controlling interest is owned by a person who is not a citizen of an East African Community Partner State » ; Zaire, code des investissements de 1986, art. 1(c), Mozambique, code des investissements, 1993, art. 1(1)(q) : « q. Foreign person — any individual whose nationality is not Mozambican, or, in the case of a corporate person, the company originally formed under the legislation of another country, or which, having been formed in the Republic of Mozambique under Mozambican laws, has more than 50% (Fifty percent) of the respective share capital held by foreign persons, as provided for in paragraph 2 of this Article » ; Centrafrique, code des investissements de 1988, art. 30; Kenya, Investment Promotion (Amendment Bill, 2021), art. 2: “foreign investor” means [...] (b) a partnership in which the controlling interest is owned by a person or persons who are not citizens of Kenya”.

¹⁵⁸⁶ Mali, Code des investissements de 2012, art. 4 et 29.

pour la sécurité juridique. Le silence des textes offre en effet une marge d'appréciation plus importante au tribunal arbitral. Sous le prétexte d'apprécier les conditions de recours à l'arbitrage précisées dans la Convention CIRDI et offrir une lecture intelligible de l'offre d'arbitrage, ce dernier pourra déduire, à bon droit, la nationalité étrangère d'une société de droit local en se fondant sur l'un et/ou l'autre des critères d'appréciation du contrôle étranger. Dans ce cas, la participation majoritaire étrangère pourra servir d'indice important mais non exclusif. La situation peut encore être plus complexe si la participation étrangère est équitablement partagée entre des investisseurs nationaux et des investisseurs étrangers. La composition du conseil d'administration ou des gérants ou des droits de vote entrera alors en ligne de compte. Or, il n'est pas rare de retrouver dans ces codes, des mesures affectant la libre gestion de l'entreprise. Il s'agit notamment de la limitation des participations étrangères au capital de la société de droit local, des obligations de performances tels que l'obligation d'employer des nationaux à hauteur d'un certain pourcentage, l'obligation de se fournir en priorité sur les marchés nationaux, ou encore l'obligation d'assurer des missions d'intérêt général telles que la formation du personnel... Tous ces éléments influent sur la libre gestion de l'entreprise et font s'interroger sur l'existence d'un contrôle étranger. Autrement dit, quitte à considérer le contrôle exercé sur une entreprise, le contrôle étatique, capitaliste ou non, entrera-t-il en ligne de compte ? Dans la négative, faut-il considérer qu'il y a un accord tacite entre l'État et la société de droit local pour considérer celle-ci comme une société étrangère ? Ou une lecture plus hésitante serait indiquée en raison du silence des textes ? Difficile d'entrevoir une réponse abstraite à ces questions, seules les espèces permettront des réponses adaptées.

602. Hypothèse 2 : Le code prévoit un accord sur la nationalité étrangère et un critère du contrôle n'est pas fixé. C'est la situation type du code des investissements mauritanien. Ce code prévoit qu'une entreprise est à capitaux étrangers « si les ressources mises en œuvre sont mobilisées à l'étranger par une personne physique ou morale de nationalité mauritanienne ou étrangère en vue de la réalisation en Mauritanie d'un projet identifié. Les ressources mobilisées à l'étranger et appartenant à des **Mauritaniens résidant à l'étranger sont réputées être des capitaux étrangers.** »¹⁵⁸⁷. Dans cette hypothèse, toute la difficulté est de savoir si le tribunal arbitral peut tenir compte du critère de résidence pour conclure à l'existence d'un contrôle étranger effectif. Serait-il tenu par

¹⁵⁸⁷ Mauritanie, code des investissements de 2012 préc., art. I.1.b.

les dispositions de l'ordre interne de l'État d'où les capitaux proviendraient pour écarter la présomption de nationalité étrangère établie par le code ? Dans l'affaire *Vacuum Salt*, le tribunal arbitral a considéré qu'avant d'établir l'existence d'un accord sur la nationalité étrangère entre l'État et l'investisseur, celle-ci doit au préalable exister¹⁵⁸⁸. Aussi longtemps que l'on considère la proposition comme absolue, le critère de l'origine des capitaux ne devrait pas suffire à établir le *locus standi* des sociétés de projet. Le tribunal arbitral serait tenu d'apprécier *in concreto* la réalité du contrôle sur la société de projet que permet l'apport des capitaux mobilisés à l'étranger et s'assurer de la nationalité étrangère des apporteurs. Quoi qu'il en soit le silence des textes est facteur de complexité. À ces problèmes d'interprétation, la rédaction lacunaire des codes n'éclaire pas le degré de contrôle requis.

603. Sur le degré du contrôle. La nationalité étrangère d'un investisseur personne morale peut-elle être déterminée suivant un contrôle indirect ? L'hypothèse est la suivante : La société de projet A est contrôlée par la société B de nationalité B' qui elle-même est contrôlée par la société C de nationalité C'. Peut-on considérer que la société A, par application du critère du contrôle, a la nationalité C' ? Faute d'une réponse ferme en droit international général, les sentences régulièrement citées par la doctrine font état d'une pratique arbitrale plutôt favorable à l'admission de ce contrôle indirect non sans quelques hésitations. Dans l'affaire *Amco Asia c. Indonésie* par exemple, le tribunal a considéré qu'il fallait s'en tenir au contrôle direct exercé sur la société de droit local sans rechercher plus en amont les investisseurs ultimes de la société de droit local¹⁵⁸⁹. À l'inverse, dans l'affaire *SOABI c. Sénégal*, le tribunal ne trouvait aucun motif dans la convention de Washington permettant d'exclure le contrôle indirect comme critère pertinent de détermination de l'investisseur protégé¹⁵⁹⁰. À ce titre, ce sont les définitions figurant dans les engagements juridictionnels qui devraient être déterminantes. Ainsi, dans l'affaire *Agua del Tunari SA c. Bolivie*, le tribunal arbitral a pu considérer que lorsque le TBI prévoit un contrôle indirect, le contrôle indirect peut être pris en considération pour l'appréciation de la nationalité étrangère de la société de projet¹⁵⁹¹. Ce raisonnement peut aussi être étendu aux codes des investissements. C'est le cas par exemple du code

¹⁵⁸⁸ CIRDI, *Vacuum Salt c. Ghana*, ARB/92/1, sentence, 16 février 1994, § 53.

¹⁵⁸⁹ CIRDI, *Amco Asia c. Indonésie*, sentence ARB/81/1, 25 septembre 1983, *ILM* 1984, vol. 23, pp 361 – 363.

¹⁵⁹⁰ CIRDI, *SOABI c. Sénégal*, compétence, ARB/81/1, *ILM* 1984, 1^{er} août 2004, pp 39-40, §§ 35 – 37.

¹⁵⁹¹ CIRDI, *Agua del Tunari S.A. c. Bolivie*, compétence, ARB/02/3, 21 octobre 2005, §225 et § 275. Voir également, CIRDI, *Mobil Corporation et al. C. Venezuela*, compétence, ARB/07/27, 10 juin 2010, § 165. Voir sur ce point, Chittharanjan AMERASINGHE, *Jurisdiction of International Tribunals*, Kluwer Law International, 2003, pp 650 et ss.

namibien qui se réfère au critère indirect pour déterminer la nationalité des investisseurs namubiens. Le texte dispose en ce sens :

*« foreign investor » means [...] a company incorporated, registered or constituted in accordance with the laws of (i) Namibia; or (ii) any country other than Namibia, **that is not directly or indirectly owned or controlled by a Namibian and that has made or is seeking to make an investment into Namibia in terms of this Act** »¹⁵⁹².*

Ce texte fait toutefois office d'exception. La majorité des codes traitent de l'investissement direct étranger¹⁵⁹³. Il ne semble donc pas possible dans le cadre des codes des investissements de résoudre la question des investissements indirects. En outre, une difficulté, liée au caractère unilatéral de la loi, pourrait être posée en ces termes : appartient-il à un État, dans sa loi, de déterminer la nationalité d'une société ressortissante d'un État en référence au contrôle exercé sur cette société ? Ne peut-on pas considérer que l'ordre juridique interne de l'État dont la société tierce est ressortissante fait écran et qu'à ce titre, c'est uniquement en référence à cet ordre juridique intermédiaire que le contrôle exercé sur la société pourrait être un critère d'attribution de la nationalité pertinent ? De la sorte, lorsqu'un code retient que la nationalité de la société de projet peut être déterminée par application du critère du contrôle, il ne peut imposer que la nationalité pertinente soit celle de l'investisseur direct à l'exclusion de celle de l'investisseur indirect. Sur ce point en effet, il faudra se référer au droit interne de l'État dont la société mère prétend être le national. À tout le moins, l'État défendeur trouvera son intérêt à contester l'effectivité de la nationalité de la société mère, mais, ce faisant, il plaidera pour l'application du contrôle indirect. Cette hypothèse a d'ailleurs fait l'objet de discussions à propos du droit de réclamation des actionnaires des sociétés de projet.

b. Le droit de réclamation des sociétés mères

604. Les sociétés mères sont les sociétés qui exercent un contrôle direct ou indirect sur une autre société, dite filiale¹⁵⁹⁴. En tant qu'actionnaire des filiales, les sociétés mères peuvent également être titulaires d'un droit de réclamation légale. Ce droit de réclamation de la société mère est conditionné à sa nationalité, au degré du contrôle exercé sur la société de projet, à son intérêt à agir.

¹⁵⁹² Namibie, code des investissements de 2016, art. 1.

¹⁵⁹³ C'est le cas notamment du code des investissements de la RDC qui pourtant est un des codes les plus incitatif du continent en termes de garanties offertes à l'investisseur. L'article 1 indique ainsi : « La présente loi a pour objet de fixer les conditions, les avantages ainsi que les règles générales applicables aux investissements directs, nationaux et étrangers, réalisés en République Démocratique du Congo dans les secteurs qui ne sont pas expressément réservés à l'État par la loi, et qui ne sont pas exclus par la liste négative figurant à l'article 3 de la présente loi. »

¹⁵⁹⁴ Le *Vocabulaire juridique* désigne ainsi la société mère comme « une société qui possède plus de la moitié du capital social d'une autre société, dite filiale » in Gerard CORNU, *Vocabulaire Juridique*, Quadrige/PUF, 2007, pp 873 – 874.

605. La nationalité de la société mère. Les règles encadrant l'attribution de la nationalité des sociétés mères sont similaires à celles des sociétés de projet. À ce titre, leur nationalité est établie par référence aux critères du siège social (réel ou statutaire), de l'incorporation et du contrôle tel qu'il ressort de la législation de l'État dont la société mère prétend avoir la nationalité. Sur ce point, la majorité des législations nationales accordent leur nationalité aux sociétés constituées sur leur territoire conformément au droit interne¹⁵⁹⁵. Mais l'articulation entre ces différents critères peut poser des problèmes. Cela a notamment été le cas dans l'affaire *Société Civile Immobilière Gaëta c. Guinée*¹⁵⁹⁶.

Dans cette sentence, la SCI Gaëta a introduit une réclamation contre la République de Guinée pour réquisition par cet État des immeubles dont elle était propriétaire en vertu du contrat de bail à construction signé avec la partie défenderesse. L'État excipa du défaut de nationalité étrangère de la SCI Gaëta pour faire échec à la compétence du tribunal arbitral CIRDI. Selon l'État Guinéen, le requérant était en réalité une société de droit guinéen conformément au droit des sociétés applicable en Guinée. Le demandeur, pour sa part, estimait qu'il fallait se référer au droit international qui renvoyait au droit de l'État dont il prétendait avoir la nationalité, en l'occurrence le droit français. En vertu de ce droit français, les sociétés immatriculées en France et dont le siège social statutaire était en France, bénéficiaient de la nationalité française. En l'espèce, le requérant avait son siège social à Tignieu-Jamezieu (France), était inscrit au Registre du Commerce et des Sociétés de Vienne (France)¹⁵⁹⁷. Ces éléments en faisaient une société française. Selon le défendeur toutefois, le droit français n'établissait qu'une présomption de nationalité des sociétés immatriculées en France et dont le siège statutaire était en France. Cette présomption de nationalité pouvait être écartée en rapportant la preuve que le siège social réel de la société ainsi que ses principales activités, étaient rattachés à un autre État. Dans la présente affaire, l'État défendeur soutenait que la SCI a ses principales activités en Guinée, son centre de direction ainsi que ses principaux biens et contrats en Guinée¹⁵⁹⁸. Il s'agissait donc d'une société de droit guinéen. Le tribunal arbitral fit droit à l'objection de l'État guinéen en rappelant que le lieu de la direction effective, la gestion quotidienne et

¹⁵⁹⁵ Denis POHE, *La nationalité des sociétés dans les pays en voie de développement : exemples africains et latino-américains*, thèse, Université de Bordeaux, 1989, 798 p. ; Laurent LEVY, *La nationalité des sociétés*, Paris, LGDJ, 1984, 319 p. ; Alain PRUJINER, « La personnalité morale et son rattachement en droit international privé », *Les Cahiers de droit*, vol. 31, n°4, 1990, pp 1049-1073. Maurice TRAVERS, « La nationalité des sociétés commerciales », *RCADI*, vol. 33, 1930, pp 03 – 110.

¹⁵⁹⁶ CIRDI, *Société Civile Immobilière de Gaëta c. République de Guinée*, ARB/12/36, Sentence, 21 décembre 2015.

¹⁵⁹⁷ CIRDI, *Société Civile Immobilière de Gaëta c. République de Guinée*, ARB/12/36, Sentence, 21 décembre 2015, §§ 112 à 129.

¹⁵⁹⁸ CIRDI, *Société Civile Immobilière de Gaëta c. Guinée*, ARB/12/36, Sentence, 21 décembre 2015, §§ 112 – 129.

l'administration effective de la SCI Gaëta avait lieu en Guinée. Le tribunal conclut alors qu'il était incompétent *ratione personae* au motif suivant :

« [...] L'intégralité de la vie de la Demanderesse se concentrait en Guinée et, pour autant même qu'elle eût lieu régulièrement, l'exécution des formalités purement légales, comme la tenue des séances d'organes sociaux ne se déroula au mieux que sporadiquement au siège français qui paraît de ce fait artificiel si ce n'est purement fictif. Cette situation ne peut en aucun cas suffire à justifier une protection internationale sur les fondements invoqués »¹⁵⁹⁹.

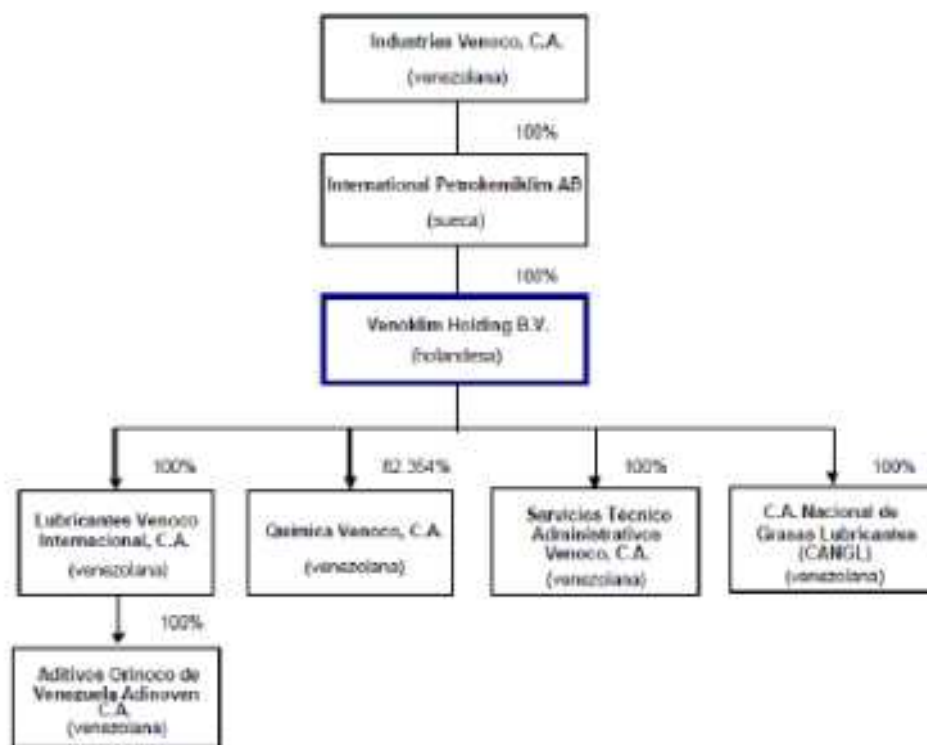
Bien qu'en l'espèce, il ne s'agissait pas à proprement dit de déterminer la nationalité d'une société mère, les enseignements de la sentence peuvent être étendus à cette hypothèse. L'attribution de la nationalité est établie en référence au droit interne de l'État dont la société prétend être le national. Mais ce renvoi ne devrait pas conduire à établir un lien de nationalité artificiel, le tribunal se réservant le droit d'en vérifier l'effectivité. Cette approche est particulièrement à propos lorsque le droit interne d'un État prévoit également l'attribution de la nationalité de cet État aux sociétés détenues à l'étranger par ses ressortissants¹⁶⁰⁰.

606. Le degré de contrôle. L'effectivité de la nationalité établie en référence de l'actionnaire ultime a été discutée par le tribunal de l'affaire *Venoklim c. Venezuela*. Ce litige découle de la prétendue expropriation des actifs de la Demanderesse (la société Venoklim) à la suite de l'adoption d'un décret daté du 10 octobre 2010 par le Président de la République du Venezuela. Ce décret avait pour objet d'ordonner l'acquisition forcée de biens meubles et immeubles appartenant à cinq sociétés commerciales, filiales de la requérante. Selon le décret, cette acquisition était indispensable à l'exécution du projet

¹⁵⁹⁹ CIRDI, *Société Civile Immobilière de Gaëta c. République de Guinée*, ARB/12/36, Sentence, 21 décembre 2015, § 167.

¹⁶⁰⁰ La difficulté que cela pourrait poser concerne principalement le CIRDI dont la Convention exige que l'investisseur ait une nationalité autre que celle de l'État hôte et d'un État partie à la Convention de Washington. Dans ce cas, le tribunal ne sera compétent que s'il démontre que les actionnaires de la société mère sont les nationaux d'un État partie à la Convention. Lors des travaux préparatoires, l'expert italien Guardino proposait d'étendre la compétence du CIRDI à tous les investisseurs indépendants du fait que leur État national soit partie à la Convention de Washington en ces termes : « *Since the basis of the Convention was to be consent, he saw no reason why signatory States could not consent to have recourse to arbitration even in the case of investors from non-signatory countries. He therefore suggested that in Section 1, line 5, the word "contracting" be deleted* ». Pour sa part, le Président Broches a estimé que : « *In Article IV it would be seen that in return for a State's consenting to be sued by individual investors of another State before an international tribunal, nationals of the investors State renounced their normal right to seek diplomatic protection. If the agreement were extended to non-contracting States would stand and the principle of reciprocity which was the basis of the Convention would be abandoned. The Convention should not therefore be extended to cover investors who were citizens of non-contracting States.* » CIRDI, *History of ICSID Convention*, vol. II p; 406. L'argument de la réciprocité évoqué par Broches s'est imposé. Si dans le cadre des réclamations légales, la détermination de la nationalité de l'investisseur est d'une importance moindre que dans celle des réclamations conventionnelles (l'investisseur doit bénéficier d'une nationalité spécifique, celle de l'autre État partie à la convention), l'investisseur doit prouver qu'il est étranger et avoir la nationalité d'un État partie à la convention. Cela ressort d'une lecture *a contrario* des termes de la sentence *Pac Rim c. El Salvador*, qui indique : « *With regard to the respondent's submission that the Investment Law is not applicable to the claimant because of its lack of any investments in El Salvador, the Tribunal considers that the Claimant's nationality (and subsequent change of nationality) is irrelevant for the purpose of it qualifying as a foreign investor under the investment law. The Claimant was registered as a foreign investor for the purposes of the investment law from 2005. It was successively a Cayman Island company prior to 13 december 2007 and a US company thereafter; and the Claimant, as such, could have invoked Article 15 of the Investment Law by virtue of the respective ratifications of the ICSID Convention by the United Kingdom and the USA, which (in the case of the United Kingdom) extended to the Cayman Islands* ». CIRDI, *Pac Rim c. El Salvador*, compétence, § 5.43.

intitulé « Souveraineté dans la production et la fourniture de bases lubrifiantes, de lubrifiants finis, d'huiles électriques, de graisses et d'huile de frein », dont la mise en œuvre était confiée à l'entreprise publique Petróleos de Venezuela S.A. ("PDVSA")¹⁶⁰¹. Agissant en substitution de ses filiales, la société Venoklim a introduit une réclamation sur le fondement du code des investissements vénézuélien. L'État défendeur soutenait alors que le code des investissements vénézuélien ne profitait qu'aux investisseurs étrangers et que les actionnaires ultimes de la société Venoklim étaient des Vénézuéliens. À ce titre, celle-ci devait être considérée comme une société vénézuélienne. Pour sa part, Venoklim indiquait qu'elle était une entreprise hollandaise par application du critère du siège social et de l'incorporation. Par ailleurs, elle était directement détenue par une société suédoise, ce qui en faisait une société étrangère. Pour apprécier la nationalité étrangère ou non de la société Venoklim conformément aux codes des investissements vénézuéliens, le tribunal arbitral s'est d'abord intéressé à la structure du groupe de société ci-dessous reproduit :



*Extrait de la sentence Venoklim Holding BV c. Venezuela*¹⁶⁰²

De ce tableau, il ressort que la société Venoklim est propriétaire des cinq sociétés vénézuéliennes qui ont été expropriées et elle était aussi contrôlée par d'autres sociétés.

¹⁶⁰¹ CIRDI, *Venoklim Holding B.V. c. République Bolivarienne du Venezuela*, ARB/12/22, sentence, 3 avril 2015, §7.

¹⁶⁰² CIRDI, *Venoklim Holding B.V. c. République Bolivarienne du Venezuela*, ARB/12/22, sentence, 3 avril 2015, § 147.

Alors que le code des investissements vénézuélien protège l'investisseur étranger¹⁶⁰³, le tribunal souligna que le texte vénézuélien attribue la nationalité vénézuélienne aux sociétés propriétaires d'un investissement international ou contrôlées par des étrangers. Le Tribunal ajoute ensuite que les parties n'ayant pas discuté le critère de propriété, il n'évoquera que le critère du contrôle. Fort de cette constatation, le tribunal conclut à son incompétence au motif que le code ayant consacré le critère du contrôle, la nationalité de la société Venoklim doit être déterminée par application du critère du contrôle et non en référence à son siège social ou à l'incorporation. Ce faisant, il ne suffit pas d'apprécier qui contrôle directement cette société, mais rechercher qui exerce le contrôle ultime, les réels actionnaires. Les parties étant d'accord pour dire que la société Industrie Veneco C.A. est détenue par des ressortissants vénézuéliens, alors la société Venoklim, contrôlée en réalité par Industrie Veneco, est une société de droit vénézuélien et ne peut, à ce titre, saisir le CIRDI¹⁶⁰⁴.

Dans son opinion dissidente rendue à propos de la sentence, l'arbitre Enrique Gomez Pinzon critiquait la sentence pour avoir écarté l'appréciation de la nationalité de Venoklim par application du critère de propriété alors qu'il était manifeste que celle-ci possédait 5 sociétés au Venezuela¹⁶⁰⁵. Aussi ajoute-t-il que même en appliquant le critère du contrôle, la majorité des arbitres aurait dû tenir compte de la définition de l'investisseur étranger retenue par le TBI Pays-Bas/Venezuela¹⁶⁰⁶ que l'article 22 du code des investissements vénézuélien "ratifiait" en l'espèce¹⁶⁰⁷. Ces arguments n'emportent pas toutefois la conviction dans la mesure où l'investisseur a invoqué le code vénézuélien comme cause de la réclamation. Par ailleurs, s'il n'appartient pas aux législateurs de fixer les critères d'appréciation de la nationalité d'une société étrangère, il reste pleinement compétent pour dire qui sont leurs nationaux. Et en l'espèce, est ressortissante vénézuélienne la société contrôlée réellement par des nationaux vénézuéliens. De notre point de vue, le reproche qui peut être fait à la sentence est le raisonnement elliptique

¹⁶⁰³ La prise de participation dans le capital d'une société de droit local est considérée comme un investissement. La doctrine interprète en ce sens les dispositions des TBI et codes protégeant « les biens, droits et intérêts » des investisseurs comme protégeant la prise de participation au titre de l'instrument concerné. Sur ces points, lire : Walid BEN HAMIDA, *L'arbitrage transnational unilatéral – réflexions sur une procédure réservée à l'initiative d'une personne privée contre une personne publique*, Thèse, Université Panthéon-Assas, Paris, 2003, pp. 300 – 324.

¹⁶⁰⁴ CIRDI, *Venoklim Holding B.V. c. République Bolivarienne du Venezuela*, ARB/12/22, sentence, 3 avril 2015, §§ 140 – 151.

¹⁶⁰⁵ CIRDI, *Venoklim Holding B.V. c. République Bolivarienne du Venezuela*, ARB/12/22, opinion dissidente d'Enrique Gomez Pinzon, 3 avril 2015, §§ 18 à 25.

¹⁶⁰⁶ CIRDI, *Venoklim Holding B.V. c. République Bolivarienne du Venezuela*, ARB/12/22, opinion dissidente d'Enrique Gomez Pinzon, 3 avril 2015, §§ 26 – 38.

¹⁶⁰⁷ L'article 22 de loi vénézuélienne est d'une rédaction ambiguë ainsi qu'il a été précédemment indiqué (voir *supra* Titre 1, chapitre 1 section 2, §1). Le texte ne comporte pas *in se* une offre d'arbitrage mais permet le recours à l'arbitrage s'il existe un accord avec l'investisseur (en l'espèce le TBI Pays-Bas/ Venezuela) d'où l'emploi abusif du terme "ratifié".

suivi. En effet, la majorité renseigne peu sur le bien-fondé de cette recherche du contrôle ultime de la société en droit vénézuélien. Pourquoi par exemple, elle ne retient pas le contrôle immédiat qui aurait permis d'attribuer la nationalité suédoise à Venoklim (même si cette nationalité empêchait de bénéficier du TBI Pays-Bas/Venezuela) ? Cette question du fondement juridique de la recherche de l'investisseur ultime se pose également s'agissant de la détermination de l'intérêt à agir de l'investisseur.

607. L'intérêt à agir des sociétés mères. Dans cette optique de détermination de la nationalité de la société mère en référence au critère du contrôle, se pose la question de savoir si le droit de réclamation concerne l'investisseur direct¹⁶⁰⁸ ou, si l'investisseur indirect (celui qui contrôle par exemple la société détentrice des parts dans la société de projet) est également protégé¹⁶⁰⁹.

608. L'intérêt à agir en tant qu'investisseur indirect. La pratique arbitrale est divisée sur l'appréciation de l'intérêt à agir de l'investisseur indirect. Alors que certaines sentences considèrent que seul l'investisseur direct est titulaire du droit de réclamation¹⁶¹⁰, d'autres sentences rappellent qu'en l'absence d'indications contraires, l'investisseur indirect est également protégé¹⁶¹¹. La Convention CIRDI, ni d'ailleurs les règlements des centres d'arbitrage à vocation générale, n'apportent de réponses à la question. C'est à l'engagement juridictionnel qu'il convient de se référer dans ce cas¹⁶¹². Ainsi, lorsque le code des investissements protège à la fois les investissements directs et les investissements indirects, il peut être soutenu que l'actionnaire majoritaire de la société mère dispose également du droit de réclamation. Dans ce cas toutefois, la question de savoir jusqu'où il est possible de remonter dans la chaîne du groupe de sociétés se pose.

¹⁶⁰⁸ La société mère est l'investisseur direct lorsque l'engagement juridictionnel définit la prise de participation dans une société de droit local comme un investissement.

¹⁶⁰⁹ C'est le cas lorsque le code protège également l'investisseur indirect. Ce type de dispositions est rare et les codes étudiés font ressortir une nette préférence pour la protection de l'investisseur direct. Une exception en faveur du code du sud-soudan peut être relevée. L'article 5 de la loi de 2009 prévoit : « "indirect investment" means any act or contract whereby an investor makes a contribution whether tangible or intangible, to an enterprise in Southern Sudan without obtaining an equity interest in the enterprise but is entitled to returns based on profits generated by the enterprise ». La définition proposée est toutefois critiquable en ce qu'elle propose une définition de l'investisseur trop large qui ne couvre pas parfait l'hypothèse de la société mère de la filiale propriétaire de la société de projet. C'est donc l'article 1 du code des investissements namibiens précité qui illustre le mieux la question de l'investissement indirect en droit de l'arbitrage.

¹⁶¹⁰ Dans l'affaire *Amco Asia c. Indonésie* par exemple, le tribunal a considéré qu'il fallait s'en tenir au contrôle direct exercé sur la société de droit local (CIRDI, *Amco Asia c. Indonésie*, sentence ARB/81/1, 25 septembre 1983, *ILM* 1984, vol. 23, pp 361 – 363).

¹⁶¹¹ Dans l'affaire *SOABI c. Sénégal*, le tribunal ne trouvait aucun motif dans la convention de Washington permettant d'exclure le contrôle indirect comme critère pertinent de détermination de l'investisseur protégé (CIRDI, *SOABI c. Sénégal*, compétence, ARB/81/1, *ILM* 1984, 1^{er} août 2004, pp 39-40, §§ 35 – 37). Dans l'affaire *Agua del Tunari SA c. Bolivie*, le tribunal arbitral a pu considérer que lorsque le TBI prévoit un contrôle indirect, le contrôle indirect peut être pris en considération pour l'appréciation de la nationalité étrangère de la société de projet.

¹⁶¹² Dans l'affaire *Agua del Tunari SA c. Bolivie*, le tribunal arbitral a pu considérer que lorsque le TBI prévoit un contrôle indirect, le contrôle indirect peut être pris en considération pour l'appréciation de la nationalité étrangère de la société de projet. CIRDI, *Agua del Tunari S.A. c. Bolivie*, compétence, ARB/02/3, 21 octobre 2005, §225 et § 275. Voir également, CIRDI, *Mobil Corporation et al. C. Venezuela*, compétence, ARB/07/27, 10 juin 2010, § 165. Voir sur ce point, Chitharanjan AMERASINGHE, *Jurisdiction of International Tribunals*, Kluwer Law International, 2003, pp 650 et ss.

L'indétermination *in abstracto* de l'investisseur protégé comporte alors un risque pour la sécurité juridique. Il devient loisible de multiplier les recours sur le fondement des codes des investissements pour des faits litigieux similaires en laissant l'une ou l'autre des sociétés du groupe, situées à un échelon différent de la chaîne, le soin d'introduire une action et à une autre l'opportunité de recommencer la procédure en cas d'insatisfaction¹⁶¹³.

Pour éviter cet inconvénient, dans le cadre des TBI, des clauses de déni des avantages sont de plus en plus incorporées dans les conventions. Ces clauses visent à limiter l'accès à la procédure arbitrale aux seuls investisseurs qui sont réellement ressortissants d'un État partie au traité et non aux « coquilles vides ». Concrètement, elles permettent de limiter le bénéfice d'un TBI aux seules sociétés qui exercent d'une part, une activité substantielle sur le territoire de l'État d'origine et d'autre part, aux sociétés qui ne sont pas contrôlées par des ressortissants d'un État tiers¹⁶¹⁴. Ce type de limitation serait bienvenue dans les codes africains. En effet, le caractère unilatéral de ces lois permet déjà à une masse importante d'investisseurs, de divers horizons, de disposer d'un droit de réclamation. Il serait utile d'encadrer ce droit en limitant le recours à l'arbitrage aux seuls investisseurs indirects qui contrôlent réellement la filiale établie dans l'État d'accueil pour les codes qui ne limitent pas le recours à l'arbitrage aux investisseurs directs.

609. L'intérêt à agir en tant qu'investisseur direct. Ainsi qu'il ressort de la jurisprudence de la CIJ, l'action des actionnaires d'une société pour les atteintes subies par celle-ci peut recouvrir deux formes. Il peut s'agir d'une action en défense de leurs intérêts propres, dans ce cas, la société mère (et plus largement l'investisseur) ne pourrait introduire sa réclamation qu'en cas d'atteinte à ses droits d'actionnaires. De tels droits seront affectés lorsque la mesure litigieuse affecte directement l'existence de la société, la modification du capital social de celles-ci, les droits de vote et de participations, le contrôle de la société. Dans ce cas, l'action introduite est proportionnelle à la part détenue de l'actionnaire dans la société de projet¹⁶¹⁵. En revanche, lorsque la société mère agit en substitution de la société de projet, son intérêt à agir couvre alors l'ensemble des

¹⁶¹³ Ce risque de désordre procédural n'est pas que théorique. Dans une affaire contre la République Tchèque, monsieur Lauder, ressortissant américain et actionnaire majoritaire de la société CME, une société de droit néerlandais, a introduit une requête sur le fondement du TBI Etats-Unis / République Tchèque, pour les atteintes subies par la société CME. Quelques mois plus tard, la société CME a également introduit une requête contre la République Tchèque en invoquant le TBI Pays-Bas/ République Tchèque, pour les mêmes faits. CNUDCI, *CME Czech Republic B.V. (The Netherlands) c. République Tchèque*, 13 septembre 2001. Si le tribunal a estimé qu'il ne s'agissait pas de la même affaire, faute d'une triple identité, il n'en demeure pas moins que le désordre procédural que cette situation engendre est regrettable.

¹⁶¹⁴ Yas BANIFATEMI, « Taking into Account Control Under Denial of Benefits Clauses », Yas BANIFATEMI (eds.), *Jurisdiction in Investment Treaty Arbitration*, IAI Series on International Arbitration n°8, JurisNet and IAI, 2018, pp. 223 – 267.

¹⁶¹⁵ Carlo SANTULLI, *Droit du contentieux international*, LGDJ, 2^{ème} éd., 2015, p. 255-256, §§ 404 – 405.

dommages subis par la société de droit local, en ce compris les dommages affectant l'activité de la société commerciale¹⁶¹⁶.

610. La cession des droits. Une autre difficulté qui pourrait se poser est celle de la cession des actions de la société mère à une autre entité. La question qui s'est posée en pratique était de savoir si la cession des actions de la société mère à une autre société emporte également cession des droits procéduraux. Dans l'affaire *Amco Asia c. Indonésie*, le tribunal arbitral a considéré que la cession des actions emportait également cession du droit d'agir¹⁶¹⁷. Le tribunal arbitral ajoutait que cet effet juridique de la cession ne pouvait être empêché que si l'État manifestait expressément son refus de voir s'étendre le bénéfice de la clause compromissoire à un tiers au moment de l'approbation du transfert¹⁶¹⁸. Cette décision a été critiquée par Emmanuel Gaillard pour qui cette sentence qui présume le consentement de l'État à la cession du droit d'agir alors que la convention CIRDI exige un consentement clair et non équivoque¹⁶¹⁹. Même si la pratique ultérieure a confirmé la sentence *Amco c. Indonésie*, le tribunal dans l'affaire *Banro c. RDC* a estimé que la clause d'arbitrage ne peut être cédée que si le cédant dispose réellement du droit d'agir¹⁶²⁰ sauf si l'État autorise la cession¹⁶²¹ et en l'absence de fraude¹⁶²².

Cette approche des tribunaux arbitraux a cependant été développée dans le cadre des réclamations contractuelles. L'exigence du consentement de l'État à la cession des droits procéduraux est plus difficile à déterminer dans le cadre des réclamations conventionnelles et légales, qui reposent sur le mécanisme de consentement dissocié¹⁶²³. Certains législateurs anticipent sur cette difficulté en conditionnant la cession des droits que tire la société mère dans une société de droit local à l'autorisation préalable de l'État, parfois à un droit de préemption de l'État¹⁶²⁴. Ce type de disposition permet à l'État

¹⁶¹⁶ Carlo SANTULLI, *Droit du contentieux international*, LGDJ, 2^{ème} éd., 2015, p. 256-257, §§ 406 – 407.

¹⁶¹⁷ CIRDI, *Amco Asia c. Indonésie*, sentence ARB/81/1, 25 septembre 1983, *ICSID Rep.*, vol. 1, p. 400, § 31.

¹⁶¹⁸ CIRDI, *Amco Asia c. Indonésie*, sentence ARB/81/1, 25 septembre 1983, *ICSID Rep.*, vol. 1, p. 400, § 31.

¹⁶¹⁹ CIRDI, *Amco Asia c. Indonésie*, 25 septembre 1983, *JDI*, 1986, comm. Emmanuel Gaillard, § 21.

¹⁶²⁰ Dans cette affaire, la société Banro Resource, société de droit canadien avait conclu un contrat avec la RDC prévoyant une clause CIRDI. Or, le Canada n'était pas partie à la Convention de Washington. De ce fait, la société Banro n'avait pas la qualité requise pour saisir le CIRDI. La société canadienne a donc cédé ses droits à une filiale de droit américain. CIRDI, *Banro American Resources c. République démocratique du Congo*, ARB/98/7, 1^{er} septembre 2000, *ICSID Rev.*, 2002, p. 382., § 5.

¹⁶²¹ CIRDI, *Autopista Concesionada de Venezuela c. République du Venezuela*, compétence, 27 septembre 2001, *ICSID Rev.*, 2001, p. 465.

¹⁶²² CIRDI, *Mihaly International Corporation c. Sri Lanka*, ARB/00/2, 15 mars 2002, *ICSID Rev.* 2002, p. 142, § 24. Sur l'ensemble de la question, voir Eric TEYNIER, « Notion d'investisseur », *Les cahiers de l'arbitrage*, n°spécial, 7-8 novembre 2003, p. 6.

¹⁶²³ Pour une analyse similaire, voir : Claire CREPET DAIGREMONT, « L'extension jurisprudentielle de la compétence des tribunaux arbitraux du CIRDI », in Philippe KAHN, Thomas WALDE (dir.), *Les aspects nouveaux du droit des investissements internationaux*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden/Boston, 2007, p. 468.

¹⁶²⁴ En ce sens, le code des investissements algérien prévoit à son article 30 un droit de préemption au profit de l'État sur toutes les cessions d'actions ou de parts sociales réalisées par ou au profit d'étrangers. L'article 31 est encore plus strict en ces termes : « Constitue une cession indirecte de société de droit algérien, la cession à hauteur de 10 % ou plus, des actions ou parts sociales d'entreprise étrangère détenant des participations dans la première citée. La cession indirecte de société de droit algérien ayant bénéficié d'avantages ou de facilités lors de son implantation, donne lieu à l'information du conseil des participations de l'État. Le pourcentage cité ci-dessus, concerne la cession en une seule ou plusieurs opérations cumulées au profit d'un même acquéreur. Le non-respect de la formalité citée à l'alinéa 2 ci-dessus, ou l'objection motivée formulée par le conseil des participations de

d'identifier le titulaire du droit de réclamation même en cas de cession. Elles sont ainsi à encourager même si elles entravent par ailleurs, le droit de librement disposer de leurs biens des sociétés mères.

611. En somme, les dispositions qui présentent le plus d'intérêt pour l'identification de l'investisseur étranger personne morale, sont celles qui mentionnent explicitement que le critère du contrôle direct sera le facteur à prendre en compte dans l'évaluation de la qualité et l'intérêt à agir de l'investisseur. C'est le cas des codes qui réservent le bénéfice des garanties à une autorisation préalable ou encore ceux qui limitent les cessions d'actifs à une autorisation préalable des autorités gouvernementales. Dans de telles hypothèses, la connaissance de l'investisseur, *l'intuitu personae* évoqué précédemment¹⁶²⁵, est une condition *sine qua non* pour profiter de la protection du code des investissements.

C. L'INVESTISSEUR AGREE

612. La condition d'un engagement spécifique. Dans la présente hypothèse, l'expression « investisseur agréé » doit être comprise dans son sens générique, c'est-à-dire comme désignant l'investisseur titulaire d'un engagement spécifique à savoir un agrément, un certificat d'investissement ou d'un accord spécial d'investissement régi par un code des investissements. La portée de cet engagement spécifique sur le *locus standi* de l'investisseur varie d'un code à l'autre. Dans certains cas, l'investisseur pourra introduire une réclamation légale sans posséder un agrément et dans d'autres cas, la possession de l'agrément sera une condition *sine qua non* pour établir son intérêt à agir. La distinction proposée entre réclamation légale *lato sensu* et *stricto sensu* trouve ici un intérêt. Dans le cadre des réclamations légales *lato sensu*, l'investisseur agit sur le fondement du code des investissements, mais il existe un lien juridique entre l'État d'accueil et lui. Ce lien juridique est formalisé par la possession d'un agrément. Dans le cas d'une réclamation légale *stricto sensu*, la réclamation de l'investisseur est recevable du seul fait qu'il ait accepté l'offre légale d'arbitrage. C'est l'hypothèse d'un arbitrage sans lien juridique stricte qui ne requiert pas la possession d'un agrément pour agir sur le fondement de la loi.

l'État, dans un délai d'un mois à compter de la réception de l'information relative à la cession, confère à l'État un droit de préemption portant sur une proportion du capital social correspondant à celle du capital objet de cession à l'étranger, sans dépasser la part du cessionnaire dans le capital social de la société de droit algérien. Les modalités d'exercice du droit de préemption sont fixées par voie réglementaire. » in Loi n°2016-09 du 3 août 2016 relative à la promotion de l'investissement.

¹⁶²⁵ Voir *supra* Partie, Titre 2, Chap. 2, section 2, §2.

613. Les réclamations légales *lato sensu*. Dans l'affaire *Lighthouse c. Timor Leste*, l'État défendeur soutenait que pour bénéficier des droits et avantages prévus par le code des investissements, l'investisseur étranger devait être titulaire d'un certificat, « *foreign investor's certificate* » ou à défaut d'un accord spécial à l'investissement conclu entre l'État et l'investisseur étranger dénommé *Specific Investment Agreement* (SIA). Dans la mesure où le requérant, la société Lighthouse n'avait pas demandé et obtenu ce certificat d'investissement, ni conclut un SIA avec l'État, le tribunal devait se reconnaître incompétent *ratione personae*¹⁶²⁶. Pour sa part, se fondant sur l'avis d'un expert qu'elle a elle-même désigné, la partie requérante soutenait que l'obtention d'un certificat n'était pas nécessaire dès l'instant où elle remplissait les conditions matérielles pour bénéficier de la protection de la loi. De plus, la société Lighthouse arguait que son contrat de fourniture de carburant conclu avec l'État et dont elle alléguait avoir été expropriée, constituait un SIA, fondant de la sorte son titre à agir devant le tribunal arbitral¹⁶²⁷. Le tribunal arbitral a rejeté les arguments de la demanderesse au motif qu'il était contraire à la lettre du code des investissements du Timor-Leste. Pour fonder sa décision, le tribunal a repris méthodiquement l'ensemble des dispositions pertinentes du code.

Dans un premier temps, le tribunal rappelle que le *littera f* de l'article 3 du code définit l'investisseur étranger comme toute personne physique ou morale, non-résidente qui détient un certificat d'investissement¹⁶²⁸. Ce certificat d'investissement est quant à lui défini comme un document délivré à l'investisseur étranger par l'autorité compétente, en l'espèce TradeInvest, qui atteste de son statut d'investisseur étranger¹⁶²⁹. Enfin, les articles 19 et 20 du code rappellent que les investissements étrangers sont soumis à une procédure d'enregistrement et d'autorisation afin de permettre un contrôle par les organes de l'État de ces investissements¹⁶³⁰. Dans la mesure où, l'investisseur avoue ne pas

¹⁶²⁶ CIRDI, *Lighthouse Corporation Pty Ltd and Lighthouse Corporation Ltd, c. République démocratique du Timor-Leste*, ARB/15/2, sentence, 22 décembre 2017, §§ 283 – 297.

¹⁶²⁷ CIRDI, *Lighthouse Corporation Pty Ltd and Lighthouse Corporation Ltd, c. République démocratique du Timor-Leste*, ARB/15/2, sentence, 22 décembre 2017, §§ 298 – 308.

¹⁶²⁸ *A foreign investor means « [A]ny foreign individual or collective person or non-resident Timorese national, that holds a foreign investor's certificate », in CIRDI, Lighthouse Corporation Pty Ltd and Lighthouse Corporation Ltd, c. République démocratique du Timor-Leste*, ARB/15/2, sentence, 22 décembre 2017, § 312.

¹⁶²⁹ « *A document issued to a foreign investor by the competent authority, certifying the investor's foreign status* » in CIRDI, *Lighthouse Corporation Pty Ltd and Lighthouse Corporation Ltd, c. République démocratique du Timor-Leste*, ARB/15/2, sentence, 22 décembre 2017, § 313.

¹⁶³⁰ « *Article 19 1. Foreign investments to be made in the country under the terms of this law shall be subject to authorization and approval by the competent government authorities, under the terms of applicable legislation 2. The authorization referred to in Paragraph 1 above shall be granted so long as the applicant meets the legally required conditions and the proposed investment complies with the objectives of the National Development Plan.* » Et l'article 20 d'ajouter: « *1. Once a request has been granted under the terms of Article 19, a foreign investment shall be registered with the competent authority, under the terms of this law and applicable regulations. 2. The registration referred to in Paragraph 1 above shall be separate from the commercial registration of a business, under the terms of applicable commercial legislation.* » in CIRDI, *Lighthouse Corporation Pty Ltd and Lighthouse Corporation Ltd, c. République démocratique du Timor-Leste*, ARB/15/2, sentence, 22 décembre 2017, § 315.

disposer de certificat, qui est une condition formellement exigée, ce dernier n'est pas protégé par le code des investissements. Par ailleurs, s'agissant de la qualification du contrat de fourniture de carburant comme un SIA, le tribunal rappelle que l'article 18 du code des investissements du Timor exige que les SIA fassent l'objet d'un décret solennel, pris en Conseil des ministres, approuvant le contrat entre l'État et l'investisseur¹⁶³¹. Le contrat de fourniture de carburant de Lighthouse, n'ayant pas fait l'objet d'un tel décret, ce dernier ne peut être qualifié de SIA. Par ces motifs, le tribunal déclina sa compétence *ratione personae*¹⁶³².

614. Les réclamations légales *stricto sensu*. Lorsque le code permet à l'investisseur étranger d'introduire une réclamation légale *stricto sensu*, il n'est pas nécessaire pour l'investisseur étranger de bénéficier d'un agrément. Deux sentences se sont illustrées sur ce point, l'une à propos du code des investissements congolais et l'autre, à propos du code des investissements nigérian.

Dans l'affaire *Lahoud c. RDC*, l'État défendeur soutenait que les requérants ne disposaient pas d'un agrément et à ce titre, ne pouvait bénéficier des garanties procédurales offertes par le code des investissements congolais. Les demandeurs soutenaient pour leur part, que l'agrément n'était exigé que pour bénéficier des avantages fiscaux et douaniers prévus par le code à l'exclusion des garanties procédurales et substantielles offertes à tous les investisseurs. Le tribunal arbitral fit droit à l'argument des défendeurs en rappelant que le code précise expressément que les garanties substantielles (TJE, interdiction de l'expropriation illicite, TN, etc.) et l'offre d'arbitrage profitent à tous les investisseurs et pour tous les litiges les opposant à l'État¹⁶³³.

Le tribunal dans l'affaire *Interocean c. Nigeria*, a également adopté cette conclusion en suivant un raisonnement différent. Dans cette espèce, le code des investissements nigérian exigeait, contrairement au code congolais, que les investissements étrangers fassent l'objet d'un enregistrement auprès de l'organe national compétent et bénéficient d'un certificat avant le démarrage de leurs activités. Ces conditions n'étaient pas remplies par la société de projet mise en place par les requérants.

¹⁶³¹ « Article 18 Special Investment Agreements 1. The government may establish special investment agreements with potential foreign investors defining special legal systems applicable to economic activities that, by their scale or nature, or by their economic, social, environmental or technological impact, prove to be of great interest to the country under the national development strategy, thereby justifying the adoption of special treatment or conditions beyond the general foreign investment system established by this law. 2. The conclusion of the special investment agreements referred to in Paragraph 1 above shall be authorized by resolution of the Council of Ministers, clearly specifying the special conditions justifying the agreement, together with the special system applicable to the agreement. » § 316.

¹⁶³² CIRDI, *Lighthouse Corporation Pty Ltd et al., c. Timor-Leste*, ARB/15/2, sentence, 22 décembre 2017, §§ 333 – 334.

¹⁶³³ CIRDI, *Antoine Lahoud et Leila Lahoud c. RDC*, ARB/10/4, sentence, 7 février 2014, §§ 388 – 401.

Celles-ci ne pouvaient donc pas bénéficier de l'offre d'arbitrage prévue par le code conformément à la sentence Lighthouse. Cependant, le tribunal releva que cette exigence d'agrément de l'investisseur devait s'apprécier suivant le contexte particulier de chaque affaire. Relevant que le litige opposant Interocean et Pan Ocean à l'État du Nigeria trouvait sa source dans la perte de contrôle des requérants dans la société de projet, il était illogique et inutile d'exiger des requérants qu'ils entreprennent les formalités requises¹⁶³⁴, justifiant ainsi la compétence du tribunal arbitral.

En réalité, dans ces affaires, la question posée aux tribunaux arbitraux ne concernait pas tant leur compétence personnelle mais la compétence matérielle du tribunal. En effet, l'exigence d'agrément ou de certificat contrairement au code du Timor visait la société de projet et non les actionnaires de cette société de projet, qui étaient les investisseurs étrangers. À défaut d'une action introduite par la société de projet, il convient donc de considérer qu'il s'agit d'une condition du droit de réclamation relative à la compétence matérielle des tribunaux arbitraux. L'actionnaire de la société de projet n'est pas, dans ce cas de figure, le titulaire des droits qu'accorde l'agrément même si c'est ce dernier qui négocie l'agrément¹⁶³⁵. Il convient dès lors de différer l'analyse sur ce point au stade de l'appréciation de la compétence matérielle des tribunaux arbitraux¹⁶³⁶.

615. En définitive, selon les formulations retenues par les codes des investissements, l'investisseur étranger ne pourra introduire sa réclamation que s'il bénéficie d'un engagement spécifique. Pour l'heure cependant, la variété des formulations ne permet pas de déduire une règle générale s'agissant de la portée de cette exigence sur le droit de réclamation. Sur ce point, les législateurs africains gagneraient à adopter des formulations facilitant l'identification des investisseurs protégés par les codes. Ces besoins d'éclaircissement concernent à la fois la condition de nationalité de ceux-ci, les conditions procédurales au bénéfice des garanties substantielles et procédurales des lois nationales et surtout les formes dans lesquelles l'acceptation de l'investisseur doit intervenir.

§2 : Les formes d'acceptation de l'offre : une question controversée

616. Dans le mécanisme de consentement dissocié, l'expression du consentement de l'investisseur à l'arbitrage est appréciée de façon permissive par les tribunaux arbitraux¹⁶³⁷. Cependant, cette approche des tribunaux arbitraux s'inscrit à rebours de la

¹⁶³⁴ CIRDI, *Interocean Oil Development Company c. Nigeria*, ARB/13/20, compétence, 24 octobre 2014, §§ 97 – 104.

¹⁶³⁵ Sur ce point, voir *supra* Partie, Titre 2, Chap. 2, section 2, §2.

¹⁶³⁶ Voir *infra* Partie 2, Titre 1, section 2, §1.

¹⁶³⁷ Dans l'affaire *Generation Ukraine c. Ukraine*, le tribunal arbitral considère qu'il n'est pas nécessaire pour l'investisseur d'épuiser les voies de recours internes, qui a pour effet de permettre à l'État de réparer dans son ordre interne le dommage causé,

nature consensuelle de l'arbitrage qui exige que l'acceptation de l'offre d'arbitrage par l'investisseur intervienne suivant les formes prescrites par l'offrant (B). À ce titre, la tendance récente qui présume le consentement à l'arbitrage de l'investisseur apparaît critiquable (A).

A. LA PRESOMPTION CRITIQUABLE DE CONSENTEMENT A L'ARBITRAGE DE L'INVESTISSEUR

617. L'exigence d'un consentement univoque. L'appréciation du consentement à l'arbitrage doit être objective. À ce titre, les tribunaux arbitraux doivent rechercher l'expression manifeste du consentement à l'arbitrage de l'investisseur qui doit être donné par écrit¹⁶³⁸. Pourtant, certains tribunaux arbitraux ont estimé que le consentement à l'arbitrage de l'investisseur pouvait être présumé à partir de certains indices, tels que la demande d'agrément.

618. La consécration de la présomption de consentement. Dans l'affaire *ABCI c. Tunisie*, la partie requérante a fondé son action sur le code des investissements de 1969 qui avait été abrogée dix ans avant l'introduction de la requête d'arbitrage. La sortie en vigueur du texte empêchait le requérant d'accepter l'offre d'arbitrage au moment du dépôt de la requête d'arbitrage ainsi qu'il est courant dans l'arbitrage transnational. La seule issue envisageable pour le demandeur consistait à démontrer qu'il avait accepté l'offre d'arbitrage prévue dans le code des investissements de 1969 avant son abrogation. Pour ce faire, la société *ABCI* plaida la futilité d'un consentement autonome à l'arbitrage pour l'investisseur agréé au titre du code des investissements. Ainsi indique-t-il que l'article 20 du code tunisien relatif aux règlements des différends constitue un engagement de la part de l'État avant d'ajouter :

en ces termes : « *The first sentence of Article 26 secures the exclusivity of a reference to ICSID arbitration vis-à-vis any other remedy. A logical consequence of this exclusivity is the waiver by Contracting States to the ICSID Convention of the local remedies rule, so that the investor is not compelled to pursue remedies in the respondent State's domestic courts or tribunals before the institution of ICSID proceedings. This waiver is implicit in the second sentence of Article 26, which nevertheless allows Contracting States to reserve its right to insist upon the prior exhaustion of local remedies as a condition of its consent.* CIRDI, *Generation Ukraine c. Ukraine*, ARB/00/9, sentence, 16 septembre 2003, §§ 13.1 – 13.6, Spec. § 13.4.

¹⁶³⁸ Dans l'affaire *Inceysa c. El Salvador*, le tribunal arbitral soulignait ainsi : « *To avoid engaging in a partial or subjective analysis, it has been established that any analysis of jurisdiction must be made with meticulous care, without starting from presumptions in favor or against the jurisdiction of the Centre. Any presumption would corrupt the analysis and would unduly limit or expand the original consent given by the parties. In this regard, the case of Southern Pacific Properties (Middle East) Limited c. République Arabe d'Égypte established the following: "clearly, then, there is no presumption of jurisdiction – particularly where a sovereign State is involved – and the Tribunal must examine Egypt's objections to the jurisdiction of the Centre with meticulous care, bearing in mind that jurisdiction in the present case exists only insofar as consent thereto has been given by the Parties. This is not to say, however, that there is a presumption against the conferment of jurisdiction with respect to a sovereign State or that instruments purporting to confer jurisdiction should be interpreted restrictively. Judicial and arbitral bodies have repeatedly pronounced in favor of their own competence where the force of the arguments militating in favor of jurisdiction is preponderant [...]"* ». CIRDI, *Inceysa c. El Salvador*, Compétence, ARB/03/26, 02 août 2006, § 176.

« **C'est cet engagement irrévocable de se soumettre à l'arbitrage du CIRDI qui est à la base du consentement des deux parties à l'arbitrage.** En effet, l'agrément délivré par le Gouvernement suite à la demande d'ABCI suffit pour établir le consentement requis par l'article 25 de la Convention CIRDI, surtout au vu du fait que l'article 20 n'impose aucun formalisme »¹⁶³⁹.

Pour le défendeur toutefois, « l'investisseur devait exprimer son consentement à l'une de ces alternatives (offertes par le code), ce que la société ABCI n'a pas non plus fait »¹⁶⁴⁰.

Répondant aux arguments des parties, le tribunal arbitral, dans un premier temps, concéda à l'État défendeur qu'aucun des documents versés au dossier ne comportait la mention « *l'investisseur accepte votre offre d'avoir recours à l'arbitrage CIRDI* »¹⁶⁴¹. Mais convaincu que la réponse à la question du consentement repose sur une « recherche factuelle » plutôt qu'une « analyse juridique », les arbitres estimaient :

« **Cette acceptation ne s'exprime pas d'une seule manière.** Normalement, une acceptation écrite peut s'exprimer dans une lettre formelle. Mais, il peut y avoir aussi d'autres manifestations écrites qui sont indicatives de la volonté de l'investisseur à cet égard. En l'espèce, bien qu'une lettre formelle n'existe pas, tous les éléments nécessaires pour établir que la volonté de l'investisseur d'accepter l'offre d'arbitrage a été manifestée de manière convaincante, sont réunis »¹⁶⁴².

Ces différents éléments nécessaires pour établir le consentement pouvant ainsi être résumé :

« L'offre contenue dans la Loi, suivie de la demande de garanties et l'agrément ultérieur du Gouvernement, constitue l'expression du consentement réciproque, que le Tribunal doit retenir »¹⁶⁴³.

619. Une consécration critiquable. En résumé, dans le cadre d'une réclamation légale, l'investisseur n'aurait pas à exprimer un consentement autonome à l'arbitrage en présence d'une demande d'agrément au titre du code des investissements acceptée par les organes compétents de l'État. Ce point de vue n'a pas manqué de soulever des controverses au sein même du tribunal arbitral. Dans son opinion dissidente jointe à la sentence, l'arbitre Brigitte Stern soutenait que la solution retenue par la majorité du tribunal « équiva[lait] à faire du consentement de l'investisseur un consentement purement virtuel »¹⁶⁴⁴ et que sauf disposition expresse, l'acceptation de l'offre d'arbitrage figurant dans un code doit intervenir dans les mêmes conditions que celles figurant dans un TBI. La professeure de rappeler ces conditions évoquées par la sentence *AMT c. Zaïre* en ces termes :

¹⁶³⁹ CIRDI, *ABCI Investments Limited c. Tunisie*, ARB/04/12, compétence, 18 février 2011, § 85. Voir aussi le § 86.

¹⁶⁴⁰ CIRDI, *ABCI Investments Limited c. Tunisie*, ARB/04/12, compétence, 18 février 2011, § 74

¹⁶⁴¹ CIRDI, *ABCI Investments Limited c. Tunisie*, ARB/04/12, compétence, 18 février 2011, § 92

¹⁶⁴² CIRDI, *ABCI Investments Limited c. Tunisie*, ARB/04/12, compétence, 18 février 2011, § 115.

¹⁶⁴³ CIRDI, *ABCI Investments Limited c. Tunisie*, ARB/04/12, compétence, 18 février 2011, § 116.

¹⁶⁴⁴ CIRDI, *ABCI c. Tunisie préc.*, opinion dissidente Brigitte Stern, § 1.

« Le consentement de l'État ne crée aucune obligation pour l'investisseur de l'autre État, et un accord entre l'État et l'investisseur est requis, la rencontre de volonté nécessitant un consentement spécifique de ce dernier »¹⁶⁴⁵.

La logique de la démonstration de l'auteure convainc aisément. La Convention de Washington, en son article 25 ne saurait exiger des parties un consentement à l'arbitrage par écrit, pour finalement considérer que le consentement de l'investisseur peut être présumé par la simple demande d'agrément. Certainement, cette approche souple de l'acceptation trouve ses défenseurs en doctrine, que ne manque pas de rappeler la sentence¹⁶⁴⁶, mais elle n'en reste pas moins, en l'espèce, inappropriée et anachronique¹⁶⁴⁷.

620. Une réaffirmation *contra legem*. Le précédent créé par la sentence *ABCI c. Tunisie*, a fait des émules dans la pratique arbitrale. Un autre tribunal arbitral, celui de l'affaire *Société Resort Company Invest c. Côte d'Ivoire*, a également suivi cette approche contre la lettre du code. En effet, l'article 20 du code des investissements ivoirien disposait :

« [...] Tout différend ou litige entre les personnes physiques ou morales étrangères et la République de Côte d'Ivoire relatif à l'application du présent code, à défaut d'un règlement amiable, est réglé par les juridictions ivoiriennes ou par un tribunal arbitral. Les compétences du tribunal arbitral sont déterminées dans les conditions ci-après : [...] la Convention du 18 mars 1965 pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États, établie sous l'égide de la Banque Internationale pour la Reconstruction et le Développement et ratifiée par la République de Côte d'Ivoire en vertu du décret n° 65-238 du 26 juin 1965, est applicable ;[...] Le consentement des parties à la compétence du CIRDI ou du mécanisme supplémentaire, selon le cas, requis par les instruments les régissant est constitué, pour la République de Côte d'Ivoire par le présent article, **et exprimé expressément dans la demande d'agrément pour la personne concernée** »¹⁶⁴⁸.

De l'article 20 *in fine*, il ressort que le consentement de l'investisseur étranger doit intervenir lors de la demande d'agrément. Devant le tribunal arbitral, l'État défendeur soutenait que cette disposition obligeait les investisseurs étrangers à indiquer expressément leur consentement à l'arbitrage dans le dossier de demande d'agrément. Pour le requérant toutefois, la lecture de l'article 20 *in fine* de la République est excessive¹⁶⁴⁹ et la simple demande d'agrément suffisait à établir le consentement de

¹⁶⁴⁵ CIRDI, *ABCI c. Tunisie*, sentence *préc.*, opinion dissidente Brigitte Stern, § 16.

¹⁶⁴⁶ CIRDI, *ABCI Investments Limited c. Tunisie*, ARB/04/12, compétence, 18 février 2011, §§ 120 – 121.

¹⁶⁴⁷ CIRDI, *ABCI c. Tunisie*, opinion dissidente Brigitte Stern, § 18. L'auteure souligne que le mécanisme de consentement dissocié a été consacré par la sentence *SPP c. Egypte* en 1988 quand le code des investissements tunisiens a été adopté en 1969. Il est donc peu probable que le législateur tunisien ait prévu que la demande d'agrément suffise à établir le consentement à l'arbitrage de l'investisseur.

¹⁶⁴⁸ Côte d'Ivoire, code des investissements de 2012 *préc.*, art. 20 (Gras ajoutés)

¹⁶⁴⁹ Il faut ici noter que les dossiers de demande d'agrément sont mis à la disposition des investisseurs par l'État et ceux-ci ne contiennent aucune rubrique dédiée au choix de la procédure arbitrale. Un point justement rappelé par le tribunal au paragraphe 139 de sa sentence.

l'investisseur à l'arbitrage. Pour les arbitres, la question était donc de savoir si la simple demande d'agrément suffisait à parfaire le consentement à l'arbitrage des deux parties à la lecture de l'article 20 *in fine* du code ivoirien ?

Répondant à cette question, la majorité du tribunal souscrit à l'analyse selon laquelle la simple demande d'agrément suffit à établir le consentement à l'arbitrage des investisseurs. Pour fonder sa position, le tribunal évoque des raisons circonstanciées qui ne sont pas réellement déterminantes en ce qu'elles procèdent d'un rejet de l'argumentaire du défendeur sur fond d'interprétation *contra proferentem*¹⁶⁵⁰. Le point de la démonstration qui est en revanche déterminant, est l'analyse linguistique figurant aux paragraphes 149 à 154 de la sentence. On peut y lire que les termes consentement « exprimé expressément » peuvent vouloir dire que le consentement de l'investisseur doit être précisé dans sa demande d'agrément ou simplement que le législateur, par excès de précision, a voulu rappeler que la condition d'un consentement écrit prévu à l'article 25 était satisfaite par la simple demande d'agrément¹⁶⁵¹. Il va sans dire que le tribunal retint cette seconde interprétation ! Dans la même veine, le consentement « exprimé [...] dans la demande d'agrément » signifiera selon les arbitres « exprimé par la demande d'agrément », avant d'achever la démonstration en rappelant que certains législateurs, notamment le législateur congolais, retiennent cette seconde formulation¹⁶⁵².

L'interprétation livrée par le tribunal arbitral, on en conviendra, est surprenante d'autant que comme le souligne Julien Cazala, la comparaison des textes ivoirien et congolais aurait dû conduire le tribunal arbitral à plus de réserve dans la mise en parallèle des termes « dans » et « par »¹⁶⁵³. Ajoutons à cela que contrairement au code congolais dont l'État ne faisait pas de la connaissance de l'investisseur souhaitant se prévaloir de l'offre d'arbitrage une préoccupation majeure, le législateur ivoirien en faisait lui une condition essentielle. En effet, outre le fait que le consentement de l'investisseur pouvait être constitué « par sa demande d'admission au régime de la présente loi », le législateur congolais ajoutait que celui-ci pouvait également être mentionné « ultérieurement par acte séparé »¹⁶⁵⁴. On imagine bien que cette option est en partie liée au fait que ce code congolais couvre une palette de litiges plus large que la simple application du code et

¹⁶⁵⁰ Il est par exemple reproché à l'État d'avoir rédigé de façon ambiguë son code et que la sentence rendue devait être vue comme une leçon à tirer pour rédiger en de meilleurs termes les futures offres d'arbitrage figurant dans ses lois nationales. CIRDI, *Société Resort Company Invest Abidjan, et al. c. Republic of Côte d'Ivoire*, ARB/16/11, 1 août 2017, §§ 128 – 145.

¹⁶⁵¹ CIRDI, *Société Resort Company Invest Abidjan, et al. c. Republic of Côte d'Ivoire*, ARB/16/11, 1 août 2017, § 149.

¹⁶⁵² CIRDI, *Société Resort Company Invest Abidjan, et al. c. Republic of Côte d'Ivoire*, ARB/16/11, 1 août 2017, § 150.

¹⁶⁵³ Julien CAZALA, « Chronique de jurisprudences internationales (investissement) », *RGDIP*, 2018, n°1, pp. 226 – 227.

¹⁶⁵⁴ RDC, *Loi n°004 du 21 février 2002 portant code des investissements*, article 38.

accorde des droits y compris aux investisseurs n'étant pas agréés. Rien de tel dans le code ivoirien de 2012 dont les litiges arbitrables sont uniquement ceux relatifs à l'application du code et le *locus standi* réservé aux investisseurs agréés.

621. Si l'on a cru que la controverse au sujet du caractère forcé de l'arbitrage était dépassée¹⁶⁵⁵, la présomption de consentement à l'arbitrage fondée sur la simple demande d'agrément remet fondamentalement en cause le caractère consensuel de la procédure arbitrale, à la défaveur des États. Souhaitant introduire une requête d'arbitrage contre l'investisseur, il y a fort à parier que ce dernier nierait tout consentement à l'arbitrage en invoquant son ignorance du lien ainsi établi entre une simple demande d'autorisation d'investissement et l'acceptation d'une "convention d'arbitrage". En somme, la pratique la mieux indiquée pour la sécurité juridique reste finalement d'exiger un consentement autonome, conforme aux prescriptions de l'offre.

B. LA NECESSITE D'UNE ACCEPTATION CONFORME AUX PRESCRIPTIONS DE L'OFFRE

622. Le principe du consensualisme suppose l'effectivité du consentement des investisseurs étrangers à l'arbitrage. Pour ce faire, ce consentement doit intervenir par écrit, qu'importe la forme retenue (1) et correspondre aux prescriptions de l'offre d'arbitrage (2).

1. Le caractère protéiforme de l'acceptation de l'offre d'arbitrage

623. Les formes variées de l'offre d'arbitrage sont essentiellement fonction du moment où celles-ci interviennent. Trois schémas peuvent en ce sens retenir l'attention.

624. L'acceptation formulée au moment de la demande d'agrément. Tout d'abord, le consentement à l'arbitrage peut intervenir au moment de la demande d'agrément. L'article 20 du code des investissements ivoirien précédemment évoqué en offre une illustration. L'investisseur au moment de sa demande d'agrément doit exprimer son intention de recourir à l'arbitrage et préciser le mécanisme qu'il souhaite voir appliquer tandis que l'offre de l'État figure dans le code¹⁶⁵⁶. À une variante près, le récent code des investissements de l'Ouganda prévoit que le consentement tant de l'État que de

¹⁶⁵⁵ Sur ce point, lire : Ousmane DIALLO, *Le consentement des parties à l'arbitrage international*, Graduate Institute Publication, Genève, 2010, « chap II, Le consentement à l'arbitrage par voie non-contractuelle », accessible sur books.openedition.org/iheid/971 et *supra* Introduction, I, C, 1. a).

¹⁶⁵⁶ L'article 23 de la Charte des investissements du Centrafrique de 2001 prévoit également : « Le recours aux juridictions CIRDI ou au mécanisme supplémentaire tels qu'énoncés ci-dessus doit être expressément précisé dans les agréments ».

l'investisseur sera mentionné dans le certificat d'investissement¹⁶⁵⁷. Une autre variante de cette approche consiste pour l'État à préciser dans sa loi que les litiges relatifs à l'application du code « pourront faire » l'objet d'un recours à l'arbitrage, avant de préciser dans l'agrément que ces litiges « seront soumis » à l'arbitrage prévu par le code. Ce changement de ton laisse entrevoir une entente entre les parties sur le recours à l'arbitrage. On retrouve une telle approche au Bénin dont les décrets d'agrément sont publiés¹⁶⁵⁸. Sur l'ensemble des décrets parcourus, il apparaît que la formule est la même pour les investisseurs agréés. La question est alors de savoir si au cours des négociations, investisseurs et État s'accordent sur le règlement des différends ou si plus simplement, il s'agit d'une disposition-type reprise autant que de besoin. Dans ce dernier cas de figure, le choix de l'investisseur interviendra après la phase d'admission. Inversement, la bonne lecture des dispositions relatives au règlement des différends dépendra du compte-rendu des négociations et/ou des échanges entre l'État béninois et les personnes qui y investissent.

625. La dernière variante de ce système qui lie demande d'agrément et consentement à l'arbitrage est plus délicate. Elle repose sur l'automaticité des deux éléments permis par la formulation retenue par les législateurs. L'exemple parfait est celui du code des investissements congolais de 2002. Il précise que le consentement de l'État est donné dans le code et celui de l'investisseur « par » la demande d'agrément. Une lecture purement grammaticale permet de conclure que la simple demande d'agrément suffit pour établir le consentement à l'arbitrage. L'approche a d'ailleurs des partisans de choix¹⁶⁵⁹, mais elle n'en reste pas sans reproche. En précisant que le consentement de l'investisseur résulte de la simple demande d'agrément, un État ne dispose-t-il pas du consentement de ce dernier ? En pratique, cela ne devrait pas poser de problème aussi longtemps que la réclamation est introduite par l'investisseur. Mais si, hypothèse tout à fait envisageable, c'est l'État qui souhaite soumettre le différend à l'arbitrage, ne serait-ce pas le

¹⁶⁵⁷ Ouganda, *Investment Act 2019*, sec. 25(3) : “The investment certificate in respect of a registered business enterprise may specify the particular mode of arbitration to be resorted to in the case of a dispute relating to that enterprise, and that specification shall constitute the consent of the Government, the Authority or their respective agents and the investor to submit to that mode and forum of arbitration”.

¹⁶⁵⁸ Bénin, *Décret 2011-679 du 14 octobre 2011 portant agrément de la société BENIN TERMINAL S.A. au régime "D" du Code des investissements pour le projet d'exercice des activités de manutention de conteneurs au Port de Cotonou*, Art. 12 : « Le règlement des litiges qui résulteraient de l'application du présent décret se fera conformément aux dispositions des articles 73 et 74 de la loi n° 90-002 du 09 mai 1990 portant Code des investissements, modifiée par la loi n° 90-033 du 24 décembre 1990 et l'ordonnance n° 2008-04 du 28 juillet 2008, modifiée par l'ordonnance n° 2008-06 du 05 novembre 2008 ». Relativement à ce projet, la convention de concession portant sur l'aménagement et l'exploitation du terminal à conteneurs au Port de Cotonou signée le 10 septembre 2009 entre le Gouvernement de la République du Bénin et le Groupement BOLLORE-SMTC pourra contenir des informations utiles.

¹⁶⁵⁹ Christoph SCHREUER et al., *The Icsid Convention: A commentary* préc pp 194 – 195, §§ 388 – 389; CIRDI, *ABCI c. Tunisie* préc., op. dissidente Brigitte Stern, §8.

consentement de l'investisseur qui serait forcé ? Assimiler l'autorisation d'investir au consentement à l'arbitrage est une pratique qui remet en cause le caractère consensuel de l'arbitrage. Or, si l'affirmation est vraie, quand bien même il s'agirait d'une hypothèse marginale, il n'en demeurerait pas moins qu'il faille s'interroger sur le bien-fondé de la pratique. Le caractère approprié de la formule des arbitres dans l'affaire *AMT c. Zaïre* justifie qu'elle soit rappelée :

*« The requirement of the consent of the Parties does not disappear with the existence of the Treaty. The Convention envisages an exchange of consents between the Parties. When article 25 states in paragraph 1 that "The Parties" must have consented in writing to submit the dispute to the Center, it does not speak of the States or more precisely, it speaks of a State and a national of another State. It appears therefore that two States cannot, by virtue of Article 25 of the Convention, compel any of their nationals to appear before the Center; that is a power that the Convention has not granted to the State »*¹⁶⁶⁰

Bien que la sentence soit à propos des traités d'investissement, elle garde toute sa pertinence s'agissant des codes des investissements. Il serait de bonne grâce de la part des États d'éviter une telle automaticité et toujours exiger un consentement à l'arbitrage de l'investisseur distinct de la demande d'agrément et qui pourrait y être exprimé.

626. L'acceptation par courrier. La seconde forme d'expression du consentement de l'investisseur intervient après l'autorisation d'investissement et avant l'introduction de la requête. Cette situation peut être envisagée par le législateur soit en cas de modification ou d'abrogation d'une loi sous l'empire de laquelle l'investissement a été réalisé¹⁶⁶¹, soit pour permettre une saisine plus aisée de l'instance arbitrale désignée¹⁶⁶². Dans l'affaire *SPP c. Égypte*, le tribunal arbitral a admis que dans une telle hypothèse une simple lettre adressée aux autorités gouvernementales compétentes, dans laquelle l'investisseur prend soin d'indiquer son consentement à l'offre d'arbitrage suffit¹⁶⁶³.

627. L'acceptation au moment du dépôt de la requête. Enfin, la troisième forme de consentement résulte d'une pratique désormais consolidée qui consiste pour l'investisseur à introduire une requête d'arbitrage¹⁶⁶⁴. Loin des reproches qu'elle a pu susciter, celle d'un arbitrage unidirectionnel¹⁶⁶⁵, ce point n'est pas très avantageux à la fois pour l'État qui n'a aucune connaissance des parties et du moment de la formation de la convention d'arbitrage et pour l'investisseur en ce qui concerne les dates critiques pour

¹⁶⁶⁰ CIRDI, *AMT c. Zaïre*, ARB/93/1, sentence du 21 février 1997, § 5.18.

¹⁶⁶¹ Botswana, *Botswana Settlement of Investment disputes Act*, 1970, section 11.

¹⁶⁶² RDC, *Loi n°004 du 21 février 2002 portant code des investissements préc.*, article 38.

¹⁶⁶³ CIRDI, *SPP c. Égypte*, juridiction 1, 27 novembre 1985, § 40.

¹⁶⁶⁴ CIRDI, *Tradex Hellas c. Albanie*, juridiction, 24 décembre 1996, 5 Icsid reports 63.

¹⁶⁶⁵ Walid BEN HAMIDA, *L'arbitrage transnational unilatéral – réflexions sur une procédure réservée à l'initiative d'une personne privée contre une personne publique*, Thèse, Université Panthéon-Assas, Paris, 2003, pp. 164 et ss.

la prise en compte de sa nationalité¹⁶⁶⁶. Quoi qu'il en soit, l'acceptation de l'offre devra toujours être conforme aux prescriptions de l'offre.

2. La conformité de l'acceptation à l'offre

628. Le problème. En droit des contrats, la parfaite correspondance entre l'offre et l'acceptation est une condition de formation du contrat. Il est même banal de le rappeler : « [...] l'acceptation non conforme à l'offre est dépourvue d'effet, sauf à constituer une offre nouvelle »¹⁶⁶⁷. Dans le cadre de l'arbitrage, cette réalité est remise en cause par une frange de la doctrine. Pour comprendre la discussion, faut-il encore la replacer dans son contexte. Lorsque la convention d'arbitrage est formée, les parties peuvent introduire des requêtes dans les conditions fixées par la convention. Bien souvent, il s'agit de résoudre un litige relatif à l'application ou l'interprétation d'un code ou un litige relatif à un investissement à l'occasion duquel l'investisseur conteste une mesure étatique qui lui fait grief. Pour éviter la mise en jeu de leur responsabilité, certains États formulent des demandes reconventionnelles par lesquelles grief est fait à l'investisseur d'avoir adopté une conduite illégale, sanctionnable au titre de la cause de l'action. Toutefois, dans l'arbitrage CIRDI, la possibilité pour les États d'introduire des demandes reconventionnelles est étroitement encadrée par la Convention de Washington¹⁶⁶⁸. Entre autres questions qui se posent, celle de savoir si l'investisseur a consenti à une telle action de l'État se pose. Autrement dit, en acceptant l'offre d'arbitrage, l'investisseur étranger a-t-il également consenti aux demandes reconventionnelles ?

629. Le *cherry picking*. Selon cette doctrine du *cherry picking*, l'acceptation de l'offre d'arbitrage est limitée aux matières utiles pour résoudre les questions de droit et de fait indiquées dans la requête introductive d'instance. Sur ce point, Schreuer fait observer :

*« If the investor accepts the offer of jurisdiction by instituting proceedings, consent exists only to the extent necessary to deal with the investor's request. But if a counterclaim of the State is closely connected to the investor's complaint, it is arguable that it will be covered by the mutual consent of the parties »*¹⁶⁶⁹

¹⁶⁶⁶ Christoph SCHREUER et al., *The Icsid Convention: A commentary*, Op. cit., commentaire de l'article 25.

¹⁶⁶⁷ France, Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, article 1118. La référence ne soulève pas de difficultés particulières en ce qu'elle reflète l'état de la question dans les pays africains de tradition civiliste.

¹⁶⁶⁸ Convention de Washington préc., art. 46. Également : Walid BEN HAMIDA, « L'arbitrage Etats-Investisseur cherche son équilibre perdu : Dans quelle mesure l'État peut introduire des demandes reconventionnelles contre l'investisseur privé ? » in *International Law FORUM du droit international*, 01 janvier 2005, vol. 7, Issue 4, pp 261 – 272 ; Anne HOFFMANN, « Counterclaims in Investment Arbitration » in *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*, vol. 28, Issue 2, Fall 2013, pp 438 – 453.

¹⁶⁶⁹ Christoph SCHREUER et al., op. cit., p. 756, § 94.

Ainsi, pour introduire une demande reconventionnelle, l'investisseur doit également donner son accord. L'analyse est séduisante, mais elle est loin de faire l'unanimité au sein de la communauté scientifique. Pour certains auteurs, cette approche donne la possibilité aux investisseurs de réduire le champ d'application de l'offre au moment il l'accepte. Pierre Lalive et Laura Haloven faisaient observer en ce sens : « *The investor cannot pick and choose from the dispute resolution provision of a BIT, just like it cannot pick and choose from other provisions of the investment agreement* »¹⁶⁷⁰. L'analyse semble correcte aussi bien pour les traités d'investissement que pour les codes des investissements. Ainsi, c'est sans réserve qu'il faudrait souscrire à la solution proposée par le tribunal arbitral dans l'affaire *Urbaser c. Argentine*, formulée en ces termes :

« *The consent given by Claimants on the basis of Article X of the BIT, which has been invoked by them as basis of this proceeding, covers all disputes in connection with investments within the meaning of the BIT, exactly as the scope of the Argentine Republic's offer to arbitrate has been defined in the very same provision. Even if it is argued that Claimants' acceptance was more restricted in its scope than the Argentine Republic's offer to arbitrate contained in Article X of the BIT, the appropriate conclusion would have been that no agreement had been concluded between the Parties* »¹⁶⁷¹.

Enfin, dans le cadre des codes des investissements contrairement au TBI, la proposition d'arbitrage faite à l'investisseur est par moment une invitation à négocier le recours à l'arbitrage qui est finalement accepté par l'État lors de l'attribution de l'agrément. La notion même d'acceptation par l'investisseur en devient abusive (puisque celle-ci devient en réalité l'offre), pour en plus considérer que cette acceptation puisse être formulée au-delà ou en deçà de la volonté de l'État.

630. En définitive, l'acceptation de l'offre d'arbitrage doit être conforme à l'offre et exprimée de façon expresse par l'investisseur. Par ailleurs, il ne saurait s'agir de n'importe quel investisseur. Seul l'investisseur protégé par le code peut en invoquer le bénéfice. Ces restrictions participent, dans une certaine mesure, à la reconstruction du lien direct entre l'État et l'investisseur étranger.

Section 2 : L'encadrement du droit de réclamation de l'investisseur

631. La consécration de l'arbitrage sans lien direct a suscité l'ire des États en raison de la généralisation du recours à l'arbitrage que permet le mécanisme du consentement

¹⁶⁷⁰ Pierre LALIVE et Laura HALONEN, "On the Availability of Counterclaims in Investment Treaty Arbitration", *Czech Yearbook of International Law*, 2011, vol. II, 7.30

¹⁶⁷¹ CIRDI, *Urbaser S.A. and Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa c. The Argentine Republic*, ARB/07/26, 8 décembre 2016, § 1147.

dissocié¹⁶⁷². Ces derniers ont alors entrepris dans leurs codes de restaurer le lien juridique direct avec l'investisseur étranger. S'il ne s'agit pas en tant que tel de rétablir la figure contractuelle¹⁶⁷³, le droit de réclamation légale de l'investisseur est encadré de telle sorte que ce dernier ne puisse pas introduire de requête sans une information préalable de l'État. Au lien juridique est substitué un lien de confiance assuré par des restrictions affectant la compétence matérielle du tribunal arbitral (§1) et la recevabilité des requêtes (§2).

§1. Une meilleure définition des litiges soumis à l'arbitrage

632. La compétence matérielle des tribunaux arbitraux procède d'une part, de la catégorisation des litiges qui peuvent être soumis à l'arbitrage selon les codes (1) et d'autre part, de l'exclusion de certains litiges liés à l'interprétation de la Convention de Washington par certains tribunaux arbitraux (2).

A. LA CATEGORISATION DES LITIGES PREVUE PAR LES CODES DES INVESTISSEMENTS

633. La compétence matérielle des tribunaux arbitraux s'étend à l'ensemble des litiges que les parties litigantes entendent leur soumettre. Dans les réclamations légales, ces litiges sont indiqués dans les offres légales d'arbitrage. À partir de la quinzaine d'offres identifiée dans les codes africains¹⁶⁷⁴, ces litiges peuvent être classés en trois catégories à savoir les litiges relatifs à un investissement (1), les litiges relatifs à l'application du code (2), les litiges relatifs à une entreprise (3) ou à un investissement agréé (4).

1. Les dispositions couvrant tous les litiges

634. Les formulations larges. La première catégorie qui est la plus favorable pour les investisseurs, vise à soumettre tous les litiges naissant de la relation État – investisseur étranger à l'arbitrage. Sur ce point, l'article 38 du code de la RDC, fournit une illustration en ces termes :

« tout différend entre un investisseur et la République Démocratique du Congo relatif à [...] un contrat ou accord d'investissement ; [...] une autorisation d'investissement octroyée par l'autorité compétente, ou toute violation de droits de l'investisseur et/ou de l'investissement attribués ou créés par le Code des investissements ou par d'autres lois

¹⁶⁷² Sur ce point, voir Introduction, II, B.

¹⁶⁷³ Walid Ben fait observer que cette solution est une proposition radicale qui a peu de chance de succès (Walid BEN HAMIDA, *L'arbitrage transnational unilatéral – réflexions sur une procédure réservée à l'initiative d'une personne privée contre une personne publique*, Thèse, Université Panthéon-Assas, Paris, 2003, pp. 194 et ss). Mais la pratique permet d'observer que les réactions étatiques hostiles à l'arbitrage d'investissement se sont traduites par des réformes réinstaurant le lien juridique direct avec l'investisseur, notamment l'exigence d'une convention ou d'un agrément.

¹⁶⁷⁴ Voir l'annexe B pour la lecture de ces offres.

nationales ou par les Traités et Conventions Internationaux auxquels la République Démocratique du Congo a adhéré [...] »¹⁶⁷⁵ est réglé par voie d'arbitrage.

Prima facie, aucune limitation liée aux litiges qui peuvent être soumis à l'arbitrage n'est prévue. La compétence matérielle d'un tribunal arbitral saisi sur le fondement de ce code serait très large. Le tribunal arbitral pourrait connaître d'une réclamation conventionnelle ou contractuelle dirigée contre l'État par le truchement du code des investissements. Si les arbitres sont réticents à étendre leur compétence à des questions liées à la violation d'instruments distincts de la cause juridique de la réclamation¹⁶⁷⁶, la formulation explicite devrait servir de fondement pour la connaissance des *treaty* et *contract claims* des tribunaux arbitraux.

Le caractère large de la disposition n'est pas sans conséquence sur la dilution des litiges qui peuvent être soumis à l'arbitrage. L'affaire *Lahoud c. RDC* illustre cette situation. En l'espèce, si le tribunal CIRDI a admis sa compétence et engagé la responsabilité de l'État pour expropriation illicite, laissant accroire qu'il y avait un différend relatif à un investissement¹⁶⁷⁷. Mais en observant de près les faits à l'origine du différend, l'on se rend bien vite compte que le litige trouvait son origine dans le retrait du bail commercial dont prétendaient bénéficier les requérants par le biais de leur société, IMPOREX, au profit d'un tiers, le sieur Dakhallah, par le propriétaire du bien immobilier. Ce qui sera reproché à l'État, ce sont les mesures prises par ses organes, notamment les tribunaux internes, qui ont tranché le différend en défaveur des époux Lahoud, qui ne disposaient pas par ailleurs d'un agrément¹⁶⁷⁸. Sans aller jusqu'à dire que le tribunal arbitral a servi en l'hypothèse de "troisième degré de juridiction"¹⁶⁷⁹, l'on notera que c'est le risque auquel s'expose un État en adoptant une formulation aussi large que celle de la RDC pour les litiges pouvant être soumis à l'arbitrage.

Ce risque est d'autant plus accru que les litiges couverts peuvent être antérieurs à l'adoption du code ainsi qu'il résulte de la mention de « toute violation de droits de l'investisseur et/ou de l'investissement attribués ou créés par le Code des investissements ou par d'autres lois nationales »¹⁶⁸⁰. Le risque d'insécurité juridique pour l'État due à la

¹⁶⁷⁵ RDC, loi n°004/2002 portant code des investissements préc., art. 38.

¹⁶⁷⁶ CIRDI, *SGS c. Pakistan*, 06 août 2003, ARB/01/13 ; CIRDI, *Philip Morris Brands Sarl, Philip Morris Products S. A. et Abal Hermanos S.A. c. Uruguay*, 2 juillet 2013, §§ 107 – 110. Voir également, Ibrahim FADLALLAH, « La distinction treaty claim – contract claims », in Charles LEBEN, *droit international des investissements et de l'arbitrage transnational*, op. cit., pp 759 – 770.

¹⁶⁷⁷ CIRDI, *Lahoud c. RDC*, ARB/10/4, 7 février 2014, pp 62 – 115.

¹⁶⁷⁸ CIRDI, *Lahoud c. RDC*, ARB/10/4, 7 février 2014, §§ 120- 177.

¹⁶⁷⁹ Certes, on peut discuter des qualifications juridiques retenues par le tribunal arbitral, mais il n'empêche qu'il s'est prononcé sur la légalité des mesures prises par l'État et non directement sur le litige relatif au contrat de bail commercial. Sur ce point, voir *infra* Partie 2 Titre 2.

¹⁶⁸⁰ RDC, loi n°004/2002 portant code des investissements préc., art. 38.

généralisation de l'arbitrage que permet cette catégorie de disposition explique que l'exemple de la RDC soit le seul dans la pratique législative africaine qui relève de cette catégorie. Les autres États préfèrent limiter le recours à l'arbitrage aux litiges relatifs à l'interprétation et à l'application des différends.

2. Les litiges relatifs à l'application et l'interprétation des codes

635. Les formulations limitées aux réclamations légales. Pour éviter que le code devienne un prétexte à l'examen d'autres formes de réclamations, il ne saurait être trop recommandé aux États de circonscrire l'objet du litige aux seuls différends relatifs à l'application et à l'interprétation du code d'investissement. C'est d'ailleurs la pratique législative africaine dominante. Le code burkinabé en fournit une illustration en ces termes : « [...] Tout différend ou litige entre un investisseur et l'État burkinabé, relatif à l'application du présent code, à défaut d'un règlement amiable, est réglé par les juridictions nationales ou fait l'objet d'une procédure d'arbitrage »¹⁶⁸¹. La difficulté qui pourrait se poser est de savoir à quoi s'applique le code. Le code burkinabé ne contient aucune disposition expresse relative à son champ d'application matériel. Des secteurs exclus sont prévus¹⁶⁸², mais cela reste insuffisant pour saisir le spectre des litiges relatifs à l'application du code. L'on pourrait pallier la difficulté en se référant directement à l'objet du code. Dans ce cas, c'est à la définition légale de l'investissement qui captera l'attention. Au soutien de la démarche, l'exemple du code des investissements du Bénin pourrait être rapporté. L'article 3 dispose :

« Le présent Code s'applique à tous les investissements réalisés en République du Bénin par une personne morale, à l'exception des investissements réalisés dans le cadre de partenariat public privé, et des investissements bénéficiant de régimes d'aides spécifiques déterminés par la loi fixant régime des Zones Économiques Spéciales, ou des lois particulières régissant des activités spécifiques telles que la recherche, l'exploration et l'exploitation minière et pétrolière. Sont également exclues du bénéfice du présent Code, les activités consistant en l'achat pour la revente en l'état, les activités de reconditionnement, de découpage, de torsadage ou d'emballage de produits finis ou semi-finis et toutes autres activités n'entraînant pas une ouvraison ou une transformation au sens de la nomenclature douanière »¹⁶⁸³.

Il ressort de cette disposition qu'un litige relatif à l'application du code est aussi un litige relatif à un investissement tel que défini par le code. C'est le lieu de rappeler qu'il n'existe

¹⁶⁸¹ Burkina Faso, Code des investissements de 2019, art. 38.

¹⁶⁸² Burkina Faso, Code des investissements de 2019, art. 4.

¹⁶⁸³ Bénin, code des investissements de 2020, art. 3.

pas une définition juridique de la notion d'investissements, mais plusieurs définitions adoptées par les législateurs.

636. Les définitions légales de l'investissement. L'éparpillement des textes ne permet pas la systématisation des différentes approches, mais quelques exemples méritent d'être mentionnés. C'est le cas du code béninois où l'investissement est défini comme « tout engagement durable de capitaux à caractère lucratif effectué par toute personne, physique ou morale pour la réalisation d'un projet permettant de contribuer au développement de l'économie béninoise tout en assumant les risques y afférents »¹⁶⁸⁴. Quatre éléments de définition ressortent de cet extrait. L'investissement est un apport en capital (1) dans le but de participer à un projet (2) dont la finalité est la contribution au développement économique de l'État (3) tout en assumant un risque (4). Si ces critères de l'investissement doivent être appréciés en référence au droit interne de l'État, notamment à la pratique administrative de l'APIEx Bénin¹⁶⁸⁵, il n'en demeure pas moins que l'on peut relever une certaine coïncidence avec les critères *salini* consacrés dans la pratique de l'arbitrage CIRDI¹⁶⁸⁶. Un tribunal CIRDI saisi sur le fondement du code béninois n'aura donc à se demander s'il doit appliquer la règle du double standard ou ne retenir que la définition légale.

D'autres formulations en revanche peuvent compliquer la tâche des arbitres. C'est le cas notamment des définitions de l'investissement fondées sur des éléments comptables, des éléments d'actifs ou *asset-based*. Dans le code burkinabé, l'investissement est défini comme :

« L'acquisition de biens mobiliers, immobiliers, matériels et immatériels et pour assurer le financement des frais de premier établissement ainsi que le besoin en fonds de roulement rendus nécessaires à l'occasion de la création d'entreprises nouvelles, d'opération de modernisation, d'extension, de diversification d'activités déjà existantes ou lors du renouvellement des biens d'équipements de l'entreprise »¹⁶⁸⁷.

La définition proposée est dite synthétique et présente l'avantage de l'adaptabilité aux évolutions économiques. En revanche, elle ne permet pas l'identification *in abstracto* de l'investissement. Pour cette raison, d'autres législateurs font le choix d'une définition de l'investissement suivant la méthode des listes. C'est le cas du code des investissements mauritaniens qui indique que :

¹⁶⁸⁴ Bénin, code des investissements de 2020, art. 1.

¹⁶⁸⁵ Il s'agit de l'Agence de Promotion des Investissements et des Exportations du Bénin (APIEx Bénin).

¹⁶⁸⁶ Sur ce point, voir *infra* dans cette section §1, B.

¹⁶⁸⁷ Burkina Faso, code des investissements de 2019, art. 1. Adoptent la même approche : Burundi, code des investissements de 2008, art. 17 ; Côte d'Ivoire, code des investissements de 2018, art. 1 *litt. o* ; Guinée-Bissau, code des investissements de 2011, art. 1 ; Madagascar, code des investissements de 2008, art. 1.1. ; Mali, code des investissements de 2012, art. 1.

« Les investissements directs peuvent comprendre [des] apports en devises convertibles ou en monnaie locale, [des] biens meubles, corporels et incorporels, biens immobiliers, [des] titres nationaux et étrangers et les instruments financiers [et] des créances, licences, bail et droits commerciaux y compris les droits de concessions »¹⁶⁸⁸.

La compréhension de l'ensemble de ces notions est tributaire du droit interne de chaque État. Ainsi, chaque élément susceptible de constituer un investissement doit s'apprécier selon la pratique administrative des API locales, de la nomenclature comptable, douanière et fiscale applicable¹⁶⁸⁹. Cette approche a l'inconvénient de la rigidité surtout si le caractère exhaustif de la liste n'est pas mentionné comme dans le texte mauritanien. En revanche, elle encadre la marge d'appréciation des arbitres dans la qualification des opérations susceptibles de relever d'un investissement.

Indépendamment de leurs variétés, l'établissement de la compétence matérielle du tribunal arbitral en référence aux définitions légales de l'investissement permet de restreindre les réclamations au strict cadre légal. Ces restrictions limitent la marge de manœuvre des parties plaignantes puisque le tribunal arbitral saisi ne devra prendre en considération que les allégations tirées de la violation du code d'investissement. D'autres législateurs sont encore plus précis, en limitant de tels recours aux questions d'expropriation et de nationalisation¹⁶⁹⁰ ou encore aux litiges relatifs à la validité, l'interprétation ou à l'application du décret d'agrément¹⁶⁹¹.

3. Les litiges relatifs à une entreprise

637. Les formulations *entreprise-based*. La troisième catégorie vise quant à elle, les litiges relatifs aux entreprises commerciales enregistrées. L'article 32 de l'ancien code des investissements du Rwanda soulignait qu'un « litige entre un investisseur étranger et l'Office ou l'État rwandais concernant une entreprise commerciale enregistrée qui n'aura pas été réglé par voie de négociations, peut être soumis à l'arbitrage [...] »¹⁶⁹². Dans le même sens la formule du code des investissements nigérian indique « *Any dispute between*

¹⁶⁸⁸ Mauritanie, code des investissements de 2012, art. 6.

¹⁶⁸⁹ Cette recherche de la pratique pertinente, quoique intéressante, excède le champ de la présente étude. Aussi pour une approche liminaire des notions, il est fait renvoi aux travaux de Jean Pierre LAVIEC, *Protection et promotion des investissements : Étude de droit international économique*, Graduate Publication Institute, 2015, pp 11 – 51.

¹⁶⁹⁰ Seychelles, Seychelles Investment Act 2010, section 5(3): “An investor aggrieved by any nationalisation or expropriation may seek constitutional or other remedies under the laws of Seychelles, or resort to other methods of resolution of disputes provided for in any agreement between the investor and the Government”. Bien qu'il ne s'agisse pas d'une offre légale d'arbitrage, le caractère atypique de la disposition mérite qu'il soit rappelé.

¹⁶⁹¹ Bénin, loi n°90-002 du 09 mai 1990 portant code des investissements modifié par la loi n°90-033 du 24 décembre 1990, art. 74 nouveau : « le règlement des litiges relatifs à la validité, à l'interprétation ou à l'application du décret d'agrément et à la détermination éventuelle des amendes fiscales dues à la méconnaissance ou à la violation des engagements pourront faire l'objet de l'une des procédures d'arbitrage ci-après [...] Le recours au CIRDI, créé par la convention du 18 mars 1965 de la BIRD ».

¹⁶⁹² Pour un exemple voir : Rwanda, code des investissements de 2005., art. 32. Ce code a été abrogé et remplacé par un code des investissements de 2005.

an investor and any Government of the Federation in respect of an enterprise to which this Act applies which is not amicably settled through mutual discussions, may be submitted at the option of the aggrieved party to arbitration as follows »¹⁶⁹³. À l'instar des hypothèses précédentes, les formulations *entreprised-based* coïncident parfois avec la définition légale de l'investissement du code. Dans l'exemple nigérian, le code définit l'investissement comme un « *investment made to acquire an interest in an enterprise operating with and outside the economy of Nigeria* ». Par entreprise, le législateur indique qu'il s'agit de toute « *industry, project, undertaking or business to which this Act applies or an expansion of that industry, undertaking, project or business or any part of that industry, undertaking, project or business and, where there is foreign participation, means such an enterprise duly registered with the Commission* »¹⁶⁹⁴. Une telle formulation pose également des difficultés d'interprétation quant aux litiges qui peuvent être soumis à l'arbitrage. En effet, plusieurs questions sont susceptibles de se poser. La première, est de savoir si le libellé permet l'inclusion des litiges qui portent atteinte à l'existence même de la société, affectant ainsi les droits des actionnaires et les litiges se rapportant aux activités de la société commerciale. En l'absence de précisions, l'interprétation la plus juste serait d'inclure les deux approches.

La seconde interrogation concerne le point de savoir si un différend relatif à une entreprise commerciale, sans qu'il y ait allégation de violation du code d'investissement, sera admis par un tribunal arbitral comme relevant de sa compétence. La question revêt un intérêt pratique en ce sens qu'elle devrait permettre de soumettre le plus de litiges possibles à l'arbitrage. Dans son interprétation, cette variation peut être rapprochée de la première catégorie, car il s'agirait d'un litige relatif à un investissement à la différence que l'instrument retient cette fois-ci une définition de l'investissement « *entreprise based* ». Par conséquent, cette approche n'aide pas plus que les autres, à encadrer le droit de réclamation de l'investisseur. La ductilité des définitions légales de l'investissement en complique la compréhension et accroît la marge d'appréciation des tribunaux arbitraux. Pour cette raison, l'exigence d'un agrément apparaît comme l'approche recommandée.

4. Les litiges relatifs à un investissement agréé

638. L'exigence d'un investissement agréé. Indépendamment des catégories précitées, une difficulté qui se pose est celle de savoir si seul un investissement agréé au

¹⁶⁹³ Nigeria, code des investissements de 1995, section 26.

¹⁶⁹⁴ Nigéria, code des investissements de 1995, section 31.

titre du code des investissements peut relever de la compétence matérielle du tribunal arbitral. Il a été indiqué que certains législateurs prévoient expressément cette condition. C'est le cas notamment de l'article 74 du code des investissements béninois de 1990¹⁶⁹⁵. Mais en l'absence d'indication, peut-on considérer qu'il s'agit d'une règle générale qui serait applicable à toutes les réclamations légales ?

Dans l'affaire *Lahoud c. RDC*, la question a été soulevée et débattue par les parties. En l'espèce, l'État défendeur soutenait que les époux Lahoud n'avaient pas réalisé un investissement au sens du code des investissements congolais et ne pouvait dès lors se prévaloir des dispositions de l'article 38 du code qui autorisait le recours à l'arbitrage. Au soutien de sa prétention, l'État défendeur indiquait que la preuve de la réalisation d'un investissement au sens de son code, « pass[ait] par la soumission à l'agrément du projet d'investissement à l'Agence Nationale pour la Promotion des Investissements (« ANAPI »), conformément à l'article 5 du NCI »¹⁶⁹⁶. La raison était que « l'arrêté interministériel d'agrément prévu à l'article 7 du NCI permet également à l'investisseur de démontrer la réalité de son investissement et à l'État congolais d'en vérifier la substance »¹⁶⁹⁷. La société IMPOREX appartenant aux époux *Lahoud* n'avait pas fait l'objet d'un agrément et aucun projet d'investissement n'avait été déposé auprès de l'ANAPI. Pour les demandeurs, l'objection soulevée par le défendeur était sans fondement dans la mesure où il fallait distinguer les garanties offertes à l'investisseur des avantages fiscaux et douaniers proposés par le code. Alors que pour les secondes, un agrément est nécessaire, les premières seraient dues à un investisseur étranger indépendamment du fait qu'il ait été agréé ou non¹⁶⁹⁸. Le tribunal arbitral a écarté subtilement l'argument de l'État défendeur en considérant, après un examen des investissements réalisés par les époux Lahoud, que ceux-ci relèvent du champ d'application du code des investissements congolais¹⁶⁹⁹. À ce titre, le tribunal était matériellement compétent pour connaître du différend entre les

¹⁶⁹⁵ Bénin, loi n°90-002 du 09 mai 1990 portant code des investissements modifié par la loi n°90-033 du 24 décembre 1990, art. 74 nouveau : « Le règlement des litiges relatifs à la validité, à l'interprétation ou à l'application du Décret d'agrément et à la détermination éventuelle des amendes fiscales dues à la méconnaissance ou à la violation des engagements pourront faire l'objet de l'une des procédures d'arbitrage ci-après ».

¹⁶⁹⁶ CIRDI, *Antoine Lahoud et Leila Lahoud (demandeurs) c. RDC*, ARB/10/4, 7 février 2014, § 191. L'article 5 du code congolais prévoyait que « Tout Investisseur, souhaitant bénéficier des avantages prévus par la présente loi, est tenu de déposer un dossier de demande d'agrément en un exemplaire, auprès de l'ANAPI. Ce dossier doit être présenté conformément au modèle repris à l'annexe de la présente Loi. »

¹⁶⁹⁷ CIRDI, *Antoine Lahoud et Leila Lahoud (demandeurs) c. RDC*, ARB/10/4, 7 février 2014, § 191.

¹⁶⁹⁸ Les demandeurs concluent leur analyse en indiquant : « le Tribunal devra conclure que l'agrément n'est pas nécessaire pour bénéficier des dispositions du NCI invoquées par les Demandeurs, comme il l'a fait à propos du consentement à l'arbitrage CIRDI. Les Demandeurs se fondent notamment sur les articles 1 et 5 du NCI pour déduire que les garanties accordées aux investisseurs aux titres V et IX bénéficient à tous les investisseurs, agréés ou non ». CIRDI, *Antoine Lahoud et Leila Lahoud (demandeurs) c. RDC*, ARB/10/4, 7 février 2014, § 211.

¹⁶⁹⁹ CIRDI, *Antoine Lahoud et Leila Lahoud (demandeurs) c. RDC*, ARB/10/4, 7 février 2014, §§ 309 et 310.

époux Lahoud et la RDC. Au paragraphe 392 de la sentence, le tribunal ajouta que le code congolais n'exigeait une demande d'agrément que pour le bénéfice des avantages (fiscaux et douaniers) prévus par le texte et non les garanties offertes par la loi¹⁷⁰⁰. Cette analyse a été par ailleurs confirmée par le Comité ad hoc saisi par l'État défendeur aux fins de faire annuler la sentence de 2014¹⁷⁰¹.

Dans l'affaire *Interocean c. Nigeria*, l'État défendeur a également soulevé une objection de la même nature que celle de la RDC dans l'affaire *Lahoud*. Dans cette espèce, le défendeur soutenait que la société de projet *Pan Ocean*, véhicule de l'investissement des requérants, n'avait pas été enregistrée conformément à la section 20 et 31 du code des investissements nigérian. Ces dispositions prévoyaient respectivement que toute entreprise constituée de capitaux étrangers doit être enregistrée auprès de l'agence nationale des investissements avant de démarrer son activité et que le code ne s'appliquait qu'aux entreprises constituées de capitaux étrangers qui avaient fait l'objet d'un enregistrement régulier auprès des services sociaux¹⁷⁰². Les demandeurs pour leur part, soutenaient que la condition de l'enregistrement ne constituait pas un obstacle à la compétence du tribunal arbitral dans la mesure où d'une part, leur investissement est antérieur à l'adoption du code et d'autre part, le contexte dans lequel le litige est intervenu rendait inopérant l'obligation d'enregistrement. En effet, les requérants reprochaient à l'État son rôle dans l'éviction du contrôle qu'il avait sur leur société (l'investissement) au profit d'un autre dirigeant. Cette perte de contrôle ne leur permettait pas d'accomplir les actes au nom de la société et ainsi de se conformer à la condition posée par le code¹⁷⁰³. Concernant le premier argument, l'État défendeur soulignait d'une part, que si le nouveau code des investissements n'était pas applicable aux requérants parce que leur investissement était antérieur à son adoption, alors cette loi ne pouvait servir de fondement à la réclamation. D'autre part, si le code était applicable, alors les conditions qu'ils posent, devraient être respectées. Ainsi, dans l'un ou l'autre cas, l'entreprise devait être enregistrée. Concernant le second argument, l'État défendeur faisait observer que l'enregistrement est une obligation qui pèse à l'égard des investisseurs et il leur appartient

¹⁷⁰⁰ L'article 1 du code des investissements congolais prévoyait en effet que « tous les investisseurs nationaux et étrangers exerçant une activité licite, agréés ou non, bénéficient de l'ensemble des garanties générales découlant de la présente loi à l'exception des avantages douaniers, fiscaux et parafiscaux prévus aux Titre III et IV ci-dessous, qui sont réservés aux Investisseurs agréés selon la procédure prévue par la présente loi ». Les garanties générales concernent les garanties contre l'expropriation et autres garanties substantielles mais aussi les garanties procédurales, notamment le droit de recourir à l'arbitrage.

¹⁷⁰¹ Le Comité ad hoc a considéré que la sentence de 2014 n'était ni entachée d'un excès de pouvoir ni dénuée de motif. CIRDI, comité ad hoc, *Epoux Lahoud (demandeurs) c. RDC*, ARB/10/4, procédure en annulation, 29 mars 2016, §§ 158 – 170.

¹⁷⁰² CIRDI, *Interocean Oil Development Company c. Nigeria*, ARB/13/20, sentence, 6 octobre 2020, § 132.

¹⁷⁰³ CIRDI, *Interocean Oil Development Company c. Nigeria*, ARB/13/20, sentence, 6 octobre 2020, §§ 123 à 129.

de rapporter la preuve de cet enregistrement. De plus, les actionnaires ont bénéficié d'une période de trois ans (de 1995 à 1998) durant laquelle le contrôle de la société n'a pas fait l'objet de contestation. Ils auraient ainsi pu procéder à l'enregistrement de celle-ci¹⁷⁰⁴.

En dépit du sérieux des arguments avancés, le tribunal arbitral estima que l'obligation d'enregistrement n'était pas un obstacle à sa compétence. Évoquant l'article 31 du code, le tribunal rappelle que si celui-ci exige que les entreprises soient enregistrées, il impose également de tenir compte du contexte. Considérant que le litige concernait une situation de perte de contrôle des actionnaires, le tribunal arbitral admit qu'il serait injuste et illogique de décliner sa compétence dans un tel contexte¹⁷⁰⁵.

Les solutions retenues par les deux tribunaux arbitraux laissent entendre que les conditions procédurales (demande d'agrément et d'enregistrement) ne sont pas des conditions *sine qua non* pour introduire une réclamation légale. Si les tribunaux se sont fondés sur les textes (le tribunal Lahoud sur la rédaction large du code congolais et le tribunal Interocean sur l'exception prévue à la section 31 du code Nigeria), cette interprétation *secundum legem* n'emporte pas totalement la conviction. L'intérêt de la condition d'enregistrement ou d'agrément est dévoyé par ces interprétations. En effet, cette condition procédurale vise à assurer une certaine prévisibilité et sécurité juridique dans les rapports entre État et investisseur. Elle permet de réduire la généralisation du contentieux en limitant l'accès à la juridiction arbitrale à des justiciables qui ont un lien juridique direct avec l'État, notamment par le canal de la société de projet. Ces conséquences fâcheuses de cette extension de la compétence sont d'ailleurs visibles dans les espèces considérées. Dans un cas, elle permet à un tribunal arbitral de retenir sa compétence pour un litige qui trouve en réalité son origine dans un désaccord entre deux particuliers au sujet d'un contrat de bail commercial. À l'État, dans l'affaire *Lahoud*, il était finalement reproché aux juges locaux saisis, d'avoir rendu une décision défavorable aux requérants et d'avoir permis le concours de la force publique à l'exécution des décisions de justice. Dans l'affaire *Interocean*, il s'agissait d'un litige relatif à un conflit entre associés au sein d'une entreprise par lequel certains actionnaires, qui auraient hérité de leurs droits, se trouvent évincés de la direction de l'entreprise par d'autres associés. Il est fait reproche aux tribunaux du Nigeria d'avoir tranché le différend en un sens qui leur est défavorable. Il y a dans ces stratégies contentieuses, une manœuvre à peine voilée de faire du tribunal arbitral, un autre degré de juridiction dans l'organisation judiciaire des

¹⁷⁰⁴ CIRDI, *Interocean Oil Development Company c. Nigeria*, ARB/13/20, sentence, 6 octobre 2020, §§ 114 à 122.

¹⁷⁰⁵ CIRDI, *Interocean Oil Development Company c. Nigeria*, ARB/13/20, sentence, 6 octobre 2020, §§ 135 à 139.

États. Une situation que justement l'exigence d'un enregistrement ou d'un agrément aurait permis d'éviter.

639. Les formulations à encourager. En tout état de cause, les formulations adoptées par les États ayant le mérite de la clarté restent celles qui énumèrent les hypothèses de recours à l'arbitrage. À titre illustratif, l'article 74 du code des investissements béninois de 1990 prévoit que seuls les « litiges relatifs à la validité, à l'interprétation ou à l'application du décret d'agrément et à la détermination éventuelle des amendes fiscales dues à la méconnaissance ou à la violation des engagements » peuvent être soumis à l'arbitrage. L'article 23 de la Charte des investissements de Centrafrique n'autorise le recours à l'arbitrage que si l'investisseur exprime son consentement dans l'agrément¹⁷⁰⁶. Ces énumérations, dans la plupart des cas, sont limitatives et les parties ne pourront, sauf à démontrer l'intention contraire, introduire des requêtes pour des différends d'une nature autre que celles mentionnées par les textes. Leur avantage est donc de réduire le risque d'imprévisibilité et d'assurer une certaine sécurité juridique dans la relation État – investisseur. Le souci de clarté devra donc guider les États dans la définition des litiges qui peuvent être soumis à l'arbitrage. Également, la cohérence interne des textes doit être mieux pensée pour éviter de rendre illusoire les conditions procédurales permettant de filtrer les recours à l'arbitrage. Cela est d'autant plus important que l'approche de la notion d'investissement dans le cadre de la Convention est d'une utilité moindre concernant la généralisation du contentieux arbitral.

B. L'EXCLUSION DES LITIGES AU TITRE DE LA CONVENTION DE WASHINGTON

640. L'absence d'une définition conventionnelle. Dans le cadre du système CIRDI, à l'exclusion des autres mécanismes d'arbitrage¹⁷⁰⁷, l'appréciation des litiges arbitrables doit satisfaire à l'exigence de double standard inférée par la pratique arbitrale de la Convention de Washington. Cette convention, bien que relative à l'investissement international, ne définit pas la notion. À en croire le règlement des administrateurs, les États contractants se sont arrogé le droit de définir les litiges qui pourraient relever de la

¹⁷⁰⁶ République Centrafricaine, Charte investissements instituée par la loi n°01-010 du 16 juillet 2001, art. 23. Il en va de même de l'article 50 nouveau du code des investissements de Côte d'Ivoire, qui précise que le choix de la procédure arbitrale est indiqué par l'investisseur au moment de sa demande d'agrément.

¹⁷⁰⁷ L'analyse ne retient ici que les définitions posées par la Convention de Washington qui établit la compétence du CIRDI parce qu'il s'agit du seul centre d'arbitrage dont la compétence est limitée à l'arbitrage d'investissement international. Les autres centres d'arbitrage (CNUDCI, CCJA, LCIA, SCC, CCI) n'ont pas une compétence matérielle aussi limitée et les parties n'auront qu'à faire la démonstration d'un investissement conforme au code des investissements.

compétence du Centre¹⁷⁰⁸. C'est d'ailleurs pour cette raison que la proposition d'une définition de l'investissement de M. Ghachem à la réunion consultative d'Addis Abeba, faite à partir du code des investissements tunisiens, n'a pas été retenue¹⁷⁰⁹. Suivant ces éléments, il faut donc considérer que la compétence du CIRDI est établie à l'égard des litiges relatifs à l'investissement tel que défini par le fondement de la réclamation. Le Comité *ad hoc* dans l'affaire *Malaysian Historical Salvors SDN BHD c. Malaisie* a même qualifié d'excès de pouvoir la démarche consistant pour un tribunal à retenir des critères autres que ceux posés par l'engagement juridictionnel¹⁷¹⁰. Les tribunaux arbitraux ne devraient donc retenir que les définitions de l'investissement proposées par le fondement de la réclamation¹⁷¹¹.

641. L'intérêt du double standard. Pour autant, ces opinions exprimées sont loin de correspondre à la pratique arbitrale en raison de fortes objections. Déjà, il peut être relevé que l'engagement juridictionnel ne contient pas toujours une définition de l'investissement. Ce cas se rencontre fréquemment lorsqu'il s'agit de contrats d'État dans lesquels les parties envisagent une opération économique unique, qu'éventuellement, ils pourront qualifier d'investissement. Mais cela ne suffit pas à fixer une définition de l'investissement¹⁷¹². Or faute d'une telle définition, la détermination de la compétence matérielle du tribunal arbitral s'avère compromise. Il en va de même lorsque les formules proposées présentent un niveau de généralité si grand qu'elle rend vaine toute approche intensionnelle de l'investissement¹⁷¹³. De la sorte, d'autres tribunaux ont tenté de dégager des critères de l'investissement à partir de la Convention de Washington.

642. Les critères *salini* comme facteur d'exclusion. En la matière, l'extrait de la sentence *Salini c. Maroc* s'est imposé comme *locus classicus*¹⁷¹⁴. L'investissement

¹⁷⁰⁸ Règlement des administrateurs de la Banque Mondiale préc., §27.

¹⁷⁰⁹ CIRDI, *History of the ICSID Convention*, ICSID Publication, Vol. II-2, 2006, pp. 843 – 844.

¹⁷¹⁰ CIRDI, Comité *ad hoc*, *Malaysian Historical Salvors SDN BHD c. Malaisie*, ARB/05/10, 16 avril 2009 : « Commet un excès de pouvoir manifeste le Tribunal qui, tournant le dos à l'intention des rédacteurs de la Convention de Washington, ne tient pas compte de la définition large de l'investissement retenue par le Traité de protection des investissements en cause et impose artificiellement une condition de contribution à l'économie de l'État d'accueil le conduisant à exclure les investissements ne présentant pas une certaine importance ou concernant les domaines de la culture ou du patrimoine historique peuvent être considéré ».

¹⁷¹¹ CIRDI, *Alpha Projectholding GmbH c. Ukraine*, ARB/07/16, 8 novembre 2010, §§ 303 et ss.

¹⁷¹² On peut noter cependant que l'identification de l'investissement suffit sans qu'il soit nécessaire de le définir. Sur ce point, voir : Emmanuel GAILLARD, « Identify or define ?, Reflections on the evolution of the concept of the in ICSID practice » in Christina BINDER et al. (dir.), *International Investment Law for the 21st century : Essays in honour of Christoph Schreuer*, Oxford University Press, 2009, pp. 411 – 416.

¹⁷¹³ Sur ce point, voir Jean MATRINGE, « La notion d'investissement » in Charles Leben (dir.), *Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational* préc., pp 135 – 160, spéc. pp. 135 – 136.

¹⁷¹⁴ Les réflexions sur l'existence de tels critères sont antérieures à la sentence *Salini*. Le critère de contribution au développement économique a par exemple été proposé par Georges DELAUME in « Le centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI) », *JDI*, 109, 1982, pp 775 – 843, spéc. p. 801, tandis que les critères classiques d'un apport, d'une durée et d'un risque étaient mentionnés par Dominique CARREAU et Patrick JUILLARD, *Droit international économique*, LGDJ, 1990, pp 560 – 563. Dans l'affaire *Fedax c. Venezuela*, antérieure à la sentence *salini*, le tribunal arbitral retenait cinq conditions

international est entendu comme tout apport dans l'État d'accueil, inscrit dans la durée et qui, quoique comportant un certain risque, contribue au développement économique de l'État d'accueil¹⁷¹⁵. L'objectif affiché est donc de proposer une définition restrictive de l'investissement de nature à rapprocher celui-ci de la notion de propriété, connue en droit international et qui aura été à l'origine des standards de traitement des étrangers¹⁷¹⁶. Mais ces critères de l'investissement (apport, durée, risque et contribution au développement économique), qui ne sont pas sans rappeler la Convention de Séoul sur la garantie des investissements internationaux¹⁷¹⁷, soulèvent eux aussi des difficultés d'appréciation¹⁷¹⁸. La sentence *Biwater c. Tanzanie* est d'ailleurs particulièrement critique à propos des critères *Salini* en estimant que l'interprétation restrictive posée est *contra legem*¹⁷¹⁹.

Dans la même dynamique, le critère de contribution au développement économique ne convainc que moyennement. Le tribunal arbitral de l'affaire *Saba Fakes c. Turquie*, notait à ce propos que le développement économique était plus une conséquence escomptée de l'investissement qu'un critère de définition de celui-ci¹⁷²⁰. De plus, même à

(CIRDI, *Fedax N.V. c. Venezuela*, ARB/96/3, Compétence, 11 juillet 1997, § 43). Également CIRDI, *Consortium RFCC c. Maroc*, Compétence, ARB/00/6 16 juillet 2001, § 56 – 60.

¹⁷¹⁵ CIRDI, *Salini Costruttori SpA et Italstrade SpHC c. Royaume du Maroc*, compétence, ARB/00/4, compétence, 23 juillet 2001, § 52 et JDI, 2002, p. 196, obs. Emmanuel GAILLARD : « *The doctrine generally considers that investment infers : contribution, certain duration of performance of the contract and a participation in the risks of the transaction (...). In reading the Convention's Preamble, one may add the contribution to the economic development of the host State of the investment as an additional condition. In reality, these various elements may be interdependent. Thus, the risks of the transaction may depend on the contributions of the contract. As a result, these various criteria should be assessed globally even if, for the sake of reasoning, the Tribunal considers them individually here* ».

¹⁷¹⁶ Sur l'évolution de la notion, voir notamment : Charles LEBEN, « Droit international des investissements : un survol historique » in Charles LEBEN (dir.), *Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational* préc., pp 1-74.

¹⁷¹⁷ Convention portant création de l'Agence Multilatérale de garantie des investissements conclue à Séoul le 11 octobre 1985, art. 12.

¹⁷¹⁸ Dans l'affaire *Sistem c. Kirghizstan*, l'État et la société Sistem avaient conclu un contrat pour la construction et l'exploitation d'un hôtel dont la mise sur pied était confiée à une joint-venture (AK-Keme). À la suite de plusieurs événements ayant conduit à la dissolution de la joint-venture, la société Sistem racheta les parts de l'État dans l'hôtel déjà construit, qu'elle exploita seule jusqu'à ce qu'elle soit expropriée par l'État selon les dires des investisseurs. Pour faire échec à la compétence du tribunal arbitral saisi, l'État défendeur estimait que l'investisseur n'avait pas fait une contribution réelle pouvant être qualifiée d'investissement parce que ce dernier n'avait pas construit d'hôtel. Il souligne ainsi : « *the respondent distinguished between the making of an investment and the carrying out of economy activity, suggesting that Sistem merely operated an already-built hotel in order to obtain profit from it, and that this "has nothing to do with the definition of 'investment activity' "* ». Le tribunal arbitral écarta cet argument en soulignant que les requérants avaient fait un investissement au moins sous la forme d'un savoir-faire en ces termes : « *The tribunal does not share this view. It considers that sistem made a contribution at the outset of the project, at least in the form of know-how and work on the construction of the hotel, and that it made a further contribution when it bought Ak-Keme's 50% interest in 1999. [...] The tribunal decides that Sistem had made an investment, in the form of its investment of know-how and services in the construction of the hotel, its operation of the hotel, its purchase of Ak-keme's share of the participation in the project, its payment of Ak-keme's debts, and its investment of (a share of) its profits from the running of the hotel.* » CIRDI, *Sistem c. Kyrgyzstan*, décision sur la juridiction, 13 septembre 2007, §§ 86 et 96.

¹⁷¹⁹ CIRDI, *Biwater c. Tanzani*, ARB/05/22, 24 juillet 2008 : « *In the Tribunal's view, there is no basis for a rote, or overly strict, application of the five Salini criteria in every case. These criteria are not fixed or mandatory as a matter of law. They do not appear in the ICSID Convention... Further, the Salini Test itself is problematic if, as some tribunals have found, the "typical characteristics" of an investment as identified in that decision are elevated into a fixed and inflexible test, and if transactions are to be presumed excluded from the ICSID Convention unless each of the five criteria are satisfied. This risks the arbitrary exclusion of certain types of transaction from the scope of the Convention. It also leads to a definition that may contradict individual agreements (as here), as well as a developing consensus in parts of the world as to the meaning of "investment" (as expressed, e.g., in bilateral investment treaties). If very substantial numbers of BITs across the world express the definition of "investment" more broadly than the Salini Test, and if this constitutes any type of international consensus, it is difficult to see why the ICSID Convention ought to be read more narrowly* ».

¹⁷²⁰ CIRDI, *Saba Fakes c. Turquie*, ARB/07/20, 14 juillet 2010, § 111.

considérer qu'il s'agit d'un critère de l'investissement, comment pourrait-il s'apprécier ? Faut-il que l'investissement produise les effets escomptés, et dans ce cas les projets qui auraient tourné court ne pourraient pas être admis comme des investissements ? Ou encore, et plus banalement, qu'est-ce que le développement économique ?¹⁷²¹

Un début de réponse à ces interrogations peut être trouvé dans la sentence *ABCI c. Tunisie*, au sujet de la qualification d'une prise de participation au capital d'une banque par un investisseur. Selon l'État défendeur, le critère d'une contribution au développement économique faisait défaut dans la mesure où la simple augmentation de capital ne peut être considérée comme une « sollicitation de la part de l'État » et que la prise de participation des actionnaires ne peut être considérée comme un investissement, d'autant plus que cette participation était frauduleuse¹⁷²². Toutefois, le tribunal arbitral soulignait que l'achat d'actions d'une banque à l'étranger pourrait bien ne pas être considéré comme un investissement dans le cas d'un simple investissement de portefeuille (*portfolio investment*) selon les circonstances. Cependant, l'acquisition d'actions en vue de participer activement à l'administration et aux opérations d'une banque est de fait une activité différente, notamment si elle est envisagée à long terme. Il va de soi que l'investisseur ne s'engage pas dans une telle opération pour faire un acte de bienfaisance, mais bien pour en tirer un profit et un revenu significatifs. Le raisonnement du tribunal confirme l'idée qu'il revient aux parties de définir la notion d'investissement pour peu que la définition proposée soit conforme à la Convention de Washington. Et si les critères stricts prévus par la sentence *Salini* sont retenus comme reflétant la bonne interprétation de l'article 25 de la Convention, il peut tout de même être observé que « l'activité bancaire reste intimement liée au développement économique comme facilitant le transfert de moyens financiers aux opérateurs commerciaux et industriels ainsi qu'aux citoyens ordinaires, critères qui sont remplis sans aucun doute en l'espèce »¹⁷²³. En raisonnant de la sorte, le tribunal a établi une présomption de contribution au développement économique qui vaudrait pour certains secteurs d'activité¹⁷²⁴.

¹⁷²¹ CIRDI, *Patrick Mitchell c. Congo*, ARB/99/7, Annulation, 01 novembre 2006, § 33: « *The existence of a contribution to the economic development of the host State as an essential (...) criterion of the investment, does not mean that this contribution must always be sizable or successful; and, of course, ICSID tribunals do not have to evaluate the real contribution of the operation in question. It suffices for the operation to contribute in one way or another to the economic development of the host State, and this concept of economic development is, any event, extremely broad but also variable depending on the case* ».

¹⁷²² CIRDI, *ABCI Investment N.V. c. Tunisie*, compétence, ARB/04/12, 18 février 2011, §§ 47 – 48.

¹⁷²³ CIRDI, *ABCI Investment N.V. c. Tunisie*, compétence, ARB/04/12, 18 février 2011, § 63.

¹⁷²⁴ Un autre tribunal arbitral a également adopté cette approche dans un contentieux fondé sur un code des investissements. Les arbitres notaient en ce sens : « *On the basis of the materials and arguments presented by the Parties on this issue, the Arbitral Tribunal has come to the conclusion that the term "contribution" as used in Kyrgyz legislation has a more legal-technical meaning than would – perhaps – generally be expected. The Tribunal has found that "contribution" means provision of capital to a company, or partnership, in exchange for stock or shares in the company or partnership in question. This is also the meaning which must be*

643. La présomption de contribution au développement dans les codes. Les lois sur l'investissement accordent une place essentielle au critère de contribution au développement de l'État d'accueil. Dans le préambule de la loi sud-africaine, l'on peut y lire que l'État reconnaît « *the importance that investment plays in job creation, economic growth, sustainable development, and the well-being of the people* »¹⁷²⁵. Certaines lois indiquent qu'elles ont pour objet de promouvoir le développement économique des États¹⁷²⁶. Le code namibien est sur ce point un modèle de précision en ce qu'il évoque les critères permettant d'apprécier la notion de développement économique en ces termes :

« *The objects of this Act are [...] (d) to promote sustainable economic development and growth through the mobilization and attraction of domestic and foreign investments that (i) enhance the economic development objectives of Namibia to build a prosperous, industrialised society with adequate direct investment to, among other things, encourage the creation of employment, wealth, technology transfer, capacity building, value addition to natural resources and foreign currency generation; (ii) reduce unemployment, poverty and economic inequality in Namibia; (iii) accelerate the growth and diversification of the Namibian economy; (iv) facilitate domestic investments, particularly in priority economic sectors; and (v) provide for other matters on investment promotion, admission, treatment and management.* »¹⁷²⁷

Dans la loi malienne, le législateur précise que le code « s'applique aux entreprises justifiant un taux de valeur ajoutée directe minimum. La valeur ajoutée directe est l'élément fondamental pour l'appréciation des projets »¹⁷²⁸. Enfin, le texte béninois fait du critère de la contribution au développement économique de l'État, un critère de l'investissement¹⁷²⁹ clôturant le débat qui occupe la doctrine¹⁷³⁰. Mais si l'on ne saurait douter que la contribution au développement soit un critère déterminant de

given to the term within the framework of the Foreign Investment Law ». CNUDCI, *Petrobart c. Kirgiz République*, 13 février 2003, § 175.

¹⁷²⁵ Afrique du sud, code des investissements de 2015, préambule, al. 3.

¹⁷²⁶ L'exposé des motifs du code des investissements malgache de 2008 indique dans le même sens : « L'objectif de la présente loi-cadre est de fournir un environnement incitatif pratique, transparent et d'avant-garde pour toutes les activités d'investissement à Madagascar. Le but est d'adapter et de dynamiser rapidement le tissu économique local pour qu'il soit en convergence avec un contexte économique international particulièrement concurrentiel et où Madagascar se doit d'être constamment en accord avec les grandes tendances mondiales afin de pouvoir attirer avec efficacité les capitaux nécessaires pour créer des emplois et permettre au pays de devenir une économie émergente. De par cette loi-cadre, le rôle de l'État devient celui de facilitateur du secteur privé, principal créateur de richesses de la nation et principal moteur de la croissance économique, à travers la création d'emplois, l'augmentation de la productivité et du niveau de vie tout en contribuant à générer une base fiscale élargie et soutenue à moyen et long terme ». L'article 2 du code des investissements burkinabé de 2018 moins loquace souligne « Elle a pour objet la promotion des investissements productifs concourant au développement économique et social du Burkina Faso ».

¹⁷²⁷ Namibie, code des investissements de 2016, art. 2 ;

¹⁷²⁸ Mali, code des investissements de 2012, art. 3.

¹⁷²⁹ L'investissement y est défini en ces termes : « investissement : tout engagement durable de capitaux à caractère lucratif effectué par toute personne, physique ou morale pour la **réalisation d'un projet permettant de contribuer ou développement de l'économie béninoise** tout en assumant les risques y afférents ». Bénin, code des investissements de 2020, art. 1. Gras ajoutés.

¹⁷³⁰ Philippe KAHN et Bruno POULAIN, « L'investissement international : définition ou définitions ? », in Philippe KAHN, Thomas WALDE (dir), *Les aspects nouveaux du droit des investissements internationaux, New aspects of international investment Law*, Académie de droit international de La Haye, Leiden/Boston, 2007, pp.125-130 ; Alex GRABOWSKI, « The Definition of investment under ICSID Convention : A defense of Salini », *Chicago Journal of International Law*, Vol.15, n°1, 2014, pp. 287-290.

l'investissement au regard des lois internes, l'appréciation de ce critère dans les codes africains ne peut-il pas reposer sur une présomption ?

Pour répondre à la question, les critères du code namibien peuvent être repris et comparés aux conditions d'attribution d'un agrément fréquentes dans les codes. Le premier critère d'une croissance soutenue peut-on y lire, est celui de l'industrialisation de la société. Pour atteindre cet objectif d'industrialisation, les codes réservent certaines activités relevant du secteur tertiaire et de l'artisanat aux nationaux à l'exclusion des investisseurs étrangers¹⁷³¹. D'autres lois adoptent la démarche inverse en définissant une liste de secteurs éligibles aux avantages du code parmi lesquels les investissements relevant de l'agro-industrie, la santé et l'hôtellerie bénéficient de la politique incitative mise en place¹⁷³². Parfois, les codes encouragent directement les investissements relevant du secteur industriel¹⁷³³. Il en résulte que les certificats d'agrément seront accordés aux entreprises et aux investisseurs soutenant des projets d'industrialisation locaux.

Le deuxième critère attire au contenu local de l'investissement notamment la création d'emplois locaux, l'approvisionnement sur le marché local, le transfert de technologie et la formation du personnel. Dans les codes, la création d'emplois locaux est assurée par une obligation de réserver un pourcentage de la masse salariale aux nationaux¹⁷³⁴. Le code des investissements de 2012 mettait à la charge de l'investisseur une obligation de recourir aux sous-traitants locaux¹⁷³⁵ et de former le personnel local¹⁷³⁶.

¹⁷³¹ L'article 27 du code des investissements de 2013 du Ghana réserve les activités relevant du secteur tertiaire et de l'artisanat au Ghanéen en ces termes : « (1) A person who is not a citizen or an enterprise which is not wholly owned by citizen shall not invest or participate in (a) the sale of goods or provision of services in a market, petty trading or hawking or selling of goods in a stall at any place; (b) the operation of taxi or car hire service in an enterprise that has a fleet of less than twenty-five vehicles; (c) the operation of a beauty salon or a barber shop; (d) the printing of recharge scratch cards for the use of subscribers of telecommunication services; (e) the production of exercise books and other basic stationery; (f) the retail of finished pharmaceutical products; (g) the production, supply and retail of sachet water; and (h) all aspects of pool betting business and lotteries, except football pool ».

¹⁷³² Par exemple, le code des investissements de Côte d'Ivoire de 2018 modifié par l'ordonnance de 2019 prévoit en son article 5 que « les secteurs éligibles aux avantages du présent code sont classés en deux catégories. La catégorie 1 comprend l'agriculture, l'agro-industrie, la santé et l'hôtellerie [...] ».

¹⁷³³ Le code des investissements du Rwanda de 2015 prévoit en son article 3 : « Tout investisseur est autorisé à investir dans n'importe quelle activité commerciale quelle que soit son origine. Toutefois, un investisseur est encouragé à prioriser. Ces secteurs sont les suivants : 1° exportation ; 2° fabrication industrielle ; 3° investissement dans le secteur d'énergie, transport, technologies de l'information et de la communication, services financiers et la construction de logements à loyer modéré ».

¹⁷³⁴ Le code tunisien de 2016 prévoit à son article 6 : « Toute entreprise peut recruter des cadres de nationalité étrangère dans la limite de 30% de l'ensemble de ses cadres jusqu'à la fin de la 3ème année de la date de création juridique de l'entreprise ou de la date d'entrée en activité au choix de l'entreprise ; Ce taux est ramené à 10% à partir de la 4ème année de cette date. Dans tous les cas, toute entreprise peut recruter quatre cadres de nationalité étrangère. Au-delà des taux ou limite prévus au paragraphe précédent, l'entreprise est soumise à une autorisation délivrée par le ministère chargé de l'emploi conformément aux dispositions du code du travail. Les procédures de recrutement des cadres étrangers sont soumises aux dispositions du code du travail à l'exception des paragraphes 2, 3, 4, et 5 de son article 258-2 ».

¹⁷³⁵ Côte d'Ivoire, code des investissements de 2012, art. 23 : « L'investisseur privilégie le recours à des fournisseurs et sous-traitants locaux avec qui il entretient des relations mutuellement bénéfiques. L'investisseur contribue au renforcement du savoir-faire du personnel local notamment par la formation et le transfert de technologies ».

¹⁷³⁶ *Idem.* art. 26 : « L'investisseur recrute en priorité la main d'œuvre nationale et contribue à accroître la qualification de ses collaborateurs locaux, notamment par la formation continue, le développement de compétences nationales à travers des stages de perfectionnement ».

Le dossier d'agrément comportait un tableau Excel à remplir par l'investisseur renseignant sur les mesures prises pour satisfaire à ses obligations avant le démarrage de ses activités. En clair, l'agrément n'était accordé que si l'investisseur apportait des garanties suffisantes sur sa capacité à contribuer au développement économique national d'après les critères établis par le code.

Les procédures et formalités requises pour l'attribution de l'agrément participent ainsi d'une appréciation *ex ante* de la contribution au développement économique de l'investissement¹⁷³⁷. Il est utile de préciser que si l'investisseur contribue au développement de l'État d'accueil, il pèse à son égard une obligation de moyen. Par ailleurs, il assume (ou est supposé assumer) les risques liés à son activité. Ce qui instille l'idée que le résultat d'un investissement n'est pas toujours positif. Permettre une appréciation *ex post* de la contribution au développement économique, rendrait alors futile le critère du risque dans la définition de l'investissement. Par conséquent, il peut être établi une présomption de contribution au développement de l'économie locale en faveur de tout investisseur bénéficiant d'un agrément. Cela impliquerait une inversion de la charge de la preuve à l'égard de l'État. Celui-ci devra démontrer que l'investisseur ne s'est pas conformé à ses obligations au regard du code des investissements justifiant le retrait de son agrément. Mais dans ce cas de figure, ce n'est plus l'existence de l'investissement, faute d'une contribution effective au développement local, qui serait en cause, mais une irrégularité de l'investissement. Autrement, l'appréciation *ex post* de la contribution au développement économique reviendrait à créer, ni plus ni moins, qu'une condition résolutoire de l'agrément. Or, aucune des lois étudiées n'établit une cause de nullité de ce type. Faire reposer la validité de l'agrément sur un aléa aussi incertain, compromet dangereusement la sécurité juridique des investissements et à terme, galvauderait l'attractivité des codes africains. La contribution n'apparaît pas ainsi comme le moyen adéquat visant à restreindre le champ de compétence matérielle des tribunaux, contrairement à la condition de conformité au droit local.

644. La légalité de l'investissement. En dépit des critiques, le test *Salini* a fait des émules. Le tribunal dans l'affaire *Phoenix Action Ltd c. République tchèque* a ajouté pour sa part, deux autres critères à savoir : un apport respectueux des lois nationales et un

¹⁷³⁷ Le tribunal dans l'affaire *Lahoud c. RDC* parvient à cette conclusion en ces termes : « Ce dernier critère (celui de la contribution au développement de l'État d'accueil), plus difficile à évaluer objectivement, est dans une certaine mesure déjà couvert implicitement par les trois premiers. En outre, le Tribunal rappellera que les activités des Demandeurs examinées plus haut sont en adéquation avec les objectifs fixés par le Code pour le développement économique du pays, à savoir l'implantation d'entreprises de génie civil d'entretien des routes et la valorisation des ressources naturelles nationales en RDC afin d'en accroître la valeur ajoutée et le volume exportable ». CIRDI, *Époux Lahoud c. RDC*, ARB/10/4, 7 février 2014, § 325.

investissement de bonne foi. Ces critères sont cependant curieux dans la mesure où ils se rapportent plus à la régularité de l'investissement qu'à sa définition. La critique du professeur Matringe, qui considère que la légalité de l'investissement ne peut être regardée comme un élément intensionnel de l'investissement, peut être reprise¹⁷³⁸. En réalité, c'est l'impossibilité pour les États d'introduire des demandes reconventionnelles dans l'arbitrage transnational d'investissement qui a justifié que certains tribunaux se déclarent incompétents devant un investissement réalisé de façon frauduleuse¹⁷³⁹, par exemple. Sans qu'il ne soit exactement question de théorie des mains propres, le raisonnement en emprunte la voie¹⁷⁴⁰.

Dans l'affaire *Lahoud c. RDC* précitée, l'État défendeur soutenait que les investissements réalisés par les époux Lahoud n'étaient pas licites parce que d'une part, certaines activités étaient sans lien avec leur objet social et d'autre part, parce que les époux n'avaient pas obtenu les agréments et autorisations nécessaires pour la conduite de ses activités. Si le tribunal a écarté ses arguments parce qu'il ne les a pas considérés comme matériellement établis en l'espèce¹⁷⁴¹, la sentence rendue renseigne peu sur les conséquences de la légalité de l'investissement sur la compétence du tribunal. La décision du Comité *ad hoc* saisi en annulation, n'apportera pas également plus de précision sur ce point¹⁷⁴². Tout le contraire de l'affaire *Inceysa c. El Salvador*.

Dans ce différend, le tribunal arbitral a analysé plusieurs actes frauduleux commis par l'investisseur¹⁷⁴³ pour considérer dans un premier temps que ces actes excluaient

¹⁷³⁸ Jean MATRINGE, « La condition de légalité des investissements et le procès arbitral », *Rev. Arb.*, 2010, n°4, pp 928 – 933.

¹⁷³⁹ Margareta HABAZIN, « Investor Corruption as a Defense Strategy of Host States in International Investment Arbitration: Investors' Corrupt Acts give an Unfair Advantage to Host States in Investment Arbitration », *Cardozo Journal of Conflict Resolution*, vol. 18, printemps 2017, pp. 805 et ss.

¹⁷⁴⁰ La question de la doctrine des « mains propres » est âprement discutée par les tribunaux qui l'envisagent le plus souvent sous l'angle des exceptions préliminaires. Dans les affaires *Yukos c. Russie*, le tribunal arbitral refusait de considérer la théorie des mains propres comme un principe général de droit (CPA, *Hulley Enterprises Limited c. Russie*, AA.226, sentence finale, 18 juillet 2014, § 1360 ; CPA, *Veteran Petroleum Limited c. Russie*, AA 228, sentence finale, 18 juillet 2014 ; CPA, *Yukos Universal Limited (Isle of Man) c. Russie*, AA.227, sentence finale, 18 juillet 2014) même si d'autres tribunaux ont considéré la doctrine des mains propres comme une règle de droit international (CIRDI, *Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide c. Philippines*, ARB/11/12, sentence, 10 décembre 2014, §§ 328 et 332) qui peut faire obstacle à la recevabilité de la requête même lorsque le comportement fautif est réalisé durant la phase post-investissement (CIRDI, *Heskam Talaat M. Al Warraq c. Indonésie*, sentence finale, 15 décembre 2014, §§ 631 – 645). En ce qui concerne la responsabilité proprement dite, le rapporteur spécial de CDI, James Crawford, précisait que la doctrine des mains propres serait « un motif de rejet (plutôt qu'un) motif de non-illécéité ou responsabilité, qui peut être traité dans le cadre de la protection diplomatique ». James CRAWFORD, « Deuxième rapport sur la responsabilité des Etats », Doc. A/CN.4/498 et Add. 1 à 4, 19 juillet 1999, § 333.

¹⁷⁴¹ CIRDI, *Antoine Lahoud et Leila Lahoud (demandeurs) c. RDC*, ARB/10/4, 7 février 2014, §§ 327 – 349.

¹⁷⁴² CIRDI, Comité ad hoc, *Epoux Lahoud c. RDC*, ARB/10/4, procédure en annulation, 29 mars 2016, §§ 152 – 157.

¹⁷⁴³ Selon les termes de la sentence, il était reproché à Inceysa les manoeuvres suivantes: « (i) *Inceysa's presentation of false financial information as part of the tender made by it to participate in the bid*; (ii) *false representations during the bidding process, in connection with the experience and capacity necessary to comply with the terms of the Contract, particularly concerning its alleged strategic partner*; (iii) *falsity of the documents by which Inceysa sought to prove the professionalism of Mr. Antonio Felipe Martinez Lavado, on whose career in large measure it based its alleged aptness to perform the functions entrusted to it when winning the bid*; and (iv) *the fact that it had hidden the existing relationship between Inceysa and ICASUR, in clear violation of one of the fundamental pillars of the bidding rules* ». CIRDI, *Inceysa Vallisoletana, c. République du Salvador*, ARB/03/26, 2 août 2006, § 236.

l'investisseur du bénéfice du TBI dans la mesure où ceux-ci constituaient une atteinte au principe de bonne foi¹⁷⁴⁴, au principe *nemo auditur*¹⁷⁴⁵, à l'enrichissement sans cause¹⁷⁴⁶ et à l'ordre public international¹⁷⁴⁷. Ces arguments ont été repris par le tribunal arbitral pour également rejeter la réclamation légale de l'investisseur en rappelant que la constitution salvadorienne ainsi que le code des investissements prohibaient la fraude¹⁷⁴⁸. Ainsi, l'ordre public international et les divers principes invoqués sont ceux consacrés par le droit interne des États. Cette approche donne plein effet à la disposition législative de conformité au droit local.

Par ailleurs, cette conception est mise en lumière par l'État de Guinée dans l'affaire *BSGR c. Guinée* dans laquelle le principal argument invoqué était la prohibition des actes de corruption commis par l'investisseur¹⁷⁴⁹. Selon une opinion cependant, la pertinence de l'exception de fraude peut être interrogée. En effet, la caractérisation de la fraude suppose un corrupteur (l'investisseur) et un corrompu (le plus souvent les agents officiels de l'État). En rejetant la plainte de l'investisseur, on accorderait ainsi à l'État, un avantage indu, en lui permettant d'invoquer des actes frauduleux commis par ses agents pour s'exonérer de toute responsabilité¹⁷⁵⁰. On pourrait opposer à ce point de vue, qu'il suppose établit les règles d'attribution des actes des agents de l'État en droit interne (pour les réclamations légales) ou en droit international (pour les réclamations conventionnelles). Or, ces règles d'attribution sont sujettes à controverse¹⁷⁵¹ de sorte que prudence est de mise lorsqu'il est question d'attribuer les actes de corruption des agents de l'État à l'État dans le cadre d'une réclamation légale.

645. En définitive, indépendamment de la relation qui naît des approches objectives et subjectives de l'investissement¹⁷⁵², les litiges arbitrables sont profondément fonction des formules retenues par l'offre d'arbitrage bien que dans le cadre du CIRDI, cette approche subit quelques ajustements. L'investisseur a donc tout intérêt à se conformer

¹⁷⁴⁴ CIRDI, *Inceysa Vallisoletana, c. République du Salvador*, ARB/03/26, 2 août 2006, §§ 230 – 239.

¹⁷⁴⁵ CIRDI, *Inceysa Vallisoletana, c. République du Salvador*, ARB/03/26, 2 août 2006, §§ 240 – 244.

¹⁷⁴⁶ CIRDI, *Inceysa Vallisoletana, c. République du Salvador*, ARB/03/26, 2 août 2006, §§ 253 – 257.

¹⁷⁴⁷ CIRDI, *Inceysa Vallisoletana, c. République du Salvador*, ARB/03/26, 2 août 2006, §§ 245 – 252.

¹⁷⁴⁸ CIRDI, *Inceysa Vallisoletana, c. République du Salvador*, ARB/03/26, 2 août 2006, §§ 258 – 264.

¹⁷⁴⁹ CIRDI, *BSG Resources Limited BSG Resources (Guinea) Limited BSG Resources (Guinea) SARL*, Mémoire en duplique de la République de Guinée, 31 mars 2017. Les parties ont suspendu la procédure pour trouver un accord transactionnel.

¹⁷⁵⁰ Margareta HABAZIN, « Investor Corruption as a Defense Strategy of Host States in International Investment Arbitration: Investors' Corrupt Acts give an Unfair Advantage to Host States in Investment Arbitration », *Cardozo Journal of Conflict Resolution*, vol. 18, printemps 2017, pp. 805 et ss.

¹⁷⁵¹ Voir *infra* partie 2, titre 2, chapitre 1 pour la discussion sur le sujet.

¹⁷⁵² Sur ce point, lire Jan Asmus BISCHOFF et Richard HAPP, « Notion of Investment » in Marc BUNGERBERG et al., *International Investment Law*, C.H. BECK – HART – Nomos, 2015, pp 515 – 544, §§ 45 – 150.

aux exigences posées tant pour établir la compétence matérielle du tribunal que fixer la recevabilité de sa requête.

§2 : Les restrictions affectant la recevabilité de la requête : les conditions spéciales

646. La recevabilité désigne « la qualité que doit présenter une demande [...] pour qu'elle soit examinée par l'autorité à laquelle elle est soumise »¹⁷⁵³. Pour avoir cette qualité, la requête doit remplir certaines conditions. Ces conditions de recevabilité peuvent être classées, selon le Professeur Santulli, en deux catégories à savoir : les conditions générales et les conditions spéciales. Les conditions générales se rapportent à l'exercice de la fonction juridictionnelle et requièrent « l'adoption d'une *décision* mettant fin à un *différend en application du droit* »¹⁷⁵⁴. Ces conditions générales ne seront pas analysées dans les prochains développements parce qu'elles sont propres à toutes juridictions internationales et à tout type de réclamation et ne constituent pas dès lors une particularité des réclamations légales. Les conditions spéciales en revanche, parce qu'elles encadrent les prétentions des parties¹⁷⁵⁵ et sont spécialement prévues par l'engagement juridictionnel, méritent qu'il y soit porté une attention particulière. Ces conditions sont nombreuses et varient d'un code à l'autre. Il est possible toutefois de les ranger en deux catégories : d'une part, il y a les préalables procéduraux dont l'effet est de permettre à l'État d'envisager une issue autre le recours à l'arbitrage (1) et d'autre part, les conditions qui ont pour but d'empêcher la multiplication des procédures (2).

A. LES PREALABLES PROCEDURAUX

647. Les préalables procéduraux sont « les conditions de procédures [qui] établissent les étapes préalables à la présentation de la réclamation et l'encadrent dans des délais »¹⁷⁵⁶. Le principal effet de ces préalables procéduraux est d'éviter les requêtes prématurées ou précipitées¹⁷⁵⁷. Ainsi que l'indique la CIJ, ces conditions doivent être remplies au moment de la saisine de la juridiction¹⁷⁵⁸. Relèvent de cette catégorie, l'obligation de négociation préalable (1) et l'obligation d'épuisement des voies de recours interne (2).

¹⁷⁵³ Jean SALMON, *Dictionnaire de droit international public*, Bruylant/Bruxelles, 2001, p. 932, entrée : recevabilité.

¹⁷⁵⁴ Carlo SANTULLI, *Droit du contentieux international*, 2^{ème} éd., LGDJ, 2015, p. 210, § 328.

¹⁷⁵⁵ Carlo SANTULLI, *Droit du contentieux international*, 2^{ème} éd., LGDJ, 2015, p. 211, §§ 329 – 330.

¹⁷⁵⁶ Carlo SANTULLI, *Droit du contentieux international*, 2^{ème} éd., LGDJ, 2015, p. 211, § 330.

¹⁷⁵⁷ Georges 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 œuvre*, Paris, Pédone, 1967, p. 116.

¹⁷⁵⁸ CIJ, *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (RD Congo c. Belgique)*, arrêt, 14 février 2002, *Rec.* 2002, § 26.

1. L'obligation de négociation préalable

648. L'absence d'obligation en droit international général. L'existence d'une obligation d'un règlement amiable, notamment par voie de négociation préalable à l'introduction d'une requête, reçoit une attention particulière en droit international. Des divers avis exprimés, la position récente de la Bolivie peut être rappelée. Dans son différend l'opposant au Chili à propos de l'obligation de négocier un accès souverain à l'océan Pacifique, la Bolivie soutenait qu'il existait en droit international une obligation générale de négocier qui « trouve son expression au paragraphe 3 de l'article 2 et à l'article 33 de la Charte des Nations unies »¹⁷⁵⁹ avant d'ajouter :

« (...) cette obligation de négocier s'applique à tous les États ; elle s'applique également à tous les différends internationaux, et non pas simplement aux différends "d'ordre juridique" ou à ceux qui mettent en danger le maintien de la paix et de la sécurité internationales »¹⁷⁶⁰.

Pour sa part, le Chili considérait que la prescription contenue à l'article 2 de la Charte des Nations Unies ne se rapporte qu'à l'obligation de régler pacifiquement les différends selon l'une ou l'autre des méthodes prévues à l'article 33 sans qu'il n'en découle une obligation juridique entre les États de négociation. Rejoignant le défendeur sur ce point, la CIJ conclut que « les parties à un différend auront donc souvent recours à la négociation, mais elles n'en ont pas l'obligation »¹⁷⁶¹. Cette position de la CIJ corrobore l'opinion du Professeur Kolb selon laquelle « l'obligation (de négocier) ne pourrait découler que d'une norme de droit particulier »¹⁷⁶².

649. Le contenu de l'obligation de négociation en droit international. Dans ses travaux sur la bonne foi en droit international, le Professeur Kolb observait qu'en droit international, le principe de bonne foi faisait naître certaines obligations juridiques à la charge des États dans le cadre des négociations. Ces obligations sont entre autres : l'exigence d'une volonté réelle de négocier¹⁷⁶³, l'obligation d'une conduite diligente pendant les négociations¹⁷⁶⁴, l'interdiction d'une rupture manifestement injustifiée des

¹⁷⁵⁹ CIJ, *Obligation de négocier un accès souverain à l'océan pacifique (Bolivie c. Chili)*, arrêt, 1^{er} oct. 2018, § 163.

¹⁷⁶⁰ CIJ, *Obligation de négocier un accès souverain à l'océan pacifique (Bolivie c. Chili)*, arrêt, 1^{er} Octobre 2018, p. 560, § 163.

¹⁷⁶¹ CIJ, *Obligation de négocier un accès souverain à l'océan pacifique (Bolivie c. Chili)*, préc., p. 560, § 165.

¹⁷⁶² Robert KOLB, *La bonne foi en droit international public*, Genève, Graduate Institute Publications, 25 juin 2015, pp 579 – 683. Disponible également en ligne sur : <https://books.openedition.org/iheid/2285?lang=fr>.

¹⁷⁶³ Sur le refus systématique de prendre en considération les propositions ou les intérêts adverses, plus généralement en cas d'infraction aux règles de la bonne foi : SA, *Affaire Tacna Rica (Chili c. Pérou)*, 1925, RSA, vol. XII, p. 929 – 930 ; SA, *Affaire du Lac Lanoux (Espagne c. France)*, 19 novembre 1957, RSA, vol. XII, pp 281 – 317, spéc. p. 307.

¹⁷⁶⁴ Dans l'affaire relative à la Répartition des biens communaux, le tribunal arbitral a considéré que les parties doivent s'abstenir de prendre des mesures pendant les négociations qui causeraient des dommages disproportionnés. SA, *Répartition des biens communaux*, 1953, RSA, vol. XIII, p. 521.

négociations¹⁷⁶⁵. Lorsque l'obligation de négociation est posée comme un préalable de procédure dans le code des investissements, la question qui pourrait se poser est celle de savoir si les implications du principe de bonne foi en droit international peuvent être étendues aux réclamations légales. La pratique arbitrale montre que la condition de négociation est remplie lorsqu'une des parties ne respecte pas l'une des obligations précitées. L'approche fait d'ailleurs sens si l'on considère que l'obligation de négociation dans son aspect procédural est une obligation de moyen qui n'impose pas aux parties un résultat déterminé, mais un comportement déterminé¹⁷⁶⁶.

Toutefois, ces règles élaborées en droit international en vue de fixer un contenu à l'obligation de négociation préalable, ne sont pas extensibles à l'obligation figurant dans les codes des investissements, ces codes n'étant pas des instruments de droit international. De la sorte, les formules laconiques retenues par les législateurs africains posent un problème d'interprétation. Le secours limité, voire inexistant, du droit international n'est cependant pas un obstacle insurmontable en l'hypothèse. En effet, les droits internes des États connaissent à des degrés divers, le principe de bonne foi. Autant celui-ci a pu façonner des exigences minimales en matière de négociation en droit international, autant peut-il servir à l'élaboration de règles de droit interne applicables à l'obligation de négocier des codes¹⁷⁶⁷. Autrement dit, que les arbitres se réfèrent aux droits internes africains ou au droit international, qu'ils parviendraient à un résultat similaire pour ce qui est du contenu de l'obligation de négociation prévue par les codes des investissements africains.

650. La convergence des interprétations. Dans l'affaire *Tradex c. Albanie*, l'article 8 du code des investissements précisait :

*« If a foreign investment dispute arises between a foreign investor and either an Albanian private party or an Albanian state enterprise, and **it cannot be settled amicably**, then the foreign investor may choose to submit the dispute for resolution to any applicable, previously agreed upon dispute-settlement procedure. [...] »*¹⁷⁶⁸.

Interprétant cette disposition, l'État défendeur soutenait que les réclamations légales n'étaient recevables qu'après l'échec des négociations menées de bonne foi entre parties litigantes. Dans la mesure où le litige avec Tradex n'avait pas fait l'objet de négociation,

¹⁷⁶⁵ SA, *Affaire du Lac Lanoux (Espagne c. France)*, 19 novembre 1957, RSA, vol. XII, pp 281 – 317, spéc. p. 307

¹⁷⁶⁶ SA, *Délimitation maritime (Barbade c. Trinité-et-Tobago)*, 11 avril 2006, ILM, vol. 45, 2006-, p. 800 – 869, spéc. p. 832.

¹⁷⁶⁷ L'hypothèse s'observe d'ailleurs chez les États européens. La réforme du Code civil français a permis l'introduction de la période précontractuelle dans le texte traduisant la prise en compte par le législateur des avancées souhaitées par la jurisprudence depuis l'arrêt *Manoukian*. Voir l'article 1104 du Code civil : « Les contrats doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi. Cette disposition est d'ordre public ». Aussi, Royaume-Uni, House of Lord, *Walford v. Miles*, 1992, 138.

¹⁷⁶⁸ CIRDI, *Tradex Hellas S.A. (Grèce) c. Albanie*, ARB/94/2, 24 décembre 1996, *Icsid Review—FILJ*, 1997, pp 173 – 174.

alors la requête de ce dernier n'était pas alors recevable. Le requérant pour sa part indiquait que d'une part, l'article 8 n'exigeait pas que les négociations aient échoué pour introduire une réclamation légale et d'autre part, qu'il avait transmis 5 courriers à l'Administration pour informer des difficultés liées aux activités de la joint-venture du fait des actions entreprises par les villageois et par lesquels il sollicitait de la part des autorités étatiques, la recherche d'une solution. Ces courriers constituent la preuve que l'investisseur a entrepris de rechercher une issue négociée au différend. Le tribunal arbitral a admis la recevabilité de la requête sur ce point en ces termes :

« The tribunal notes that all five letters are addresses to the ministry that the letters contain references to the 1992 investment law, to non-commercial difficulties and interference from outside the joint venture, to legal obligations, and to the amounts of possible damages, as well as a suggestion to organize a meeting for finding a solution. The tribunal further notes that none of the letters was answered or resulted in any relevant action by Albania.

*The tribunal finds letters to be a sufficient good faith effort to reach an amicable settlement within the meaning of Art. 8 of the 1993 Law without prejudice as to whether the non-action by Albania can be considered to be an expropriation, a question which will be addressed hereafter. »*¹⁷⁶⁹

Ainsi, le tribunal a confirmé que lorsque l'investisseur a fait preuve de diligence et que ses efforts se sont heurtés à une absence de volonté de la part de l'État, alors l'obligation de négociation préalable doit être considérée comme remplie. De la sorte, lorsque les négociations entre investisseurs et États se heurtent à un *non-possumus* ou un *non volumus*, il faudra considérer qu'il n'y a plus lieu de poursuivre et/ou rechercher les négociations, rendant *ipso facto* le recours à l'arbitrage possible¹⁷⁷⁰. Dans ce cas, lorsque la négociation est enfermée dans un délai, celui-ci commence à courir à partir du moment où la partie la plus diligente transmet sa *trigger letter*¹⁷⁷¹.

¹⁷⁶⁹ CIRDI, *Tradex Hellas S.A. (Grèce) c. Albanie*, ARB/94/2, 24 décembre 1996, *Icsid Review—FILJ*, 1997, p. 184.

¹⁷⁷⁰ C'est la conclusion à laquelle parvient le tribunal arbitral de l'affaire *Interocean c. Nigeria*. Dans l'affaire *Interocean c. Nigeria* par exemple, la section 26(1) du code des investissements précisait qu'en cas de litige, « *all efforts shall be made through mutual discussion to reach an amicable settlement* ». Alors que l'Etat défendeur soutenait que l'investisseur n'avait pas entrepris de résoudre le différend à l'amiable, les requérants ont attiré l'attention sur le fait que leurs courriers à l'Administration étaient restés sans suite. Le tribunal nota ainsi: « *Given the history of this matter, including the procedural history in this arbitration, it is unlikely that further attempts at amicable settlement would have succeeded. Respondent's failure to reply to Claimants' correspondence forms part of the disputed merits in this arbitration. Claimants alleged that Respondent failed to protect their investment and/or conspired to deprive Claimants of their investment.* 163 *The Tribunal cannot deny jurisdiction in circumstances where one party appears to have been unwilling to entertain settlement or where further attempts may have been futile.* ». CIRDI, *Interocean Oil Development Company et Intercocean Oil c. Nigeria*, ARB/13/20, 06 octobre 2020, § 152.

¹⁷⁷¹ Pour une analyse similaire, Carlo SANTULLI, *Droit du contentieux international*, 2^{ème} éd., LGDJ, 2015, p. 288, § 457. Le tribunal dans l'affaire *Sistem c. Kyrgystan* déclarait également : « *As far as the three-month consultation procedure is concerned, the Tribunal observes that Sistem had made its complaint to the authorities in the Kyrgyz Republic in the letters dated March 27 and 28, 2005 from Pinara Bishkek Ltd to agencies of the Government of the Kyrgyz Republic. Six months elapsed between the letters dated March 27 and 28, 2005 from Pinara Bishkek Ltd to agencies of the Government of the Kyrgyz Republic and the Request for Arbitration dated September 30, 2005. The three-month consultation procedure (which the tribunal in any event regards as directory but not mandatory and jurisdictional) has been satisfied* ». CIRDI, *Sistem c. Kyrgyrstan*, décision sur la juridiction, 13 septembre 2007, § 121.

651. Les délais de carence. Sur le point des délais, il peut également être observé que dans le cadre des réclamations légales, les délais prescrits par les dispositions législatives constituent des obligations que les parties doivent respecter. Autrement dit, il ne devrait pas être considéré que le respect de ce délai serait purement indicatif, exhortatoire¹⁷⁷². Il s'agit d'une condition que chacune des parties doit observer indépendamment du caractère futile des négociations. Cette approche est du reste conforme à une tendance récente en contentieux international¹⁷⁷³ même s'il est plus indiqué pour les arbitres de rechercher dans le droit national de l'État partie au litige, les solutions concernant l'obligatorité ou non du respect des délais fixés.

652. En somme, les codes des investissements gagneraient en précision si les législateurs ne se contentaient pas de prévoir une obligation de négociation préalable, mais y indiquaient également le caractère obligatoire de cette procédure et les délais fixés pour introduire une réclamation. Cette lacune des textes est d'autant plus regrettable que peu de codes n'envisagent l'épuisement des recours internes.

2. L'épuisement des voies de recours internes

653. Le retour en grâce de la protection diplomatique ? Le succès de l'arbitrage d'investissement a longtemps reposé sur la formule d'un accès direct de l'investisseur à une juridiction internationale, en l'occurrence un tribunal arbitral. Ce dernier n'ayant plus à épuiser les recours internes d'une part, et d'autre part à rechercher la protection diplomatique de son État, les centres d'arbitrage ont pu se révéler très attractifs. Un des codes des investissements africains donne pourtant à entrevoir une nouvelle trajectoire. Profondément inspirée de la politique menée à l'issue de l'affaire *Piero Foresti c. République d'Afrique du Sud*¹⁷⁷⁴, la démarche sud-africaine a visé à réintroduire la règle de l'épuisement des voies de recours internes pour endiguer ce phénomène d'arbitrage forcé¹⁷⁷⁵. La section 13(5) du *Protection of investment Act* de 2015 prévoit ainsi :

¹⁷⁷² CIRDI, *SGS c. Pakistan*, 06 août 2003, ARB/01/13, § 184 ; CIRDI, *Consortio Groupement LESI-DIPENTA c. République algérienne démocratique et populaire*, ARB/03/08, 10 janvier 2005, § 32 ; CIRDI, *Biwater Gauff c. Tanzanie*, 2008, § 343, CNUDCI, *Ethyl Corp c. Canada*, 1998, § 88.

¹⁷⁷³ CIRDI, *Enron Corporation and Ponderosa Assets, LP c. Argentine*, ARB/01/3, 14 janv. 2004, § 88, CIRDI, *Murphy c. Equateur*, 2010, §§ 104, 131 et 154 - 159. Également, CIJ, *Application de la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (Géorgie c. Fédération de Russie)*, 2011, §§ 159 et 182 - 184.

¹⁷⁷⁴ CIRDI, *Piero Foresti, Laura de Carli et al. c. République d'Afrique du Sud*, ARB(AF)/07/01, 4 août 2010.

¹⁷⁷⁵ Gabriele KAUFFMANN-KOHLER et Peter HENRY, "Formula 1 and Arbitration: The FIA Tailor-Made System For Fast Track Dispute Resolution" in *Rev. Arb. Int'l.*, vol 17, n°2, 2001, p. 186, Gabriele KAUFFMANN-KOHLER, Thomas SCHULTZ, *Online dispute resolution, Challenges for contemporary justice*, Kluwer Law International, The Hague/Shulthess, Zurich, 2004, p. 30; El HADAB, "The compulsory international arbitration", *Rev. Lib. Arb. Int'l.*, n°20, 2001, p. 6. ; Geneviève BURDEAU, « Nouvelles perspectives pour l'arbitrage... », *Rev. Arb.*, 1995, pp. 3-37, spéc. p. 10. Walid BEN HAMIDA, *L'arbitrage transnational unilatéral – réflexions sur une procédure réservée à l'initiative d'une personne privée contre une personne publique*, Thèse, Université Panthéon-Assas,

« *The government may consent to international arbitration in respect of investments covered by this Act, **subject to the exhaustion of domestic remedies**. The consideration of a request for international arbitration will be subject to the administrative processes set out in section 6. Such arbitration will be conducted between the Republic and the home state of the applicable investor* »¹⁷⁷⁶.

De cette disposition, deux règles majeures s'infèrent. La première est relative à la préférence pour l'arbitrage interétatique au détriment de l'arbitrage transnational. Les investisseurs ne bénéficient plus d'un *locus standi*, mais doivent pour la protection de leurs droits et intérêts recourir à la protection de leur État. En ce sens, il peut être observé que la condition de recevabilité envisagée ne concerne pas à proprement dit une offre d'arbitrage. Le mécanisme envisagé se rapprocherait même plus de la protection diplomatique sans toutefois s'y confondre.

La ressemblance apparente entre le mécanisme proposé par le code sud-africain et celui de la protection diplomatique procède de ce que la règle de l'épuisement des voies de recours interne a d'abord été mise en œuvre dans le cadre de la protection diplomatique. L'État qui épouse la cause de son national¹⁷⁷⁷ en raison d'atteinte au standard de traitement des étrangers¹⁷⁷⁸, peut alors agir en son nom propre pour le compte de son national. À ce stade, il peut être conclu que la section 13 ne fait ni plus ni moins que réintroduire l'action en protection diplomatique puisque les droits prévus par les codes des investissements concernent, en partie, le standard minimum¹⁷⁷⁹. Mais là s'arrêtent les ressemblances. En effet, dans le cadre de la protection diplomatique, il s'agit de protéger les droits internationaux de l'investisseur qu'ils tirent de la coutume internationale ou d'un traité. Or, il a été démontré que dans le cadre des réclamations légales, les droits que tire l'investisseur étranger sont des droits nationaux. Ainsi, le mécanisme prévu ne pourrait être assimilé à la protection diplomatique.

En fait, l'approche que reflète le code sud-africain est celle d'une tendance de plus en plus grandissante dans le droit des investissements qui consiste pour les investisseurs à offrir à l'État la possibilité de faire cesser et réparer la violation en droit interne avant de recourir aux juridictions internationales. C'est le cas de l'article 15.1 du modèle de

Paris, 2003 ; Ousmane DIALLO, *Le consentement des parties à l'arbitrage international*, Graduate Institute Publication, Genève, 2010, « chap II, Le consentement à l'arbitrage par voie non-contractuelle », accessible sur books.openedition.org/iheid/971.

¹⁷⁷⁶ Afrique du Sud, *Protection of Investment Act*, Act No. 22 of 2015, Official Gazette, Vol. 606, No. 39514.

¹⁷⁷⁷ Carlo SANTULLI, *Droit du contentieux international*, LGDJ, 2^{ème} éd., p. 291, § 464.

¹⁷⁷⁸ Carlo SANTULLI, *Droit du contentieux international* préc., p. 291, § 465. La CIJ fait observer toutefois : « En raison de l'évolution matérielle du droit international, au cours de ces dernières décennies, dans le domaine des droits reconnus aux personnes, le champ d'application *ratione materiae* de la protection diplomatique, à l'origine limité aux violations alléguées du standard minimum de traitement des étrangers, s'est étendu par la suite pour inclure notamment les droits de l'homme internationalement garantis » in *Affaire Ahmadou Sadio Diallo (République de Guinée c. République démocratique du Congo)*, Exceptions préliminaires, arrêt du 24 mai 2007, p. 599, § 39.

¹⁷⁷⁹ Voir Afrique du Sud, Section 9 du *Protection Investment Act* préc.

TBI de l'Inde de 2015¹⁷⁸⁰. Il s'agit d'action interétatique (en substitution) dont la portée, notamment en ce qui concerne l'épuisement des voies de recours internes, soulève des difficultés.

654. La portée imprécise de la disposition sud-africaine. Le code des investissements sud-africain n'étant pas très précis, on pourrait se demander si, et à quelles conditions les règles élaborées en droit international général pourraient être d'un secours. La pratique n'offre pas pour l'instant d'espèce permettant de saisir les enjeux de la situation même si la question mérite d'être posée¹⁷⁸¹. Il y a fort à parier que l'accord d'arbitrage interétatique qui interviendra, réglera certaines questions. Alors naîtra à ce moment, un accord international qui par incorporation permettra d'élever la réclamation fondée sur un code des investissements au niveau international. Mais ce serait réintroduire la protection diplomatique. Et dans ce cas, c'est la pertinence de la disposition nationale qui doit être discutée. À part lui reconnaître une valeur pédagogique, la condition d'un épuisement des voies de recours interne avant l'endossement de la réclamation par l'État national de l'investisseur, n'est d'aucun intérêt pratique si la cause de l'action n'est finalement plus le code des investissements. Le texte ne viserait alors qu'à rappeler à l'investisseur qu'il existe en droit international, le mécanisme de la protection diplomatique. Mais pour y avoir recours, l'État sud-africain se réserverait le droit de juger de l'opportunité de l'action et de l'y autoriser. La disposition serait donc purement potestative, et sous réserve d'application future, sa portée reste difficilement perceptible.

655. Une tendance globale favorable à la saisine directe. Pour le reste des codes des investissements africains, l'investisseur n'a pas épuisé les recours internes avant d'introduire sa réclamation légale. Dans l'affaire *Interocean c. Nigeria*, l'État du Nigeria a essayé, sans succès, de démontrer qu'il y aurait dans le cadre des réclamations légales, une obligation d'épuiser les voies de recours internes même en l'absence de dispositions législatives expresses. Le tribunal arbitral a rejeté, à bon droit, l'argumentation en soulignant :

« [...] there is no justification for placing an obligation on the Claimants to exhaust local remedies before commencing arbitration. This is not a precondition to arbitration in either the ICSID Convention or the Dispute resolution clause at Section 26 of the

¹⁷⁸⁰ Pour une lecture similaire, voir notamment : Sonia ROLLAND, « The Return of State Remedies in Investor-State Dispute Settlement: Trends in Developing Countries », *Loyola University Chicago Law Journal*, vol. 49, 2017, pp 387 – 404.

¹⁷⁸¹ Un des aspects de la question est abordé par Michèle POTESTA dans son article « State-to-State Dispute Settlement Pursuant to Bilateral Investment treaties : Is there Potential ? » N. BOSCHIERO et al. (eds.), *International Courts and the Development of International Law*, ASSER PRESS, The Hague, The Netherlands 2013.

NIPC Act. Although some investment instruments contain such a requirement, the NIPC Act does not. »¹⁷⁸²

656. En somme, la condition d'épuisement des voies de recours internes demeure anecdotique dans le cadre des actions fondées sur les codes des investissements. Le seul texte faisant exception demeure imprécis. Ce constat vaut également pour les mesures prises par les législateurs en vue de l'endiguement des procédures ramifiées.

B. L'ENDIGUEMENT DES PROCEDURES RAMIFIEES

657. La multiplication des procédures est un procédé courant dans le domaine de l'arbitrage. Il n'est pas rare qu'un investisseur recherche devant plusieurs juridictions, à la compétence matérielle variée, réparation pour un préjudice pouvant résulter d'un même fait¹⁷⁸³. Pour éviter cette situation, les États prévoient dans leurs codes des dispositions *electa una via* (a) ou de litispendance (b) qui sont censées assurer la rationalisation des procédures.

1. Les dispositions *electa una via* et les recours parallèles

658. Le problème. Le désordre procédural selon l'expression choisie par Ben Hamida dans son article publié à *l'AFDI*¹⁷⁸⁴ est une tare consubstantielle au système international de règlement des différends internationaux. Le principe de l'autonomie juridictionnelle offre la possibilité à chaque juridiction internationale de se reconnaître compétente indépendamment des procédures en cours tant devant d'autres juridictions internationales que devant les tribunaux arbitraux¹⁷⁸⁵. Tout justiciable serait donc à mesure d'introduire autant de requêtes qu'il n'y aurait de *fora* disponibles pour entendre ses réclamations indépendamment du fait que celles-ci procèdent du même fait litigieux. Dans le contentieux des investissements, la tendance visant à inclure des clauses *electa una via* et de renonciation a rencontré un franc succès chez les États¹⁷⁸⁶, bien que leur portée reste imprécise en raison d'une rédaction parfois maladroite.

¹⁷⁸² CIRDI, *Interocean Oil Development Company and interocean oil exploration company c. République Fédérale du Nigeria*, ARB/13/20, Exceptions préliminaires, 29 octobre 2014, § 144.

¹⁷⁸³ Dans l'affaire *ABCI c. Tunisie*, plusieurs recours ont été formés devant les juridictions nationales française et anglaise (y compris des procédures pénales) et un recours à l'arbitrage CCI.). Mais ces points ne sont pas utilement débattus dans l'affaire CIRDI, *ABCI Investment NV c. République de Tunisie*, ARB/04/12, compétence, 18 février 2011, §56.

¹⁷⁸⁴ Walid BEN HAMIDA, « L'arbitrage Etat-investisseur face à un désordre procédural : la concurrence des procédures et les conflits de juridictions », *AFDI*, vol. 51, 2005, pp. 564-602.

¹⁷⁸⁵ Carlo SANTULLI, *Droit du contentieux international*, LGDJ, 2^{ème} éd., pp 97 – 114, §§ 149 – 175.

¹⁷⁸⁶ Walid BEN HAMIDA, « L'arbitrage Etat-investisseur face à un désordre procédural : la concurrence des procédures et les conflits de juridictions », *AFDI*, vol. 51, 2005, pp. 564-602.

659. La distinction dispositions de *multiple choices* et *electa una via*. Au titre des formules maladroites, l'exemple de l'article 20 du code des investissements ivoiriens de 2012 peut être rapporté. Dans sa version finale, la disposition relative aux règlements des différends offre à l'investisseur le choix entre plusieurs mécanismes d'arbitrage et aussi le recours aux juridictions internes. L'unique restriction prévue requiert que le consentement de l'investisseur à l'une ou l'autre des options, doit intervenir au moment de la demande d'agrément¹⁷⁸⁷. À l'occasion de l'affaire du *Café de Rome*, l'État de Côte d'Ivoire présenta cette disposition de choix entre plusieurs mécanismes d'arbitrage au moment de la demande d'agrément comme une clause *electa una via*. Cette interprétation, relevant d'une stratégie contentieuse, n'emportera pas la conviction du tribunal arbitral qui par une formule aussi succincte qu'efficace retiendra :

« (...) *there is no express language in Article 20 that would serve to vest a choice in the foreign national (or indeed to vest a choice in the Republic of Côte d'Ivoire). In the absence of such language the majority of the Tribunal cannot infer that Article 20 is a "fork-in-the-road" provision requiring an election between different fora for the resolution of disputes* »¹⁷⁸⁸.

Il ressort de ce passage que les diverses options figurant dans une offre d'arbitrage ou toute disposition envisageant le recours à l'arbitrage ne sauraient être interprétées comme induisant la règle *electa una via*. Le tribunal ne se trompe pas en rappelant que les « *multiple-choice clauses* » ne se confondent pas aux clauses « *fork-in-the-road* » (l'expression anglaise de la règle *electa una via*). Les premières étant simplement une condition matérielle des secondes. La clause *electa una via* suggère en effet que lorsque le requérant introduit un recours devant une des juridictions disponibles, il ne peut plus se prévaloir des autres mécanismes. Ce qui n'est pas le cas de l'article 20 du code des investissements ivoiriens qui en réservant le choix en faveur d'un mécanisme particulier au moment de la demande d'agrément, a pour principale conséquence d'exclure les autres mécanismes prévus par l'offre d'arbitrage. Autrement dit, le choix figurant dans la demande d'agrément tient plus d'une « clause compromissoire » que d'une condition de recevabilité à proprement dit. À cela, s'ajoute le défaut d'intention ferme. La règle *electa una via* faisant exception au principe d'autonomie juridictionnelle, elle ne peut être présumée. Par ailleurs, si leur effet est celui de la renonciation aux autres procédures disponibles, elles se distinguent également des dispositions de renonciation.

¹⁷⁸⁷ Voir *supra*, dans ce même chapitre, section 1, §2.

¹⁷⁸⁸ CIRDI, *Société Resort Company c. Côte d'Ivoire, préc.*, § 141.

660. Les dispositions de renonciation. Un des rares codes qui prévoit une exception de ce type et dont la rédaction pose le moins de difficultés, est le récent code des investissements tunisiens. Ce texte prévoit :

« La saisine de l'une des instances arbitrales ou judiciaires est considérée comme étant une renonciation définitive à tout recours ultérieur devant tout autre organe arbitral ou judiciaire »¹⁷⁸⁹.

Ainsi, lorsque l'investisseur opte pour des procédures disponibles, il est présumé avoir renoncé à tous les autres recours disponibles dans le futur. Certains États, à l'occasion de différends nés de ce type de clause, ont estimé que la clause de renonciation prévue dans un instrument particulier excluait tout autre recours, pour les mêmes faits, qui seraient fondés sur une autre cause juridique de la réclamation. Dans l'affaire *Pac Rim c. Salvador* par exemple, l'État défendeur estimait que le fait d'introduire une action sur le fondement du *Central America Free Trade Agreement* (CAFTA) impliquait renonciation à l'arbitrage dans le cadre de la loi d'investissement. Le tribunal arbitral a toutefois écarté cet argument au motif que le champ de la clause de renonciation était limité aux réclamations conventionnelles. Il souligne ainsi :

*« with regards to the question relating to the CAFTA waiver raised by the Respondent, the Tribunal considers that it fully addressed this same question in its Decision of 2 august 2010; and it here confirms that answer. In particular, the Tribunal finds no juridical difficulty in having an ICSID arbitration based on different claims arising from separate investment protections and separate but identical arbitration provisions, here CAFTA and the Investment Law. To the contrary, when consent to the same tribunal's jurisdiction is contained in two or more instruments, the Respondent's suggestion that different ICSID arbitrations must be commenced under each instrument would render nugatory the natural inclinations of both investors and states for fairness, consistency and procedural efficiency in international arbitration »*¹⁷⁹⁰.

Cette approche du tribunal arbitral montre toute la difficulté de la portée des dispositions de renonciations et *electa una via* dans le contentieux de l'investissement. Pour produire leurs effets, les tribunaux arbitraux considèrent en effet qu'ils doivent être en présence d'une même affaire, ce qui implique de satisfaire au test de la triple identité.

661. Le test de la triple identité. Retenant une conception stricte de ces clauses, les tribunaux arbitraux considèrent généralement que la clause ne vaut lorsqu'il s'agit de la même affaire, c'est-à-dire un différend opposant les mêmes parties, portant sur le même

¹⁷⁸⁹ Tunisie, Loi n° 2016-71 du 30 septembre 2016 portant loi de l'investissement, art. 25.

¹⁷⁹⁰ CIRDI, *Pac Rim Cayman LLC c. El Salvador*, ARB/09/12, sentence, 14 octobre 2016, § 5.45. L'État du Salvador avait également soulevé cet argument dans l'affaire *Commerce Group Corp c. El Salvador* en rappelant que la clause de renonciation prévue par le CAFTA impliquait une renonciation à la procédure offerte par le code des investissements. Le tribunal a fait droit à la demande salvadorienne, mais pour tout autre motif. Il a en effet estimé, conformément à des moyens soulevés par l'État, que la requête introductive d'instance n'indiquait pas les violations alléguées du code des investissements. Ces violations n'ayant été précisées que lors des phases orales, le tribunal a considéré que le code ne pouvait être admis comme une cause de l'action. CIRDI, *Commerce Group Corp. and San Sebastian Gold Mines, Inc. c. The Republic of El Salvador*, ARB/09/17, 14 mars 2011, §§ 118 – 128.

objet et la même cause¹⁷⁹¹. Cette triple identité lorsqu'elle est appréciée restrictivement conduit à priver d'effet les clauses *electa una via* et de renonciation. S'agissant de l'identité des parties, il suffit que le recours devant les juridictions internes ou un centre d'arbitrage en particulier ait été introduit par la société de projet, société de droit local, et que la seconde procédure est introduite par la société mère ou l'actionnaire majoritaire pour conclure à la différence de partie alors même qu'il s'agira de réclamations tirées des mêmes faits litigieux. Pour cette raison, le Professeur Schreuer proposait de tenir compte de l'unité économique du groupe plutôt que de se référer à un critère juridique pour apprécier cette condition¹⁷⁹².

S'agissant de l'identité d'objet, il est aussi aisé pour les parties de multiplier les recours en modifiant l'objet de leur demande. Ainsi, une requête introduite aux fins d'annulation de la mesure litigieuse devant les tribunaux internes et une action en demande de dommages-intérêts seront considérées comme étant des affaires différentes.

Enfin, concernant la cause, celle-ci est également clivante. Les tribunaux considèrent généralement qu'il faut une parfaite coïncidence entre la cause factuelle et la cause juridique de la réclamation¹⁷⁹³. Ainsi, les tribunaux considèrent qu'un fondement juridique différent implique une cause de l'action différente même si l'obligation violée est strictement la même¹⁷⁹⁴. Mais ainsi qu'il a été plaidé dans l'affaire *CME Czech Republic c. République tchèque*, sans que le tribunal arbitral adhère à l'opinion, la différence des instruments invoqués ne devrait pas être déterminante si les obligations sont les mêmes, *i.e.* s'il s'agit par exemple d'une violation d'expropriation¹⁷⁹⁵.

Sur ce point, le raisonnement suivi par le Comité *ad hoc* dans l'affaire *Compañia de Aguas del Aconquija SA c. Argentine*, peut être utilement mobilisé. Le tribunal a considéré dans cette affaire qu'une approche stricte de la cause de l'action n'était pas nécessaire dans la mesure où le libellé de la clause ne visait pas les litiges relatifs à l'interprétation ou à l'application de la cause de l'action, mais tous les litiges relatifs à un investissement¹⁷⁹⁶. De la sorte, la procédure interne bien que visant la violation d'une

¹⁷⁹¹ Voir sur ce point : CIRDI, *Occidental Exploration and Production Company c. Equateur*, 01 juillet 2004, § 52 ; CIRDI, *Enron Corporation and Ponderosa Assets, LP c. Argentine*, ARB/01/3, 14 janv. 2004, §§ 97 – 98,

¹⁷⁹² Christoph SCHREUER, « Travelling the BIT Route : of Waiting Periods, Umbrella Clauses and Forks in the Road », *JWIT*, 2004, p. 231.

¹⁷⁹³ Carlo SANTULLI, *Droit du contentieux international*, Paris, LGDJ, 2^{ème} éd., p.505, § 813.

¹⁷⁹⁴ SA, *Occidental Exploration and production company c. Equateur*, 1er juillet 2004 ; CIRDI, CMS, *Gaz Transmission Company c. Argentine*, décision sur la compétence, 17 juillet 2003, *JDI*, 2004, p. 236 ; CIRDI, *Azunx Corp. c. Argentine*, décision sur la compétence, 8 décembre 2003, *JDI*, 2004, p. 275 ; CIRDI, *Enron Corp. And Ponderosa Assets, L.P. cl Argentine*, décisions sur la compétence, 14 janvier 2004 et du 2 août 2004. Cette solution a par ailleurs été consacrée par d'autres juridictions internationales telle que le tribunal international sur le droit de la mer. Sur ce point, lire : Walid BEN HAMIDA, « L'arbitrage Etat-investisseur face à un désordre procédural : la concurrence des procédures et les conflits de juridictions », *AFDI*, vol. 51, 2005, pp. 564-602.

¹⁷⁹⁵ CNUDCI, *CME Czech Republic B.V. c. République Tchèque*, Legal Opinion, Schreuer et Reinisch, 20 juin 2002, pp. 18 – 19.

¹⁷⁹⁶ CIRDI, Comité *ad hoc* *Compañia de Aguas del Aconquija SA c. Argentine*, 3 juillet 2002, § 55.

disposition législative était identique aux recours introduits devant le tribunal international chargé de se prononcer sur la violation d'une obligation internationale. La démarche restrictive, au regard de cette formulation, semble la plus probable en cas de survenance de litige.

Une autre solution peut également consister à se référer à la cause factuelle pour considérer qu'il y a identité de cause, lorsque les faits litigieux sont les mêmes. La clause de renonciation du chapitre 11 de l'ALENA opte pour une démarche qui se rapproche de cette ligne de pensée en considérant que l'affaire est la même s'il s'agit de réclamation naissant de la « même mesure litigieuse »¹⁷⁹⁷.

662. En somme, si les dispositions *electa una via* et de renonciation comptent parmi les techniques pouvant endiguer la multiplication des recours dans le contentieux de l'investissement, leur portée reste très limitée. Ce qui pourrait expliquer leur rareté dans les codes des investissements africains ainsi qu'il en va de même pour les dispositions de litispendance.

2. Les dispositions de litispendance

663. La rareté des références. Les dispositions de *lis alibis pendens* ou litispendance dans les codes des investissements sont peu fréquentes. Sur l'ensemble des textes africains étudiés, seul le code des investissements du Burkina Faso prévoit une disposition concernant la litispendance rédigée en ces termes : « (...) La demande d'arbitrage, à l'initiative de l'une des deux parties, suspend automatiquement toute procédure contentieuse qui aurait été engagée auparavant »¹⁷⁹⁸. Cependant, en dépit de sa clarté, la disposition n'en reste pas moins pathologique.

664. La portée limitée des dispositions. Déjà, il peut être observé que la litispendance peine à s'imposer dans les rapports entre juridiction internationale et juridiction interne. Alors qu'elle prescrit que la seconde juridiction saisie se dessaisisse au motif d'une procédure déjà en cours devant une autre juridiction portant sur la même affaire, le principe d'autonomie entre juridiction vient rendre les recours concurrents possibles. En clair, il n'y a pas, en droit international, une interdiction de principe des

¹⁷⁹⁷ Il est ainsi indiqué que l'investisseur : « b) renonce à son droit d'engager ou de poursuivre, devant un tribunal administratif ou judiciaire aux termes de la législation interne d'une Partie ou d'une autre procédure de règlement des différends, des procédures se rapportant à la mesure de la partie contestante présumée constituer un manquement ». Accord de Libre Échange Nord-Américain (ALENA) Chapitre 11.

¹⁷⁹⁸ Burkina Faso, loi n°038-2018/AN portant code des investissements au Burkina Faso, art. 39.

recours concurrents¹⁷⁹⁹. Il s'ensuit une portée extrêmement réduite des clauses de litispendance dans les codes des investissements. Il est cependant arrivé que certains tribunaux arbitraux sursoient à statuer en attendant la décision d'une juridiction interne. Cela a notamment été le cas dans l'affaire *SPP c. Égypte*¹⁸⁰⁰ dans laquelle le tribunal arbitral a différé sa décision sur la compétence en attendant les recours CCI et devant les tribunaux de France qui étaient en cours. Mais si le tribunal a opté pour le sursis à statuer, c'est plus par soucis d'une bonne administration de la justice qu'en vertu d'une obligation juridique.

Par ailleurs, la généralité des termes employés par le texte burkinabé, « suspension de toute procédure », jette un doute quant à la possibilité pour un tribunal arbitral de surseoir à statuer en attendant l'issue d'éventuelles procédures internes. En d'autres termes, dans l'hypothèse où un tribunal interne, accepte de suspendre la procédure en cours devant lui, le risque que cela puisse entraver la procédure devant le tribunal arbitral, à connaître d'une question préjudicielle par exemple, peut se poser.

Enfin, le texte évoque la suspension et non l'interruption de la procédure engagée. Ainsi faut-il se demander si, et à quelle condition, cette procédure interne pourra être reprise. Ces interrogations font ressortir le caractère pathologique de la litispendance envisagée par le code burkinabé. L'effet recherché, celui d'endiguer le phénomène de ramification des procédures relatives aux litiges d'investissements est loin d'être assuré.

665. En définitive, à l'instar des *electa una via* et de renonciation, les dispositions de *litispendance* sont d'une efficacité moindre. Elle présente toutefois l'avantage de rationaliser la multiplication des procédures qui est une des conséquences de cet arbitrage sans lien direct. Mais sur ce point, les dispositions qui présentent le plus d'avantages sont celles qui limitent la compétence du tribunal arbitral aux investissements qui ont fait l'objet d'un agrément ou d'une autorisation. Ces procédures permettent à l'État et à l'investisseur de faire rencontrer leur volonté à la suite d'échanges directs contrairement à l'hypothèse stricte d'un arbitrage sans lien direct.

Conclusion du chapitre

666. Le principe de juridiction consentie implique que l'État ne puisse disposer du consentement de l'investisseur à l'arbitrage. Ce dernier doit exprimer par écrit et de façon

¹⁷⁹⁹ Sur la question, voire l'abondante jurisprudence citée par Carlo SANTULLI in *Droit du contentieux international*, 2^{ème} éd., LGDJ, 2015, pp 98 – 99, §§ 152 – 154.

¹⁸⁰⁰ CIRDI, *Southern Pacific Properties c. Égypte*, 27 novembre 1985, *ILR*, vol. 106, p. 259, §§ 81 à 84.

univoque son consentement pour établir la compétence *ratione voluntatis* du tribunal arbitral. Ainsi, les présomptions de consentement élaborées dans le cadre du mécanisme CIRDI sont contestables. Les demandes d'agrément ne peuvent valoir acceptation de l'offre d'arbitrage que dans l'hypothèse où le code le prévoit expressément ou lorsque le consentement des parties y est indiqué. De plus, seuls les investisseurs ayant une nationalité étrangère, qui ont réalisé un investissement et respecté les conditions de recevabilité des requêtes, pourront introduire une réclamation légale. Selon les libellés nationaux, ce droit de réclamation peut également être réservé aux investisseurs agréés ou disposant d'une convention conclue avec l'État.

Conclusion du titre

667. En tant qu'engagement juridictionnel, l'intérêt des codes des investissements apparaît mitigé. Loin de faciliter la formation de la convention d'arbitrage, les imprécisions des textes en affectent plutôt l'objectif de promotion et de protection des investissements étrangers recherchés. La rareté des offres, les conditions de recevabilité ambiguës, les zones grises entourant l'identification de l'investisseur protégé sont autant de facteurs qui jettent un doute sur les promesses d'un règlement arbitral figurant dans ces instruments. Aussi, les disparités entre les textes et la nature consensuelle de la procédure d'arbitrage invitent à la réserve dans la recherche de principes communs qui aideraient à combler les silences des textes. En la matière, seul le droit interne des États reste pertinent et il appartient aux tribunaux arbitraux d'en saisir la pleine mesure au stade des exceptions préliminaires.

668. Dans cette perspective d'une appréciation adéquate du droit de réclamation, la clé de l'énigme est, à n'en point douter, l'existence d'un engagement spécifique, qu'il s'agisse d'un agrément ou d'un contrat d'investissement. Ces engagements spécifiques permettent de distinguer deux types de réclamations légales. Il y a d'une part les réclamations légales *stricto sensu*. Dans cette hypothèse, l'investisseur étranger tire son droit de réclamation directement du code des investissements parce que celui-ci renferme une offre d'arbitrage. Le recours à l'arbitrage est dans ce cas facilité pour l'investisseur. Cependant, celui-ci ne tire aucun droit acquis au maintien de l'offre. Celle-ci peut être retirée *ad nutum* par l'État, accentuant la précarité des droits des investisseurs. Dans la seconde hypothèse en revanche, celle d'un droit de réclamation légale *lato sensu*, les droits procéduraux et substantiels de l'investisseur sont moins précaires. Consolidés par un agrément ou une convention d'établissement, ces droits sont acquis à l'investisseur et lui assurent de s'en prévaloir en dépit des changements législatifs pouvant affecter le code des investissements. Pour l'État, ces engagements spécifiques sont également le moyen de limiter la généralisation du recours à l'arbitrage et de rétablir le lien juridique direct, détruit par la technique du consentement dissocié.

669. Toutefois, cette distinction réclamation légale *stricto sensu* et *lato sensu*, si elle permet de comprendre la dévolution du pouvoir juridictionnel, reste d'une importance limitée dans l'appréciation du régime de responsabilité. En effet, c'est toujours la loi qui sert, directement ou indirectement, de fondement de la réclamation de telle sorte que la responsabilité encourue par les États ne s'en trouve pas grandement impactée.

TITRE 2 : LA RESPONSABILITE DE DROIT INTERNE DES ÉTATS

670. L'obligation de réparer. La généralisation de l'arbitrage sans lien direct a eu pour principale conséquence la consécration d'une obligation de réparer les dommages résultant de la violation d'un code des investissements à la charge de l'État et au profit de l'investisseur étranger. Dans la pratique arbitrale, cette obligation de réparer a pu être appréciée en référence au droit international¹⁸⁰¹. Or, à s'en tenir aux *Articles de la CDI sur la responsabilité internationale des États* dont certaines dispositions ont une valeur coutumière¹⁸⁰², la responsabilité internationale d'un État ne peut être engagée qu'à la suite de la commission d'un fait internationalement illicite, lui-même défini comme tout manquement à une obligation internationale. L'inadéquation de la solution découle alors du fait que les codes sont des instruments de droit interne qui renferment des obligations légales¹⁸⁰³. Si ces lois peuvent servir de causes juridiques des réclamations, cela n'emporte pas pour autant transsubstantiation des obligations légales en obligations internationales.

671. Le droit applicable au fond. Dès lors, la réévaluation de la responsabilité de l'État sur le fondement du droit interne s'impose. Pour ce faire, il appartient aux arbitres de déterminer avec soin la loi applicable au fond du litige. S'agissant d'apprécier une réclamation légale, quand bien même la juridiction saisie soit internationale, l'ordre juridique international ne peut, sauf s'il est choisi par les parties, relever du droit applicable au fond du litige¹⁸⁰⁴. Le conflit entre ordre juridique international et ordre juridique interne est alors aisément résolu. Soit la cause juridique contient des dispositions

¹⁸⁰¹ Mathias AUDIT, Sylvain BOLLEE, et Pierre CALLE notent en ce sens : « Pour interpréter les notions retenues par les lois nationales en matière d'investissements étrangers comme celle de "expropriation" ou de "traitement équitable", la jurisprudence arbitrale **estime parfois** qu'elle peut s'en remettre à des sources de droit international public » dans *Droit du commercial international et de l'arbitrage international*, LGDJ, 2^{ème} éd., 2016, p. 775, §1015.

¹⁸⁰² Le tribunal arbitral dans l'affaire Lahoud adoptait ce point de vue en ces termes : « Les demandeurs invoquent essentiellement les articles 4 et 5 du Projet d'articles de la CDI, projet annexé à la Résolution A/RES/56/83 de l'Assemblée générale des Nations Unies adoptée le 12 décembre 2001. Ces articles codifient des règles considérées comme reflétant le droit international coutumier sur la question de l'attribution pour les besoins d'établir la responsabilité d'un État vis-à-vis d'un autre État. Contrairement à ce que semble prétendre la défenderesse, ces règles sont à la fois pertinentes et régulièrement appliquées par analogie dans les litiges opposant les États à des investisseurs privés, comme c'est le cas en l'espèce ». CIRDI, *Antoine Abou Lahoud et Leila Bounafteh-Abou Lahoud c. République démocratique du Congo*, ARB/10/4, 7 février 2014, §§ 373 – 386, spéc. § 375. Dans le même sens, CIRDI, *Archer Daniels Midland Company et Tate & Lyle Ingredients Americas c. Mexique*, ARB(AF)/04/5, 21 novembre 2007, § 2; CIRDI, *Cargill incorporated c. Mexique*, ARB(AF)/05/2, sentence, 18 septembre 2009, § 381 ; CPA, *William Ralph Clayton et autres c. Gouvernement du Canada*, n°2009-04, sentence, 17 mars 2015, § 307 ; CIRDI, *F-W Oil Interests Inc c. République de Trinité & Tobago*, ARB/01/14, sentence, 3 mars 2006, § 202 ; CIRDI, *Jan de Nul NV et Dredging International NV c. Égypte*, ARB/04/13, sentence, 6 novembre 2008, § 156 ; CIRDI, *Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi c. Pakistan*, ARB/03/29, sentence, 27 août 2009, § 19 ; SCC, *Mohammad Ammar Al-Bahloul c. Tadjikistan*, V064/2008, sentence partielle, 2 septembre 2009, § 165, CIRDI, *Tulip Real Estate and Development Netherlands BV c. République de Turquie*, ARB/11/28, sentence, 10 mars 2014, § 281 ; CNUDCI, *Flemingo DutyFree c. Pologne*, 12 octobre 2016, § 420.

¹⁸⁰³ Dans la première partie de cette thèse, il a été démontré qu'aucun des fondements à l'internationalisation des codes des investissements n'emporte la conviction. Qu'il s'agisse de l'acte unilatéral, de la théorie des attentes légitimes ou encore des déclarations de juridiction obligatoire, le code des investissements n'est assimilable à aucun de ces instruments.

¹⁸⁰⁴ L'ordre juridique de référence des codes des investissements étant le droit interne, le droit international n'est pas immédiatement pertinent pour apprécier les règles applicables à l'évaluation de la responsabilité encourue par l'État.

matérielles applicables, et dans ce cas le tribunal arbitral les applique directement, soit par application des méthodes conflictuelles, telle qu'elles se dessinent dans la pratique arbitrale pertinente¹⁸⁰⁵, le tribunal appliquera au fond du litige le droit interne de l'État hôte au risque de voir sa sentence annulée¹⁸⁰⁶ (chapitre 1).

672. Le contenu de la responsabilité. Ce choix du droit interne, ou même du droit international, n'est pas neutre. Lorsque le tribunal arbitral applique au fond du litige les règles de droit international, la responsabilité encourue par l'État est plus large en raison de l'application des principes de la réparation intégrale ou de l'imputabilité des faits commis par des entités distinctes de l'État à celui-ci ou encore de la réparation du préjudice moral¹⁸⁰⁷. À l'inverse, lorsque la responsabilité est évaluée d'après le droit interne, celle-ci est moins étendue en ce que le tribunal appliquera les règles d'attribution et de réparation de droit interne qui tiennent compte des principes constitutionnels et de l'équilibre entre l'intérêt général et la protection des investisseurs¹⁸⁰⁸. Par ailleurs, si l'on prend en compte le fait que les interprétations extensives des garanties substantielles en droit international ont suscité l'ire de certains États, la référence au droit interne devient un moyen de légitimation de la procédure arbitrale internationale. Tant l'État que l'investisseur y trouvent leur intérêt. Pour le second, la voie de l'arbitrage lui sera toujours

¹⁸⁰⁵ Sur la cinquantaine de procédures introduites sur le fondement d'un code des investissements répertoriées, peu de sentences rendues au fond sont disponibles. CIRDI, *ABCI Investment NV c. République de Tunisie*, ARB/04/12, 17 juillet 2017 (texte indisponible) ; CIRDI, *Antoine Abou Lahoud et Leila Bounaféh-Abou Lahoud c. RDC*, ARB/10/4, sentence, 7 février 2014 ; CIRDI, *Getma c. Guinée*, ARB/11/29, fond, 16 août 2016 ; CIRDI, *Interocean Oil Development Company c. Nigeria*, ARB/13/20, 06 octobre 2020 ; CPA, *Khan Resources Inc. c. Mongolie*, aff. n°2011-09, 02 mars 2015 ; CIRDI, *SPP c. Égypte*, ARB/84/3, 20 mai 1992 ; CIRDI, *Tradex Hellas c. Albanie*, ARB/94/2, fond, 20 avril 1999 ; CIRDI, *AES c. Kazakhstan*, ARB/10/16, 1^{er} nov. 2013 (le tribunal se prononce sur les violations du TBI au fond §§ 366 à 368, spéc. 368) ; SCC, *Petrobart Limited c. Kirghizstan*, n°126/2003, 29 mars 2005 (mais le tribunal au fond se prononce sur les questions liées aux TBI) ; CIRDI, *Rumeli c. Kazakhstan*, ARB/05/16, 29 juillet 2008 (mais le tribunal aborde la violation du traité et du code des investissements d'un même front qui ne fait pas ressortir les particularités du code des investissements) ; CIRDI, *Tidewater Inc., c. Venezuela*, ARB/10/5, 13 mars 2015 (mais le tribunal se prononce uniquement sur les violations du TBI). Ainsi, seulement 10% des réclamations légales étudiées ont conduit à une sentence sur le fond et seules six sentences sont véritablement exploitables. Sur les six, cinq ont été rendues par un tribunal CIRDI. Ainsi, le CIRDI constitue la pratique pertinente.

¹⁸⁰⁶ L'erreur sur le droit applicable peut entraîner l'annulation de la sentence arbitrale, sans compter le coût financier lié à la multiplication des procédures. C'était d'ailleurs le cas dans l'affaire *SPP c. Égypte*, où le risque d'annulation de la sentence qui a admis la responsabilité internationale de l'État pour violation de son code des investissements, à forcer les parties à transiger (Patrick RAMBAUD, « L'affaire des "Pyramides" : suite et fin », *AFDI*, vol. 39, 1993, pp. 567-576 ; Laurence CRAIG, « The final Chapter in the Pyramid Case : Discontinuing an ICSID Award for Annulment Risk », *ICSID Review-FILJ*, vol. 8, 1993, p. 264.).

¹⁸⁰⁷ Dans l'affaire *Lahoud c. RDC*, les parties ont soulevé la question de la réparation du préjudice moral dans le cadre du contentieux les opposant au sujet de la violation du code des investissements congolais. Si le tribunal arbitral conclut qu'il n'a pas à réparer le préjudice moral, le raisonnement suivi n'est pas sans défaut. En effet, les arbitres se sont référés à la pratique arbitrale et à la jurisprudence internationale, élaborées souventes fois dans le cadre des réclamations conventionnelles pour exclure l'argument des requérants. Or, les réclamations conventionnelles ne se confondent pas aux réclamations légales. S'agissant d'apprécier une violation d'un instrument de droit interne, il ne peut pas être fait référence, sans une justification sérieuse, aux règles secondaires de droit international. Le tribunal soulignait ainsi : « Dans l'analyse du Tribunal, il ressort de la jurisprudence internationale que si le dommage moral peut faire l'objet d'une indemnisation, la réparation de ce type de préjudice reste exceptionnelle. On ne trouve ainsi que deux affaires CIRDI dans lesquelles la demande d'indemnisation a été accueillie favorablement par le tribunal. [...] Au vu des éléments mis à sa disposition et dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire d'appréciation des faits, le Tribunal estime que l'affaire qui lui est soumise ne présente pas le caractère exceptionnel requis par la jurisprudence ». CIRDI, *Antoine Abou Lahoud c. RDC*, ARB/10/4, sentence, 7 février 2014, §§ 621 – 622.

¹⁸⁰⁸ Par exemple, en droit sud-africain, les règles pour la détermination de la compensation dues à l'investisseur étranger en cas d'expropriation licite imposent de tenir compte de l'équilibre entre l'intérêt général de l'État et l'intérêt des particuliers contrairement aux règles d'évaluation de la compensation en droit international. Sur ces points, voir chapitre 2 du présent titre.

ouverte et pour le premier, sa souveraineté sera respectée en raison du contenu relativement restreint du régime de responsabilité interne. Sur ce point, il est à noter que la convergence des libellés nationaux combinée à l'effort d'interprétation cohérente des tribunaux arbitraux entraînent une autonomisation de certaines garanties substantielles (chapitre 2).

Chapitre 1 : L'application du droit interne au fond du litige

673. La procédure au fond du litige intéresse directement les règles à appliquer pour l'évaluation de la responsabilité des parties, principalement celle de l'État¹⁸⁰⁹. Pour ce faire, la pratique arbitrale se fonde, non sans quelques contradictions, tantôt sur le droit international¹⁸¹⁰ tantôt sur le droit interne¹⁸¹¹. L'option entre l'un ou l'autre système de droit n'est pas anodin et appelle de sérieuses justifications aux regards des enjeux pour la souveraineté des États. Dans l'affaire *SPP c. Egypte* par exemple, pour s'exonérer de toute responsabilité, l'Égypte soutenait que le droit interne égyptien ne permettait d'exproprier que des biens à l'exclusion des droits contractuels. L'investisseur en revanche, estimait qu'il fallait se référer au droit international qui admet une conception plus large de l'expropriation incluant tant les biens que les droits contractuels. Le tribunal arbitral a retenu cette dernière approche qui a permis d'engager la responsabilité de l'Égypte pour la rupture du contrat de base entre la SPP et l'EGOTH¹⁸¹². Pourtant, à considérer les codes des investissements comme des actes juridiques internes, les règles de droit international devraient être écartées en raison d'une application de principe des normes primaires nationales au fond (section 1). Aussi, les règles secondaires de droit international ne devraient pas être prises en compte sans une sérieuse justification (section 2).

¹⁸⁰⁹ Ainsi que l'indiquait Walid Ben Hamida dès l'intitulé de sa thèse, l'arbitrage transnational est une procédure réservée à l'initiative d'une personne privée contre une personne publique, notamment l'État (Walid BEN HAMIDA, *L'arbitrage transnational unilatéral. Réflexion sur une procédure réservée à l'initiative d'une personne privée contre une personne publique*, thèse, Paris II, 24 juin 2003, 727p). Trois raisons principales peuvent être indiquées. La première concerne les règles de dévolution du pouvoir juridictionnel. Le consentement de l'investisseur pouvant être formulé au moment de l'introduction de la requête, l'État est privé du moyen d'introduire une réclamation en cas de survenance d'un litige en l'absence d'un consentement donné par avance par l'investisseur (voir *supra* Partie 2 Titre 1, chap. 2, section 1, §2). Deuxièmement, le recours à la procédure arbitrale peut s'avérer de peu d'intérêt dans la mesure où l'État dispose de la puissance publique et de l'exercice de la contrainte publique. Il peut donc sanctionner directement un investisseur étranger qui contrevient à sa loi. Troisièmement, l'étude des sentences arbitrales rendues sur le fondement d'un code d'investissement, ne fait pas pour l'heure apparaître un régime des obligations à la charge des investisseurs étrangers. Certes, les États se voient reconnaître de plus en plus un droit de demande reconventionnelle, mais celui-ci est encore à l'état embryonnaire et le régime de responsabilité des investisseurs est encore largement indéterminé.

¹⁸¹⁰ CIRDI, *Southern Pacific Properties (Middle East) limited c. République Arabe d'Egypte*, ARB/84/3, fond, 20 mai 1992, §§ 73 – 85 : Le tribunal fait application du droit international en se fondant sur l'article 42(1) deuxième partie de la Convention CIRDI et invoquant l'argument de la lacune du droit égyptien. CIRDI, *Antoine Abou Lahoud et Leila Bounafteh-Abou Lahoud c. République Démocratique du Congo*, ARB/10/4, fond, 7 février 2014, § 365 : Le tribunal arbitral applique le droit interne dans la mesure où il est compatible avec le droit international avec prévalence du droit international en cas d'incompatibilité.

¹⁸¹¹ CIRDI, *Tradex Hellas c. Albanie*, ARB/94/2, fond, 29 avril 1999, §§ 67 - 77 : Le droit national est appliqué au fond, mais le tribunal n'exclut pas le droit international qui a une valeur interprétative en l'espèce. CPA, *Khan Resources Inc. c. Mongolie*, n°2011-09, fond, 02 mars 2015 : La question n'est pas discutée, mais le tribunal se réfère au droit interne de l'État. CIRDI, *Interocean Oil Development Company c. Nigeria*, ARB/13/20, 06 octobre 2020 : Le tribunal fait application du droit interne de l'État sans explication tout en ayant des références au droit international et à la pratique arbitrale. CRACIC, *Mohamed Abdulmohsen Al-Kharafi & Sons Co. c. Libye*, Ad hoc, 22 mars 2013 : la cause de l'action est un contrat, cependant le tribunal considère que le droit libyen, en ce compris le code des investissements et l'accord des investissements entre États arabes, est applicable.

¹⁸¹² CIRDI, *Southern Pacific Properties (Middle East) limited c. République Arabe d'Egypte*, ARB/84/3, fond, 20 mai 1992.

Section 1 : L'application des normes primaires de droit interne au fond du litige

674. Le droit applicable au fond du différend reçoit des réponses diverses selon que la procédure initiée relève d'un arbitrage administré par un centre d'arbitrage à compétence générale ou administré sous l'égide du CIRDI. En effet, la Convention CIRDI prévoit, à son article 42, des règles encadrant la recherche du droit applicable au litige par les arbitres¹⁸¹³. Outre ces exigences particulières du mécanisme CIRDI, la recherche du droit applicable peut varier selon la cause de l'action. Lorsqu'elle est conventionnelle, les arbitres peuvent se référer au droit international comme ordre juridique de référence des traités. Mais lorsque la cause de l'action est une loi, il pourrait être affirmé que le droit applicable au différend est le droit interne (A). Dès lors, le droit international ne devrait avoir qu'un rôle résiduel dans la résolution du différend (B).

§1 : L'application de principe du droit interne

675. La prise en compte du droit interne au fond du litige a paru logique aux rédacteurs de la Convention CIRDI¹⁸¹⁴. Cette circonstance vaut aussi bien lorsque la cause de l'action est un traité international¹⁸¹⁵, un contrat¹⁸¹⁶ ou une loi d'investissement¹⁸¹⁷. L'importance ainsi reconnue au droit interne pose la question de son articulation avec le droit international. S'agissant d'apprécier une violation du code des investissements, le droit interne pourrait être automatiquement appliqué au fond du litige (A). Mais dans la pratique, les tribunaux arbitraux accordent prééminence au droit choisi par les parties (B). À défaut de choix, ceux-ci devraient alors se référer au droit interne comme droit applicable au fond pour les litiges fondés sur les codes des investissements (C).

¹⁸¹³ L'article 42(1) de la Convention CIRDI dispose : « Le Tribunal statue sur le différend conformément aux règles de droit adoptées par les parties. Faute d'accord entre les parties, le Tribunal applique le droit de l'État contractant partie au différend—y compris les règles relatives aux conflits de lois—ainsi que les principes de droit international en la matière ».

¹⁸¹⁴ A. Broches soulignait ainsi « *an international tribunal would in the first place have to look to national law, since the relationship between the investor and the host state is governed in the first instance by national law* », *History of the ICSID Convention*, vol. II-1, p. 571 :

¹⁸¹⁵ CIRDI-ALENA, *Feldman c. Mexique*, décision intérimaire sur la compétence du 6 décembre 2000, préc. note 13, § 61 : « *The tribunal (...) observe that its jurisdiction under NAFTA Article 1117 (1)(a), which is relied upon in this arbitration, is only limited to claims arising out of an alleged breach of an obligation under section A of Chapter Eleven of the NAFTA. Thus, the Tribunal does not have, in principle, jurisdiction to decide upon claims arising because of an alleged violation of general international law and domestic Mexican law might become relevant insofar as a pertinent provision to be found in Section A of the Chapter Eleven explicitly refers to them, or in complying with the requirement of Article 1131(1) that "A tribunal established under this Section shall decide the issues in dispute in accordance with this agreement and applicable rules of international law"* ».

¹⁸¹⁶ CIRDI, *Amco Asia c. Indonésie*, ARB/81/1, 20 novembre 1984, *ILR*, 1992, vol. 89, § 148 : « *As to Indonesian Law, there is no need to enter into a discussion of its conflicts of laws' rules. Indeed, Claimants as well as Respondent were constantly referring, in their discussion on the merits to the substantive law of Indonesia. Moreover, the dispute before the Tribunal relating to an investment in Indonesia, there is no doubt that the substantive municipal rules of law to be applied by the Tribunal are to be drawn from Indonesian law* ».

¹⁸¹⁷ CIRDI, *Tradex c. Albanie*, ARB/94/2, fond, 29 avril 1999, §§ 68 – 69.

A. L'APPLICATION AUTOMATIQUE DU DROIT INTERNE AU FOND DU LITIGE

676. L'automaticité. Les codes des investissements sont des lois qui sont l'expression de la volonté unilatérale de l'État. Le caractère unilatéral de ces instruments emporte deux conséquences majeures. La première serait que le code a un ordre juridique de rattachement immédiat qu'est le droit interne de l'État hôte¹⁸¹⁸. La seconde conséquence serait que la loi n'est pas un instrument négocié de telle sorte que seule la volonté de l'État organiserait le déroulé de la procédure arbitrale. Ainsi, lorsqu'une réclamation est introduite sur le fondement du code des investissements, il peut être soutenu que le tribunal arbitral doit automatiquement appliquer le droit interne de l'État hôte. Il y aurait ici une particularité des réclamations légales *stricto sensu* qui font l'économie d'un lien juridique direct entre l'État et l'investisseur. L'appréciation de la violation d'une norme primaire de droit interne induit automatiquement l'application du droit interne au fond du litige. L'arbitre n'aurait donc pas à rechercher le droit applicable.

677. Réception mitigée. Dans la pratique arbitrale, trois sentences ont semblé adopter cette approche. La première est la sentence *Khan Resources c. Mongolie*¹⁸¹⁹. En l'espèce, l'État défendeur soutenait que les dispositions du code des investissements de Mongolie devaient être interprétées dans le contexte mongolien¹⁸²⁰. Le demandeur n'a pas formulé d'objection à cette analyse¹⁸²¹. Pour sa part, le tribunal arbitral ne s'est pas prononcé sur la question du droit applicable, et sans renseigner sur la méthode qu'il suivait, s'est référé au droit interne de la Mongolie pour l'appréciation des violations du code des investissements¹⁸²². Il infère de cette approche que le tribunal a fait une application automatique du droit interne sans rechercher la loi applicable. Dans le même sens, le tribunal de l'affaire *Interocean Oil Company* a fait application directement du droit nigérian au fond du litige¹⁸²³. Enfin, le tribunal de l'affaire *Getma c. Guinée* applique

¹⁸¹⁸ Voir *supra* Partie 1, Titre 2, Chapitre 1, section 1, §1, B, 2 et Chapitre 2, section 2.

¹⁸¹⁹ CPA, *Khan Resources c. Mongolie*, n°2011-09, fond, 02 mars 2015.

¹⁸²⁰ L'État défendeur soutenait : « *As regards the Claimants' claims for breaches of Mongolian law, the Respondents contend that the effects of the relevant Foreign Investment Law provisions are different from the corresponding ECT provisions, primarily because a Mongolian court would interpret the provisions of the Foreign Investment Law in the context of the Mongolian legal system.* 180 *The Respondents further contend that the Tribunal's interpretation and application of Mongolian law should not be conducted in light of "general principles of international law" but should, rather, accord to how domestic law would be interpreted and applied in Mongolia.* » CPA, *Khan Resources c. Mongolie*, n°2011-09, fond, 02 mars 2015, § 122.

¹⁸²¹ L'argument du demandeur ne remettait pas fondamentalement en cause l'analyse de l'État. En l'espèce, sa réclamation était fondée sur le code des investissements et le TCE. Il estimait alors que les dispositions du code et du traité coïncidaient. Ainsi, « *the legal standards that apply to the claims of Khan Canada and CAUC Holding, on the one hand, and those of Khan Netherlands, on the other hand, are "closely intertwined at every level of the analysis."* *The Claimants also submit that Mongolian law was intended to coincide with international law, which means that the latter should assist in the interpretation of the former* » CPA, *Khan Resources c. Mongolie*, n°2011-09, fond, 02 mars 2015, §§ 109 – 120.

¹⁸²² CPA, *Khan Resources c. Mongolie*, n°2011-09, fond, 02 mars 2015, § 287 et ss.

¹⁸²³ CIRDI, *Interocean Oil Development Company c. Nigeria*, ARB/13/20, 06 octobre 2020, § 193 et ss.

directement le droit interne guinéen sans justifier son approche¹⁸²⁴. Si l'absence de justification peut être interprétée comme une application automatique du droit interne, quelques réserves peuvent tout de même être formulées. En effet, dans les trois sentences évoquées, les arbitres n'ont pas exclu totalement le droit international. Dans l'affaire *Khan Resource* précitée, le tribunal arbitral s'est référé aux règles de réparation de droit international. Si l'on peut justifier cette démarche par l'existence d'une seconde cause juridique de l'action, *i.e.* le TCE, et la similitude qu'il a établi entre les normes internes et internationales de réparation, il n'en demeure pas moins que cela instille l'idée que le droit interne pourrait être écarté au profit du droit international en cas de similitude¹⁸²⁵. Dans la sentence *Getma c. Guinée*, le tribunal concluait, sans donner de raison, à la violation du droit international coutumier alors même qu'il analysait les dispositions du code des investissements¹⁸²⁶. Le tribunal de l'affaire *Interocean* adopta une démarche quasi-similaire¹⁸²⁷. En clair, quand bien même, il y aurait eu application automatique du droit interne, celle-ci n'a pas emporté exclusion du droit international. Cette approche ambivalente pourrait expliquer la recherche du droit applicable entreprise par les autres sentences arbitrales.

678. Rejet de l'automaticité. Dans les sentences *SPP c. Egypte*, *Tradex Hellas c. Albanie* et *Lahoud c. RDC*, les arbitres n'ont pas opté pour l'application automatique du droit interne. Ils ont plutôt recherché les règles sur le droit applicable à partir de la Convention de Washington¹⁸²⁸. L'approche des arbitres suit une pratique fermement

¹⁸²⁴ CIRDI, *Getma International, NCT Necotrans, Getma International Investissements, NCT Infrastructure & Logistique c. République du Guinée*, ARB/11/29, sentence, 16 août 2016, §§ 353 et ss.

¹⁸²⁵ « The starting point of any quantum analysis is to identify the principles to be applied when assessing damages. In the present case, the liability of the Respondents having been established under the Foreign Investment Law – a Mongolian statute – and the ECT – an international treaty – the relevant damages principles are to be derived from these two instruments, as well as both Mongolian and customary international law. » CPA, *Khan Resources c. Mongolie*, 2011-09, fond, 02 mars 2015, §§ 368 et ss, spéc. § 368.

¹⁸²⁶ CIRDI, *Getma International, NCT Necotrans, Getma International Investissements, NCT Infrastructure & Logistique c. République du Guinée*, ARB/11/29, sentence, 16 août 2016, pp 151 – 152, §§ 387 – 388.

¹⁸²⁷ CIRDI, *Interocean Oil Development Company c. Nigeria*, ARB/13/20, 06 octobre 2020, § 353: « [...] the Tribunal found that Claimants' claims under international law are properly before this Tribunal. Having found above that Claimants have not suffered an expropriation, the Tribunal now amplifies its views on the alleged violation of key legal standards, including (i) the minimum standard of treatment, and (ii) the fair and equitable treatment standard (including the full protection and security standard) ».

¹⁸²⁸ Le tribunal de l'affaire *Tradex* souligne à ce sujet: « [...] in its consideration of the merits, the Tribunal is prevented from examining the claim on any other possible legal basis such as any other of the various investment laws issued in Albania, the Bilateral Investment Treaty between Albania and Greece, as well as other sources of international law. Although court and arbitral decisions and legal writings dealing with such other sources may be of relevance in interpreting the 1993 Law, it is this 1993 Law which the Tribunal will examine as to whether Tradex' claim is justified on the merits. This is in conformity with Art. 42 (1) of the ICSID Convention according to which "the Tribunal shall apply the law of the Contracting State party to the dispute (including its rules on the conflict of laws) and such rules of international law as may be applicable". Accordingly, the Tribunal will make use of sources of international law insofar as that seems appropriate for the interpretation of terms used in the 1993 Law, such as "expropriation". In this context, it should be noted that, though the authentic version of the 1993 Law only exists in the Albanian language, both Parties have used the English translation of that Law in these proceedings and it has not been claimed that this translation is not a true reflection of the 1993 Law. Therefore, the Tribunal also bases its considerations on this English translation of the 1993 Law ». CIRDI, *Tradex c. Albanie*, ARB/94/2, fond, 29 avril 1999, §§ 68 – 69; CIRDI, *Southern Pacific Properties (Middle East) limited c. République Arabe d'Égypte*, ARB/84/3, fond, 20 mai 1992, §§ 73 – 85 ; CIRDI, *Antoine Abou Lahoud et Leila Bounafteh-Abou Lahoud c. République Démocratique du Congo*, ARB/10/4, fond, 7 février 2014, § 365.

établie en droit de l'arbitrage international qui consiste pour les arbitres à rechercher le droit applicable au différend que les parties lui soumettent. Cette recherche de droit applicable repose sur le fait que contrairement aux juges internes dont la compétence d'attribution résulte de la loi, les attributions de l'arbitre résultent du mandat des parties. En ce sens, les diverses conventions internationales et règlements d'arbitrage des centres d'arbitrage imposent à l'arbitre de rechercher la loi applicable au fond du différend¹⁸²⁹. Cette obligation révèle le caractère *sui generis* du régime des réclamations légales. S'il s'agit bien d'appliquer la responsabilité interne de l'État, celle-ci ne se fait pas automatiquement ainsi qu'il en irait devant un juge local. La nature consensuelle de la procédure arbitrale implique des adaptations, notamment l'obligation pour les arbitres de rechercher en premier lieu le droit choisi par les parties.

B. L'APPLICATION DU DROIT INTERNE COMME DROIT CHOISI PAR LES PARTIES

679. Fondement du choix de loi. Le choix de la loi applicable est une conséquence immédiate de la nature consensuelle de l'arbitrage¹⁸³⁰. En tant que mode de justice privée, la procédure arbitrale ne peut être enclenchée que si les parties y ont consenti et dans les limites de leur consentement. Ainsi, lorsque celles-ci désignent le droit applicable au fond du différend, les arbitres sont tenus d'appliquer ce droit sous réserve de certaines conditions d'ordre public. Ce choix de loi applicable dans l'arbitrage commercial résulte d'une clause de droit applicable ou clause d'*electio juris* insérée dans le contrat des parties litigantes. Mais contrairement aux réclamations contractuelles, dans les réclamations légales, la clause de droit applicable procède d'une offre de l'État qu'il appartient à

¹⁸²⁹ L'article 42(1) de la Convention CIRDI dispose : « *The Tribunal shall decide a dispute in accordance with such rules of law as may be agreed by the parties. In the absence of such agreement, the Tribunal shall apply the law of the Contracting State party to the dispute (including its rules on the conflict of laws) and such rules of international law as may be applicable* » ; Ohada, Article 15 Acte Uniforme relatif au droit de l'arbitrage, 13 novembre 2017, « Le tribunal arbitral tranche le fond du différend conformément aux règles de droit choisies par les parties. À défaut de choix par les parties, le tribunal arbitral applique les règles de droit qu'il estime les plus appropriées en tenant compte, le cas échéant, des usages du commerce international ». OHADA, Règlement d'arbitrage CCJA, 23 novembre 2017, article 17 : « Les parties sont libres de déterminer les règles de droit que le tribunal arbitral devra appliquer au fond du litige. À défaut de choix des parties, le tribunal arbitral applique les règles de droit qu'il estime les plus appropriées en l'espèce. Dans tous les cas, le tribunal arbitral tient compte des stipulations du contrat et des usages du commerce international ». LCIA Arbitration Rules (2014) 22.3 : « *The Arbitral Tribunal shall decide the parties' dispute in accordance with the law(s) or rules of law chosen by the parties as applicable to the merits of their dispute. If and to the extent that the Arbitral Tribunal decides that the parties have made no such choice, the Arbitral Tribunal shall apply the law(s) or rules of law which it considers appropriate* ». CCI, Règlement d'arbitrage, art. 21 : « Les parties sont libres de choisir les règles de droit que le tribunal arbitral devra appliquer au fond du litige. À défaut de choix par les parties des règles de droit applicables, l'arbitre appliquera les règles de droit qu'il juge appropriées. 2 Le tribunal arbitral tient compte des dispositions du contrat entre les parties, le cas échéant, et de tous les usages du commerce pertinents ». CNUDCI, *Règlement d'arbitrage*, 2010 : « 1. Le tribunal arbitral applique les règles de droit désignées par les parties comme étant celles applicables au fond du litige. À défaut d'une telle désignation par les parties, il applique la loi qu'il juge appropriée. 2. Le tribunal arbitral ne statue en qualité d'amiable compositeur ou *ex aequo et bono* que s'il y a été expressément autorisé par les parties. 3. Dans tous les cas, le tribunal arbitral statue conformément aux stipulations du contrat, le cas échéant, et tient compte de tout usage du commerce applicable à l'opération. »

¹⁸³⁰ Pour une présentation succincte de la nature duale (juridictionnelle et consensuelle) de l'arbitrage, voir *supra*, Introduction, II, A et introduction de la Partie 2.

l'investisseur d'accepter. La rencontre des volontés intervient alors suivant les formes étudiées s'agissant de la formation de la convention d'arbitrage¹⁸³¹.

680. L'offre de droit applicable. La pratique africaine concernant des offres de droit applicable est pauvre. Le seul code des investissements qui contient une disposition qui se rapproche d'une offre de droit applicable est le code burkinabé. Cette loi prévoit que « [l]e tribunal arbitral rend sa sentence conformément aux lois et règlements nationaux en vigueur et aux dispositions du droit international applicable en la matière ; il est lié par les interprétations communes données par les parties au différend »¹⁸³². Toutefois, en dépit de l'effort de précision, il n'aura échappé à personne qu'une telle rédaction peut difficilement valoir choix de droit univoque. Premièrement, le texte indique que le tribunal arbitral devra « rendre sa sentence » et non « trancher le différend », ce qui laisse un doute sur l'objet auquel les droits désignés se rapportent. L'application du droit interne et du droit international pourrait simplement concerner les conditions de validité et/ou de régularité de la sentence pour qu'elle produise ses effets dans les ordres juridiques internes. Cela n'implique pas nécessairement que les ordres juridiques désignés s'appliquent aussi à la résolution du litige. Également, le choix de l'ordre juridique interne et international ainsi qu'il ressort de la disposition ne renseigne pas sur la relation qu'entretiennent les deux ordres juridiques (complémentarité, subsidiarité ou compatibilité). Enfin, l'injonction faite au tribunal de tenir compte des interprétations communes des parties, laisse entendre que celles-ci peuvent ultérieurement s'accorder sur le droit applicable. L'intérêt en ce sens de la disposition serait les limites qu'elle est susceptible d'apporter au pouvoir de connaissance de la norme¹⁸³³. Ainsi, le dépôt de la requête d'arbitrage de l'investisseur ne serait pas *a priori* suffisant pour formaliser l'accord de droit applicable. Par conséquent, la disposition burkinabée ne pourrait pas s'apprécier comme un choix définitif de loi applicable au fond du litige. La difficulté d'interprétation que soulève la disposition, de même que les codes qui restent silencieux sur le choix de droit applicable, peut être contournée par l'admission d'une présomption de choix de loi (1). Cette solution qui a connu un relatif succès dans l'arbitrage, est tout

¹⁸³¹ À ce titre, il appartient à l'État de faire une offre de droit applicable au fond du litige qu'il appartiendra à l'investisseur d'accepter au même titre que l'acceptation de l'offre d'arbitrage. Voir *supra* Partie 2, Titre 1, Chapitre 1, section 2.

¹⁸³² Burkina Faso, Code des investissements de 2018 préc., art 40. Également, Madagascar, code des investissements de 1989, article 42 cité par Christoph SCHREUER *Icsid Convention : A commentary, op. cit.*, p. 570 note 106.

¹⁸³³ L'adage *iura novit curia* est applicable au domaine de l'arbitrage et se traduit dans ce contexte par *iura novit arbitrer*. Ce principe implique que l'établissement du contenu matériel du droit applicable au fond du litige relève de l'office du juge qui n'est pas tenu par les interprétations des parties. Ainsi, la disposition burkinabé permettra d'atténuer le pouvoir de connaissance en y substituant l'autonomie de la volonté des parties. (Gabrielle KAUFMANN-KOHLER, « Iura novit arbitrer - est-ce bien raisonnable ? : réflexions sur le statut du droit de fond devant l'arbitre international », *De lege ferenda : Réflexions sur le droit désirable en l'honneur du professeur Alain Hirsch*, Genève (Slatkine), 2004, p. 71-78.)

de même critiquée par certains auteurs pour qui la volonté des parties sur le droit applicable connaît certaines limites (2).

1. La présomption d'un choix de loi applicable

681. Une doctrine partagée. À défaut de désignation expresse, il est prétendu que les parties peuvent choisir de façon implicite la loi applicable au différend. Quoique hésitant quant à cette conception d'une clause d'*electio juris* tacite, Schreuer confesse volontiers que la question est ouverte. Il précise toutefois que les travaux préparatoires de la Convention de Washington ne font pas obstacle à une admission des clauses de droit applicable tacite¹⁸³⁴. À l'inverse, certains auteurs ont estimé qu'en l'absence de choix de loi explicite, il faudrait simplement considérer qu'il n'y a pas accord de volonté sur le droit applicable¹⁸³⁵. En pratique cependant, diverses approches émergent.

682. Une pratique arbitrale hésitante. Dans l'affaire *Santa Elena c. Costa Rica*, à propos d'une expropriation dans le cadre d'un projet touristique, le demandeur soutenait que les parties n'avaient pas choisi le droit applicable au fond du litige et qu'à ce titre, l'article 42(1) seconde phrase de la Convention de Washington devait s'appliquer. Cette disposition relative au droit applicable en l'absence de choix n'était pas invocable selon l'État défendeur. Pour ce dernier, dans la mesure où la requête d'arbitrage et le consentement de l'État se réfèrent à une catégorie de litige, il y avait suffisamment d'indices pour constater l'existence d'une volonté commune de déterminer le montant de la compensation conformément au droit international. Ceci constituait alors la preuve d'un accord tacite sur le droit applicable. Tout en précisant que l'accord sur le droit applicable devait être clair et sans équivoque, le tribunal arbitral consacra cette thèse de l'accord implicite en soulignant que la Convention de Washington n'exige pas que l'accord des parties figure par écrit ou qu'il soit expressément formulé¹⁸³⁶. La pratique arbitrale a alors proposé un certain nombre de critères permettant d'apprécier l'existence de cet accord tacite sur le droit applicable.

683. La référence à un ordre juridique par la cause de l'action. Le premier critère mis en avant est la désignation du droit national ou du droit international par la cause de

¹⁸³⁴ Christoph SCHREUER, *Icsid Convention : A commentary, op. cit.*, p. 570, § 62.

¹⁸³⁵ Ibrahim SHIHATA et Antonio PARRA, « Applicable substantive law in Disputes Between States and Private Foreign Parties: The Case of Arbitration under the ICSID Convention », *ICSID Rev. – FILJ*, vol. 9, issue 2, 1994, pp 183-213, spec. p. 190. Berthold GOLDMAN, « Le droit applicable selon la Convention de la BIRD, du 18 mars 1965, pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États », *Investissements étrangers et arbitrage entre États et personnes privées La Convention BIRD du 18 Mars 1965*, CREDIMI, Paris, A. Pédone, 1969, pp 142 et ss.

¹⁸³⁶ CIRDI, *Santa Elena c. Costa Rica*, ARB/96/1, sentence, 17 février 2000, §§ 60 – 67, spéc. § 63.

l'action comme droit régissant certains éléments de la relation Etat-investisseur. Dans l'affaire *LETCO c. Libéria*, le tribunal retenait comme critère pertinent, la référence indiquant que le contrat de concession était régi par le droit des affaires libérien¹⁸³⁷. Dans l'affaire *SPP c. Égypte*, l'Égypte soutenait que la référence au droit égyptien dans le « *head of agreement* » de 1974 valait choix de loi¹⁸³⁸. Le tribunal ne s'est pas prononcé sur ce point¹⁸³⁹ contrairement à celui de l'affaire *Autopista c. Venezuela* qui a estimé que les références à des textes nationaux précis devaient s'entendre comme des choix de loi. Seules les matières non couvertes par les instruments désignés nécessitaient l'application de la méthode de conflit prévue par l'article 42(1) seconde phrase¹⁸⁴⁰.

684. L'automaticité entre la cause de l'action et le choix de droit. Le second critère identifié est le rapport établi entre la cause de l'action et le droit applicable au fond du litige. Les tribunaux arbitraux qui se sont penchés sur la question, considèrent généralement qu'en invoquant les droits prévus par un instrument en particulier, les parties ont réalisé un choix de loi, au moins concernant les droits substantiels à protéger. Cela a notamment été le cas dans certaines affaires fondées sur les traités d'investissement. La sentence *Middle East Cement c. Égypte* indiquait en ce sens que la référence à et l'application d'un TBI, en l'occurrence le TBI Égypte-Grèce de 1993, impliquent que le tribunal devra recourir au droit international général pour l'application du traité¹⁸⁴¹. Suivant ce critère, et ayant démontré que les codes des investissements sont des instruments de droit interne, le droit applicable aux réclamations légales serait alors le droit interne.

On peut cependant formuler des réserves concernant cette automaticité entre cause de l'action et accord sur le droit applicable. Le tribunal arbitral, dans l'affaire *Magyar Farming Company c. Hongrie*, indiquait que la pratique arbitrale a remis en cause cette approche en ces termes :

¹⁸³⁷ CIRDI, *LETCO c. Libéria*, ARB/83/2, 21 juillet 1983, § 215.

¹⁸³⁸ CIRDI, *SPP c. Égypte*, ARB/84/3, sentence, 20 mai 1992, § 76.

¹⁸³⁹ Le tribunal a estimé en l'espèce que la discussion sur l'existence d'une présomption en faveur du droit national comme droit applicable n'était pas pertinente parce que ce droit comportait des lacunes qui nécessitaient l'application du droit international. Voir *infra* dans cette section 1, §1, B, 2.

¹⁸⁴⁰ CIRDI, *Autopista c. Venezuela*, ARB/00/5, 23 septembre 2003, § 100 : « *The parties could easily have adopted language showing their common intent to apply exclusively Venezuelan law, i.e., they could easily have expressed their agreement on a general choice of Venezuelan law in the Concession Agreement. Had they meant to provide for international law, they could also have expressed it. But they did not. Failing any indication on record demonstrating that, when agreeing on the Preamble's wording the parties impliedly meant to provide for a general choice of Venezuelan law or for international law, the Tribunal comes to the conclusion that, except for the matters covered by Venezuelan Decree Law Nr. 138 and Executive Decree Nr. 502, it must look to the second sentence of Article 42(1)* ».

¹⁸⁴¹ CIRDI, *Middle East Cement c. Egypt*, sentence, 12 avril 2002, § 87 ; CIRDI, *MTD c. Chile*, Sentence 25 mai 2004, §§ 87 et 112 ; CIRDI, *CSOB c. Slovaquie*, sentence, 29 décembre 2004, § 61 ; CIRDI, *ADC c. Hongrie*, sentence, 2 octobre 2006, § 290. Dans l'affaire *Middle East Cement c. Égypte*, le tribunal se réfère à l'opinion d'Antonio PARRA, « Applicable Substantive Law in ICSID Arbitrations Initiated Under Investment Treaties », *News from ICSID*, vol. 17, n°2, 2000, p. 8.

« ICSID jurisprudence supports the approach that, when the disputing parties have made no express choice-of-law, such choice cannot be implied from the mere fact that the claims arise under an international treaty. For instance, according to the tribunal in Perenco c. Equateur, where "the treaty does not contain an express applicable law clause (...) the tribunal must apply Article 42(1), second sentence of the ICSID Convention". Prominent commentators of ICSID Convention also affirm that "an agreement under Art. 42(1) requires an affirmative choice and should be express". In this respect, it is telling that the Claimants themselves rely on Hungarian law when addressing the issues such as the nature and the scope of their alleged leasehold rights »¹⁸⁴²

Il appert de cette approche que la présomption d'un accord sur le droit applicable n'est plus véritablement suivie. Les arguments énoncés, à savoir le recours à la seconde phrase de l'article 41(2) de la Convention CIRDI en l'absence d'indication claire et non-équivoque sur le droit applicable par les parties, sont, sans l'ombre d'un doute, pertinents. Mais, ils sont ici le reflet d'une position d'autorité dans la mesure où les arbitres n'indiquent pas le fondement juridique de cette interprétation de l'article 41(1) de la Convention CIRDI. En toute hypothèse, la cause de l'action contient des dispositions matérielles pour permettre de résoudre les questions que peut soulever une partie litigante, excluant *ipso facto* tout raisonnement de conflit de lois. Mais en pratique, cela se produit rarement et la cause de l'action n'épuise pas la totalité des questions soumises à l'appréciation des arbitres¹⁸⁴³. Dans ces cas de figure, le silence des textes ne peut que difficilement valoir expression d'un quelconque consentement en faveur de l'application d'un droit. Autrement, cela reviendrait à faire dire à la volonté des parties plus qu'elle n'exige. Une telle interprétation extensive de la volonté des parties serait par ailleurs mal indiquée dans la mesure où l'autonomie de la volonté reste strictement encadrée dans l'arbitrage.

2. Les limites potentielles aux choix de lois par les parties

685. La liberté reconnue aux parties dans la détermination du droit applicable ne serait pas sans limite. D'une part, il serait possible de limiter ce choix en cas de lacunes du droit choisi et d'autre part, en cas de contrariété à une norme internationale.

686. La théorie de la lacune. L'argument qu'il puisse être substitué au droit choisi par les parties un droit, en l'occurrence le droit international, en raison d'une lacune a été

¹⁸⁴² CIRDI, *Magyar Farming Company, Kintyre Kft et Inicia Zrt c. Hongrie*, ARB/17/27, Sentence, 13 novembre 2019, §§ 24 – 27, spec. § 25.

¹⁸⁴³ Les questions d'indemnisation ou d'attribution d'un comportement à une entité contrôlée par l'État sont rarement envisagées par les causes de l'action. Certes, il s'agit ici de règles secondaires, mais elles soulignent les limites de la thèse d'une application exclusive de la cause juridique de la réclamation.

formulé dans les premières affaires concernant l'arbitrage sans lien direct. L'emblématique affaire *SPP c. Égypte* est sur ce point celle qui donne le plus d'indications. Rappelons que dans cette affaire, l'Égypte soutenait que le droit applicable aux litiges était son droit interne en raison des références aux lois et décrets nationaux figurant dans l'accord de base de l'investissement. Pour le demandeur cependant, il n'y avait pas accord sur le droit applicable au fond du litige. Le tribunal a conclu à l'application du droit international au fond du litige en se fondant sur les règles en l'absence d'accord prévues à l'article 42(1). Les arbitres estimaient que les arguments des parties ne faisaient aucune différence puisque même s'il fallait appliquer le droit national, celui-ci pouvait comporter des lacunes. Ainsi, les arbitres énoncent-ils :

« (...) *The law of ARE (Arab Republic of Egypt), like all municipal legal systems, is not complete or exhaustive, and where a lacunae occurs it cannot be said that there is agreement as to the application of a rule of law which, ex hypothesi, does not exist* »¹⁸⁴⁴

De la sorte, en présence d'une lacune, l'application du droit international est possible même si les parties ont choisi le droit applicable. En l'espèce, l'argument de la lacune a permis au tribunal arbitral de se référer au droit international pour l'application des intérêts dans l'évaluation du montant de la compensation due en cas d'expropriation. En effet, le tribunal observa qu'en l'absence de disposition dans le Code civil égyptien ou de toutes autres lois nationales concernant le *dies a quo* pour les intérêts obligatoires dans l'évaluation du montant de la compensation due en cas d'expropriation, il peut appliquer les règles habituelles des tribunaux internationaux en cas d'expropriation¹⁸⁴⁵.

Dans son opinion dissidente rendue à propos de l'affaire, l'arbitre Mohamed El Mahdi rappelait que l'absence de disposition législative n'équivalait pas à une absence pure et simple de droit, qui conduirait à un *non-liquet*. Il soulignait en ce sens l'importance des règles et principes de droit ainsi que l'article 1 du Code civil égyptien qui prévoit l'application de la coutume ou les principes de droit musulman¹⁸⁴⁶ dans le silence des textes. Le concept de lacune d'un système juridique se conçoit dès lors difficilement. D'ailleurs, Michel Reisman, soulignant les insuffisances de la démarche des arbitres, définissait la lacune en ces termes :

« *A lacuna, or gap, in the law of a particular State may be said to exist only when the State engages in certain transactions for which its legal system has not yet considered*

¹⁸⁴⁴ CIRDI, *SPP c. Egypte*, ARB/84/3, Sentence, 20 mai 1992, § 80.

¹⁸⁴⁵ CIRDI, *SPP c. Egypte*, ARB/84/3, Sentence, 20 mai 1992, §§ 233 et ss.

¹⁸⁴⁶ CIRDI, *SPP c. Egypte*, ARB/84/3, Opinion dissidente Mohamed El Madhi, 20 mai 1992, § 3. IV.

*regulations or remedies. In short, it exists only in those circumstances in which there is a socio-legal lag »*¹⁸⁴⁷.

En d'autres termes, en dehors d'un déterminant sociologique nouveau de la règle de droit, la lacune dans un système juridique n'est pas admissible. D'autres auteurs trouvaient d'ailleurs à cette notion de lacune des caractères particulièrement méprisant pour les ordres juridiques internes¹⁸⁴⁸. Dans la même veine, Sébastien Manciaux insista non plus sur les qualités des droits internes, mais sur les insuffisances du droit international que l'on entend appliquer pour combler la lacune¹⁸⁴⁹. L'argument d'une lacune ne peut donc faire échec à l'application du droit interne. D'ailleurs, le risque d'une annulation de la sentence *SPP c. Égypte* pour erreur de droit¹⁸⁵⁰ concernant ce point de la sentence a conduit les parties à rechercher une solution négociée¹⁸⁵¹. Ainsi, l'argument de la lacune emporte moins la conviction contrairement à celui de la compatibilité entre le droit interne et le droit international.

687. La compatibilité au droit international. L'objection la plus hardie à la volonté des parties est celle d'une possible contrariété entre le droit international et le droit interne. Toujours dans l'affaire *SPP c. Égypte*, le tribunal admettait une application corrective du droit international en rappelant que lorsque l'application du droit interne viole le droit international, alors le tribunal se doit d'appliquer le droit international¹⁸⁵². Séduisante en apparence, la solution n'en est pas moins erronée. La Convention de Washington n'entrevoit pas une telle possibilité. Les arbitres n'ont pas à s'inscrire dans un rapport de conventionnalité. Ils ne sont pas les gardiens du droit international. Leur mission se réduit à une espèce et à résoudre le différend qui leur est soumis selon les lois

¹⁸⁴⁷ Michael REISMAN, « The Regime for lacunae in the ICSID Choice of Law Process », *ICSID Rev - FILJ.*, 2000, vol. 15, n°2, p. 371. « I emphasize once again that the absence of a remedy is not necessarily a lacuna; it may represent a decision not to regulate a certain matter or to regulate it in a different way (...) ».

¹⁸⁴⁸ Yas BANIFATEMI et Emmanuel GAILLARD notaient à ce propos : « (...) postulating that national laws have a lacunae raises serious issues with respect to their nature as a legal order. One may seriously question that some legal systems are more "complete" than others merely because they have anticipated legal issues in a more detailed manner. The characteristic feature of a legal order is the framework it provides for general and particular norms. A legal system may not address a particular issue directly, but this by no means implies that it provides no response or legal framework for that issue ». « The meaning of "and" in Article 42(1), Second Sentence, of the Washington Convention: The role of international Law in the ICSID Choice of Law Process », *ICSID Rev. - FILJ.*, 2003, p. 394.

¹⁸⁴⁹ Sébastien MANCIAUX souligne ainsi : « L'affirmation du caractère lacunaire de tout droit interne est d'abord des plus critiquable et faire jouer au droit international le rôle d'appoint relève ensuite du contre-emploi manifeste eu égard au caractère parfois encore rudimentaire de ce dernier ». *Investissements étrangers et arbitrage entre États et ressortissants d'autres États*, vol. 24, Litec, 2004, p. 286, § 325 (aussi les notes de pages indiquées n°958 et 959).

¹⁸⁵⁰ Leila LANKARANI EL-ZEIN, « Quelques remarques sur la sentence SPP c. La République d'Égypte », *RBDI*, vol. 2, 1994, pp 533 – 558, spéc. pp. 540 – 542.

¹⁸⁵¹ W. Laurence CRAIG, « The final Chapter in the Pyramid Case: Discontinuing an ICSID Award for Annulment Risk », *ICSID Review-FILJ.*, vol. 8, 1993, pp. 264 et ss.

¹⁸⁵² CIRDI, *SPP c. Égypte*, ARB/84/3, Sentence, 20 mai 1992, § 84 : « When municipal law contains a lacunae, or international law is violated by the exclusive application of municipal law, the Tribunal is bound in accordance with Article 42 of the Washington Convention to apply directly the relevant principles and rules of international law ». Précédemment, le tribunal dans l'affaire *Amco Asia c. Indonésie*, avait également cette application corrective du droit international. Sur ce point, voir notamment : CIRDI, *Amco c. Indonésie*, 16 mai 1986, *ILR*, vol. 89, p. 521, §§ 20 – 22.

choisies par les parties, ni plus ni moins. Il a été défendu qu'il puisse être fait recours à l'ordre public « réellement international » pour faire échec à l'autonomie de la volonté¹⁸⁵³. Cet ordre international public ne se confond pas avec l'ordre public admis en droit international privé, et qui selon la résolution de l'IDI de 1989 désignerait « les principes d'ordre public international sur lesquels un large consensus s'est formé dans la communauté internationale »¹⁸⁵⁴. Mais cette proposition laisse dubitatif quant à ses fondements. Elle a été expressément écartée durant les travaux préparatoires de la Convention et n'apparaît pas adaptée aux arbitrages fondés sur une loi qui font appel à l'ordre public interne et non à la *lex mercatoria*¹⁸⁵⁵. Cette incompatibilité de l'ordre public international a conduit certains auteurs à lui préférer la notion *jus cogens*.

Ces normes impératives de droit international public feraient échec à la libre volonté des parties. C'est du moins l'approche préconisée par Michael Reisman. Elle permettrait de la sorte aux arbitres de s'établir en gardien de la normativité impérative internationale¹⁸⁵⁶. Cependant, aucun titre n'autorise le tribunal arbitral à procéder à un tel contrôle du droit interne de l'État. De plus, il n'est pas certain que les normes de jus cogens puissent être mobilisées. En effet leur existence, ou *a minima*, le contenu de ces normes de jus cogens, reste à bien d'égards indéterminés¹⁸⁵⁷.

688. En somme, dans le cadre des réclamations légales, la recherche du droit choisi par les parties conduit à l'application du droit interne lorsque ce choix n'est pas explicite. Le droit interne désigné ne peut être invalidé ni en raison d'une incompatibilité avec le droit international ni pour une quelconque lacune. De plus, même en l'absence de choix par les parties, les règles de conflits applicables ne conduisent pas à un résultat qui diffère drastiquement de cette constatation.

¹⁸⁵³ Sébastien MANCIAUX, *Investissements étrangers et arbitrage entre États et ressortissants d'autres États*, vol. 24, Litec, 2004, p. 272, § 307, et particulièrement p. 286, § 325.

¹⁸⁵⁴ IDI, Résolution sur « l'arbitrage entre États, entreprises d'État ou entités étatiques et entreprises étrangères », Session de Saint-Jacques-de-Compostelle, 12 septembre 1989, art. 2. Voir également, Bertrand Goldman, « Le droit applicable selon la Convention de la B.I.R.D., du 18 mars 1965, pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissant d'autres États », *Investissements étrangers et arbitrage entre État et personne privées ; la convention B.I.R.D. du 18 mars 1965*, Paris, Pédone, 1969, spéc. p. 151.

¹⁸⁵⁵ Voir en ce sens, Leila LANKARANI EL-ZEIN, « Quelques remarques sur la sentence SPP c. La République d'Égypte », *RBDI*, vol. 2, 1994, pp 542 – 545.

¹⁸⁵⁶ L'hypothèse est réduite aux cas de conflit flagrant avec une norme de jus cogens. Michael REISMAN, « The Regime for lacunae in the ICSID Choice of Law Process », *ICSID Rev.*, 2000, vol. 15, n°2, pp 374 – 375, 380.

¹⁸⁵⁷ Pour rappel, la France avait refusé de ratifier la Convention de Vienne sur le droit des traités de 1969 en raison notamment de la consécration de la notion de jus cogens. Sur ce point : Olivier DELEAU, « Les positions françaises à la Conférence de Vienne sur le droit des traités », *AFDI*, 1969, vol. 15, pp. 7-23.

C. L'APPLICATION DU DROIT INTERNE EN TANT QUE DROIT APPROPRIÉ EN L'ABSENCE DE
CHOIX DES PARTIES

689. Le procédé de la voie directe. Les règlements d'arbitrage CCI, CNUDCI, LSIA, CCJA et AUA prévoient tous qu'en l'absence de choix par les parties de leurs instruments, le tribunal arbitral applique les règles de droit qui lui semblent appropriées¹⁸⁵⁸. La formule est volontairement vague pour offrir un pouvoir discrétionnaire à l'arbitre dans la détermination de la règle applicable. Ce dernier peut choisir directement la règle de droit à appliquer au fond du litige sans rechercher une quelconque règle de conflit. C'est le procédé de la voie directe¹⁸⁵⁹ qui s'est imposé dans la pratique arbitrale au détriment des procédés de l'application cumulative des lois de conflits des États intéressés par le litige¹⁸⁶⁰ ou encore à l'application des principes généraux de droit international privé¹⁸⁶¹. Si les arbitres disposent d'une marge d'appréciation importante dans la recherche de la loi applicable au fond du litige, le

¹⁸⁵⁸ Ohada, Article 15 Acte Uniforme relatif au droit de l'arbitrage, 13 novembre 2017, « Le tribunal arbitral tranche le fond du différend conformément aux règles de droit choisies par les parties. À défaut de choix par les parties, le tribunal arbitral applique les règles de droit qu'il estime les plus appropriées en tenant compte, le cas échéant, des usages du commerce international ». OHADA, Règlement d'arbitrage CCJA, 23 novembre 2017, article 17 : « Les parties sont libres de déterminer les règles de droit que le tribunal arbitral devra appliquer au fond du litige. À défaut de choix des parties, le tribunal arbitral applique les règles de droit qu'il estime les plus appropriées en l'espèce. Dans tous les cas, le tribunal arbitral tient compte des stipulations du contrat et des usages du commerce international ». LCIA Arbitration Rules (2014) 22.3 The Arbitral Tribunal shall decide the parties' dispute in accordance with the law(s) or rules of law chosen by the parties as applicable to the merits of their dispute. If and to the extent that the Arbitral Tribunal decides that the parties have made no such choice, the Arbitral Tribunal shall apply the law(s) or rules of law which it considers appropriate. CCI, Règlement d'arbitrage, art. 21 : Les parties sont libres de choisir les règles de droit que le tribunal arbitral devra appliquer au fond du litige. À défaut de choix par les parties des règles de droit applicables, l'arbitre appliquera les règles de droit qu'il juge appropriées. 2 Le tribunal arbitral tient compte des dispositions du contrat entre les parties, le cas échéant, et de tous les usages du commerce pertinents. CNUDCI, *Règlement d'arbitrage*, 2010 : « 1. Le tribunal arbitral applique les règles de droit désignées par les parties comme étant celles applicables au fond du litige. À défaut d'une telle désignation par les parties, il applique la loi qu'il juge appropriée. 2. Le tribunal arbitral ne statue en qualité d'amiable compositeur ou *ex aequo et bono* que s'il y a été expressément autorisé par les parties. 3. Dans tous les cas, le tribunal arbitral statue conformément aux stipulations du contrat, le cas échéant, et tient compte de tout usage du commerce applicable à l'opération ».

¹⁸⁵⁹ « La méthode de la voie directe consiste pour l'arbitre à choisir le droit applicable sans avoir à se préoccuper d'une règle de conflit quelconque, même façonnée à sa guise ». Emmanuel GAILLARD, « Arbitrage commercial international – sentence arbitrale – droit applicable au fond du litige », *Jcl. Droit international*, 1^{er} avril 1996, §§ 128 – 130. Également, « [...] La voie directe permet aux arbitres d'appliquer une loi ou des règles de droit sans expliquer leur choix au moyen d'une règle de conflit de lois. Cette méthode permet aux arbitres de déterminer la loi applicable en utilisant "un critère matériel et non un facteur de rattachement" ». Conférence de la Haye de droit international privé, « Étude de faisabilité sur le choix de la loi applicable dans les contrats internationaux - le contexte de l'arbitrage international », note établie par Ivana RADIC, Mars 2007, p. 10, § 35.

¹⁸⁶⁰ La méthode vise avant tout à assurer une certaine prévisibilité des solutions recherchées. Elle consiste pour les arbitres à identifier puis rechercher la loi applicable d'après les règles de conflit de tous les systèmes de droit qui présentent un lien avec le litige. Lorsque ces règles désignent une même loi, l'arbitre applique celle-ci. Si elle a l'avantage de la prévisibilité, elle peut toutefois conduire à des impasses lorsque notamment les diverses lois de conflits désignent plusieurs lois différentes applicables au fond.

¹⁸⁶¹ La méthode consiste à rechercher les règles et pratiques convergentes, généralement acceptées ou communes, dans les divers systèmes de droit afin d'en faire application. Pour une approche synthétique de l'ensemble de ces méthodes de recherche de la loi applicable, voir Emmanuel GAILLARD, « Arbitrage commercial international – sentence arbitrale – droit applicable au fond du litige », *Jcl. Droit international*, 1^{er} avril 1996, §§ 128 – 130.

pouvoir qui leur est reconnu n'est pas pour autant arbitraire¹⁸⁶². Le caractère approprié de la loi qu'ils souhaitent appliquer devra en effet être démontré.

Bien qu'il ne s'agisse pas de faire application d'une règle de conflit précise, la démonstration du caractère approprié de loi appliquée au fond par les arbitres peut être faite d'après des facteurs de rattachement objectif. Dans les arbitrages commerciaux, les principaux facteurs utilisés concernent le lieu d'exécution du contrat d'investissement, le lieu de conclusion, le lieu de survenance du dommage, la *proper law* de la cause de l'action. Appliquer *mutatis mutandis* aux réclamations légales, il est possible d'observer que le lieu d'adoption de la loi est le territoire de l'État hôte de l'investissement, le lieu de réalisation de l'investissement, le territoire de l'État hôte, le lien d'attribution éventuel de l'agrément, le territoire de l'État hôte et le lieu de survenance du dommage (si celui-ci résulte d'une mesure étatique) est le territoire de l'État. De la sorte, tous les facteurs de rattachement pertinent renvoient au droit interne de l'État hôte. C'est donc que le droit interne entretient les liens plus étroits avec le litige. Certes, il ne s'agit pas pour les arbitres d'appliquer le principe de proximité, mais cela tombe sous le sens. Le *dictum* du tribunal arbitral dans l'affaire SOABI pourrait être opportunément rappelé : « le droit applicable aux relations entre deux parties sénégalaises par rapport à une collaboration qui doit être réalisée au Sénégal, ne peut être autre que le droit sénégalais »¹⁸⁶³. Ainsi, selon la méthode de la voie directe consacrée par les règlements d'arbitrage précités, le tribunal arbitral devra appliquer le droit interne à défaut de choix de loi par les parties.

690. La concurrence des droits dans le mécanisme CIRDI. Contrairement aux règlements d'arbitrage des centres d'arbitrage à vocation générale, le mécanisme CIRDI ne consacre pas à proprement dit le procédé de la voie directe. En effet, l'article 42(1) de la Convention CIRDI n'accorde pas aux arbitres le pouvoir d'appliquer le droit de leur choix au fond du litige. Il y est seulement précisé : « Faute d'accord entre les parties, le tribunal applique le droit de l'État contractant partie au différend – y compris les règles relatives aux conflits de loi – ainsi que les principes de droit international en la matière ». Ainsi, selon cette disposition, le tribunal devra se référer au droit national et aux règles

¹⁸⁶² Une application arbitraire du choix de loi peut conduire à l'annulation de la sentence arbitrale. Christoph SCHREUER, « Failure to apply the Governing Law in International Investment Dispute », *Austrian Review of International and European Law*, vol. 7, 2002, p. 163 et plus largement, pp 161-195.

¹⁸⁶³ Bien qu'il s'agisse d'une sentence CIRDI qui n'illustre pas le propos concernant le pouvoir des arbitres dans le choix de la loi applicable dans le cadre d'un arbitrage autre que CIRDI, cet extrait illustre tout de même le caractère approprié du droit interne comme droit applicable à défaut de choix entre les parties. (CIRDI, *SOABI c. Sénégal*, ARB/82/1, sentence, 25 février 1988, *Icsid Rev.*, 1991, vol. 6, n°1, pp. 255 et ss.)

de droit international¹⁸⁶⁴ en l'absence de choix des parties. La concurrence de ces deux systèmes de droit, qui ont vocation à régir une même situation, n'a pas manqué de susciter des débats quant à leur articulation. L'objet des controverses était notamment de savoir si le droit international et le droit interne s'appliquent concurremment ou si le droit international joue un rôle supplétif ou correctif.

Dans l'affaire *SPP c. Égypte* précitée, il a été indiqué que les arbitres ont privilégié l'application du droit international au détriment du droit interne de l'État d'accueil en raison des lacunes de ce droit et des contrariétés avec le droit international. Mais, ainsi qu'il a été précédemment souligné, cette approche n'emporte pas la conviction dans la mesure où il n'appartient pas aux arbitres de procéder à un contrôle de la norme étatique au regard du droit international¹⁸⁶⁵. Pour cette raison, certains auteurs rappellent que l'article 42(1) de Convention CIRDI évoque une « application successive du droit de l'État partie au différend et du droit international » et non corrective et/ou supplétive du droit international¹⁸⁶⁶. Mais ce choix de l'application dite « successive » ne résout pas en lui-même la question. Reste en effet à savoir si le tribunal arbitral doit toujours évaluer les questions en référence à la fois au droit international et au droit interne ou à défaut, suivant quel critère se décider ? Également en cas de contrariété, quelle loi applicable devrait emporter sa conviction selon quel critère ?

Dans l'affaire *Wena Hotel c. Égypte*, le tribunal avait considéré que le droit international et le droit interne avaient vocation, tous les deux, à s'appliquer de manière conjointe ou encore que le droit international pouvait s'appliquer seul si le tribunal arbitral le jugeait approprié¹⁸⁶⁷. Mais, cette approche revient à dire que le tribunal arbitral dispose d'un pouvoir discrétionnaire dans le choix de la loi applicable, comme si finalement la convention avait consacré le procédé de la voie direct¹⁸⁶⁸. S'agissant de trancher un litige

¹⁸⁶⁴ Il est important de souligner que bien que le texte fasse référence au principe de droit international, ce sont bien les règles de droit international qui sont visées. En attestent les versions anglaise (*rules*) et espagnole (*normas*) du texte qui font également foi.

¹⁸⁶⁵ Sur cette approche, voir les développements précédents sur les limites potentielles aux choix de lois des parties. §§ 739.

¹⁸⁶⁶ Pour défendre cette approche à laquelle il adhère, Sébastien Manciaux évoque le passage du second tribunal dans l'affaire *Amco c. Indonésie* en ces termes : « This tribunal notes that Article 42(1) refers to the application of host-state law and international law. (...) Thus international law is fully applicable and to classify its role as "only "supplemental and corrective" seems a distinction without a difference. In any event, The tribunal believes that its task is to test every claim of law in this case first against Indonesian law, and then against international law". CIRDI, *Amco Asia Corporation and others c. République d'Indonésie*, ARB/81/1, *Award in Resubmitted Procedure*, § 40, 5 juin 1990. Ce second tribunal s'inscrit d'ailleurs en marge de la solution préconisée par le premier tribunal Amco qui a opté pour une application corrective du droit international. Sébastien MANCIAUX, *Investissements étrangers et arbitrage entre Etats et ressortissants d'autres Etats. Trente années d'activité du CIRDI*, Travaux du CREDIMI, vol. 24, Paris, Litec, 2004, pp 304 – 305, § 348.

¹⁸⁶⁷ CIRDI, Comité *Ad hoc*, *Wena Hotels Limited c. Egypte*, ARB/98/4, Sentence annulation, 5 février 2002, § 40.

¹⁸⁶⁸ Certains auteurs assument ouvertement cette position. Voir en ce sens, Emmanuel GAILLARD et Yas BANIFATEMI, « The meaning of "and" in Article 42(1), Second Sentence, of the Washington Convention: The Role of International Law in the ICSID Choice of Law Process » in *ICSID Rev.*, 2003, vol. 18, n°2, pp 382 – 388. Rudolf DOLZER et Christoph SCHREUER, *Principles of International Investment Law*, Oxford, OUP, 2008, pp 270 – 271.

visant à apprécier la violation d'un droit tiré d'une loi nationale, en raison de mesures étatiques affectant une opération qui se déroule sur le territoire de cet État, il serait plus indiqué de se référer principalement au droit national. Non pas qu'il faille confondre ici la norme de protection et le droit applicable¹⁸⁶⁹, mais il est nécessaire de privilégier l'application du droit interne en raison de la cause de l'action.

691. La cause de l'action comme curseur. Quel que soit le crédit qui puisse être donné à une telle analyse, le rapprochement entre le mécanisme CIRDI et les autres mécanismes d'arbitrage, s'agissant du pouvoir discrétionnaire de l'arbitre, réactualise les craintes d'un droit applicable au fond du litige purement artificiel. Il est aisé de comprendre que les tribunaux saisis sur le fondement d'un TBI aient tendance à faire application du droit international puisque le fondement de la réclamation est un instrument international. Dans l'affaire *Saipem c. Bangladesh*, le tribunal soulignait d'ailleurs ce point en ces termes :

« *Since Saipem's claim is based on Article 5 of the BIT, the Tribunal will primarily apply the BIT as the applicable rule of international law. The tribunal will also apply the general rules of international law that may be applicable, either because an issue of international law is not directly dealt with in the BIT or, if necessary, to interpret the BIT. Pursuant to Article 12(1) of the BIT, the Tribunal will also apply general international law where it may provide a more favourable solution than the one arising from the BIT* »¹⁸⁷⁰.

Ainsi, suivant cette logique, lorsque la cause de l'action est une loi nationale, alors le droit interne s'applique à titre principal¹⁸⁷¹. La cause juridique de l'action conserve alors son incidence sur la *lex causae* ainsi que le rappelle la sentence *Goetz c. Burundi*¹⁸⁷². Ce caractère approprié du droit interne est globalement reçu dans la pratique arbitrale même si certaines sentences ont élaboré des mécanismes de contournement douteux.

¹⁸⁶⁹ Selon Yas Banifatemi, il faut distinguer les cas dans lesquels la cause juridique de l'action contient les normes primaires à appliquer et des indications sur les normes secondaires et la détermination de la loi applicable qui d'un point de la technique juridique sont des opérations différentes. Yas BANIFATEMI, « The law applicable to Investment treaty Arbitration » in *Arbitration Under International Investment Agreements: A guide to the Key Issues*, K. YANNACA-SMALL (dir.), Oxford, OUP, 2010, pp. 191 – 210, spéc., pp 204 – 210.

¹⁸⁷⁰ CIRDI, *Saipem S.p.A. c. République Populaire du Bangladesh*, ARB/05/7, 30 juin 2009, § 99 ; Également : Laurie ACHTOUK-SPIVAK, « Le droit applicable aux arbitrages en matière d'investissements », in *Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational*, Charles LEBEN (dir.), op. cit., pp 813 – 856, spéc. p. 848.

¹⁸⁷¹ Selon la professeure Rivier, le curseur permettant de déterminer le choix à faire entre droit interne et droit international est la cause juridique de la réclamation. Elle indique ainsi : « (...) Ce curseur est la cause juridique de la réclamation. Pour les réclamations contractuelles, le droit régissant le contrat est en majorité perçu par les arbitres comme le droit naturel du litige. Sous réserve de son applicabilité internationale, c'est vers lui qu'ils s'orientent en l'absence de choix des parties en faveur du droit international. Pour les réclamations conventionnelles, le droit international s'est imposé. Leur multiplication a fatalement conduit au règne du droit international dans les sentences arbitrales ». Raphaële RIVIER, « L'articulation entre droit national et droit international devant les tribunaux arbitraux internationaux d'investissement », *Droit des investissements internationaux : Perspectives croisées*, Sabrina ROBERT-CUENDET (dir.), Bruylant, 5 mai 2017, pp 478 – 479.

¹⁸⁷² En ce sens, voir : CIRDI, *Goetz c. Burundi préc.*, § 66 : « Juridiquement, l'incidence d'une convention bilatérale de protection des investissements s'exerce à la fois sur le plan de la compétence et sur celui du droit applicable ». Également, Yas BANIFATEMI, « The law applicable to Investment treaty Arbitration » in *Arbitration Under International Investment Agreements: A guide to the Key Issues*, K. YANNACA-SMALL (dir.), Oxford, OUP, 2010, pp. 191 – 210, spéc., pp 204 – 210.

692. L'introduction subreptice d'une autre cause de l'action. Pour éviter tout amalgame, rappelons que la démonstration pour l'heure, consiste à faire du droit national, le droit applicable au fond du litige parce qu'il s'agit d'apprécier la violation d'une norme primaire interne, en l'occurrence une disposition législative. En ce sens, les tentatives d'application du droit international visent principalement à réintroduire dans le débat, parfois sans subtilité, la violation d'une norme primaire internationale, notamment le droit international coutumier. Ceci revient à fonder la réclamation sur une nouvelle cause juridique (internationale cette fois-ci) afin de faire application du droit international comme second droit applicable au fond du litige. Deux sentences arbitrales se sont particulièrement illustrées en la matière.

La première sentence a été rendue dans le différend opposant la société Getma à la Guinée. Dans cette affaire, le tribunal arbitral a reconnu sa compétence pour apprécier les effets de la réquisition des biens de l'investisseur par l'État guinéen et les autres violations alléguées du Code des investissements au stade des exceptions préliminaires¹⁸⁷³. Pourtant, au moment de son analyse au fond, il décidait que l'acte de réquisition et les mesures de résiliation étaient contraires à l'article 6 du code des investissements (jusqu'ici, cela est correct) et assez étrangement, le tribunal arbitral concluait à la violation du droit international coutumier dans un second temps¹⁸⁷⁴. Or, la coutume internationale et le code sont des sources de droit différentes et donc des causes juridiques distinctes. Pour conclure, à la violation du droit international coutumier, il aurait fallu qu'un compromis par lequel l'État et l'investisseur conviennent de soumettre leur différend relatif à la violation du droit international coutumier au tribunal CIRDI soit rapporté¹⁸⁷⁵. Il est vrai que la sentence arbitrale indique que les parties se sont référées au droit international, mais quand bien même cela aurait été le cas, l'invocabilité du droit international, comme cause distincte, demeure une erreur de droit manifeste¹⁸⁷⁶. En tant que cause distincte, celle-ci doit clairement être mentionnée dans la requête d'arbitrage et l'engagement

¹⁸⁷³ CIRDI, *Getma International, NCT Necotrans, Getma International investissements & NCT Infrastructure & Logistique c. République de Guinée*, décision sur la compétence, ARB/11/29, 29 décembre 2012, p. 44.

¹⁸⁷⁴ CIRDI, *Getma International, NCT Necotrans, Getma International Investissements, NCT Infrastructure & Logistique c. République du Guinée*, ARB/11/29, sentence, 16 août 2016, pp 151 – 152, §§ 387 – 388.

¹⁸⁷⁵ La pratique arbitrale a tendance à considérer que lorsque l'engagement juridictionnel couvre « tous les litiges entre l'État et l'investisseur », les litiges relevant de la violation d'autres instruments (traité, contrat ou encore droit interne) peuvent être élevées. En l'espèce, cet argument au fondement discutable, n'était pas invocable dans la mesure où le code des investissements guinéen limitait la compétence du tribunal CIRDI aux « différends entre l'État Guinéen et les ressortissants étrangers, **relatifs à l'application ou l'interprétation du présent code** ». CIRDI, *Getma International, NCT Necotrans, Getma International investissements & NCT Infrastructure & Logistique c. République de Guinée*, décision sur la compétence, ARB/11/29, 29 décembre 2012, § 12.

¹⁸⁷⁶ Pour ces sentences, nous avons déjà discuté certains des fondements notamment l'argument de la lacune ou l'application corrective du droit international. Également, dans les prochains développements d'autres arguments justifiant le recours au droit international seront discutés, notamment celui de l'incorporation du droit international en droit interne.

juridictionnel expressément démontré. S'agissant d'un moyen indisponible, le tribunal peut le relever d'office qu'importent les positions des parties¹⁸⁷⁷. L'existence d'une convention d'arbitrage et d'un mandat pour les arbitres ne relève pas de ces points qui pourraient être régularisés en cours d'instance, par accord tacite¹⁸⁷⁸.

Dans l'affaire *Interocean c. Nigeria*, les arbitres adoptèrent une approche similaire avec toutefois une meilleure démonstration. Pour justifier la violation du droit international, alors que l'arbitrage était initié pour expropriation illicite au regard du code des investissements, ceux-ci rappellent que l'article 32 de l'*Interpretation Act* du Nigeria a incorporé en droit nigérian le droit international coutumier. De la sorte, la formulation large de l'offre d'arbitrage visée à l'article 26 du code des investissements justifie l'application de celui-ci. L'argument est subtil, mais il n'en reste pas moins critiquable. S'il s'agit d'une incorporation, formellement, c'est toujours la violation du code qui est envisagée et non la violation du droit international coutumier¹⁸⁷⁹. Ainsi, le droit applicable au fond du différend reste le droit interne. Dans l'affaire *Tradex c. Albanie*, le tribunal arbitral anticipait sur de tels développements en indiquant judicieusement :

*« Therefore, in its consideration of the merits, the tribunal is prevented from examining the claim on any other possible legal basis such as any other of the various investment laws issued in Albania, the Bilateral Investment Treaty between Albania and Greece, as well as other sources of international law. Although court and arbitral decision and legal writings dealing with such other sources may be of relevance in interpreting the 1993 law, it is this 1993 law which the tribunal will examine whether Tradex' claim is justified on the merits »*¹⁸⁸⁰.

693. En somme, la nature d'instrument de droit interne des codes des investissements conduit à la désignation du droit de l'État hôte comme droit applicable au fond du litige. Toutefois, cette solution n'emporte pas exclusion du droit international, mais en réduit simplement le rôle à une certaine subsidiarité.

§2 : Le rôle subsidiaire du droit international

694. Le droit applicable au fond du différend est lié à la cause juridique de la réclamation¹⁸⁸¹. L'argument d'une possible concurrence entre normes primaires de droit interne et normes primaires de droit international, sous le prétexte d'une prescription de

¹⁸⁷⁷ Le règlement d'arbitrage CIRDI indique à son article 41(2) : « Le Tribunal peut, de sa propre initiative et à tout moment de l'instance, examiner si le différend ou toute demande accessoire qui lui est soumis ressortit à la compétence du Centre et à sa propre compétence ».

¹⁸⁷⁸ Carlo SANTULLI, *Droit du contentieux international*, LGDJ, 2^{ème} éd., 2015, p. 172, § 267.

¹⁸⁷⁹ Ce point sera abordé plus en détail dans les développements ultérieurs. Voir *infra* section 2 du présent chapitre.

¹⁸⁸⁰ CIRDI, *Tradex c. Albanie*, Sentence sur le fond, 1999, §69.

¹⁸⁸¹ Contrairement à ce que laisse entendre la sentence *Getma c. Guinée* qui fait application du droit international coutumier alors qu'il est question d'apprécier la violation d'une disposition du code des investissements.

l'article 42(1) et dans les cas d'une lacune du droit interne ou en raison d'une possible inconventionnalité, n'est pas convaincant¹⁸⁸². L'idée d'une lacune méprise fondamentalement le rôle des principes généraux dans les divers systèmes juridiques¹⁸⁸³ tandis que l'application corrective du droit international suppose faussement que l'arbitre serait le gardien du droit international¹⁸⁸⁴. Le rôle de ce dernier n'est pas d'assurer le respect et la cohérence des systèmes de droit en présence¹⁸⁸⁵. Le tribunal ne se prononce ni au nom des États ni au nom des peuples. Il tranche le différend qui lui est soumis suivant la volonté des parties. Et lorsque celle-ci est exprimée en faveur du droit interne, le droit international ne saurait avoir de rôle en dehors de cette volonté. Les codes africains en ce sens ne limitent celui-ci qu'à un rôle interprétatif tantôt par le jeu du renvoi (A) tantôt par la technique de l'incorporation (B).

A. LA VALEUR INTERPRÉTATIVE DU DROIT INTERNATIONAL PAR RENVOI

695. Dans ce cas de figure, le tribunal arbitral n'applique pas le droit international, mais le droit interne. Seulement, l'application de celui-ci dépend du droit international. Ce rapport de dépendance résulte alors de la volonté des parties qui invite à faire du *corpus juris* international un état normatif à considérer¹⁸⁸⁶, *i.e.* un corps de règle dont il convient de tenir compte pour déterminer le contenu de la norme interne. Au titre de cette fonction du droit international, deux missions peuvent lui être assignées.

¹⁸⁸² Pour rappel, cet argument de l'application a été évoqué par la sentence *SPP c. Egypte* en ces termes: « *When municipal law contains lacune, or international law is violated by the exclusive application of municipal law, the Tribunal is bound in accordance with article 42 of the Washington Convention to apply directly the relevant principles and rules of international law* ». CIRDI, *SPP c. Egypte*, préc., § 84.

¹⁸⁸³ Sur ce point, Yas BANIFATEMI et Emmanuel GAILLARD, «The meaning of “and” in Article 42(1), Second Sentence, of the Washington Convention: The role of international Law in the ICSID Choice of Law Process», *Icsid Law Review – Foreign Investment Law Review*, 2003, p. 394 ; Michael REISMAN, « The Regime for lacunae in the ICSID Choice of Law Process », *ICSID Rev.*, 2000, vol. 15, n°2, p. 371.

¹⁸⁸⁴ Certains auteurs envisagent cette qualité de l'arbitre en cas de conflit flagrant avec une norme de jus cogens. Michael REISMAN, « The Regime for lacunae in the ICSID Choice of Law Process », *ICSID Rev.*, 2000, vol. 15, n°2, pp 374 – 375, 380.

¹⁸⁸⁵ Ce rôle limité à l'espèce de l'arbitre, fait d'ailleurs obstacle à l'émergence d'une jurisprudence arbitrale. Dans l'affaire *Lighthouse c. Timor-Leste*, le tribunal arbitral apportait tout de même des réserves quant à cette démarche catégorique en soulignant : « *In support of their positions, the parties have relied on previous decisions or award, either to conclude that the same or similar approaches or solutions should be adopted in the present case or in an effort to explain why this this Tribunal should depart from an approach or a solution reached by another tribunal. The Tribunal considers that it is not bound by previous decisions. At the same time, it is of the opinion that it should pay due consideration to earlier decisions of international tribunals. It believes that, subject to compelling contrary grounds, it should be respectful of the reasoning and solutions established in a series of consistent cases. It also believes that, subject to the circumstances of an actual case, it has a duty to seek to contribute to the harmonious development of investment law and thereby to meet the legitimate expectations of the community of States and Investors towards certainty of the rule of law* ». (CIRDI, *Lighthouse c. Timor-Leste*, ARB/15/2, 22 décembre 2017, §§ 110 – 111).

¹⁸⁸⁶ L'expression est empruntée à Raphaël Rivier qui elle-même la tient des spécialistes de droit international privé pour désigner la technique par laquelle le juge rendant sa décision n'applique pas la loi étrangère, mais son propre droit dont la règle de conflit lui enjoint de tenir compte du contenu normatif de la loi étrangère. Raphaële RIVIER, « L'articulation entre droit national et droit international devant les tribunaux arbitraux internationaux d'investissement », *Droit des investissements internationaux : Perspectives croisées*, Sabrina ROBERT-CUENDET (dir.), Bruylant, 5 mai 2017, p. 432, note de page 46. Dans le contexte qui est le nôtre, alors que l'arbitre applique le droit national, il devra sur invitation de celui-ci, tenir compte du droit international pour fixer le contenu de la norme à appliquer.

696. L'interprétation conforme. Premièrement, c'est le contenu de la norme nationale qui sera déterminé par référence à la norme internationale. Le choix du législateur est alors celui de l'économie de moyen en incorporant directement dans le dispositif national, le droit international. Les législateurs africains recourent peu à cette technique. En première partie de cette thèse, il a été indiqué que deux codes pouvaient illustrer cette approche¹⁸⁸⁷. L'on ne rapportera ici que l'exemple du code des investissements congolais, dans la mesure où le code togolais n'est désormais plus en vigueur¹⁸⁸⁸. Le code de RDC dispose en ce sens :

« La République démocratique du Congo s'engage à assurer un traitement juste et équitable, **conformément aux principes du droit international**, aux investisseurs et aux investissements effectués sur son territoire, et à faire en sorte que l'exercice du droit ainsi reconnu ne soit entravé ni en droit, ni en fait »¹⁸⁸⁹.

Les principes de droit international, règles ou pratiques habituelles du droit international sont ici reçues comme une condition d'application de la norme nationale¹⁸⁹⁰. Elle invite l'arbitre à la recherche du contenu de la norme nationale par renvoi au droit international. Il s'agit d'un processus sur lequel les États acceptent volontiers de n'avoir aucune emprise. Ce renvoi a d'ailleurs été considéré comme un argument justifiant l'internationalisation des codes des investissements¹⁸⁹¹. Mais, ainsi qu'il a été souligné, le véritable rôle de référence, c'est d'internaliser le droit international. Le contenu matériel de la norme primaire interne est simplement fixé par emprunt à la norme internationale.

697. L'interprétation compatible. Poursuivant la logique, certains législateurs autorisent que l'interprétation de la norme nationale soit compatible avec le droit international. La différence entre l'interprétation conforme et l'interprétation compatible

¹⁸⁸⁷ Voir *supra* Partie 1 Titre 1 Chap 2 Section 1 §2.

¹⁸⁸⁸ L'article 7 du code des investissements togolais qui dispose : « Toute entreprise est garantie contre toute mesure de nationalisation, d'expropriation ou de réquisition par l'État togolais sur toute l'étendue du territoire national. Les mesures d'expropriation pour cause d'utilité publique constatées dans les conditions prévues par la loi devront prévoir une juste et préalable indemnisation de l'investisseur, dont le montant sera déterminé, à dire d'expert, **selon les règles et pratiques habituelles du droit international** ». Togo, code des investissements de 2012, art. 7. Le nouvel article ainsi rédigé dispose : « La protection de la propriété privée des biens est garantie par les lois et règlements en vigueur en République togolaise. Cette protection s'étend à tous les aspects juridiques et commerciaux de la propriété, à ses éléments et démembrements, à sa transmission et aux contrats dont ils font l'objet. Les actifs mobiliers ou immobiliers détenus en République togolaise par l'investisseur ne peuvent faire l'objet de mesures d'expropriation ou de nationalisation que dans le strict respect de la législation en vigueur en République togolaise. L'investisseur doit bénéficier d'un examen rapide de son cas et de l'évaluation de son investissement, par l'autorité judiciaire compétente, conformément à la procédure prévue par la législation en vigueur en République togolaise. Toute mesure réglementaire non-discriminatoire prise par l'État togolais, conçue et appliquée en vue de protéger ou d'atteindre des objectifs légitimes de bien-être public comme la santé publique, la sécurité et l'environnement, ne constitue pas une nationalisation ou une expropriation indirecte au titre du présent code. L'indemnité appropriée est normalement évaluée par rapport à la juste valeur marchande de l'investissement. Le cas échéant, l'évaluation de l'indemnité juste et appropriée recherchera un équilibre équitable entre l'intérêt public et l'intérêt de l'investisseur, en prenant en compte toutes les circonstances pertinentes ». L'observateur remarquera la similitude de cette dernière disposition avec l'article 14 du code des investissements béninois de 1990 modifié par l'ordonnance n°2008-06 du 8 novembre 2008 qui n'est aussi plus en vigueur depuis 2020.

¹⁸⁸⁹ RDC, loi n°004/2002 du 21 février 2002 portant code des investissements, art. 25. Peut également être cité :

¹⁸⁹⁰ Voir *supra* Partie 1 Titre 1 Chap 2 Section 1 §2.

¹⁸⁹¹ *Idem*.

est de degré. Dans le premier cas, il y a coïncidence parfaite entre le contenu du droit international et le contenu de la norme nationale, tandis que dans le second cas, le contenu de la norme interne peut différer du droit international tant qu'il ne lui est pas contraire. Cette seconde mission dévolue au droit international n'est pas à confondre avec la conception d'une application corrective de la norme internationale. Ici, il n'y a pas de lacune à combler. Le législateur impose au pouvoir de connaissance de la norme interne (*iura novit arbiter*) d'en livrer une teneur compatible avec les engagements souscrits. Les formules employées sont variées et peuvent être rangées entre formulations explicites et implicites.

Sur l'ensemble des codes étudiés, une seule formulation a le mérite de la clarté et peut à ce titre être rangée dans la catégorie des formulations explicites. Il s'agit notamment de la section 3 du code d'Afrique du Sud. Celle-ci dispose :

*« This Act must be interpreted and applied in a manner that is consistent with: a. its purposes as contemplated by section 4; b. the Constitution, including: i. the interpretation of the Bill of Rights contemplated in section 39 of the Constitution; ii. customary international law contemplated in section 232 of the Constitution; and iii. international law contemplated in section 233 of the Constitution; and c. any relevant convention or international agreement to which the Republic is or becomes a party. »*¹⁸⁹².

Il ressort clairement de ce texte que l'interprétation du code des investissements doit se faire d'une manière compatible avec le droit international. Certes une réserve est formulée puisque le droit international auquel il est fait référence doit se comprendre dans le contexte de la Constitution. Mais il n'en demeure pas moins que le texte autoriserait un arbitre à interpréter de façon compatible la norme interne. En revanche, il faut ici rappeler que ce code ne renferme pas d'offre d'arbitrage de son utilité pour la présente discussion est purement théorique.

Contrairement à la formulation explicite précédente, les formulations implicites ne vont pas renseigner sur l'interprétation de toute la loi, mais seulement sur une disposition et renvoyer le plus souvent au droit international spécial. C'est le cas de l'article 25 du code des investissements de Côte d'Ivoire qui indiquent :

*« Sous réserve des conventions bilatérales, régionales et multilatérales signées par l'État, les personnes physiques et morales étrangères reçoivent un traitement juste et équitable au regard des droits et obligations attachés à leurs investissements »*¹⁸⁹³.

L'exception introduite par la locution prépositive « sous réserve de » implique que la norme de TJE dans le code des investissements devra être interprétée sans préjudice des

¹⁸⁹² Afrique du sud, code des investissements de 2015, section 3.

¹⁸⁹³ Côte d'Ivoire, ordonnance n°2018-646 du 1er août 2018 portant code des investissements, art. 25.

conventions internationales qui constituent ici le droit international spécial. En pareil cas de figure, le contenu de la norme n'a pas à coïncider avec celui prescrit par le droit international, ni d'ailleurs que la norme interne soit déclarée inconventionnelle ou illicite en droit international. Il appartient seulement aux arbitres d'en livrer une teneur évitant toute contradiction.

698. Critiques. L'interprétation de la norme nationale par la prise en considération du droit international est rassurante pour les parties. Enfin, en apparence seulement. Les formules elliptiques choisies soulèvent plus de difficultés quant à la teneur de la norme qu'elle n'en éclaire la portée. L'on devine avec peine les implications de la référence aux principes du droit international qui figurent à l'article 25 du code congolais précédemment cité. Faudrait-il considérer qu'il s'agit des principes généraux de droit mentionnés à l'article 38 du statut de la CIJ ou simplement, s'agit-il d'une référence générale au droit international ? Si la première option devait être retenue, ferait-elle l'économie des discussions qu'il y a eues au sujet de la distinction entre principes généraux de droit ou principes généraux du droit international et qui connaissent par ailleurs un regain d'actualité à l'occasion des travaux de la CDI sur les principes généraux de droit¹⁸⁹⁴ ? En l'absence d'indications supplémentaires, il faudra alors considérer qu'il s'agit d'une référence au droit international¹⁸⁹⁵. Dans ce second cas, sur qui repose la charge de la preuve du droit international ? L'arbitre serait-il par exemple lié par les interprétations communes des parties ? Il a déjà été relevé à ce sujet qu'à l'exception du code burkinabé¹⁸⁹⁶, les codes ne limitent pas le pouvoir de connaissance de la norme à l'autonomie de la volonté. Dans le silence des textes, le tribunal arbitral devra donc déterminer le contenu du droit international à appliquer en cas d'interprétation convergente, divergente et même en cas de silence observé par les parties¹⁸⁹⁷.

699. La portée juridique exacte des dispositions législatives a été discutée dans les précédents développements et quelques analyses seront évoquées par la suite. À ce stade, il est intéressant de noter que le droit international joue un rôle interprétatif bien que dans certaines hypothèses cela n'aide que moyennement à lever les ambiguïtés. Ce rôle résulte

¹⁸⁹⁴ AGNU, *Rapport de la Commission du droit international*, A/74/10, 29 avril – 7 juin et 8 juillet – 9 août 2019, soixante-quatorzième session, 2019, pp 351 – 362.

¹⁸⁹⁵ Dans l'affaire du *Lotus*, la CPJI a admis cette interprétation en ces termes : « le sens des mots "principes du droit international" ne peut, selon leur usage général, signifier autre chose que le droit international tel qu'il est en vigueur entre toutes les nations faisant partie de la communauté internationale ». CPJI, *Affaire du Lotus*, arrêt n° 9, 7 septembre 1927 série A, pp. 16-17.

¹⁸⁹⁶ « Le tribunal arbitral rend sa sentence conformément aux lois et règlements nationaux en vigueur et aux dispositions du droit international applicable en la matière ; il est lié par les interprétations communes données par les parties au différend ». Burkina Faso, Code des investissements de 2018, art. 40.

¹⁸⁹⁷ Dans la procédure CIRDI par exemple, la Convention de Washington en son article 42(2) interdit le *non-liquet* en ces termes : « [l]e Tribunal ne peut refuser de juger sous prétexte du silence ou de l'obscurité du droit ».

normalement de l'habilitation expresse des législateurs même si dans certaines hypothèses, les arbitres s'y réfèrent par nécessité logique.

B. LE RÔLE INTERPRÉTATIF DU DROIT INTERNATIONAL PAR L'EFFET DE L'INCORPORATION

700. L'incorporation du droit international en droit interne. Le rôle dévolu au droit international est, dans cette hypothèse, officieux. Ni les parties, par l'effet d'un renvoi ou par choix, ne font référence au droit international ni les arbitres ne concluent à une application du droit international comme droit applicable au fond du litige. Le cas s'est produit notamment dans l'affaire *Petrobart c. Kirghizstan*.

En l'espèce, la Compagnie Petrobart, enregistrée au Gibraltar avait conclu un contrat d'approvisionnement en Gaz avec une entreprise publique du Kirghizstan, la compagnie KGM. À la suite d'une livraison de Gaz non honoré par KGM, la société Petrobart a saisi le Bishkek City Court afin d'obtenir paiement des livraisons effectuées. La juridiction saisie condamna KGM aux paiements des marchandises et autorisa par une autre décision, Petrobart a procédé à l'exécution forcée de la décision le 10 février 1999. Le lendemain, soit le 11 février 1999, le Vice Premier Ministre adressa un courrier au président de la juridiction lui demandant d'accorder un sursis à l'exécution forcée contre les biens de la KGM. Un sursis de trois mois fut alors accordé. Mais le 15 avril de la même année, deux mois environ après l'attribution du sursis, la KGM est déclarée en faillite. La Compagnie Petrobart décida alors de se pourvoir en arbitrage contre l'État du *Kirghizstan* auprès de la Chambre d'Arbitrage de Stockholm sur le fondement de l'article 23 du code des investissements. Sur le point du droit applicable, les parties ont choisi le droit national. En dépit de ce choix, le requérant soutenait que le droit international était applicable dans la mesure où « *Kyrgyz law itself incorporates principles of international law into the national legal system. Pursuant to article 9(4) of the Kyrgyz Constitution, the Republic is obliged to "observe the universally recognized principles of international law"* »¹⁸⁹⁸. Pour sa part, l'État défendeur estimait que le droit international n'était pas applicable dans la mesure où la loi choisie par les parties pour la procédure et le fond du litige était la loi kirghize et que le droit international s'applique aux litiges interétatiques nonobstant le fait que le droit international public fasse partie du droit local. Aussi prétendait-il qu'il fallait se référer au *Foreign Investment Interpretation Law*, adopté après les faits donnant

¹⁸⁹⁸ SCC, *Petrobart c. Kyrgyzstan*, sentence, 13 février 2003, p. 21.

naissance aux litiges et qui prévoyait une définition de l'investissement tel que prévu par la loi sur l'investissement kirghize.

Sur ce point précis, les arbitres ont fait preuve d'une extrême prudence. Ils estimèrent ainsi que le tribunal devait en premier lieu s'intéresser au droit kirghiz pour l'interprétation du code des investissements avant d'ajouter :

« (...) however the Tribunal has reviewed and analysed those “universally recognized principles of international law”, referred to in Article 9(4) of the Constitution of the Kyrgyz Republic, and relied on by Petrobart, in so far as they have a bearing on the concept of a “foreign investment” employed as a jurisdictional determinant. The result of the Arbitral Tribunal’s review and analysis does not cause it to change the conclusions arrived at in the foregoing. »¹⁸⁹⁹

Ainsi sans se prononcer sur l'invocabilité du droit international, il y a recours pour constater que ni en droit international ni en droit interne, Petrobart n'a réalisé un investissement de sorte que sa compétence n'est pas établie. Mais le mystère quant à une possible application du droit international en tant qu'élément du droit interne demeure entier. Une raison à cette pirouette tiendrait à la complexité de la question qu'a tenté d'expliquer le tribunal de l'affaire *Interocean c. Nigeria*.

701. L'approche moniste. Dans le différend *Interocéan c. Nigeria*, les arbitres reçurent les prétentions du plaignant concernant la violation du standard minimum de traitement, le traitement juste et équitable et le standard de protection pleine et entière alors que l'action était fondée sur l'article 26 du code des investissements nigérian. Le tribunal se justifiait en invoquant l'article 32 de l'*Interpretation Act* de 1964 sur le droit applicable à la Fédération du Nigeria qui dispose :

« Subject to the provisions of this section and Except in so far as other provision is made by any Federal Law, the common law of England and the doctrines of equity, together with the statutes of general application that were in force in England on the 1st day of January, 1900, shall, in so far as they relate to any matter within the legislative competence of the Federal legislature, be in force in Nigeria (...) »¹⁹⁰⁰.

Ainsi, le tribunal considéra à partir de cette disposition que le droit international fait partie du droit interne nigérian adoptant de la sorte une approche moniste. De cette constatation, il s'estime compétent pour apprécier les violations du droit international coutumier même si la réclamation des parties est fondée sur un code des investissements.

702. Les limites de l'approche moniste. Le bien-fondé de la justification laisse songeur. Déjà dans l'exemple nigérian, l'incorporation du droit international est implicite

¹⁸⁹⁹ SCC, *Petrobart c. Kyrgyzstan*, sentence, 13 février 2003, p. 50.

¹⁹⁰⁰ CIRDI, *Interocean Oil Development Company and Interocéan Oil Exploration Company c. République of Nigeria*, ARB/13/20, 6 octobre 2020, §334.

puisque la disposition invoquée par le tribunal arbitral concerne le principe de la continuité législative adopté par les États africains au lendemain de l'accession à leur indépendance. Le droit international désigné serait alors celui qui a pu se former jusque dans les années 1960. Ceci explique d'ailleurs que les parties aient axé leur argument sur la sentence *Neer c. Mexique* de 1926. C'est ce droit international qui aurait été incorporé dans le droit colonial Nigérian qui a été reconduit en droit postcolonial par l'effet de l'*Interpretation Act*. Même si le défendeur n'a fondé son argumentaire que sur les conditions du standard minimum et du traitement juste et équitable qui n'étaient pas remplies, suivi en cela par le tribunal arbitral, l'applicabilité du droit international n'en reste pas moins injustifiée. Les destins du droit international demeurent, à moult égards, obscurs en droit interne. Sans prétendre à l'exhaustivité, il est nécessaire pour comprendre l'affirmation de dissocier le droit international conventionnel du droit international coutumier.

703. L'incorporation du droit international conventionnel. De prime abord, il y a un aspect antithétique à l'idée de vouloir interpréter un instrument de droit interne à partir d'un traité¹⁹⁰¹. Mais l'obstacle n'est qu'apparent surtout s'agissant d'apprécier une loi nationale. Ici, la démarche peut simplement viser à exclure une lecture incompatible avec un traité qui lie l'État. Dans ce cas de figure, il faut pouvoir dissocier les traités *self-executing* des traités qui n'ont pas un tel caractère. Lorsque le traité est *self-executing*, il est généralement considéré qu'un acte d'incorporation n'est pas nécessaire pour qu'il puisse produire ses effets dans l'ordre juridique interne. Il lie immédiatement l'État. A cet effet immédiat, peut s'ajouter un effet direct si le traité crée directement des droits et des obligations au profit des individus. Parce que ces traités peuvent être invoqués devant un juge par les particuliers, un investisseur pourrait également s'en prévaloir devant un tribunal arbitral. Dans ce cas, le traité international ne sera pas invoqué comme une cause juridique de l'action, mais comme une source inspirante pour l'arbitre. Appréciant le droit internationalement protégé, ce dernier n'appliquerait que le droit interne sauf dans les

¹⁹⁰¹ En effet, la loi et le traité sont adoptés dans des contextes différents, selon des procédures différentes et par des acteurs différents. L'interprétation d'une notion prévue par un instrument en particulier devrait se faire en fonction de la volonté de ses auteurs et non par analogie à d'autres textes existants par l'interprète *sua sponte*. Andrew MITCHELL et James MUNRO, « Someone Else's Deal: Interpreting International Investment Agreements in the Light of Third-Party Agreements », *EJIL*, vol. 28, 2017, p. 669; Martins PAPARINSKIS, « Sources of Law and Arbitral Interpretation of Pari Materia Investment Protection Rules », in Ole Kristian FAUCHALD et André NOLLKAEMPER (dir.), *The Practice of International and National Courts and the (De-)fragmentation of International Law*, 2012, p. 87.

hypothèses où son interprétation s'inscrirait à rebours de la jurisprudence consacrée en droit interne par les juges¹⁹⁰².

Pour les traités qui n'ont pas un effet immédiat et/ou direct, dans les États dits dualistes par exemple, ceux-ci n'appartiennent pas en tant que tels à la légalité interne. Ainsi, à défaut d'un acte de réception, ils ne pourront pas aider à l'interprétation des codes ; ceux-ci n'étant pas encore incorporés en droit interne. Lorsque la réception est assurée, la question du droit international perd de son acuité. Dans les États de tradition moniste, en revanche, l'incorporation étant automatique, la valeur interprétative du traité resterait possible. Mais cette valeur interprétative ne saurait en elle-même être exagérée. D'une part, si l'on se réfère à l'extrait de la sentence *Petrobart c. Kirghizstan* précitée, il faudrait que le traité contienne des éléments qui entrent en résonance avec le code. Cela pourrait être le cas des TBI. Mais l'intérêt des TBI est ici limité puisque la doctrine et la pratique étatique majoritaires considèrent que ces traités n'ont pas un effet immédiat encore moins direct¹⁹⁰³. D'autre part, il faudrait encore souligner que l'arbitre n'est pas toujours tenu de livrer une interprétation compatible avec le traité¹⁹⁰⁴. Ce point a été en partie évoqué dans l'affaire *Menzies c. Sénégal*. Le demandeur soutenait qu'il fallait interpréter la clause de la nation la plus favorisée de l'Accord Général sur les Biens et Services (AGCS) de l'OMC comme permettant à l'investisseur de bénéficier de l'offre d'arbitrage contenue aux articles 10 du TBI Sénégal - Pays-Bas ou 8 du TBI Sénégal - Royaume-Uni. Selon les plaignants, refuser une telle interprétation conduirait à soustraire le Sénégal de ses obligations internationales en lui permettant d'accorder un traitement favorable à des fournisseurs étrangers, en l'espèce britannique et néerlandais, qui ne serait pas étendu aux requérants. L'État défendeur pour sa part estimait que l'AGCS n'avait pas un effet direct et qu'ainsi un investisseur ne pouvait valablement en invoquer le bénéfice. Si le tribunal ne répond pas à cette préoccupation, il constate entre autres qu'il ne lui appartient pas d'interpréter un traité de sorte qu'il soit conforme aux obligations de l'État

¹⁹⁰² Sans être catégorique, il peut être soutenu en l'hypothèse que le tribunal arbitral devra alors se conformer à l'interprétation des tribunaux internes en dépit des contradictions apparentes. Outre la raison théorique selon laquelle ce dernier doit appliquer le droit interne, nous y voyons au moins une raison pratique ; le risque d'annulation de la sentence si celle-ci est rendue par un tribunal constitué dans l'État d'accueil. Ce risque d'annulation est cependant amoindri en cas de recours devant le CIRDI.

¹⁹⁰³ Pour une analyse synthétisant les positions et proposant un modèle en vue de dépasser cette approche rigoriste, voir : Evelyne LAGRANGE, « L'application des accords d'investissement dans les ordres juridiques internes », *Droit des investissements internationaux : Perspectives croisées*, Sabrina ROBERT-CUENDET (dir.), Bruylant, 5 mai 2017, pp 485 – 573.

¹⁹⁰⁴ La constitution sud-africaine précise tout de même que les tribunaux doivent avoir une telle préférence en ces termes : « *When interpreting any legislation, every court must prefer any reasonable interpretation of the legislation that is consistent with international law over any alternative interpretation that is inconsistent with international law* » Afrique du Sud, *Act 108 of 1996 adopting the Constitution of the Republic of South Africa*, version consolidée de 2012, art. 233.

dans la mesure où le non-respect de telles obligations demeure une prérogative étatique¹⁹⁰⁵.

704. L'incorporation du droit international coutumier. La mobilisation du droit conventionnel n'est possible que lorsque la référence au droit international dans la constitution prévoit expressément cette hypothèse. Ce cas de figure est cependant rare. L'hypothèse qui se rencontre le plus souvent est celle d'une référence à la coutume internationale, soit expressément, soit par la mention des principes généraux de droit¹⁹⁰⁶. Suivant la formule de Blackstone¹⁹⁰⁷, il faut alors considérer le droit international, spécialement la coutume internationale, comme faisant partie du droit interne des États sans que sa portée ne puisse être exagérée. En effet, la doctrine considère traditionnellement que la coutume internationale dans ces situations qui suggèrent une forme de monisme juridique, n'est opposable qu'aux actes de l'exécutif à l'exclusion de ceux du parlement¹⁹⁰⁸. Ce que confirme d'ailleurs l'article 232 de la constitution sud-africaine de 1996 en ces termes : « *[c]ustomary international law is law in the Republic unless it is inconsistent with the Constitution or an Act of Parliament* ».

La limitation emporte plusieurs conséquences pour l'interprétation des codes des investissements. Tout d'abord, la coutume ne peut servir de fondement à une interprétation *contra legem*. Dans l'affaire *SPP c. Égypte*, l'État défendeur soutenait cette position au motif que l'expropriation en droit interne ne couvrait pas les droits contractuels. Le tribunal arbitral a écarté l'argument du défendeur parce qu'il fallait apprécier la question de l'expropriation au regard du droit international et non du droit interne qui comportait des lacunes¹⁹⁰⁹. Ce point de vue qui a déjà été critiqué¹⁹¹⁰, met l'accent sur les enjeux pratiques de la discussion. En effet, l'interdiction d'une interprétation *contra legem* aurait été de nature à affecter l'étendue des droits dont pouvaient bénéficier la société SPP. L'expropriation en droit égyptien ne couvrait que les dépossessions de biens à l'exclusion des droits contractuels. Or, les droits dont la SPP

¹⁹⁰⁵ CIRDI, *MMEA et AHSI c. Sénégal*, ARB/15/21, 05 août 2016, § 137.

¹⁹⁰⁶ Pour une mention expresse de la coutume, voir Afrique du Sud, Constitution préc., art. 232. Pour la référence aux principes de droit international, voir la constitution kirghize évoquée dans l'affaire Pétrobart précité (SCC, *Petrobart c. Kyrghystan*, sentence, 13 février 2003, p. 50).

¹⁹⁰⁷ La formule tient en ceci : « The law of nations (...) is held to be a part of the law of the land ». Pour une présentation du principe : Hersch LAUTERPACHT, « Is international law a Part of the Law of England? », *Transaction of the Grotius Society*, vol. 25, 1939, pp 51 – 88.

¹⁹⁰⁸ Jean COMBACAU et Serge SUR, *Droit international public*, Montchrestien, 5^{ème} éd., 2001, p. 183 ; Jacqueline DUTHEIL DE LA ROCHERE, « Le droit international fait-il partie du droit anglais ? », *Le droit international : unité et diversité*, Mél. Paul Reuter, A. Pédone, 1980, Paris, pp 243 – 268.

¹⁹⁰⁹ CIRDI, *SPP c. Égypte*, ARB/84/3, Fond, 20 mai 1992, paras. 160-164

¹⁹¹⁰ Voir *supra* dans ce même chapitre, section 1, §1, B.

arguait la violation étaient de nature contractuelle. Par conséquent, seul le recours au droit international permettait aux plaignants d'obtenir réparation¹⁹¹¹.

Également, en cas d'interprétation *secundum et praeter legem*, toutes les coutumes internationales ne devraient pas être visées. Dans l'affaire *Lahoud c. RDC*, le tribunal soulignait que l'exigence « d'un traitement juste et équitable **en conformité avec les principes du droit international** » devait s'entendre de l'obligation de traitement juste et équitable telle qu'elle trouve son origine en droit international et « y a été développée au point de figurer quasi systématiquement dans les nombreux accords bilatéraux et multilatéraux de promotion et de protection des investissements »¹⁹¹². On pourrait à la lecture de ce passage déduire que le traitement juste et équitable ne couvre pas seulement le standard minimum, standard de droit coutumier, mais également l'interprétation évolutive qui en a été faite et qui, en écho aux théories sur la création de la coutume à partir des traités¹⁹¹³, pourrait aujourd'hui relever de la coutume internationale. Partant, se poserait la question de savoir si cette coutume fait également partie du droit interne ? Pour prendre le cas de l'Afrique du Sud¹⁹¹⁴, dans une affaire *Nduli v. Minister of Justice*, le tribunal a considéré que « [...] *according to our law only such rules of international law are to be regarded as part of our law as are either universally recognized or have received the assent of this country* [...] »¹⁹¹⁵. Dans son commentaire de la décision, Dermott Devine précisait qu'il fallait distinguer entre les coutumes universelles, générales, régionales et particulières. Les coutumes universelles sont celles qui lient tous les États et sont *ipso facto* applicables à l'Afrique du Sud. Cela rend superflu tout assentiment puisque ces coutumes font déjà partie du droit sud-africain. En revanche, pour les coutumes générales qui incluent un grand nombre d'États à l'exclusion de quelques-uns, elles ne font pas partie du droit sud-africain tant qu'elles ne reçoivent pas l'assentiment de l'État sud-africain¹⁹¹⁶. À suivre cette interprétation et prenant en compte le fait que l'Afrique du Sud

¹⁹¹¹ CIRDI, *SPP c. Egypte*, ARB/84/3, Fond, 20 mai 1992, paras. 160-164

¹⁹¹² CIRDI, *Lahoud c. RDC*, ARB/10/4, 7 février 2014, § 361

¹⁹¹³ Patrick JUILLARD, « L'évolution des sources du droit international des investissements », *RCADI*, vol. 250, 1994, §§ 218 – 220.

¹⁹¹⁴ L'Afrique du Sud est citée en exemple ici pour deux raisons : la première tient à des questions d'accès à l'information et la seconde, c'est la politique normative particulière de cet État dans le domaine des investissements qui en fait un exemple de choix.

¹⁹¹⁵ Afrique du Sud, *Nduli v. Minister of Justice*, 1978, SA 893(A), p. 938.

¹⁹¹⁶ L'auteur écrit ainsi : « *General rules, on the other hand, are those which are binding on states in general, including the majority of states within important regional blocks and the major powers. The rules in question are therefore binding on most states but not necessarily on every state. A state will not be bound by a newly evolved rule of customary law if it has not contributed to the formation of that rule, but has, on the contrary, persistently objected to it. (...) Once the Court find that the rule in question is a general international customary law rule, the presumption should be that it has received 'the assent of this country' as required by the Nduli case. The presumption, however, would be rebuttable and a party who wished to rebut it would have to establish the non-assent of the country, that is, that South Africa was, in fact, a persistent objector in relation to the rule in question* ». Dermott DEVINE, « What international Customary Law Is Part of the South African Law », *South African Law Yearbook of International Law*, vol 13, 1987 – 1988, pp. 119 – 127. Pour une discussion générale sur la place de la coutume en droit sud-africain : AJGM SANDERS, « The applicability of customary international law in South African law – the Appeal Court has spoken », *Comparative*

a dénoncé certains de ces TBI, il serait difficile de considérer que la coutume internationale qui fasse partie du droit sud-africain n'est pas uniquement celle en rapport avec le standard minimum de traitement.

705. En somme, l'incorporation produit des effets extrêmement limités. Lorsque les conditions sont réunies, le droit international incorporé concerne très largement le standard minimum de traitement dont le contenu ne contribue pas toujours à lever les zones d'ombre des codes des investissements. Ce droit coutumier peut ainsi servir d'outil d'interprétation, mais pas de cause juridique de l'action. Ce faisant, qu'il s'agisse d'un renvoi ou d'une incorporation, la norme internationale visée est internalisée. Ceci justifie les réticences quant à une application des normes secondaires internationales.

Section 2 : L'exclusion des normes secondaires de droit international

706. Le droit interne comme droit applicable au fond du litige et le rattachement des codes des investissements à l'ordre juridique interne permettent d'exclure les normes secondaires de droit international, notamment celles prévues par les *Articles de la CDI sur la responsabilité internationale des États*. Si cela semble évident, des voix appellent cependant à plus de réserves dans la mesure où certaines normes secondaires de droit international pourraient trouver à s'appliquer¹⁹¹⁷. Deux séries d'arguments sont alors envisagées. *Primo*, certaines normes secondaires de droit international sont considérées comme ayant une existence indépendante de toute violation d'obligation primaire internationale. À ce titre, elles pourraient s'appliquer en l'absence de toute violation de la norme primaire (§1). En outre, les renvois explicites au droit international opèrent également incorporation des normes secondaires de celui-ci (§2). Ces propositions, quoique intéressantes, n'en demeurent pas moins inadaptées.

§1 : L'inadéquation de l'existence indépendante des normes secondaires d'attribution de toute responsabilité internationale

707. Le flou entre ces notions de normes primaires et normes secondaires est un des facteurs qui autorise les nuances quant à une possible application des *Articles de la CDI*

and International Law Journal of Southern Africa, juillet 1978, vol. 11, n°2, pp 198 – 207; Hercules BOOYSEN, « The administrative law implications of the "customary international law is part of South African Law" doctrine », *South African Yearbook of International Law*, 1997, vol. 22, p. 46.

¹⁹¹⁷ Un auteur souligne en ce sens: « However, the law of state responsibility has proven highly adaptable, and its applicability in a domestic law analysis may be more nuanced. The remedial provisions in the law of state responsibility may be relevant to FIL (Foreign Investment Law) Claims, since neither FILs nor applicable arbitral rules specify the remedies for breach. If these rules simply reflect general principles of law, (...) tribunals could refer to them for guidance on remedies, if they do not apply them directly ». Jarrod HEPBURN, « Domestic Investment Statutes in International Law » in *AJIL*, vol. 112, Octobre 2018, p. 658, spec., pp 698 – 699:

sur la responsabilité internationale des États à l'occasion d'une violation du code des investissements. Mais pour rendre cela possible, les auteurs envisagent une classification des normes secondaires d'après un critère critiquable (A) et dont les conséquences pratiques ne sont pas toujours évidentes à saisir (B).

A. LE CRITERE CRITIQUE DE L'EXISTENCE AUTONOME DES NORMES SECONDAIRES
D'ATTRIBUTION

708. Énoncé de la théorie. Dans un article publié à la *Netherlands International Law Review*, Jure Vidmar, professeur à l'Université de Maastricht, suggérait que la division entre les règles primaires et secondaires du droit international était confuse et arbitraire, et que celle-ci ne devait pas être comprise comme un ordre séquentiel. Selon l'auteur, quelques normes secondaires de droit international participeraient, en réalité, de l'élaboration de la norme primaire. Dans les grandes lignes, il explique qu'un fait internationalement illicite résulte de la violation d'une norme primaire internationale. Or, seuls les États et les organisations internationales peuvent souscrire à des engagements internationaux et donc violer une norme primaire internationale. Ainsi, l'existence même de la violation dépend de l'attribution du fait à l'État ou à l'organisation internationale. Par exemple, une agression contre un État commise par les forces armées d'un autre État est un fait internationalement illicite, tandis qu'une agression commise contre un État par des milices privées, si elle ne peut être attribuée à un État, ne constitue pas un fait internationalement illicite. Par conséquent, les règles d'attribution présentées comme secondaires n'ont rien de secondaires en ce qu'elles interviennent immédiatement dans la caractérisation du fait internationalement illicite et à ce titre ont une existence indépendante de toute violation d'une obligation primaire¹⁹¹⁸. Fort de ce constat, Jarrod Hepburn, professeur à l'École de Droit de Melbourne, considère que les règles secondaires d'attribution de droit international pourraient s'appliquer en cas de violation d'une obligation contenue dans un code des investissements, indépendamment de savoir si ce code contient des obligations primaires internationales. De la sorte, même si la violation du code des investissements ne constitue pas un fait internationalement illicite au sens des *Articles de la CDI sur la responsabilité internationale des États*¹⁹¹⁹, l'indépendance des

¹⁹¹⁸ Jure VIDMAR, "Some Observations on Wrongfulness, Responsibility and Defences in International Law", *Netherlands International Law Review*, 2016, vol. 63, pp. 335 – 353.

¹⁹¹⁹ AGNU, « Responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite », *Résolution 56/83*, 28 janvier 2002.

règles d'attribution autorise que celles-ci s'appliquent à la violation de cette norme interne¹⁹²⁰.

709. La consécration en droit positif. Cette théorie de l'existence indépendante des normes secondaires de droit international public a le mérite de proposer une explication à l'application des règles d'attribution de droit international telle qu'il en a été dans l'affaire *SPP c. Egypte*¹⁹²¹, *Tradex Hellas c. Albanie*¹⁹²² et dans *Lahoud c. RDC*. Mais elle fait accroire que ces normes secondaires de la responsabilité internationale seraient applicables sans lien avec la violation d'une norme primaire. Déjà, il faut rappeler que dans les affaires *SPP c. Egypte* et *Tradex Hellas c. Albanie*, les travaux de la CDI sur la responsabilité internationale n'avaient pas encore été rendus. Également, le tribunal dans l'affaire *SPP c. Egypte* pensait, certes à tort, qu'il y avait violation du droit international tandis que dans l'affaire *Tradex c. Albanie*, le tribunal se contentait d'observer que Tradex Torovice était une entité distincte de l'État albanais selon le droit albanais et qu'ainsi aucune mesure de la société n'était *per se* imputable à l'Albanie. Seule ainsi, la sentence *Lahoud c. RDC* procède à une application consciente des *Articles de la CDI sur la responsabilité internationale des États*.

Le litige en l'espèce trouve son origine dans le retrait du bail dont prétendaient bénéficier les requérants par le biais de leur société IMPOREX au profit d'un tiers et à la suite de plusieurs mesures adoptées. Les demandeurs reprochaient à l'État d'avoir violé son obligation de traitement juste et équitable ainsi que leur droit de ne pas être exproprié en raison des actes pris par le Conservateur des titres immobiliers, de l'inaction et autres carences de l'Office des Biens Mal Acquis, du jugement ordonnant le déguerpissement et du rejet des recours ultérieurs intentés par la société IMPOREX ainsi que de la mise en œuvre brusque et sans mise en demeure du déguerpissement. En somme, ils reprochaient à la République démocratique du Congo, les préjudices qu'ils avaient subis du fait des actions et omissions prises par diverses entités au titre desquelles figuraient : le conservateur des titres immobiliers, l'Office des Biens Mal Acquis (OBMA), les tribunaux internes de la RDC, le président de la République, le ministre de la Justice, l'Assemblée nationale et les forces de police. Le Conservateur des titres immobiliers,

¹⁹²⁰ « These applications can be justified on the grounds that, unlike the circumstances precluding wrongfulness, attribution rules are not premised on a finding of international responsibility, but instead arise prior to such a finding. Subject to any *lex specialis* definition in a FIL itself of the state or state entities to which the statute applies, international attribution rules can be applied by FIL tribunals on incidental questions of state definition ». Jarrod HEPBURN, « Domestic Investment Statutes in International Law » in *AJIL*, vol. 112, Octobre 2018, pp 689-700.

¹⁹²¹ CIRDI, *SPP c. Egypte*, ARB/84/3, sentence, 20 mai 1992, §§ 82 – 85.

¹⁹²² CIRDI, *Tradex Hellas c. Albanie*, ARB/94/2, sentence, 29 avril 1999, § 104.

selon le droit interne, est un organe de l'État (un fonctionnaire) qui a pour mission d'administrer les circonscriptions foncières. A ce titre, l'État est responsable des erreurs commises par celui-ci¹⁹²³. Selon les demandeurs, les certificats d'enregistrement délivrés par celui-ci n'étaient pas réguliers. S'agissant de l'OBMA, celle-ci est une structure créée par un décret-loi du 16 juillet 1996, dotée de la personnalité juridique et placée sous la tutelle du ministre de la Justice et exerçant des prérogatives de puissance publique telles que la surveillance, le contrôle, l'inspection et la gestion du portefeuille de l'État et des services publics centraux, mais aussi la recherche, la constatation et la poursuite des infractions commises dans ce secteur¹⁹²⁴. Les demandeurs s'estimaient lésés par les manquements du fait que l'OBMA n'avait pas exercé ses missions correctement. La question posée au tribunal était donc de savoir si les actions et manquements de ces diverses entités, y compris les organes de l'exécutif, du législatif et de l'autorité judiciaire pouvaient être attribués à l'État congolais. Pour les demandeurs, afin de répondre à cette question, il fallait s'en remettre aux *Articles de la CDI sur la responsabilité internationale des États* tandis que l'État défendeur estimait que ces articles n'étaient qu'un simple projet et que le litige opposait en réalité les époux Lahoud au sieur Dakhallallah au sujet d'un bail commercial. Le tribunal arbitral opta toutefois pour l'application des *Articles de la CDI* en ces termes :

« Les demandeurs invoquent essentiellement les articles 4 et 5 du Projet d'articles de la CDI, projet annexé à la Résolution A/RES/56/83 de l'Assemblée générale des Nations Unies adoptée le 12 décembre 2001. Ces articles codifient des règles considérées comme reflétant le droit international coutumier sur la question de l'attribution pour les besoins d'établir la responsabilité d'un État vis-à-vis d'un autre État. **Contrairement à ce que semble prétendre la défenderesse, ces règles sont à la fois pertinentes et régulièrement appliquées par analogie dans les litiges opposant les États à des investisseurs privés, comme c'est le cas en l'espèce** »¹⁹²⁵.

Il est particulièrement saisissant de voir que le tribunal ne s'embarrasse pas de plus précisions concernant une telle analogie. Les *Articles de la CDI* appliqués visent l'attribution à l'État de fait internationalement illicite, eux-mêmes définis comme une action ou une omission attribuable à l'État en vertu du droit international et constituant une violation d'une obligation internationale de l'État¹⁹²⁶. Or, les violations dont il était question en l'espèce, n'étaient pas des violations d'obligations internationales mais des violations du code des investissements. Comment dès lors une telle analogie pourrait se

¹⁹²³ CIRDI, *Lahoud c. RDC*, ARB/10/4, 7 février 2014, § 383 citant la loi du 20 juillet 1973, article 223.

¹⁹²⁴ CIRDI, *Lahoud c. RDC*, ARB/10/4, 7 février 2014, § 380 citant le décret-loi du 16 juillet 1997 portant création d'un Office des Biens Mal Acquis.

¹⁹²⁵ CIRDI, *Epoux Lahoud c. République démocratique du Congo*, ARB/10/4, 7 février 2014, §§ 373 – 386, spéc. § 375.

¹⁹²⁶ AGNU, « Responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite », *Résolution 56/83*, 28 janvier 2002, article 2.

justifier ? La réponse proposée tiendrait, selon Hepburn, au fait que les règles secondaires d'attribution auraient une vie en dehors de la responsabilité internationale des États.

710. Les fondements de la théorie. Dans son analyse sur le sujet qui a inspiré Hepburn, Vidmar précisait que la distinction entre normes primaires et normes secondaires n'était pas toujours évidente. Si suivant les approches largement admises, les normes primaires renvoient aux normes de conduite tandis que les normes secondaires « *aim to regulate responsibility for wrongfulness* », il peut arriver qu'un fait illicite en droit international provienne d'individus qui ne sont pas des sujets de droit international. En pareil cas, faute de pouvoir attribuer ces actes à une entité légalement responsable en droit international, l'action commise ne constitue pas ou plus un fait internationalement illicite. Autrement dit, les règles d'attribution ne déterminent pas les conséquences de la violation d'une norme primaire, mais l'existence même de cette violation. À ce titre, elles se distinguent des autres règles telles que la réparation qui figurent dans les *Articles de la CDI* précités. En cela, elles pourraient même ne rien avoir de secondaire puisque leur appréciation est antérieure au constat d'illicéité¹⁹²⁷. Une analyse pertinente si l'on tient compte du fait que la CDI fait de l'attribution du comportement à l'État un élément constitutif du fait internationalement illicite¹⁹²⁸.

711. Critique des fondements. Cependant, si l'on peut admettre que la distinction entre normes primaire et secondaire n'est pas toujours nette, l'analyse proposée est quelque peu réductrice en ce qu'un simple ordre de préséance suffit à justifier l'application des règles d'attribution en dehors de toute responsabilité internationale. Déjà, Hart proposait de définir les normes primaires comme des normes de conduite (norme de prescription ou prohibition) et les normes secondaires comme des « normes de compétences » qui comprennent des normes de reconnaissance, de changement et de décision dont le sens a pu être enrichi par Noberto Bobbio¹⁹²⁹. À partir de ces éléments, la distinction apparaît moins floue. Reprenant les exemples apportés au soutien de sa démonstration par Vidmar, à savoir l'action des Contras dans l'affaire du Nicaragua et des forces armées sur le territoire ukrainien impliquées dans l'incident du MH17, la norme primaire violée était celle de l'interdiction de l'emploi de la force armée. Les règles d'attribution dans ces hypothèses n'ont pas eu pour objectif d'identifier les assujettis à

¹⁹²⁷ Jure VIDMAR, « Some Observations on Wrongfulness, Responsibility and Defences in International Law », *Netherlands International Law Review*, 2016, vol. 63, pp 335 – 353.

¹⁹²⁸ CDI, *Projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite et commentaires y relatifs*, 2001, art. 2, commentaire n°5 et 6.

¹⁹²⁹ Pour une analyse sommaire des approches : Paul DUBOUCHET, « Pour une théorie normative de l'institution », *Revue de la recherche juridique, droit prospectif*, 1993, PUAM, pp 739 – 756, spéc. pp. 740 – 744.

cette norme que sont les États, mais seulement si les violations constatées étaient ou non imputables à un État. L'opération n'intéresse dès lors plus la norme primaire en elle-même, mais les conditions pour sanctionner sa violation. Autrement dit, il ne faudrait pas confondre l'identification *in abstracto* du débiteur de l'obligation primaire (celui qui doit s'abstenir de commettre l'acte illicite) et l'identification *in casu* de l'auteur (ou celui susceptible de l'être) du fait contraire à l'obligation primaire. Dans le premier cas, le processus intéresse les normes primaires, notamment leur teneur et est résolu par le pouvoir normateur. Dans le second cas, ce sont les normes secondaires qui sont en cause et visent la sanction de la violation de la norme primaire.

De la sorte, les règles d'attribution ne sont pas indépendantes du fait internationalement illicite, mais en lien avec la violation d'une obligation internationale. C'est toujours le constat, fut-il *prima facie* de la violation d'une obligation internationale, qui conduit à en rechercher l'attribution à l'État. La justification avancée par Hepburn s'en trouve critiquable. De plus, même s'il fallait accorder tout crédit à l'analyse de Vidmar, l'auteur semble dire que ces règles d'attribution relèvent des normes primaires de droit international, en ce qu'elles participent de son existence. Le code n'étant pas une source de droit international, le recours aux règles d'attribution ne s'en trouverait dès lors pas justifié pour autant. Donc, sous le prétexte d'une quelconque autonomie des règles d'attribution vis-à-vis de la commission d'un fait internationalement illicite, on ne peut en déduire une possible application de ces règles à l'évaluation de la responsabilité de l'État. La théorie avancée est d'autant plus inadaptée qu'elle présente peu d'intérêts pratiques.

B. L'ABSENCE D'INTERET PRATIQUE DE LA THEORIE DE L'INDEPENDANCE DES NORMES SECONDAIRES D'ATTRIBUTION DE LA COMMISSION D'UN FAIT INTERNATIONALEMENT ILLICITE.

712. L'objectif recherché. L'ambition n'est pas voilée. Le précédent argument théorique a pour unique objectif de justifier l'application des règles secondaires d'attribution à la responsabilité fondée sur les codes des investissements, sur fond de lacunes des dispositions nationales. Ces règles, à leur tour, permettront d'identifier ces actions ou omissions préjudiciables à l'investisseur qui pourraient être imputées à l'État ainsi que celles propres aux entités paraétatiques suivant le vocable admis en droit

international¹⁹³⁰. L'enjeu étant alors celui de l'identification des organes de l'État et des entités dont il répond, il faudrait apprécier dans quelle mesure les droits internes n'y apportent pas déjà une réponse.

713. Les solutions législatives prévues. D'emblée, il est important de rappeler que l'approche organique de l'État, d'après les règles de droit international, opère un renvoi vers les droits internes¹⁹³¹. Ainsi, pour l'identification des organes de l'État, il peut être directement fait application du droit interne. À ce sujet, certains codes des investissements contiennent une définition utile de l'État qui pourrait être d'intérêt pour la présente démonstration. L'article 5 de la charte des investissements de 2002 du Cameroun dispose en ce sens : « Aux termes de la présente loi, l'État recouvre l'ensemble des institutions publiques prévues par la Constitution »¹⁹³². Cette définition générale de l'État peut servir à l'identification de ses organes d'autant que le texte renvoie expressément à la constitution pour l'identification des entités dépendant de l'État¹⁹³³.

Aussi, certains législateurs prévoient pour la plupart que les agences de promotion de l'investissement dépendent de lui et assument les missions qu'ils leur confient. D'ailleurs, certaines agences n'ont pas une personnalité juridique propre et sont des organes de l'État¹⁹³⁴. Les actes qu'elles prennent sont imputables à l'État¹⁹³⁵.

Enfin, pour les personnes publiques internes telles que les entités fédérées ou les régions, communes, *etc.*, certains codes prévoient qu'elles peuvent être assimilées à l'État. Le code des investissements éthiopien dispose en ce sens : « *“region” means any state specified under Article 47(1) of the Constitution of the Federal Democratic Republic of Ethiopia and includes the Addis Ababa and Dire Dawa city administration* ». Pour cette dernière catégorie, le raisonnement requiert d'être plus nuancé. Lorsque le code prévoit que l'État, au titre des obligations figurant dans celui-ci, répond des actions et omissions

¹⁹³⁰ L'expression est évoquée par la Commission du droit international et désigne selon la formule du professeur Yves Nouvel « une gamme d'institutions qui, sans être rattachées organiquement à l'État – elles n'ont pas ce statut en droit interne –, lui sont néanmoins reliées par d'autres facteurs. Création par les autorités publiques, composition du capital et des organes dirigeants, mission de service public sont autant d'indices pertinents ». Yves NOUVEL, « Les entités paraétatiques dans la jurisprudence du CIRDI », *Le contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement*, LGDJ, Anthémis, 2006, p. 25.

¹⁹³¹ L'article 4(2) des Articles de la CDI sur la responsabilité internationale des États prévoit : « Un organe comprend toute personne ou entité qui a ce statut d'après le droit interne des États ».

¹⁹³² Également : Guinée : Loi L/2015/No.008/AN portant code des investissements de la République de Guinée, art. 2 : « Etat: ensemble des institutions publiques nationales et locales prévues et organisées par la Constitution de la République de Guinée » ; Guinea Bissau : Article 1 loi n°3/2011 du 6 juillet 2011, Republic of Guinea-Bissau, represented as required by its constitution

¹⁹³³ Dans le même sens : Afrique du Sud, loi des investissements de 2015 : « Organ of state means an organ of state as defined in section 239 of the Constitution ».

¹⁹³⁴ Pour un exemple : Côte d'Ivoire, Code des investissements de 2012, art 1 : « (...) Organisme national chargé de la promotion des investissements : la structure ou l'institution mandatée par l'État pour assurer la promotion des investissements en Côte d'Ivoire ».

¹⁹³⁵ Dans l'affaire *Lahoud c. Congo* précité, la loi instituant un Conservateur des titres immobiliers prévoyait que l'État était responsable des erreurs commises par le Conservateur. CIRDI, *Lahoud c. RDC*, ARB/10/4, 7 février 2014, § 383 citant la loi du 20 juillet 1973, article 223.

de ces dernières, l'attribution s'en trouverait justifiée. Dans les autres cas de figure, la personnalité juridique distincte invite à les considérer comme des entités paraétatiques.

714. La pratique arbitrale. Les solutions qui se dégagent de la pratique tendent à admettre que les actions des entités paraétatiques, c'est-à-dire les entités qui vis-à-vis de l'État bénéficient d'une autonomie fonctionnelle, ne sont pas imputables à celui-ci en principe. Dans l'affaire *Amco Asia c. Indonésie*, le tribunal a émis la considération suivante :

« PT Wisma constitue une entité qui poursuit la recherche de profits pour son propre compte. Par nature, ce but n'est pas différent de celui des autres entités publiques ou privées, mais il diffère certainement de celui que poursuit normalement un gouvernement, à savoir l'administration publique dans son sens le plus large »¹⁹³⁶.

Également, dans l'affaire *Tradex c. Albanie*, le tribunal observait que « l'entreprise commune n'est pas assimilable à l'État albanais et donc toutes les mesures prises par l'entreprise commune elle-même ne sont pas imputables à l'État albanais »¹⁹³⁷. Toutefois, par l'effet de l'application des *Articles de la CDI* précités, certains tribunaux arbitraux ont pu estimer que lorsque ces entités exercent des prérogatives de puissance publique et qu'usant de telles prérogatives elles portent atteinte aux droits de l'investisseur, celles-ci sont imputables à l'État. C'est d'ailleurs le sens de la sentence *Lahoud* évoqué précédemment¹⁹³⁸. Ainsi, s'il fallait exclure l'application des *Articles de la CDI*, se poserait alors la question de savoir quelles entités pourraient voir leurs actions ou omissions imputées à l'État et à quelles conditions ?

715. L'amorce d'un régime *sui generis*. L'éparpillement des textes en raison notamment des renvois aux dispositions constitutionnelles ne permet pas de systématiser la pratique. Mais en tant que *lex specialis*, peu de codes apportent une réponse à ces interrogations. L'exemple du code des investissements zambien pourrait ici servir de modèle à l'amorce d'une réflexion sur le régime des entités paraétatiques en droit interne. Pour permettre leur identification, le code procède à une énumération des diverses entités concernées. L'article 3 rappelle ainsi :

« *State institution includes a ministry or department of Government, a public office or agency or institution, statutory body or company in which the Government has a controlling interest, a local government authority, a commission or body established under the Constitution* »¹⁹³⁹

Et l'alinéa suivant d'ajouter :

¹⁹³⁶ CIRDI, *Amco Asia c. Indonésie*, 20 novembre 1984, *JDI*, 1987, trad. Emmanuel Gaillard, p. 167.

¹⁹³⁷ CIRDI, *Tradex Hellas s.a. c. Albanie*, 29 avril 1999, *JDI*, 2000, trad. Emmanuel Gaillard, p. 167, § 104.

¹⁹³⁸ CIRDI, *Lahoud c. RDC*, ARB/10/4, 7 février 2014, §§ 377 – 382.

¹⁹³⁹ Article 3 du code des investissements zambien de 2006 précité, note de page n°79.

« State owned enterprise ” means a corporation, board, company, parastatal or other body in which the government has direct or indirect ownership, equity or interest and includes a partnership, joint venture or any other form of business arrangement or organization in which the Government has direct or indirect interest, but does not include a Government ministry or department ».

De la lecture de ces passages, il résulte que certaines entités, en ce compris les entreprises publiques, bien que pouvant bénéficier d’une personnalité morale distincte de l’État, sont assimilables aux institutions de celui-ci dans le cadre du code des investissements si celles-ci sont contrôlées par l’Etat. La définition proposée tend ainsi à faire de l’entité paraétatique, une entité placée dans un rapport de dépendance vis-à-vis de l’État. La possession d’une personnalité juridique propre étant sans conséquence si, sur le plan fonctionnel, celle-ci se caractérise par une absence d’autonomie. Pour établir cette absence d’autonomie, le législateur retient à la fois un critère de droit, mais également un critère factuel.

716. L’autonomie de droit. Au titre de l’autonomie de droit, le texte définit comme institutions étatiques¹⁹⁴⁰, celles dont les textes les soumettent aux organes centraux de l’État. Ceci s’induit de la mention des ministères, agences, bureau et institutions publiques et organisme public de la catégorie des institutions étatiques. À cette liste qui correspond vraisemblablement aux organes de l’État, peut également être ajoutée les personnes morales de droit public de façon large en ce que le texte fait également mention des autorités gouvernementales locales, des commissions et organes instituées par la Constitution.

717. L’autonomie de fait. L’autonomie de fait concerne essentiellement les entreprises publiques. Le critère retenu est celui de la participation au capital. Lorsqu’une telle participation est majoritaire, alors l’entreprise doit être considérée comme une institution de l’État. On pourrait se poser la question du sort des entreprises dans lesquelles l’État ne possède pas une participation majoritaire. Bien qu’étant des entreprises publiques, selon la définition large proposée par le code zambien, elles ne remplissent pas *a priori* la condition énoncée à l’article 3. Ainsi faut-il en déduire que de telles entreprises bénéficient d’une indépendance fonctionnelle suffisante.

Pour le reste des entités, le texte zambien n’indique pas clairement à quelles conditions leurs actes peuvent être imputés à l’État. Cependant, la question de savoir si elles exerçaient effectivement des prérogatives de puissance publique lors de la

¹⁹⁴⁰ Traduction littérale de « State institution ».

commission des faits dommageables ne se pose pas. En effet, de l'assimilation aux institutions de l'État, il résulte que tous les actes de ces entités sont imputables à l'État. Parvenant à cette conclusion, il peut paraître moins à l'avantage de l'investisseur d'appliquer les *Articles de la CDI*, puisque ce texte requiert la démonstration de l'exercice de prérogatives de puissance publique pour l'imputation d'un fait illicite à l'État, y compris lorsque ces entités agissent sous son contrôle¹⁹⁴¹. Cela est d'autant plus vrai que l'on retrouve plus fréquemment des dispositions relatives à la définition de l'État et à ses organes que des dispositions intéressant directement les entités paraétatiques dans les codes africains¹⁹⁴². Ces silences des lois invitent à faire preuve de réserve concernant une possible attribution d'actions ou omissions d'entités non envisagées par les textes à l'État.

718. Il en résulte que dans le cadre des réclamations légales, l'attribution des actes et comportements des entités distinctes de l'État à celui-ci est difficile à mettre en œuvre. Mais ce résultat n'altère en rien le pouvoir de connaissance de la norme de l'arbitre. Il n'est pas exclu qu'à l'occasion de l'interprétation d'une garantie substantielle, une approche modulée de la notion d'État émerge bien qu'en pratique, certaines réticences s'observent¹⁹⁴³. Quoiqu'il en soit, une telle approche ne saurait résulter d'une application des normes secondaires de droit international y compris en présence d'un renvoi.

§2 : L'application inappropriée des normes secondaires de droit international en raison du renvoi au droit international

719. Le second argument évoqué pour envisager une possible application des normes secondaires de droit international (notamment celles visant la sanction des violations des normes primaires) trouverait sa justification dans la volonté des parties, du moins en apparence. Il est en effet douteux de penser qu'au moment de l'élaboration de leurs codes des investissements ou durant les négociations des contrats d'investissement, les législateurs ou les gouvernements et les investisseurs discutent du caractère interdépendant des normes primaires et secondaires de droit international (A). Cet aspect

¹⁹⁴¹ AGNU, *Résolution 56/83*, 28 janvier 2002, Responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, article 8

¹⁹⁴² Le code des investissements de Guinée de 2015 définit l'État à son article 2 comme « l'ensemble des institutions publiques nationales et locales prévues et organisées par la Constitution de la République de Guinée ». D'autres textes, textes comme celui du Bénin ne comportent pas de définition de l'État. En revanche, certaines institutions se voient attribuer un rôle précis par le code. C'est le cas des API locales qui assurent le contrôle des mécanismes de suivi et de sanction des obligations de l'investisseur.

¹⁹⁴³ Sur le refus de considérer que des règles d'attribution peuvent dériver de certaines garanties substantielles, notamment pour la garantie de sécurité pleine et entière, voir CIRDI, *AAPL c. Sri Lanka*, ARB/087/1, Sentence, 17 juin 1990, § 53. Aussi, Yves NOUVEL, « Les entités paraétatiques dans la jurisprudence du CIRDI », *op. cit.*, p. 39 et Franck LATTY, « Conditions d'engagement de la responsabilité de l'État d'accueil de l'investissement », *Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational*, Charles LEBEN (dir.) A. Pédone, Paris, 2015, pp 432 – 433.

peu probable donne à penser que leur réelle volonté se pose plutôt comme obstacle à l'admission de cette théorie (B).

A. LES LIMITES DU CARACTERE INTERDEPENDANT DES NORMES PRIMAIRES ET SECONDAIRES DE DROIT INTERNATIONAL

720. Énoncé de la théorie. Selon Jarrod Hepburn, la référence au droit international dans les codes des investissements pourrait également valoir référence aux règles secondaires de droit international. Pour justifier sa suggestion, l'auteur évoque la thèse d'André Nollkaemper du caractère interdépendant des normes primaires et secondaires de droit international. Selon cette théorie, la référence faite aux normes primaires de droit international emporterait désignation des normes secondaires également¹⁹⁴⁴. Seulement l'approche proposée par André Nollkaemper s'éloigne quelque peu de l'emploi qu'en fait l'auteur australien.

721. L'origine de la théorie. Déjà, la préoccupation à l'origine de la réflexion de Nollkaemper est celle du sort des normes secondaires de droit international, notamment les règles coutumières de la responsabilité internationale des États, dans les procédures initiées devant un juge national pour la violation d'une norme primaire internationale. La séparation des ordres juridiques interne et international s'atténue de plus en plus avec la reconnaissance d'un droit d'action aux individus tant devant les juridictions internes qu'internationales. Ainsi, lorsqu'un tribunal national connaît d'une action en réparation introduite par une personne privée contre un État pour violation de ses obligations internationales, le tribunal national devrait-il se prononcer en appliquant ses normes secondaires internes ou celles de droit international ? C'est répondant à cette question que Nollkaemper fait observer que deux raisons pourraient justifier l'application des normes secondaires internationales. Il en irait ainsi lorsque l'instrument violé ou lorsque les normes secondaires créent à la charge des États des obligations secondaires au même titre que les normes primaires. C'est le cas par exemple de l'obligation de non-reconnaissance des situations découlant d'un fait illicite¹⁹⁴⁵. La seconde raison, moins circonstanciée et qui retiendra l'attention ici, est celle de l'interdépendance ou l'inséparabilité entre norme primaire et norme secondaire.

¹⁹⁴⁴ L'auteur indique ainsi: "In fact, just as a FIL's primary rules might require application of international law via renvoi, as suggested above, the reference to international law might also entail reference to secondary rules". Jarrod HEPBURN, « Domestic Investment Statutes in International Law » in *AJIL*, vol. 112, Octobre 2018, p. 700.

¹⁹⁴⁵ André NOLLKAEMPER, "Internationally wrongful acts in domestic courts", *AJIL*, Oct. 2007, vol. 101, pp. 760 – 799, spec. pp 778 – 784.

722. La consécration en droit positif de l'interdépendance. Cette interdépendance serait de droit positif parce que, comme l'auteur le souligne, la CIJ l'aurait consacré dans l'affaire des Réparations des dommages subies aux services des Nations Unies¹⁹⁴⁶ et aussi le Comité d'annulation dans l'affaire *Vivendi c. Argentine*¹⁹⁴⁷. Observons d'ailleurs que lesdites normes secondaires sont définies par rapport à la norme primaire dont l'interprétation, l'application et la sanction dépendent des premières. Ainsi, appliquer la norme primaire internationale sans les normes secondaires ou avec des normes secondaires propres à chaque État, c'est courir le risque d'avoir un régime désaccordé, voire incohérent, des normes internationales.

723. Le rôle du juge interne comme limite. La proposition fait sens. Seulement, le juge interne n'est pas immédiatement le gardien du droit international¹⁹⁴⁸. L'interprétation cohérente du système international n'entre pas dans ses priorités. Il est soumis à d'autres impératifs que n'ignorent d'ailleurs pas les auteurs¹⁹⁴⁹. La préservation de son ordre social est avant tout la mission qui lui est assignée. À ce titre, certaines juridictions nationales n'ont pas hésité à appliquer leurs propres règles en matière de responsabilité même en présence de normes internationales¹⁹⁵⁰. Ceci montre que cette théorie de l'interdépendance des normes primaires et secondaires est loin de faire l'unanimité.

724. La pertinence de la théorie. À cela, il faut ajouter, et les auteurs le concèdent, qu'une application des normes secondaires de droit international n'est pas toujours pertinente. À titre illustratif, si l'interdépendance justifie l'application des normes secondaires internationales à une action introduite sur la base d'un code d'investissement, alors les États devraient être autorisés à plaider l'état de nécessité devant le tribunal

¹⁹⁴⁶ CIJ, *Réparation des dommages subis au service des Nations Unies*, avis, 11 avril 1949, p. 10 : « La réclamation étant fondée sur un manquement à une obligation internationale, manquement dont l'Organisation impute la responsabilité à l'un de ses Membres, ce Membre ne peut prétendre que cette obligation est régie par son droit national, et l'Organisation est fondée à donner à sa réclamation le caractère d'une réclamation internationale ».

¹⁹⁴⁷ CIRDI, *Compania de Aguas del Aconquija S.A. c. Argentine*, Décision, Annulation, ARB/97/3, 3 juillet 2002, § 96 : « *In case of a claim based on a treaty, international law rules of attribution apply, with the result that the state of Argentina is internationally responsible for the acts of its provincial authorities. By contrast, the state of Argentina is not liable for the performance of contracts enter into by Tucumán, which possesses separate legal personality under its own law and is responsible for the performance of its own contracts* ».

¹⁹⁴⁸ *Contra*, l'auteur souligne qu'un tribunal britannique a pu considérer dans l'affaire République d'Équateur c. Occidental Exploration & Prod. Co. : « *It must follow... that if the tribunal concluded that international law rights of OPEC had been violated by Ecuador, or the latter was in breach of its international law obligations, then the tribunal will have to consider what remedies are available in international law to repair any damage caused to OPEC by Ecuador's breach of OPEC's international law rights* ». André NOLLKAEMPER, « Internationally wrongful acts in domestic courts », *AJIL*, Octobre 2007, vol. 101, note 129.

¹⁹⁴⁹ Ainsi, Hepburn souligne qu'ils ont des objectifs et pouvoirs différents en ajoutant que les tribunaux nationaux sont limités aux constats d'inconstitutionnalité ou d'inconstitutionnalité tandis que les tribunaux internationaux peuvent être autorisés à accorder des réparations monétaires. Également, la responsabilité de l'État en droit national vise principalement à mettre en balance l'intérêt public et l'intérêt privé tandis que la responsabilité en droit international vise la réparation intégrale du dommage causé aux requérants Jarrod HEPBURN, *art. préc.*, (note 295). Pour une démonstration plus explicite de la différence entre juridiction nationale et internationale, André NOLLKAEMPER, *National Court and the International Rule of Law*, OUP, 2011, p. 187 – 189.

¹⁹⁵⁰ Comme l'auteur l'indique, c'est ce constat qui est à l'origine de son article et participe de la diversification de la réparation au niveau national. André NOLLKAEMPER, « Internationally wrongful acts in domestic courts », *AJIL*, Octobre 2007, vol. 101, pp. 760 – 799.

arbitral saisi. Quitte à rendre le tout cohérent, la violation d'une de ses obligations par l'investisseur, autoriserait-elle l'État hôte à adopter des contre-mesures comme cela figure dans les *Articles de la CDI* ? Il est vrai que Nollkaemper répond en partie à cette interrogation en soulignant :

*« The exact content of the principles of international responsibility, however, that are applicable to the relationship between private parties and will be subject to consideration by a domestic court cannot be automatically transposed from the law of international responsibility between states »*¹⁹⁵¹.

Avec cet avertissement, l'on se retrouve dans une situation où une solution proposée pour assurer la cohérence du système international, conduit à l'application d'un système sur-mesure dont on ignore les critères de sélection.

725. L'effet contre-productif de la théorie. Enfin, l'on remarquera que la proposition de André Nollkaemper vise avant tout des réclamations fondées sur la violation du droit international et non sur des actions introduites sur la base du droit interne. Pour celles-ci, l'auteur se montre plutôt favorable à l'application des normes secondaires internes¹⁹⁵². Il peut être ajouté que si l'interdépendance des normes primaires et secondaires de droit international est valide, le même argument devrait également s'appliquer aux normes primaires et secondaires de droit national. Le code étant un instrument de droit national, les normes secondaires de droit national devraient s'appliquer. L'interdépendance permettrait d'exclure les normes secondaires de droit international.

La sentence *Lahoud c. RDC* apporte pourtant une réponse mitigée sur ce point. Alors que le requérant estimait que le silence du code sur les méthodes de calcul de l'indemnité due en cas d'expropriation impliquait l'application du principe de la réparation intégrale telle que posée par la CIJ dans l'affaire *Usine Chorzow*¹⁹⁵³, ni le défendeur ni les arbitres n'apportent une réponse claire à ce sujet. Pour le défendeur, le principe applicable était celui selon lequel « toute réparation doit être consécutive à un dommage, lequel dommage doit provenir d'une faute imputable à une personne juridique »¹⁹⁵⁴. Au regard des termes employés, « faute imputable » au lieu de « fait internationalement illicite imputable », il pourrait être déduit une référence implicite aux règles secondaires de droit interne. Le tribunal arbitral n'abonde pas expressément dans

¹⁹⁵¹ André NOLLKAEMPER, « Internationally wrongful acts in domestic courts », *AJIL*, Octobre 2007, vol. 101, p. 786.

¹⁹⁵² L'auteur indique ainsi : « If a claim made in a domestic court is based on domestic law, it stands to reason that secondary rules of international law do not attach to that claim », André NOLLKAEMPER *National Court and the International Rule of Law*, Oxford University Press, 2011, p. 185.

¹⁹⁵³ CIRDI, *Lahoud c. République Démocratique du Congo*, ARB/10/4, 7 févr. 2014, §§ 520 – 521.

¹⁹⁵⁴ *Idem*, § 550.

ce sens. Si les arbitres se montraient particulièrement critiques à l'idée d'une application du principe de la réparation intégrale de droit international plaidé par le requérant, c'était selon eux parce que le code des investissements prévoyait déjà un mode de calcul des indemnités pour les expropriations. On pourrait y voir une invitation à l'application des règles secondaires de droit interne.

Cependant, le raisonnement suivi par les arbitres n'est pas exempt de reproches. Premièrement, les règles de calcul prévues par le code congolais concernaient la compensation de l'investisseur qui est une condition de licéité de l'expropriation, et non l'indemnisation qui est une modalité de réparation du dommage subi du fait d'une expropriation illicite. Deuxièmement, le tribunal appliquait ce mode de calcul prévu pour l'expropriation à la réparation due en raison de l'atteinte au traitement juste et équitable au motif que les demandes d'indemnisation des préjudices distincts n'étaient pas discernables¹⁹⁵⁵. Autrement dit, dans cette sentence, il y avait une confusion à la fois des règles et des préjudices, assumée par le tribunal arbitral. La confusion s'est poursuivie lorsque appréciant la notion de lien de causalité, le tribunal a rappelé qu'il s'agit d'un principe applicable prévu par le projet d'Articles de la CDI¹⁹⁵⁶. Ces diverses objections invitent par conséquent à la réserve. La proposition d'Hepburn, selon laquelle la référence au droit international dans un code vaut tant pour la norme primaire que la norme secondaire qui l'accompagne¹⁹⁵⁷, ne ferait dès lors sens que dans la mesure où elle serait compatible avec la volonté des parties.

B. LA VOLONTÉ DES PARTIES COMME POINT DE RÉFÉRENCE

726. La fonction interprétative du droit international. L'argument de l'interdépendance entre norme primaire et secondaire n'est pas totalement inopérant. Seulement, celui-ci doit être nuancé. En effet, la volonté des parties suppose de faire un tri parmi les règles secondaires susceptibles de s'appliquer du fait du renvoi vers le droit international opéré. Il a été indiqué que le droit international a une fonction interprétative lorsqu'il est désigné par les parties. Il vient éclairer le sens de la norme primaire contenue dans le code des investissements. À ce titre, il opère déjà comme une règle secondaire. De la sorte, l'ensemble des règles secondaires de droit international qui ont cette visée

¹⁹⁵⁵ *Id.*, §§ 556 – 557.

¹⁹⁵⁶ *Id.*, § 564.

¹⁹⁵⁷ L'auteur indique ainsi: "In fact, just as a FIL's primary rules might require application of international law via renvoi, as suggested above, the reference to international law might also entail reference to secondary rules". Jarrod HEPBURN, « Domestic Investment Statutes in International Law » in *AJIL*, vol. 112, Octobre 2018, p. 700.

interprétative peuvent être pertinentes dans l'analyse. Par exemple, lorsque le législateur promet à un investisseur étranger un traitement juste et équitable conformément aux principes (ou règles) de droit international¹⁹⁵⁸, seuls les règles coutumières et les principes du droit international qui explicitent le contenu de la norme de traitement juste et équitable sont déterminants ; peu importe qu'il s'agisse de normes primaires ou secondaires. Les règles plus générales sans lien spécial avec le traitement juste et équitable s'en trouvent écartées. Il s'ensuit que le régime d'attribution en droit international d'un comportement à l'État tel qu'il figure dans les *Articles de la CDI* ou encore les règles relatives à la réparation, aux réactions à l'illicite et aux circonstances excluant l'illicéité ne sont pas invocables parce qu'il s'agit de règles secondaires se rapportant, non à l'interprétation de la norme primaire, mais aux conséquences de sa violation¹⁹⁵⁹.

727. La désignation du droit international comme droit applicable au fond. La volonté des parties ne saurait dans l'absolu constituer un obstacle à l'application des normes secondaires de droit international. On y voit au moins une hypothèse dans laquelle les normes secondaires de droit international pourraient s'appliquer : celle de la désignation du droit international comme droit applicable au fond du litige. Il a été précédemment indiqué qu'une telle référence est plutôt rare dans les codes des investissements. Mais lorsque les parties au litige sont d'accord pour qu'il soit fait application des principes de droit international, l'application des règles d'attribution qui figurent aux articles de la CDI serait possible. Quand bien même les *Articles de la CDI in se* n'ont pas de valeur juridique, la pratique considère qu'ils reflètent la coutume internationale en ce qui concerne au moins les règles d'attribution¹⁹⁶⁰.

728. En somme, en dehors de l'hypothèse dans laquelle État et investisseur conviennent de l'application des règles et principes d'attribution de la responsabilité

¹⁹⁵⁸ « La République démocratique du Congo s'engage à assurer un traitement juste et équitable, conformément aux principes du droit international, aux investisseurs et aux investissements effectués sur son territoire, et à faire en sorte que l'exercice du droit ainsi reconnu ne soit entravé ni en droit, ni en fait ». RDC, code des investissements de 2002, art 25. Pour analyse, voir *supra* dans ce chapitre, section 1, §2.

¹⁹⁵⁹ CIRDI, *Gavrilovic et Gavrilovic d.o.o. c. République de Croatie*, ARB/12/39, sentence, 26 juillet 2018, § 856 : « (...) *the rules of attribution under international law as codified in the ILC Articles do not operate to define the content of primary obligations, the breach of which gives rise to responsibility. Rather, the rules concern the responsibility of States for their internationally wrongful acts. It follows that the rules of attribution cannot be applied to create primary obligations for a State under a contract.* » Gras ajoutés.

¹⁹⁶⁰ CIRDI, *Archer Daniels Midland Company et Tate & Lyle Ingredients Americas c. Mexique*, ARB(AF)/04/5, 21 novembre 2007, § 2 ; CIRDI, *Cargill incorporated c. Mexique*, ARB(AF)/05/2, sentence, 18 septembre 2009, § 381 ; CPA, *William Ralph Clayton et autres c. Gouvernement du Canada*, n°2009-04, sentence, 17 mars 2015, § 307 ; CIRDI, *F-W Oil Interests Inc c. République de Trinité & Tobago*, ARB/01/14, sentence, 3 mars 2006, § 202 ; CIRDI, *Jan de Nul NV et Dredging International NV c. Egypte*, ARB/04/13, sentence, 6 novembre 2008, § 156 ; CIRDI, *Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi c. Pakistan*, ARB/03/29, sentence, 27 août 2009, § 19 ; SCC, *Mohammad Ammar Al-Bahloul c. Tadjikistan*, V064/2008, sentence partielle, 2 septembre 2009, § 165 ; CIRDI, *Tulip Real Estate and Development Netherlands BV c. République de Turquie*, ARB/11/28, sentence, 10 mars 2014, § 281 ; CNUDCI, *Flemingo DutyFree c. Pologne*, 12 octobre 2016, § 420.

internationale à un litige les opposant, il ne saurait être soutenu que de telles règles s'appliquent par l'effet d'un quelconque renvoi ou d'une existence autonome des règles d'attribution de la responsabilité internationale.

Conclusion de chapitre

729. Le droit applicable au fond du litige dans les réclamations légales est le droit interne. Tout d'abord, cette application du droit interne devrait être automatique en ce sens que les arbitres n'auraient pas à avoir à rechercher la loi applicable. S'agissant d'un arbitrage fondé sur une loi, le droit interne de l'État est naturellement compétent pour s'appliquer au fond du litige. Cependant, la rédaction actuelle des règlements d'arbitrage, largement inspirée des arbitrages contractuels, ne permet pas de soutenir cette approche sans coup férir. Ces textes exigent des arbitres qu'ils recherchent en premier lieu un accord des parties litigantes sur le droit applicable au fond du litige. Toutefois, aucun code des investissements africains ne contient *stricto sensu* une offre de droit applicable que l'investisseur accepterait. Par conséquent, c'est de façon implicite que l'existence de l'accord sur le droit est appréciée. Mais les indices de cette volonté tacite des parties litigantes, à savoir la référence à un ordre juridique par la cause juridique de l'action et l'ordre juridique de rattachement de cette cause, conduisent inéluctablement à l'application du droit interne. Enfin, il est soutenu qu'à défaut de choix de loi, les arbitres peuvent appliquer directement le droit qui leur semble approprié à la cause. Cette dernière option fait également du droit interne la *lex causae*. Ainsi, quelle que soit l'hypothèse, le droit interne s'applique au fond du litige. Cela n'implique pas que le droit international soit totalement exclu. Seulement le rôle de celui-ci est subsidiaire. Sur renvoi des parties ou par nécessité logique, il aura simplement une valeur interprétative. À ce titre, l'application des normes secondaires de droit international pour l'appréciation de violations de normes primaires de droit interne devrait être écartée. Cette proposition a l'avantage de la cohérence et de la constance dans l'interprétation des codes. Toutefois, elle contrarie la recherche uniforme de règles applicables à l'interprétation et l'application de tous les codes des investissements. Elle conduit à un contenu de la responsabilité des États changeant au gré des ordres juridiques internes. Les craintes d'une restriction de leur responsabilité par les États en deviennent justifiées bien qu'en pratique, elles doivent être relativisées.

Chapitre 2 : Le contenu relativement restreint de la responsabilité des États

730. La crise de légitimité de l'arbitrage d'investissement entraîne dans son sillage une méfiance prononcée des États envers ce mécanisme de résolution des litiges internes. Leurs politiques législatives s'avèrent en être le reflet. Il appert des instruments nationaux de protection des investissements que divers procédés tendent à l'exclusion des standards de protection les plus controversés (section 1). La démarche participe de ce phénomène d'africanisation du droit international des investissements que des auteurs appellent de leurs vœux¹⁹⁶¹. Mais face à ces souhaits d'une souveraineté économique maîtrisée, le besoin d'IDE demeure présent et sans cesse grandissant. Le pragmatisme de mise, conduit à la survivance de certaines garanties, perçues comme incompressibles, de telle sorte qu'il s'agirait de principes communs, invariables selon la nature de l'instrument de protection (section 2).

Section 1 : L'exclusion protéiforme de certains standards de protection

731. Les techniques juridiques employées pour exclure les standards de protection qui ont fait florès dans les TBI, tout en demeurant âprement controversés, reçoivent une appréhension particulière dans les récents codes africains. Les déclarations politiques officielles qui accompagnent ces codes font peu cas des raisons qui sous-tendent l'ingénierie juridique à l'œuvre. Elles laissent tout de même deviner deux approches dans l'exclusion des standards concernés. Il s'agira d'une part, de procéder à une réappropriation du contenu de la responsabilité (§1) et d'autre part, à un durcissement des conditions d'invocabilité de certaines garanties substantielles (§2).

§ 1 : L'exclusion par l'effet de la réappropriation des standards

732. Le changement de paradigme qui s'opère dans le cadre des investissements tend à se départir de l'unique objectif de protection des IDE au profit d'un développement plus intégré. Pour rendre cela possible, les préoccupations ont porté, durant ces dernières décennies, sur la restauration de la liberté normative des États mis à mal par l'exigence de stabilité juridique et, plus largement, par le contenu substantiel du traitement juste et

¹⁹⁶¹ Makane Moïse MBENGUE et Stefanie SCHACHERER, « The 'Africanization' of International Investment Law: The Pan-African Investment Code and the Reform of the International Investment Regime », *JWIT*, vol.3, 2017, p. 414-448.

équitable dégagé par les tribunaux arbitraux¹⁹⁶². Au titre des propositions, les États africains, notamment ceux d'Afrique australe, ont élaboré un concept nouveau, le *Fair and Administrative Treatment* (A) présenté comme plus respectueux de la souveraineté des États. Cette proposition s'accompagne d'une accession à la juridicité des normes de *soft law*, renforçant par la même occasion les obligations des investisseurs (B).

A. LA PROPOSITION D'UN STANDARD AUTONOME : LE « FAIR AND ADMINISTRATIVE TREATMENT »

733. Concept visant à pallier celui du TJE (1), le FAT est un signal fort adressé à la communauté internationale indiquant une réappropriation des standards de traitement de l'investissement international par les États africains. Toutefois, ce concept peine encore à séduire si l'on s'en tient aux codes récemment adoptés (2).

1. *Le FAT : un concept palliatif*

734. Les techniques de contestation. Le haro sur le traitement juste et équitable a donné lieu à diverses réflexions en vue de trouver le juste équilibre entre la protection des investissements étrangers et la souveraineté des États. A l'occasion des travaux initiés au sein de la CNUCED, diverses options ont été proposées aux États pour une meilleure négociation ou rédaction des clauses relatives au TJE dans les traités d'investissements¹⁹⁶³. L'option qui a rencontré le plus la faveur (ou traduisait déjà la politique adoptée) est celle de l'absence de référence au TJE dans l'instrument national de protection¹⁹⁶⁴. Dans cette dynamique, on notera que le législateur ivoirien, par l'effet de l'ordonnance modificatrice de 2019, a supprimé la référence au traitement juste et

¹⁹⁶² Melle Saïda EL BOUDOUHI, « L'intérêt général et les règles substantielles de protection des investissements », *AFDI*, vol. 51, 2005, pp 542-563.

¹⁹⁶³ CNUCED, *Fair and Equitable Treatment*, UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II, United Nations New York, and Geneva, 2012, pp 103 – 115.

¹⁹⁶⁴ Plus d'une trentaine d'États ont opté pour cette solution : Voir les codes suivants: Angola, code des investissements de 2018, Burundi, code des investissements de 2008, Cap-Vert, Cameroun, code des investissements de 2013, Centrafrique, code des investissements de 1996, Congo-Brazzaville, code de 2003, Djibouti, code des investissements de 1984 modifié en 1994, Éthiopie, code des investissements de 2012 et de 2020, Gabon, charte des investissements de 1998, Gambie, Ghana, code des investissements de 2013, Guinée Conakry, code des investissements de 2015, Guinée-Bissau, code des investissements de 2011, Kenya, code des investissements de 2004, Liberia, code des investissements de 2010, Libye, code des investissements de 2010, Mali, code des investissements de 2012, Maroc, code des investissements de 1995, Mauritanie, code des investissements de 2012, Maurice, code des investissements de 2001, Mozambique, code des investissements de 1993, Namibie, code des investissements de 2016, Niger, code des investissements de 2014, Nigeria, code des investissements de 1995, Ouganda, code des investissements de 2019, Rwanda, code des investissements de 2015, Sénégal, code des investissements de 2004, Sierra Leone, code des investissements de 2004, Swaziland (Eswatini), code des investissements de 1998, Tchad, charte des investissements de 2008, Togo, code des investissements de 2019, Tunisie, code des investissements de 2016, Zimbabwe, code des investissements de 2006 modifié en 2015. En ce qui concerne le Zimbabwe toutefois, le nouveau code des investissements de 2020 prévoit en son article 16 une disposition relative au traitement juste et équitable.

équitable parmi les garanties substantielles offertes à l'investisseur étranger dans le code des investissements de 2018¹⁹⁶⁵. Cependant, la définition d'un nouveau concept qui se rapprocherait du TJE sans s'y confondre n'avait pas été envisagée de sorte que le FAT apparaît comme une véritable initiative africaine.

735. La consécration du FAT. Ce n'est que sur proposition du gouvernement sud-africain lors de l'élaboration du modèle de TBI de la SADC, que le *FAT* fait officiellement son entrée dans le contexte africain. L'objectif annoncé est celui d'une approche alternative permettant de contourner les éléments controversés du TJE¹⁹⁶⁶. Ce concept, évoqué dans le cadre du modèle de TBI de la SADC, sera repris et étoffé dans le code des investissements sud-africain de 2015 en sa section 6. Le paragraphe 1 indique ainsi que le gouvernement :

*« must ensure administrative, legislative and judicial processes do not operate in a manner that is arbitrary or that denies administrative and procedural justice to investors in respect of their investments as provided for in the Constitution and applicable legislation »*¹⁹⁶⁷.

Les paragraphes suivants de la disposition précisent les contours de ce traitement administratif et équitable en indiquant que les décisions administratives doivent être motivées par écrit et offrir la possibilité à l'investisseur d'introduire des recours administratifs et judiciaires. Son droit à l'information en temps utile est également garanti conformément à la Constitution sud-africaine et à la législation en vigueur. Globalement, le FAT, tel que décrit dans le code sud-africain, comprend l'interdiction des traitements arbitraires, le droit à un procès équitable (comprenant l'accès au juge sans préjudice des recours administratifs) et le droit à l'information. Autant d'éléments qui ne sont pas sans rappeler les obligations souscrites par les États africains dans le cadre de la Charte Africaine des droits de l'homme et des peuples¹⁹⁶⁸.

¹⁹⁶⁵ Alors que l'article 25 de l'ordonnance du 1^{er} août 2018 disposait : « Sous réserve des conventions bilatérales, régionales et multilatérales signées par l'Etat, les personnes physiques et morales étrangères reçoivent un traitement juste et équitable au regard des droits et obligations attachés à leurs investissements », l'ordonnance n°2019-1088 du 18 décembre 2019 modifiant l'ordonnance n°2018-646 du 1^{er} août 2018 portant code des investissements substitue au traitement juste et équitable, le traitement national en ces termes : « Les articles [...] 25 [...] de l'ordonnance n°2018-646 [...] sont modifiés ainsi qu'il suit : [...] article 25 nouveau : Sans préjudice de la politique nationale de promotion de l'entrepreneuriat national, les personnes physiques ou morales de nationalité étrangère reçoivent un traitement identique à celui accordé aux personnes physiques ou morales de nationalité ivoirienne ».

¹⁹⁶⁶ SADC, modèle de TBI de juillet 2012, art. 5. Voir également les commentaires associés.

¹⁹⁶⁷ Afrique du Sud, *Protection of Investment Act*, 2015, Section 6(1).

¹⁹⁶⁸ L'article 7(1)(a) de la Charte africaine sur le droit à un procès équitable prévoit : « Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue. Ce droit comprend : (...) le droit de saisir les juridictions nationales compétentes de tout acte violant les droits fondamentaux qui lui sont reconnus et garantis par les conventions, les lois, règlements et coutumes en vigueur ». L'alinéa d) ajoutant « le droit d'être jugé dans un délai raisonnable par une juridiction nationale ». L'article 9, quant à lui, prévoit en son alinéa 1 que « toute personne a droit à l'information ». Sur le lien entre les deux droits, la Commission africaine a pu considérer : « le droit de recevoir des informations ne peut être refusé, quelle qu'en soit la raison, en particulier lorsqu'elles sont pertinentes dans un procès pour faire valoir un droit. Le refus de divulguer des informations à une victime pourrait compromettre la procédure judiciaire et mettre en péril le droit de la victime. Dans un procès pénal, le droit de recevoir des informations est aussi important

736. Comparaison TJE et FAT. Les éléments du *FAT* ainsi décrit rejoignent en partie ceux constituant le TJE. Suivant le *dictum* de la sentence *Rumeli c. Kazakhstan*, les États, au titre du TJE, doivent se conformer au principe suivant :

« *The parties rightly agree that the fair and equitable treatment standard encompasses inter alia the following concrete principles: - the State must act in a transparent manner; - the State is obliged to act in good faith; - the State's conduct cannot be arbitrary, grossly unfair, unjust, idiosyncratic, discriminatory, or lacking in due process; - the State must respect procedural propriety and due process* »¹⁹⁶⁹.

Ainsi, sur les cinq éléments qui composent le TJE¹⁹⁷⁰, la prohibition des mesures manifestement arbitraires et la protection des attentes légitimes sont les seuls composants qui ne sont pas repris par le concept du *FAT*, sous réserve d'interprétation jurisprudentielle ultérieure.

Pour ce qui est de la protection des attentes légitimes, il a déjà été fait mention de son statut dans le droit sud-africain. Le *PAJA* et la politique jurisprudentielle sud-africaine autorisent la création de droits procéduraux sur le fondement d'une attente légitime, tandis qu'il est préférable d'être plus réservé concernant l'admission des attentes légitimes substantielles¹⁹⁷¹. Dans la mesure où le droit à l'information, le droit à un recours

que le droit d'être informé des raisons de son arrestation et de sa détention dans un délai raisonnable. (...) Le droit d'être informé des raisons des actions intentées contre soi est universellement reconnu. Il fait partie du droit à un procès équitable et, à ce titre, il est l'un des droits distinctement énoncés par la Commission comme un droit auquel il ne peut être dérogé à quelque moment ni dans quelques circonstances que ce soit ». CmADHP, *Kenneth Good / République du Botswana*, 313/05, 26 mai 2010, §§ 193 – 194.

¹⁹⁶⁹ CIRDI, *Rumeli c. Kazakstan*, ARB/05/16, sentence, 29 juillet 2008, § 609. On peut également dans ce sens, évoqué l'article 8.10 du CETA en ces termes : « Traitement des investisseurs et des investissements visés 1. Chaque Partie accorde, sur son territoire, aux investissements visés de l'autre Partie et aux investisseurs en ce qui concerne leurs investissements visés, un traitement juste et équitable ainsi qu'une protection et une sécurité intégrales conformément aux paragraphes 2 à 7. 2. Une Partie viole l'obligation d'accorder un traitement juste et équitable prévue au paragraphe 1 lorsqu'une mesure ou une série de mesures constitue, selon le cas: a) un déni de justice dans les procédures pénales, civiles ou administratives; b) une violation fondamentale du principe de l'application régulière de la loi, y compris une violation fondamentale de la transparence, dans les procédures judiciaires et administratives; c) un cas d'arbitraire manifeste; d) une discrimination ciblée basée sur des motifs manifestement illicites, comme le sexe, la race ou les croyances religieuses; e) un traitement abusif des investisseurs, tel que la coercition, la contrainte et le harcèlement; f) un manquement à tout autre élément de l'obligation d'accorder un traitement juste et équitable adopté par les Parties conformément au paragraphe 3 du présent article. 3. Les Parties examinent, sur une base régulière ou à la demande d'une Partie, la teneur de l'obligation d'accorder un traitement juste et équitable. Le Comité des services et de l'investissement créé en application de l'article 26.2.1 b) (Comités spécialisés) peut formuler des recommandations à cet égard et soumettre celles-ci au Comité mixte de l'AECG pour décision. 4. Lorsqu'il applique l'obligation d'accorder un traitement juste et équitable précitée, le Tribunal peut tenir compte du fait qu'une Partie a fait ou non des déclarations spécifiques à un investisseur en vue d'encourager un investissement visé, lesquelles ont créé une attente légitime et motivé la décision de l'investisseur d'effectuer ou de maintenir l'investissement visé, mais auxquelles la Partie n'a pas donné suite. 5. Il est entendu qu'« une protection et une sécurité intégrales » font référence aux obligations de la Partie en ce qui concerne la sécurité physique des investisseurs et des investissements visés. 6. Il est entendu qu'une violation d'une autre disposition du présent accord, ou d'un autre accord international, n'établit pas qu'il y a eu violation du présent article. 7. Il est entendu que le fait qu'une mesure viole le droit interne n'établit pas en soi qu'il y a eu violation du présent article. Pour déterminer si la mesure viole le présent article, le Tribunal doit examiner si la Partie a agi d'une manière incompatible avec les obligations prévues au paragraphe 1. » UE, Accord Economique et Commercial Global (AECG ou CETA), *JOUE*, 14 janv. 2017, art. 8.10.

¹⁹⁷⁰ CNUCED, *Fair and Equitable Treatment*, UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II, United Nations New York, and Geneva, 2012 pp 61 – 82.

¹⁹⁷¹ Dans le droit sud-africain, les attentes sont dites procédurales lorsqu'elles ont pour effet de créer un droit procédural au profit du destinataire (par exemple, le droit de contester une décision administrative devant un tribunal). Les attentes substantives quant à elles visent à créer un droit substantiel dans le chef du destinataire (par exemple le droit à une nomination). Pour une discussion sur ce point, voir *supra*, Partie 1 Titre 2, Chap. 2, Section 2, §1.

administratif et judiciaire sont prévus, les attentes légitimes procédurales ne présentent pas grand intérêt.

Concernant les pratiques discriminatoires et arbitraires, le choix du *FAT* peut être particulièrement déterminant. La pratique arbitrale distingue les mesures arbitraires des mesures discriminantes. Les premières sont constituées des mesures autoritaires, capricieuses ou des préférences qui ne reposent sur aucune motivation ou but légitime et qui portent préjudice à l'investisseur¹⁹⁷². Seules ces dernières semblent relever du *FAT*. Pour ce qui est des mesures discriminantes, ce sont celles qui affectent un investisseur pour des raisons illégitimes telles que le genre, la race, la religion, *etc.*¹⁹⁷³ Sans les confondre aux standards indirects de traitement (traitement national et traitement de la nation la plus favorisée) qui sont fondés sur un critère de nationalité, l'interdiction des pratiques discriminantes au titre du TJE n'a pas toujours convaincu¹⁹⁷⁴. Cela expliquerait en partie leur exclusion du *FAT*. Une autre raison, plus en symbiose avec le contexte sud-africain, serait la politique de discrimination positive au cœur de la stratégie nationale¹⁹⁷⁵.

737. En somme, la portée normative du *FAT* est plus restreinte que celle du TJE bien qu'il ne fasse pas de doute que les deux techniques normatives entretiennent des liens étroits. Le régime juridique du *FAT* tel qu'il est présenté dans la loi sud-africaine, offre plus de prévisibilité. Cependant, près d'une décennie après sa formulation, le concept peine à s'exporter.

2. Le FAT : un concept qui peine à séduire

738. Le constat de l'indifférence. Il a déjà été indiqué que bien des codes ne contiennent pas une référence au traitement juste et équitable qui soit exploitable dans le cadre d'un contentieux d'investissement. Aussi, même pour les codes postérieurs à 2012, soit après la date de formulation du *FAT*, aucun État africain, en dehors de l'Afrique du Sud, n'a repris dans sa loi nationale, cette nouvelle approche. D'autres États continuent

¹⁹⁷² CNUDCI, *Lauder c. République Tchèque*, Sentence, 3 septembre 2001, § 221 ; CIRDI, *Plama Consortium Limited c. Bulgarie*, ARB/03/24, sentence, 27 août 2008, § 184 ; CIRDI, *Joseph Lemire c. Ukraine*, ARB/06/18, compétence et fond, 21 janvier 2010, § 385.

¹⁹⁷³ Certains législateurs en ce sens prohibent certaines mesures discriminantes au titre d'une garantie autonome. L'article 10 du code des investissements burundais de 2008 protège les investisseurs étrangers contre les mesures discriminantes bien que limitées aux questions liées à l'acquisition et la location immobilière. Il en va de même de l'article 3 du code des investissements égyptien de 2017 qui indique : « [...] *The invested funds shall not be governed by any arbitrary procedures or discriminatory decisions.* [...] »

¹⁹⁷⁴ CIRDI, *Grand River Enterprises c. United States*, 12 janvier 2011, § 209 : « *Neither Article 1105 nor the customary international law standard of protection generally prohibits discrimination against foreign investments* ». Egalement, Christoph SCHREUER, « Fair and Equitable Treatment (FET): Interaction with other standards », in Clarisse RIBEIRO (dir.), *Investment Protection and the Energy Charter Treaty*, Jurisnet, 2008, pp 63 – 100.

¹⁹⁷⁵ Sur ce point, voir: Tarcisio GAZZINI, « Travelling the National Route: South Africa's Protection of Investment Act 2015 », *African Journal of International and Comparative Law*, 2018, vol 26, p. 252.

d'ailleurs de garantir un traitement juste et équitable conformément au droit international ; cette approche présente toutefois des risques pour la sécurité juridique¹⁹⁷⁶. De même, dans le cadre du projet de code panafricain des investissements étrangers, les États ont préféré éviter toute référence au traitement juste et équitable plutôt qu'opter pour un *FAT*. Plusieurs facteurs peuvent expliquer cette réticence.

739. La portée pratique limitée du FAT. Tout d'abord, dans sa formulation actuelle, la section 6 du code des investissements sud-africain montre que les garanties proposées le sont à titre surabondant. L'obligation de *due process*, d'information, les principes de non-discrimination et le droit d'accès à la justice sont déjà garantis à l'investisseur par la Constitution, le PAJA, les traités internationaux¹⁹⁷⁷. De plus, la loi ne prévoyant pas un droit d'action en arbitrage, l'intérêt de ce « standard » administratif est difficilement perceptible. Peut-être a-t-il dans le cadre du code des investissements une valeur purement pédagogique ?

Aussi, son lien avec le droit international peut être questionné. Le *FAT* est loin de constituer un « standard à valeur coutumière » tel que cela a pu être discuté dans le cadre du TJE. Avec ce dernier, il entretient un rapport de compatibilité en ce que, pour ne pas engager la responsabilité des États, il ne doit pas être en deçà du standard minimum de traitement. D'ailleurs, la loi sud-africaine précise que le code doit être interprété d'une manière conforme au standard minimum de droit international et des traités et accords pertinents¹⁹⁷⁸. Ainsi, si celui-ci n'offre pas un traitement en deçà des standards internationaux, ni des garanties substantielles à hauteur des récentes composantes du traitement juste et équitable, la formule intéresse peu. On peut objecter, qu'elle assure à l'État sa liberté normative, d'ailleurs rappelé plus loin par une disposition du code¹⁹⁷⁹,

¹⁹⁷⁶ Les codes prévoyant une disposition concernant le traitement juste et équitable sont les suivants : L'article 21 du code des investissements de l'Algérie de 2016, l'article 12 du code des investissements du Burkina Faso, l'article 7 du code du Cap Vert de 1993, l'article 25 du code d'investissement de 2002 de la République Démocratique du Congo, l'article 4 du code des investissements des Seychelles de 2010. L'ensemble de ces codes n'offrent pas une lecture tenant compte des propositions issues des sentences arbitrales relatives au contenu du standard de traitement. Voir tableau en annexe D.

¹⁹⁷⁷ Maurice KENTON et Anne-Sophie PETITDEMANGE, « South African Protection of Investment Act: A Balance of Interests? », *TDM*, vol. 13, issue 4, Octobre 2016, pp 18 – 19.

¹⁹⁷⁸ La section 3 du code intitulé Interpretation of Act dispose : « *This act must be interpreted and applied in a manner that is consistent with: (a) its purposes as contemplated by section 4, (b) the Constitution, including (i) the interpretation of the Bill of Rights contemplated in section 39 of the Constitution; (ii) customary international law contemplated in section 232 of the Constitution, and (iii) international law contemplated in section 233 of the Constitution; and (c) any relevant convention or international agreement to which the Republic is or becomes a party* ».

¹⁹⁷⁹ La section 4 du code sud-africain dispose ainsi : « *The purpose of this Act is to (a) protect investment in accordance with and subject to the constitution, in a manner which balances the public interest and the rights and obligations of investors; (b) affirm the Republic's sovereign right to regulate investment in the public interest; and ; (c) confirm the Bill of Rights in the Constitution and the laws that apply to all investors and their investments in the Republic.* » Et expressément mentionné à la section 12 intitulé **Right to regulate** : « *1) Notwithstanding anything to the contrary in this Act, the government or any organ of state may, in accordance with the Constitution and applicable legislation, take measure, which may include: a) redressing historical, social and economic inequalities and injustices; b) upholding the values and principles espoused in Section 195 of the Constitution; c) upholding the rights guaranteed in the Constitution; d. promoting and preserving cultural heritage and practices, indigenous knowl, 30 edge and biological resources related thereto, or national heritage; fostering economic development, industrialization*

mais l'on atteint ce même résultat en reprenant le TJE sans y inclure les nouveaux éléments faisant l'objet de controverses.

740. L'avantage du FAT. En fait, le principal avantage qu'offre la notion, c'est son aspect novateur. Se distinguant du TJE, ils autorisent les juridictions locales (et peut-être arbitrales) à livrer une lecture qui n'a pas à correspondre aux idées reçues de la discipline. Une telle interprétation peut tenir compte des impératifs nationaux et la relation particulière vis-à-vis des investisseurs étrangers. On peut souligner à ce stade un argument d'opportunité, qui expliquerait le peu d'enthousiasme jusqu'ici rencontré en pratique : la dépendance des économies africaines envers les investissements internationaux. En effet, contrairement à l'Afrique du Sud, les économies des États africains restent tributaires des subsides de l'investissement international. Une approche nationaliste trop marquée pourrait freiner des investisseurs déjà réticents.

741. Quoi qu'il en soit, le *FAT* ouvre une porte qui ne devrait pas se refermer de sitôt. Pour l'heure, faute de mieux renforcer leur liberté normative, la responsabilisation des investisseurs étrangers permet le rééquilibrage de la balance des intérêts.

B. LA CONSOLIDATION NORMATIVE DU SOFT LAW

742. La consolidation normative du *soft law* est assurée par la reconnaissance de caractères juridiques dans un ordre juridique donné¹⁹⁸⁰ à des normes qui en sont traditionnellement dépourvues. Force de persuasion ou tout simplement implication pragmatique d'une construction d'un droit nouveau des investissements, la réappropriation par les codes des investissements des thématiques intéressant les droits de l'homme et l'environnement semble traduire une nette évolution du paysage du droit des investissements. Ce changement de paradigme, à l'état embryonnaire dans le cadre de la

and beneficiation; f) achieving the progressive realization of socio-economic rights; or g) protecting the environment and the conservation and sustainable use of natural resources. 2) The government or any organ of state may take measures that are necessary for the fulfilment of the Republic's obligations in regard to the maintenance, compliance or restoration of international peace and security, or the protection of the security interests, including the financial stability of the Republic".

¹⁹⁸⁰ Sont ici visés les caractères de la règle de droit définie comme une règle de prescription générale, impersonnelle et coercitive. Dans les approches normativistes, notamment celle de Kelsen, le droit est avant tout un ordre de contrainte. Cependant, il faut observer avec les courants postmodernistes, l'importance donnée à ce caractère. Pour ces auteurs, une distinction est à faire entre la coercition en tant que recours légitimé à la puissance publique pour assurer la réception ou la mise en œuvre des prescriptions juridiques et l'obligatorité de la norme. La force obligatoire et la force contraignante d'une norme sont à distinguer en ce que la première serait intrinsèque à celle-ci et la seconde serait un apport de légitimité propre à un système. Jacques CHEVALLIER, « La juridicisation des préceptes managériaux », *Politiques et Management Public*, 1993, 11-4, pp. 111-134 ; Nicolas MOLFESSIS, « Les pratiques juridiques, source du droit des affaires – introduction », *Petites Affiches*, 27/11/2003, n°237, 4 p. ; Catherine THIBIERGE, « Au cœur de la norme : le tracé et la mesure. Pour une distinction entre normes et règles de droit », *Archives de philosophie du droit*, n°51, 2008, pp 341 – 371. Catherine THIBIERGE, « Le droit souple : réflexion sur les textures du droit », *RTD civ.*, déc. 2003, n°4, pp 599-628 ; Georges RIPERT, *Les forces créatrices du droit*, LGDJ, Paris, 1955, 431 p.

protection conventionnelle¹⁹⁸¹, est particulièrement renforcé par la réception du *soft law* dans les ordres des États africains (1) bien qu'en pratique, cette réception n'emporte pas encore la responsabilité des investisseurs dans le domaine de l'arbitrage d'investissement (2).

1. La réception du *soft law*

743. Définition. Le droit mou ou « *soft law* » en anglais, désigne l'ensemble des normes de prescription dénuées de force contraignante. La souplesse qu'elles permettent dans les relations juridiques a favorisé leur essor dans le cadre de la gouvernance d'entreprises, mais aussi dans d'autres secteurs. À la suite des nombreux scandales liés à l'activité transfrontalière des entreprises multinationales¹⁹⁸², ce mode de production normative a eu un écho favorable auprès des différents acteurs de la communauté internationale et a conduit à la mise en place d'une responsabilité sociale et sociétale des entreprises¹⁹⁸³. En ce sens, les principales initiatives ont permis l'adoption des principes directeurs dans le cadre des institutions internationales telle que l'OCDE¹⁹⁸⁴ et récemment dans le cadre des Nations Unies¹⁹⁸⁵. L'adhésion à ces principes est purement volontaire et reflète une inclinaison des entreprises qui y adhèrent aux problématiques liées à la protection des droits de l'homme et à l'environnement entre autres enjeux. Louable en soi, l'adhésion volontaire des entreprises multinationales à des problématiques qui

¹⁹⁸¹ Angelica BONFANTI, « Applying Corporate Social Responsibility to Foreign Investors: Failures and Prospects », in *Foreign Investments, International Law and Common Concerns*, Routledge, 2014, pp 230 – 246; Peter MUCHLINSKI, « The Impact of a Business and Human Rights Treaty on Investment Law and Arbitration » in *Building a Treaty on Business and Human Rights*, Cambridge, CUP, 2017, pp. 346-374; Ludovica CHIUSSI, « Responsabilité des entreprises en matière de droits de l'homme : un rôle effectif du droit international de l'investissement ? » in *Droits de l'homme et droit international économique*, Bruxelles, Bruylant, 2019, pp 13 – 32.

¹⁹⁸² Pour une présentation succincte des campagnes de dénonciation avec un effet retentissant, voir : Anne PEETERS, « La responsabilité sociale des entreprises », *Courrier hebdomadaire du CRISP*, 2004/3, n°1828, pp 1 à 47. Pour une vue d'ensemble, voir : Gaëtan MARAIN, *La juridicisation de la responsabilité sociétale des entreprises*, PUAM, 2016, 556 p.

¹⁹⁸³ À l'origine développé dans le cadre du management (Voir en ce sens : François LEPINEUX, Jean-Jacques ROSE et al., *La RSE – La responsabilité sociale des entreprises, Théories et pratiques*, Dunod, 2016, 254 p.), le concept va profondément évoluer pour aujourd'hui désigner le devoir de l'entreprise de prendre en compte les externalités négatives de son activité dans l'élaboration de ses politiques commerciales. Le terme social, reprise littérale du terme anglais « *social* », s'étend au-delà de l'acception classique en droit français du terme social en ce qu'il couvre tant les aspects sociétaux que sociaux de la question (Anne PEETERS, « La responsabilité sociale des entreprises », *Courrier hebdomadaire du CRISP*, 2004/3, n°1828, pp. 1 à 47). Dans le livre vert de la Commission européenne, la RSE y est définie comme « l'intégration volontaire des préoccupations sociales et écologiques des entreprises à leurs activités commerciales et à leurs relations avec les parties prenantes » in « Promouvoir un cadre européen pour la responsabilité sociale des entreprises », COM/2001/0366, Juillet 2001. Sans définir la responsabilité sociale des entreprises, les rédacteurs du code panafricain des investissements ont fait le choix d'y inclure un devoir pour l'entreprise de contribuer au progrès économique, social et environnemental de l'État d'accueil de l'investissement étranger. Commission de l'Union Africain, *Projet de code panafricain d'investissements*, décembre 2016, art. 22.

¹⁹⁸⁴ OCDE, *Les principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales*, Paris, OCDE, 1994, 87 p.

¹⁹⁸⁵ Conseil des droits de l'Homme, « Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme : mise en œuvre du cadre de référence "protéger, respecter et réparer" », Rés. 17/4 du 16 juin 2011.

relèvent à titre principal de l'*imperium* étatique¹⁹⁸⁶ a montré, sans surprises, ses insuffisances¹⁹⁸⁷, conduisant la doctrine et la pratique arbitrale à envisager des procédés juridiques pour contraindre les entreprises multinationales. Entre autres mécanismes, la réception en droit interne par les codes des investissements des normes du *soft law* offre d'intéressantes perspectives. En effet, contrairement aux traités d'investissement qui ne lient pas directement les investisseurs, la qualité d'assujetti de ces derniers aux lois ne souffre pas d'ambiguïtés.

744. Les mécanismes de réception. La réception ici envisagée concerne l'ensemble des procédés par lesquels les États assurent l'effectivité des règles et principes du *soft law* dans l'ordre juridique interne. Deux mécanismes, empruntés *mutatis mutandis* aux théories dualistes, pourraient être principalement à l'œuvre s'agissant des codes : l'ordre d'exécution et la transformation.

745. L'ordre d'exécution. La doctrine de l'ordre d'exécution, *vollzugstheorie* en allemand, est un courant de pensées ambitionnant de décrire les destins en droit interne du droit international, notamment du droit conventionnel. Selon ses partisans¹⁹⁸⁸, pour qu'un traité puisse produire ses effets en droit interne, un acte étatique, en l'occurrence du législateur, est indispensable. Le rendant de la sorte obligatoire, le traité n'en garde pas moins sa nature juridique, car n'étant pas transformé en règle de droit interne¹⁹⁸⁹. Appliquant cette ligne de pensée, il peut être considéré que les codes des investissements assurent la réception des normes du *soft law* en droit interne sans modifier leur nature juridique. Certes, l'analogie est imparfaite¹⁹⁹⁰, mais à bien d'égards, certaines options législatives viennent corroborer cette approche. Deux variantes sont alors envisageables. La première, assez rare, consiste à identifier expressément les normes souples à appliquer. C'est le cas par exemple du code des investissements guinéen qui prévoit en son article

¹⁹⁸⁶ La protection de l'environnement et des droits de l'homme relève à titre principal du devoir régalién de l'État. Les philosophes du contrat rappelant qu'il appartient avant tout à l'État de protéger la volonté générale des volontés individuelles. Les conventions internationales des droits de l'homme sont essentiellement contraignantes pour les États et/ou les organisations internationales.

¹⁹⁸⁷ L'adhésion volontaire est rendue possible par l'absence d'obligatorité des instruments et permis l'essor du procédé du *greenwashing*. Les multinationales par l'adoption de chartes de bonne conduite ou charte éthique se donnent une image de responsabilité écologique qui dans certains cas s'avère trompeuse. Ainsi, à la problématique environnementale plutôt que de servir le développement durable finit par n'être rien de plus qu'un argument commercial.

¹⁹⁸⁸ Sur ce point, voir : Walter RUDOLF, *Völkerrecht und deutsches Recht*, Mohr Siebeck, vol. 1, 1967, 323 p., spéc. pp. 164 et ss.

¹⁹⁸⁹ Leontin Constantinesco note à ce sujet : « cette théorie considère qu'un acte étatique est nécessaire pour conférer au traité force obligatoire en droit interne. Selon la *Vollzugstheorie*, cet acte laisse toutefois intacte la nature juridique du traité. Il ne fait qu'assurer l'application du traité en droit interne, sans en changer le domaine d'application, la raison d'être ou les destinataires. Le traité est ainsi appliqué dans l'ordre juridique interne à la suite d'un "ordre d'exécution", en tant que traité et non en tant que règle de droit interne ». Leontin CONSTANTINESCO, « L'introduction et le contrôle de la constitutionnalité des traités et en particulier des traités européens en droit allemand » *RBDI*, 1969, vol. 2, pp. 425 – 459, spéc. p. 427.

¹⁹⁹⁰ La doctrine est élaborée pour expliquer les rapports entre deux ordres juridiques tandis qu'ici le *soft law* désigne un système constitué d'éléments composites et hétéroclites dont l'articulation et la cohérence interne empêchent son appréhension en tant qu'ordre juridique.

22 : « l'investisseur applique les principes internationaux relatifs au droit du travail et au droit de la personne, parmi lesquels ceux issus de la norme ISO 26000 »¹⁹⁹¹. S'il est vrai que la norme ISO n'est pas annexée au code, on peut déduire que le texte met à la charge de l'investisseur une obligation de connaissance de la norme et une obligation d'application de celle-ci. Une telle approche est à privilégier de la seconde variante, plus fréquente, qui consiste en une référence générale et vague aux normes internationales à appliquer. L'article 50(i) du code des investissements togolais indique en ce sens :

« (...) les entreprises bénéficiaires des dispositions du présent Code doivent, pendant la durée du régime sous lequel elles se sont placées, s'engager à (...) se conformer aux normes de qualités nationales ou internationales applicables aux produits, équipements, infrastructures, ou services résultant de leur activité ; étant précisé que lorsque l'entreprise est contrôlée par des investisseurs étrangers, les normes de qualité et de sécurité ne sauraient être inférieures aux normes de qualité exigées dans le pays d'origine de l'investisseur étranger »¹⁹⁹².

La généralité d'une telle formulation pose une difficulté pratique concernant notamment l'obligation de connaissance de la norme en dépit du *caveat* prévu pour les entreprises contrôlées par des capitaux étrangers. D'ailleurs, une telle précaution suppose faussement que de telles normes de qualité existent et soient toujours identifiables, sachant que le critère de la nationalité peut s'avérer particulièrement fluctuant.

746. Les insuffisances de l'ordre d'exécution. Le principal inconvénient de cette approche est celui de son obligatorité. La référence législative en fait une obligation de droit positif, mais l'absence de transsubstantiation pose le problème de la transformation de l'obligation morale en obligation juridique. Il a été indiqué qu'on peut identifier une obligation juridique minimale, celle de connaissance de la norme souple et peut-être d'informations, mais pour ce qui est du contenu des normes, les entreprises seraient-elles liées juridiquement ? Si, comme il est indiqué, le code n'implique qu'un ordre d'exécution, alors les entreprises ne seraient pas juridiquement tenues de s'exécuter. Le caractère non-contraignant de l'instrument survit à sa réception en droit interne¹⁹⁹³. En ce sens, il est bienvenu de rappeler que le *Dictionnaire de droit international public* définit aussi le *soft law* comme un corps de règles qui « bien que figurant dans un instrument contraignant, ne créeraient pas d'obligation de droit positif, ou ne créeraient que des

¹⁹⁹¹ Guinée, *Code des investissements de 2015*, art. 22.

¹⁹⁹² Togo, *Code des investissements de 2018*, art. 50 (i). m. se conformer aux dispositions de la loi portant organisation du schéma d'harmonisation des activités de normalisation, d'agrément, d'accréditation, de certification, de métrologie, de l'environnement et de la promotion de la qualité au Togo.

¹⁹⁹³ Peut-être pourrait-on y voir les germes d'une obligation *comply or explain*. L'investisseur serait de la sorte libre de s'y conformer mais en cas de refus, il pèse à son égard une obligation de s'expliquer. Voir pour des exemples d'une telle obligation en droit des sociétés : Bjorn FASTERLING et Jean-Christophe DUHAMEL, « Le Comply or explain : la transparence conformiste en droit des sociétés », *RIDE*, 2009, 2, pp 129 – 157.

obligations peu contraignantes »¹⁹⁹⁴. En revanche, si tel n'est pas l'intention recherchée par les législateurs, l'option vers laquelle ils devraient se tourner, concernerait plutôt l'hypothèse de la transformation pure et simple.

747. La doctrine de la transformation. La transformation, également empruntée aux théories sur les rapports de système, suggère contrairement à l'ordre d'exécution, une transformation du traité en instrument de droit interne par le truchement d'une loi. Pour ce faire, le législateur national, ou toute entité habilitée à le faire, adopte une loi qui reprend le *negocium* du traité pour lui donner force obligatoire en droit interne¹⁹⁹⁵. La pratique émerge de plus en plus dans le cadre de la protection conventionnelle des investissements. Le projet de Code panafricain des investissements, pensé à l'origine pour être un traité, reste l'instrument (de droit souple) le plus abouti en la matière. Une rubrique est entièrement consacrée à la responsabilité sociale des entreprises¹⁹⁹⁶. Dans l'hypothèse des codes des investissements, un mérite particulier peut être reconnu au code égyptien de 2017. Le chapitre III intitulé « responsabilité sociale des investisseurs » reprend à son compte certaines prescriptions de droit souple en ces termes :

« Toward achieving the goals of the comprehensive and sustainable development, the Investor may dedicate a percentage of his annual profits to create a social development system, outside of his Investment Project, by participating in the following fields, in whole or in part:

- 1. Take the necessary action to protect and enhance the environment;*
- 2. Provide services or programs in the areas of healthcare, social care, or cultural care, or other development areas;*
- 3. Support the technical education or the funding of research, studies, and the awareness campaigns aiming at developing and improving the production, in agreement with any of the universities or scientific research institutions; and*
- 4. Training and scientific research.*

The amounts spent by an Investor on any of the fields provided for in the previous paragraph shall not exceed 10% of his annual profits after excluding the costs and expenses which are deductible in accordance with Paragraph (8) of Article (23) of the Income Tax Law promulgated by Law No. 91 of 2005.

In coordination with the concerned ministries, the Competent Minister may create a list of the best Investment Projects that conduct social development activities, whether by the geographic area or sector or other criteria and announce this list to the public.

In all cases, it is prohibited to use the projects, programs, or services delivered under the social responsibility umbrella to pursue political, party-related, or religious purposes or which entail discrimination among the citizens.

*The Executive Regulations of this Law indicates the controls and rules necessary to enforce the social responsibility system ».*¹⁹⁹⁷

¹⁹⁹⁴ Jean Salmon, *Dictionnaire de droit international public*, Bruylant, 2017, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 1039.

¹⁹⁹⁵ Jean COMBACAU et Serge SUR, *Droit international public*, LGDJ, 13^{ème} éd., 2019, pp 215 – 239, spéc. pp. 216 – 219.

¹⁹⁹⁶ Commission de l'Union Africain, *Projet de code panafricain d'investissements*, décembre 2016, art. 22.

¹⁹⁹⁷ Egypte, *Code des investissements de 2017*, art. 15.

La transformation est minimale en ce qu'elle ne reprend pas les élaborations sophistiquées des instruments de droit souple, mais seulement les grands principes. Il pèse ainsi à la charge des investisseurs une obligation visant à une meilleure prise en compte des externalités négatives de leurs activités. On y retrouve généralement des obligations négatives, mais plus encore des obligations positives, car il pèse à leur égard, un devoir de prendre toutes mesures nécessaires pour protéger et promouvoir l'environnement ou encore contribuer à l'éducation des communautés locales.

748. Les limites de la transformation. Cependant, si par l'effet de la loi ces dispositions deviennent du droit positif, l'intensité de l'obligation à la charge des investisseurs peut s'avérer extrêmement faible. Les tournures linguistiques révèlent que le ton est plus de l'ordre de l'incitation que de l'injonction. Le texte égyptien souligne ainsi que l'investisseur *peut dédier* (et non *doit dédier*) un pourcentage de ses profits à la réalisation des objectifs de développement. Dans la même perspective, la section 54 du récent code des investissements éthiopien précise que les investisseurs « *shall give due regard to social and environmental sustainability values including environmental protection standards and social inclusion objectives in carrying out their investment projects* »¹⁹⁹⁸. Les marqueurs du caractère incitatif sont saisissants. Les investisseurs doivent seulement tenir compte (et non se conformer), aux objectifs, standards et valeurs (et non obligations) liés aux problématiques du développement inclusif.

749. En définitive, la mention des normes du *soft law* dans les codes des investissements permet l'accès à la juridicité de ces normes en droit interne. Une telle consolidation normative est cependant limitée. Le simple ordre d'exécution ne transforme pas le caractère souple de l'*instrumentum* et la transformation ne modifie pas le caractère incitatif du *negocium*. Il en résulte une mobilisation contentieuse extrêmement limitée.

2. Les limites procédurales de la réception du soft law

750. L'effectivité du droit de réclamation des États. L'accès à la juridicité des normes du *soft law* par le truchement des codes des investissements entraîne la naissance d'obligations minimales à la charge des investisseurs et des droits au profit des États. Cependant, la protection de ces droits n'est pas effective dans la mesure où les droits d'action et de réparation de l'État sont loin d'être consacrés dans l'arbitrage d'investissement.

¹⁹⁹⁸ Éthiopie, *Code des investissements de 2020*, sec. 54.

751. L'obstacle procédural. L'un des reproches persistants visant l'arbitrage d'investissement est son caractère déséquilibré en ce que les États se trouvent majoritairement en position de défendeur. La critique ne doit cependant pas être exagérée. Il a déjà été indiqué que les États disposent de plusieurs techniques juridiques permettant la reconstitution du lien direct¹⁹⁹⁹. De plus, l'État en tant que puissance publique n'est pas dénué de moyens d'action contre les investisseurs. Une action devant ses juridictions locales est, en effet, possible. En réalité, le droit d'agir devant un tribunal arbitral de l'État ne se pose que dans le cadre des demandes reconventionnelles. Les conditions pour introduire de telles demandes sont strictes dans le mécanisme CIRDI. L'article 46 de la Convention de Washington prévoit qu'en l'absence d'accord contraire des parties, les demandes reconventionnelles doivent se rapporter à l'objet du litige, être couvertes par le consentement des parties et relever de la compétence du Centre²⁰⁰⁰. Ces conditions strictes ont bien souvent constitué un obstacle à l'admission des demandes reconventionnelles des États²⁰⁰¹ quoiqu'une tendance récente se montre plutôt favorable à de telles demandes.

752. Le contournement de l'obstacle. L'avantage des codes des investissements définissant des obligations juridiques à la charge des investisseurs est déterminant. Dans la mesure où les demandes reconventionnelles doivent être couvertes par l'engagement juridictionnel, en plus de relever de la compétence du tribunal, la définition de droits et obligations réciproques permet l'admission de ces demandes lorsque la convention d'arbitrage couvre tous les litiges relatifs à l'interprétation et l'application de la cause juridique de l'action, en l'occurrence du code des investissements. En conséquence, les États sont désormais capables de définir de nouveaux standards de responsabilité autrement que par le seul truchement de la théorie des mains propres qui ne convient qu'approximativement aux contentieux de l'investissement²⁰⁰². Une telle réappropriation

¹⁹⁹⁹ Voir *supra*, Partie 2, titre 1, chapitre 2, section 2. Ces techniques concernent notamment la possibilité de limiter l'accès aux juridictions arbitrales aux investisseurs agréés ou à ceux qui auront épuisé les recours internes ou respecter l'obligation de négociation préalable.

²⁰⁰⁰ Christoph SCHREUER *et al.*, *The ICSID Convention, A commentary*, 2ème éd., CUP, 2009, pp 731-756.

²⁰⁰¹ Christoph SCHREUER *et al.*, *The ICSID Convention, A commentary*, 2ème éd., CUP, 2009, pp 731-756. Également Walid BEN HAMIDA, « L'arbitrage Etats-Investisseur cherche son équilibre perdu : Dans quelle mesure l'État peut introduire des demandes reconventionnelles contre l'investisseur privé ? » in *International Law FORUM du droit international*, 01 janvier 2005, vol. 7, Issue 4, pp 261 – 272 ; Anne HOFFMANN, « Counterclaims in Investment Arbitration » in *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*, vol. 28, Issue 2, Fall 2013, pp 438 – 453.

²⁰⁰² L'invocabilité des mains propres est d'un secours limité en ce qu'elle n'exonère pas l'État de sa responsabilité internationale. La question est âprement discutée par les tribunaux qui l'envisagent le plus souvent sous l'angle des exceptions préliminaires. Dans les affaires *Yukos c. Russie*, le tribunal arbitral refusait de considérer la théorie des mains propres comme un principe général de droit (CPA, *Hulley Enterprises Limited c. Russie*, AA.226, sentence finale, 18 juillet 2014, § 1360 ; CPA, *Veteran Petroleum Limited c. Russie*, AA 228, sentence finale, 18 juillet 2014 ; CPA, *Yukos Universal Limited (Isle of Man) c. Russie*, AA.227, sentence finale, 18 juillet 2014) même si d'autres tribunaux ont considéré la doctrine des mains propres comme une règle de droit international (CIRDI, *Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide c. Philippines*, ARB/11/12, sentence, 10 décembre 2014, §§ 328 et 332) qui peut faire obstacle à la recevabilité de la requête même lorsque le comportement fautif est réalisé durant la phase post-investissement (CIRDI, *Heskam Talaat M. Al Warraq c. Indonésie*, sentence finale, 15 décembre 2014, §§ 631 – 645).

des règles du jeu ne pourrait en aucun cas être possible si les codes étaient considérés comme des actes unilatéraux autonomes de droit international. En effet, la validité des obligations pesant à l'égard des investisseurs serait sérieusement remise en cause dans la mesure où les actes unilatéraux de droit international public sont par nature auto-normateurs²⁰⁰³.

753. Une sanction indéterminée. En revanche, plus complexes sont les questions de la sanction des violations des obligations pesant à la charge de l'investisseur et celle de la détermination du régime de responsabilité et des réparations qui seraient dues à l'État. Rares sont les affaires dans lesquelles une responsabilité de l'investisseur a été envisagée²⁰⁰⁴. Dans le cadre des réclamations légales, bien qu'existent des affaires à l'occasion desquelles les États ont formulé des demandes reconventionnelles, aucune sentence n'a encore condamné un investisseur aux paiements de dommages et intérêts pour violation des codes des investissements. En toute logique, il ne saurait s'agir d'appliquer un régime de responsabilité calqué sur le droit international qui n'admet la responsabilité des particuliers que dans le cadre du droit international pénal. La responsabilité des investisseurs serait ainsi de droit interne même si l'identification des règles de droit interne applicables n'a rien d'évidente²⁰⁰⁵. Dans certains systèmes de droit, le problème de savoir si cette responsabilité relève du droit administratif (notamment en présence d'un contrat administratif) ou du droit commun peut se poser. S'agissant de la réparation *stricto sensu*, la possibilité d'une réparation en nature, d'une réparation intégrale ou encore la réparation du préjudice moral sont autant de questions qu'il

En ce qui concerne la responsabilité proprement dite, le rapporteur spécial de la CDI, James Crawford, précisait que la doctrine des mains propres serait « un motif de rejet (plutôt qu'un) motif de non-illicéité ou responsabilité, qui peut être traité dans le cadre de la protection diplomatique ». James CRAWFORD, « Deuxième rapport sur la responsabilité des États », Doc. A/CN.4/498 et Add. 1 à 4, 19 juillet 1999, § 333. À ce titre, certains tribunaux arbitraux ne l'ont pas envisagé comme une circonstance excluant l'illicéité mais comme un élément d'évaluation de la compensation ou des indemnités dues à l'investisseur au titre de la réparation. (CIRDI, *MTD Equity Sdn Bhd et MTD Chile SA c. Chilie*, ARB/01/7, Sentence, 25 mai 2004, § 243).

²⁰⁰³ Sur les caractères de l'acte unilatéral, voir *supra* Partie 1 Titre 1 Chapitre 1 Section 2 §2.

²⁰⁰⁴ Dans l'affaire *Urbaser c. Argentine*, le tribunal arbitral a reconnu l'existence d'obligations à la charge d'investisseurs étrangers au titre du droit à l'eau permettant de la sorte d'accueillir favorablement la demande reconventionnelle de l'Etat même s'il finit par conclure en l'absence d'atteinte portée à un tel droit par l'investisseur. (CIRDI, *Urbaser S.A., and Consorcio de Agus Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa c. République d'Argentine*, ARB/07/26, sentence, 8 décembre 2016, §§ 1156 – 1221). Dans l'affaire *Burlington* toutefois, le tribunal arbitral a condamné l'investisseur Burlington à payer à l'Équateur, suite à ses demandes reconventionnelles, la somme de 41 millions de dollars américains pour des dommages causés à l'environnement et aux infrastructures. Mais les parties avaient conclu un accord permettant au tribunal de connaître des demandes reconventionnelles et *in fine* la réparation due par l'investisseur était ridicule comparée à celle que l'Etat devait payer à l'investisseur pour expropriation illicite (380 millions de dollars américains). CIRDI, *Burlington Resources c. République d'Équateur*, ARB/08/5, décision sur les demandes reconventionnelles, 7 février 2017. Pour une analyse détaillée, voir : Arnaud DE NANTEUIL, « Counterclaims in Investment Arbitration : Old Question, New Answers ? », *The Law & Practice of International Courts and Tribunals*, vol. 17 : Issue 2, pp. 374 – 392.

²⁰⁰⁵ Dans l'affaire *Burlington c. Équateur* précitée, quand bien même la cause juridique de l'action était un traité bilatéral d'investissement, le tribunal arbitral a retenu la responsabilité civile délictuelle interne de la société au titre de l'article 42(1) deuxième partie de la Convention de Washington. La responsabilité en cause était une responsabilité stricte qui déchargeait l'Etat défendeur de rapporter l'existence d'une faute de la part de l'investisseur. CIRDI, *Burlington Resources c. République d'Équateur*, ARB/08/5, décision sur les demandes reconventionnelles, 7 février 2017, §§ 71 – 75 et 160 – 266.

appartiendra au tribunal arbitral saisi de résoudre en l'absence de dispositions législatives utiles.

754. En somme, il peut être considéré que les codes des investissements, en fixant des obligations à la charge des investisseurs, participent du développement d'un régime de responsabilité des investisseurs étrangers. Cependant, l'état des connaissances ne permet pas, à ce jour, d'admettre une responsabilité, même *sui generis* des investisseurs étrangers. L'effort de réappropriation des standards de la matière qui transparaît dans les politiques nationales est à cet égard encore insuffisant. La méthode la plus utile dont disposent les États reste dès lors l'élaboration de conditions strictes pour bénéficier de la protection législative des investissements étrangers.

§2 : L'exclusion par l'effet des conditions renforcées des garanties

755. L'imposition des conditions supplémentaires pour invoquer le bénéfice des garanties substantielles offertes par les codes des investissements est un *modus operandi* fréquent dans la pratique africaine des investissements. Elle affecte principalement les standards indirects de protection. Les dispositions nationales font ainsi du traitement de la nation la plus favorisée (A) et du traitement national (B) des garanties à l'utilité mesurée.

A. L'UTILITE MESUREE DU TRAITEMENT DE LA NATION LA PLUS FAVORISEE

756. Historique. Dans son projet d'articles sur les clauses de traitement de la nation la plus favorisée (TNF), la CDI a défini ce traitement comme étant celui « accordé par l'État concédant à l'État bénéficiaire, ou à des personnes ou des choses se trouvant dans un rapport déterminé avec cet État, non moins favorable que le traitement conféré par l'État concédant à un État tiers ou à des personnes ou des choses se trouvant dans le même rapport avec cet État tiers »²⁰⁰⁶. Élaborées depuis des siècles dans un cadre purement étatique, les clauses conventionnelles prévoyant le TNF ont été le cœur des politiques commerciales entre États par leur insertion dans les traités d'amitié, de commerce et de navigation²⁰⁰⁷ pour désormais constituer une des garanties substantielles les plus fréquentes dans les traités bilatéraux d'investissement²⁰⁰⁸. Pour autant, la généralisation par la voie conventionnelle de ce standard ne doit pas faire oublier son origine unilatérale.

²⁰⁰⁶ CDI, « Projet d'articles sur les clauses de la Nation la plus favorisée », 1978, *Ann. CDI.*, vol. II., 1978

²⁰⁰⁷ Boris NOLDE, « Droit et technique des traités de commerce », *RCADI*, vol. 3, 1924, pp 291 – 475.

²⁰⁰⁸ Julien CAZALA, « Les standards indirects de traitement : le traitement de la nation la plus favorisée et traitement national », *Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational*, Charles LEBEN (dir.), A. Pédone, Paris, 2015, p. 265.

Ainsi que le relève le Rapporteur spécial de la CDI, Ustor, le traitement NPF s'est d'abord manifesté sous l'aspect des promesses unilatérales par lesquelles les cités garantissaient aux marchands une égalité de chance en étendant le bénéfice de concessions accordées à des marchands d'une cité X aux marchands d'une cité Y²⁰⁰⁹. À certains égards, non sans quelques maladroitness, certains législateurs africains perpétuent cette tradition en prévoyant dans leurs codes une disposition de TNF.

757. La pratique africaine. Peu fréquent, le TNF est évoqué par six codes sur la quarantaine de lois étudiées²⁰¹⁰. Les formules d'un code à l'autre sont changeantes et souventes fois, le TNF apparaît de façon sibylline, notamment sous la forme de l'interdiction des discriminations entre investisseurs étrangers. Ainsi, le code des investissements ghanéen de 2013 dispose :

*« the Centre, an official agency, or any other legal representative of the Centre shall not discriminate against an investor from a particular country or give special treatment to a prospective foreign investor based on that investor's country of origin or nationality »*²⁰¹¹.

Dans la même veine, le code des investissements nigérien de 2014 prévoit en son article 13 :

*« Les personnes physiques ou morales étrangères reçoivent le même traitement sous réserve des dispositions des traités et accords conclus par la République du Niger avec d'autres États »*²⁰¹².

Plus large est la formulation retenue par le Soudan en ces termes :

*« For the purpose of this Act, no discrimination shall be made between the investors as being Sudanese, or non- Sudanese, or as being public, private sector, co-operative or joint sector »*²⁰¹³.

La variété de ces libellés pour désigner une réalité commune, à peu de chose près, souligne la délicatesse avec laquelle il est bienvenu d'aborder les questions liées au traitement de la nation la plus favorisée. De telles dispositions ne se confondent pas à l'interdiction des discriminations, qui dans le cadre du contentieux a pu être envisagée

²⁰⁰⁹ Endre USTOR, « Premier rapport sur la clause de la nation la plus favorisée », Doc. A/CN.4/213, *Ann. CDI*, vol. II, 1969, pp. 165 – 175, spéc., p. 165.

²⁰¹⁰ Ghana, *GIPC Act 2013*, art. 30.b ; Niger, *Code des investissements préc.*, 2014, art. 13 ; Sénégal, *Loi n°2004-06 du 6 février 2004 portant code des investissements*, préc., art. 11 ; Soudan, *National Investment Encouragement Act*, 2013, Article 8 ; Sud-Soudan, code des investissements de 2009, art. 33.

²⁰¹¹ Ghana, *GIPC Act 2013*, art. 30.b.. Retenant une formulation quelque peu similaire, l'article 33 du code des investissements du Sud Soudan de 2009 indique : « No official, agency, law or other legal authority shall discriminate against investors from a particular country or give special treatment to prospective foreign investors based upon their country of origin or nationality ».

²⁰¹² Niger, *Code des investissements préc.*, 2014, art. 13. On retrouve une formulation similaire à l'article 11 du code des investissements sénégalais en ces termes : « Les personnes physiques ou morales étrangères reçoivent le même traitement sous réserve des dispositions des traités et accords conclus par la République du Sénégal avec d'autres Etats. » Sénégal, *Loi n°2004-06 du 6 février 2004 portant code des investissements*, préc., art. 11.

²⁰¹³ Soudan, *National Investment Encouragement Act*, 2013, Article 8.

comme une garantie autonome²⁰¹⁴. Bien que le traitement de la nation la plus favorisée vise à empêcher les discriminations, le facteur discriminant essentiel est celui de la nationalité²⁰¹⁵ contrairement aux clauses et dispositions de prohibition générale de la discrimination dont le spectre est plus large et peut couvrir des questions de sexes, âges, nationalité, etc. Il s'ensuit qu'il faut considérer l'article 8 du code des investissements soudanais plutôt comme une disposition de prohibition de la discrimination que comme une disposition NPF au sens strict. En pratique toutefois, cela fait peu de différences pour la question à l'étude, en ce que l'interdiction prévue couvre également la rupture de l'égalité entre investisseurs étrangers.

758. Dans la pratique conventionnelle, l'intérêt du TNF est fondé sur la réciprocité et la relation *do ut des* qui se noue entre les États. Les avantages que deux États peuvent s'accorder dans le cadre d'un traité peuvent, par exemple, fausser le jeu de la concurrence avec des investisseurs ressortissants d'un État tiers au traité avantageux. Mais dans les codes, on peut questionner leur utilité. La loi en tant qu'instrument de portée générale et impersonnelle, a vocation à s'appliquer à tous les assujettis relevant des catégories qu'elle définit. À ce titre, il n'y aurait pas *a priori* de discriminations entre étrangers. Ces réserves quant à l'utilité des dispositions sont d'ailleurs confortées par les conditions posées pour en bénéficier. Ces conditions intéressent l'autorité concédante (1), les critères du traitement accordé (2) et le bénéficiaire du traitement spécial (3).

1. L'autorité concédante

759. Le problème. Rarement mises en lumière²⁰¹⁶, les conditions relatives à l'autorité concédante peuvent soulever des difficultés s'agissant des codes qui ne se rencontrent pas dans le cadre de la protection conventionnelle des investissements. En effet, les formulations classiques des TBI indiquent qu'aucune « partie contractante », à savoir les États, n'offrira un avantage non moins favorable que celui qu'elle accorde aux investisseurs ressortissants d'un autre État. Les règles d'attribution de droit international

²⁰¹⁴ Dans l'affaire *Plama c. Bulgarie* par exemple au sujet de l'article 10(1) du Traité sur la Charte de l'Energie, le tribunal affirma : « this tribunal believes that, while the standards can overlap on certain issues, they can also be defined separately. "Unreasonable or arbitrary measures – as they are sometimes referred to in other investments instruments – are those which are not founded in reason or fact but on caprice, prejudice or personal preference. With regard to discrimination, it corresponds to the negative formulation of the principle of equality of treatment ». CIRDI, *Plama c. Bulgarie*, ARB/03/24, sentence, 27 août 2008, § 183. Contra CIRDI, *Rumeli c. Kazakhstan*, ARB/05/16, sentence, 29 juillet 2008, §§ 679 – 681. Pour une approche qui reprend la pratique arbitrale sur ce point, voir Ursula KRIEBAUM, « Arbitrary/Unreasonable or Discriminatory Measures », *International Investment Law*, BUNGENBERG et al. (dir.), op. cit., pp 790 - 806, spéc. §§ 11 – 23.

²⁰¹⁵ Federico ORTINO, « Non-discriminatory Treatment in Investment Disputes » in Pierre Marie DUPUY et al., *Human Rights in International Investment Arbitration*, OUP, 2009, p. 344.

²⁰¹⁶ Les ouvrages généraux sur le traitement NPF ne discutent pas des conditions relatives à l'autorité concédante. Pour une approche de la question, voir Claire CREPET DAIGREMONT, *La clause de la nation la plus favorisée*, A. Pédone, Paris, 2015, pp. 45 - 49.

applicables facilitent l'identification de cette autorité concédante. De plus, la convergence des critères d'identification de l'État tirés de la Convention de Vienne sur le droit des traités et les articles de la CDI constituent un facteur de simplification qui n'est pas extensible à l'arbitrage fondé sur un code des investissements. Les difficultés liées à l'identification de l'État qui souscrit à un engagement et l'État responsable au stade du contentieux persistent²⁰¹⁷. Qui peut valablement accorder un traitement spécial à un investisseur X qui devra être étendu à un investisseur Y sous peine d'engager la responsabilité de l'État d'accueil ? Autrement formulée, les émanations de l'État peuvent-elles être considérées comme des autorités concédantes au sens du code des investissements ? Deux codes y apportent une réponse.

760. La formulation restreinte. Premièrement, le code ghanéen dispose que seuls le *Ghana Investment Promotion Centre*, les représentations locales de ce Centre²⁰¹⁸ ou encore les représentants légaux du Centre peuvent accorder des avantages tombant sous le coup du TNF. Une lecture littérale conduit à l'exclusion des autres organes de l'État et entité placée dans une dépendance fonctionnelle. Ainsi, le traitement avantageux accordé par les législateurs et les subdivisions politiques telles que les mairies n'a pas à être étendu aux autres investisseurs. Ceci réduit considérablement le champ d'application de la disposition TNF dans le contexte ghanéen.

761. La formulation large. On retrouve, deuxièmement, la même approche avec le code sud-soudanais dont les nuances, certes légères, conduisent à la conclusion inverse du texte ghanéen. La loi sud-soudanaise prévoit en effet que « *No official, agency, law or other legal authority* » ne devrait accorder un traitement spécial à un investisseur étranger sans l'étendre à un autre. Il résulte de ces termes vagues que le législateur sud-soudanais n'a apporté aucune limite *ratione personae* au traitement NPF dans sa loi nationale. Ceci peut en partie s'expliquer par l'existence récente de cet État à la suite de sa séparation du Soudan. Les conséquences juridiques qui en résultent, sont à rapprocher de celles

²⁰¹⁷ Sur ce point, voir l'analyse du professeur Yves Nouvel qui souligne que les questions relatives à l'attribution d'un engagement juridique souscrit par une entité paraétatique à l'État et celle de l'imputation des faits de cette entité à l'État sont distinctes. Si les règles d'interprétation de la Convention de Vienne sur le droit des traités sont applicables à la première situation, la seconde serait régie par les Articles de la CDI sur la responsabilité internationale de l'État en droit international. Yves NOUVEL, « Les entités paraétatiques dans la jurisprudence du CIRDI » in Charles LEBEN (dir.), *Le contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement*, LGDJ, Anthémis, 2006, pp. 25 et ss.

²⁰¹⁸ Dans la version originale du texte précitée, il est plutôt question de « an official agency ». Les diverses références dans le code au terme *agency* désignent une structure étatique. Ainsi, le Ghana Investment Promotion Centre (GIPC) est défini comme « *the agency of Government responsible for the encouragement and promotion of investments in Ghana, to 'provide for the creation of an attractive incentive framework and a transparent, predictable and facilitating environment for investments in Ghana and for related matters* » (Préambule) tandis que les représentations locales sont désignées par les termes « *branch offices of the Centre* » (section 13). Cependant, dans le contexte de l'article 30.b, les termes « *official agencies* » suivie de « *or any other legal representatives of the Centre* » laisse entendre que l'énumération désigne surtout l'ensemble des structures pouvant être rattachées au GIPC.

découlant des textes nigérien et sénégalais précités. En effet, ces textes permettent à l'investisseur d'invoquer à son bénéfice tout avantage qui aurait pu être concédé par l'État et toute entité dépendant de lui conformément à son droit interne, dans le cadre d'un contentieux. Il y aurait alors un véritable intérêt pour les investisseurs étrangers à bénéficier du TNF puisque toute pratique administrative pourrait potentiellement leur être profitable.

762. Pour conclure sur ce point, à l'exception du code des investissements ghanéen, tous les autres législateurs adoptent une position plutôt large quant aux autorités concédantes. Mais, même dans ce cas de figure, des restrictions demeurent s'agissant des critères du traitement accordé.

2. L'exigence d'un traitement « spécial »

763. L'imprécision des textes. Quoique spécifiées par les textes, les formules laconiques retenues « *special treatment* » ou « même traitement » des lois ne permettent de saisir le champ d'application matériel de l'obligation d'un traitement NPF. Cette situation rencontrée dans le cadre de la protection conventionnelle des investissements a conduit les tribunaux arbitraux à élaborer un ensemble de conditions et exceptions à remplir pour invoquer utilement le bénéfice de la clause NPF. Ces restrictions tendent à limiter l'application du jeu de la garantie aux seuls traitements liés à l'objet des dispositions NPF, à l'exclusion de ceux accordés spécifiquement par certains traités, sans que ne soit véritablement tranchée la question des droits procéduraux.

764. Un traitement lié à l'objet des dispositions. Il s'agit du principe *ejusdem generis* qui a été formulé dans l'affaire *Ambatielos*²⁰¹⁹. Dans ce litige, la question soumise à la commission d'arbitrage était de savoir si la clause NPF prévue à l'article X du traité de commerce et de navigation anglo-grec de 1886 permettait à l'armateur grec *Ambatielos* d'invoquer à son bénéfice un traitement conforme aux principes généraux du droit international prévu par le traité entre le Royaume-Uni et la Bolivie du 1^{er} août 1911. Monsieur *Ambatielos* se plaignait d'avoir été victime d'un déni de justice dans le cadre d'un différend soumis aux tribunaux anglais. Dans sa réponse, la Commission a porté une attention particulière à l'article X du traité de 1886 en indiquant que le domaine de la clause englobe « toutes les questions relatives au commerce et à la navigation » et qu'à ce titre « la clause de la nation la plus favorisée ne peut attirer que les matières relevant du

²⁰¹⁹ CIJ, *Ambatielos* (fond : obligation d'arbitrage), arrêt, 19 mai 1953, *Rec.* 1953, p. 10

même ordre de sujets que celui auquel se rapporte la clause elle-même »²⁰²⁰. Depuis, les affaires rendues ont réaffirmé cette règle comme l'indique la CDI dans ses commentaires sous le projet d'articles 9 et 10 sur le traitement de la nation la plus favorisée. Elle y ajoute d'ailleurs :

« C'est seulement la matière faisant l'objet de la clause qui doit relever de la même catégorie (...) et non pas la relation entre l'État concédant et l'État tiers, d'une part, et la relation entre l'État concédant et l'État bénéficiaire, de l'autre. On ne peut davantage prétendre que le traité ou l'accord contenant la clause doit appartenir à la même catégorie que celle dont relèvent les avantages réclamés en vertu de la clause. En décider autrement réduirait considérablement la valeur de la clause de la nation la plus favorisée »²⁰²¹.

Cette limitation du traitement NPF à l'objet de clause qui le prévoit, est susceptible de poser une difficulté dans le cadre des codes des investissements. Contrairement aux libellés conventionnels, les dispositions législatives précitées ne renseignent pas quant aux domaines d'application du traitement NPF promis à l'investisseur. Il a pu être suggéré par le Groupe de travail de la CDI sur les clauses NPF que la détermination de l'objet de la clause est une question d'interprétation qui doit être résolue selon les articles de la Convention de Vienne sur le droit des traités, notamment l'article 31²⁰²². Cet article indique qu'il faut tenir compte du contexte qui comprend outre le texte même du traité, le préambule et les annexes dans l'interprétation d'un traité. Par principe, une telle recommandation pour déterminer l'objet des dispositions législatives ne saurait s'appliquer. Mais les méthodes et principes d'interprétation des lois n'excluent pas que la loi soit interprétée en référence au contexte et au préambule de celle-ci²⁰²³. Ce qui permettrait d'appliquer le principe *ejusdem generis*. Mais dans ce cas, l'utilité du code risque d'en pâtir puisque dans les États, il n'y a pas deux lois qui régissent simultanément les mêmes questions. De plus, le caractère général et impersonnel de la loi implique que celle-ci s'applique indistinctement à tous les investisseurs relevant d'une même catégorie. L'on voit mal alors comment la disposition NPF pourrait avoir un intérêt dans ce cas de figure. À défaut d'application du principe *ejusdem generis*, le manque de soin apporté à la rédaction de ces dispositions aura pour conséquence d'affecter l'efficacité du traitement NPF proposé²⁰²⁴.

²⁰²⁰ CIJ, *Ambatielos (fond : obligation d'arbitrage)*, arrêt, 19 mai 1953, *Rec.* 1953, p. 10.

²⁰²¹ CDI, « Projet d'articles sur les clauses de la nation la plus favorisée et commentaires », *Ann. CDI*, 1978, vol. II(2), § 12.

²⁰²² CDI, « Rapport final du Groupe d'étude sur la clause de la nation la plus favorisée », *Ann. CDI.*, 2015, vol.II (2), §§ 162 – 163 et §§ 184 – 185.

²⁰²³ Sur ce point, voir les raisonnements Partie 2, Titre 1, chapitre 1 ; section 2, § 1.

²⁰²⁴ Déjà en 1978, la CDI indiquait : « Les rédacteurs de la nation la plus favorisée se trouvent toujours placés devant le dilemme qui consiste soit à rédiger la clause en termes trop généraux – ce qui risque de nuire à son efficacité si la règle *ejusdem generis* est interprétée strictement – soit à la rédiger de façon trop explicite en énumérant ses domaines d'application spécifiques – auquel cas

765. L'exclusion des traitements réservés. Il s'agit d'une exception classique reprise par les textes nigérien et sénégalais selon laquelle l'égalité de traitement ne saurait permettre d'importer un avantage spécifiquement accordé par un traité ou un accord entre États²⁰²⁵. Une telle précaution vise à empêcher que les bénéfices ou avantages que les États s'accordent dans le cadre d'une intégration économique, dont l'intention spécifique pour les États membres est de se réserver des droits et avantages dans leur rapport sur la base de réciprocité, ne profitent à un investisseur dont l'État de nationalité n'est pas également partie à l'intégration. Dans la même veine, ainsi que le souligne la CNUCED, les accords portant sur les aspects fiscaux de l'investissement ne sauraient être mobilisés²⁰²⁶. Suivant la volonté politique à l'œuvre, les avantages favorables accordés à un investisseur dans un cadre purement contractuel pourraient être exclus. En principe, la nationalité de l'investisseur ne devrait pas être un élément déterminant dans la négociation d'un traitement spécial entre l'investisseur et l'État hôte, mais quand bien même cela viendrait à être le cas, de tels avantages ne sauraient être réclamés par un investisseur tiers aux négociations. À défaut, il viendrait à se prévaloir d'avantages sans assumer les contreparties qui ont pu être réclamées au cocontractant de l'État. Cette constatation ajoute aux discussions sur l'intérêt des dispositions NPF.

766. Un traitement d'ordre procédural ? Les dispositions législatives africaines relatives aux traitements NPF sont floues concernant la nature du « traitement spécial » ou du « même traitement » due à l'investisseur. Faute de définition précise, il est possible de considérer que le traitement envisagé par les codes concerne les garanties de protection de l'investissement étranger, les avantages fiscaux et les facilités administratives accordées par les agences de promotion de l'investissement. Plus délicat en revanche, est le point de savoir si la notion de « traitement » inclut également les avantages procéduraux. Cette question a donné lieu à une littérature abondante²⁰²⁷ et à une pratique arbitrale plutôt dense²⁰²⁸. À l'origine de la controverse, se trouve un passage tiré de la

l'énumération risque de n'être pas complète ». in « Projet d'articles sur les clauses de la nation la plus favorisée et commentaires », *Ann. CDI*, 1978, vol. II(2), p. 33, § 6.

²⁰²⁵ Voir les articles 13 et 11 des codes des investissements nigérien et sénégalais précités.

²⁰²⁶ CNUCED, *Traitement de la nation la plus favorisée*, Collection de la CNUCED consacrée aux problèmes relatifs aux accords internationaux d'investissement II, 2010, §§ 43 – 51, spéc. p. 45.

²⁰²⁷ August REINISCH, « Most Favoured Nation Treatment », in Marc BUNGENBERG et al., *International Investment Law*, C.H.BECK-HART-NOMOS, 2015, 807 – 845; Claire CREPET DAIGREMONT, « Traitement national et traitement de la nation la plus favorisée dans la jurisprudence arbitrale récente relative à l'investissement », in Charles LEBEN (dir.), *Le contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement, Nouveaux développements*, Anthémis – LGDJ, 2006, pp 107 – 162 ; Claire CREPET DAIGREMONT, *La clause de la nation la plus favorisée*, op. cit. ; Zachary DOUGLAS, « The MNF Clause in Investment Arbitration : Treaty Interpretation Off the Rails », *Journal of International Dispute Settlement*, 2011, vol. 2, pp 97 – 113.

²⁰²⁸ CIRDI, *Emilio Agustín Maffezini c. Royaume d'Espagne*, Compétence, ARB 97/7, 25 janvier 2000 ; CIRDI, *Salini ; Siemens A.G. c. The Argentine Republic*, Compétence, ARB/02/8, 3 août 2004 ; CNUDCI, *AWG Group Ltd. c. La République d'Argentine*, Compétence, 3 août 2006 ; CNUDCI, *National Grid, plc c. Argentine*, Compétence, 20 juin 2006 ; CIRDI, *Gas Natural SDG, S.A.*

décision rendue par la Commission d'arbitrage dans l'affaire *Ambatielos* précitée. Cette Commission a considéré que la bonne administration de la justice pouvait être considérée comme une matière relative au commerce et à la navigation, l'objet de la clause NPF²⁰²⁹. Dans l'affaire *Maffezzini c. Espagne*, la cause juridique de l'action, le TBI Argentine - Espagne, prévoyait un délai de 18 mois avant d'introduire une requête d'arbitrage. L'article IV du même traité disposait cependant que les investisseurs bénéficieront d'un traitement non moins favorable que celui que les parties accorderaient sur leur territoire aux investisseurs d'un État tiers. Or, le TBI Chili-Espagne ne prévoyait pas un délai de 18 mois avant de recourir à l'arbitrage, mais une période de six mois à l'expiration des négociations. L'investisseur argentin Emilio Maffezzini se fonda alors sur cette disposition pour justifier la compétence du tribunal tandis que l'Espagne, insistant sur le principe *ejudem generis*, rappelait que la clause NPF ne valait que pour les questions relatives aux aspects matériels et substantiels du traitement accordé aux investisseurs. Pour le tribunal cependant, les dispositions en matière de règlement des différends comptaient parmi les garanties de protection dues à un investisseur et pouvaient en ce sens relever du champ d'application de la clause NPF. Conscient du risque de *treaty shopping* que cela peut entraîner, le tribunal concluait que le bénéfice de la clause ne doit pas passer outre les considérations de politique publique envisagées par les Parties contractantes²⁰³⁰.

767. À l'inverse, certains tribunaux ont considéré une telle assimilation comme étant excessive. Dans l'affaire *Salini*, le tribunal arbitral remettait en cause la conclusion que tiraient les arbitres dans l'affaire *Maffezzini* à propos de la sentence *Ambatielos*²⁰³¹. La sentence *Telenor* est encore plus précise à ce sujet en faisant observer :

c. Argentine, Compétence, ARB/03/10, 17 juin 2005 ; SCC, *RosInvest Co. UK Ltd. c. La Fédération de Russie*, Compétence, n° V079/2005, 1er octobre 2007 ; CIRDI, *Telenor Mobile Communications A.S. c. la République de Hongrie*, ARB/04/15, 13 septembre 2006 ; CPA, *Austrian Airlines; ICS Inspection and Control Services Limited (Royaume-Uni) c. République d'Argentine*, Compétence, no 2010-9, 10 février 2012 ; CIRDI, *Plama Consortium Limited c. République de Bulgarie*, Compétence, ARB/03/24 8 février 2005.

²⁰²⁹ « Il est vrai que l'administration de la justice, considérée isolément, n'est pas une question relative au "commerce et à la navigation" mais il peut en aller différemment si on l'envisage dans le contexte de la protection des droits des commerçants. La protection des droits des commerçants trouve tout naturellement sa place parmi les matières traitées dans les conventions de commerce et de navigation. On ne peut donc pas dire que l'administration de la justice, dans la mesure où elle intéresse la protection de ces droits, doit être obligatoirement exclue du champ d'application de la clause de la nation la plus favorisée lorsque cette dernière recouvre "toutes les questions relatives au commerce et à la navigation". trad. non officielle. *RIAA*, 1963, p. 107. Il y a de bonnes raisons de conclure que les arrangements de règlement des différends sont aujourd'hui inextricablement liés à la protection des investisseurs étrangers, tout comme ils sont aussi liés à la protection des droits des commerçants en vertu des traités de commerce » Extrait de OCDE, « Le traitement de la nation la plus favorisée dans le droit international des investissements », Éditions OCDE. *Le traitement de la nation la plus favorisée dans le droit international des investissements*, 2004, version en ligne, pp. 12-13.

²⁰³⁰ CIRDI, *Emilio Augustin Maffezzini c. Royaume d'Espagne*, ARB/97/7, Compétence, 25 janvier 2000, §§ 56, 62 et 63. Une série de sentences arbitrales a confirmé l'approche du tribunal. CIRDI, *Siemens AG c. République d'Argentine*, ARB/02/8, compétence, 03 août 2004, § 102, CNUDCI, *AWG Group Ltd c. Argentine*, 3 août 2006, § 89 ; CIRDI, *Gas Natural SDG, S.A. c. République d'Argentine*, ARB/03/10, 17 juin 2005, § 29 ; SCC, *RosInvest Co. UK Ltd c. Fédération de Russie*, n°V079/2005, compétence, 01 octobre 2007, §§ 131 et 132 ; SCC, *Renta 4 SVSA, Ahorro Corporacion Emergentes FI et al. c. Fédération de Russie*, n°24/2007, Exception préliminaires, §100 ; CNUDCI, *Austrian Airlines c. République slovaque*, sentences finales, 9 octobre 2009, §124.

²⁰³¹ CIRDI, *Salini Costruttori S.p.A et Italstrade S.p.A c. Royaume du Maroc*, ARB/00/4, Compétence, § 112.

« In the absence of language or context to suggest the contrary, the ordinary meaning of "investment shall be accorded treatment no less favourable than that accorded to investment made by investors of any third State" is that the investor's substantive rights in respect of the investments are to be treated no less favourably than under a BIT between the host State and a third State, and there is no warrant for construing the above phrase as importing procedural rights as well »²⁰³²

Ainsi, dans la pratique, les principes d'interprétation ont fait l'objet de discussions. Certains tribunaux ont privilégié une interprétation stricte de la clause NPF²⁰³³ tandis que d'autres rappelaient qu'il fallait se référer aux articles 31 et 32 de la Convention de Vienne sur le droit des traités²⁰³⁴. Cependant, toutes les sentences conviennent qu'il faut adopter une approche casuistique, respectueuse des formulations propres à chaque TBI. Le Groupe de travail de la CDI soulignait d'ailleurs : « même si l'on peut tirer des orientations du sens qui est donné au traitement NPF dans d'autres accords, chaque disposition NPF doit être interprétée à la lumière de ses propres termes et du contexte de l'accord dans lequel elle figure »²⁰³⁵. Il est certain que les principes d'interprétation des traités ne pourraient être appliqués aux dispositions législatives, mais l'indication générale garde tout de même sa pertinence. Un tribunal arbitral saisi, devra appliquer les principes d'interprétation des lois pour déterminer le champ d'application des dispositions NPF, notamment leur extension aux accords juridictionnels entre les Parties.

768. En somme, il peut être déduit des formules laconiques employées que le traitement spécial concerne un traitement d'ordre substantiel ou procédural conforme à l'objet du code des investissements à l'exclusion des traitements réservés en raison d'une politique générale. Une telle disposition ne profiterait également qu'à une catégorie limitée de bénéficiaires.

3. Le bénéficiaire du traitement spécial

769. Les formules retenues. Les libellés nationaux sont très généraux s'agissant du bénéficiaire du traitement spécial. Les bénéficiaires désignés sont : « *the investor from a particular country* »²⁰³⁶, « *prospective foreign investor* »²⁰³⁷ et enfin « les personnes

²⁰³² CIRDI, *Telenor Mobile Communications A.S. c. République d'Hongrie*, ARB/04/15, 13 septembre 2006, § 92.

²⁰³³ Dans l'affaire *Plama c. Bulgarie*, le tribunal arbitral se prononçant sur la portée d'une clause NPF sur le consentement à l'arbitrage, indique que « l'intention d'incorporer des dispositions relatives au règlement des différends doit être exprimée clairement et sans équivoque ». CIRDI, *Plama Consortium Limited c. République de Bulgarie*, ARB/03/24, Compétence, 8 février 2005, § 204. Également, CIRDI, *Telenor* §.91, CIRDI, *Wintershall Aktiengesellschaft c. République d'Argentine*, ARB/04/14, Sentence, 8 décembre 2008, § 167.

²⁰³⁴ CIRDI, *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona c. Argentine*, ARB/03/17, Compétence, 16 mai 2006, § 64 ; CPA, *Austrian Airlines c. Argentine*, n°2010-9, compétence, 10 février 2012, § 95.

²⁰³⁵ CDI, « Projet d'articles sur les clauses de la nation la plus favorisée et commentaires », *Ann. CDI*, 1978, vol. II (2), p. 30, § 149.

²⁰³⁶ Ghana, *GIPC Act 2013*, art. 30.b. et Sud Soudan, *Code des investissements de 2009*, art. 33.

²⁰³⁷ Ghana, *GIPC Act 2013*, art. 30.b. ; Sud Soudan, *Code des investissements de 2009*, art. 33.

physiques ou morales étrangères »²⁰³⁸. Mis à part les analyses concernant les investisseurs protégés²⁰³⁹, les textes et la pratique arbitrale ajoutent deux conditions supplémentaires qui concernent les notions de *prospection* et de *similarité*.

770. L'investisseur en prospection. La condition est rare et ne concerne que les textes ghanéen et sud-soudanais précités. Ceux-ci, malheureusement, n'apportent pas plus de précisions concernant la notion. Il est partant délicat de déterminer la période à partir de laquelle un investisseur peut être considéré comme un investisseur en prospection et à quel moment, celui-ci cesse d'être en prospection. Seules quelques indications sont fournies.

D'une part, la loi ghanéenne prévoit qu'aux fins du code des investissements, les entreprises doivent s'enregistrer conformément au droit des sociétés ghanéen et autres lois pertinentes et que toute entreprise dans laquelle existe une participation étrangère s'enregistre avant le début de ses activités auprès du GIPC²⁰⁴⁰. Il s'ensuit que seuls les investisseurs étrangers dont l'investissement (la société locale) est enregistré, peuvent bénéficier des avantages du code. La date d'enregistrement constituerait alors le *dies a quo* à partir duquel l'investisseur pourra invoquer le bénéfice de la disposition NPF. S'agissant du *dies ad quem*, il peut être suggéré que l'investisseur étranger cesse d'être en prospection lorsque son activité démarre. Ainsi, les étapes concernant la gestion, l'exploitation et la vente de l'investissement devraient être exclues de la protection accordée par la disposition NPF. Seul le traitement favorable accordé durant les phases d'établissement et d'acquisition serait couvert par la disposition. S'agissant de l'expansion ou du réinvestissement, il peut être considéré que cela consiste en une nouvelle prospection et à ce titre, ces étapes relèvent du champ d'application de la clause NPF. Toutefois, cette qualification du réinvestissement n'a pas toujours emporté la conviction dans le cadre de la protection conventionnelle²⁰⁴¹. Le même raisonnement peut se tenir concernant le code sud-soudanais. Celui-ci prévoit en effet qu'un investisseur étranger qui souhaite investir au Sud-Soudan doit demander un certificat d'investissement, lequel certificat lui permet de bénéficier des avantages et bénéfices

²⁰³⁸ Niger, *Code des investissements préc.*, 2014, art. 13 ; Sénégal, *Loi n°2004-06 du 6 février 2004 portant code des investissements*, préc., art. 11.

²⁰³⁹ Les conditions pour bénéficier de la protection du code des investissements sont évoquées *supra*, Partie 2, Titre 1, Chapitre 2, Section 1.

²⁰⁴⁰ Ghana, *GIPC Act 2013*, art. 23 et 24.

²⁰⁴¹ Walid BEN HAMIDA, « L'admission des investissements et des investisseurs », *Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational*, Charles LEBEN (dir.), A. Pédone, Paris, 2015, p. 263. CNUCED, « Traitement de la nation la plus favorisée », *Collection de la CNUCED consacrées aux problèmes relatifs aux accords internationaux d'investissement II*, pp. 35 – 41. Également, Suzy NIKIEMA, « La clause de la nation la plus favorisée dans les traités d'investissement », *Série bonnes pratiques de l'IISD*, février 2017, pp 7 – 10.

prévus par le Code. Mieux, le texte prohibe tout investissement de la part d'un investisseur étranger tant qu'il ne bénéficie pas d'un certificat d'investissement²⁰⁴².

771. L'invocabilité des droits. Pour autant, la justiciabilité des droits des investisseurs étrangers ne coule pas de source. Dans le cadre de l'arbitrage CIRDI, il a été avancé que la compétence du Centre étant limité à l'existence d'un investissement, celui-ci ne pourrait connaître de demande liée au pré-investissement²⁰⁴³. Cependant, la fugacité du concept d'investissement invite à faire preuve de prudence concernant l'exclusion des demandes liées à un TNF accordé à un investisseur en prospection du champ de la compétence *ratione materiae* du CIRDI. La pratique arbitrale a d'ailleurs suggéré une telle réserve dans l'affaire *Génération Ukraine c. Ukraine*. L'investisseur étranger, une société américaine avait constitué une société de projet de droit ukrainien, Heneratsiya, sur invitation de l'État afin de procéder à la réalisation d'un projet spécifique pour lequel il avait obtenu l'autorisation. Cependant, les autorités locales avaient interféré et empêché la réalisation du projet. L'investisseur estimait alors qu'il s'agissait d'une expropriation, quand bien même aucun investissement n'avait encore été effectué. Le tribunal a écarté cette option en précisant toutefois :

*« Each cause of action pleaded by the Claimant in the present case relates to the "proposed premier office block development known as the Parkview Office Building Project at Boulevard Shevchenko 32 in the City of Kyiv" as described in the Request for Arbitration. Therefore, as long as there was no interference in Generation Ukraine's ownership of Heneratsiya per se, there could be no "investment dispute" for the purposes of Article VI of the BIT unless and until Heneratsiya actually made an investment in the Parkview Project. A contention that Ukrainian officials made it unacceptably difficult for Heneratsiya to effect the investment could not give rise to an investment dispute unless the Claimant was in a position to invoke pre-investment protections. Such protections do exist in various international treaties (e.g. the right to establish a business or tender for contracts without discrimination) but no such right has been invoked here »*²⁰⁴⁴.

Il en résulte que lorsque la cause juridique de l'action prévoit des droits au profit de l'investisseur en prospection, une action CIRDI pourrait être envisagée. En l'occurrence, il en irait ainsi puisque les lois nationales citées prévoient l'extension du traitement NPF au pré-investissement. Walid Ben Hamida faisait d'ailleurs observer que l'article 25 de la Convention de Washington « exige un litige relatif à un investissement et ne subordonne

²⁰⁴² Sud Soudan, *Code des investissements de 2009 préc.*, art. 21.2) ; 22.1) et 24.3).

²⁰⁴³ Antonio PARRA, « Provisions on the Settlement of Investment Disputes in Modern Investment Laws, Bilateral Investment Treaties and Multilateral Instruments on Investment », *ICSID Rev.*, 1997, p. 325; Horacio GRIGERA NAÏN, « The Settlement of Investment Disputes between States and Privates Parties: An Overview from the Perspective of the ICC », *JWI*, 2000, p. 73 – 74.

²⁰⁴⁴ CIRDI, *Generation Ukraine, Inc. c. Ukraine*, ARB/00/9, 16 septembre 2003, § 8.6.

pas la compétence du CIRDI à un investissement réalisé ou admis »²⁰⁴⁵. Il est nécessaire dans ce cas de figure de porter une attention à la formulation des dispositions juridictionnelles. Dans le cas des lois ghanéennes et sud-soudanaises, celles-ci couvrent les litiges relatifs à une entreprise assujettie au code. On pourrait y inclure les litiges relatifs au pré-investissement²⁰⁴⁶. L'investisseur en prospection pourra ainsi introduire une réclamation légale devant un centre d'arbitrage pour les avantages accordés à un autre investisseur étranger placé dans une situation similaire.

772. La situation similaire. Cette condition est implicite, car elle n'apparaît pas dans les dispositions législatives. Toutefois, les tribunaux arbitraux ont eu pour pratique, même lorsque le traité est muet, de se prononcer sur l'existence d'une situation similaire entre les investisseurs étrangers. Ainsi dans l'affaire *Parkerings c. Lituanie*, le tribunal arbitral affirmait :

*« the essential condition of the violation of a MFN clause is the existence of a different treatment accorded to another foreign investor in a similar situation. Therefore, a comparison is necessary with an investor in like circumstances. The notion of like circumstances has been broadly analyzed by tribunals »*²⁰⁴⁷.

Pour déterminer la situation similaire des investisseurs, le tribunal arbitral s'est principalement intéressé à la branche d'activité de ceux-ci. En l'espèce, le requérant se plaignait d'avoir été évincé d'un appel à projet de construction et d'aménagement d'un parc de stationnement dans le centre historique de Vilnius au motif que la proposition des investisseurs portait atteinte à l'héritage historique et culturel du site. Or, ce dont se plaignait l'investisseur, c'est qu'une autre société avait été autorisée à construire le parc sur le même site. Pour sa part, le tribunal arbitral constata que les deux investisseurs étaient placés dans une situation similaire parce qu'il s'agissait de deux entreprises intervenant dans le secteur de la construction et la gestion des parcs de stationnement. Puis, il conclut que l'admission du second projet était justifiée car ce projet était plus respectueux de l'héritage culturel de la ville. Sur ce point, la sentence a été critiquée en ce que pour certains auteurs, la différence des projets montre plutôt que les investisseurs n'étaient pas placés dans une situation similaire²⁰⁴⁸. Ce qui souligne toute la difficulté de l'opération et les limites du seul critère de la même branche d'activité. Dans l'affaire *Bayindir c. Pakistan*, le tribunal arbitral, en plus du fait que les investisseurs relevaient

²⁰⁴⁵ Walid BEN HAMIDA, « L'admission des investissements et des investisseurs », *Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational*, Charles LEBEN (dir.), A. Pédone, Paris, 2015, p. 263.

²⁰⁴⁶ Ghana, Code des investissements de 2013 préc., sec. 33.2) ; Sud-Soudan, *code des investissements de 2009 préc.*, art. 39.4.

²⁰⁴⁷ CIRDI, *Parkerings-Compagniet AS c. République de Lituanie*, ARB/05/8, Sentence, 11 septembre 2007, § 369.

²⁰⁴⁸ Julien CAZALA, « Les standards indirects de traitement : le traitement de la nation la plus favorisée et traitement national », *Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational*, Charles LEBEN (dir.), A. Pédone, Paris, 2015, p. 274.

de la même branche d'activité, porta une attention particulière à leur relation contractuelle pour conclure qu'ils n'étaient pas placés dans une situation similaire. Ainsi, les arbitres rappelaient que les termes financiers, le savoir-faire et l'ampleur des travaux à réaliser justifiaient un traitement différencié²⁰⁴⁹.

773. En définitive, le bénéfice des dispositions NPF est très encadré par les textes et la pratique arbitrale. Le traitement pourrait être limité aux seuls avantages accordés par certaines autorités qui sont en lien avec l'objet des codes des investissements, sous réserve des politiques générales et sans qu'il ne soit tranché la question des avantages procéduraux. Un autre point indéterminé est celui de l'identification du bénéficiaire qui s'il peut être un investisseur en prospection, doit être placé dans une situation similaire à l'investisseur plus avantage. Cela implique une démarche casuistique. Les unes ajoutées aux autres, l'on devine mal dans quelle hypothèse concrète les investisseurs étrangers peuvent être placés dans une situation similaire et recevoir des traitements différents. Soit les investisseurs relèvent d'une même catégorie créée par le code, et parce que ce texte est impersonnel, il n'y aurait alors pas de distinction entre les investisseurs selon leur État d'origine. Soit, le code crée des catégories distinctes pour les investisseurs étrangers selon leur État d'origine et dans ce cas, ils ne sont plus placés dans la même situation. De la sorte, dans un cas comme dans l'autre, l'on peut douter de l'intérêt de cette garantie substantielle. Cette critique peut également, dans une certaine mesure, valoir pour la garantie du traitement national (TN).

B. LA PORTEE LIMITEE DU TRAITEMENT NATIONAL

774. Définition. La garantie d'un traitement national est, avec l'interdiction de l'expropriation sauf pour cause d'utilité publique, la protection substantielle la plus fréquente dans les codes des investissements africains. Ce standard indirect de traitement interdit toute discrimination fondée sur un critère de nationalité²⁰⁵⁰. La loi sud-soudanaise relative aux investissements définit d'ailleurs ce standard comme le traitement accordé conformément aux lois, règlements et mesures administratives à l'investisseur étranger

²⁰⁴⁹ CIRDI, *Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi A.Ş. c. République Islamique du Pakistan*, ARB/03/29, sentence, 27 août 2009, § 399 – 411.

²⁰⁵⁰ Le tribunal dans l'affaire *Champion Trading Company et Ameritrade International, Inc. v. Arab Republic of Egypt* indiquait en ce sens : « The purpose of Art. II (2)(a) is to promote foreign investment and to guarantee the foreign investor that his investment will not because of his foreign nationality be accorded a treatment less favourable than that accorded to others in like situations (...) This standard requires the Arbitral Tribunal the parties involved (...) were in like situations, and then to compare the treatment being received by foreign investments with the treatment received by local investors to determine whether there was a violation of the provision ». CIRDI, *Champion Trading Company c. Egypte*, ARB/02/9, 27 Octobre 2006, §§ 126 et 128.

lui assurant qu'il sera traité sur la base des conditions favorables similaires à celles des investisseurs locaux²⁰⁵¹. Ce standard vise ainsi à assurer à l'investisseur étranger un traitement identique à celui que l'État accorde à ses propres investisseurs. Seulement, pour des raisons à la fois juridique et politique, cet engagement de l'État se veut anecdotique ; l'investisseur étranger et l'investisseur local sont rarement logés à la même enseigne.

775. Les difficultés juridiques. Sur le plan juridique, la première constatation à faire est celle de l'inexistence d'un régime général du traitement national en droit international. Quoique ancien, ce standard ne relève pas du droit coutumier mais du droit conventionnel²⁰⁵². Les règles relatives à son appréciation sont donc isolées à la sphère juridique issue de la *lex specialis*²⁰⁵³. Ainsi, chaque référence au traitement national doit être interprétée dans le contexte de l'instrument support, *a fortiori* lorsqu'un tel instrument est de droit interne. Il n'est toutefois pas rare que des tribunaux arbitraux se réfèrent aux sentences antérieures rendues tant en matière d'investissement²⁰⁵⁴ que dans des champs plus larges²⁰⁵⁵. Mais la pratique ne relève en rien d'une conformité à la règle du précédent. À vrai dire, lorsqu'il s'agit d'apprécier le standard de traitement national, l'approche relève plus d'un schéma logique propre à toute réflexion sur les questions de discrimination que de l'élaboration d'une règle ou d'un principe de droit²⁰⁵⁶.

²⁰⁵¹ Sud-Soudan, *Code des investissements de 2009 préc.*, art. 5 : « National treatment means with respect to all the laws, regulations and administrative instructions, that foreign investments in Southern Sudan shall be treated on same favorable conditions similar to those of domestic investments ».

²⁰⁵² CIRDI, *AAPL c. Sri Lanka*, ARB/87/3, Opinion dissidente de Samuel Asante, 27 juin 1990 : « with regard to national treatment, such a right or privilege with be assured by an explicit provision of domestic law or other domestic measure. The most-favoured-nation treatment clause, on the other hand, will be triggered into operation by the conclusion of a treaty or the adoption of a specific policy or measure by the host State granting a right or privilege or concession to the nationals or companies of a third State with respect to compensation or others forms of settlement. It bears emphasis that national and most-favoured-nation treatment does not derive from customary law » §§ 40 – 41, spéc. § 40.

²⁰⁵³ La question toutefois de la pertinence du régime établi par le GATT, au titre de l'OMC, a été particulièrement discutée par la pratique arbitrale. Dans l'affaire *Occidental Exploration and Production Company c. Equateur*, le tribunal arbitral précisait que les observations formulées au titre du GATT 94 pour apprécier le libellé du traité en se fondant sur la divergence des objectifs poursuivis par les deux traités (LSIA, UN3467, 1^{er} juillet 2004, §§ 175 – 176). Dans l'affaire *Cargill c. Pologne*, le tribunal était plus réservé en indiquant qu'il n'y avait pas une définition précise et finale du terme « *like* » et citant l'organe d'appel de l'OMC, l'interprétation et l'application du terme « *"like"* is a discretionary decision that must be made in considering the various characteristics of products in individual cases. [...] There can be no one precise and absolute definition of what is like. The concept of "likeness" is a relative one that evokes the image of an accordion"; CNUCED, *Cargill c. Pologne*, 5 mars 2008, § 311, aussi § 320. Rejetant cette valeur interprétative du GATT 94, le tribunal dans l'affaire *Bayindir* a considéré que l'interprétation de la clause de traitement national doit être autonome. CIRDI, *Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi AS c. Pakistan*, ARB/03/29, 27 août 2009, §§ 389 et 402. Dans l'affaire *Total S.A. c. Argentine* en revanche, le tribunal arbitral considérait : « a finding of discrimination (...) presupposes a comparison between persons, things or activities that are "ejudem generis" (...). There is no reason why this precondition should not apply equally in investment protection as in trade matters, where the requirement of "likeness" is spelled out as to products in Article I.1 and II.2 of GATT and in Article II.1 and XVII of GATS as to services ». CIRDI, *Total SA v. Argentine*, ARB/04/01, 27 décembre 2010, note de page 258.

²⁰⁵⁴ Pour une analyse sommaire de la question, voir en ce sens : Mathias AUDIT, « La jurisprudence arbitrale comme source du droit international des investissements » in *Droit international des investissements et l'arbitral transnational*, A. Pédone, Paris, 2015, pp 119 – 133 ;

²⁰⁵⁵ Dans l'affaire *Total SA c. Argentine* précité, les arbitres se sont également référés aux travaux de la Commission du droit international ainsi qu'à l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme, *Fredin c. Suède* de 1991. Voir le paragraphe 210 de la décision ainsi que la note de page 259.

²⁰⁵⁶ Dans l'affaire *Yuri Bogdanov and Yulia Bogdanov c. République de Moldavie*, les arbitres optèrent pour la formule de méthode de raisonnement standard en droit international en ces termes : « In international arbitration practice concerning alleged discrimination, a standard method is to make a comparison between the foreign investor and another in like, or similar,

776. Dès lors, lorsqu'un code prévoit sans plus de précisions que l'investisseur ou l'investissement étranger reçoit un traitement identique à celui accordé aux investisseurs ou investissements nationaux²⁰⁵⁷, il est de bon aloi pour le tribunal arbitral de s'assurer que les bénéficiaires de la garantie sont dans une situation similaire (1) à celle des investisseurs locaux et que ces investisseurs nationaux reçoivent des avantages qui ne sont pas étendus aux investisseurs étrangers (2) sans qu'une telle discrimination ne soit justifiée (3). Ces trois conditions, « *three steps test* » comme le désigne la littérature anglophone²⁰⁵⁸, sont le minimum auquel l'on puisse s'attendre. Dans les grandes lignes, le raisonnement sur ce point est banal. Les difficultés ne surgissent que lorsqu'il faut apprécier dans le détail chaque élément.

1. Le test de similarité

777. **La variété de formulations.** Dans leur majorité, les libellés nationaux sont peu disert concernant l'exigence d'une condition de similarité. Les législateurs se contentent d'indiquer que les investisseurs étrangers bénéficient d'un traitement identique ou non moins favorable sans mentionner la condition de similarité²⁰⁵⁹. Certains textes font tout de même figure d'exception. À titre illustratif, le code tunisien des investissements de 2016 prévoit à son article 7 : « [d]ans les situations comparables, l'investisseur étranger jouit d'un traitement national non moins favorable à l'investisseur tunisien en ce qui concerne les droits et les obligations prévus par la présente loi »²⁰⁶⁰ ou encore, la formule sud-soudanaise, moyennement évocatrice, d'un traitement « *on same favorable conditions similar to those of domestic investments* »²⁰⁶¹. Ces références, importantes mais minimalistes, n'offrent pas d'indications suffisantes à un investisseur ou un arbitre pour apprécier le champ d'application de la garantie ainsi offerte. En fait, seuls deux codes des investissements offrent une perspective intéressante concernant la condition de similarité.

circumstances. But finding a reasonable basis of comparison has sometimes proved to be a complicated matter ». SCC, *Yuri Bogdanov et Yulia Bogdanova c. République de Moldavie*, V(091/2012), Sentence finale, 16 avril 2013, § 218. Gras ajoutés.

²⁰⁵⁷ À l'exception des codes namibien et sud-africain, les dispositions relatives à la clause du traitement national sont imprécises. Les libellés indiquant simplement que l'investisseur étranger bénéficie du même traitement que celui accordé aux nationaux ou autres formules équivalentes. Voir sur ce point annexe C.

²⁰⁵⁸ Lire sur ce point August REINISCH, « National Treatment », *International Investment Law*, BUNGENBERG et al. (dir.), op. cit., 2015, p. 855, §§ 26 – 31.

²⁰⁵⁹ Un exemple parmi d'autres est celui du code des investissements togolais qui prévoit à son article 3 que « les investisseurs étrangers reçoivent un traitement identique à celui des personnes physiques ou morales togolaises, sous réserve de réciprocité et sans préjudice des mesures pouvant concerner l'ensemble des ressortissants étrangers ou résulter des traités ou accords dont la République togolaise est partie ». Togo, Code des investissements de 2012 préc., art. 3.

²⁰⁶⁰ Tunisie, Code des investissements de 2016 préc., art. 7.

²⁰⁶¹ Sud-Soudan, Code des investissements de 2009 préc., art. 5 : « *National treatment means with respect to all the laws, regulations and administrative instructions, that foreign investments in Southern Sudan shall be treated on same favorable conditions similar to those of domestic investments* ».

778. Les critères légaux de la similarité. Par ordre chronologique, la première disposition est la loi sud-africaine de 2015 qui prévoit en sa section 8.1 : « *Foreign investors and their investments must not be treated less favourably than South African investors in like circumstances* »²⁰⁶². Le législateur ne s'arrête pas à cette simple mention. La section 8.2 livre un ensemble d'indices permettant aux arbitres d'apprécier l'exigence de similarité. S'inscrivant dans la même approche, la section 19.5 du code des investissements namibien promet aux investisseurs étrangers et aux investissements étrangers, un traitement non moins favorable que celui accordé aux investisseurs et investissements nationaux lorsqu'ils sont placés dans les mêmes circonstances²⁰⁶³. La section 19.6 ajoute également des indices permettant d'apprécier les circonstances similaires. Au titre de ces indices, il est précisé que l'État devra tenir compte de l'effet sur les tiers et la communauté locale du traitement ainsi que l'effet sur l'environnement local, régional ou national y compris les effets cumulés de tous les investissements sur l'environnement, le secteur de l'investissement, les liens avec les autres secteurs, l'objectif de la mesure concernée et la procédure de réglementation généralement appliquée en relation avec la mesure concernée. On retrouve les mêmes conditions dans le texte sud-africain à deux ajouts près : la situation particulière de l'investisseur ou l'investissement étranger et les effets sur l'emploi²⁰⁶⁴. L'appréciation de la condition de similarité repose dès lors sur une analyse casuistique dont on peut croire qu'elle suivra les orientations de la pratique arbitrale concernant le traitement national.

779. Les critères prétoriens de la similarité. Les tribunaux arbitraux qui ont eu à se prononcer sur la condition de similarité, se sont essentiellement intéressés à deux critères qui tiennent d'une part, à la branche d'industrie ou secteur de l'investissement selon la formule retenue par les législateurs et d'autre part, au rapport de concurrence.

780. La branche d'industrie. S'agissant du critère de la branche d'industrie, deux investisseurs ou deux investissements peuvent être considérés comme relevant d'une situation similaire s'ils interviennent dans la même branche d'activité. Cette condition a été mise en lumière dans des affaires contre le Mexique dans le cadre du traité ALENA dont l'article 1102 n'offre le bénéfice du traitement national qu'aux investisseurs placés dans des *circumstances analogues*. Dans l'affaire *Marvin Feldman*, le Mexique avait mis

²⁰⁶² Afrique du Sud, *code des investissements de 2015 préc.*, section 8.1).

²⁰⁶³ Namibie, *Code des investissements de 2016 préc.*, sec. 19.5 : « *Subject to this Act, the State must accord to foreign investors and their investments treatment no less favourable than the treatment it accords, in like circumstances, to Namibian investors and their investments, with respect to the management, operation and disposition of investments within Namibia* ».

²⁰⁶⁴ Afrique du Sud, *Code des investissements de 2015*, Sec. 8(2).

en place une politique de rabais fiscal pour les exportations de produits de tabac achetés auprès des producteurs de cigarettes mexicains. Selon le requérant, son investissement, la Société CEMSA, n'aurait pas bénéficié des avantages fiscaux accordés à des investisseurs nationaux entraînant ainsi une violation de l'article 1102 de l'ALENA. Pour mener son raisonnement, le tribunal observait que pour bénéficier des avantages, les investisseurs étrangers et nationaux devaient être placés dans des circonstances analogues en retenant comme critère de comparaison le secteur d'activité des entreprises à savoir celui de la revente et l'exportation de cigarettes²⁰⁶⁵. Dans l'affaire *SD Myers* au sujet de l'interdiction d'exportation des déchets contaminés au PCB, le tribunal, après un passage en revue de la pratique dans le cadre de l'OMC, de l'OCDE et la prise en compte des objectifs de politiques publiques, notamment environnementales, indiquait que le test de similarité requiert de savoir si les investisseurs, étrangers et nationaux, interviennent dans le même secteur. Puis les arbitres ajoutaient : « *the word "sector" has a wide connotation that includes the concepts of "economic sector" and "business sector"* »²⁰⁶⁶. Le tribunal concluait ainsi que les sociétés SDMI et Myers Canada, les requérants, ainsi que les exploitants canadiens Cham-Security et Cintec étaient tous engagés dans la fourniture de services de dépollution des déchets contenant du PCB et à ce titre, relevaient du même secteur²⁰⁶⁷.

781. Le rapport de concurrence. Le critère de la branche d'industrie, d'activité ou du secteur économique présente un avantage, celui de la clarté. Toutefois, cette clarté n'est qu'apparente. En effet, au gré de spécifications toujours plus poussées, deux produits peuvent relever de branches d'activités différentes. Ce contentieux est d'ailleurs répandu dans le cadre du droit de la concurrence. Pour cette raison, sans abandonner le critère de la branche d'industrie, certains tribunaux arbitraux y ont également ajouté celui du rapport de concurrence. Dans l'affaire *Archers Daniels Midland Company c. Mexique* par exemple, le Mexique avait adopté une taxe applicable sur les boissons non alcoolisées dont la teneur en sucre n'était pas liée à l'utilisation de sucre de canne. Les requérants estimaient qu'il y avait une discrimination en ce que le produit qu'ils proposaient à la vente, à haute teneur en fructose, pouvait être considéré comme un substitut du sucre. Le tribunal, en se fondant également sur l'affaire *Methanex* dans laquelle le tribunal arbitral avait estimé que l'éthanol et le méthanol étaient deux produits placés dans un rapport de

²⁰⁶⁵ CIRDI, *Marvin Feldman c. Mexique*, ARB(AF)/99/1, sentence, 16 décembre 2002, § 171.

²⁰⁶⁶ CNUDCI-ALENA, *S.D. Myers, Inc. c. Canada*, Sentence partielle, 13 novembre 2000, §250.

²⁰⁶⁷ CNUDCI-ALENA, *S.D. Myers, Inc. c. Canada*, Sentence partielle, 13 novembre 2000, § 251.

concurrence, concluait que le critère de comparaison dans la présente affaire était le rapport de concurrence entre les producteurs mexicains de canne à sucre et les producteurs de solutions sucrées à base de fruits²⁰⁶⁸. Cette approche compréhensible n'a cependant pas toujours eu un franc succès. Certains tribunaux estimant qu'il fallait prendre en compte d'autres aspects.

782. Les circonstances similaires ? Dans l'affaire *Champion Trading c. Égypte*²⁰⁶⁹, le tribunal n'a pas apprécié la situation similaire des investisseurs en se référant à la concurrence des produits ou à la même branche d'industrie, mais aux circonstances de la mesure édictée. En l'espèce, l'Égypte reversait à des producteurs de cotons des sommes visant à compenser les pertes liées à la vente à prix fixe du coton à des centres de collecte nationaux. Cet avantage n'était pas accordé aux producteurs de la filière qui ne vendaient pas leurs produits à prix fixe aux centres de collectes. L'entreprise américaine *Champion Trading Company* qui vendait son coton librement sur le marché égyptien, s'estima lésée et invoqua la clause de traitement national figurant dans le TBI Égypte-États-Unis. Le tribunal considéra toutefois qu'en vendant ses produits en dehors du système de vente de coton aux centres nationaux, le requérant n'était pas placé dans la même situation que les investisseurs locaux²⁰⁷⁰. Ainsi, bien que les investisseurs relèvent de la même branche d'activité et que les produits proposés entrent en concurrence, le tribunal arbitral ne prit en compte que le système de vente de coton mis en place par le Gouvernement égyptien.

La décision est discutable dans la mesure où dans cette affaire, ce n'est pas que les circonstances n'étaient pas identiques, mais que la mesure de compensation n'était pas fondée sur une discrimination liée à la nationalité des investisseurs. Un critère objectif était en l'espèce identifiable : compenser les pertes liées à la vente à taux fixe à des organismes publics. Il semble cependant que cette approche soit celle suivie par les législateurs namibien et sud-africain à la lecture des indices précédemment évoqués. Bien qu'ils prennent en compte la branche d'activité et le rapport de concurrence, les effets sur l'environnement ou les communautés locales sont des éléments circonstanciés qui renseignent moins sur le test de similarité que sur l'existence d'une justification ou à défaut d'un traitement avantageux.

2. Le traitement avantageux

²⁰⁶⁸ CIRDI, *Archer Daniels Midland Company et al. c. Mexique*, sentence, 21 novembre 2007, §§ 197 – 204, spéc. § 204.

²⁰⁶⁹ CIRDI, *Champion Trading Company & Ameritrade International, Inc. c. Égypte*, ARB/02/9, sentence, 27 octobre 2006.

²⁰⁷⁰ CIRDI, *Champion Trading Company et al. c. Égypte*, ARB/02/9, sentence, 27 octobre 2006, §§ 129 – 156.

783. Définition. À l'instar du traitement NPF, l'utilité de la garantie d'un traitement national réside dans l'existence d'un traitement favorable qui ne profiterait pas à l'investisseur étranger. Dans l'affaire *Pope & Talbot c. Canada*, le tribunal arbitral a défini la notion de *traitement non moins favorable* comme celui qui équivaut au meilleur traitement que celui accordé aux investisseurs nationaux placés dans des circonstances similaires²⁰⁷¹. L'égalité de traitement est alors le minimum auquel peut s'attendre un investisseur. Les lois nationales ne sont pas toutes précises quant à l'objet sur lequel doit porter la discrimination même si certaines formulations sont de nature à en restreindre énormément le champ d'application.

784. Variété des formulations. À titre illustratif, le code des investissements mauritanien limite le bénéfice de la garantie « aux droits et obligations découlant de la législation mauritanienne et relatifs à l'exercice des activités couvertes par la présente loi »²⁰⁷². Pris au sens strict, les seuls avantages dont pourrait se prévaloir un investisseur étranger devront être le fait du législateur puisque seuls les droits et obligations découlant de la législation sont mentionnés. Sont alors à exclure, les droits et avantages accordés par des autorités administratives. De plus, les droits reconnus dans le cadre d'activités qui ne sont pas couvertes par le code des investissements, ne seraient pas invocables par un investisseur. Dans un autre registre, mais toujours dans cette logique d'encadrement, le code namibien n'envisage le traitement favorable que lorsqu'il est accordé à la phase post-établissement et non au pré-investissement, s'écartant de la dynamique impulsée par les pratiques américaines et canadiennes²⁰⁷³. Le texte dispose en ce sens que les investisseurs étrangers et leurs investissements bénéficient d'un traitement non moins favorable que celui accordé aux investisseurs namibiens et leurs investissements « *with respect to the management, operation and disposition of investments within Namibia* »²⁰⁷⁴.

785. Effet des restrictions. De telles restrictions réduisent la possibilité pour l'investisseur étranger de se prévaloir devant un tribunal arbitral des traitements avantageux accordés aux investisseurs nationaux. Dans l'affaire *Marvin Feldman c. Mexique* précitée, le tribunal arbitral en se fondant sur un *dictum* de l'organe d'appel de l'Organe de Règlement des Différends de l'OMC, considéra qu'une présomption du traitement non favorable profite à l'investisseur étranger. Autrement dit, l'investisseur

²⁰⁷¹ CNUDCI-ALENA, *Pope & Talbot Inc c. Gouvernement du Canada*, sentence sur le fond, phase 2, 10 avril 2001, §42.

²⁰⁷² Mauritanie, *Code des investissements de 2012*, préc., art. 10.

²⁰⁷³ Patrick JUILLARD, « Le nouveau modèle américain de traité bilatéral sur l'encouragement et la protection réciproques des investissements », *AFDI*, vol. 50, 2004, pp. 669 – 682.

²⁰⁷⁴ Namibie, *Code des investissements de 2016* préc., sect. 19.5).

étranger doit démontrer *prima facie* que les investisseurs nationaux bénéficient d'un avantage qui ne lui est pas reconnu²⁰⁷⁵. Cette approche permet l'inversion de la charge de la preuve, en imposant à l'État la démonstration de l'absence de discrimination en droit ou en fait. C'est le lieu de noter que les codes ne font pas cas de la distinction *de jure* ou *de facto* de la discrimination laissant supposer que les deux aspects du régime seraient couverts par la garantie proposée.

786. En somme, certains législateurs africains limitent la portée des dispositions législatives relatives aux traitements favorables même si, dans leur grande majorité, les codes africains restent imprécis. Mais même dans cette dernière hypothèse, la politique adoptée est caractérisée par une extrême précaution que traduit la multiplication des mesures de justification.

3. *Le traitement injustifié*

787. Une condition implicite. L'absence de justification du traitement différencié entre l'investisseur étranger et l'investisseur local est une condition implicite du traitement national. Dans certaines affaires CIRDI, les arbitres ont d'ailleurs préféré apprécier cette condition dans le cadre du test de similarité²⁰⁷⁶. Ainsi, même lorsqu'elle n'est pas prévue par la cause juridique de l'action, la justification apparaît comme une condition déterminante, faisant parfois office d'exception au jeu normal du standard de traitement. La CNUCED proposait de ranger ces exceptions en trois catégories à savoir les exceptions générales, les exceptions spécifiques à une matière et celles dictées par la politique étrangère de l'État²⁰⁷⁷.

788. Les exceptions générales. Au titre des exceptions générales, figurent les exceptions liées à la préservation de l'ordre public, la santé publique, la sécurité nationale. On retrouve cette exception dans la loi sud-africaine de 2015 formulée de façon indirecte. Le législateur prévoit notamment que le test de similarité devra tenir compte de l'effet sur l'emploi, l'effet indirect ou direct sur l'environnement ou encore l'interdiction de toute interprétation de nature à faire échec à l'application de mesures visant à promouvoir et à préserver les pratiques et héritages culturels, les savoirs locaux et les ressources biologiques²⁰⁷⁸. De telles précautions visent avant tout à garantir la liberté normative de

²⁰⁷⁵ CIRDI, *Marvin Feldman c. Mexique*, ARB(AF)/99/1, Sentence, 16 décembre 2002, § 177.

²⁰⁷⁶ Il en va ainsi notamment des affaires *Pope & Talbot c. Canada*, *SD Myers c. Canada* et *Champion trading company c. Égypte* précitées.

²⁰⁷⁷ CNUCED, *National Treatment*, UNCTAD Series on issues in international investment agreements, 1999, p. 12.

²⁰⁷⁸ Afrique du Sud, code des investissements de 2015, sec. 9.

l'État et l'exercice normal de son *imperium*. La sentence SD Myers précisait en ce sens : « *The assessment of "like circumstances" must also take into account circumstances that would justify governmental regulations that treat them differently in order to protect the public interest* »²⁰⁷⁹.

789. Les exceptions spécifiques à une matière. À ces exceptions générales, s'ajoutent des exceptions spécifiques articulées autour d'un sujet déterminé. Ces exceptions concernent par exemple les taxes ou avantages fiscaux accordés, les droits de la propriété intellectuelle ou la préservation d'une branche d'industrie ou encore l'entrepreneuriat local. À titre d'exemple, les réformes récentes du code des investissements ivoirien ont eu pour principal objectif de rédiger un code plus soucieux de promouvoir et protéger les Petites et Moyennes Entreprises (PME) et les Petites et Moyennes Industries (PMI) locales²⁰⁸⁰. Ainsi, les investisseurs locaux bénéficient de droits qui ne sont pas étendus aux investisseurs étrangers. Le texte modifié en 2019 prévoit expressément :

« **Sans préjudice de la politique nationale de promotion de l'entrepreneuriat national**, les personnes physiques ou morales de nationalité étrangère reçoivent un traitement identique à celui accordé aux personnes physiques ou morales de nationalité ivoirienne »²⁰⁸¹.

Dans la même perspective, le code des investissements mauritanien limite le bénéfice de la clause de traitement national aux avantages prévus pour des seuils d'investissements prévus par le code²⁰⁸². La loi mozambicaine de 1993 exclut également les activités qui par nature ou en raison de leur seuil requièrent un traitement avantageux²⁰⁸³. On peut ajouter à cette approche les mesures liées à des politiques de discrimination positive comme c'est le cas en Afrique du Sud²⁰⁸⁴ ou encore à un traitement différentiel due à des sujétions particulières imposées par les pouvoirs publics²⁰⁸⁵. Cela a notamment été le cas dans

²⁰⁷⁹ CNUDCI-ALENA, *S.D.Myers, Inc. c. Canada*, Sentence partielle, 13 novembre 2000, § 250.

²⁰⁸⁰ L'article 3 du code de 2018 prévoit ainsi : « le présent code a pour but de favoriser : le développement durable par des investissements productifs et socialement responsables en Côte d'Ivoire, le développement régional, le contenu local et la compétitivité des entreprises ». Côte d'Ivoire, *Ordonnance n°2018-646 du 1^{er} août 2018 portant code des investissements*, art. 3.

²⁰⁸¹ Côte d'Ivoire, *Ordonnance n°2019-1088 du 19 décembre 2019 modifiant l'ordonnance n°2018-646 du 1^{er} août 2018 portant code des investissements*, article 25 nouveau (Gras ajoutés). Dans le même sens, voir aussi : Bénin, code des investissements de 2020, art. 12 ; Guinée, code des investissements de 2015, art. 10 ; Sur l'application de la politique de discrimination positive, section 18 (1) du code des investissements sud-africain de 2015.

²⁰⁸² Mauritanie, *Code des investissements de 2012*, art. 10.

²⁰⁸³ Mozambique, *Code des investissements de 1993*, art. 4.

²⁰⁸⁴ Le préambule du code des investissements de 2015 reconnaît : « *the obligation to take measures to protect or advance persons, or categories of persons, historically disadvantaged in the Republic due to discrimination* » ; Matthew COLEMAN et Kevin WILLIAMS, « South Africa's Bilateral Investment Treaties, Black Economic Empowerment and Mining : a Fragmented Meeting ? », *Business Law International*, vol. 56, n°1, 2008, p. 56 ; Xavier PHILIPPE, « Afrique du Sud - Les discriminations positives », *Annuaire International de justice constitutionnelle*, 1998, vol. 13, 1993, pp. 53 – 73.

²⁰⁸⁵ Sur ce point, voir *supra* (section 1 de ce même chapitre) les obligations des investisseurs et les dispositions relatives au contenu local (obligation de recruter du personnel local, de se fournir sur le marché local, de formation du personnel et de transfert des technologies, etc.).

l'affaire *Champion Trading Company c. Égypte* dans laquelle le tribunal arbitral a considéré que les sommes versées aux producteurs de cotons visant à compenser les pertes liées à la vente à prix fixe du coton, recommandée par les autorités publiques, étaient justifiées²⁰⁸⁶.

790. Les deux séries d'exceptions, générales et spécifiques, posent une difficulté de nature à réduire comme peau de chagrin l'intérêt de la garantie. Les textes, mais aussi les sentences arbitrales qui les évoquent, restent évasifs sur le contenu réel. Les notions de *sécurité nationale*, d'*ordre public* ou encore *promotion de l'entrepreneuriat local* sont vagues. Pis, il revient aux États d'en fixer le contenu au cas par cas. Du fait que le contenu de telles exceptions échappe aux pouvoirs de connaissance de la norme, ils peuvent être source d'insécurité juridique. Même dans le cadre d'un test de nécessité et/ou de proportionnalité, il n'est pas évident qu'on puisse reconnaître à l'arbitre international le pouvoir de juger du bien-fondé d'une mesure publique, sauf hypothèse d'une discrimination manifeste.

791. Les exceptions de politiques étrangères. Mais les restrictions qui achèvent de rendre anecdotique le traitement national dans le cadre des lois sur les investissements sont les réserves concernant d'une part, les accords et traités internationaux et d'autre part, la condition de réciprocité. Dans le cadre des accords et traités internationaux, l'exception est classique²⁰⁸⁷. Les sujétions particulières qui peuvent affecter un investisseur étranger, lorsqu'elles résultent de l'application d'un accord international, ne peuvent servir de fondement légitime à une action pour violation du traitement national. Autrement, cela supposerait que l'État contrevienne à une obligation internationale pour se conformer à sa loi nationale. Or, le principe en la matière est celui de la valeur supra législative des accords internationaux.

S'agissant de la condition de réciprocité, celle-ci surprend. Il est vrai qu'elle a pu être évoquée dans le cadre de traités d'investissement²⁰⁸⁸, mais leur place dans les lois nationales est plus que critiquable²⁰⁸⁹. En effet, cette condition de réciprocité, qui fait

²⁰⁸⁶ CIRDI, *Champion Trading Company & Ameritrade International, Inc. c. République Arabe d'Égypte*, ARB/02/9, sentence, 27 octobre 2006, §§ 129 – 156.

²⁰⁸⁷ Elle est fréquemment évoquée par les codes des investissements africains. Pour un exemple voir : Côte d'Ivoire, *Ordonnance n°2019-1088 du 19 décembre 2019 modifiant l'ordonnance n°2018-646 du 1^{er} août 2018 portant code des investissements*, article 25 nouveau.

²⁰⁸⁸ CNUCED, *National Treatment*, UNCTAD Series on issues in international investment agreements, 1999, p. 47.

²⁰⁸⁹ Le code des investissements mauritanien de 2012 prévoit ainsi à son article 10 : « [...] les personnes physiques ou morales étrangères reçoivent un traitement identique à celui des personnes physiques ou morales de nationalité mauritanienne, sous réserve de réciprocité et sans préjudice des mesures pouvant concerner l'ensemble des ressortissants étrangers ou résulter des dispositions des traités et accords auxquels est partie la Mauritanie ». Dans le même sens, voir : Burkina Faso, *Code des investissements de 2018*, art. 9 ; Centrafrique, *Charte des investissements de 2009*, art. 9 ; Égypte, *code des investissements de 2017*, art. 3 ; Niger,

intervenir l'État national de l'investisseur dans l'opération, trahit l'idée d'un engagement unilatéral de l'État hôte à garantir un standard de traitement national à l'investisseur étranger. L'élaboration de la loi, ne faisant en principe pas l'objet de négociations interétatiques, quelle peut être la raison d'être d'une telle condition de réciprocité ? Ceci est d'autant plus troublant que les législateurs optant pour cette exigence se gardent d'en définir les contours. Les arbitres devraient-ils opérer une analyse abstraite de l'ordre juridique de l'État national de l'investisseur ou s'assurer qu'en pratique, le traitement accordé correspond en tout point à celui espéré par l'investisseur étranger ? Qui devrait supporter la charge d'une telle preuve ? La logique de cette exigence difficile à saisir, donne à penser qu'il s'agirait d'une reprise maladroite des dispositions conventionnelles dans le cadre de la protection nationale.

792. En somme, si le traitement national peut être écarté pour promouvoir un intérêt national économique, pour protéger l'ordre public ou peut encore être refusé aux investissements mineurs ou nuisibles aux intérêts économiques (condition suffisamment large pour justifier tous les excès), cela n'en fait-il pas finalement une coquille vide ? On pourrait admettre que les mesures arbitraires soient proscrites par son truchement, mais l'investisseur n'est-il pas déjà protégé contre ces mesures arbitraires ? La redéfinition de la garantie du traitement national est dès lors nécessaire. Les formules laconiques retenues par les codes africains sont un risque pour la prévisibilité juridique et galvaudent l'effort de réappropriation par les États africains des standards de protection. La recherche d'un meilleur équilibre ne saurait qu'être encouragée pour permettre une responsabilité étatique adéquate. Dans cette perspective, l'émergence de principes communs de la responsabilité pourrait être une piste à privilégier.

Section 2 : L'émergence de principes communs de la responsabilité

793. L'application du droit interne au fond du litige implique qu'il n'y aurait pas un régime commun de responsabilité, mais des régimes de responsabilité propres à chaque État. La question que l'on se pose maintenant est de savoir si à travers ces régimes nationaux de responsabilité, il ne serait pas possible d'identifier des principes communs. Ces principes que l'on retrouverait dans tous les systèmes nationaux pourraient alors constituer l'armature d'un droit général des investissements internationaux voire, d'un

Code des investissements de 2014, art. 12 ; Sénégal, *Code des investissements de 2004*, art. 10 ; Togo, *Code des investissements de 2012*, art. 3.

droit international des investissements²⁰⁹⁰. Deux garanties substantielles se prêtent à cette analyse : d'une part, il y a la garantie de libre transfert des capitaux dont les restrictions d'une loi à l'autre convergent (§1) et d'autre part, il y a la garantie contre l'expropriation illégale, qui est interprétée comme une notion autonome, exorbitante du droit commun (§2).

§1. La convergence des limites apportées au libre transfert des capitaux

794. Le problème. Le droit de transférer librement les capitaux de l'État d'accueil vers l'État de nationalité ou tout autre État selon les réglementations en vigueur est l'une des garanties essentielles de l'investissement international. Mal encadrée, cette garantie rend la croissance économique escomptée purement fictive ; les fonds investis en amont de l'opération étant rapatriés, bénéfices compris, en aval. Autrement dit, par l'effet de la garantie, l'opération d'investissements n'aura aucune contribution substantielle au développement économique de l'État mis à part la création d'emplois temporaires (qui durent le temps de l'opération d'investissement). À l'inverse, trop encadrées, elles ont un effet dissuasif sur l'attraction des investissements. La possibilité de générer des bénéfices et d'en profiter dans son État d'origine (ou un paradis fiscal) reste au cœur de la stratégie de l'investisseur. Il est donc impératif de trouver un équilibre entre intérêt privé et souveraineté étatique.

795. L'apport du droit international général. En la matière, le droit international général est minimaliste²⁰⁹¹. Des rapprochements avec le standard de traitement dans l'arbitrage sont évoqués notamment au titre du traitement juste et équitable²⁰⁹². Mais des

²⁰⁹⁰ La cohérence matérielle des dispositions législatives et l'interprétation arbitrale de plus en plus constante des garanties permettent la recherche d'une unité conceptuelle des garanties nationales de protection. Cela participerait de l'élaboration de principes communs. Voir en ce sens : Patrick JUILLARD, « Existe-t-il des principes généraux de droit international économique ? », *L'internationalité dans les institutions et le droit*, études offertes à Alain PLANTEY, A. Pédone, Paris, 1995, vol. 1, pp 243-252. Également, SFDI, *Aspects du droit international économique*, Colloques d'Orléans, A. Pédone, Paris, 1971, vol. 1, 221 p.

²⁰⁹¹ Dans l'affaire des ressortissants des États-Unis au Maroc, la CIJ a consacré quelques lignes à la question de la réglementation de changes qui restent peu concluantes en ces termes : « Le Gouvernement français a présenté divers arguments dont le but est de démontrer que le contrôle des changes est licite. La Cour ne croit pas nécessaire de se prononcer sur ces arguments. Même en admettant la légalité du contrôle des changes, le fait reste cependant que les mesures prises en application de l'arrêté du 30 décembre 1948 ont entraîné une discrimination en faveur des importations provenant de France et des autres parties de l'union française. Cette discrimination ne peut se justifier par des considérations relatives au contrôle des changes ». CIJ, *affaire relative aux droits des ressortissants des États-Unis d'Amérique au Maroc (France c. États-Unis d'Amérique)*, arrêt, 27 août 1952, p. 186. Un tribunal CIRDI a pu souligner qu'il s'agit d'ailleurs d'un droit qui relève de la souveraineté économique et financière des Etats, CIRDI, *OI European Group B.V. c. Venezuela*, ARB/11/25, sentence, 10 mars 2015, § 624.

²⁰⁹² Dans son opinion dissidente dans l'affaire *Vincent J. Ryan c. Pologne*, l'arbitre Francisco Orrego Vicuña, indiquait qu'un rapprochement entre le libre transfert des capitaux et le traitement juste et équitable était possible. CIRDI, *Vincent J. Ryan, Schooner Capital LLC c. République de Pologne*, ARB(AF)/11/3, Opinion dissidente partielle, 24 novembre 2015, § 5. Dans l'affaire *AES Corporation and Tau Power B.V. c. République du Kazakhstan*, ARB/10/16, Sentence, 01 novembre 2013, §§ 423 – 427, le tribunal arbitral est encore plus précis en ces termes : « (...) the Arbitral Tribunal has already ruled that the nature of the restrictions imposed by Kazakhstan under the "tariff in exchange for investment" policy were in breach of the FET standard to the extent that they prevented Claimants from making reasonable returns of and on their investment and exercise certain discretion in the use of such returns, including their repatriation. The question therefore arises whether Article 14(1) of the ECT and Article IV (1) of the BIT provide any additional protection to Claimants justifying to examine a separate breach of such provisions ».

réserves peuvent être formulées en ce que le caractère coutumier des attentes légitimes, comme élément du traitement juste et équitable, est injustifié²⁰⁹³. De plus, un tel rapprochement ne renseigne pas sur le régime du libre transfert des capitaux comme garantie autonome mais seulement comme élément constitutif d'autres standards. Il faut donc principalement s'intéresser à ces garanties telles qu'elles sont prévues par les textes, en l'occurrence les codes des investissements, pour déterminer leur principal effet sur l'investissement.

796. Le champ d'application matériel. Le champ d'application de la garantie est plus ou moins large selon les dispositions législatives. Trois catégories de formulations peuvent être évoquées.

La première catégorie vise les formulations larges. C'est le cas de l'article 9 du code des investissements tunisien qui prévoit que « l'investisseur est libre de transférer ses capitaux à l'étranger en devises conformément à la législation des changes en vigueur »²⁰⁹⁴. D'autres législations vont simplement prévoir que la garantie de libre transfert des capitaux couvre « tout actif » de l'investisseur²⁰⁹⁵. Ce type de formulation est rare dans la pratique législative africaine. Seuls trois (3) codes des investissements procèdent à cette approche²⁰⁹⁶. La difficulté qui se pose est celle de la compréhension de la notion d'« actif » qui n'est pas définie, par ailleurs, dans les codes. Il faudra, pour pallier la difficulté, se référer au droit commun et à la pratique administrative de chaque État. Cette démarche comporterait ainsi un risque pour la sécurité juridique. Cela explique en partie que d'autres législateurs préfèrent directement donner des illustrations de la notion d'« actifs ».

La seconde catégorie qui correspond à la pratique majoritaire, consiste pour les États à donner des illustrations des actifs qui peuvent être transférés librement. L'article 6 du code des investissements sénégalais prévoit que la garantie s'applique aux revenus ou produits de toute nature résultant de l'activité d'une entreprise, les cessions d'éléments d'actifs ou de liquidation de l'entreprise conformément à la réglementation en vigueur²⁰⁹⁷. Dans le même sens, l'article 21 du code des investissements tanzanien dispose :

²⁰⁹³ CIJ, *Obligation de négocier un accès à l'océan Pacifique (Bolivie c. Chili)*, arrêt, 1er Oct. 2018, *Rec.* 2018, p. 559, §§ 160 – 162. Voir *supra*, Partie 1, Titre 1, Chapitre 2.

²⁰⁹⁴ Tunisie, code des investissements de 2016, art. 9.

²⁰⁹⁵ L'article 17 du code des investissements béninois de 2020 dispose quant à lui : « Le rapatriement de tout actif de l'investisseur est garanti sous réserve de sa régularité fiscale et légale, et dans les conditions fixées par la réglementation des changes ». L'article 28 du code des investissements ivoirien de 2018 se rapporte également aux transferts d'actifs en ces termes : « L'État autorise les transferts d'actifs se rapportant aux investissements sous réserve de régularité fiscale ».

²⁰⁹⁶ Ce sont l'article 9 du code des investissements tunisiens, l'article 17 du code des investissements béninois, l'article 28 du code des investissements ivoiriens précités.

²⁰⁹⁷ Sénégal, code des investissements de 2004, art. 6.

« Subject to this section, a business enterprise to which this Act applies shall be guaranteed unconditional transferability through any authorised dealer bank in freely convertible currency of—

a. net profits or dividends attributable to the investments;

b. payments in respect of loan servicing where a foreign loan been obtained;

c. royalties, fees and charges in respect of any technology transfer agreement registered under this Act;

d. the remittance of proceeds (net of ail taxes and other obligations) in the event of sale or liquidation of the business enterprise or any interest attributable to the investment;

*e. payments of emoluments and other benefits to foreign personnel employed in Tanzania in connection with the business enterprise. »*²⁰⁹⁸

Ces formulations ont l'avantage de la clarté et certaines propositions sont suffisamment larges pour couvrir un maximum d'hypothèses²⁰⁹⁹. C'est le cas par exemple de la disposition sénégalaise précitée qui évoque tout « type de profit ». Le caractère non-exhaustif de ces listes traduit une politique attractive grâce à laquelle l'investisseur est assuré de rapatrier ses capitaux.

797. Le champ d'application *ratione personae*. Les personnes susceptibles de profiter de la garantie sont les investisseurs étrangers tels que définis par les codes des investissements²¹⁰⁰. Mais, il peut arriver que les codes étendent également le bénéfice de la garantie à toutes les personnes physiques étrangères intervenant dans la réalisation du projet d'investissement. C'est le cas de l'article 6 deuxième paragraphe du code sénégalais précité qui dispose :

*« la même garantie (de libre transfert des capitaux) s'étend aux investisseurs, entrepreneurs ou associés, personnes physiques ou morales, non ressortissant du Sénégal, en ce qui concerne leurs parts de bénéfices, le produit de la vente de leurs droits d'associés, la reprise d'apports en nature, leur part de partage du bonus après liquidation »*²¹⁰¹.

En pratique, ces formulations larges permettent également aux salariés étrangers des entreprises véhicules de l'investissement de bénéficier de la garantie de libre transfert des capitaux. L'intérêt de la disposition n'est pas camouflé puisque cela assure à l'investisseur étranger de gérer librement son entreprise et recruter le personnel qu'il estime qualifié pour la réalisation des opérations d'investissements. La difficulté qui pourrait subvenir serait de savoir si ce même investisseur étranger pourra endosser les réclamations des salariés à qui la promesse de libre transfert des capitaux n'aurait finalement pas profité

²⁰⁹⁸ Tanzanie, code des investissements de 1993, art. 21.

²⁰⁹⁹ Le plus souvent, les fonds couverts concernent les dividendes, les produits de toute nature liés au capital investis, les produits de la liquidation ou réalisation de leurs avoirs, la cession d'éléments d'actifs, les royalties ainsi que les salaires des expatriés. République Démocratique du Congo, code des investissements 2002, articles 27, 28 et 29, Sénégal, code des investissements de 2004, art. 6 ; Togo, Code des investissements de 2012, art 2. Pour une vue d'ensemble voir annexe F.

²¹⁰⁰ Sur ce point, voir *supra* Partie 2 Titre 1 Chap 2 section 1.

²¹⁰¹ Sénégal, code des investissements de 2004, art. 6. Voir aussi, les sections 8, 9 et 10 du code des investissements sierra léonais de 2004.

du fait de l'État. Sans apporter une réponse catégorique, il pourrait être soutenu que si la violation des droits reconnus aux salariés étrangers par le code affecte l'activité de l'entreprise, l'investisseur pourra agir en son nom propre²¹⁰².

798. La procédure de transfert. Avec les capitaux couverts, l'autre question que soulèvent les dispositions relatives au transfert des capitaux concerne la procédure. Certains législateurs soumettent en effet le transfert des capitaux à une procédure d'autorisation dans les conditions fixées par la réglementation des changes. Le code des investissements du Mozambique de 1993 prévoit ainsi qu'une autorisation du ministre des Finances peut être requise²¹⁰³. Il en va de même pour les codes des investissements tunisien et ougandais²¹⁰⁴. Une telle condition, parfaitement licite²¹⁰⁵, jette un doute sur le caractère « libre » du transfert. Dans d'autres cas, une simple déclaration auprès du ministre des Finances sera requise²¹⁰⁶. À cela, faut-il encore ajouter les restrictions bancaires prévues par les accords applicables.

799. Les dérogations au transfert. En tout état de cause, le libre transfert des capitaux reste une garantie à la portée limitée en raison des restrictions qui sont apportées par les codes. Il est admis qu'en cas de difficulté de balances de paiements ou de transferts susceptibles de causer des problèmes macroéconomiques, les États sont autorisés à limiter voire empêcher les transferts de capitaux²¹⁰⁷. Ces dérogations ne sont pas expressément mentionnées dans tous les codes²¹⁰⁸. Mais dans la mesure où il s'agit de dérogations

²¹⁰² Sur l'intérêt à agir des investisseurs voir *supra* Partie 2 Titre 1 Chap 2 section 1.

²¹⁰³ Mozambique, *Code des investissements de 1993*, art. 14 et 15.

²¹⁰⁴ Tunisie, *code des investissements de 2016*, art. 9 : « L'investisseur est libre de transférer ses capitaux à l'étranger en devises conformément à la législation des changes en vigueur. Dans les cas où le transfert à l'étranger nécessite l'obtention d'une autorisation de la banque centrale de Tunisie, les dispositions de l'article 4 de la présente loi s'appliquent » et Zambie, *code des investissements de 2006*, art. 20.

²¹⁰⁵ Un tribunal CIRDI a déjà eu à examiner ce point et a estimé que l'investisseur devait se soumettre aux procédures établies en ces termes : « *The Tribunal concludes that Claimants, who knew the regulations on this matter well, as indicated in the file, did not comply with the established procedure, which consisted of requesting authorization from the Central Bank, not BankBoston, and that Argentina did not breach article 5(b) of the BIT, which guarantees the transfer of funds abroad. Should it be concluded that the events were the result of incorrect advice provided by BankBoston to Claimants, the consequences of that error could not be charged to Argentina either* ». CIRDI, *Metalpar S.A. and Buen Aire SA c. République d'Argentine*, ARB/03/5, sentence, 6 juin 2008, § 179. Également, CIRDI, *Rusoro Mining Ltd. c. Venezuela*, ARB(AF)/12/5, sentence, 22 août 2016, § 577.

²¹⁰⁶ Mali, *code des investissements de 2012*, art. 12. Les transactions en capital et indemnités d'expropriation doivent être soumises à une déclaration auprès du ministère chargé des finances.

²¹⁰⁷ Voir en ce sens : Liberia, *code des investissements de 2010*, section 11 : « *Subject to tax and other legal obligations, an enterprise to which this Act applies shall be guaranteed unconditional transferability into and out of Liberia through any authorized dealer bank in freely convertible currency of (a) capital for investment; (b) payments in respect of loan servicing where foreign loans have been obtained; and, (c) the remittance of proceeds (net of all taxes and other obligations) in the event of sale or liquidation of the enterprise or any interest attributable to the investment.* 3.1.4 **Non-discriminatory measures taken by the Government to avoid or abate a balance of payments emergency that limit the rights of investors or investment enterprises under Section 11.3, including non-discriminatory limitations on the convertibility of currencies shall not be considered a violation of this Act.** This Section excuses such measures only for such length of time as is reasonably necessary to address an emergency situation » ; Namibie, *Code des investissements de 2016*, art. 27 ; Seychelles, *codes des investissements de 2010*, art. 6 ; Cap-Vert, *code des investissements de 2012*, art. 7 et 8 ;

²¹⁰⁸ Seuls les codes du Liberia, de la Namibie, du Cap-Vert et des Seychelles évoqués dans la note précédente indiquent expressément cette restriction. On pourrait également inclure, non sans quelques hésitations, le code des investissements de RDC qui prévoit en son article 27 : « La liberté des transferts à l'étranger liés aux opérations d'investissement est garantie par l'État, conformément à la réglementation de change. Cependant, **dans le cas où des restrictions s'avèreraient nécessaires**, les

classiquement admises par les instruments internationaux auxquels sont partis les États africains, elles peuvent être utilement mobilisées²¹⁰⁹. À défaut, puisque le code est une loi, une modification législative peut très bien produire ses effets sans que l'investisseur ne puisse s'en prévaloir sauf à justifier d'une garantie de stabilité²¹¹⁰. En toute hypothèse, ces dérogations sont ponctuelles et les États doivent donc y mettre un terme lorsque la cause du déséquilibre monétaire disparaît. Tout le contraire des exceptions générales prévues par les législateurs.

800. Les exceptions générales. Ces exceptions générales concernent la régularité des transferts à la réglementation des changes et à la législation fiscale. Ainsi, le transfert ne sera autorisé qu'après le paiement des taxes et droits divers, l'exécution des décisions de justice et mesures liées à la protection de l'environnement²¹¹¹. Ces exceptions générales sont la pratique législative dominante. Plus rares en revanche sont les exceptions qui précisent que les capitaux sont réexportés par tranche sur une période de cinq ans exigeant pour chaque exercice comptable l'équilibre entre les fonds à exporter et l'apport en devise étranger²¹¹². Une telle restriction vise à empêcher les troubles macroéconomiques engendrés par une fuite massive des capitaux vers l'étranger ou simplement éviter que les banques centrales ne soient à court de devises étrangères sur un ou plusieurs exercices comptables. Plus récemment dans le cadre des travaux du code panafricain des

investisseurs étrangers admis au bénéfice de la présente loi bénéficieront, pour les opérations définies aux articles 28 à 30 ci-dessous, d'un traitement qui ne sera pas moins favorable que celui des opérations commerciales courantes en devises. » La disposition n'indique pas expressément le cas des difficultés de balance de paiement mais le *caveat* concernant la nécessité de mesures dérogatoires pourrait inclure cette situation. Toutefois, la disposition reste pathologique en ce que seul l'État est libre d'indiquer ce qui relève d'une dérogation nécessaire.

²¹⁰⁹ D'emblée, il peut être indiqué que les tribunaux arbitraux ont estimé que les États peuvent invoquer l'état de nécessité dans les conditions prévues à l'article 25 des Articles de la CDI sur la responsabilité internationale des États, qualifié comme relevant du droit coutumier international. (CIRDI, *CMS Gas Transmission Company c. Argentine*, ARB/01/8, sentence, 12 mai 2005, CIRDI, *LG&E c. Argentine*, ARB/02/1, fond, 3 octobre 2006 ; CIRDI, *Enron c. Argentine*, ARB/01/3, fond, 22 mai 2007 ; CIRDI, *Sempra Energy International c. Argentine* ARB/02/16, sentence, 28 septembre 2007 ; CIRDI, *Continental Casualty Company c. Argentine*, ARB/03/9, sentence, 5 septembre 2008). Ceci permet l'invocabilité de l'état de nécessité même lorsque le TBI ne contient pas une telle précision. La situation est différente lorsqu'il s'agit d'un contentieux fondé sur un code des investissements. Les obligations internationales étant alors celles souscrites dans le cadre des réglementations internationales. À ce titre, l'article VIII, section 2, *litt. a*) du statut du FMI prévoit qu'un État ne doit pas imposer des restrictions à la réalisation des paiements et transferts afférents à des transactions internationales courantes sans l'approbation du Fonds. De même, l'article XVII, section 3, *litt. b*) autorise les restrictions en cas de monnaies rares. Les États sont libres de fixer le régime des restrictions pour peu qu'elles soient proportionnelles à l'objectif visé et sur autorisation du FMI. Il en va également des dispositions transitoires prévues à l'article XIV section 2 relatif aux restrictions de change. Ce texte n'a pas un effet direct, à ce titre, il ne peut pas être soutenu qu'il puisse être invoqué par l'État dans un contentieux. En revanche, le tribunal arbitral peut très bien par égard à la conformité des restrictions aux exigences du FMI, apprécier la disposition de libre transfert évoqué dans le texte. Enfin, la question de la compatibilité de la garantie de libre transfert des capitaux avec les obligations des États au titre des intégrations régionales a pu être discutée notamment dans le cadre de l'Union européenne. Mais la question en ce qui concerne le code est différente. S'agissant d'une loi, elle ne place pas les États en situation d'obligations contraaires, mais autorise ou contraint ces derniers à se conformer à leurs obligations internationales quitte à modifier la loi nationale. CJCE, *Commission européenne c. Suède*, Aff. C-249/06, 3 mars 2009 ; CJCE, *Commission européenne c. Autriche*, Aff. C-205/06, 3 mars 2009 et CJCE, *Commission européenne c. Finlande*, Aff. C-118/07, 19 novembre 2009.

²¹¹⁰ Les effets de ces garanties ont déjà fait l'objet de discussions. Il a été indiqué qu'elles constituent des offres qui doivent être acceptées par l'investisseur au même titre que l'offre d'arbitrage pour produire leurs effets. Voir *supra*, Partie 2, Titre 1, Chapitre 1, Section 2, §2, A.

²¹¹¹ Côte d'Ivoire, *code des investissements de 2018 modifié en 2019*, article 28

²¹¹² Mozambique, *code des investissements de 1993*, art. 15.

investissements, les experts ont proposé que les États puissent prévenir les retraits de capitaux, sauf disposition nationale plus favorable, dans les 5 premières années de l'exploitation de l'investissement ou un an après l'entrée de l'investissement sur le territoire d'un État membre pour le produit de l'investissement. L'objectif de la mesure est facilement deviné : garantir la soutenabilité des entrants sur l'économie nationale. De la sorte, les investissements dont l'objectif s'écarte de celui de la contribution substantielle au développement économique de l'État ou encore des activités commerciales factices conformément à l'esprit général du texte ne devraient pas se prévaloir de la garantie offerte²¹¹³. Cette pratique serait ainsi à encourager et étendre dans les divers droits nationaux.

801. Les limites au pouvoir de l'État. Enfin, la liberté de manœuvre que s'arrogent les États n'est pas sans limite. En effet, les restrictions au libre transfert de capitaux ne peuvent être appliquées de façon discriminatoire. La discrimination, compte tenu de la nature de la garantie, concerne le traitement accordé aux investisseurs étrangers. Cette interdiction de discrimination est prévue expressément par les textes²¹¹⁴. Par ailleurs, les transferts doivent être autorisés dans une monnaie librement convertible. À défaut, il sera considéré qu'il s'agit d'une restriction pouvant potentiellement engager la responsabilité de l'État.

802. En somme, bien que le libre transfert des capitaux soit garanti à l'investisseur, celui-ci reste strictement encadré par les dispositions législatives et internationales participant de la limitation de la responsabilité des États. L'influence du droit international permet une interprétation convergente des principes applicables à la garantie même en cas de silence observé par les textes. Ce constat est plus facilement observable dans le cadre de l'expropriation. L'influence du droit international a pour effet de faire du régime de l'expropriation prévue par les codes africains, un régime dérogatoire du droit commun de l'expropriation.

§2 : Un régime de l'expropriation exorbitant du droit commun

803. Le rattachement des codes des investissements au droit interne de l'État est une conséquence de l'ordre juridique de base des codes qu'est le droit interne et de l'application au fond du litige du droit interne. À ce titre, la garantie contre l'expropriation

²¹¹³ Union Africaine, *Projet de code panafricain des investissements*, art. 12.

²¹¹⁴ Namibia, *code des investissements de 2016*, article 27. Également, RD Congo, *code des investissements de 2002*, art. 27, 28 et 29 ; Libéria, *code des investissements de 2011*, section 11 ; Côte d'Ivoire, *code des investissements de 2018 modifié en 2019*, art. 28 ; Cap-Vert, *code des investissements de 2012*, art. 7 et 8.

illégale prévue par les codes est enracinée dans l'ordre juridique interne de l'État hôte. Toutefois, l'expropriation dans le cadre des codes africains ne se confond pas avec l'expropriation telle qu'elle est conçue dans droits civil ou administratif des États que l'on désignera ici comme le droit commun de l'expropriation. En effet, la garantie contre l'expropriation illégale dans les codes est exorbitante de ce droit commun dans la mesure où elle emprunte son contenu matériel au droit international. L'étude des codes fait ressortir une cohérence matérielle entre le régime de l'expropriation prévue par un TBI et l'expropriation prévue par un code. La convergence des pratiques conventionnelle et légale résulte des caractères exorbitants de la mesure expropriatrice (A) et de la constance des conditions de légalité de l'expropriation (B).

A. LES CARACTERES EXORBITANT DE LA MESURE EXPROPRIATRICE DANS LES CODES DES INVESTISSEMENTS

804. Les caractères de la mesure expropriatrice dérogent au droit commun de l'expropriation des États pour trois raisons principales. D'abord, l'objet de la mesure est plus large qu'en droit commun parce que la propriété reçoit une définition spéciale dans les codes (1). Ensuite, l'effet de la mesure est plus large que celui prévu classiquement en droit interne puisque la mesure expropriatrice peut porter atteinte indirectement à la propriété de l'investisseur (2). Enfin, la nature de la mesure expropriatrice est sujette aux mêmes limites que celles prévues discutées dans le cadre des garanties conventionnelles de l'expropriation (3).

1. L'objet de la mesure : la définition spéciale de la propriété

805. La protection classique des biens. Selon le Dictionnaire de droit international public, le droit à la propriété est entendu comme le « droit d'une personne physique ou morale à des biens, droit de les posséder, de jouir des fruits et des revenus de ses biens, d'en disposer et de ne pouvoir en être privé arbitrairement »²¹¹⁵. La notion de propriété s'articulerait, à en suivre la définition proposée, autour de la notion « biens ». L'explication de cette approche réductrice de la propriété aux biens tient à ce que pendant longtemps, le droit international s'est attaché à la protection des biens étrangers en temps de guerre puis contre les mesures de nationalisation et d'expropriation²¹¹⁶. C'est cette

²¹¹⁵ Jean SALMON, *Dictionnaire de droit international public*, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 896, entrée : Propriété.

²¹¹⁶ Charles LEBEN, « Droit international des investissements : un survol historique », *Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational*, A. Pédone, 2015, pp 44 - 46.

approche ancienne qui est perpétuée par les codes des investissements africains. À titre illustratif, le code des investissements angolais peut être cité en ces termes :

- « 1. *The State respects and protects the right of property of private investors on the assets of its projects, in particular the right to freely dispose of them in accordance with law, without disruption of third parties, including the State.*
2. *The goods referred to in the preceding paragraph, may only be ordered or expropriated in strict accordance with the Constitution and the law.*
3. *If the goods referred to in paragraph 2 are ordered or expropriated for reasons of public interest, in accordance with the provisions of the preceding paragraph, the State shall ensure the payment of a fair and prompt compensation, in accordance with the Constitution and the law, whose value is determined According to Angolan law.* »²¹¹⁷

De cette disposition, il apparaît que la garantie contre l'expropriation s'applique aux biens et s'apprécie en référence au droit angolais. S'il s'agit d'une conséquence logique du rattachement des codes des investissements à l'ordre juridique interne des États, une difficulté pourrait se poser. Dans les droits internes en effet, la notion de « biens » couvre les avoirs ou actifs mobiliers ou immobiliers. La garantie d'expropriation dans ce cadre ne pourrait être invoquée qu'en cas d'atteinte aux droits réels de l'investisseur. Dans l'affaire *SPP c. Égypte*, l'État défendeur avait d'ailleurs soutenu que l'expropriation en droit égyptien ne visait que les biens à l'exclusion des droits contractuels et droits incorporels. L'argument a été écarté par le tribunal arbitral considérant que les droits contractuels font également l'objet de protection contre l'expropriation au regard du droit international²¹¹⁸. Il a déjà été indiqué que la raison apportée par les arbitres n'emporte pas l'adhésion²¹¹⁹. C'est ici à un autre motif permettant d'aboutir au même résultat que le tribunal SPP qui sera envisagé. Ce motif tient principalement en l'extension de la notion de propriété aux investissements.

806. L'extension de la propriété aux investissements. D'emblée, il peut être précisé que dans certains droits de *common law*, la notion de « *property* » couvre à la fois des droits réels et des droits personnels dérivés des contrats²¹²⁰. À cela, il faut ajouter que la notion de « biens » tant en droit interne qu'en droit international a évolué et s'entend désormais de biens corporels (biens meubles et immeubles) ainsi que des biens incorporels (droits de la propriété intellectuelle par exemple). Cette dernière catégorie est considérée

²¹¹⁷ Angola, code des investissements de 2018, art. 14. Voir également, Bénin, code des investissements de 2020, art. 16 ; Côte d'Ivoire, code des investissements de 2018, art. 33.

²¹¹⁸ CIRDI, *SPP c. Égypte*, ARB/84/3, 20 mai 1992, § 160.

²¹¹⁹ Cette raison serait que le droit applicable au fond du litige est le droit international. Mais l'application du droit international soit parce que le code est un acte unilatéral de droit international, soit parce que le droit interne est lacunaire n'emportent pas l'adhésion puisque le code est une loi et que le droit international ne joue qu'un rôle subsidiaire sur renvoi opéré par la volonté des parties. Voir *supra*, Partie 2 Titre 2 Chapitre 1.

²¹²⁰ Walid BEN HAMIDA, *L'arbitrage transnational unilatéral*, thèse préc. p. 308, § 489, ndp 2.

comme suffisamment large pour y inclure des droits contractuels²¹²¹. Dans cette perspective, la propriété serait à rapprocher des définitions légales de l'investissement. Ce rapprochement est envisagé par la pratique législative africaine qui peut être classée en trois catégories.

807. Les références explicites à l'investissement. La première catégorie concerne les codes des investissements qui indiquent expressément que l'investissement est protégé contre toute expropriation sauf pour cause d'utilité publique. C'est le cas du code des investissements algérien qui dispose que « [...] les investissements réalisés ne peuvent, sauf dans les cas prévus par la législation en vigueur, faire l'objet de réquisition par voie administrative »²¹²². La pratique est significative en ce que près d'une dizaine de lois adopte cette approche²¹²³. Dans l'affaire *Getma c. Guinée*, le tribunal arbitral donne confirmation de cette lecture. En l'espèce, l'article 5 du code des investissements guinéen de 1987 modifié en 1995 disposait que « l'État guinéen ne prend[rait] aucune mesure d'expropriation ou de nationalisation des investissements réalisés par les personnes ou les entreprises sous réserve des cas d'utilité publique constatés dans les conditions prévues par la loi »²¹²⁴. Fort de cette référence, le tribunal arbitral a pu considérer que les droits contractuels de l'investisseur tiré de la Convention de concession conclue avec l'État étaient protégés et qu'à ce titre, le décret de résiliation de la convention au même titre que la réquisition des biens de l'investisseur étaient des mesures expropriatrices²¹²⁵.

808. La référence implicite à l'investissement. La seconde catégorie de lois qui procèdent à l'extension de la propriété aux investissements, opère de façon implicite. Les dispositions de ce groupe soulignent que les biens ne peuvent faire l'objet d'expropriation. Toutefois, la liste des biens répertoriés est suffisamment large pour inclure les hypothèses de l'investissement. Le code des investissements de 2018 du Burkina Faso offre une illustration de ce type de loi en ces termes :

« Les personnes morales régulièrement établies au Burkina Faso ont la faculté d'acquérir les droits de toute nature, utiles à l'exercice de leurs activités notamment : - **les droits immobiliers, fonciers, forestiers, industriels ; - les concessions ; - les autorisations et les permis administratifs ; - la participation aux commandes publiques.** Elles ne

²¹²¹ *Idem*, p. 307, § 488.

²¹²² Algérie, code des investissements de 2016, art. 23.

²¹²³ Outre le code algérien précité, voir les lois suivantes : Burundi, Code des investissements de 2008, Art. 13, Égypte, code des investissements de 2017, art. 4 ; Ethiopie, code des investissements de 2020, art. 19 ; Madagascar, code des investissements de 2008, art. 4 ; Mali, code des investissements de 2012, article 7 ; RDC, Code des investissements de 2002, art. 26 ; Rwanda, code des investissements de 2015, art. 6 ; Seychelles, Seychelles, code des investissements de 2010, Section 5 ; Sierra Léone, code des investissements de 2004, section 11.

²¹²⁴ Guinée, Ordonnance n°001/PRG/87 du 3 janvier 1987, modifiée par la loi n°L/95/029/CTR du 30 juin 1995 portant code des investissements, art. 5.

²¹²⁵ CIRDI, *Getma International, NCT Necotrans, Getma International Investissements, NCT Infrastructure & Logistique c. République du Guinée*, ARB/11/29, sentence, 16 août 2016, préc. §§ 370 – 383.

peuvent être soumises à des mesures discriminatoires de droit ou de fait dans le domaine de la législation et de la réglementation qui leur sont applicables quelle que soit leur nationalité. Elles sont également assurées de la garantie contre toute mesure d'expropriation directe ou indirecte, sauf pour cause d'utilité publique. Le cas échéant, elles bénéficient d'une juste et préalable indemnisation conformément à la réglementation en vigueur. Toutefois, les mesures législatives ou réglementaires d'ordre général conçues ou appliquées pour protéger l'intérêt public tel que la santé publique, la sécurité ou l'environnement ne constituent pas des mesures d'expropriation indirecte. »²¹²⁶

En incluant les concessions, les autorisations administratives, la participation aux commandes publiques au titre des droits garantis contre l'expropriation, ce ne sont plus les biens et les droits réels *stricto sensu* qui sont protégés mais l'investissement. On retrouve dans cette seconde catégorie, des codes qui indiquent que les biens protégés sont à la fois les biens corporels et incorporels et tous leurs démembrements²¹²⁷. Cette pratique également significative trouve confirmation dans la pratique arbitrale.

Dans l'affaire *Khan c. Mongolie*, le tribunal arbitral a mis en évidence ce caractère spécial de la notion de propriété en se référant au droit interne de l'État pour l'interprétation des dispositions. En l'espèce, le requérant se plaignait d'avoir été exproprié du fait de l'invalidation des licences d'exploration et d'exploitation qu'il possédait dans le cadre d'un projet minier. L'État défendeur, pour sa part, soulignait que les droits dont disposait le requérant au titre des licences d'exploitation et d'exploration ne constituaient pas une forme de propriété en droit mongolien. La raison évoquée était que le Code civil qui définit la propriété, ne s'applique pas aux relations entre l'Administration publique et les particuliers. De plus, les droits tirés des licences ne sont pas la propriété de leur détenteur puisqu'ils ne peuvent être cédés librement²¹²⁸.

Le tribunal arbitral écarta les arguments du défendeur suivant un raisonnement dont les strates illustrent l'idée d'une définition spéciale de la propriété. Dans un premier temps, les arbitres ont estimé que si l'article 1.2 du Code civil de 2002 de Mongolie ne s'applique pas aux relations de subordination administrative, cela n'implique pas nécessairement que la notion de propriété ne puisse pas exister en dehors du champ

²¹²⁶ Burkina Faso, code des investissements de 2018, article 8.

²¹²⁷ Niger, code des investissements de 2014, art. 6 : « Dans les conditions prévues par la Constitution, les lois et règlements applicables, la propriété privée de tous biens, mobiliers ou immobiliers, matériels ou immatériels, est protégée, en tous ses aspects juridiques et commerciaux, ses éléments et ses démembrements, sa transmission et les contrats dont elle fait l'objet. L'entreprise est garantie contre toute mesure de nationalisation, d'expropriation ou de réquisition sur toute l'étendue du territoire national, sauf pour cause d'utilité publique. Le cas échéant, l'entreprise bénéficiera d'une juste et préalable indemnisation. » Également, Mozambique, code des investissements de 1993, art. 13 ; Namibie, code des investissements de 2016, art. 21 ; Sénégal, code de 2004, art. 4 ; Togo, code des investissements de 2019, art. 6 ; Zambie, code des investissements de 2006, art. 19 ; Bénin, code des investissements de 2020, art. 16 ; Angola, code des investissements de 2018, art. 14 ; Côte d'Ivoire, code des investissements de 2018, art. 33 ; Guinée-Bissau, code de 2011, art. 4 ; Burkina Faso, code des investissements de 2018, article 8.

²¹²⁸ CPA, *Khan Resources c. Mongolie*, 2 mars 2015, sentence, § 303.

d'application du Code civil. Au contraire, il pourrait être déduit de cet article 1.2 qu'il existerait une propriété dans les relations autres que celles régies par le Code civil. Dans un second temps, suivant une démonstration minimaliste et écartant pour manque de pertinence la jurisprudence nationale citée par la Mongolie, le tribunal arbitral considéra que les restrictions affectant les droits liés aux licences n'en détruisent pas pour autant la propriété²¹²⁹.

Toutefois, une certaine hésitation dans le raisonnement du tribunal arbitral est perceptible. En effet, si le tribunal évoque la propriété telle qu'elle est prévue par la Constitution et le Code civil, il ne semble pas s'y référer pour justifier son approche. En réalité, les arbitres se sont plutôt fondés sur la définition de l'investissement étranger telle qu'elle était évoquée aux articles 3.1 et ss du code des investissements mongolien. Ils constatèrent ainsi qu'elle englobait tout type de propriété, tangible ou intangible en ce compris les droits acquis « *under the laws, concession and product sharing contract to exploit and process natural resources* »²¹³⁰. Fort de ce constat, ils concluaient que les licences d'exploration et les droits contractuels découlant des contrats miniers constituaient une propriété intangible en droit mongole et que cette propriété est protégée contre l'expropriation par le code des investissements mongol²¹³¹. En clair, le code des investissements mongol proposait selon le tribunal une définition spéciale de la propriété qui s'écarte de l'approche de droit commun de la notion. Ici, les éléments de propriété, *usus*, *fructus* et *abusus* ainsi que les démembrements de celles-ci, usufruits et nue-propriété, relèvent du champ d'application de la garantie d'interdiction de l'expropriation sauf pour cause d'utilité publique, indépendamment de la source de ceux-ci, droits contractuels ou quasi-contractuels. Le raisonnement suivi pour cette seconde catégorie peut être étendu à la troisième catégorie.

809. Les références à l'entreprise. Les codes de cette dernière catégorie indiquent simplement que les entreprises soumises le code aux dispositions du code, sont garanties contre toute mesure d'expropriation. L'article 31 du code des investissements ghanéen peut à ce titre être souligné en ces termes :

« 1) *Subject to the Constitution, any other relevant law and sub-sections (2) and (3): a. an enterprise shall not be nationalised or expropriated by Government; and b. a person who owns, whether wholly or in part, the capital of an enterprise shall not be compelled by law to cede that person's capital to another person.* 2) *The Republic shall not acquire an enterprise to which this Act applies unless the acquisition is in the national interest or for a public purpose and the acquisition is done under a law which makes provision*

²¹²⁹ CPA, *Khan Resources c. Mongolie*, 2 mars 2015, sentence, §§ 297 – 308.

²¹³⁰ CPA, *Khan Resources c. Mongolie*, 2 mars 2015, sentence, § 299.

²¹³¹ CPA, *Khan Resources c. Mongolie*, 2 mars 2015, sentence, §§ 297 – 308, spéc., §308.

for (a) payment of fair and adequate compensation; and a) a right of access to the High Court for the determination of the investor's interest or right and the amount of compensation to which the investor is entitled. 3) Compensation payable under this section shall be paid without undue delay and authorisation shall be granted for the repatriation of the compensation in convertible currency, where applicable »²¹³².

Cette troisième catégorie, qui constitue également une pratique significative²¹³³, permet le rapprochement de la notion de propriété à celle d'investissement dans la mesure où la définition de l'investissement dans ces codes est majoritairement *entreprised-based*²¹³⁴. Dans l'affaire *Interocean c. Nigeria*, la section 25 du code des investissements nigérian rédigé en des termes similaires à la disposition ghanéenne précitée, protégeait l'entreprise de toute mesure d'expropriation²¹³⁵. Les requérants soutenaient en l'espèce que les décisions rendues par les juridictions internes ont contribué à l'éviction des actionnaires principaux de la société de projet locale Pan Ocean et de la perte de contrôle sur la société qui en a résulté. Si le tribunal CIRDI n'a pas conclu à une expropriation, ce n'est pas tant parce que la garantie d'expropriation n'était pas applicable, mais parce qu'il estimait les actes matériels reprochés à l'État insuffisant pour caractériser une expropriation. Ainsi, implicitement, le tribunal a considéré la section 25 du code applicable aux atteintes liées à une entreprise et que cela constituait un litige relatif à un investissement²¹³⁶. Il pourrait ainsi être considéré que cette troisième catégorie permet l'extension de la notion de propriété à la définition légale de l'investissement.

810. Les dispositions inclassables. Certaines dispositions légales n'entrent dans aucune des trois catégories évoquées précédemment pour des raisons si diverses qu'il n'est pas possible d'en faire une autre catégorie. C'est le cas du code des investissements tunisien qui dispose :

« La protection des biens de l'investisseur et de ses droits de propriété intellectuelle est garantie conformément à la législation en vigueur. Les biens de l'investisseur ne peuvent être expropriés sauf pour cause d'utilité publique, conformément aux procédures légales,

²¹³² Ghana, code des investissements de 2013, art. 31.

²¹³³ Ghana, code des investissements de 2013, art. 31 ; Mauritanie, code des investissements de 2012, art. 4. ; Nigeria, code des investissements de 1995, Section 25 ; Soudan du sud, code des investissements de 2009, art. 34 ; Tanzanie, code des investissements de 1993, section 21 ; Ouganda, code des investissements de 1991, art. 24 ; Libéria, code des investissements de 2010, art. 7.

²¹³⁴ Sur ce point, voir *supra*, Partie 2, Titre 1, Chap. 2, Section 2.

²¹³⁵ Nigeria, code des investissements de 1995, section 25. “*Guarantees against expropriation (1) Subject to subsections (2) and (3) of this section – (a) no enterprise shall be nationalized or expropriated by any Government of the Federation; and (b) no person who owns, whether wholly or in part, the capital of any enterprise shall be compelled by law to surrender his interest in the capital to any other person. (2) There shall be no acquisition of an enterprise to which this Act applies by the Federal Government, unless the acquisition is in the national interest or for a public purpose and under a law which makes provision for— (a) payment of fair and adequate compensation; and (b) a right of access to the courts for the determination of the investor's interest or right and the amount of compensation to which he is entitled. (3) Any compensation payable under this section shall be paid without undue delay, and authorization for its repatriation is convertible currency shall where applicable, be issued.*”

²¹³⁶ CIRDI, *Interocean Oil Development Company c. Nigeria*, ARB/13/20, fond, 06 octobre 2020, §§ 193 et ss.

sans discrimination sur la base de la nationalité et moyennant une indemnité juste et équitable »²¹³⁷.

La difficulté que pose cette disposition est son caractère laconique. En indiquant les éléments de propriété protégés, le législateur ne renseigne pas sur le caractère exhaustif de cette liste. Si une interprétation stricte est retenue, seuls les biens (meubles et immeubles) et un seul type de biens incorporels, les droits de propriété intellectuelle seraient protégés. Il s'ensuit qu'un rapprochement à la notion d'investissement n'est pas envisageable. En revanche, la référence à la notion d'« investisseur » comme titulaire des biens pourrait aussi être interprétée comme un indice de la volonté de l'État d'étendre la protection de la propriété à l'investissement. Ce doute, auquel il n'est pas ici indiqué de répondre en l'absence de plus d'éléments, ne permet pas de classer ce code.

D'autres formulations que l'on retrouve dans les chartes des investissements posent également un problème en raison de leur caractère extrêmement vague. À titre illustratif, l'article 1 de la charte des investissements gabonaise de 1998 dispose ainsi qu'il suit :

« [l]a République Gabonaise garantit à toute personne physique ou morale régulièrement établie [...] les droits de propriété attachés aux terrains, immeubles, matériels d'exploitation et ceux attachés aux biens mobiliers, valeurs mobilières, brevets et autres éléments relevant de la propriété industrielle et intellectuelle »²¹³⁸.

À la lecture de cet extrait, si la propriété est garantie, le législateur n'indique pas si celle-ci est garantie contre l'expropriation sauf pour cause d'utilité publique. Ce manque de précision ne permet pas ainsi d'affirmer sans fard que les codes des investissements qui adoptent cette approche offrent à l'investisseur étranger une garantie contre l'expropriation illégale²¹³⁹.

811. En définitive, les dispositions qui protègent l'investisseur contre l'expropriation illégale, adoptent une définition spéciale de la propriété. Celle-ci, contrairement aux droits communs des États, s'étend au-delà des droits réels et couvre tous les droits liés à un investissement. Le régime de l'expropriation dans les réclamations légales est de la sorte exorbitant du droit commun de l'expropriation. Les effets de la mesure expropriatrice confirment d'ailleurs cette analyse.

2. L'effet de la mesure : l'atteinte indirecte à la propriété

²¹³⁷ Tunisie, code des investissements de 2016, art. 8.

²¹³⁸ Gabon, Charte des investissements de 1998, art. 1.

²¹³⁹ La pratique est marginale et outre la charte des investissements gabonaise, certains codes des investissements ne prévoient pas de dispositions relatives à l'expropriation. Ce sont : Cameroun, Code des investissements de 2013, Libye, code des investissements de 2010, Malawi, investment promotion act de 1991, Maroc, charte des investissements de 2015, Tchad, Charte des investissements de 2008, Kenya, code des investissements de 2004.

812. L'expropriation directe. La mesure expropriatrice, par définition, doit porter atteinte à la propriété de l'investisseur. La doctrine considère que cette atteinte peut poursuivre deux objectifs : le premier consiste à faire sortir le bien du patrimoine de l'investisseur et le second, vise à intégrer le bien dans le patrimoine de l'État en vue de son enrichissement²¹⁴⁰. Dans le cadre de l'expropriation directe, l'atteinte est caractérisée lorsque l'État procède à une saisie, une confiscation ou une réquisition des biens de l'investisseur²¹⁴¹. *Stricto sensu*, l'expropriation résulte alors d'un acte administratif. Lorsque ces mesures ne sont pas justifiées par l'utilité publique et ne s'accompagnent pas d'une compensation, elles ouvrent droit à indemnités pour l'investisseur tant en droit interne qu'en droit international. Sur ce point, les codes des investissements ne dérogent pas à la règle lorsqu'ils offrent à l'investisseur une protection contre l'expropriation. En revanche, la particularité des codes s'observe dans le cadre de l'expropriation indirecte. Sur ce point, la pratique législative africaine admet que la mesure expropriatrice puisse indirectement (a) déposséder l'investisseur (b).

a. L'admission de l'effet indirect de la mesure expropriatrice

813. L'expropriation indirecte. L'expropriation indirecte concerne un ensemble varié de mesures de l'État qui affecte la valeur de l'investissement sans directement porter atteinte à la propriété de l'investisseur. Les mesures prises par l'État peuvent porter atteinte au capital majoritaire d'une entreprise, aux droits de vote de l'investisseur ou à la direction d'une entreprise, véhicule de l'investissement. Dans les réclamations légales, les cas les plus fréquents résultent du retrait de l'autorisation d'investissement ou de l'agrément de l'investisseur ou de l'annulation du projet d'investissement. L'interruption des projets d'investissement empêche l'investisseur de jouir des fruits de son investissement. La protection légale contre ce type de mesures est consacrée tant par les codes des investissements que la pratique arbitrale.

814. La consécration *secundum legem*. La pratique législative africaine qui consacre l'expropriation indirecte en droit interne est minoritaire. Sur l'ensemble des

²¹⁴⁰ Yves NOUVEL, « Les mesures équivalent à une expropriation dans la pratique récente des tribunaux arbitraux », *RGDIP*, 2002, pp 80-102, spéc. p. 89. Sébastien MANCIAUX souligne en ce sens : « Le concept d'expropriation a une double acception décrivant deux effets distincts mais liés, la dépossession de la personne expropriée d'une part et le résultat recherché par la personne expropriante, l'appropriation à des fins d'utilité publique, d'autre part. La même analyse vaut pour le concept d'expropriation », *Investissements étrangers et arbitrage entre États et ressortissants d'autres États, trente années d'activité du CIRDI*, Litec, Université de Bourgogne, vol. 24, 2004, p. 463, § 592.

²¹⁴¹ Arnaud De NANTEUIL, *L'expropriation indirecte en droit international de l'investissement*, Paris, A. Pédone, 2014, pp. 96-99.

codes étudiés, seuls huit (8) lois admettent l'expropriation indirecte²¹⁴². Ces codes peuvent être classés en deux catégories.

La première catégorie est constituée par les codes qui contiennent une référence explicite à l'expropriation indirecte. C'est le cas de l'article 8 du code des investissements du Burkina Faso qui prévoit que les personnes morales « [...] sont également assurées de la garantie contre **toute mesure d'expropriation** directe ou **indirecte**, sauf pour cause d'utilité publique »²¹⁴³. Le code burundais de 2008 opte pour une formulation quoiqu'explicite, diffère du code burkinabé en ces termes : « [l]a République du Burundi s'interdit toute nationalisation et expropriation des investissements réalisés sur son territoire, ainsi que **toute mesure de portée équivalente** »²¹⁴⁴. Dans cet extrait, c'est la référence aux mesures de portée équivalente à une expropriation qui permet de déduire la consécration de l'expropriation indirecte en droit burundais. D'autres textes optent pour les deux approches précédentes simultanément. C'est le cas du code des investissements congolais qui dispose à son article 26 : « [...] un investissement ne peut pas être, directement ou **indirectement**, dans sa totalité ou en partie, nationalisé ou exproprié par une nouvelle loi, et / ou d'une décision d'une autorité locale **ayant le même effet** [...] »²¹⁴⁵.

Une seconde catégorie de codes opte pour des formulations subtiles desquelles il pourrait être déduit une reconnaissance de l'expropriation indirecte dans le code. A titre illustratif, le code sud-soudanais définit l'expropriation ainsi qu'il suit : « *Expropriation means the nationalization, condemnation, requisition, **excessive or repetitive tax or regulatory measures which have a confiscatory effect, either alone or in the aggregate, of an investment, by the Government*** »²¹⁴⁶. La référence à des mesures générales qui ont un effet confiscatoire permet de déduire que la garantie d'expropriation s'applique aussi aux expropriations indirectes. Dans le code des investissements togolais, le législateur

²¹⁴² Il s'agit des codes suivants : Burkina Faso, code des investissements de 2018, art. 13 ; Burundi, code des investissements de 2008, art. 13 ; Égypte, code des investissements de 2017, art. 4 ; RDC, code des investissements de 2002, art. 26 ; Seychelles, code des investissements de 2010, art. 5 ; Sierra Leone, code des investissements de 2004, section 11 ; Sud-Soudan, code des investissements de 2019, art. 5 ; Togo, code des investissements de 2010, art. 6.

²¹⁴³ Burkina Faso, code des investissements de 2018, art. 8. Voir également, Sierra Leone, code des investissements de 2004, section 11 : « *No private investment, whether domestic or foreign, shall be expropriated or nationalized in a direct or indirect manner, except in the special cases specified by section 21 of the Constitution which, among other things, stipulates that the investment or other property be reasonably required for public purposes and that prompt and adequate compensation shall be paid in the event of any expropriation or nationalization.* »

²¹⁴⁴ Burundi, code des investissements 2008, article 13.

²¹⁴⁵ RDC, Code des investissements de 2002, préc., art. 26. (Gras ajoutés). Voir également, Seychelles, code des investissements de 2010, section 5 : « *Any Investments in Seychelles shall not be nationalised, expropriated or subjected to **any indirect measures having an equivalent effect**, except by provision of a law, in the public interest, for a public purpose, on a non-discriminatory basis and accompanied by prompt and full compensation.* »

²¹⁴⁶ Sud-Soudan, code des investissements de 2009 préc., art. 5. (Gras ajoutés)

indique simplement quels types de mesures ne peuvent pas constituer une expropriation indirecte en ces termes :

« Toute mesure réglementaire non-discriminatoire prise par l'État togolais, conçue et appliquée en vue de protéger ou d'atteindre des objectifs légitimes de bien-être public comme la santé publique, la sécurité et l'environnement, ne constitue pas une nationalisation ou une expropriation indirecte au titre du présent code »²¹⁴⁷.

Dans la mesure où le code ne prévoit pas explicitement l'expropriation indirecte, la précaution prise par le législateur n'a de sens que s'il considère l'investisseur protégé contre l'expropriation indirecte. L'on pourrait en ce sens interpréter la disposition togolaise comme la reconnaissance implicite de l'expropriation indirecte en droit interne. L'analyse pourrait être étendue dans une certaine mesure aux codes qui ne prévoient pas l'expropriation indirecte.

815. La consécration *praeter legem*. Les codes dont aucune disposition ne laisse entendre que l'investisseur étranger est protégé contre les expropriations indirectes constituent la pratique dominante. Les difficultés que soulèvent ces codes ont été mises en lumière dans la sentence *Interocean c. Nigeria*. En l'espèce, la section 25 du code des investissements nigérian disposait :

« (1) Subject to subsections (2) and (3) of this section : (a) no enterprise shall be nationalized or expropriated by any Government of the Federation; and (b) no person who owns, whether wholly or in part, the capital of any enterprise shall be compelled by law to surrender his interest in the capital to any other person ; (2) There shall be no acquisition of an enterprise to which this Act applies by the Federal Government, unless the acquisition is in the national interest or for a public purpose and under a law which makes provision for (a) payment of fair and adequate compensation; and (b) a right of access to the courts for the determination of the investor's interest or right and the amount of compensation to which he is entitled. (3) Any compensation payable under this section shall be paid without undue delay, and authorization for its repatriation in convertible currency shall where applicable, be issued »²¹⁴⁸.

Se fondant sur la disposition précitée, le requérant arguait avoir été victime d'une expropriation indirecte imputable à l'État. Il était reproché aux juridictions locales, par leurs arrêts et jugement, d'avoir permis l'éviction des actionnaires principaux d'une société pétrolière, Pan Ocean, par certains des dirigeants sociaux de ladite société. Selon l'État défendeur toutefois, le code des investissements nigérian ne contenait aucune disposition relative à l'expropriation indirecte. Ainsi fait-il observer :

²¹⁴⁷ Togo, code des investissements de 2019, art. 6. Le même raisonnement vaut aussi pour l'article 7 du code des investissements éthiopien en ces termes : « No Administrative Authority may issue general regulatory decisions that add financial or procedural encumbrances in relation to the establishment or operation of Projects which are subject to this Law or impose or adjust the fees or consideration of services on the Projects, except after seeking the opinion of the Authority's Board of Directors and obtaining the approval of the Cabinet of Ministers or the Supreme Council ». Égypte, code des investissements de 2017, art. 4.

²¹⁴⁸ Nigéria, code des investissements de 1995, section 25.

« [...] Section 25 of the NIPC Act does not provide protection against both direct and indirect expropriation. [...] “Section 25 provides for protection against direct expropriation only. The provision does not expressly refer to indirect expropriation. Nor does it contain any of the language normally interpreted as implicitly covering indirect expropriation. In particular, it does not refer to “measure equivalent to expropriation”, a term which tribunals commonly understand to denote indirect expropriation”. Section 25(1)(b) of the NIPC act does not refer to indirect expropriation, but rather to “circumstances of compelled transfer of assets”, which would not be relevant in the present case because Claimants remain in full possession of their original shareholding in Pan Ocean »²¹⁴⁹.

Pour les requérants au contraire, l’absence de distinction dans le code des investissements nigérian impliquait que les deux formes d’expropriation étaient admises au titre du code. Également, cette interprétation large résultait de l’intention du requérant de protéger les investissements internationaux dans sa loi nationale²¹⁵⁰. Ces arguments, soulignés durant la procédure au fond, sont en réalité l’écho de la position adoptée par le tribunal arbitral dès la phase des exceptions préliminaires. Selon celle-ci, l’État ne pouvait avoir eu pour intention de retirer d’une main, les garanties qu’il accordait de l’autre²¹⁵¹. À ce titre, les arbitres soulignaient que l’expropriation indirecte fait partie du droit international coutumier et que ce droit international coutumier est incorporé au droit interne nigérian²¹⁵². Ce raisonnement n’est pas sans défaut. Les objections possibles ont déjà été formulées²¹⁵³ et tiennent principalement en la distinction nette à établir entre le code des investissements, cause juridique de l’action, et la coutume internationale prise comme cause juridique de l’action. L’argument d’une potentielle incorporation de ce droit ne suffit pas à en justifier l’application, aussi longtemps qu’en droit international général, un droit d’action directe ne puisse être établi au bénéfice de l’investisseur pour les violations du droit international coutumier.

S’agissant du second argument selon lequel lorsque le code protège l’investissement, les investisseurs seraient aussi protégés contre toute expropriation indirecte illégale, il ne semble pas qu’une réponse définitive puisse être apportée. Dans un sens, le silence des textes peut être interprété comme la volonté de limiter le champ

²¹⁴⁹ CIRDI, *Interocean Oil Development Company et Interoccean Oil c. Nigeria*, § 156.

²¹⁵⁰ CIRDI, *Interocean Oil Development Company et Interoccean Oil c. Nigeria*, § 196.

²¹⁵¹ CIRDI, *Interocean Oil Development Company et Interoccean Oil c. Nigeria*, ARB/13/20, 06 octobre 2020, §163: “The Tribunal rejects Respondent’s contention that indirect expropriation and protections afforded under customary international law are excluded from the protection offered under the NIPC Act. As indicated in Professor Oditah’s report, there is nothing in the NIPC Act to indicate that indirect or creeping expropriation is excluded from its scope, and such a narrow and limited interpretation is unwarranted. Indeed, as argued, “it cannot have been the intention of the Respondent to accord the investor important safeguards with the one hand but then take them away with the other by permitting the same catastrophic state of affairs to be accomplished indirectly.”

²¹⁵² CIRDI, *Interocean Oil Development Company et Interoccean Oil c. Nigeria*, § 165.

²¹⁵³ En effet, l’incorporation à pour effet de transformer le contenu du droit international en droit interne et les normes secondaires de droit interne doivent alors s’appliquer. Sur ce point, voir *supra* dans le même titre : Chapitre 1, section 2.

d'application de la garantie d'expropriation sur le fondement d'une interprétation stricte des textes. Mais, l'argument contraire est tout aussi pertinent. L'extension de la protection à l'investissement et non aux seuls biens de l'investisseur serait affectée si seule l'expropriation directe est admise. Les mesures qui, en pratique, affectent le plus les droits contractuels de l'investisseur procèdent à une expropriation indirecte. L'interprétation à privilégier serait donc d'admettre l'expropriation indirecte lorsque le code protège les investissements et non les biens. La conséquence immédiate serait d'étendre un peu plus le champ d'application de l'expropriation prévue par les codes. Les indications de la pratique arbitrale pourraient alors servir dans l'identification des mesures expropriatrices indirectes.

b. Les effets des mesures expropriatrices

816. Le critère de l'effet équivalent à une expropriation. Dans le cadre de l'expropriation indirecte, l'atteinte à la propriété n'est pas toujours évidente à établir surtout dans l'hypothèse du jeu des équivalences. Pour déterminer l'effet équivalent de la mesure présumée expropriatrice, la pratique arbitrale considère que l'atteinte aux droits protégés doit entraîner une perte de contrôle de l'investissement²¹⁵⁴, une baisse significative de la valeur de l'investissement²¹⁵⁵ ou encore une destruction de la valeur de celui-ci²¹⁵⁶. Mais cet effet, quoique déterminant, doit encore atteindre une certaine intensité qui perdure dans le temps pour définitivement être considéré comme une expropriation.

817. Le critère de l'intensité de la mesure expropriatrice. Le niveau d'intensité de la mesure expropriatrice est un critère qui fait consensus dans la pratique arbitrale et dans la doctrine²¹⁵⁷. Cette exigence est remplie lorsque l'atteinte à la propriété est substantielle²¹⁵⁸ ou encore « quand elle fait perdre à l'investisseur toute perspective de rentabilité en condamnant le projet à être déficitaire »²¹⁵⁹. Dans l'affaire *SPP c. Égypte*, le tribunal arbitral a ainsi insisté sur le caractère irréversible des mesures prises par les autorités égyptiennes en soulignant que le retrait de l'apport d'EGOTH, le blocage des comptes de celle-ci par la Banque Centrale et la saisie des actifs de la société de projet emportaient disparition de l'*affectio societatis* de telle sorte que ni la continuation des

²¹⁵⁴ CIRDI, *Feldman c. Etats-Unis d'Amérique*, ARB(AF)/99/1 (ALENA), sentence du 16 décembre 2002, § 152.

²¹⁵⁵ CIRDI, *Metaclad Corporation c. Mexique*, ARB(AF)/97/1 (ALENA), sentence du 30 août 2000, § 103.

²¹⁵⁶ CIRDI, *Tecmed SA c. Mexique*, ARB(AF)/00/2 (ALENA), 29 mai 2003, § 115.

²¹⁵⁷ Sur ce point : Ursula KRIEBAUM, « Expropriation » in BUNGENBERG et al. (dir.), *op. cit.*, pp 982 – 993.

²¹⁵⁸ CPA-CNUDCI, *Khan resources c. Mongolie*, 2 mars 2015, § 310.

²¹⁵⁹ Yves NOUVEL, « Les mesures équivalent à une expropriation dans la pratique récente des tribunaux arbitraux », *RGDIP*, 2002, p. 91.

autres projets, ni la proposition d'un autre site ne permettraient la poursuite du contrat d'investissement²¹⁶⁰. Plus disert, le tribunal dans l'affaire *Lahoud* s'est appuyé sur les précédents établis dans les affaires *Metaclad* et *Santa Elena*, selon lesquels « (...) l'effet des mesures prises par l'État (doit) priver le propriétaire de son titre, de sa possession ou du bénéfice et de l'utilité économique de sa propriété » pour conclure :

« Ne disposant plus des locaux adéquats et n'ayant pu récupérer ses équipements, l'entreprise des Demandeurs a connu de sérieuses difficultés économiques directement liées au déguerpissement, comme en atteste la forte décroissance de son activité »²¹⁶¹.

Il en résulte que même si la mesure n'affecte qu'une partie de l'investissement, pour peu que l'impact économique soit significatif, le tribunal admettra l'existence d'une mesure expropriatrice. Cela est d'ailleurs conforme à la lettre du texte congolais dont l'article 26 précise que l'effet de la mesure peut être total ou partiel²¹⁶².

818. Le critère de la durée des effets. Aux critères précédents, la pratique arbitrale intègre également dans l'appréciation de l'intensité, un critère de durée de la mesure. Son appréhension n'est pas quantitative mais qualitative²¹⁶³. Ce faisant, le tribunal dans l'affaire *BG Groupe Plc c. Argentine* proposait :

« (...) *Compensation for expropriation is required if the measure adopted by the State is 'irreversible and permanent and if the assets or rights subject to such measure have been affected in such a way that '(...) any form of exploitation thereof (...) has disappeared (...)' . Conversely, a measure does not qualify as equivalent to expropriation if the 'investment continues to operate, even if profits are diminished' »*²¹⁶⁴.

Le caractère permanent et/ou irréversible de la mesure ne semble valoir que dans l'hypothèse d'une expropriation indirecte. Dans l'affaire *GETMA c. Guinée*, à propos du décret de réquisition, le tribunal arbitral a estimé que le caractère temporaire de la réquisition (trois mois environ) était sans conséquence sur la qualification de l'expropriation ; un tel caractère n'ayant une incidence que pour la détermination de l'indemnité due²¹⁶⁵.

819. En somme, la mesure expropriatrice doit affecter de façon substantielle et irréversible la propriété de l'investisseur pour peu qu'elle résulte d'un acte de puissance publique.

²¹⁶⁰ CIRDI, *SPP c. Egypte*, sentence préc., 1992, § 169.

²¹⁶¹ CIRDI, *Antoine Lahoud et Leila Lahoud c. RDC*, ARB/10/4, sentence, 7 février 2014, §§ 499 et 503.

²¹⁶² RDC, code des investissements de 2002, art. 26 précité.

²¹⁶³ CIRDI, *Azurix Corp. c. Argentine*, ARB/01/12, sentence, 14 juillet 2006, § 313 : « Unfortunately, there is no mathematical formula to reach a mechanical result. How much time is needed must be judged by the specific circumstances of each case ».

²¹⁶⁴ CIRDI, *BG Group Plc c. Argentine*, § 268 citant la sentence Tecmed.

²¹⁶⁵ CIRDI, *Getma International, NCT Necotrans, Getma International Investissements, NCT Infrastructure & Logistique c. République du Guinée*, ARB/11/29, sentence, 16 août 2016, p. 151, § 383.

3. *La nature de la mesure : un acte de puissance publique*

820. La mesure expropriatrice est par essence un acte de puissance publique. C'est usant de son *imperium* que l'État vient à déposséder l'investisseur de ses biens et droits. Cette constatation a pour conséquence première l'exclusion des actes contractuels de la catégorie des mesures expropriatrices (a). Également, tous les actes de puissance publique ne sont pas des mesures expropriatrices. C'est le cas des mesures régulatrices qui ne peuvent être assimilées à des cas d'expropriation indirecte (b).

a. La banalisation des actes de puissance publique contractuels

821. La notion. La notion de prérogative de puissance publique dans les droits internes a profondément inspiré la doctrine des contrats administratifs²¹⁶⁶. Au nom de celle-ci, l'État se voit accorder des droits contractuels « exorbitants » du droit civil des contrats. À ce titre, il est investi d'un pouvoir de modification unilatéral du contrat et aussi de résiliation unilatérale. Bien que liés à la puissance publique, de tels pouvoirs résultent pour l'autorité concédante du contrat et échappent à la catégorie des actes de *jure imperii* requise dans le cadre de l'expropriation. Mais il n'est pas toujours évident de tracer la frontière entre ces prérogatives contractuelles et celles qui sont extracontractuelles.

822. L'exclusion des actes relevant d'une prérogative contractuelle. Dans l'affaire *SPP c. Égypte*, par exemple, l'État défendeur s'est prévalu de son pouvoir de modification unilatéral pour justifier l'annulation du projet de construction sur le site des Pyramides et la proposition d'un autre site pour la réalisation des complexes hôteliers. Sans insister sur l'importance des prérogatives dues à la puissance publique dans le cadre contractuel, le tribunal arbitral a simplement constaté que l'irrégularité de la modification du *Head of Agreement*, justifiait que la mesure prise soit qualifiée d'expropriation²¹⁶⁷. Il en résulte que l'action de l'État, qui excède le champ contractuel, pourrait constituer une mesure expropriatrice. Pour parvenir à cette constatation, le tribunal arbitral s'est arrogé le droit d'apprécier la régularité des actions de l'État prises dans un cadre contractuel²¹⁶⁸.

²¹⁶⁶ Sur la notion de contrat administratif : René DEGNI-SEGUI, *Droit administratif général*, L'action administrative, tome 2, NEI-CEDA, pp 348 – 437.

²¹⁶⁷ CIRDI, *SPP c. Égypte*, 1992, § 178 : « *The change of the Project's site from the Pyramids Plateau to the vicinity of the Sixth of October City would have involved much more than a mere variation of the Claimants' obligations under the contract. As already explained, it would have fundamentally changed the Parties' bargain and the underlying financial assumptions. The Respondant's argument that the Claimants were required to accept an alternative site as a modification of the Parties' contract must therefore be rejected* ».

²¹⁶⁸ Ibrahim FADLALLAH, « La distinction treaty claim – contract claims », in LEBEN (C) (dir.), *Droit International de l'Investissement et de l'arbitrage transnational*, Paris, A. Pédone, 2015, pp 759 – 770.

D'autres tribunaux arbitraux ont en revanche hésité à se prononcer sur la violation par l'État de ses prérogatives contractuelles.

Dans la sentence *GETMA c. Guinée*, après avoir constaté que la Convention de concession conclut entre l'État et l'investisseur prévoyait en son article 32.5 les actes de puissance publique dont peuvent disposer les autorités locales, le tribunal décida :

« De toute façon, la contractualisation des actes de la puissance publique, y compris l'expropriation qu'est la résiliation du contrat, implique que ce Tribunal est incompétent même pour une résiliation irrégulière »²¹⁶⁹.

Ce refus de considérer la résiliation du contrat par le tribunal est cependant tempéré par la prise en compte des circonstances entourant la mesure. Les arbitres notaient ainsi que l'annonce publique par le Président de son intention de résilier la convention de concession, la lecture au journal télévisé du décret de résiliation avant sa notification et l'engagement prompt de militaires et policiers pour bloquer l'accès au bureau de la société de projet sont des circonstances aggravantes et vexantes qui vont au-delà du simple cadre contractuel et permettent de conclure à l'existence d'une expropriation²¹⁷⁰. Le raisonnement n'est pas exempt de tout reproche. À l'exception de la présence des forces armées empêchant l'accès au site, les autres circonstances ne modifient pas la nature du décret de résiliation qui est la mesure qui a un impact juridique sur la propriété de l'investisseur. La prise en compte d'effets d'annonce est ici superflue. D'ailleurs, le tribunal le reconnaît puisque en fin de compte, la seule mesure expropriatrice admise résultait en l'espèce de la présence des militaires sur le site avant l'adoption du décret de réquisition²¹⁷¹.

823. L'identification de l'acte de puissance publique extracontractuel n'est pas une opération évidente. Les mesures relevant de prérogatives contractuelles sont au sens formel des actes contractuels pour lesquels certains tribunaux arbitraux pourraient décliner leur compétence. La faute contractuelle ne relevant pas *in fine* du mandat des arbitres. Pour le reste des actes de puissance publique sans lien avec le contrat, les tribunaux arbitraux exigent seulement qu'ils soient imputables à une autorité publique²¹⁷² à l'exclusion, dans certains cas, des mesures régulatrices.

b. L'exclusion des mesures régulatrices

²¹⁶⁹ CIRDI, *Getma International, NCT Necotrans, Getma International Investissements, NCT Infrastructure & Logistique c. République du Guinée*, ARB/11/29, sentence, 16 août 2016, p. 148, § 375.

²¹⁷⁰ CIRDI, *GETMA c. Guinée*, préc. p. 148, § 377.

²¹⁷¹ CIRDI, *GETMA c. Guinée* préc., § 379.

²¹⁷² Sur ce point, voir les analyses précédentes, chapitre 1, section 2 de ce titre.

824. La référence limitée aux mesures générales. Les tribunaux arbitraux qui ont eu à connaître de la garantie d'expropriation sauf pour cause d'utilité publique dans le cadre des réclamations légales fondées sur un code des investissements africains ont jusqu'ici été saisis à propos de mesures individuelles, décisions de justice²¹⁷³ ou acte réglementaire qui visaient directement la situation d'un investisseur²¹⁷⁴. Pour ce qui est des mesures générales, qui affectent indistinctement investisseurs étrangers et nationaux, leur admissibilité requiert la plus grande prudence. Formellement, aucun code des investissements n'exclut que les actes de portée générale puissent être à l'origine d'une expropriation. Certains codes, à l'instar de l'article 26 du code des investissements congolais, prévoient au contraire qu'un « (...) investissement ne peut pas être (...) nationalisé ou exproprié par une nouvelle loi (...) »²¹⁷⁵. Une lecture de l'ensemble de la disposition laisserait penser que « la nouvelle loi » visée par le texte se rapporte aux cas de nationalisation, mais faute de précisions, rien n'exclut qu'il puisse s'agir d'une expropriation indirecte par l'effet d'une loi. Toute la difficulté est alors de savoir si toutes les lois – entendu au sens d'acte de portée générale – peuvent constituer des mesures d'expropriation ou si la finalité de certaines lois justifie qu'il soit porté atteinte à la propriété de l'investisseur. Autrement dit, comment distinguer les mesures régulatrices des mesures expropriatrices si ces dernières peuvent également être des actes de portée générale et impersonnelle.

825. La distinction mesures régulatrices et mesures expropriatrices. La question est délicate et âprement discutée dans le cadre de la protection conventionnelle. L'effet de la mesure est présenté comme le critère principal d'identification de la mesure expropriatrice. Certains auteurs et sentences considèrent même qu'il s'agit du critère exclusif²¹⁷⁶. Mais si toute mesure ayant un effet direct ou indirect sur la propriété d'un

²¹⁷³ Dans l'affaire *Interocean c. Nigeria*, les décisions du *Federal High Court of Abuja* de 2005 et 2006 qui ont, pour la première, autorisé la tenue d'une réunion du Conseil d'administration (*Board Meeting of Pan Ocean*) et pour la seconde, validée les résolutions adoptées par l'assemblée générale extraordinaire irrégulièrement constituée, entraînant ainsi la perte de contrôle et de propriété des propriétaires légitimes de la société pétrolière Pan Ocean, étaient selon le défendeur des mesures expropriatrices. Le tribunal déclarait toutefois qu'aucune preuve d'immixtion dans le litige interne à la société de la part des tribunaux n'était établie. CIRDI, *Interocean Oil Company c. Nigeria*, §§ 310 – 315.

²¹⁷⁴ SA, *Mohamed Abdulmohsen Al-Kharafi & Sons Co. c. Libya and others*, Unified Agreement for the Investment of Arab Capital in the Arab States, 22 mars 2013, p. 348: « Therefore, The Arbitral Tribunal considers that Decision N°203/2010 issued by the Minister of Economy on 10/5/2010 and annulling the decision of the Minister of Tourism which approved the project, is an arbitrary decision and should be considered as a procedure similar to freezing and confiscation, both prohibited by virtue of Law N°5 of 1997 in its Article 23 that is not modified by article 23 of Law N°9 of 2010 which replaced Law N°5 of 1997 ».

²¹⁷⁵ Voir aussi: Seychelles, code des investissements de 2010, section 5 : « Any Investments in Seychelles shall not be nationalised, expropriated or subjected to any indirect measures having an equivalent effect, except by provision of a law, in the public interest, for a public purpose, on a non-discriminatory basis and accompanied by prompt and full compensation. » et Sud-Soudan, code des investissements de 2009 préc., art. 5.

²¹⁷⁶ Il en va ainsi des affaires suivantes : SA, *Tippetts, Abbett, McCarthy, Stratton c. TAMS-AFFA Consulting Engineers of Iran (Iran c. États-Unis d'Amérique)*, 29 juin 1984 et CIRDI, *Técnicas Medioambientales Tecmed, SA c. États-Unis du Mexique*, ARB(AF)/00/2, sentence, 29 mai 2003, § 116.

investisseur devait obliger l'État à fournir une compensation ou une indemnisation, c'est alors son pouvoir souverain de légiférer qui s'en trouverait affecté²¹⁷⁷. Cela n'a d'ailleurs rien d'une hypothèse d'école. Des investisseurs ont déjà recherché la responsabilité d'un État pour l'adoption d'une législation visant la protection de la santé ou de l'environnement²¹⁷⁸. Pour pallier la difficulté, certaines sentences et une frange de la doctrine proposent de tenir également compte de la finalité de la mesure. Cette proposition est largement inspirée de la *police power doctrine* américaine²¹⁷⁹. L'intérêt de cette seconde approche est perceptible : garantir la liberté normative de l'État. Cependant, elle charrie également des difficultés qui sont en contradiction flagrante avec la *ratio legis* de l'expropriation. Si toute mesure présentée comme étant d'intérêt général devait justifier une dépossession, la garantie contre l'expropriation en deviendrait vite superflue puisque le législateur peut souverainement et à sa discrétion, déterminer ce qui relève de l'intérêt général ou non. D'où la recherche d'une troisième voie qui invite les arbitres à évaluer la proportionnalité entre l'objectif de protection de l'intérêt général recherché et l'atteinte portée à l'investissement pour qualifier la mesure²¹⁸⁰.

²¹⁷⁷ En effet, le pouvoir souverain de l'État implique que celui-ci puisse dans l'intérêt général adopter des lois, y compris dans le domaine économique, qui puissent affecter la propriété des assujettis de la loi. Le critère large de l'effet de la mesure dans l'expropriation indirecte permettrait ainsi à un investisseur d'exiger réparation si pour toutes les lois affectant son activité. Pour une analyse détaillée, voir : Charles LEBEN, « La liberté normative de l'État et la question de l'expropriation indirecte », in Charles LEBEN (dir.), *Le contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement*, Paris, LGDJ, 2006, pp. 163 – 183.

²¹⁷⁸ Dans l'affaire *Methanex c. États-Unis*, l'État de Californie avait adopté une loi interdisant l'exploitation d'un additif à l'essence particulièrement toxique que l'investisseur avait qualifié de mesure expropriatrice. Le tribunal arbitral a rejeté le point de vue du demandeur. (CNUDCI, *Methanex c. États-Unis*, 3 août 2005). Dans l'affaire *International Bank c. Overseas Private Investment Corporation*, les interruptions dans l'exécution du contrat avait été décidé en vue de la préservation de la forêt mais leur qualité de mesures expropriatrices a également été contestée. Dans l'affaire *Philip Morris c. Australie*, la mesure litigieuse concernait l'adoption d'une loi sur le paquet neutre adopté en vue de la préservation de la santé publique. (CPA, *Philip Morris c. Australie*, n°. 2012-12, compétence et recevabilité, 17 décembre 2015).

²¹⁷⁹ Sur ce point et notamment les limites de la doctrine des *police power*, voir : Arnaud De NANTEUIL, *L'expropriation indirecte en droit international des investissements*, A. Pédone, Paris, 2014, pp 464 – 511. Selon l'auteur, la doctrine des *police power* peut s'énoncer comme suit : « la responsabilité de l'État ne peut être engagée pour une mesure légitime visant la satisfaction d'un intérêt supérieur, même si cette mesure provoque dans son application une atteinte à la propriété privée d'un agent économique ». p. 475. Bien que reçu en certains de ces aspects en droit international, l'auteur attire l'attention sur les limites de la doctrine en ce qu'elles font de l'intérêt général, notion par excellence vague, une garantie « d'irresponsabilité » mobilisable même lorsque l'atteinte à la propriété n'est pas anormale. Aussi ajoute-t-il, « Au fond, la qualification de *police power* peut être entendue comme la première étape du raisonnement. Qualifier une mesure de "*police power*" signifie simplement admettre le fait qu'il s'agit d'une mesure de réglementation générale poursuivant un but légitime d'intérêt public. Mais sans qu'il soit possible d'en tirer une conséquence juridique immédiate. En vertu de cette qualification, il est possible d'admettre que cette mesure porte atteinte à des intérêts de propriété étrangers, si ces atteintes sont intrinsèques à la norme » (p. 510).

²¹⁸⁰ Le critère de la proportionnalité est tiré du contentieux en matière de droit de l'homme, notamment dans l'affaire *James et autres c. Royaume-Uni* de 1986 (CEDH, n°879379, 21 février 1986). Dans l'affaire *LG&E c. Argentine*, le tribunal précise ainsi : "*in order to establish whether State measures constitute expropriation under Article IV(1) of the Bilateral Treaty, the Tribunal must balance two competing interests: the degree of the measure's interference with the right of ownership and the power of the State to adopt its policies*" (CIRDI, *LG&E Energy Corp c. Argentine*, ARB/02/1, 03 octobre 2006, § 189). Dans l'affaire *Tecmed c. Mexique*, (CIRDI, ARB(AF)/00/2, 29 mai 2002, § 122), le tribunal CIRDI note ainsi : « *There must be a reasonable relationship of proportionality between the charge or weight imposed to the foreign investor and the aim sought to be realized by any expropriatory measure. To value such charge or weight, it is very important to measure the size of the ownership deprivation caused by the action of the state and whether such deprivation was compensated or not (...)* ».

826. L'affirmation du droit de légiférer. Ce problème de démarcation entre les mesures régulatrices et expropriatrices, relativement récent²¹⁸¹, a conduit certains États à affirmer expressément leur liberté normative dans les traités de protection des investissements mais aussi dans les codes des investissements. La section 12 du code sud-africain intitulé « *Right to regulate* » indique en ce sens :

« 1) *Notwithstanding anything to the contrary in this Act, the government or any organ of state may, in accordance with the Constitution and applicable legislation, take measures, which may include :*

- a) *Redressing historical, social and economic inequalities and injustices ;*
- b) *Upholding the values and principles espoused in Section 195 of the Constitution ;*
- c) *Upholding the rights guaranteed in the Constitution ;*
- d) *Promoting and preserving cultural heritage and practices, indigenous knowledge and biological resources related thereto, or national heritage ;*
- e) *Fostering economic development, industrialisation and beneficiation ;*
- f) *Achieving the progressive realisation of socio-economic rights, or ;*
- g) *Protecting the environment and the conservation and sustainable use of natural resources.*

2) *The government or any organ of state may take measures that are necessary for the fulfilment of the Republic's obligations in regard to the maintenance, compliance or restoration of international peace and security, or the protection of the security interests, including the financial stability of the Republic. »*²¹⁸²

De même, l'État togolais avait dû renoncer à son projet de loi relatif à l'adoption du paquet de cigarette neutre en raison des menaces de poursuite devant le CIRDI du cigarettier Philipps Morris. La firme considérait que cette loi constituerait une expropriation indirecte de son investissement. À la suite de cette affaire, l'État a procédé à une réforme de son code des investissements. Si aucune déclaration officielle accompagnant le code n'établit le lien entre le *qui pro quo* sus-indiqué et la réforme opérée, l'on ne peut s'empêcher de relever que l'article 6 du nouveau code de 2019, contrairement à l'ancien code, prévoit désormais que :

« [t]oute mesure réglementaire non-discriminatoire prise par l'État togolais, conçue et appliquée en vue de protéger ou d'atteindre des objectifs légitimes de bien-être public comme la santé publique, la sécurité et l'environnement, ne constitue pas une nationalisation ou une expropriation indirecte au titre du présent code [...] »²¹⁸³.

Cette tendance à évoquer la liberté normative de l'État, également préconisée par le code panafricain des investissements²¹⁸⁴, laisse toute de même des doutes quant à son efficacité. Le reproche qui peut être fait, c'est qu'avec une telle précision les États répondent

²¹⁸¹ Sur ce point, voir Rosalyn HIGGINS, « The Taking of Property by the State, Recent Developments in International Law », *RCADI*, 1982, t. 176, pp 259 – 391, spec. pp 232 et ss ; Egalement, Suzy NIKIÉMA, *L'expropriation indirecte en droit international des investissements*, Paris, PUF, 2012, 370 p.

²¹⁸² Afrique du Sud, code des investissements de 2015 préc., section 12.

²¹⁸³ Togo, code des investissements de 2019, art. 6.

²¹⁸⁴ UA, *projet de code panafricain des investissements préc.*, art. 11(3) et 14(1).

directement à la critique telle qu'elle est formulée. Or, la critique est elle-même mal formulée. Que la liberté normative soit indexée, soit ! Mais celle-ci n'a jamais été réellement remise en cause dans son principe²¹⁸⁵. Nul ne conteste le droit de l'État de réglementer dans les matières relevant de sa compétence exclusive. Le nœud du débat est de savoir si l'État doit indemniser ou compenser pour les lois qu'ils adoptent souverainement et qui affectent la propriété de l'investisseur. Et sur ce point, rien n'est dit dans les textes. Les conséquences du rappel de la souveraineté législative, faute d'être identifiées, laisse toujours une marge d'appréciation aux arbitres. Ces derniers pourront s'en servir comme principes directeurs pour l'interprétation des garanties substantielles dues à l'investisseur étranger. Mais cela n'augure en rien de la réponse concernant une éventuelle indemnisation liée à l'adoption d'une mesure générale.

On retrouve, sous un autre ton, la même critique chez De Nanteuil qui fait observer que le régime de l'expropriation indirecte ne menace pas en réalité la liberté normative de l'État²¹⁸⁶. Les mesures générales, lorsqu'elles ne comportent pas une atteinte anormale à la propriété des investisseurs, sont simplement régulatrices et n'atteignent pas le seuil de l'expropriation²¹⁸⁷. Si pour apprécier ce critère de la normalité, l'auteur se montre plutôt réservé sur l'emploi d'institutions nationales telles que le régime de responsabilité du fait des lois, les obstacles identifiés²¹⁸⁸ sont inopérants lorsque la cause de l'action est un code des investissements²¹⁸⁹. Le régime qui leur est applicable étant le droit interne, les règles de la responsabilité sans faute de droit administratif peuvent utilement être mobilisées, au moins dans les États africains qui ont hérité du droit français. À ce titre, il a déjà été indiqué que les particuliers n'ont droit à réparation qu'en cas de préjudice anormal, grave

²¹⁸⁵ Pierre MAYER, « La neutralisation du pouvoir normatif de l'État en matière de contrats d'État », *JDI*, Vol.1, 1986, pp.5-52.

²¹⁸⁶ Arnaud De NANTEUIL, *L'expropriation indirecte en droit international des investissements*, A. Pédone, Paris, 2014, p. 586 : « Le droit de l'expropriation indirecte est un régime qui porte en lui-même la protection de la liberté normative de l'État, sans que le recours à des techniques juridiques extérieures (exception, dérogation, etc.) soit nécessaire. La multiplication, au sein des TBI, des clauses tendant à exclure certaines mesures de la qualification d'expropriation indirecte ou à empêcher que des « mesures de réglementation » dans l'intérêt général soient attaquées sur ce fondement ne modifient nullement l'état du droit, par conséquent. En effet, le régime de l'expropriation ne s'applique pas à ces mesures, en tout état de cause, si l'atteinte qu'elles portent à la propriété étrangère peut être jugée "normale".

²¹⁸⁷ L'auteur observe ainsi : « Il y a donc atteinte "normale" lorsque l'atteinte à la propriété et l'objectif de la norme qui la provoque ne peuvent être conçus l'une sans l'autre. À l'inverse, l'atteinte est "a-normale" à partir du moment où elle est extérieure à la norme, i.e., où l'objectif poursuivi par celle-ci peut être réalisé sans porter atteinte à la propriété étrangère ». Arnaud De NANTEUIL, *L'expropriation indirecte en droit international des investissements*, A. Pédone, Paris, 2014, p. 367.

²¹⁸⁸ La responsabilité du fait des lois reste une institution de droit interne et ne saurait servir à évaluer convenablement un standard de droit international.

²¹⁸⁹ Les codes des investissements sont des lois. Dans la mesure où elles ne sont pas des instruments de droit international, le droit interne reste applicable. À ce titre, ce régime de responsabilité n'échappe pas au pouvoir de connaissance de la normativité interne des arbitres ; *iura novit arbiter* pourrait-on dire en quelque sorte. Le tribunal dans l'affaire *Lighthouse c. Timor-Leste*, bien qu'à propos de la compétence, observait ainsi : « *Under the maxim iura novit curia or, better, iura novit arbiter, the Tribunal is required to apply the law of its own motion, provided always that it gives the Parties' an opportunity to comment if it intends to base its decision on a legal theory that was not addressed and that the Parties could not reasonably anticipate* ». (CIRDI, ARB/15/2, 22 décembre 2017, § 109).

et spécial et en l'absence de disposition contraire du législateur²¹⁹⁰. À s'y fier, seule une infime partie de mesures législatives survivrait à ce test de proportionnalité-adéquation entre la mesure adoptée et l'effet sur la propriété de l'investisseur.

En définitive, l'expropriation prévue par le code des investissements déroge au droit commun des expropriations en raison des caractères exorbitant de la mesure expropriatrice. Celle-ci a pour objet des investissements et non uniquement des biens et peut porter atteinte directement ou indirectement à la propriété de l'investisseur. Concernant sa nature, si les mesures générales sont admises contrairement au régime de droit commun, celles-ci ne sauraient être des mesures contractuelles ou régulatrices. Lorsque tous ces critères de la mesure expropriatrice sont réunis, l'État ne pourra procéder à l'expropriation que si les conditions indiquées par le code sont respectées.

B. LES CONDITIONS CONSTANTES DE L'EXPROPRIATION

827. Les conditions de l'expropriation telles qu'il ressort d'un passage en revue des lois africaines sur l'investissement sont similaires à celles issues de la protection conventionnelle. Cette constance accentue le caractère exorbitant du régime de l'expropriation dans le droit des investissements internationaux. Ainsi, pour être légale (et non licite puisque les codes sont des instruments de droit interne), la mesure expropriatrice doit poursuivre un but d'utilité publique (1) tout en accordant un traitement adéquat à l'investisseur (2) et une compensation financière (3). Pour cette dernière condition cependant, des variations s'observent d'une disposition nationale à une autre.

1. La cause de l'expropriation : l'utilité publique

828. Une notion imprécise. Condition la plus fréquente, l'utilité publique reste la plus obscure. Elle compte parmi ces notions juridiques impossibles à définir et dont l'intérêt réside d'ailleurs dans son absence de définition. L'utilité publique joue ainsi le rôle de soupape de sécurité permettant aux autorités locales de faire prévaloir le bien-être général sur l'intérêt particulier. Sa détermination relève de la seule discrétion des autorités locales encadrée par les lois nationales. Le tribunal arbitral dans l'affaire *Goetz c. Burundi*

²¹⁹⁰ Voir *supra* Partie 1, Titre 2, Chapitre 2, Section 2, §1, A.

refusait, à ce prétexte, de se prononcer sur la régularité de la qualification d'utilité publique de la mesure²¹⁹¹.

829. La preuve de l'utilité publique. Si elle est pourtant exigée comme condition de licéité et de légalité, c'est avant tout pour prévenir les expropriations abusives. Ainsi, il ne suffit pas pour l'État d'indiquer vaguement que la mesure prise relève d'un intérêt stratégique pour justifier l'existence d'une expropriation licite. L'exemple de l'affaire *ADC c. Hongrie* peut ici être rapporté. En l'espèce, l'État défendeur soutenait que l'expropriation des parts de ADC dans l'exploitation de l'aéroport relevait de l'intérêt stratégique de l'État et que l'ensemble des mesures prises participaient de l'harmonisation de la stratégie du gouvernement hongrois avec les normes européennes. Le tribunal arbitral, qui a fait reposer la charge de la preuve de l'intérêt public sur l'État, a considéré qu'en dépit de son insistance, le défendeur n'a pas réellement démontré l'utilité publique des mesures de dépossession prises. Il ajoute aussi que la privatisation de l'aéroport qui a suivi l'expropriation corrobore *ex post* l'absence d'utilité publique. Les arbitres soulignaient ainsi :

*« In the Tribunal's opinion, a treaty requirement for "public interest" requires some genuine interest of the public. If mere reference to "public interest" can magically put such interest into existence and therefore satisfy this requirement, then this requirement would be rendered meaningless since the Tribunal can imagine no situation where this requirement would not have been met »*²¹⁹².

D'autres tribunaux ont estimé pour leur part que l'expropriation d'un investisseur étranger pour un usage sans lien avec l'intérêt public affectait la licéité de l'expropriation²¹⁹³.

830. En somme, les États disposent d'une compétence discrétionnaire pour la détermination de l'utilité publique, mais son usage ne saurait en être arbitraire. Les excès susceptibles de caractériser un abus de droit peuvent conduire les tribunaux arbitraux à rejeter une telle qualification et conclure à l'illégalité de l'expropriation surtout si elles ne s'accompagnent pas des formes et procédures exigées par les textes.

2. Le traitement de l'investisseur : l'exigence de due process et de non-discrimination

831. Des conditions implicites ? Le droit d'exproprier de l'État ne saurait servir de prétexte à une attitude irrévérencieuse envers l'investisseur étranger. Pour s'en assurer,

²¹⁹¹ « En l'absence d'erreur de droit ou de fait, d'erreur manifeste d'appréciation ou de détournement de pouvoir, il n'appartient pas au Tribunal de substituer son propre jugement à l'appréciation faite discrétionnairement par le Gouvernement du Burundi des « impératifs d'utilité publique... ou d'intérêt national ». CIRDI, *Goetz c. Burundi*, ARB/95/3, 10 février 1999, § 126

²¹⁹² CIRDI, *ADC Affiliates c. Hongrie*, ARB/03/16, 02 octobre 2006, §§ 429 – 433.

²¹⁹³ CIRDI, *LETCO c. Libéria*, ARB/83/2, sentence, 31 mars 1986, § 338. Pour une sentence plus ancienne, voir également : SA, *Walter Fletcher Smith c. The compañía Urbanizadora del Parque y Playa de Marianao* (USA c. Cuba), 2 mai 1929, II RIAA 915.

l'expropriation ne doit pas être accompagnée de discrimination ou mise en œuvre en méconnaissance d'une procédure diligente. Ces conditions n'apparaissent pas cependant dans tous les codes des investissements. Comme telle, il ne s'agit pas à proprement dit d'une règle commune ou consubstantielle à la notion d'expropriation dans le cadre de la protection nationale. Mais quelques réserves doivent ici être apportées.

Dans un premier temps, l'interdiction de discrimination fondée sur la nationalité ainsi que le droit à une procédure régulière peuvent constituer des garanties autonomes accordées par les codes²¹⁹⁴. Également, la considération selon laquelle le droit international coutumier fait partie du droit interne des États, suppose une étude du régime de l'expropriation soucieuse de celui-ci. Or, l'exigence de non-discrimination dans le cadre de l'expropriation, a pu être considérée comme relevant du droit international coutumier²¹⁹⁵. Son invocabilité en l'absence de référence précise peut donc être justifiée contrairement à celle de la *due process*, qui à moins d'être mentionnée ne constitue pas une condition de licéité de l'expropriation. Mais, cette absence de garantie procédurale peut tout de même servir comme élément d'appréciation du caractère excessif de l'expropriation.

832. Méthode d'appréciation. Lorsqu'elles sont mentionnées²¹⁹⁶, le traitement non-discriminatoire sera apprécié par référence aux investisseurs placés dans la même situation²¹⁹⁷ tandis que la *due process* requiert le bénéfice d'une procédure disponible, effective et efficace²¹⁹⁸.

833. En définitive, une application stricte du régime interne de l'expropriation, sauf quelques rares cas, conduit à un niveau de protection similaire à celui conféré par les

²¹⁹⁴ Sur ce point, voir le code du Burundi de 2010 qui dispose à son article 10 : « La République du Burundi s'interdit toute discrimination basée sur la nationalité en matière d'acquisition immobilière ou de location immobilière ». Dans le même sens : Burkina Faso, code des investissements de 2018, art. 12 : « Les entreprises étrangères bénéficient de la même protection que les entreprises burkinabés, en ce qui concerne les propriétés commerciales et la propriété intellectuelle ». Également, code des investissements égyptien de 2017, art. 3.

²¹⁹⁵ August REINISCH, « Legality of Expropriation » in August Reinisch, *Standards of Investment Protection*, OUP, 2008, 189 – 191, Ursula Kriebaum, « Expropriation », Marc Bugenberg et al., *op. cit.*, p. 1021, § 227.

²¹⁹⁶ Éthiopie, code des investissements de 2020, art. 19 : « 1/ The Government may expropriate any investment undertaken under this Proclamation for public interest, in conformity with requirements of the law, and on a non-discriminatory basis »; Guinée-Bissau, code des investissements de 2011, art. 4; Libéria, code des investissements de 2011, section 7; Seychelles, code des investissements de 2010, section 5; Soudan du sud, code des investissements de 2009, art. 34; Togo, code des investissements de 2019, art. 6 ; Tunisie, code des investissements de 2016, art. 8 ; Burkina Faso, code des investissements de 2018, art. 8 ; Égypte, code des investissements de 2020, art. 19.

²¹⁹⁷ CIRDI, *ADC, Affiliante Limited et ADC & ADC Management limited c. République de Hongrie*, ARB/03/16, S du 02 octobre 2006, § 442 ; CIRDI, *Marvin Roy Feldman Karpa c. États-Unis du Mexique*, ARB(AF)/99/1 sentence du 16 décembre 2002, §55.

²¹⁹⁸ CIRDI, *ADC c. Hongrie* préc. §§ 434 – 444, spec § 435 : « The tribunal agrees with the claimants that "due process of law", in the expropriation context, demands an actual and substantive legal procedure for a foreign investor to raise its claims against the depriving actions already taken or about to be taken against it. Some basic legal mechanisms, such as reasonable advance notice, a fair hearing and an unbiased and impartial adjudicator to assess the actions in dispute, are expected to be readily available and accessible to the investor to make such legal procedure meaningful. In general, the legal procedure must be of a nature to grant an affected investor a reasonable chance within a reasonable time to claim its legitimate rights and have its claims heard. If no legal procedure of such nature exists at all, the argument that "the actions are taken under due process of law" ring hollow ».

traités d'investissements. La limitation du mandat des arbitres à l'application du droit interne ne comporte dès lors pas de risques inconsidérés pour l'investisseur étranger et est de nature à restaurer le lien de confiance entre l'État et l'investisseur étranger.

3. *La compensation financière*

834. La compensation due à l'investisseur étranger est une condition majeure de la légalité de l'expropriation. Aussi apparaît-elle, avec constance, dans tous les codes des investissements renfermant des dispositions relatives à l'expropriation. Mais si le principe fait l'unanimité, ses modalités de mises en œuvre divergent d'un code à l'autre. En effet, pour assurer une plus grande attraction des investissements, certains législateurs font le choix d'offrir une compensation d'après les règles de droit international (a). D'autres marquent plutôt leur préférence envers les règles de droit interne (b) tandis que certains indiquent directement les méthodes à appliquer ou simplement se contentent d'une formule inexpressive (c).

a. La détermination par référence aux règles de droit international

835. L'imprécision des règles internationales. La pratique législative africaine qui requiert de déterminer la compensation par référence aux règles de droit international est extrêmement marginale. Sur l'ensemble des textes étudiés, seul le code des investissements togolais adopte cette démarche²¹⁹⁹. D'apparence rassurante, la formule soulève des difficultés d'interprétation loin de toute évidence. Pour appliquer les règles et habitudes du droit international, encore faut-il que celles-ci existent²²⁰⁰. Les tentations visant à faire application de la formule Hull²²⁰¹ au prétexte qu'elle est aujourd'hui de droit coutumier sont immédiatement remises en cause par la doctrine²²⁰². Il est vrai que le débat

²¹⁹⁹ Togo, loi n° 2012 – 001 portant code des investissements en République togolaise, article 7 : « Toute entreprise est garantie contre toute mesure de nationalisation, d'expropriation ou de réquisition par l'État togolais sur toute l'étendue du territoire national. Les mesures d'expropriation pour cause d'utilité publique constatées dans les conditions prévues par la loi devront prévoir une juste et préalable indemnisation de l'investisseur, **dont le montant sera déterminé, à dire d'expert, selon les règles et pratiques habituelles du droit international** ».

²²⁰⁰ Certains auteurs n'ont d'ailleurs pas hésité à remettre en cause le principe d'une compensation en cas d'expropriation. Voir en ce sens : Fischer WILLIAM, « International Law and property of aliens », *British Yearbook of International Law*, vol. 9, 1928, Norman GIRVAN, « Expropriating the expropriators : compensation criteria from a third world point of view » in Richard LILICH (dir.), *The Valuation of nationalized property in international law*, R Lillich Editions, 1972 – 1986, vol. III, pp. 149 – 179.

²²⁰¹ Brice M. CLAGETT, « The expropriation before the Iran-US Claims tribunal : is "just compensation" required by international law or not ? », *Law and policy in international business*, vol. 16, 1984, p.813 – 891 ; Maurice H. MENDELSON, « what price expropriation ? Compensation for expropriation: the case law (Reply to O. Schachter) », *AJIL* vol. 79, 1985 (2), pp. 414 – 420.

²²⁰² L'exigence d'une compensation « prompt, adéquate et effective » ne convainc pas réellement quant à son caractère coutumier. Paul de VISSCHER, *Théories et réalités en droit international public*, Paris, Pédone, 1953, p. 233 ; August REINISCH : « Legality of expropriation », *Standard of Investments Protection*, Oxford University Press, 2008, pp. 194 et s., Oscar SCHACHTER, « Compensation for expropriation » *AJIL* vol. 78, 1984, pp 121-130, Yves NOUVEL, « L'indemnisation d'une expropriation indirecte », *International Law forum*, vol. 5, 2003 (3), p. 198 – 204 ;

s'est quelque peu estompé avec l'adoption par nombre de TBI d'une formule favorisant une juste, prompte et adéquate compensation en cas d'expropriation ou d'autres formulations similaires, mais la mesure relève à bien d'égard de l'application de la *lex specialis*²²⁰³. La convergence des solutions laisse entendre qu'il faille fixer une compensation en référence à la valeur de l'investissement exproprié. La Banque mondiale suggère d'ailleurs qu'une compensation adéquate est celle qui correspond à la juste valeur du marché²²⁰⁴. Mais, la détermination de cette valeur repose elle-même sur des méthodes opaques et variées. Suzy Nikiéma pour le compte l'IISD, et citant Seidl-Hohenveldern, notait ainsi :

« Les experts appointés par les parties "tout en arrivant à des résultats forts disparates, assurent pourtant que les facteurs qu'ils emploient anticipent d'une façon exacte [les] événements futurs. Ces calculs contiennent tant d'éléments de conjecture qu'ils paraissent aux non-initiés à la science comptable guère moins spéculatifs et tout aussi obscurs que les prophéties de Nostradamus" »²²⁰⁵.

Pourtant, si l'on s'en tient à la promesse du législateur togolais, c'est « à dire d'experts » qu'il faudra s'en remettre pour déterminer la valeur de ces investissements²²⁰⁶.

836. Les méthodes employées. La volonté de se montrer rassurant pour laquelle optent certains législateurs ne l'est que moyennement. Les méthodes employées, qui servent également dans une certaine mesure à déterminer l'indemnisation due en cas d'expropriation illicite²²⁰⁷ sont les suivantes :

- La valeur nette comptable de l'entreprise qui consiste en une opération de soustraction entre l'actif et le passif de l'entreprise ;
- La valeur marchande de l'entreprise qui consiste à payer le prix de l'entreprise calculé selon la loi du marché ;
- La pondération des flux de trésorerie qui « consiste à estimer les flux de trésorerie futurs et à appliquer ensuite un « taux d'actualisation » qui reflète le coût du capital et des risques (par exemple un taux qui incorpore un risque ajusté en fonction de

²²⁰³ « However, the standard of treatment of compensation contained in the various treaties is not as different as one could think. The provisions on compensation are rather similar to each other and, generally, refer to a standard identical or very similar to the famous 'hull formula' of 1938 demanding "prompt, adequate and effective" compensation. It is interesting to note that also developing and (former) socialist countries rely on those conditions ». Irmgard MARBOE, « Valuation in Cases of Expropriation », Marc BUNGENBERG et al., *International Investment Law*, op. cit., p. 1065, § 20.

²²⁰⁴ World Bank, *Legal framework for the Treatment of Foreign Investment*, Report to the Development Committee and Guidelines on the Treatment of Foreign Direct Investment, (1992) 31 ILM 1363, 1982.

²²⁰⁵ Suzy NIKIEMA, « Indemnisation de l'Expropriation », *Séries bonnes pratiques de l'IISD* – mars 2013, p.12.

²²⁰⁶ Togo, code des investissements de 2012, article 7.

²²⁰⁷ Les sentences arbitrales ne font pas toujours la distinction entre l'expropriation licite qui requiert une compensation et l'expropriation illicite dont la réparation peut donner lieu à des dommages-intérêts. Voir sur ce point : Sébastien MANCIAUX, *Investissements étrangers et arbitrage entre État et ressortissant d'autres États, Trente années d'activités du CIRDI*, Université de Bourgogne, vol. 24, 2004, pp 533 – 546.

l'industrie, du rendement de l'entreprise, du pays) pour les flux de revenus futurs estimés pour identifier la valeur actuelle²²⁰⁸.

837. Aucune de ces méthodes n'est exempte de critiques. Toutes ont été mobilisées par la pratique arbitrale sans qu'il ne soit possible de déterminer *in abstracto* les raisons qui ont motivé les choix des uns et des autres d'une sentence à l'autre. De la sorte, ce n'est pas une logique de sécurité juridique ou de prévisibilité juridique qui justifie l'option, mais plutôt la volonté de rassurer les investisseurs eu égard à la méfiance vis-à-vis des régimes internes. Mais l'on notera que le législateur togolais a abandonné cette approche dans son nouveau code des investissements de 2019. Ainsi, aucun code africain en vigueur ne permet la détermination du régime de compensation par référence au droit international. Les formules privilégient plutôt le recours au droit interne.

b. La détermination du régime de compensation par référence au droit interne

838. Variété des formulations. L'avantage que présentent ces formules peut difficilement être camouflé. En soumettant, la détermination du régime de la compensation à sa réglementation interne, l'État hôte s'épargne certaines indécidabilités pouvant résulter de l'application des règles internationales. Aussi n'est-il pas surprenant que la référence au droit interne pour fixer la compensation de l'investisseur constitue la pratique dominante²²⁰⁹. Toutefois, ce motif noble en soi, peut aussi servir de filet de camouflage à une politique législative en matière d'expropriation héritière des revendications souverainistes sur les ressources naturelles des États du tiers. Les formules retenues sont variables. Le législateur burkinabé prévoit ainsi que la compensation se fera « conformément à la réglementation en vigueur »²²¹⁰ tandis que le législateur angolais se veut plus précis en indiquant : « *the Government guarantees payment of a fair and prompt compensation, in the terms of the Constitution and law, whose value is determined according to Angolan law* »²²¹¹. Très laconique, mais tout aussi pertinent pour le point, est la formule retenue par le législateur sud-africain dont la section 10 du code des

²²⁰⁸ Suzy NIKIÉMA, *art. préc.*, p. 13. L'auteure indique également pour chacune des méthodes les avantages et les faiblesses.

²²⁰⁹ Voir les codes suivants : Algérie, code des investissements de 2016, article 23 ; Angola, code des investissements 2018, art. 14 ; Bénin, code des investissements de 2020, article 16 ; Burkina Faso, code des investissements de 2018, article 8 ; Burundi, code des investissements de 2008, article 13 ; Éthiopie, code des investissements de 2012, art. 25 ; Ghana, code des investissements de 2013, sect. 31 ; Madagascar, code des investissements de 2008, art. 4 ; Mali, code des investissements article 7 ; Mozambique, code des investissements de 1993, art. 13 ; Namibie, code des investissements de 2016, section 21 – 23 ; Sierra Léone, code des investissements de 2004, section 11 ; Afrique du Sud, code des investissements de 2015, section 10 ; Ouganda, code des investissements de 2019, art. 24.

²²¹⁰ Burkina Faso, *Code des investissements 2018*, art. 8.

²²¹¹ Angola, *Law no. 10/18 of June 26th*, art. 14.

investissements prévoit « *Investors have the right to property in terms of Section 25 of the Constitution* »²²¹². L'interprétation qui découle de la formule, et toutes les autres, ne devrait pas être entendue strictement, mais envisagée comme une référence générale au droit interne de l'État hôte.

839. Les conséquences limitées de l'option. L'analyse de ces dispositions montre qu'il n'y a pas une réelle différence de principe entre les droits internes et le droit international concernant la compensation de l'investisseur exproprié²²¹³. Celle-ci doit être prompte, juste et effective bien que cette dernière condition soit parfois passée sous silence. Pour ce qui est des principes à appliquer pour l'évaluation du montant de la compensation, les droits internes ne sont pas mieux lotis que le droit international s'agissant de la transparence. Il serait vain de passer en revue l'ensemble des régimes de la cinquantaine d'États africains. Notons cependant que pour certains États, en raison d'un passé communiste ou d'une politique sociale marquée, l'option en faveur du droit interne peut être décisive. L'exemple du texte sud-africain peut ici être repris. La section 25 de la constitution à laquelle fait référence la section 10 du code prévoit que le montant de la compensation doit être déterminé équitablement, reflétant :

*« an equitable balance between the public interest and the interests of those affected, having regard to all relevant circumstances, including—(a) the current use of the property; (b) the history of the acquisition and use of the property; (c) the market value of the property; (d) the extent of direct state investment and subsidy in the acquisition and beneficial capital improvement of the property; and (e) the purpose of the expropriation »*²²¹⁴.

La prise en compte de l'intérêt public est particulièrement déterminante dans la mesure où elle offre une marge de manœuvre plus aisée au juge lorsque les parties ne sont

²²¹² Afrique du Sud, *Code des investissements de 2015 préc.*, sect. 10.

²²¹³ Dans l'affaire *AIG v. Kazakhstan*, le tribunal arbitral comparant les règles relatives à l'expropriation telle qu'indiquée dans le TBI et dans le code des investissements kazakh, précisait : « *Before considering what should be the appropriate measure of compensation in the facts and circumstances of the present case it is first necessary to analyse the applicable treaty provisions and the appropriate Kazakhstan law. (...) The standard set out in Article III of the BIT guarantees fair and equitable treatment and prohibits the arbitrary and discriminatory impairment of the investment in its broadest sense. When investments are expropriated directly or indirectly through measures tantamount to expropriation there is a resultant obligation on the State to pay "prompt, adequate and effective compensation": which is clarified to mean the equivalent of the fair market value of the expropriated investment immediately after the expropriatory action was taken or became known; it must also be paid without delay and include interest at a commercially reasonable rate from the date of expropriation. (...) The obligation of the Respondent State under the BIT (that governs the present case) is not substantially different from the law of Kazakhstan on Foreign Investment of December 27, 1994 (Claimants' Exhibit No. 2). (...) Article 7 of the Law provides for Guarantees against Expropriation: "1. Foreign investments may not be nationalized, expropriated or subjected to any other measures with the same consequences as nationalization and expropriation (...) with the exception of cases when such expropriation is implemented in the public interests and in compliance with the appropriate legal procedure, and such expropriation is implemented without discrimination and with the immediate payment of adequate and effective compensation. 2. The indemnification shall be equal to the fair market value of the expropriated investments at the moment when the investor becomes aware of the expropriation" (...) In the circumstances set out above, applicable State law is no different from the applicable Treaty Law - the law of the BIT* ». CIRDI, *AIG Capital Partners, Inc. and CJSC Tema Real Estate Company c. Republic of Kazakhstan*, ARB/01/6, Sentence, 7 Octobre 2003, §. 12.1.5.

²²¹⁴ South Africa, *The Constitution of the Republic of South Africa, 1996 as adopted on 8 May 1996 and amended on 11 October 1996 by the Constitutional Assembly*, section 25.

pas parvenues à un accord sur le montant de la compensation. Il est à craindre ou à espérer que ce montant n'avoisine pas les sommes prohibitives que l'on rencontre dans le cadre de l'arbitrage d'investissement (bien que dans la majeure partie des cas, celles-ci sont liées à l'indemnisation et prennent ainsi en compte les préjudices subis, y compris le préjudice moral par l'investisseur)²²¹⁵. En tout état de cause, elle met en lumière l'intérêt pour l'État de préférer l'application de son droit interne au détriment du droit international.

840. En plus de l'application du droit interne par renvoi des parties, on peut également envisager une application par défaut de celui-ci, notamment dans les hypothèses où le législateur se montre silencieux. Cette situation se produit lorsque l'État se contente de préciser dans son code des investissements que l'investisseur a droit à une indemnisation juste et équitable. C'est le cas de l'article 23 du code algérien²²¹⁶ et de l'article 4 du code sénégalais. Pour ce dernier texte, il faut cependant observer que la phrase précédant la compensation fait référence à la loi. Une telle référence pourrait servir de fondement à une application générale du code des investissements²²¹⁷. Quoi qu'il en soit, la compréhension concrète de la compensation juste résulterait de l'application du droit interne, les codes étant en définitive des instruments de droit interne.

c. La détermination du régime applicable par le code des investissements

841. Une approche à privilégier. La pratique législative sur ce point est significative et reste de loin, la plus souhaitable. Elle permet à l'ensemble des protagonistes de se faire une idée fiable des règles et principes régissant la compensation de l'investissement ou de l'investisseur exproprié. Le critère principalement avancé est celui de la juste valeur économique ou *fair market value* de l'investissement²²¹⁸. C'est notamment le cas de l'article 8 du code cap-verdien qui dispose :

²²¹⁵ Sur cette question, voir plus largement : Julien CAZALA, « La réparation du préjudice moral dans le contentieux international de l'investissement », *Droit international et culture juridique*, mélanges Charles Leben, Pédone, Paris, 2015, pp. 269 – 283.

²²¹⁶ Algérie, *Code des investissements*, art. 23 : « Outre les règles régissant l'expropriation, les investissements réalisés ne peuvent, sauf dans les cas prévus par la législation en vigueur, faire l'objet de réquisition par voie administrative. La réquisition et l'expropriation donnent lieu à une indemnisation juste et équitable ».

²²¹⁷ Sénégal, *code des investissements de 2004*, article 4 : « Dans les conditions prévues par les lois et règlements applicables, la propriété privée de tous biens, mobiliers ou immobiliers, matériels ou immatériels, est protégée, en tous ses aspects juridiques et commerciaux, ses éléments et ses démembrements, sa transmission et les contrats dont elle fait l'objet. L'entreprise est notamment garantie contre toute mesure de nationalisation, d'expropriation ou de réquisition sur toute l'étendue du territoire national, sauf pour cause d'utilité publique, **légalement** prévue. Le cas échéant, l'entreprise bénéficiera d'une juste et préalable indemnisation ».

²²¹⁸ Cap-Vert, *code des investissements de 1993*, art. 8 ; Egypte, *code des investissements de 2017*, article 4 ; Éthiopie, *code des investissements de 2012*, art. 25 ; Guinée-Bissau, *code des investissements de 2011*, article 4 ; Liberia, *code des investissements de 2010*, section 7 ; RD Congo, *code des investissements de 2002*, art. 6 ; Mozambique, *code des investissements de 1993*, art. 13 ; Namibie, *code des investissements de 2016*, section 21 à 23 ; Seychelles, *code des investissements de 2010*, section 5 ; Somalie,

« Article 8. Security and protection The State guarantees against expropriation and nationalization, the security and protection of assets and rights, understood within the framework of foreign investment. The established in the previous number does not apply to expropriations justified on the ground of public interest, in accordance with the law, which always grants to the foreign investor the right to be fairly compensated in an amount based on the real and present value of the investment on the date public interest was declared. The amount of the indemnity mentioned in previous number 2 will be established by joint agreement between the Government and the foreign investor or, in lack of agreement, by arbitration, according to article 17 below. The indemnity referred to in number 2 can be freely transferred abroad and will be paid immediately, without unjustifiable delays, in a freely convertible currency agreed upon by the Government and the foreign investor, and will earn interests at the LIBOR rate, as for 30 days applicable to the same currency, from the day of its determination to the day of the actual payment »²²¹⁹.

Sont ainsi mentionnés par le texte, la date à laquelle la compensation doit être versée, son mode de calcul (consensuel ou juridictionnel), le paiement des intérêts, le tout dans une monnaie convertible et librement transférable. Nul doute que cette approche est la mieux indiquée pour la protection des investissements internationaux d'une part, et pour leur promotion d'autre part. Si l'on prend en compte les recommandations du comité d'experts en charge de l'élaboration du code panafricain des investissements, une convergence des approches peut être relevée mis à part l'exclusion expresse des préjudices subis pour le mode de calcul de la compensation²²²⁰. L'antériorité du texte cap-verdien n'entame pas ainsi sa pertinence actuelle.

Conclusion de chapitre

842. La responsabilité interne encourue par les États dans les réclamations légales a un contenu relativement restreint. En premier lieu, la référence au droit interne permet à ces derniers de moduler leurs obligations. L'Afrique du Sud a ainsi pu substituer au standard TJE la garantie d'un traitement juste et administratif (FAT). La modulation des obligations étatiques résulte aussi de la juridicisation par les codes des obligations souples de l'investisseur. En cas de violation de sa responsabilité sociale et environnementale, l'investisseur pourrait perdre son droit d'agir ou prétendre à une réparation réduite par application de la théorie des mains propres. Enfin, la portée des standards indirects que

code des investissements de 1987, art. 18 ; Sud-Soudan, code des investissements de 2009, art. 34 ; Ouganda, code des investissements de 2019, art. 24 ; Zambie, code des investissements de 2006, art. 19.

²²¹⁹ Cap-Vert, code des investissements de 1993, art. 8.

²²²⁰ UA, *Code panafricain des investissements*, art. 12 : « L'indemnité appropriée est normalement évaluée par rapport à la juste valeur marchande de l'investissement exproprié immédiatement avant la date d'expropriation et elle ne tiendra compte d'aucun changement de valeur résultant du fait que l'expropriation envisagée était déjà connue. En aucun cas la date d'évaluation ne pourra être reportée. Le calcul de la juste valeur marchande exclura tout préjudice indirect ou immatériel ou les profits spéculatifs ou exceptionnels allégués par l'investisseur, y compris les dommages moraux et la perte de clientèle ».

sont le traitement NPF et le traitement national, est limitée en raison du caractère général et impersonnel des lois. Les situations de discriminations fondées sur la nationalité que viendraient corriger ces standards indirects sont quasi inexistantes dans le cadre des lois. Toutefois, en marge de cette restriction du contenu de la responsabilité, la tendance inverse s'observe en second lieu. Cette tendance à l'extension de la responsabilité des États est directement liée à l'influence du droit international. D'une part, les restrictions et dérogations résultant des conventions internationales vont permettre une convergence des principes applicables à la garantie de libre transfert des capitaux dans les codes. D'autre part, bien que la garantie d'expropriation doive être appréciée au regard du droit interne, le régime qui lui est applicable est exorbitant du droit commun interne de l'expropriation. La garantie d'expropriation dans les codes partage plus de principes communs avec l'expropriation prévue dans un TBI qu'avec l'expropriation prévue dans les droits administratifs. Ces principes concernent l'objet de la propriété qui est l'investissement et le caractère exorbitant de la mesure expropriatrice qui peut être générale et porter une atteinte indirecte à l'investissement. Ces principes communs avec l'expropriation dans les TBI, contribuent à l'émergence d'un droit général des investissements internationaux.

Conclusion du titre

843. Le rattachement des codes des investissements à l'ordre juridique national implique que l'État engage sa responsabilité interne en cas de violation de son code des investissements. Cette responsabilité participe de la construction d'un régime *sui generis* des réclamations légales parce que l'application du droit interne au fond du litige n'est pas automatique, mais résulte de la recherche de la loi applicable au fond du différend par les arbitres. L'application du droit interne, en tant que droit choisi par les parties ou par les arbitres à défaut de choix, exclut l'application des règles secondaires de droit international public dans l'évaluation de la responsabilité de l'État. Ainsi, les règles d'attribution prévues par les *Articles de la CDI sur la responsabilité pour faits internationalement illicites* ne sont pas mobilisables en dépit d'une pratique arbitrale favorable. Également, l'application à titre correctif ou supplétif du droit international en cas de lacune du droit interne doit être écartée. La seule exception à cette exclusion du droit international est celle résultant de la volonté des États lorsque celle-ci renvoie au droit international pour déterminer le contenu matériel de l'obligation prévue par le code des investissements.

844. *Prima facie*, le contenu de la responsabilité interne des États est restreint parce que ceux-ci peuvent moduler leurs obligations. C'est le cas du *Fair Administrative Treatment* qui a été utilisé pour remplacer le TJE ou encore de la portée limitée des standards indirects de traitement (TNF et TN) qui, en raison du caractère général et impersonnel de la loi, peuvent difficilement être mobilisés dans les réclamations légales. Enfin, les obligations légales imposées aux investisseurs étrangers permettent de limiter les recours et les réparations escomptées par l'investisseur en cas de litige avec ce dernier. Toutefois, l'intégration de la norme internationale dans l'ordre juridique interne aide à relativiser ce caractère restreint du contenu de la responsabilité. Par exemple, les principes en matière de libre transfert des capitaux et d'expropriation dans les codes sont communs aux TBI. Ces principes communs contribuent à l'élaboration d'un droit général des investissements internationaux. Dans ce droit en plein essor, les États africains apportent une contribution substantielle au travers de leurs codes des investissements.

CONCLUSION GENERALE

845. Les promesses formulées par les États africains dans leurs codes des investissements ne sont pas exclusivement politiques. Elles sont aussi juridiques et confèrent aux investisseurs étrangers, dans certains cas, un droit d'agir devant un tribunal arbitral. Ces derniers peuvent alors obtenir réparation pour les violations des droits dont ils sont titulaires au titre du code des investissements, par l'introduction de réclamations légales auprès des tribunaux arbitraux. Ce type de réclamation, négligé jusqu'à présent par la communauté scientifique, se distingue des réclamations conventionnelles et contractuelles par son fondement juridique.

846. L'épithète « légale » employé pour qualifier ces réclamations renvoie à leur fondement qui serait une loi, précisément un code d'investissement. Si cela peut relever d'une évidence, il n'en est rien en réalité. Pour une frange de la doctrine en effet, les codes des investissements auraient une nature juridique duale. En droit interne, il s'agirait bien de lois tandis qu'en droit international, ces codes seraient des actes unilatéraux autonomes. Ainsi, lorsqu'un investisseur étranger introduit une réclamation devant un tribunal arbitral ayant qualité de juridiction internationale, il agirait sur le fondement d'un acte unilatéral de droit international public. Mais cette doctrine n'emporte pas l'adhésion. Tout d'abord, il n'est pas certain que les actes unilatéraux autonomes soient une source du droit international public. L'échec des travaux de la CDI relatifs aux actes unilatéraux de droit international et le peu d'illustrations fournies par la pratique au sujet de ces actes autonomes invitent à la réserve. Ensuite, même si la qualité de source des actes unilatéraux autonomes était reconnue, le défaut d'intention de se lier en droit international qui ressort du contenu normatif des codes africains, fait obstacle à leur assimilation aux actes unilatéraux autonomes. Enfin, ces codes ne s'adressent pas à des sujets de droit international de sorte que les attentes qu'ils suscitent, ne peuvent donner lieu à une relation juridique internationale.

Ces objections pourraient expliquer la raison pour laquelle la pratique arbitrale dominante préfère assimiler les codes, précisément les dispositions relatives à l'arbitrage, à des déclarations facultatives de juridiction obligatoire plutôt qu'à des actes unilatéraux autonomes. Cette approche, qui résulte d'une analogie, n'apparaît pas plus convaincante

que la première. D'une part, contrairement au contrat, les lois ne peuvent pas faire l'objet d'un dépeçage de sorte qu'il est difficilement concevable que les dispositions relatives à l'arbitrage puissent être isolées du reste de la loi pour se voir appliquer un régime juridique différent. D'autre part, le régime des déclarations de juridiction obligatoire qui leur est appliqué est d'une utilité pratique limitée. Concernant les principes d'interprétation, la pratique de la CIJ ne résout pas clairement le point de savoir si les principes de l'effet utile et *contra proferentem* sont applicables aux déclarations de juridiction. S'agissant du retrait, la CIJ hésite toujours à admettre le droit de libre révocation des déclarations de juridiction en dépit d'une pratique étatique favorable. Ces incertitudes entourant le régime des déclarations de juridiction, justifient que leur extension aux dispositions des codes africains soit écartée au profit des règles de droit interne.

Enfin, les codes africains ne peuvent être strictement considérés comme des engagements spécifiques dont le statut serait conditionné en droit international par un traité. Lorsque le législateur promet à l'investisseur un cadre juridique stable, il n'en découle pas une obligation juridique pour l'État qui puisse être sanctionnée au titre d'un TBI. Pour qu'il en aille autrement, l'investisseur devra bénéficier d'un agrément ou d'une convention d'établissement. C'est donc dans le droit interne de l'État hôte qu'il convient de rechercher l'obligatorité des droits souscrits par un État dans son code. Ce rattachement à l'ordre interne des codes des investissements permet de qualifier les recours devant un tribunal arbitral de réclamations légales.

847. Il s'ensuit que le régime juridique applicable à ces réclamations légales est le droit interne de l'État d'accueil. Mais ce droit interne subit certains aménagements en raison de la nature consensuelle de la procédure arbitrale. *Primo*, pour fonder le recours à l'arbitrage sur une convention d'arbitrage, il faudra considérer la loi comme un élément de formation de la convention d'arbitrage. Or, au regard de sa nature d'acte juridique objectif, la loi ne peut créer des droits subjectifs patrimoniaux, précisément un droit contractuel à l'arbitrage. Ainsi, pour garantir à l'investisseur son droit de réclamation, il faudra artificiellement considérer que les codes renferment des offres légales d'arbitrage, qui indépendamment de la qualité d'acte juridique objectif de la loi, créent ce droit subjectif à l'arbitrage en cas d'acceptation par l'investisseur de l'offre. Une telle catégorie d'acte juridique objectif créant des droits subjectifs patrimoniaux est *sui generis* et peu fréquente dans les codes africains. Seule une quinzaine de lois contiennent une offre de ce type et garantissent ainsi un droit de réclamation légale *stricto sensu* à l'investisseur

étranger. Celui-ci tire directement de ces lois, un droit d'action qui lui permet, s'il consent à l'arbitrage dans les formes prescrites par le code, d'engager la responsabilité de l'État. Cette responsabilité est moins étendue que celle encourue par les États dans le cadre des réclamations conventionnelles dans la mesure où la réparation due à l'investisseur, qui agit sur le fondement du code, doit s'apprécier selon les normes secondaires de droit interne. Mais appliquant le droit interne, certaines garanties peuvent être interprétées par référence au droit international sur désignation expresse des parties ou par intégration des règles et principes de droit international dans le corpus de la loi. De la sorte, droit interne et droit international participent à l'élaboration de ce régime *sui generis* de responsabilité.

Secundo, pour fonder le droit de réclamation de l'investisseur, certains codes africains requièrent que celui-ci bénéficie d'un accord spécial à l'arbitrage formalisé dans (ou par) son agrément, sa convention d'établissement ou tout autre accord conclu avec l'État hôte. Le droit d'action individuel et les droits substantiels reconnus à l'investisseur ne reposent plus directement sur le code des investissements. Paradoxalement, ce sont ces codes qui offrent la meilleure protection juridique à l'investisseur étranger. L'agrément ou la convention d'établissement constituent des engagements spécifiques. À ce titre, l'État ne peut révoquer, à sa seule discrétion, les droits substantiels et procéduraux qui y sont contenus. De plus, les atteintes à ces droits peuvent faire l'objet d'une protection conventionnelle par l'effet d'une clause *umbrella* ou du TJE. En sens inverse, l'État rétablit le lien juridique direct avec l'investisseur, ce qui limite la généralisation du recours à l'arbitrage. La procédure arbitrale en devient moins asymétrique puisque l'État dispose aussi d'un moyen juridique pour engager la responsabilité de l'investisseur du fait du consentement donné à l'avance de ce dernier. Le climat de confiance qui en résulte, est de nature à restaurer la légitimité de la procédure arbitrale et garantir l'exécution sans heurt de la sentence arbitrale.

Enfin, avec cette catégorie de codes, la responsabilité encourue par les parties ne découle que de façon médiate des lois sur l'investissement. À ce titre, ces réclamations peuvent être dites légales au sens large. C'est ici l'engagement spécifique qui est le véritable engagement juridictionnel. Mais dans la mesure où ces instruments renvoient aux codes des investissements qui les régissent, la responsabilité encourue par les parties est également de droit interne. Son contenu est alors le même que celui des réclamations légales *stricto sensu*.

848. L'application du droit interne au fond du litige, qu'elle soit automatique ou qu'elle résulte d'un choix de loi des parties litigantes ou encore de la désignation des

arbitres, a un contenu *prima facie* restreint. D'une part, les standards de traitement indirect (TNF et TN) ont une portée limitée dans la mesure où les discriminations fondées sur la nationalité dans les codes sont quasi inexistantes et quand elles existent, elles sont admises comme faisant exception à l'application de ces standards. D'autre part, les États peuvent moduler leurs engagements soit en redéfinissant des standards de protection, tel qu'il en a été du TJE remplacé par le FAT en Afrique du Sud, soit en juridicisant les obligations des investisseurs découlant de la RSE. Mais ce caractère restreint de la responsabilité des États doit être relativisé en raison de l'application subsidiaire du droit international. En effet, l'application du droit interne au fond du litige n'a pas pour conséquence d'exclure totalement le droit international. Sur renvoi explicite de l'État ou par intégration dans l'ordre juridique interne de la norme internationale, le contenu de l'obligation prévue par le code des investissements pourra être fixé par référence à une norme internationale. C'est le cas de la garantie de libre transfert des capitaux et de l'expropriation sauf pour cause d'utilité publique. Il s'ensuit une convergence matérielle du contenu des codes des investissements et de celui des traités d'investissements qui laisse entrevoir des principes communs applicables à l'investissement international indépendamment de la source de l'obligation.

849. Ces principes communs pourraient à leur tour contribuer à l'élaboration d'un droit général des investissements internationaux. Les États africains auraient alors une contribution substantielle à apporter à la construction de ce droit, tant au travers de leurs codes des investissements que dans le cadre des traités de protection. L'élaboration en cours du protocole relatif aux investissements internationaux dans le cadre de la ZLEC est prometteuse à ce sujet. Nul doute qu'une approche africaine en vue d'une meilleure régulation des investissements internationaux pourrait en émerger. Dans l'attente, toutefois, il peut être soutenu que le droit des investissements n'est international que par son objet et moins par ses sources, exception faite des traités d'investissement.

ANNEXES

- A. EXEMPLE DE DÉCRET D'AGRÉMENT
- B. TABLEAU DES OFFRES D'ARBITRAGE DANS LES CODES DES INVESTISSEMENTS EN AFRIQUE
- C. TABLEAU DES DISPOSITIONS DE TRAITEMENT NATIONAL
- D. TABLEAU DES DISPOSITIONS DE TRAITEMENT JUSTE ET ÉQUITABLE / FAIR AND ADMINISTRATIVE TREATMENT
- E. TABLEAU DES DISPOSITIONS RELATIVES A L'EXPROPRIATION
- F. TABLEAU SYNTHÉTIQUE DES DISPOSITIONS DE TRANSFERT DES CAPITAUX

ANNEXE A – EXEMPLE DE DECRET D'AGREMENT (REFORMATE)

RE
REPUBLIQUE DU BENIN
FRATERNITE-JUSTICE-TRAVAIL
PRESIDENCE DE LA REPUBLIQUE

DECRET N° 2011-679 DU 14 OCTOBRE 2011

portant agrément de la société **BENIN TERMINAL S.A.** au régime "D" du Code des Investissements pour le projet d'exercice des activités de manutention de conteneurs au Port de Cotonou.

LE PRESIDENT DE LA REPUBLIQUE, CHEF DE L'ETAT, CHEF DU GOUVERNEMENT,

- Vu** la loi n° 90-32 du 11 décembre 1990 portant Constitution de la République du Bénin ;
- Vu** la loi n° 90-002 du 09 mai 1990 portant Code des Investissements ;
- Vu** la loi n° 90-033 du 24 décembre 1990 modifiant les articles 34, 41, 43, 47, 49, 51, 59, 62 et 74 de la loi n° 90-002 du 09 mai 1990 portant Code des Investissements ;
- Vu** l'ordonnance n° 2008-04 du 28 juillet 2008 portant modification des articles 11 et 33 de la loi n° 90-002 du 09 mai 1990 portant Code des Investissements et instituant, par adjonction des articles 47-1 à 47-3, le régime "D" relatif aux investissements lourds ;
- Vu** l'ordonnance n° 2008-06 du 05 novembre 2008 portant modification des articles 11 nouveau, 33 nouveau, 47-1 et 47-2 de la loi n° 90-002 du 09 mai 1990 portant Code des Investissements, telle que modifiée par l'ordonnance n° 2008-04 du 28 juillet 2008 et instituant, par adjonction des articles 47-4 à 47-8 le régime "E" relatif aux investissements structurants ;
- Vu** la proclamation le 29 mars 2011 par la Cour Constitutionnelle des résultats définitifs de l'élection présidentielle du 13 mars 2011 ;
- Vu** le décret n° 2011-500 du 11 juillet 2011 portant composition du Gouvernement ;
- Vu** le décret n° 2006-268 du 14 juin 2006 fixant la structure-type des Ministères ;
- Vu** le décret n° 2008-107 du 10 mars 2008 portant attributions, organisation et fonctionnement du Ministère de la Prospective, du Développement et de l'Evaluation de l'Action Publique ;
- Vu** le décret n° 98-298 du 20 juillet 1998 portant création du Centre de Promotion des Investissements (CPI) et approbation de ses statuts ;

ctb

ay

- Vu** le décret n° 98-453 du 08 octobre 1998 fixant les modalités d'application de la loi n° 90-002 du 09 mai 1990 portant Code des Investissements, modifiée par la loi n° 90-033 du 24 décembre 1990 ;
- Sur** proposition du Ministre du Développement, de l'Analyse Economique et de la Prospective, après avis de la Commission Technique des Investissements ;
- ✕ **Le** Conseil des Ministres entendu en sa séance du 20 juillet 2011,

D E C R E T E

Article 1^{er} : Le projet d'exercice des activités de manutention de conteneurs au Port de Cotonou, de la société BENIN TERMINAL S.A., est agréé au régime "D" du Code des Investissements, pour compter de la date de signature du présent décret pour :

- une période de trois ans, au cours de laquelle, la société BENIN TERMINAL S.A. doit réaliser son programme d'investissement agréé ;
- une période de six ans pour l'exploitation.

Article 2 : L'activité, pour laquelle le régime "D" est octroyé, se rapporte exclusivement à l'aménagement et à l'exploitation d'un terminal à conteneurs comprenant deux postes à quai au Port de Cotonou.

Article 3 : Les éléments à exonérer sont :

Equipements d'exploitation

- Une unité de production d'électricité comprenant :
 - quatre groupes électrogènes de 3000 KVA ;
 - quatre armoires de contrôle et de commande de production d'énergie ;
 - une cuve à fioul 180 de 500 m³ ;
 - une station relais comportant des cellules et armoires électriques ;
 - quatre TGBT (tableaux généraux basse tension) ;
 - mille six cent trente (1630) mètres linéaires de câbles 20 KV pour liaison aux portiques et station relais ;
 - un système intégré de ventilation et de climatisation, de refroidissement de l'unité de production ;



- deux grues mobiles ;
- deux portiques de quai ;
- dix portiques de terminal (RTG) ;
- trois élévateurs 40/45 tonnes (Reach stacker) ;
- un élévateur 16 tonnes (Svetruck) ;
- un élévateur 12 tonnes (Hyster) ;
- six spreaders hydrauliques (Broma) ;
- vingt deux tracteurs de terminal (Terberg) ;
- vingt huit remorques 40' ;
- une nacelle auto-portée ;
- une balayeuse de parc ;
- les pièces de rechange pour le matériel d'exploitation.

Matériel roulant

- Un camion atelier ;
- un camion citerne ;
- deux bus pour le transport du personnel ;
- quatre camionnettes ;
- quatre pick-up double cabines.

Article 4 : Les avantages accordés sont :

- 1- Durant toute la période de validité de l'agrément, la société BENIN TERMINAL S.A. bénéficie de la stabilisation fiscale en ce qui concerne les règles d'assiette, les modalités de recouvrement et de contrôle, de perception, de calcul, de taux et de tarification.
- 2- Pendant la période d'investissement :
 - exonération des droits et taxes perçus à l'entrée, à l'exception de la Taxe de Voirie, de la Taxe de Statistique, du Timbre Douanier, du Prélèvement Communautaire et du Prélèvement Communautaire de Solidarité sur tous les éléments cités à l'article 3 ci-dessus, sur les pièces de rechange spécifiques aux équipements importés et les consommables ;



- exonération de la patente et de la contribution foncière des propriétés bâties et non bâties ;
- 3- Pendant la période d'exploitation et pour une durée à préciser dans l'arrêté conjoint du Ministre du Développement, de l'Analyse Economique et de la Prospective et du Ministre en charge de l'Industrie, constatant la fin de la réalisation du programme d'investissement :
 - exonération des droits et taxes perçus à l'entrée, à l'exception de la Taxe de Voirie, de la Taxe de Statistique, du Timbre Douanier, du Prélèvement Communautaire et du Prélèvement Communautaire de Solidarité sur les pièces de rechange, les intrants et les combustibles ;
 - exonération de la patente et de la contribution foncière des propriétés bâties et non bâties ;
 - exonération de l'impôt sur les bénéfices industriels et commerciaux (IBIC) ;
 - exonération du versement patronal sur les salaires du personnel expatrié régulièrement déclaré suivant la réglementation en vigueur au Bénin.

Article 5 : L'article 13 de la convention de concession portant sur l'aménagement et l'exploitation du terminal à conteneurs au Port de Cotonou signée le 10 septembre 2009 entre le Gouvernement de la République du Bénin et le Groupement BOLLORE-SMTC, qui a constitué la société BENIN TERMINAL S.A., dispose :

"La date de commencement de l'exploitation du terminal devra intervenir au plus tard 18 (dix-huit) mois à compter de la date de démarrage de la concession.

Le paiement de la redevance par EVP (Equivalent Vingt Pieds) est dû à compter de la date de commencement de l'exploitation du terminal".

Conformément à ces dispositions, la société BENIN TERMINAL S.A. bénéficie à compter de la date de commencement de l'exploitation du terminal et après autorisation préalable, par arrêté conjoint du Ministre du Développement, de l'Analyse Economique et de la Prospective, du Ministre de l'Economie et des Finances, du Ministre en charge de l'Industrie et du Ministre en charge de l'Economie Maritime et des Infrastructures Portuaires, des avantages liés à la phase d'exploitation du projet.

Article 6 : Les matières premières et emballages importés par la société BENIN TERMINAL S.A., dans le cadre du bénéfice du Code des Investissements, sont soumis au régime de droit commun, donc passibles des droits et taxes en vigueur.

Toutefois, la société BENIN TERMINAL S.A. bénéficie d'une restitution desdits droits et taxes (DRAWBACK), conformément aux dispositions du Code des Douanes sur les matières premières et emballages importés entrant dans la fabrication des produits finis, exportés et sous réserve du respect de la réglementation en vigueur en la matière.

CH *ay*

Article 7 : Conformément aux dispositions de l'article 49 de la loi n° 90-002 du 09 mai 1990 portant Code des Investissements, la société BENIN TERMINAL S.A. bénéficie d'une exonération des droits et taxes perçus à l'entrée, à l'exception de la Taxe de Voirie, de la Taxe de Statistique, du Timbre Douanier, du Prélèvement Communautaire et du Prélèvement Communautaire de Solidarité sur les lubrifiants, le gas-oil et le fuel-oil, utilisés comme matières consommables.

Article 8 : Pendant la période d'agrément et conformément aux dispositions des articles 33 nouveau, 34, 35, 36, 51 et 52 du Code des Investissements, la société BENIN TERMINAL S.A. est tenue de respecter les obligations incombant aux bénéficiaires d'un régime privilégié du Code des Investissements. Elle doit en particulier :

- réaliser ses programmes d'investissement et de production contenus dans son dossier agréé ;
- utiliser en priorité du personnel béninois et affecter, en moyenne, au moins 60% de la masse salariale aux nationaux ;
- tenir une comptabilité régulière et conforme aux dispositions du plan comptable SYSCOA ainsi qu'à l'acte uniforme relatif au droit comptable de l'OHADA ;
- se conformer aux normes de qualité nationales ou internationales applicables aux produits finis ;
- sauvegarder les conditions écologiques, en particulier l'environnement ;
- poursuivre les objectifs économiques, commerciaux et sociaux du projet d'exercice des activités de manutention de conteneurs au Port de Cotonou, pendant au moins cinq ans après l'expiration de la période d'agrément dudit projet.

Article 9 : Dans le cadre de ses activités, la société BENIN TERMINAL S.A. est tenue de prendre toutes les dispositions nécessaires pour assurer la protection, l'amélioration et une bonne gestion de son environnement, notamment en ce qui concerne le traitement des eaux usées, des ordures et autres déchets générés par son unité.

Article 10 : Conformément aux dispositions de l'article 17 du Code des Investissements, la société BENIN TERMINAL S.A. doit séparer les installations physiques, le personnel et la comptabilité du projet d'exercice des activités de manutention de conteneurs au Port de Cotonou, objet du présent Décret, de ceux relatifs à toutes ses autres activités antérieures ou ultérieures.

Article 11 : La société BENIN TERMINAL S.A. doit se conformer aux dispositions de la loi n° 90-002 du 09 mai 1990 portant Code des Investissements, modifiée par la loi n° 90-033 du 24 décembre 1990 et l'Ordonnance n° 2008-04 du 28 juillet 2008, modifiée par l'Ordonnance n° 2008-06 du 05 novembre 2008, puis du Décret n° 98-453 du 08 octobre 1998 fixant les modalités d'application dudit Code.

Article 12 : Le règlement des litiges qui résulteraient de l'application du présent décret se fera, conformément aux dispositions des articles 73 et 74 de la loi n° 90-002 du 09 mai 1990 portant Code des Investissements, modifiée par la loi n° 90-033 du 24 décembre 1990 et l'ordonnance n° 2008-04 du 28 juillet 2008, modifiée par l'ordonnance n° 2008-06 du 05 novembre 2008.

Article 13 : Le Ministre du Développement, de l'Analyse Economique et de la Prospective, le Ministre de l'Economie et des Finances, le Ministre Délégué auprès du Président de la République, Chargé de l'Economie Maritime et des Infrastructures Portuaires, le Ministre de l'Industrie, du Commerce, des Petites et Moyennes Entreprises, le Ministre du Travail et de la Fonction Publique et le Ministre de l'Environnement, de l'Habitat et de l'Urbanisme sont chargés, chacun en ce qui le concerne, de l'application du présent décret qui sera publié au Journal Officiel.

Fait à Cotonou, le 14 octobre 2011

Par le Président de la République,
Chef de l'Etat, Chef du Gouvernement,



Dr. Boni YAYI

Le Premier Ministre Chargé de la Coordination de l'Action
Gouvernementale, de l'Evaluation des Politiques Publiques,
du Programme de Dénationalisation et du Dialogue Social,



Pascal Irénée KOUPAKI

Le Ministre du Développement, de l'Analyse
Economique et de la Prospective,



Marcel Alain de SOUZA

Le Ministre de l'Economie
et des Finances,



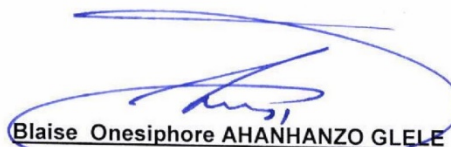
Alayi Adidjatou MATHYS

Le Ministre Délégué auprès du Président de la
République, Chargé de l'Economie Maritime
et des Infrastructures Portuaires,



Babalola Jean-Michel Hervé ABIMBOLA

Le Ministre de l'Environnement,
de l'Habitat et de l'Urbanisme,



Blaise Onesiphore AHANHANZO GLELE



Le Ministre du Travail et de la
Fonction Publique,



Mémouna KORA ZAKI LEADI

Le Ministre de l'Industrie, du Commerce,
des Petites et Moyennes Entreprises,



Madina SEPHOU

AMPLIATIONS : PR 6 - AN 4 - CS 2 - CC 2 - CES 2 - HAAC 2 - HCJ 2 - MDAEP 4 - MEF 4 - MTFP 4 - MEHU 4 - MICPME 4 - MDCEMIP-
PPG/PR 4 - autres Ministères 20 - SGG 4 - DGBM 1 - DCF 1 - DGTCP 1 - DGID 1 - DGDDI 1 - BN 1 - DAN 1 - DLC 1 - GCONB 1 - DGCST
1 - INSAE 1 - BCP 1 CSM 1 - CPI 1 - IGAA 1 - UAC 1 - UNIPAR 1 - ENAM 1 - FADESP 1 - JORB 1 - Société BENIN TERMINAL S.A. 1.

oth



7

ANNEXE B – TABLEAU DES OFFRES D'ARBITRAGE DANS LES CODES DES INVESTISSEMENTS EN AFRIQUE

CODES	DISPOSITIONS
Bénin, loi n°90-002 du 9 mai 1990, modifiée par la loi n°90-033 du 24 décembre 1990, l'ordonnance n°2008-04 du 28 juillet 2008 et l'ordonnance n°2008-06 du 8 novembre 2008]	Le règlement des litiges relatifs à la validité, à l'interprétation ou à l'application du décret d'agrément et à la détermination éventuelle des amendes fiscales dues à la méconnaissance ou à la violation des engagements pourront faire l'objet de l'une des procédures d'arbitrage ci-après : 1) La constitution d'un collège arbitral : - par la désignation d'un arbitre par chacune des parties ; - par la désignation d'un tiers arbitre par les deux premiers arbitres. Dans le cas où l'une des parties n'aurait pas désigné dans les soixante jours de la notification par l'autre partie de son arbitre désigné et le cas où les deux premiers arbitres ne se seraient pas mis d'accord sur le choix du tiers arbitre dans les trente jours de la désignation du deuxième arbitre, la désignation du deuxième ou du tiers arbitre selon le cas sera faite par une autorité hautement qualifiée à l'initiative de la partie la plus diligente. Cette autorité sera : a) le président de la Cour Suprême de la République du Bénin dans le cas où seuls sont en cause des intérêts béninois ou si les parties en conviennent ainsi ; b) le président de la Cour Permanente d'Arbitrage de la HAYE dans le cas où le différend oppose l'Etat béninois à des intérêts étrangers. La sentence rendue à la majorité des arbitres, maîtres de leur procédure et statuant en équité est définitive et exécutoire. 2) Le recours au CIRDI, créé par la convention du 18 mars 1965 de la BIRD
Bénin, loi n°2020-02 du 02 mars 2020, article 45	[...] Tout différend relatif à l'interprétation et à l'exécution du présent Code fera, au préalable, l'objet d'un règlement amiable conformément aux lois et règlements en vigueur, ou par voie d'arbitrage. Le recours à l'arbitrage se fait suivant l'une des procédures ci-après : [...] 2- au plan régional et international : - La procédure de l'Acte Uniforme relatif au droit de l'arbitrage de l'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires (OHADA) - La procédure de conciliation et d'arbitrage découlant soit d'un commun accord entre les parties, soit d'Accords bilatéraux conclus entre la République du Bénin et l'Etat dont l'investisseur est ressortissant quelle que soit la portée de la clause compromissoire ou la clause de règlement des différends incluses dans lesdits accords, laquelle sera réputée étendue à tout différend entre les parties relatif à l'interprétation et à l'exécution du présent Code ; - La procédure de la convention portant création de l'Agence Multilatérale de Garantie des Investissements (AGMI) ; - Les procédures des dispositions de la Convention du 18 mars 1965 créant le Centre international pour le Règlement des Différends relatifs aux investissements entre Etats et Ressortissants d'autres Etats (CIRDI) établie sous l'égide de la Banque Mondiale et ratifiée par la République du Bénin le 06 septembre 1966.
Burkina Faso, Loi n°038-2018/AN portant code des investissements au Burkina Faso	Article 38 [...] Tout différend ou litige entre un investisseur et l'Etat burkinabè, relatif à l'application du présent code, à défaut d'un règlement amiable, est réglé par les juridictions nationales ou fait l'objet d'une procédure d'arbitrage. Article 39 :

	Il est prévu deux procédures d'arbitrage : 1°) La constitution d'un collège arbitral par : [...] 2°) Lorsque les intérêts étrangers sont en cause, il existe en outre deux voies de recours : recours au Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI) ou recours à la Cour commune de justice et d'arbitrage (CCJA) d'Abidjan. La demande d'arbitrage, à l'initiative de l'une des deux parties, suspend automatiquement toute procédure contentieuse qui aurait été engagée auparavant.
Burkina Faso, Loi n°62/95/ADP du 14 décembre 1995 portant Code des investissements, modifié par la loi n°15-1997 du 17 avril 1997, la loi de finances pour 2009 et la loi n°07-2010 du 29 janvier 2010, article 30.	Le règlement des différends résultant de l'application des dispositions du présent Code aux entreprises agréées et la détermination de l'indemnité due par méconnaissance ou violation des obligations imposées, des engagements souscrits ou des garanties octroyés peut, indépendamment des voies de recours devant la juridiction administrative du Burkina Faso, faire l'objet d'une procédure d'arbitrage. Il est prévu deux procédures d'arbitrage : [...] 2) Le recours au Centre International pour le règlement des Différends Relatifs aux Investissements (CIRDI). Lorsque les intérêts étrangers sont en cause, il existe en outre deux voies de recours : recours au CIRDI (Centre International pour le règlement des Différends Relatifs aux Investissements) créé par la Banque Internationale pour la Reconstruction et le Développement par la Convention de 1965 ou recours à la Cour Permanente d'Arbitrage de la Hayes. La demande d'arbitrage, à l'initiative de l'une des deux parties suspend automatiquement toute procédure contentieuse qui aurait été engagée auparavant.
Burundi, loi n°1/24 du 10 septembre 2008 portant code des investissements du Burundi, Article 17	Le règlement des différends relatifs à l'application du code des investissements entre le Gouvernement et l'investisseur et qui ne sont pas réglés par voie amiable se réalise conformément aux lois et règlements en vigueur au Burundi. Le règlement des différends peut être réalisé, au choix de l'investisseur, par un arbitrage institutionnel interne ou par un arbitrage international. Lorsqu'il est fait recours à l'arbitrage international, celui-ci se conformera aux règles d'arbitrage du Centre International pour le règlement des litiges relatifs aux investissements auxquels le différend est lié.
Cap-Vert, Decree-Law No. 34/2013 of 24 September Agreeing to introduce changes to Law No. 13/VIII/2012, of 11 July, Article 14	1. Disputes between the State and any investor concerning the interpretation and application of this Law and related regulations which cannot be resolved amicably or via negotiation are submitted for resolution to the judicial authorities, in accordance with Cape Verdean laws, if another procedure is not established in international agreements to which the Republic of Cape Verde is a party. 2. Disputes between the State of Cape Verde and foreign investors on investments authorized and made in the country, if no other route has been agreed, shall be settled by arbitration, by using the following alternatives: a) Framework Law on national arbitration; b) Rules of the Washington Convention of March 15, 1965 on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of other States, as well as its International Centre for Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of other States; c) Rules set out in the ICSID Additional Facility Rules, approved on September 27, 1978 by the International Centre for Settlement of Investment Disputes' Board of Directors, if the foreign entity does not fulfill the nationality requirements provided for in Article 25 of the Convention; d) The International Chamber of Commerce's (Paris) Rules of Arbitration. 3. The provisions of the preceding paragraphs shall not preclude recourse to the courts of the Republic of Cape Verde, as long as both parties so desire and have agreed.
République Centrafricaine, Charte investissements instituée par la loi n°01-010 du 16 juillet 2001, art. 22.	Tout différend opposant un ou plusieurs investisseurs à l'État centrafricain concernant l'application de la Charte est réglé conformément à une procédure d'arbitrage et de conciliation découlant : - soit du traité issu de l'application des procédures et arrêts de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage de l'Organisation pour l'Harmonisation du Droit des Affaires en Afrique (OHADA) à laquelle la République Centrafricaine a adhéré ; - soit de la Convention du 10 mars 1965 pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre l'État et les ressortissants d'autres États, établie sous l'égide de la Banque Internationale pour la Reconstruction et le Développement (BIRD) et ratifiée par la République Centrafricaine le 23 février 1966 ;

	- soit, si la personne physique ou morale concernée ne remplit pas les conditions de nationalité stipulées à l'article 25 de la Convention susvisée, conformément aux dispositions des règlements du mécanisme supplémentaire approuvées par le Conseil d'Administration du Centre International pour le Règlement des Différends relatifs aux Investissements (CIRDI). Article 23 Le recours aux juridictions du CIRDI ou au mécanisme supplémentaire tels qu'énoncés ci-dessus doit être expressément précisé dans les agréments.
Côte d'Ivoire, Ordonnance N° 2012 – 487 du 07 juin 2012 portant code des investissements, article 20.	[...] Tout différend ou litige entre les personnes physiques ou morales étrangères et la République de Côte d'Ivoire, relatif à l'application du présent Code, à défaut d'un règlement amiable, est réglé par les juridictions ivoiriennes ou par un tribunal arbitral. Les compétences du tribunal arbitral sont déterminées dans les conditions ci-après : - des Accords et Traités relatifs à la protection des investissements sont conclus entre la République de Côte d'Ivoire et l'Etat dont la personne physique ou morale étrangère concernée est ressortissante ; - une procédure de conciliation et d'arbitrage dont les parties sont convenues est définie ; - la Convention du 18 mars 1965 pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre Etats et ressortissants d'autres Etats, établie sous l'égide de la Banque Internationale pour la Reconstruction et le Développement et ratifiée par la République de Côte d'Ivoire en vertu du décret n° 65-238 du 26 juin 1965, est applicable ; - la personne concernée ne remplit pas les conditions de nationalité stipulée à l'article 25 de la convention susvisée, conformément aux dispositions des règlements du mécanisme supplémentaire, approuvé par le Conseil d'Administration du Centre International pour le Règlement des Différends relatifs aux Investissements, en abrégé CIRDI. Le consentement des parties à la compétence du CIRDI ou du mécanisme supplémentaire, selon le cas, requis par les instruments les régissant, est constitué pour la République de Côte d'Ivoire par le présent article, et est exprimé expressément dans la demande d'agrément pour la personne concernée.
Guinée, - Ordonnance n°001/PRG/87 du 3 janvier 1987 portant code des investissements en Guinée, modifiée par la loi n°L/95/029/CTRN du 30 juin 1995, art. 28. (Texte abrogé – le nouveau code de 2015 ne contient pas d'offre).	1) Les différends résultant de l'interprétation ou de l'application du présent code, sont réglés par les juridictions guinéennes compétentes conformément aux lois et règlements de la République. 2) Toutefois, les différends entre l'Etat Guinéen et les ressortissants étrangers, relatifs à l'application ou l'interprétation du présent code, sont, sauf accord contraire des parties en cause, définitivement réglés par arbitrage conduit : - conformément aux dispositions de la convention du 18 mars 1985 pour le « Règlement des différends relatifs aux investissements entre Etats et ressortissants d'autres Etats » établie sous l'égide de la Banque Internationale pour la Reconstitution et le Développement, ratifiée par la République de Guinée le 4 novembre 1986, ou ; - si la personne ou l'entreprise concernée ne remplit pas les conditions de nationalité stipulée à l'article 25 de ladite convention, conformément aux dispositions des règlements du mécanisme supplémentaire approuvé le 27 septembre 1978, par le Conseil Administratif du Centre International pour le Règlement des Différends Relatifs aux Investissements (CIRDI).
Guinée-Bissau, Investment Code, Law no. 3/2011, 6 July 2011. Mais seulement si la conciliation échoue Version anglaise non fiable.	(Conciliation and Arbitration) 1. Conciliation or, if this is not possible, arbitration, will be given priority in the resolution of conflicts and disputes arising from investment operations. 2. Investors and Companies may, at their option, submit the resolution of conflicts with the state to the rules of conciliation, mediation and arbitration arising from the above; a) Mediation and arbitration covenants or agreements concluded between parties, in accordance with arbitration rules chosen by parties; b) Agreements or treaties relating to the protection of investments signed between the Republic of Guinea-Bissau and the State of the investor's nationality;

	c) The convention of 18 March 1965 for Conflict Resolution Relating to Investments (CIRCI) between the State and Citizens of other States, established under the auspices of the International Bank for Reconstruction and Development – IBRD if the investor meets the conditions laid down by Article 25 of the said Convention; d) Regulatory provisions of the additional mechanism approved on 27 September 1978 by the Board of Directors of the International Centre for Dispute Resolution Relating to Investments – CIRCI if the investor does not fulfill the conditions laid down in Article 25 of the Convention referred to in the previous paragraph. <u>3. The consent of the parties regarding the Convention referred to in c) and the regulations referred to in subparagraph d), both of the preceding paragraph, is a product of the present law for the Republic of Guinea-Bissau hereof. ()</u>
Madagascar, loi n°2007-036 du 14 janvier 2008 sur les Investissements à Madagascar (J.O. n° 3 178 du 3 avril 2008, p.2951-2960)	Les différends entre investisseurs nationaux et l'Etat relatifs à l'interprétation ou à l'application de la présente loi sont soumis aux juridictions compétentes malgaches, à moins que les parties n'aient convenu ou ne conviennent de recourir à un autre mode de règlement des différends. Les différends entre investisseurs étrangers et l'Etat relatifs à l'interprétation ou à l'application de la présente loi sont réglés conformément à une procédure juridictionnelle ou d'arbitrage découlant : - des Accords et traités relatifs à la protection des investissements conclu entre l'Etat malgache et l'Etat dont l'investisseur étranger concerné est ressortissant ou à défaut ; - de la Convention Internationale pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre Etats et ressortissants d'autres Etats ratifiée par la loi n° 66-011 du 05 juillet 1966. Toutefois, s'il est demandeur à la procédure, l'investisseur étranger peut, en lieu et place de la procédure d'arbitrage susvisés, librement choisir de soumettre aux juridictions compétentes malgaches le différend qui l'oppose à l'Etat.
Mali, Loi N° 2012-016 / Du 27 Fev 2012 Portant Code Des Investissements	Tout différend entre les personnes physiques ou morales étrangères et la République du Mali relatif à l'interprétation du présent Code fera au préalable l'objet d'un règlement à l'amiable entre les parties. A défaut, le différend est réglé par les juridictions maliennes compétentes conformément aux lois et règlements en vigueur, ou par voie d'arbitrage. Le recours à l'arbitrage se fera suivant l'une des procédures ci -après: - la procédure de conciliation et d'arbitrage découlant soit d'un commun accord entre les parties, soit d'Accords bilatéraux conclus entre la République du Mali et l'Etat dont l'investisseur est ressortissant; - les dispositions de la Convention du 18 mars 1985 créant le Centre International pour le Règlement des Différends relatifs aux Investissements entre Etats et Ressortissants d'autres Etats (CIRDI) établie sous l'égide de la Banque mondiale et ratifiée par la République du Mali le 3 janvier 1978 ; - l' Acte Uniforme relatif au droit de l'arbitrage adopté le 11 mars 1999 par l'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires (OHADA) ; - la Convention portant création de l'Agence Multilatérale de Garantie des Investissements (AMGI).
Mauritanie, Loi n° 2012-052 portant Code des Investissements, article 30.	Tous les différends résultant de l'interprétation ou de l'application du présent Code sont réglés par conciliation ou dans l'impossibilité d'entente entre les parties concernées, par voie d'arbitrage, ou selon l'option de l'investisseur, par les juridictions mauritaniennes compétentes conformément aux lois et règlements de la République Islamique de Mauritanie. Les différends entre investisseurs étrangers ou entreprises sous contrôle étranger établies en République Islamique de Mauritanie et les autorités publiques de la République islamique de Mauritanie et relatifs au présent Code pourront en outre être résolus par conciliation ou arbitrage en vertu: - soit d'un commun accord entre les deux parties; - soit d'accords et traités relatifs à la protection des investissements conclus entre la République Islamique de Mauritanie et l'Etat dont l'investisseur est originaire;

	- soit d'un arbitrage de la Chambre Internationale de Médiations et d'Arbitrage de Mauritanie (CIMAM) ou du Centre International pour le Règlement des Différends relatifs aux Investissements (CIRDI), créé par la « Convention pour le Règlement des Différends relatifs aux Investissements » entre Etats et ressortissants d'autres Etats du 18 Mars 1965, ratifiée par la Mauritanie.
RDC, Loi n° 004/2002 Du 21 Février 2002 Portant Code Des Investissements, article 38	RDC, Loi n° 004/2002 Du 21 Février 2002 Portant Code Des Investissements, article 38 Tout différend entre un investisseur et la République Démocratique du Congo relatif à: un contrat ou accord d'investissement, une autorisation d'investissement octroyée par l'autorité compétente, ou, toute violation des droits de l'investisseur et / ou de l'investissement attribués ou créés par le Code des investissements ou par d'autres lois nationales ou par les Traités et Conventions Internationaux auxquels la République Démocratique du Congo a adhéré est réglé dans la mesure du possible, à l'amiable par voie de négociations. Si les parties ne parviennent pas à un règlement à l'amiable de leur différend dans un délai de 3 mois à compter de la première notification écrite demandant l'engagement de telles négociations, le différend sera réglé, à la requête de la partie lésée, conformément à une procédure d'arbitrage découlant: de la Convention du 18 mars 1965 pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre Etats et Ressortissants d'autres Etats, (Convention CIRDI), ratifiée par la République Démocratique du Congo le 29 avril 1970 ou des dispositions des Règlements du Mécanisme supplémentaire, si l'investisseur ne remplit pas les conditions de nationalité stipulées à l'article 25 de la Convention CIRDI; du Règlement d'arbitrage de la Chambre de Commerce Internationale de Paris. Le consentement des parties à la compétence du CIRDI ou du Mécanisme Supplémentaire, selon le cas, requis par les instruments les régissant, est constitué en ce qui concerne la République Démocratique du Congo par le présent article et en ce qui concerne l'investisseur par sa demande d'admission au régime de la présente loi ou ultérieurement par acte séparé. Si l'investisseur a effectué son investissement par l'intermédiaire d'une société de droit congolais qu'il contrôle, les parties conviennent qu'une telle société, aux fins de la Convention CIRDI, doit être considérée comme un ressortissant d'un autre Etat contractant.
Nigéria, Nigerian Investment Promotion Commission Act, 1995, section 26	1) Where a dispute arises between an investor and any Government of the Federation in respect of an enterprise, all efforts shall be made through mutual discussion to reach an amicable settlement. 2) Any dispute between an investor and any Government of the Federation in respect of an enterprise to which this Act applies which is not amicably settled through mutual discussions, may be submitted at the option of the aggrieved party to arbitration as follows— (a) in the case of a Nigerian investor, in accordance with the rules of procedure for arbitration as specified in the Arbitration and Conciliation Act; or (b) in the case of a foreign investor, within the framework of any bilateral or multilateral agreement on investment protection to which the Federal Government and the country of which the investor is a national are parties; or (c) in accordance with any other national or international machinery for the settlement of investment disputes agreed on by the parties. 3) Where in respect of any dispute, there is disagreement between the investor and the Federal Government as to the method of dispute settlement to be adopted, the International Centre for Settlement of Investment Disputes Rules shall apply."
Sud-Soudan, The Investment Promotion Act, 2009 (2009), article 39.4(a). Mais une discussion est possible concernant l'interprétation combinée des dispositions a) et b).	1) The courts of Southern Sudan shall have jurisdiction over the resolution of business disputes. 2) Notwithstanding the provisions of subsections (1) above, parties to an investment dispute may specify any arbitration or other dispute resolution mechanisms upon which they may agree, within or outside the courts. 3) Where a dispute rises between an investor and the Government in respect of an enterprise, all efforts shall be made to reach an amicable settlement. 4) Any dispute between an investor and the Government in respect of an enterprise to which this Act applies but not amicably settled may be submitted at the option of the aggrieved party to arbitration as follows — a. in accordance with the rules and procedures for arbitration by the International Centre for the Settlement of Investment Disputes; or b. in case of a foreign investor, within the framework of any bilateral or multilateral agreement on investment protection to which the Government and the country of which the investors is a national, are parties; or

	c. in accordance with any other national or international machinery for the settlement of investment disputes, agreed to by the parties. 5) Any arbitral award made in respect of arbitration proceeding conducted in terms of this section shall be final and bindings on the parties, without such a ward having to be made an order of the court and the parties shall give effect to such award forthwith. 6) Notwithstanding the provisions of subsections (5) above, a party in whose favour an award has been made shall be entitled to apply to the High Court for an order to compel the other party to comply with that award, and the High Court shall have the jurisdiction to grant such as order.
Togo, Loi n°2012-001 portant code des investissements en République togolaise, articles 8 et 9.	Article 8 Tous différends entre l'entreprise ou l'investisseur et le ou les Etats d'une part, ou entre Etats d'autre part, au sujet de Interprétation ou de l'application du présent code, qui n'auraient pas pu aboutir à un règlement amiable, pourront être soumis: a. aux juridictions nationales de droit commun; b. a la Cour d'Arbitrage du Togo (CATO); c. a la Cour de Justice de l'Union Economique et Monétaire Ouest Africaine (UEMOA); d. a la Cour de Justice de la Communauté Economique des Etats de l'Afrique de l'Ouest (CEDEAO); e. a la Cour commune de justice et d'arbitrage de l'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires (OHADA); f. au Centre International pour le Règlement des Différends relatifs aux Investissements (CIRDI); g. à toute autre instance arbitrage de leur choix ou qui aurait été expressément prévue soit dans un contrat en vertu d'une clause compromissoire ou d'un compromis d'arbitrage, soit en vertu des accords et traites relatifs à la protection des investissements conclus entre la République togolaise et l'Etat dont ils personne physique ou morale étrangère concernée est ressortissante. Article 9 Les personnes physiques ou morales étrangères participant au capital et à la gestion d'une société de droit togolais peuvent avoir recours au CIRDI pour les différends visés à l'alinéa 1 de l'article 8 qui surgiraient entre ladite société et la République togolaise.

ANNEXE C – TABLEAU SYNTHETIQUE DES DISPOSITIONS DE TRAITEMENT NATIONAL

NR : Non renseigné (pour souligner que le code ne prévoit pas de disposition)

NI : Non indiqué (pour signifier que s'il y a bien une disposition, elle ne renseigne pas sur le point précis).

Codes	Bénéficiaires	Circonstances analogues		Critère discriminant		Conditions de réciprocité	Justifications	
		Branche d'industrie	Rapport de concurrence	Effet	Intention			
Algérie, 2016	NR	NR	NR	NR	NR	NR	NR	NR
Angola, 2018	NR	NR	NR	NR	NR	NR	NR	NR
Bénin, 2020, art. 12	Les personnes morales et étrangères	NI	NI	NI	NI	NI	Exception faite de la politique de promotion de l'entrepreneuriat national	
Burkina F., 2018, art. 9	Entreprises étrangères et leurs dirigeants	NI	NI	NI	NI	Oui	NI	NI
Burundi, 2008,	NR	NR	NR	NR	NR	NR	NR	NR
Cap-Vert, 1993, art. 7	Investisseurs étrangers	NI	NI	NI	NI	NI	NI	NI
Cameroun, 2013	NR	NR	NR	NR	NR	NR	NR	NR
Centrafrique, 2001, art. 9 (Interdiction de discrimination)	Personnes étrangères	NI	NI	NI	NI	Oui	Les mesures relatives à l'ensemble des ressortissants étrangers peuvent constituer une exception.	
Congo, 2003, art. 6	Personne physique ou morale	NI	« Référence au droit de la concurrence »	NI	NI	NI	NI	

Codes	Bénéficiaires	Circonstances analogues		Critère discriminant		Conditions de réciprocité	Justifications	
		Branche d'industrie	Rapport de concurrence	Effet	Intention			
Côte d'Ivoire, code de 2018, modif 2019, art 25 nouveau	Personne physique ou morale de nationalité étrangère	NI	NI	NI	NI	NI	Exception en faveur des mesures de promotion de l'entrepreneuriat national	Respect des traités et accords internationaux
Djibouti, 1984,	NR	NR	NR	NR	NR	NR	NR	
Egypte, 2017, art. 3	Investisseur étranger	NI	NI	NI	NI	NI	Possibilité d'un traitement préférentiel par rapport aux investisseurs nationaux (condition de réciprocité)	
Erythrée, 1994,	NR	NR	NR	NR	NR	NR	NR	
Ethiopie, 2012,	NR	NR	NR	NR	NR	NR	NR	
Gabon, 1998, art. 1	NI	« activité »	« référence au droit de la concurrence »	NI	NI	NI	NI	
Ghana, 2013, sec. 30 (Interdiction de discrimination)	L'investisseur étranger	NI	NI	NI	NI	NI	NI	
Guinée, 2015, art. 10	Investisseur étranger	NI	NI	NI	NI	NI	Les mesures nationales visant à promouvoir l'entrepreneuriat national (Exception admise)	
Guinée – Bissau, 2011, art. 6	Investisseur étranger	NI	NI	NI	NI	NI	NI	
Kenya, 2004 (2012),	NR	NR	NR	NR	NR	NR	NR	
Liberia, 2010, Sec. 6 (interdiction	Investisseur étranger	Oui	NI	NI	NI	NI	NI	

Codes	Bénéficiaires	Circonstances analogues		Critère discriminant		Conditions de réciprocité	Justifications	
		Branche d'industrie	Rapport de concurrence	Effet	Intention			
de la discrimination)								
Libye 2010,	NR	NR	NR	NR	NR	NR	NR	
Madagascar, 2008, art. 3	Investisseur étranger	NI	NI	NI	NI	NI	Sans préjudice des accords internationaux	
Malawi, 2012	NR	NR	NR	NR	NR	NR	NR	
Mali, 2012, art. 6	Les personnes physiques ou morales // Les investisseurs étrangers	« Dans les mêmes conditions d'éligibilité »		NI	NI	NI	Sous réserve des lois ou accords conclus par la République du Mali	
Mauritanie 2012, art. 10	Les personnes physiques ou morales étrangères	Vaut pour les activités couvertes par le code		NI	NI	oui	Sous réserve des traités et accords// Sans préjudice des mesures applicables à tous les ressortissants étrangers Exceptions pour les régimes privilégiés prévu par le code	
Maurice, 2001,	NR	NR	NR	NR	NR	NR	NR	NR
Maroc 1995,	NR	NR	NR	NR	NR	NR	NR	NR
RD Congo, 2002, art. 23	Personnes physiques et morales étrangères	NI	NI	NI	NI	Oui	NI	
Mozambique, 1993, art. 4	Investisseurs étrangers et leurs employés	NI	NI	NI	NI	NI	Exception pour les projets et activités qui par nature ou selon le seuil d'investissement requiert un traitement spécial de la part du Gouvernement	
Namibia, 2016, art. 19 (5 - 6)	Investisseurs étrangers et les investissements étrangers	Oui (6.c)	6. d (mais à nuancer)	Oui (6.a et 6.b)	Oui 6.e	NI	In respect to the management, operation and disposition of the investments	
Niger, 2014, art. 12	Personnes physiques ou morales étrangères	NI	NI	NI	NI	Oui	Droits et obligations découlant de la législation et relatifs à l'exercice de leurs activités	

Codes	Bénéficiaires	Circonstances analogues		Critère discriminant		Conditions de réciprocité	Justifications
		Branche d'industrie	Rapport de concurrence	Effet	Intention		
							Les mesures affectant l'ensemble des ressortissants étrangers ou résultant de l'application d'un traité sont exclus
Rwanda, 2015, art. 5	Un investisseur étranger	NI	NI	NI	NI	NI	Limiter aux mesures incitatives et de facilitation du code
Sénégal, 2004, art. 10	Personne physique ou morale étrangère	NI	NI	NI	NI	Oui	Sans préjudice des mesures pouvant concerner l'ensemble des ressortissants étrangers ou résulter des accords internationaux
Seychelles, 2010,	NR	NR	NR	NR	NR	NR	NR
Sierra Leone 2004	NR	NR	NR	NR	NR	NR	NR
Somalie, 1987, art. 18(1)	Toute entreprise	NI	NI	NI	NI	NI	NI
South Africa, 2015,	Les investisseurs et investissements étrangers	Oui	Induit	Oui	Oui	Non	Mais des politiques discriminantes ou résultant d'application des traités restent possibles.
Soudan du sud, 2009, art. 33 (Prohibition against discrimination)	Les investisseurs étrangers	NI	NI	NI	NI	NI	Sauf politique en vue de protéger les investisseurs locaux ; Le champ d'application de la garantie est moyennement limité par le paragraphe 6.
Soudan, 2013,	NR	NR	NR	NR	NR	NR	NR
Tanzanie, 1997	NR	NR	NR	NR	NR	NR	NR
Tchad, 2008,	NR	NR	NR	NR	NR	NR	NR
Togo, 2012, art. 3	Les investisseurs étrangers	NI	NI	NI	NI	Oui	Les mesures applicables à l'ensemble des étrangers ou d'application de traités internationaux sont exclues.
Tunisie, 2016, art. 7	Les investisseurs étrangers	NI	NI	NI	NI	NI	NI

Codes	Bénéficiaires	Circonstances analogues		Critère discriminant		Conditions de réciprocité	Justifications
		Branche d'industrie	Rapport de concurrence	Effet	Intention		
Uganda, 1991,	NR	NR	NR	NR	NR	NR	NR
Zambie, 2006,	NR	NR	NR	NR	NR	NR	NR
Zimbabwe, 2006, modifié en 2015	NR	NR	NR	NR	NR	NR	NR

ANNEXE D – DISPOSITIONS DE TRAITEMENT JUSTE ET EQUITABLE ET DISPOSITION DE *FAIR AND ADMINISTRATIVE*

TREATMENT

NR : Non renseigné (pour souligner que le code ne prévoit pas de disposition)

NI : Non indiqué (pour signifier que s'il y a bien une disposition, elle ne renseigne pas sur le point précis).

Codes	Mesures arbitraires	Mesures discriminantes	Due process	Droit à l'information	Bonne foi	Attentes légitimes	Réciprocité/ Réserve
Algérie, 2016 Art 21	NI	NI	NI	NI	NI	NI	Sous réserve des traités
Angola, 2018	NR	NR	NR	NR	NR	NR	NR
Bénin, 2020,	NR	NR	NR	NR	NR	NR	NR
Burkina F., art. 12	Oui (Mes. injustifiée)	Oui	NI	NI	NI	NI	NI
Burundi, 2008, art 10 (Pas un TJE)	NI	Oui mais comme garantie autonome limitée à l'acquisition et la location immobilière	NI	NI	NI	NI	NI
Cap-Vert, 1993, art. 7	NR	NR	NR	NR	NR	NR	NR
Cameroun, 2013	NR	NR	NR	NR	NR	NR	NR
Centrafrique, 2001	NR	NR	NR	NR	NR	NR	NR
Congo, 2003,	NR	NR	NR	NR	NR	NR	NR
Côte d'Ivoire, 2018, art 25 (mais remplacé en 2019 par TN)	NI	NI	NI	NI	NI	NI	Dans le respect des traités et accords internationaux.
Djibouti, 1984,	NR	NR	NR	NR	NR	NR	NR
Egypte, 2017, art. 3	Prévu (mais peut être comme	Prévu (mais peut être comme	NI	NI	NI	NI	NI

Codes	Mesures arbitraires	Mesures discriminantes	Due process	Droit à l'information	Bonne foi	Attentes légitimes	Réciprocité/ Réserve
	garantie autonome)	garantie autonome)					
Erythrée, 1994,	NR	NR	NR	NR	NR	NR	NR
Ethiopie, 2012,	NR	NR	NR	NR	NR	NR	NR
Gabon, 1998,	NR	NR	NR	NR	NR	NR	NR
Ghana, 2013,	NR	NR	NR	NR	NR	NR	NR
Guinée, 2015,	NR	NR	NR	NR	NR	NR	NR
Guinée – Bissau, 2011	NR	NR	NR	NR	NR	NR	NR
Kenya, 2004 (2012),	NR	NR	NR	NR	NR	NR	NR
Liberia, 2010,	NR	NR	NR	NR	NR	NR	NR
Libye 2010,	NR	NR	NR	NR	NR	NR	NR
Madagascar, 2008,	NR	NR	NR	NR	NR	NR	NR
Malawi, 2012	NR	NR	NR	NR	NR	NR	NR
Mali, 2012,	NR	NR	NR	NR	NR	NR	NR
Mauritanie, 2012,	NR	NR	NR	NR	NR	NR	NR
Maurice, 2001,	NR	NR	NR	NR	NR	NR	NR
Maroc 1995,	NR	NR	NR	NR	NR	NR	NR
Mozambique, 1993	NR	NR	NR	NR	NR	NR	NR
RD Congo, 2002, art. 25	NI	NI	NI	NI	NI	NI	NI
Namibia, 2016	NR	NR	NR	NR	NR	NR	NR
Niger, 2014	NR	NR	NR	NR	NR	NR	NR
Rwanda, 2015,	NR	NR	NR	NR	NR	NR	NR
Sénégal, 2004,	NR	NR	NR	NR	NR	NR	NR
Seychelles, 2010, sec. 4	NI	NI	NI	NI	NI	NI	NI
Sierra Leone 2004	NR	NR	NR	NR	NR	NR	NR
Somalie, 1987,	NR	NR	NR	NR	NR	NR	NR

Codes	Mesures arbitraires	Mesures discriminantes	Due process	Droit à l'information	Bonne foi	Attentes légitimes	Réciprocité/ Réserve
South Africa, 2015, Sec. 6 (FAT)	Oui	Non	Oui	Oui	NI	NI	NI
Soudan du sud, 2009,	NR	NR	NR	NR	NR	NR	NR
Soudan, 2013,	NR	NR	NR	NR	NR	NR	NR
Tanzanie, 1997,	NR	NR	NR	NR	NR	NR	NR
Tchad, 2008,	NR	NR	NR	NR	NR	NR	NR
Togo, 2012,	NR	NR	NR	NR	NR	NR	NR
Tunisie, 2016,	NR	NR	NR	NR	NR	NR	NR
Uganda, 1991,	NR	NR	NR	NR	NR	NR	NR
Zambie, 2006	NR	NR	NR	NR	NR	NR	NR
Zimbabwe, 2006, modifié en 2015	NR	NR	NR	NR	NR	NR	NR

ANNEXE E – DISPOSITIONS RELATIVES A L'EXPROPRIATION

NR : Non renseigné (pour souligner que le code ne prévoit pas de disposition)

NI : Non indiqué (pour signifier que s'il y a bien une disposition, elle ne renseigne pas sur le point précis).

Codes	Expropriation directe	Expropriation indirecte	Nature de la mesure		Utilité publique	Compensation			Due Process	Non - discrimination
			Mesures Générales	Mesures Individuelles		Droit international	Droit National	Critère direct		
Algérie, 2016, 23	Induit	Non indiqué	Non indiqué	Non indiqué	Renvoi à d'autres textes	Non	Oui	Juste et équitable	Non indiqué	Non indiqué
Angola, 2018, Art 14	Induit	Non indiqué	Non indiqué	Non indiqué	Oui	Non	Oui (constitution et loi)	Fair and prompt	Non indiqué	Non indiqué
Bénin, 2020, art. 16	Oui	Non indiqué	Non indiqué	Non indiqué	Non indiqué	non	Oui (mais référence plus large)	NI	NI	NI
Burkina F. 2018, art. 8	Oui	Oui	Oui mais Exclusion des mesures régulatrices	Induit	Oui	Non	Oui	Juste et préalable	Non indiqué	Non indiqué
Burundi, 2008, art. 12	Oui	Oui	Induit	Induit	Oui	Non	Oui	Préliminaire et juste	Oui	Garantie autonome (art. 10)
Cap-Vert, 1993, art. 8	Oui	Non indiqué	Induit	Induit	Oui	NI	NI	Juste, préalable et effective	Oui	Non indiqué
Cameroun, 2013	NP	NP	NP	NP	NP	NP	NP	NP	NP	NP
Centrafrique , 2001	Induit	Non indiqué	Non indiqué	Induit	Flou : « Fournir la raison à	Non	NI	Juste et équitable	Non indiqué	Non indiqué

Codes	Expropriation directe	Expropriation indirecte	Nature de la mesure		Utilité publique	Compensation			Due Process	Non - discrimination
			Mesures Générales	Mesures Individuelles		Droit international	Droit National	Critère direct		
					l'entreprise »					
Congo, 2003,	NP	NP	NP	NP	NP	NP	NP	NP	NP	NP
Côte d'Ivoire, 2018, art. 33	Oui	NI	NI	NI	Oui	NI	NI	Juste et préalable	NI	NI
Djibouti, 1984, 39	Oui	Aucune indication	Aucune indication	Induit	Induit (« general interest »)	NI	NI	Fair compensation	Oui	NI
Egypte, 2017, 4	Oui (NB : interdiction formelle des nationalisation)	Induit	Induit	Oui	Oui	NI	NI	Equitable et préliminaire et juste valeur économique	Oui	NI
Erythrée, 1994, 13	Nationalisation, confiscation, saisie, gel et expropriation	Non indiqué	Induit	Induit	Oui	NI	NI	« Full and faire »	Oui	Non indiqué
Ethiopie, 2012, art. 25	Oui	NI	Induit	Induit	Oui	Non	Oui	Prompte et juste (fair market value)	Non indiqué	Non indiqué
Gabon, 1998,	NP	NP	NP	NP	NP	NP	NP	NP	NP	NP
Gambie										
Ghana, 2013, sec. 31	Oui	Non indiqué	Oui	Oui	Oui	Non	Oui (const.)	Juste et adéquat	Oui	Non indiqué (mais interdiction des discriminations comme

Codes	Expropriation directe	Expropriation indirecte	Nature de la mesure		Utilité publique	Compensation			Due Process	Non - discrimination
			Mesures Générales	Mesures Individuelles		Droit international	Droit National	Critère direct		
										garantie autonome)
Guinée, 2015, art. 11	Oui	Non indiqué	Induit	Induit	Oui	NI	NI	Juste et préalable	NI	NI
Guinée – Bissau, 2011, art. 4	Oui (large conception de la notion de propriété)	Non indiqué	Induit	Induit	Oui	NI	NI	Juste et Immédiat (valeur marchande toujours supérieure à la valeur nette)	Oui	Oui
Kenya, 2004 (2012),	NR	NR	NR	NR	NR	NR	NR	NR	NR	NR
Liberia, 2010, Sec. 7	Oui	NI	NI	Oui	Oui	NI	NI	Juste et adéquate (valeur marchande de la propriété)	Oui	Oui
Libye, 2010,	NR	NR	NR	NR	NR	NR	NR	NR	NR	NR
Madagascar, 2008, art. 4	Oui	NI	NI	NI	Oui	Non	Oui	Juste et préalable	NI	NI
Malawi, 2012	NR	NR	NR	NR	NR	NR	NR	NR	NR	NR
Mali, 2012, art. 7	Oui	NI	NI	NI	Oui	Non	Oui	Indemnisation	NI	NI
Mauritanie, 2012, art. 4	Oui	NI	NI	Induit	NI	NI	NI	NI	NI	NI
Maroc 1995,	NR	NR	NR	NR	NR	NR	NR	NR	NR	NR
RD Congo, 2002, 26	Oui	Oui	Oui	Oui	Oui	Non	NI	Juste, équitable et prompt – valeur marchande	Imprécis (« de manière contradictoire »)	Aucune indication

Codes	Expropriation directe	Expropriation indirecte	Nature de la mesure		Utilité publique	Compensation			Due Process	Non - discrimination
			Mesures Générales	Mesures Individuelles		Droit international	Droit National	Critère direct		
Mozambique, 1993, art. 13	Oui	NI	NI	induit	Oui	Non	Induit	Juste et équitable + compensation des pertes financières liées aux délais longs de la procédure	Oui	NI
Namibia, 2016, sec ; 21 - 23	Oui et couvre tout actif, droits de propriété ou droits de l'investisseur	NI	NI	Induit	Oui	Non	Oui (const., le code et toute loi pertinente)	juste , prompt et effective (valeur marchande de l'investissement) Mais balance équitable entre l'intérêt public et les intérêts privés	oui	Non indiqué
Niger, 2014, art. 6	Oui couvre tous les biens (droits de propriété et démembrements) en tous aspects juridiques et les contrats dont elle fait l'objet	NI	NI	Induit	Oui	NI	NI	Juste et préalable	NI	NI
Rwanda, 2015, art. 6	Oui	Non (limité à la saisie et la confiscation)	Non	Oui	Oui	NI	NI	Juste indemnisation	NI	NI

Codes	Expropriation directe	Expropriation indirecte	Nature de la mesure		Utilité publique	Compensation			Due Process	Non - discrimination
			Mesures Générales	Mesures Individuelles		Droit international	Droit National	Critère direct		
Sénégal, 2004, art. 4	Oui	NI	Induit	Induit	Oui	NI	NI	Juste et préalable	NI	NI
Seychelles, 2010, sec. 5	Oui	Oui	Oui	Induit	Oui	Non	NI	Prompt and full Valeur marchande du bien à la date de l'expropriation et effective	Oui	Oui
Sierra Leone, 2004, Sec. 11	Oui	Oui	Induit	Induit	Oui	Non	Oui (const.)	Prompt and adequate	NI	NI
Somalie, 1987, art. 18	Oui	NI	NI	Induit	Oui	Non	NI	Prompt compensatopn that reflect the fair market value	NI	NI
South Africa, 2015, sec. 10	Induit	NI	NI	NI	NI	Non	Oui (const)	NI	NI	NI
Soudan du sud, 2009, art. 34	Oui	NI	NI	Induit	Oui	NI	NI	Juste, adéquate et effective (fair market value)	Oui	Oui
Soudan, 2013, art. 29	Oui	NI	NI	Induit	Oui	NI	NI	Juste et adéquate	NI	NI
Tanzanie, 1997, Sec. 21	Oui	NI	NI	Induit	Oui	NI	NI	Juste, prompt et adéquate	Oui (mais interpretation encadrée)	NI
Togo, 2012,	Oui et s'étend à les aspects de	NI	NI	Induit	Oui	Oui	Non	Juste et préalable	NI	NI

Codes	Expropriation directe	Expropriation indirecte	Nature de la mesure		Utilité publique	Compensation			Due Process	Non - discrimination
			Mesures Générales	Mesures Individuelles		Droit international	Droit National	Critère direct		
	la propriété juridique et commerciale									
Tchad, 2008,	NR	NR	NR	NR	NR	NR	NR	NR	NR	NR
Tunisie, 2016, art. 8	Les biens de l'investisseurs	NI	NI	Induit	Oui	NI	NI	Juste et équitable	Oui	Oui
Uganda, 1991, art. 27.	Oui mais « compulsoruy taken possession »	Mitigé	Induit	Induit	NI (renvoi général à la constitution)	NI	Renvoi général à la const.	La valeur marchande de l'entreprise payable dans les 12 mois suivants l'expropriation	NI	NI
Zambie, 2006, art. 19	Oui et s'étends à tous les aspects de la propriété	Mitigé	Induit	Induit	Oui	NI	NI	Prompt et équitable - La valeur marchande de l'entreprise	NI	NI
Zimbabwe, 2006, modifié en 2015, art. 32	Renvoi aux lois de l'Etat	Renvoi aux lois de l'Etat	Renvoi aux lois de l'Etat	Renvoi aux lois de l'Etat	Renvoi aux lois de l'Etat	Renvoi aux lois de l'Etat	Renvoi aux lois de l'Etat	Renvoi aux lois de l'Etat	Renvoi aux lois de l'Etat	Renvoi aux lois de l'Etat

ANNEXE F – TABLEAU SYNTHETIQUE DES DISPOSITIONS DE TRANSFERT DES CAPITAUX

NR : Non renseigné (pour souligner que le code ne prévoit pas de disposition)

NI : Non indiqué (pour signifier que s'il y a bien une disposition, elle ne renseigne pas sur le point précis).

Codes	Principe	Capitaux rapatriables	Dérogations	Exceptions	Limites particulières
Algérie, 2016 Art. 25	Admis	Apport en numéraires dans une monnaie convertibles et les réinvestissements ; Les apports en nature ; Les produits réels nets de cession et liquidation.	Non indiqué	Non indiqué	Apports supérieurs au seuil minimal fixé par règlement Evaluation des apports en nature conformément aux règles régissant la constitution des sociétés
Angola, 2018, Art. 4 et 19	Admis	Dividendes, liquidations, compensations reçues, royalties et toutes sommes liés au transfert de technologie	Non indiqué	Non indiqué	Exécution complète du projet avant de bénéficier de la garantie Approbation des autorités compétentes Réserves obligatoires et paiement des taxes
Bénin, 2020, art. 17	Admis	Tout actif	NI	NI	Renvoi à la réglementation des changes
Burkina F., 2018, art. 13 et 14	Admis	Dividendes, produits de toute nature des capitaux investis, liquidations, réalisation d'avoirs, royalties, fonds d'indemnisation et les salaires des personnes physiques	Non indiqué	Non indiqué	
Burundi, 2008, art. 11 et 12	Admis	Les revenus professionnels excédentaires des salariés ; Les dividendes	Non indiqué	Non indiqué	Après le paiement des taxes et droits divers Conformément à la réglementation sur le contrôle des changes
Cap-Vert, 1993, art. 9	Admis	Dividendes et profits, produits des liquidations et cessions d'actifs, bénéfices liés aux contrats d'investissement, sommes liées, revenus provenant d'une fonction de gestion et les sommes liés à l'amortissement et aux taux d'intérêt résultant d'une opération financière	Non indiqué	Interdiction des transferts causant des difficultés de balance des paiements	Après paiement des taxes et impôts

Codes	Principe	Capitaux rapatriables	Dérogations	Exceptions	Limites particulières
Cameroun, 2013, sec. 12	Admis	Les dividendes et produits des transactions de toute nature du capital investi, les produits de la liquidation ou la vente de leur actif.	Non indiqué	Non indiqué	Être en conformité avec la réglementation bancaire en matière de changes et la législation fiscale
Centrafrique, 2001, 14	Admis	Les revenus de toute nature provenant des capitaux investis et les fonds correspondant à des paiements normaux et courants pour les fournitures et les prestations exécutées	Non indiqué	Non indiqué	Transfert possible en cas de cessation de l'investissement Être en règle avec l'administration fiscale
Congo, 2003, art. 3	Admis	Bénéfices réalisés au titre de l'exploitation, des économies sur salaires et des produits de la liquidation totale ou partielle des investissement	Non indiqué	Non indiqué	Non indiqué
Côte d'Ivoire, 2018 modifié en 2019, art. 28	Admis	Transfert d'actifs	NI	NI	Limites liées à la protection des droits des créanciers, de l'environnement, des infractions pénales, des transferts de devises, titre exécutoires et exécution des jugements Les limites prévues requièrent une application de bonne foi et non discriminatoire.
Djibouti, 1984,	NR	NR	NR	NR	NR
Egypte, 2017, art. 6	Admis	Transfert de fonds associés à l'investissement étranger et les bénéfices du projet d'investissement	NI	NI	Monnaie convertible
Erythrée, 1994, art. 12	Admis	Les bénéfices nets et les dividendes, les paiements au titre du service de la dette, les frais et redevances relatifs aux transferts de technologies, les paiements reçus de la vente ou du transfert d'actions et les salaires.	NI	NI	NI
Ethiopie, 2012, art. 26	Admis	Profit et dividendes, les prêts et intérêts associés, les paiements relatifs aux transferts de	NI	NI	Monnaie convertible au taux indiqué à la date du transfert.

Codes	Principe	Capitaux rapatriables	Dérogations	Exceptions	Limites particulières
		technologie, les produits de la liquidation et la vente de l'entreprise, salaires.			
Gabon, 1998, art . 1,	Admis	Capitaux investis, bénéfices, économies sur salaires.	NI	NI	Dans le cadre des règles de la zone franc et de la BEAC
Ghana, 2013, sec. 32	Admis	Dividendes et profits nets, les revenus liés à des prêts, les frais et charges liés au transfert de technologie, les produits de la vente ou la location de l'entreprise	NI	NI	Soumis au Foreign Exchange Act, 2006 (ACT 723)
Guinée, 2015, art. 17	Admis	Les fonds afférents aux paiements courants, les bénéfices après impôts, les dividendes, l'épargne des salariés expatriés, les revenus salariaux et indemnités	NI	NI	Sous réserve de régularisation fiscale
Guinée-Bissau, 2011, art. 7	Admis	Profits, dividendes, capital, intérêts et sommes liées à l'achat de biens et services et salaires	NI	NI	Respect de la réglementation fiscale
Kenya, 2004 (2012),	NR	NR	NR	NR	NR
Liberia, 2010, Sec. 11	Admis	Tous les produits légaux des opérations liées à l'entreprise	Les limitations liées à la balance de paiement	NI	Les dérogations doivent être non-discriminantes
Libye 2010, art. 12	Admis	Le capital investi, les produits de la liquidation ou la vente de l'entreprise, intérêts et revenus générés par les capitaux investis	NI	NI	NI
Madagascar, 2008,	Admis	Dividendes, transactions liées au capital, les salaires et économies, les produits de la liquidation et les indemnités perçues	NI	NI	NI
Malawi, 2012	NR	NR	NR	NR	NR
Mali, 2012, art. 12	Admis	Tous les paiements afférents aux opérations courantes entre autres les bénéfices d'impôts, les dividendes, les revenus salariaux,	NI	NI	Les transactions en capital et indemnités d'expropriation doivent être soumises à une déclaration auprès du ministère chargé des finances

Codes	Principe	Capitaux rapatriables	Dérogations	Exceptions	Limites particulières
		indemnités et épargne des salariés expatriés			
RD Congo, 2002, art. 27, 28 et 29.	Admis	Les dividendes et les revenus des dividendes réinvestis, les royalties, des intérêts et charges connexes et les indemnités dues.	Dans les cas où des restrictions s'avèreraient nécessaires (disposition pathologique).		Conforme à la réglementation des changes // Interdiction de discrimination en cas de restriction à la liberté de transfert des capitaux.
Mauritanie, 2012, art. 7 et 8	Admis	Les revenus ou produits de toute nature résultant de l'exploitation de l'entreprise, de toute cession d'éléments d'actif ou de sa liquidation, les salaires ainsi que les bénéfices et produits de la vente des droits d'associés, reprise d'apports en nature	NI	NI	Après paiement des taxes et droits mauritaniens
Maurice, 2001,	NR	NR	NR	NR	NR
Maroc 1995, art. 16	Admis	Les bénéfices nets d'impôts sans limitation de montant ni de durée Le transfert du produit de cession ou de liquidation	NI	NI	NI
Mozambique, 1993, art. 14 et 15	Admis	Exportable profits, royalties, amortissement des prêts, les sommes liées à toutes compensations, le capital étranger investi	NI	NI	Les capitaux réexportés sont effectués par tranche sur une période de 5 ans L'équilibre entre les fonds à exporter et l'apport de devise étranger pour chaque année comptable doit être assurées (lire plus en détail l'article 15) Autorisation du Ministre peut être requise
Namibia, 2016, 27	Admis	Le capital initial et les montants additionnels, les profits, dividendes, prêts et intérêts liés, compensation, paiements résultant d'une procédure judiciaire	Balance de paiements ou problème financier ou anticiper de tels risques Les transferts susceptibles de causer ou qui occasionne des	La protection des droits des créanciers Les décisions judiciaires et administratives Les taxes	Le transfert est réalisé dans les meilleurs délais dans une monnaie librement convertible sans discrimination

Codes	Principe	Capitaux rapatriables	Dérogations	Exceptions	Limites particulières
			problèmes macroéconomiques		
Niger, 2014, art. 8 et 9	Admis	Les revenus et les produits de toute nature, cessions d'actifs et liquidation, part de bénéfices, produits de cessions des droits d'associés, reprise d'apports en nature et partage de bonus après liquidation et salaires et économies	NI	NI	NI
Rwanda, 2015, art. 8	Admis	Le capital, les profits découlant des activités commerciales, le principal et tout intérêt sur le capital étranger, le produit de la liquidation de l'investissement, tout autre patrimoine appartenant à l'investisseur	NI	NI	S'acquitter de ses obligations
Sénégal, 2004, 6	Admis	Revenus ou produit de toute nature résultant de son exploitation, de toute cession d'éléments d'actifs ou de sa liquidation, les parts de bénéfices, le produit de la vente de leurs droits d'associés, la reprise d'apports en nature, leur part de partage du bonus après liquidation	NI	NI	NI
Seychelles, 2010, 6	Admis	Profit, dividende, intérêt, capital, royalties, produit des ventes, compensation pour indemnité	En cas de difficultés de balance de paiement (restriction possible sur une base non discriminatoire)	Interdiction des transferts en application des lois relatives à la banqueroute, les infractions pénales et permettant la mise en œuvre des décisions de justices	L'ensemble des restrictions doit être mise en œuvre sur une base non discriminante.
Sierra Leone, 2004, Sec. 8, 9, 10	Admis	Salaires, les comptes en banque, les profits, les produits de la liquidation	NI	NI	NI

Codes	Principe	Capitaux rapatriables	Dérogations	Exceptions	Limites particulières
		et les sommes obtenues à l'issue d'une procédure judiciaire			
Somalie, 1987, art. 13	Admis	L'investissement et le réinvestissement,	NI	NI	Procédure de contrôle assure par l'Agence des investissements
South Africa, 2015, sec. 11	Admis	Les fonds imposables et soumis à toute loi	NI	NI	NI
Soudan du sud, 2009, art. 37	Admis	Le capital de l'investissement, les sommes liées aux prêts, les produits de la liquidation de l'entreprise ou tout intérêt	NI	NI	Respecter les lois nationales
Soudan, 2013, Art. 29.e)	Admis	Profit et capital	NI	NI	Après paiement des taxes et droits de douane
Tanzanie, 1997, art. 21	Admis	Les profits nets, les dividendes, les paiements, les royalties, les produits des cessions et liquidation, les salaires	NI	NI	Transfert dans une monnaie librement convertible
Tchad, 2008, art. 12	Admis	Les bénéfices, les fonds provenant de cession ou de la liquidation d'actifs, les économies réalisées sur les salaires	NI	NI	NI
Togo, 2012, Sec. 2	Admis	Les dividendes, produits de toute nature lié au capital investis, produit de la liquidation ou réalisation de leurs avoirs ainsi que les salaires	NI	NI	Sous réserve de la réglementation des changes
Tunisie, 2016, art. 9	Admis	Capitaux	NI	NI	Des autorisations peuvent être requises dans certains cas
Uganda, 1991, Sec. 31	Admis	Prêts et intérêts liés, les dividendes, les royalties, les produits liés au capital	NI	NI	Soumis à autorisation Respect des lois et règlements
Zambie, 2006, 20	Admis	Foreign currency	NI	NI	Soumis à autorisation et après paiement des Dividends, after-tax income, principal and interest, management fees, royalties, net proceeds of sale, liquidation of the business

Codes	Principe	Capitaux rapatriables	Dérogations	Exceptions	Limites particulières
Zimbabwe, 2006, modifié en 2015,	NR	NR	NR	NR	NR

BIBLIOGRAPHIE

La présente bibliographie est sélective. Elle ne reprend pas l'ensemble des ressources qui ont été exploitées (et citées) pour la réalisation de ce travail. Seules les ressources importantes ont été sélectionnées pour figurer dans ces pages.

I. TRAITES ET LOIS²²²¹

1. Traités / conventions

Accord entre la Confédération suisse et la République populaire du Bangladesh concernant la promotion et la protection réciproque des investissements signé à Dacca le 14 octobre 2000, entré en vigueur par échange de notes le 3 septembre 2001.

Accord entre le Gouvernement de la République française et le Gouvernement de la République de Zambie sur l'encouragement et la protection réciproques des investissements, signé à Lusaka le 14 août 2002, publié par Décret no 2014-416 du 22 avril 2014 et disponible en ligne.

Accord entre l'Union économique belgo-luxembourgeoise et le Gouvernement de la République d'Albanie, signé à Tirana le 1 février 1999 et entré en vigueur le 18 octobre 2002 publié dans le *Journal Officiel de l'Union Européenne*, n°C142/1.

Communauté Economique des Etats de l'Afrique de l'Ouest (CEDEAO), *Supplementary Protocol A/SP.1/01/05 amending the preamble and articles 1, 2, 9 and 30 of protocol A/P.1/7/91 relating to the community court of justice*, signé à Accra le 19 janvier 2005.

Convention de New York sur la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères, signée à New York le 10 juin 1958, *RTNU*, vol. 330-4, n°4739, p. 39.

Convention de Vienne sur le droit des traités, signée à Vienne le 23 mai 1969, *RTNU*, vol. 1155, vol. 18232, p. 331.

Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États, signée à Washington le 18 mars 1965, *RTNU*, vol.575, p. 161.

²²²¹ Les lois et traités répertoriées sont ceux disponibles au 1er janvier 2021. Les changements apportés au code des investissements et les nouveaux codes adoptés après cette date n'ont pas été étudiés dans le cadre de ce travail (*Le Zimbabwe Investment and Development Act*, n°10/2019, chap 14:37, publié au *Governmental Gazette* du 7 février 2020 n'a pas également été pris en compte dans le cadre de cette étude en dépit des changements majeurs qu'il apporte dans l'environnement des affaires au Zimbabwe). Également, lorsque cela est possible l'enregistrement des traités et des lois est précisé. À défaut, les textes sont disponibles sur les sites officiels des institutions et des agences de promotion de l'investissement des États hôtes.

Investment Agreement for the Common Market for Eastern and Southern Africa (COMESA) Common Investment Area, signé le 23 mai 2007 et non-entré en vigueur.

Organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires (OHADA), *Règlement d'arbitrage de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage*, signé 18 avril 1996, révisé le 30 janvier 2014 à Ouagadougou et le 23 novembre 2017 à Conakry publié dans le *Journal Officiel* de l'OHADA n° spécial du 15/12/2017.

Organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires (OHADA), *Acte uniforme relatif à l'arbitrage*, signé le 11 mars 1999 et publié dans le *Journal Officiel* de l'OHADA n°8 du 15 mai 1999.

Traité instituant la Communauté Economique et Monétaire de l'Afrique Centrale (CEMAC), signé à N'Djamena le 16 Mars 1994, disponible en ligne.

Traité modifié de l'Union Economique et Monétaire Ouest Africaine (UEMOA), signé à Dakar le 29 janvier 2003, disponible en ligne.

Traité relative à l'harmonisation en Afrique du droit des affaires, adopté à Port Louis (Ile Maurice) le 17 octobre 1993, publié dans le *Journal Officiel* n°4 du 01 novembre 1997. Disponible en ligne (avec les versions révisées).

Traité révisé de la Communauté économique des Etats de l'Afrique de l'Ouest (CEDEAO), signé à Cotonou le 24 juillet 1993, RTNU, Vol. I-42835, n°2373.

Traité révisé de la Communauté Economique et Monétaire de l'Afrique Centrale (CEMAC), signé à Libreville le 30 janvier 2009, disponible en ligne.

Traité tendant à encourager et à protéger les investissements entre le Pakistan et la République fédérale d'Allemagne, signé à Bonn le 25 novembre 1959, entré en vigueur le 28 avril 1962, RTNU, vol. 457, n°6575, p. 23.

2. Lois

1. Afrique du sud

Promotion and protection of Investment Bill, publié au *Government Gazette (GG)* n°39009 du 22 juillet 2015.

Promotion of Administrative Justice Act, publié au GG n°23674 du 31 juillet 2002.

2. Algérie

Décret législatif n°93-12 relatif à la promotion de l'investissement, publié au *Journal officiel* n°64 du 10 octobre 1993.

Ordonnance n°01-03 du 20 août 2001 relative au développement de l'investissement publiée au *Journal Officiel* n°47 et approuvée par la loi n°01-16 du 21 octobre 2001 publiée au *Journal Officiel*, n°62.

Loi n°16-09 du Chaoual 1437 correspondant au 3 août 2016 relative à la promotion de l'investissement publiée au Journal Officiel de la République Algérienne n°46, du 29 Chaoual 1437 correspondant au 3 août 2016.

3. Angola

Private Investment Law de 2018, law no. 10/18 of June 26th, article 15 (2), disponible en ligne.

4. Bénin

Loi n°90-002 du 09 mai 1990 portant Code des Investissements modifiée par la loi n°90-033 promulguée le 24 décembre 1990, disponible en ligne.

Loi n°2020-02 du 20 mars 2020 portant code des investissements en République du Bénin, adoptée le 29 janvier 2020, disponible en ligne.

5. Botswana

Botswana, *Investment and Trade Centre Act*, 2011, disponible en ligne.

6. Bolivie

Constitución política del Estado Plurinacional de Bolivia, ratifié le 25 janvier 2009 et publié au *Journal Officiel* du 7 février 2009.

7. Burkina Faso

Code des investissements ensemble avec ses modificatifs adopté par la loi n°62-95 ADP du 14 décembre 1995 modifiée par la loi n°007-2010/AN du 29 janvier 2010, promulguée par le décret 2010-111/PRES du 18 mars 2010.

Loi n°038-2018/an portant code des investissements au Burkina Faso adoptée par l'Assemblée nationale en sa séance du 30 octobre 2018, disponible en ligne.

8. Burundi

Code des investissements adopté par la loi n°1/24 du 10 septembre 2008, entré en vigueur le 1 janvier 2009, disponible en ligne.

9. Cameroun

Loi n° 2013/004 fixant les incitations à l'investissement privé en République du Cameroun adoptée le 18 avril 2013, disponible en ligne.

10. Centrafrique

Code des investissements (4^{ème} génération) adopté par la loi n°96-019 du 13 mai 1996 portant code des investissements, disponible en ligne.

11. Congo (Brazzaville)

Code des investissements adopté par la loi n°008-92 du 10 avril 1992, disponible en ligne.

Charte des investissements adoptée par la loi n°6-2003 du 18 janvier 2003, disponible en ligne.

12. Côte d'Ivoire

Ordonnance n°2012-487 du 07 juin 2012 portant code des investissements en Côte d'Ivoire, disponible en ligne.

Ordonnance n°2018-646 du 1^{er} août 2018 portant code des investissements, modifiée par l'ordonnance n°2019-1088 du 18 décembre 2019 modifiant l'ordonnance n°2018-646 du 1^{er} août 2018 portant code des investissements, disponible en ligne.

13. Djibouti

Code des investissements adopté par la loi n°88/an/1e du 13 février 1984 modifié par la loi n°58/AN/94/3rd L du 16 octobre 1994.

14. Equateur

Constitución de la Republica del Ecuador, publié au *Registro Oficial* n°449 du 20 octobre 2008.

15. Etats-Unis

Section 721 of the Defense Production Act de 1950, 50 *U.S.C. App.* 2170 of 1950 modifié par l'*amendement Exon-Florio* de 1988.

Foreign and National Security Act adopté par la loi 110-49 du 26 juillet 2007, 121 *STAT.* 246.

16. Ethiopie

Investment proclamation n°769/2012 publiée au *Federal Negarit Gazeta* n°63 (18th year) du 17 septembre 2012.

Investment Proclamation n°1180/2020, publiée au *Federal Negarit Gazette*, n°28 du 02 avril 2020.

17. Gabon

Charte des Investissements adoptée par la loi n°15/1998 du 23 juillet 1998, publiée au *Hebdo informations* n° 384 du 22 août 1998.

18. Ghana

Ghana Investment Promotion Centre Act adopté par la loi n°865 le 26 août 2013 publié au *Gazette* du 30 octobre 2013.

19. Guinée Conakry

Code des investissements adopté par l'Ordonnance du 3 janvier 1987 modifiée par la loi L/95/029.CTRN du 30 juin 1995.

Code des investissements de 2015 adopté par la loi L/2015/No.008/AN portant code des investissements de la République de Guinée, disponible en ligne.

20. Kenya

The Investment Promotion Act (Chapter 485B) adopté par la loi n°6 du 31 décembre 2004 entré en vigueur le 03 octobre 2005, disponible en ligne.

The Investment Promotion (Amendment) Bill, 2021, *Kenya Gazette Supplement* n°11 (Senate Bills n°2), 10 février 2021.

21. Liberia

Liberia Investment Act of 2010, approuvé le 15 mai 2010, disponible en ligne.

22. Madagascar

Loi n°2007-036 sur les investissements à Madagascar du 14 janvier 2008 publiée au *Journal Officiel* n°3178 du 3 avril 2008.

Loi n°2017-023 relative aux Zones Economiques Spéciales adoptée par l'Assemblée nationale et le Sénat en leur séance plénière respective en date du 08 novembre 2017 et du 28 novembre 2017, disponible en ligne.

23. Malawi

Investment Promotion Act, adopté par la loi n°28 de 1991, disponible en ligne.

24. Mali

Code des investissements adopté par la loi n°2012-016 du 27 février 2012, disponible en ligne.

25. Maroc

Charte de l'investissement adopté par le Dahir n°1-95-213 du 8 novembre 1995 portant promulgation de la loi-cadre n° 18-95 du 3 octobre 1995, disponible en ligne.

26. Mauritanie

Code des investissements adopté par la loi n°52/2012 du 31 juillet 2012, disponible en ligne.

27. Mozambique

Investment Law adopté par la loi n°3/93 du 24 juin 1993, disponible en ligne.

28. Nigeria

Nigerian Investment Promotion Commission Act (NIPC) (CAP N117) adopté par le décret n° 16 du 16 janvier 1995, disponible en ligne.

29. Ouganda

The Investment Code Act, (Chapter 92) adopté le 25 janvier 1991, disponible en ligne.

The Investment Code Act, 2019, adopté le 29 mars 2019, *Uganda Gazette* n°14, Act 6, 2019.

30. République Démocratique du Congo

Code des investissements adopté par la loi n° 004/2002 du 21 février 2002 publié au *Journal Officiel* n°6 du 15 mars 2002.

31. Rwanda

Loi n°26/2005 portant promotion et facilitation des investissements et des exportations, adoptée le 17/12/2005 et publiée à *La Gazette* n°6 du 15 mars 2006.

32. Sénégal

Code des investissements adopté par la loi n°2004-06 du 6 février 2004 publié au *Journal Officiel* n° 6152 du 13 mars 2004.

33. Sierra Léone

Investment Promotion Act 2004 adopté le 20 août 2004, publié au *Sierra Leone Gazette*, vol. CXXXV, n°49 du 26 août 2004.

34. Soudan

Investment Encouragement Act adopté en 1999 modifié en 2003, disponible en ligne.

35. Soudan du Sud

Investment Promotion Act, 2009, disponible en ligne.

36. Swaziland (Eswatini)

Swaziland Investment Promotion Act adopté par la loi n°1 du 25 mars 1998 publié au *Swaziland Government Gazette Extraordinary*, vol. XXXVIJ du 11 mai 1998.

37. Tanzanie

Tanzania Investment Code, 1997, Act n°26 of 1997, *Official Gazette*, n°40, vol. 78.

38. Tchad

Charte des investissements de la République du Tchad adoptée par la loi n° 006/PR/2008 du 3 janvier 2008, disponible en ligne.

39. Togo

Code des investissements en République togolaise adopté par la loi n°2012-001 publiée au *Journal Officiel de la République Togolaise*, n°5 ter du 20 janvier 2012.

Loi portant code des investissements en République du Togo adoptée en séance plénière du 11 juin 2019, disponible en ligne.

40. Tunisie

Code d'incitations aux investissements adopté par la loi n° 93-120 du 27 décembre 1993 et publié au *Journal Officiel*, n°99 du 28 décembre 1993.

Loi n°2016-71 du 30 septembre 2016 portant loi de l'investissement publiée au *Journal Officiel de République de Tunisie* n° 82 du 7 octobre 2016.

41. Zambie

The Investment Act, adopté par la loi n°39 du 8 septembre 1993, disponible en ligne.

Zambia Development Agency Act, 2006, act n°11 of 2006, disponible en ligne.

42. Zimbabwe

Zimbabwe Investment Authority Act adopté par la loi n°4/2006 et modifié par la loi 6/2015, disponible en ligne.

II. PUBLICATIONS INSTITUTIONNELLES – DOCUMENTS SPECIALISES

1. OCDE

OCDE, *Accord multilatéral sur l'investissement, projet de texte consolidé*, Doc n° DAF/FE/MAI(98)7/REV1, Paris, 24 avril 1998, pp. 124-125.

2. CCI

CCI, *Règlement d'arbitrage*, Publication No. ICC 865-2 FRA, Paris, CCI, 2012.

3. Commission du Droit International

Articles sur la responsabilité pour faits internationalement illicites, doc. n°4/56/10, *Ann. CDI*, vol.II (2), 2001.

CDI, « Actes unilatéraux des Etats (suite) », doc. A/CN.4/483, sect. F, A/CN.4/486, A/CN.4/L.558, *Ann. CDI*, vol. I, 1998.

CDI, « Actes unilatéraux des Etats », doc. A/CN.4/483, sect. F, A/CN.4/486, A/CN.4/L.558, *Ann. CDI*, vol. I, 2006.

CDI, « Compte rendu analytique de la 2695^{ème} séance », *Ann. CDI*, vol. 1, 2001.

CDI, « Projet d'articles sur la protection diplomatique et commentaires y relatifs », doc. A/61/10, *Ann. CDI*, 2006.

CDI, « Rapport de la Commission du droit international sur les travaux », 15^{ème} session, doc. A/CN.4/163, *Ann. CDI*, 1963, vol II, pp 210-211.

Principes directeurs applicables aux déclarations unilatérales des États susceptibles de créer des obligations juridiques, doc. n°. A/61/10, *Ann. CDI*, vol. II (2), 2006, pp.387-400.

RODRIGUEZ CEDEÑO (V.), « Premier rapport sur les actes unilatéraux des États », doc. A/CN.4/586, *Ann. CDI*, 2007, pp. 130-151.

SUCHARITKUL (S.), « Rapport préliminaire sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens », doc. A/CN.4323, *Ann. CDI*, 1979.

TLADI (D.), « Deuxième rapport sur le jus cogens », doc. A/CN.4/706, *Ann. CDI*, 2017, 45 p.

4. ONU

AGNU, *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-deuxième session, Sixième Commission*, 23e séance (A/C.6/52/SR.23), 6 novembre 1997.

CNUCED, « Denunciation of the ICSID Convention and BITs: Impact on investor-state claims », *IIA Issues Note*, n°2, décembre 2010.

CNUCED, *Fair and Equitable treatment: A Sequel*, Series on Issues in International Investment Agreements II, doc. UNCTAD/DIAE/IA/2011/5, Genève, Nations Unies, 2012.

Résolution 3281 (XXIX) de l'Assemblée générale, *Charte des droits et des devoirs économiques des États*, 12 décembre 1974.

Résolution 40/72 de l'Assemblée générale, *Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international*, adoptée le 11 décembre 1984.

Résolution 51/160 de l'Assemblée générale, *Report of the Sixth Committee (A/51/626)*, 16 décembre 1996.

Résolution 56/83 de l'Assemblée générale, *Note des articles sur la Responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite*, 12 décembre 2001.

Résolution 65/22 de l'Assemblée générale, *Règlement d'arbitrage CNUDCI modifié en 2010*, 10 janvier 2011.

5. Autres

GUILIANO (M.) et LAGARDE (P.), « Rapport concernant la convention sur la loi applicable aux obligations contractuelles », n°C 282/1, *Journal Officiel des Communautés Européennes*, du 31 octobre 1980.

ICSID, *History of the ICSID Convention*, Washington, Vol. II-1, pp 274-275.

Union Africaine/Conseil économique et social de l'ONU, *Code panafricain des investissements*, Doc. No.E/ECA/COE/35/18 et AU/STC/FMEPI/EXP/ 18(II), 26 mars 2016.

World Bank, *Guidelines on the Treatment of Foreign Direct Investment*, Washington, Vol. II, 1992.

III. JURISPRUDENCES²²²²

1. Cour permanente de Justice internationale

Arrêts

Affaire concernant le paiement de divers emprunts serbes émis en France, arrêt du 12 juillet 1929, *Série A*, n°20/21.

Affaire des intérêts allemands en Hautes Silésie, série A n°7, arrêt du 25 mai 1926, p. 21.

Affaire des phosphates au Maroc, (France c. Italie), arrêt du 14 juin 1938, *Série A/B*, n°74.

Affaire des zones franches de la Haute-Savoie et du Pays de Gex, arrêt, 7 juin 1932, *Série A/B*, n°46.

Affaires des zones franches de la Haute Savoie et du pays de Gex, 2^{ème} phase, Mémoires et plaidoiries, 1930, séries C n°19, I, p. 289.

Compagnie d'électricité de Sofia et de Bulgarie, Exceptions préliminaires, 4 avril 1939, série A/B, n°77, p. 81.

Losinger & Cie SA, Ordonnance sur les exceptions préliminaires du 27 juin 1936, *Série C*, n°78.

Statut juridique du Groënland Oriental, arrêt du 5 avril 1933, *Série A/B*, n° 53.

Statut juridique du Groënland Oriental, arrêt du 5 avril 1933, *Série A/B*, n° 53, opinion dissidente du juge Anzilotti.

Avis consultatifs

Compétence des tribunaux de Dantzig, avis consultatif du 3 mars 1928, série B, n°15.

Décret des nationalités promulgués en Tunisie et au Maroc, avis consultatif du 7 février 1923, série B, n°4.

Documents publics

Collection des textes gouvernant la compétence de la Cour, *Série D*, n° 5, 3^{ème} éd., 01 oct. 1926, p. 77.

Collection des textes régissant la compétence de la Cour, *Série D*, n°6, 4^{ème} éd., 31 janv. 1932, p.54.

Quatorzième rapport annuel, *Série E*, n°14, 15 juin 1937 – 15 juin 1938, dépôt de l'instrument de ratification le 30 octobre 1937, p. 275.

²²²² Pour des raisons de lisibilité, l'appellation en forme courte des Etats a été retenue en lieu et place des noms officiels. Par exemple, « République de Côte d'Ivoire » devient « Côte d'Ivoire ».

2. Cour internationale de Justice

Arrêts

Actions armées frontalières et transfrontalières (Nicaragua c. Honduras), compétence et recevabilité, arrêt du 20 décembre 1988, *C.I.J. Recueil* 1988.

Activités armées en territoire du Congo (Nouvelles requêtes : 2002), compétence, arrêt, 3 juin 2006, *C.I.J. Recueil* 2006.

Activités militaires et paramilitaires des Etats-Unis au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis), compétence et recevabilité, arrêt du 26 novembre 1984, *C.I.J. Recueil* 1984.

Affaire Ahmadou Sadio Diallo (République de Guinée c. République démocratique du Congo), compétence et recevabilité, arrêt du 24 mai 2007, *C.I.J. Recueil* 2007.

Affaire concernant le droit de passage en territoire indien (Portugal c. Inde), compétence et recevabilité, arrêt du 26 novembre 1957, *C.I.J. Recueil* 1957.

Affaire de l'anglo-iranian oil co, (Iran c. Royaume-Uni), compétence et recevabilité, arrêt du 22 juillet 1952, *C.I.J. Recueil* 1952.

Affaire de l'eletronica sicula SPA (ELSI) (Etats-Unis d'Amérique c. Italie), fond, arrêt du 20 juillet 1989, *C.I.J. Recueil* 1989.

Affaire des activités armées sur le territoire du Congo (Nouvelle requête : 2002) (RDC c. Rwanda), fond, Arrêt du 3 février 2006, *C.I.J. Recueil* 2006.

Affaire des compétences en matière de pêcheries (Espagne c. Canada), compétence et recevabilité, arrêt du 4 décembre 1998, opinion dissidente du juge Bedjaoui, *C.I.J. Recueil* 1998.

Affaire des frontières maritimes et terrestre entre le Cameroun et le Nigeria, (Cameroun v. Nigeria), Exceptions préliminaires, arrêt du 11 juin 1998, *C.I.J. Recueil* 1998.

Affaire du différend frontalier, Burkina Faso c. Mali, fond, arrêt du 22 décembre 1986, *C.I.J. Recueil* 1986.

Affaire du différend territorial et maritime (Nicaragua c. Colombie), exceptions préliminaires, observations écrites du Nicaragua du 26 janvier 2004, vol. I, *C.I.J. Recueil* 2004.

Affaire du droit de passage en territoire indien (Portugal c. Inde), compétence et recevabilité, Exception préliminaire du Gouvernement de l'Inde du 6 août 1955, *C.I.J. Recueil* 1957.

Affaire du droit de passage sur territoire indien (Portugal c. Inde), fond, arrêt du 12 avril 1960, *C.I.J. Recueil* 1960.

Affaire du plateau continental de la Mer Egée (Grèce c. Turquie), compétence et recevabilité, arrêt du 19 décembre 1978, *C.I.J. Recueil* 1978.

Affaire du Sud-Ouest africain, fond, arrêt du 18 juillet 1966, *C.I.J. Recueil* 1966.

Affaire du temple de Préah Vihéar (Cambodge c. Thaïlande), compétence et recevabilité, arrêt du 26 mai 1961, *C.I.J. Recueil* 1961.

Affaire Nottebohm (Liechtenstein c. Guatemala), compétence et recevabilité, arrêt du 18 novembre 1953, *C.I.J. Recueil* 1953.

Affaire Nottebohm (Liechtenstein c. Guatemala), fond, arrêt du 6 avril 1955, *C.I.J. Recueil* 1955.

Affaire relative à certains emprunts norvégiens (France c. Norvège), compétence et recevabilité, arrêt du 6 juillet 1957, *C.I.J. Recueil* 1957.

Affaire relative au personnel diplomatique et consulaire des Etats-Unis à Téhéran (Etats-Unis d'Amérique c. Iran), compétence et recevabilité, arrêt du 24 mai 1980, *C.I.J. Recueil* 1980.

Barcelona Traction (Belgique c. Espagne), compétence et recevabilité (deuxième phase), arrêt du 5 février 1970, *C.I.J. Recueil* 1970.

Différend relatif à des droits de navigation et des droits connexes (Costa Rica c. Nicaragua), contre-mémoire du Nicaragua, vol.I du 27 mai 2007, *C.I.J. Recueil* 2007.

Essais nucléaires (Australie c. France), compétence et recevabilité, arrêt du 20 décembre 1974, opinion dissidente de M. le Juge De Castro, *C.I.J. Recueil* 1974.

Incident aérien du 27 juillet 1955 (Israël c. Bulgarie), compétence et recevabilité, arrêt du 26 mai 1959, *C.I.J. Recueil* 1959.

Obligation de négocier un accès à l'Océan Pacifique (Bolivie c. Chili), Mémoire de la Bolivie du 17 avril 2014, *C.I.J. Recueil* 2014.

Obligation de négocier un accès souverain à l'océan Pacifique (Bolivie c. Chili), fond, arrêt du 1 octobre 2018, *C.I.J. Recueil* 2018.

Question de la délimitation du Plateau Continental entre le Nicaragua et la Colombie au-delà de 200 milles marins de la Côte Nicaraguayenne (Nicaragua c. Colombie), compétence et recevabilité, arrêt du 17 mars 2016, *C.I.J. Recueil* 2016.

Avis consultatifs

Conséquences juridiques pour les Etats de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité, avis consultatif du 21 juin 1971, *C.I.J. Recueil* 1971.

Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires, avis consultatif du 08 juillet 1996, *C.I.J. Recueil* 1996.

3. CJCE/CJUE

CJCE, *Intercontainer Interfrigo (ICF)*, affaire C-133/08, arrêt du 6 octobre 2009, *Recueil* 2009 I-09687.

4. CIRDI

9REN HOLDING S.À.R.L., c. Espagne, affaire CIRDI No. ARB/15/15, 31 mai 2019.

ABCI Investments Limited c. Tunisie, affaire CIRDI No. ARB/04/12, décision sur la compétence du 18 février 2011.

ADC Affiliate Limited et ADC & ADMC Management Limited c. Hongrie, affaire CIRDI No. ARB/03/16, sentence du 2 octobre 2006.

Aguas del Tunari S.A. c. Bolivie, affaire CIRDI No. ARB/02/3, décision sur la compétence du 21 octobre 2005.

Alex Genin, Eastern Credit Limited, Inc. et AS Baltoil c. Estonia, affaire CIRDI No. ARB/99/2, sentence du 25 juin 2001.

Alpha Projektholding GmbH c. Ukraine, affaire CIRDI No. ARB/07/16, sentence du 8 novembre 2010.

Amco c. Indonesia, affaire CIRDI No. ARB/81/1, décision sur la compétence du 25 septembre 1983.

AMT c. Zaïre, affaire CIRDI No. ARB/93/1, sentence du 21 février 1997.

Antin Infrastructure Services Luxembourg et Antin Energia Termosolar c. Espagne, affaire CIRDI No. ARB/13/31, 15 juillet 2018.

Antoine Abou Lahoud et Leila Bounafteh-Abou Lahoud c. République démocratique du Congo, affaire CIRDI No. ARB/10/4, sentence du 7 février 2014.

Antoine Goetz et al. c. Burundi (I), affaire CIRDI No. ARB/95/3, sentence d'accord parties du 10 février 1999.

Archer Daniels Midland and Tate & Lyle Ingredients Americas, Inc. c. Mexique, affaire CIRDI No. ARB(AF)/04/5, sentence du 21 novembre 2007.

Azurix c. Argentine, affaire CIRDI No. ARB/01/12, sentence du 14 juillet 2006.

BayWa r.e. Renewable Energy GmbH c. Espagne, affaire CIRDI No. ARB/15/16, 25 janvier 2021.

Biwater Gauff (Tanzanie) Limited c. Tanzanie, affaire CIRDI No. ARB/05/22, sentence du 24 juillet 2008.

Blue Bank International & Trust (Barbados) Ltd. c. République bolivarienne du Venezuela, affaire CIRDI No. ARB/12/20, sentence du 26 avril 2017.

Bosh international inc. & BP foreign investment enterprise c. Ukraine, affaire CIRDI No. ARB/08/11, sentence du 25 octobre 2012.

Brandes Investment Partners, LP c. Venezuela, affaire CIRDI No. ARB/08/3, sentence du 02 août 2011.

Cable TV c. St Kitts and Nevis, affaire CIRDI No. ARB/95/2, sentence du 13 janvier 1997.

Cemex Caracas Investments BV et CEMEX Caracas II Investment BV c. Venezuela, affaire CIRDI No. ARB/08/15, sentence du 30 décembre 2010.

Ceskoslovenska Obchodni Banka (CSOB) c. République Slovaque, affaire CIRDI No. ARB/97/4, sentence du 29 décembre 2004.

Champion trading Co. et al c. Egypte, affaire CIRDI No. ARB/02/9, sentence du 21 octobre 2003.

CMS Gas Transmission Company c. Argentine, affaire CIRDI No. ARB/01/8, sentence du 12 mai 2005.

Compañía de Aguas del Aconquija S.A. et Vivendi Universal S.A. (formerly Compañía de Aguas del Aconquija, S.A. et Compagnie Générale des Eaux) c. Argentine (I), affaire CIRDI No. ARB/97/3, décision du Comité *ad hoc* du 3 juillet 2002.

Compañia Del Desarrollo de Santa Elena c. Costa Rica, affaire CIRDI No. ARB/96/1, sentence du 17 février 2000.

ConocoPhillips Petrozuata B. V., ConocoPhillips Hamaca B.V c. République Bolivarienne du Venezuela, affaire CIRDI No. ARB/07/30, sentence du 13 septembre 2013.

Consortium R.F.C.C. c. Maroc, affaire CIRDI No. ARB/00/6, sentence du 22 décembre 2003.

Continental Casualty Company c. Argentine, affaire CIRDI No. ARB/03/9, sentence du 5 septembre 2008.

Desert Line Projects LLC c. Yemen, affaire CIRDI No. ARB/05/17, sentence du 6 février 2008.

Duke Energy Electroquil Partners & Electroquil SA c. Equateur, affaire CIRDI No. ARB/04/19, sentence du 18 août 2008.

EDF International S.A., SAUR International S.A. et León Participaciones Argentinas S.A. c. Argentine, affaire CIRDI No. ARB/03/23, sentence du 11 juin 2012.

Eiser Infrastructure Limited et Energía Solar Luxembourg c. Espagne, affaire CIRDI No. ARB/13/36, 4 mai 2017.

El paso Energy International Company v. Argentina, affaire CIRDI No. ARB/03/15, décision sur la compétence du 27 avril 2006.

Enron Corporation and Ponderosa Assets, LP c. Argentine, affaire CIRDI No. ARB/01/3, décision sur la compétence du 14 janvier 2004.

FAVIANCA & Owens-Illinois de Venezuela C.A. c. République bolivarienne de Venezuela, affaire CIRDI No. ARB/12/21, sentence du 13 novembre 2017.

Fedax N.V. c. Venezuela, affaire CIRDI No. ARB/96/3, sentence du 11 juillet 1997.

Flughafen Zürich A.G. y Gestion e ingenieria IDC SA c. Venezuela, affaire CIRDI No. ARB/10/19, sentence du 18 novembre 2014.

Getma Internatinal, NCT Necotrans, Getma International investissements & NCT Infrastructure & Logistique c. République de Guinée, affaire CIRDI No. ARB/11/29, décision sur la compétence du 29 décembre 2012.

Getma International, NCT Necotrans, Getma International Investissements, NCT Infranstructure & Logistique c. République du Guinée, affaire CIRDI No. ARB/11/29, sentence, 16 août 2016.

Impreglio S.p.A c. Argentine, affaire CIRDI No. ARB/07/17, sentence du 21 juin 2011.

Impreglio S.p.A c. Pakistan, affaire CIRDI No. ARB/03/3, sentence du 22 avril 2005.

Inceysa c. El Salvador, affaire CIRDI No. ARB/03/26, sentence du 2 août 2006.

Interocean Oil Development Company and Interoccean Oil Exploration Company c. République fédérale de Nigeria, affaire CIRDI No. ARB/13/20, compétence, sentence du 29 octobre 2014.

Interocean Oil Development Company and Interoccean Oil Exploration Company c. République du Nigeria, affaire CIRDI No. ARB/13/20, fond, sentence du 6 octobre 2020.

Ioan Micula, Viorel Micula et al. c. Roumanie (I), affaire CIRDI No. ARB/05/20, décision sur la compétence du 24 septembre 2008.

Ioannis Kardassopoulos c. Georgie, affaire CIRDI No. ARB/05/18, décision sur la compétence du 6 juillet 2007.

Joseph Charles Lemire c. Ukraine, affaire CIRDI No. ARB/06/18, décision sur la compétence du 14 janvier 2010.

Klöckner c. Cameroun, affaire CIRDI No. ARB/81/2, sentence du 21 octobre 1983.

LETSCO c. Liberia, affaire CIRDI No. ARB/83/2, sentence provisoire sur la compétence du 24 octobre 1984.

LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp. et LG&E International Inc. c. Argentine, ARB/02/1, décision sur la responsabilité du 3 octobre 2006.

Lighthouse Corp. Pty Ltd. c. Timor de l'Est, affaire CIRDI No. ARB/15/2, sentence du 22 décembre 2017.

Malaysian Historical Salvors SDN BHD c. Malaisie, affaire CIRDI No. ARB/05/10, sentence du Comité Ad hoc du 16 avril 2009.

Marvin Roy Feldman Karpa c. Mexique, affaire CIRDI No. ARB(AF)/99/1, sentence du 16 décembre 2002.

Masdar Solar & Wind Cooperatief U.A. c. Espagne, affaire CIRDI No. ARB/14/1, 16 mai 2018.

Menzies Middle East and Africa S.A. et Aviation Handling Services International Ltd. c. République du Sénégal, affaire CIRDI No. ARB/15/21, sentence du 05 août 2016.

Mobil Cerro Negro Holding, Ltd., Mobil Cerro Negro, Ltd., Mobil Corporation et al. c. Venezuela, affaire CIRDI No. ARB/07/27, décision sur la compétence du 10 juin 2010.

Mondev International Ltd. c. Etats-Unis d'Amérique, affaire CIRDI No. ARB(AF)/99/2, sentence du 11 octobre 2002.

Mr. Franck Charles Arif c. Moldavie, affaire CIRDI No. ARB/11/23, sentence du 8 avril 2013.

Noble Ventures, Inc. c. Roumanie, affaire CIRDI No. ARB/01/11, sentence du 12 octobre 2005.

OperaFund Eco-Invest SICAV PLC and Schwab Holding AG c. Espagne, affaire CIRDI No. ARB/15/36, 6 Septembre 2019.

Opic Karimun c. Venezuela, affaire CIRDI No. ARB/10/14, sentence du 28 mai 2013.

Pan American Energy LLC and Bp Argentina Exploration Company c. Argentina, affaire CIRDI No. ARB/04/8, sentence du 27 juillet 2006.

Parkerings-Compagniet AS c. Lituanie, affaire CIRDI No. ARB/05/8, sentence du 11 septembre 2007.

Patrick Mitchell c. Congo, affaire CIRDI No. ARB/99/7, sentence du 01 novembre 2006.

Philip Morris Brands Sarl, Philip Morris Products S.A. et Abal Hermanos S.A. c. Uruguay, affaire CIRDI No. ARB/10/7, décision sur la juridiction du 2 juillet 2013.

Phoenix Action Ltd c. République Tchèque, affaire CIRDI No. ARB/06/5, sentence du 15 avril 2009.

Plama Consortium Limited c. Bulgarie, affaire CIRDI No. ARB/03/24, sentence du 27 août 2008.

PNG Sustainable Development Program Ltd., c. Independent State of Papua New Guinea, affaire CIRDI No. ARB/13/33, sentence du 5 mai 2015.

Robert Azinian c. Mexique, affaire CIRDI No. ARB/01/12, sentence du 01 novembre 1999.

Robert Azinian, Kenneth Davitian & Ellen Baca c. Mexique, affaire CIRDI No. ARB(AF)/97/2, sentence du 06 octobre 1999.

Rompetrol Group NV c. Roumanie, affaire CIRDI No. ARB/06/3, sentence du 6 mai 2013.

Ronald S. Lauder c. République Tchèque, affaire CIRDI, sentence du 3 septembre 2001.

RREEF Infrastructure (G.P.) c. Espagne, affaire CIRDI No. ARB/13/30, 30 novembre 2018.

Rumeli Telekom A.S. et Telsim Mobil Telekomunikasyon Hizmetleri A.S. c. Kazakhstan, affaire CIRDI No. ARB/05/16, sentence du 29 juillet 2008.

Rusoro Mining Ltd., c. République bolivarienne du Vénézuëla, affaire CIRDI No. ARB/(AF)/12/5, sentence du 22 août 2016.

Saba Fakes c. Turquie, affaire CIRDI No. ARB/07/20, sentence du 14 juillet 2010.

Saipem S.p.A. c. Bangladesh, affaire CIRDI No. ARB/05/7, sentence du 30 juin 2009.

Salini costruttori S.P.A. and Italstrade S.P.A. c. Royaume du Maroc, affaire CIRDI No. ARB/00/4, sentence du 23 juillet 2001.

Sempra Energy International c. Argentine, affaire CIRDI No. ARB/02/16, sentence du 28 septembre 2007.

SGS Société Générale de Surveillance c. Pakistan, affaire CIRDI No. ARB/01/3, sentence du 6 août 2003.

SGS Société Générale de Surveillance c. Philippines, affaire CIRDI No. ARB/02/6, sentence du 29 janvier 2004.

Sistem Mühendislik İn aat Sanayi ve Ticaret A. c. Kirgizistan, ARB(AF)/06/1, 13 septembre 2007.

SOABI c. Sénégal, affaire CIRDI No. ARB/81/1, sentence du 1 août 2004.

Société Industrielle des Boissons de Guinée (SIBG) c. République de Guinée, affaire CIRDI No. ARB/12/8, sentence du 21 mai 2014.

Société Resort Company Invest Abidjan, Stanislas Citerici and Gérard Bot c. Côte d'Ivoire, affaire CIRDI No. ARB/16/11, sentence du 1 août 2017.

Southern Pacific Properties (Middle East) c. République Arabe d'Égypte, affaire CIRDI No. ARB/84/3, sentence sur le fond du 20 mai 1992.

Southern Pacific Properties (Middle East)) c. République Arabe d'Égypte II, affaire CIRDI, décision sur la compétence du 14 avril 1988.

Southern Pacific Properties (SPP) et Southern Pacific Properties (Middle East) Limited (SPP ME) c. République Arabe d'Égypte I, affaire CIRDI No. ARB/84/3, décision sur la compétence du 27 novembre 1985.

Stadtwerke München GmbH, RWE Innogy GmbH, and others c. Kingdom of Spain, affaire CIRDI No. ARB/15/1, 2 décembre 2019.

Tidewater Inc., Tidewater Investment SRL, Tidewater Caribe, CA et al. v. Venezuela, affaire CIRDI No. ARB/10/5, sentence du 8 février 2013.

Tradex Hellas c. Albanie, affaire CIRDI No. ARB/94/2, décision sur la compétence du 24 décembre 1996.

Tradex Hellas c. Albanie, affaire CIRDI No. ARB/94/2, sentence du 29 avril 1999.

Transban Investments Corp. c. République Bolivarienne du Venezuela, affaire CIRDI No. ARB/12/24, sentence du 22 novembre 2017.

Urbaser S.A. and Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa c. The Argentine Republic, affaire CIRDI No. ARB/07/26, sentence du 8 décembre 2016.

Vacuum Salt c. Ghana, affaire CIRDI No. ARB/92/1, sentence du 16 février 1994.

Venoklim holding B.V. c. République bolivarienne du Venezuela, affaire CIRDI No. ARB/12/22, sentence du 3 avril 2015.

Victor Pey Casado et fondation « president Allende » c. Chili, affaire CIRDI No. ARB/98/2, sentence du 8 mai 2008.

Waguih Elie George Siag and Clorinda Vecchi c. Egypte, affaire CIRDI No. ARB/05/15, sentence du 01 juin 2009.

World Duty Free (WDF) Company Limited c. Kenya, affaire CIRDI No. ARB/00/7, sentence du 4 octobre 2006.

Zhinvali Development Ltd. c. République de Géorgie, affaire CIRDI No. ARB/00/1, sentence du 24 janvier 2003.

5. LCIA

Occidental Exploration & Production Company c. Equateur (I), n°UN3467, sentence du 1 juillet 2004.

6. SCC

CCL Oil v. Kazakhstan, aff. n°122/2001, 1er janvier 2004.

Charanne and Construction Investments c. Espagne, aff. n°V 062/2012, 21 janvier 2016.

Isolux Infrastructure Netherlands c. Espagne, aff. n°V2013/153, 12 juillet 2016.

Novenergia II – Energy & Environment (SCA), SICAR c. Espagne, aff. n°2015/063, 15 février 2018.

7. CNUDCI – UNCITRAL

Antoine Biloune et Marine Drive Complex Ltd. c. Ghana Investments Centre et le gouvernement ghanéen, sentence du tribunal *ad hoc* sur la compétence et la responsabilité du 27 octobre 1989.

Ethyl Corp c. Canada, décision sur la compétence du 24 juin 1998.

International Thunderbird Gaming Corporation v. The United Mexican States, affaire ALENA (règlement CNUDCI), sentence du 26 janvier 2006.

National Grid PLC c. Argentine, sentence du 3 novembre 2008.

Ruby Roz LLP et Kaseem Omar c. Kazakhstan, sentence du 01 octobre 2013.

Sergei Paushok c. Mongolie, sentence du 28 avril 2011.

8. Autres tribunaux arbitraux

CPA, *Eureko BV c. République slovaque*, décision sur la compétence du 26 octobre 2010.

CPA, *Khan Resources Inc. Khan Resources B.V. CAUC Holding Company Ltd. c. The Government of Mongolia MonAtom*, aff. n°2011-09, juridiction, 25 juillet 2012.

SA, *Sapphire*, affaire *ad hoc*, *Répertoire*, n°3175, p. 301.

Texaco Overseas Petroleum Co. & California Asiatic Oil Company c. Libye, affaire *ad hoc*, sentence du 19 janvier 1977.

The American Independent Oil (AMINOIL) Company c. Kuwait, affaire *ad hoc*, sentence définitive du 24 mars 1982.

9. Commissions de conciliations et de réclamations

Commission de conciliation Egypte - Etats-Unis, *Affaire Salem*, sentence du 8 juin 1932, *RSA*, vol. II, pp. 1161-1237.

Commission de conciliation italo-américaine, *Affaire Flegenheimer (Etats-Unis c. Italie)*, sentence du 20 septembre 1958, *RIAA*, vol. XVIII, pp. 155-228.

Commission de conciliation italo-américaine, *Affaire Mergé*, décision No. 55 du 10 juin 1955, *RSA*, vol. XIV, pp. 236-248.

Commission Mixte de réclamations Etats-Unis - Mexique, *Illinois Central Railroad Company (USA) c. le Mexique*, sentence du 31 Mars 1926, *RIAA*, vol. IV, pp. 22-24.

Commission mixte de réclamations France- Venezuela, *Antoine Fabiani c. Venezuela*, sentence du 31 juillet 1905, *RSA*, vol. X, pp. 83-139.

10. Sentences arbitrales interétatiques

Affaire Canevaro (Italie c. Perou), sentence du 3 mai 1912, RIAA, vol. XI, pp. 397-410.

Affaire de la souveraineté sur l'île de Palmas, (Etats-Unis c. Pays-Bas), affaire CPA, sentence du 4 avril 1928.

Affaire des biens britanniques au Maroc espagnol (Espagne c. Royaume-Uni), sentence du 1^{er} mai 1925, RSA, vol. II.

Affaire du Lac Lanoux (Espagne c. France), sentence du 19 novembre 1957, RSA, vol. XII, pp. 281-317.

Affaire Tacna Rica (Chili c. Pérou), sentence du 4 mars 1925, RSA, vol. XII, pp. 921-958.

Délimitation maritime (Barbade c. Trinité-et-Tobago), affaire CPA, sentence du 11 avril 2006.

11. Tribunal irano-américain de réclamations

Tribunal Irano-Américain, *décision d'interprétation A/18*, 6 avril 1984, disponible en ligne.

12. Juridictions internes

a) Juridictions françaises

Cour de Cassation, 1^{ère} Chambre civile, 5 décembre 1910, n° 395, *American trading Cie c. Quebec Steamship Cie*, Revue de droit interne, 1911.

Cour de Cassation, 1^{ère} Chambre Civile, 28 mars 2013, n° 10-25938, *Société NML c. République d'Argentine*, Bulletin 2013, I, n° 62.

Cour de Cassation, 1^{ère} Chambre Civile, 18 mai 1971, n° 69-14.130, *Impex*, Bulletin des arrêts Cour de Cassation Chambre civile 1 n° 160.

Cour d'appel, Dijon, 4 mars 1971, n° 352, *Droit maritime français*, 1971, 352, *Rev. Crit.* 1972, Som. 714.

Conseil d'Etat, Assemblée, 14 janvier 1938, n° 51704, *Société anonyme des produits laitiers « La Fleurette »*, Recueil Lebon.

Conseil d'Etat, Assemblée, 21 janvier 1944, n° 62258, *Sieurs Caucheteux et Desmont*, Recueil Lebon.

b) Juridictions sudafricaines

Administrator, Transvaal, and Others v. Traub and Others, 1989, (4) SA 731 (A).

Council of Civil Service Unions v. Minister for the Civil Service, 1984, 3 All ER 935 (HL).

Meyer v. Iscor Pension Fund 2003 (2) SA 715 (SCA).

Premier, Mpumalanga and Another v. Executive Committee, Association of State-Aided Schools, Eastern Transvaal, 1999 (2) SA 91 (CC).

IV. DOCTRINE

1. Manuels et ouvrages généraux

ANZILOTTI (D.), *Cours de droit international*, Paris, Panthéon-Assas, vol. I, 1929.

ARNAUD (A-J), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, Paris, LGDJ, 2^{ème} Edition, 1993.

AUDIT (M.), BOLLEE (S.), et CALLE (P.), *Droit du commercial international et de l'arbitrage international*, Paris, LGDJ, 2^{ème} Edition., 2016.

BALLADORE PALLIERI (G.), *Diritto internazionale pubblico*, Milan, DOTT. A. GUIFFRE, 8^{ème} Edition., 1962.

BUFFELAN-LANORE (Y.), « Entreprise publiques : Création et organisation », *Jcl. Adm*, Litec, fasc. n°155.

BUREAU (D.) et MUIR WATT (H.), *Droit international privé*, Tome II, Paris, PUF, 4^{ème} édition, 2017.

CARREAU (D.) et JUILLARD (P.), *Droit international économique*, Paris, Dalloz, 6^{ème} Edition, 2017.

CLAVEL (S.), *Droit international privé*, Paris, HyperCours Dalloz, 5^{ème} Edition, 2018.

CORTEN (O.) et KLEIN (P.) (eds.), *The Vienna Conventions on the Law of treaties: A commentary*, Volume II, Oxford, OUP, 2011.

COMBACAU (J.) et SUR (S.), *Le droit international public*, Paris, LGDJ, 12^{ème} édition, 2016.

DAILLIER (P.), FORTEAU (M.), PELLET (A.), *Droit international public*, Paris, LGDJ, 2008.

De NANTEUIL (A.), *Droit international de l'investissement*, Paris, A. Pédone, 2017.

DEGNI SEGUI (R.), *Droit administratif général*, Abidjan, NEI-CEDA, Tome II, 5^{ème} éd., 2012.

DELVOLVE (P.), *Droit public de l'économie*, Paris, Dalloz, 1998.

DICEY (A.V.), *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, Londres, Macmillan, 8^{ème} Edition, 1915.

DOLZER (R.) et SCHREUER (C.), *Principles of International Investment Law*, Oxford, OUP, 2008.

DUGUIT (L.), *Traité de droit constitutionnel*, 3^{ème} éd., Paris, éd. De Boccard, 1930, t.3, p. 469.

HAURIOU (M.), *Droit administratif et droit public*, Paris, Sirey, Edition Précis, 1911, p. 481.

HERDEGEN (M.), *Principles of international economic law*, Oxford, OUP, 2^{ème} Edition, 2016.

HOEXTER (C.), *Administrative Law in South Africa*, Afrique du Sud, JUTA, 2^{ème} Edition, 2007.

LAFERRIERE (E.), *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, Paris, Berger-Levrault, 2^{ème} Edition, 1988.

LALANDE (A.), *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, Paris, PUF, 2010.

LAURIOL (T.) et RAYNAUD (E.), *Le droit pétrolier et minier en Afrique*, Paris, LGDJ, 2016.

MAYER (P.) et HEUZE (V.), *Droit international privé*, Paris, LGDJ, 12^{ème} Edition, 2019.

MOORE (J-B), *History and Digest of International Arbitrations: Volume V*, Etats-Unis, U.S. Government Printing Office, 1989.

POUDRET (J-F), BESSON (S.), *Droit comparé de l'arbitrage international*, Bruxelles, Bruylant, 2002.

PUCHTA (J.F.), *Cursus der Institutionen T.I*, Leipzig, FA Brockhaus, 1850.

PUFENDORF (S.), *Le droit de la nature et des gens*, trad. de Jean Barbeyrac, Tome I, Livre III, Caen, Fontes et Paginae, 2009.

RENAUT (M.H.), *Histoire du droit des obligations*, Paris, Ellipses, 2008.

ROLAND (H.) et BOYER (L.), *Adages du droit français*, Paris, Lexis Nexis/Litec, 4^{ème} Edition, 1999.

ROSENNE (S.), *The Law and Practice of the International Court (1920-1996)*, Vol. III, Procédure, Leyde, Martinus Nijhoff Publishers, 1997.

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

SCHOEMAN (E.), ROODT (C.), WETHMAR-LEMMER (M.) *Private International Law in South Africa*, Alphen-sur-le-Rhin, Wolters Kluwers Law and Business, 2014.

SCHREUER (C.), *The Icsid Convention: A commentary*, Oxford, OUP, 2^{ème} Edition, 2009.

SERAGLINI (C.), ORTSCHIEDT (J.), *Droit de l'arbitrage interne et international*, Paris, LGDJ, 2^{ème} Edition, 2019.

2. Ouvrages spécialisés / monographies

ALEXANDROV (S.), *Reservations in Unilateral Declarations Accepting the Compulsory Jurisdiction of the International Court of Justice*, Leyde, Martinus Nijhoff Publishers, 1995.

AMERASINGHE (C.), *Jurisdiction of International Tribunals*, Alphen-sur-le-Rhin, Kluwer Law International, 2003.

BOLLECKER-STERN (B.), *Le préjudice dans la théorie responsabilité internationale de l'Etat*, Paris, A. Pédone, 1973.

BROYELLE (C.), *La responsabilité de l'Etat du fait des lois*, Paris, LGDJ, 2003.

CAPITANT (H.), *De la cause des obligations*, Paris, LGDJ, Edition La mémoire du droit, 2012.

CAHIN (G.), *La coutume internationale et les organisations internationales : l'incidence de la dimension institutionnelle sur le processus coutumier*, Paris, A.Pédone, 2001.

CARRE DE MALBERG (R.), *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, Paris, Sirey, 1920, t.1.

COMBACAU (J.), *Le droit des traités*, Paris, PUF, Edition « Que sais-je ? », 1991.

CONNANUS (F.), *Commentarii iuris civilis*, Paris, 1553 dont la première édition date de 1551.

CREPET DAIGREMONT (C.), *La clause de la nation la plus favorisée*, Paris, A. Pédone, Paris, 2015.

DE NANTEUIL (A.), *L'expropriation indirecte en droit international de l'investissement*, Paris, A. Pédone, 2014.

DIALLO (O.), *Le consentement des parties à l'arbitrage international*, Genève, Graduate Intitute Publication, 2010.

DUBISSON (M.), *La Cour Internationale de Justice*, Paris, LGDJ, 1964.

DUGUIT (L.), *L'Etat, le droit objectif et la loi positive*, Paris, A. Fontemoing, 1901.

GILLES (A.), *La définition de l'investissement international*, Bruxelles, Larcier, 2012.

GOLDSWORTHY (J.), *The Sovereignty of Parliament: History and Philosophy*, Oxford, OUP, 1999.

GRANT (J.) et BARKER (C.), *Harvard Research in International Law: Contemporary Analysis and Appraisal*, New York, William S. Hein & Company Incorporated, 2007.

KANT (E.), *Critique de la raison pratique*, trad. Barni, Paris, Librairie philosophique de Ladrangé, 1848.

KOLB (R.), *Doctrine sur le fondement du droit des gens*, Paris, A. Pédone, 2007.

LANCARANI (L.), *les contrats d'état à l'épreuve du droit international*, Bruxelles, Bruylant, 2001.

KAUFFMAN-KOHLER (G.), SCHULTZ (T.), *Online dispute resolution, Challenges for contemporary justice*, Alphen-sur-le-Rhin, Kluwer Law International, 2004.

LEGUM (C.), *Pan Africanism : A short Political Guide*, Londres, Pall Mall, 1962.

MANCIAUX (S.), *Investissements étrangers et arbitrage entre Etats et ressortissants d'autres Etats. Trente années d'activité du CIRDI*, Travaux du CREDIMI Vol. 24, Paris, Litec/Nexis Lexis, 2004.

MARIE (A.), *Le silence de l'Etat comme manifestation de sa volonté*, Paris, Pédone, 2018.

NGANGJOH HODU (Y.), MBENGUE (M.), *African perspectives in international investment law*, Manchester University Press, 2020.

NGOUMTSA ANOU (G.), *Droit Ohada et conflits de lois*, Paris, LGDJ, 2013.

NIANE (B.), *Le régime juridique et fiscal du code des investissements au Sénégal*, Paris, NEA et A. Pédone, 1976.

ISSA-SAYEGH (J), POUGOUE (P-G) (Dir.), *OHADA : traité et actes uniformes commentés et annotés*, Poitiers, Juriscope, 2018.

PADMORE (G.), *Pan africanism or communism? The Coming Struggle for Africa*, Londres, D. Dobson, 1956.

POLLAN (T.), *The legal framework for the admission of FDI*, Utrecht, Eleven International Publishing, 2006.

RANOUIL (V.), *L'autonomie de la volonté : naissance et évolution d'un concept*, Paris, PUF, 1980.

RIPERT (G.), *Les forces créatrices du droit*, Paris, LGDJ, 1955.

ROSENNE (S.), *The International Court of Justice: An Essay in Political and legal theory*, Leyden, Willem Sijthoff, 1957.

SAILLANT (E.), *L'exorbitance en droit public*, Paris, Dalloz, 2011.

SALACUSE (J), *The Three Laws of International Investment*, Oxford, OUP, 2013.

SANTULLI (C.), *Le statut international de l'ordre juridique étatique : Etude du traitement du droit interne par le droit international*, Paris, A. Pédone, 2001.

SCHREUER (C.) et al., *The ICSID Convention: a commentary*, Cambridge, CUP, 2ème Edition, 2009.

SHIHATA (I.), *The power of the International Court to Determine its own Jurisdiction. Compétence de la compétence*, Leyde, Martinus Nijhoff Publishers, 1965.

SORNARAJAH (M.), *Resistance and Change in the international law on Foreign Investment*, CUP, 2015.

SUY (E.), *Les actes juridiques unilatéraux en droit international public*, Paris, LGDJ, 1962.

TÖRBER (G.), *The contractual nature of the optional clause*, Portland, Bloomsbury, 2015.

VIRALLY (M.), *La pensée juridique*, Paris, LGDJ, Editions Panthéon-Assas, 2010.

YUSUF (A.), *Panafricanisme et droit international*, Leyde, Martinus Nijhoff, Publishers, 2017.

3. Ouvrages collectifs

ACHTOUK-SPIVAK (L.), « Le droit applicable aux arbitrages en matière d'investissements », in LEBEN (C.) (dir.), *Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational*, Paris, A. Pedone, 2015, p. 813.

ANTONIO PARRA (R.), « Principles governing Foreign Investment, as Reflected in National Investment Codes », in SHIHATA (I.) (ED.), *Legal Treatment of Foreign Investment: The world Bank Guidelines*, Leyden, Martinus Nijhoff Publishers, 1993, p. 109.

ANTONIO PARRA (R.). « The scope of new investment laws and international agreements », in PRITCHARD (R) et al. (eds.), *Economic Development Foreign Investment and the Law*, Alphen-sur-le-Rhin, Kluwer Law, 1996, p. 27.

BANIFATEMI (Y.), « The law applicable to Investment treaty Arbitration » in YANNACA-SMALL (K) (dir.), *Arbitration Under International Investment Agreements: A guide to the Key Issues*, Oxford, OUP, 2010, p. 191.

BATTIFOL (H.) : « Subjectivisme et objectivisme dans le droit international privé des contrats » in *Choix d'articles*, Paris, LGDJ, 1976, p. 249.

BATTIFOL (H.), « L'affirmation de la loi d'autonomie dans la jurisprudence française », *Choix d'articles*, LGDJ, 1976, p. 266.

BEN HAMIDA (W.), « La clause relative au respect des engagements dans les traités d'investissement », in LEBEN (C.) (dir.), *Le contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement*, Paris/Louvain-la-Neuve, LGDJ, 2006, p. 53.

BISCHOFF (J.A.) et HAPP (R.), « Notion of Investment » in Marc BUNGERBERG et al., *International Investment Law*, Londres, Hart Publishing, 2015, p. 515.

CARON (D.), « The interpretation of National Investment Law as Unilateral Act under international law » in ARSANJANI (H.), et al. (dir.), *Looking to the future, Essays in international law in honor of Michael Reisman*, Leyde, Martinus Nijhoff, 2011, p. 649.

CAZALA (J.), « La clause de respect des engagements » in LEBEN (C) (dir.), *Droit International de l'Investissement et de l'arbitrage transnational*, Paris, A. Pédone, 2015, p. 347.

CREPET DAIGREMONT (C.), « les sources du droit international des investissements », LEBEN (C) (dir.), *Droit International de l'Investissement et de l'arbitrage transnational*, Paris, A. Pédone, 2015, p. 111.

COMBACAU (J.), « Obligations de résultat et obligations de comportement, quelques questions et pas de réponse », *Le droit international : unité et diversité*, mélanges Paul Reuter, Paris, A. Pédone, 1981, p. 181.

D'ARGENT (P.) et al., « article 39 » in COT (J-P.) ET PELLET (A.) (Dir.), *La charte des Nations Unies, Commentaire article par article*, Paris, Economica, 3^{ème} édition, 2005.

DUGAN (C.F.), DON WALLACE (J.) et al., *Investor-State Arbitration*, Oxford, OUP, 2008, vol. 1, p. 230.

FADLALLAH (I.), « La distinction treaty claim – contract claims », in LEBEN (C) (dir.), *Droit International de l'Investissement et de l'arbitrage transnational*, Paris, A. Pédone, 2015, p. 759.

FORTEAU (M.), « Nationalité des investisseurs personnes physiques et nationalité des investisseurs personnes morales, actionnaires », in LEBEN (C) (dir.), *Droit International de l'Investissement et de l'arbitrage transnational*, Paris, A. Pédone, 2015, p. 161.

GAILLARD (E.), « Identify or define ?, Reflections on the evolution of the concept of the in ICSID practice » in BINDER (C.) et al. (dir.), *International Investment Law for the 21st century : Essays in honour of Christoph Schreuer*, Oxford, OUP, 2009, p. 411.

GAILLARD (E.), « Investment Treaty Arbitration and Jurisdiction over Contract Claims – The SGS Cases Considered », in WEIL (T.) (Ed.), *International Investment Law and Arbitration : Leading Cases from the ICSID, NAFTA, Bilateral Treaties and Customary International Law*, Londres, Cameron May, 2005, p. 325.

GIRVAN (N.), « Expropriating the expropriators : compensation criteria from a third world point of view », Lillich, *The Valuation of nationalized property in international law*, R Lillich Editions, 1972 – 1986, vol. III, p. 149.

HOFFMANN (A.), « Denial of Benefits » in BUNGENBERG (M.) et al. (Eds.), *International Investment Law*, Francfort, C.H. Beck, 2015, p. 598.

JACQUE (J-P.), « A propos de la promesse unilatérale », *Le droit international : Unité et diversité*, mélanges Paul Reuter, A. Pédone, 1981, p. 325.

JUILLARD (P.), « Contrat d'Etat et investissement », in CASSAN (H.) (dir.), *Contrats Internationaux et pays en développement*, Paris, Economica, 1989, p. 159.

KERN (C.), « Transfer of funds », in BUNGENBERG (M.) et al. (Eds.), *International Investment Law*, Francfort, C.H. Beck, 2015, p. 870.

KRIEBAUM (U.), « Expropriation » in BUNGENBERG (M.) et al. (Eds.), *International Investment Law*, Francfort, C.H. Beck, 2015, p. 982.

LAGRANGE (E), « L'application des accords relatifs à l'investissement dans les ordres juridiques internes », Sabrina ROBERT-CUENDET (dir.), *Droit des investissements internationaux, Perspectives croisées*, Bruxelles, Bruylant, 2017, p. 485.

LAGRANGE (E), « SPP v Egypt, AAPL vs Sri Lanka: Some Revolutionary Steps? », in Hélène RUIZ-FABRI et Edoardo STOPPIONI (dir.), *International Investment Law: An Analysis of the Major Decisions*, à paraître, 2021.

LAZARUS (C.), « L'organisation des Nations Unies et les entreprises multinationales », in GOLDMAN (B.) et FRANCESCAKIS (P.) (dir.) *L'entreprise multinationale face au droit*, Paris, Librairie technique, 1977.

LEBEN (C.), « Droit international des investissements : un survol historique » in LEBEN (C) (dir.), *Droit international de l'investissement et de l'arbitrage transnational*, Paris, A. Pédone, 2015, p. 1.

LEBEN (C.), « La liberté normative de l'Etat et la question de l'expropriation indirecte », in LEBEN (C.) (dir.), *Le contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement. Nouveaux développements*, Paris, LGDJ, 2006, p. 163.

MATRINCE (J.), « La notion d'investissement », in LEBEN (C) (dir.), *Droit International de l'Investissement et de l'arbitrage transnational*, Paris, A. Pédone, 2015, p. 135.

MBENGUE (M.), « National Legislation and Unilateral Acts of States », in Gazzini (T.), Brabandère (E.) (Eds.), *The Sources of Rights and Obligations in Transnational Investment Law*, Leyde, Martinus-Nijhoff Publishers, 2012, p. 183.

MEYER (P.), « Commentaires de l'acte Uniforme du 11 mars 1999 relatif au droit de l'arbitrage » in ISSA-SAYEGH (J), POUGOUE (P-G) (Dir.), *OHADA : traité et actes uniformes commentés et annotés*, Poitiers, Juriscope, 2018, p.154.

MORSE (C.), « Comparative study of the rules of conflicts of laws in the field of contract » in BOUREL (P.) et al. (dir.), *L'influence des communautés européennes sur le droit des communautés des Etats membres*, Bruxelles, Larcier, 1981, p. 148.

MOTULSKY (H.), « Menace sur l'arbitrage : la prétendue incompétence des arbitres en cas de contestations de l'existence ou de la validité d'une clause compromissoire », *Ecrits, études et notes sur l'arbitrage*, Paris, Dalloz, 2^{ème} Edition, 1974.

NOUVEL (Y.), « La compétence matérielle : contrat, traité et clauses parapluie », LEBEN (C.) (dir.), *La procédure arbitrale relative aux investissements internationaux : aspects récents*, Paris/Louvain-la-Neuve, LGDJ, 2010, p. 13.

NOUVEL (Y.), « les standards de traitement : le traitement juste et équitable, la sécurité pleine et entière » in LEBEN (C) (dir.), *Droit International de l'Investissement et de l'arbitrage transnational*, Paris, A. Pédone, 2015, p. 288.

NOWROT (K.), « Obligations of investors », *International Investment Law*, in BUNGENBERG (M.) et al. (Eds.), *International Investment Law*, Francfort, C.H. Beck, 2015, p. 1154.

POTESTÀ (M.), « State-to-State Dispute Settlement Pursuant to Bilateral Investment treaties : Is there Potentiel ? » in N. BOSCHIERO et al. (eds.), *International Courts and the Development of International Law*, The Hague, ASSER PRESS, 2013, p. 753.

REED (L.) et DAVIS (J.), « Who is a protected Investor? » in BUNGENBERG (M.) et al. (Eds.), *International Investment Law*, Francfort, C.H. Beck, 2015, p. 614.

REINISCH (A.), « Legality of Expropriation » in REINISCH (A.), *Standards of Investment Protection*, Oxford, OUP, 2008, p. 189.

REISMAN (M.) et ARSANJANI (M.), « The question of Unilateral Government Statements as Applicable Law in Investment Disputes » in, DUPUY (P-M) et al. (dir.), *Völkerrecht als Wertordnung – Common Values in international Law, Essays in honour of Christian Tomuschat*, N.P. Engel Verlag, Munich, 2006, p. 409.

RIVIER (R.), « L’articulation entre droit national et droit international devant les tribunaux arbitraux internationaux d’investissement », Sabrina ROBERT-CUENDET (dir.), *Droit des investissements internationaux : Perspectives croisées*, Bruxelles, Bruylant, 5 mai 2017, p. 478.

SCHLEMMER (E.), « Investment, Investor, Nationality, and Shareholders », in MUCHLINSKI (P.) et al., *The Oxford Handbook of International Investment Law*, Oxford, OUP, 2008.

SCHREUER (C.), « Investment Arbitration based on National Legislation », HAFNER, MATSCHER, SCHMALENBACH (eds.), *Volkerrecht und die Dynamik der Menschenrechte*, Liber Amicorum, Wolfram Karl, Facultas, Wien, 2012, p. 527.

SCHREUER (C.), « Investment International Protection », in LACHENMANN (F.), WOLFRUM (R.) (Eds.), *International Economic Law*, Oxford, OUP, 2015, p. 562.

SINCLAIR (A.), « Umbrella Clause », in BUNGENBERG (M.) et al. (Eds.), *International Investment Law*, Francfort, C.H. Beck, 2015, p.887.

SUY (E.) et ANGELET (N.), « article 25 », COT (J-P.) ET PELLET (A.) (Dir.), *La charte des Nations Unies, Commentaire article par article*, Paris, Economica, 2^{ème} édition, 1991, p. 471.

TEJERA PEREZ (V.J.), « Do Municipal Laws Always Constitute a Unilateral Offer to Arbitrate? The Venezuelan Investment Law: A case study », in LAIRD (I.A.), WEILER (T.J.) (eds.), *Investment Treaty Arbitration and International Law*, Jurisnet, LLC, Huntington, 2008, p. 89.

VILLIGER (M.), « Article 31: General rules of interpretation » in Olivier CORTEN et Pierre KLEIN (dir.), *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*, Oxford, OUP, 2011, p. 413.

VIRALLY (M.), « Sur un pont aux ânes : les rapports entre droit international et droits internes », *Mélanges offerts à Henry Rolin*, Paris, A. Pédone, 1964, p. 488.

4. Cours de l'Académie de droit international de La Haye

ABI SAAD (G.), « Cours Général de Droit international public », *RCADI*, vol. 207, 1987.

BECKETT (W-E.), « Les questions d'intérêt général au point de vue juridique dans la jurisprudence de la Cour permanente de justice internationale », *RCADI*, vol. 50, 1932.

CAPORTORTI (F.), « La position de l'individu en droit international et la protection des droits de l'homme », *RCADI*, vol. 248, 1994.

GUGGENHEIM (P.), « Contribution à l'histoire des sources du droit des gens », *RCADI*, vol. 94, 1958.

GUGGENHEIM (P.), « Les principes du droit international public », *RCADI*, vol. 80, 1952.

JUILLARD (P.), « L'évolution des sources du droit des investissements », *RCADI*, vol. 250, 1990.

KELSEN (H.), « Les rapports de système entre le droit international et le droit interne », *RCADI*, vol. 14, 1926.

KELSEN (H.), « Théorie du droit international public », *RCADI*, vol. 42, 1953.

LEBEN (C.), « La théorie du contrat d'Etat et l'évolution du droit international des investissements », *RCADI*, vol. 302, 2003.

LOUSSOUARN (Y.), « Cours général de droit international privé », *RCADI*, vol. 139, 1973.

MOSLER, « L'application du droit international public par les tribunaux nationaux », *RCADI*, vol. 91, 1957.

NIBOYET (J-P), « La théorie de l'autonomie de la volonté », *RCADI*, vol. 16, 1927.

QUADRI (R.), « Le système des règles internationales », *RCADI*, vol. 113, 1964.

REUTER (P.), « Principes de droit international public », *RCADI*, vol. 103, 1961.

SCELLE (G.), « Règles générales du droit de la paix », *RCADI*, vol. 46, 1933.

SPERDUTTI (G.), « L'individu et le droit international », *RCADI*, vol. 90, 1956.

SUR (S.), « Les obligations juridiques internationales », *RCADI*, vol. 264, 2013.

TRIEPEL (H.), « Les rapports entre le droit international et le droit interne », *RCADI*, vol. 1, 1923.

VENTURINI (G.), « La portée et les effets juridiques des attitudes et des actes unilatéraux des Etats », *RCADI*, vol. 112, 1964.

VERDROSS (A.), « Règles internationales concernant le traitement étrangers », *RCADI*, vol. 37, 1931.

VISSCHER (C.), « Le déni de justice en droit international », *RCADI*, vol. 52, 1935.

WEIL (P.), « Les problèmes relatifs aux contrats passés entre un Etat et un particulier », *RCADI*, vol. 128, 1969.

5. Thèses et Mémoires de recherche

BEN HAMIDA (W.), *L'arbitrage transnational unilatéral – réflexions sur une procédure réservée à l'initiative d'une personne privée contre une personne publique*, Thèse, Université Panthéon-Assas, Paris, 2003.

CORREA ANGEL (D.X.), *La stabilité juridique dans le droit international des investissements : Etude sur le cadre juridique de l'investissement international*, Thèse, Université Paris II Panthéon-Assas, 2012.

DIEHL (A.), *The Core Standard of International Investment Protection: Fair and Equitable Treatment*, Alphen-sur-le-Rhin, Kluwer Law & Business, Collection International arbitration law library, 2012.

EDIKO (K.W.), *Le rôle des codes des investissements dans les politiques de développement des pays africains*, Thèse, Université Paris I Panthéon-Sorbonne, 2012.

FARMANFARMA (A.N.), *The declaration of the members accepting the compulsory jurisdiction of the International Court of Justice*, Thèse, Université de Genève, 1951.

FRAPPIER (M.), *L'exigence du traitement national en droit international économique*, Thèse, Université Paris II Panthéon-Assas, 2019.

GUZMAN PEREZ (R.A.), *Convention de Washington : l'approche de l'Amérique Latine*, Thèse, Université Paris 13, 2015.

LAGELLE (A.), *Les standards en droit international économique. Contribution à l'étude de la normativité internationale*, thèse, Université Nice - Sophia-Antipolis, 2012.

MARCHAIS (B.), *Les codes d'investissement, expression d'un langage théorique ou reflet d'une nécessité pratique : contribution à l'étude de la problématique des réglementations des investissements*, thèse, Université Paris 10, 1985.

MARTIN-BIDOU (P.), *L'acquiescement en droit international*, Thèse, Université Paris II Panthéon-Assas, 1992.

NGOUADJE MALIENDJI (D.), *Le standard du traitement juste et équitable en droit international de l'investissement – Essai sur une technique conventionnelle de régulation substantielle*, Thèse, Université Paris II Panthéon-Assas, 2014.

ROBERT-CUENDET (S.), *Protection de l'environnement et investissement étranger : les règles applicables à la dépossession du fait de la réglementation environnementale*, Thèse, Paris 1 Panthéon-Sorbonne, 2008.

ROBIN (D.S.), *Les actes unilatéraux comme éléments de formation du droit international*, thèse, Paris 1, 2018.

7. Articles

ANDREEVA (Y.), « Interpreting Consent to Arbitration as a Unilateral Act of State », *Arbitration International*, vol. 27, n°1, 2011, p. 129.

ANTONIO PARRA (R.), « Principles governing foreign Investment as reflected in National Investment Codes » *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*, vol. 8, n°1, 1992, p. 428.

BARALE (J.), « L’acquiescement dans la jurisprudence internationale », *AFDI*, vol. 11, 1965, p. 389.

BASTID (S.), « La décision de la Commission de conciliation italo-américaine dans l’affaire Flegenheimer, (Etats-Unis d’Amérique c. Italie) », *AFDI*, 1959, vol. 5, p. 313.

BEAU (O.), « Nationalisation et souveraineté : la nationalisation comme acte de puissance publique », *Petites affiches*, vol. 141, 1995, p. 14.

BEN HAMIDA (W.), « La notion d’investissement : la notion maudite du système CIRDI ? », *La Gazette du Palais*, Recueil 14-15 décembre 2017, p. 33.

BEN HAMIDA (W.), « L’arbitrage Etats-Investisseur cherche son équilibre perdu : Dans quelle mesure l’Etat peut introduire des demandes reconventionnelles contre l’investisseur privé ? » in *International Law Forum du droit international*, 01 janvier 2005, vol. 7, n°4, p. 261.

BEN HAMIDA (W.), « L’arbitrage Etat-investisseur face à un désordre procédural : la concurrence des procédures et les conflits de juridictions », *AFDI*, vol. 51, 2005, p. 564.

BEN HAMIDA (W.), « L’intégration imparfaite de l’arbitrage d’investissement dans le droit de l’OHADA », *Rev. Arb.*, n° 4, 2019, p. 1109.

BENTLEY ANDERSON (J.), « The Angolan Foreign Investment Law: A comparative legal perspective » in *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, vol. 8, n°2, 1993, p. 295.

BENTZ (J.), « Le silence comme manifestation de volonté en droit international public », *Revue générale de droit international public*, n°1, 1963, p. 44.

BURDEAU (G.), « Nouvelles perspectives pour l’arbitrage dans le contentieux économique intéressant les États », *Revue de l’Arbitrage*, n°1, 1995, p. 3.

CAHIER (P.), « Le comportement des Etats comme source de droit et d’obligation », *Recueil d’études de droit international en hommage à Paul Guggenheim*, Genève, Graduate Institute of International Studies, 1968, p. 237.

CAZALA (J.), « La protection des attentes légitimes de l’investisseur dans l’arbitrage international », *Revue internationale de droit économique*, Tome XXIII, vol. 2009/1, n°1, 2009, p. 5.

CAZALA (J.), « Protection des attentes légitimes de l'investisseur : l'exigence d'un engagement spécifique », *Cahiers de l'arbitrage - Paris Journal of Arbitration*, vol. n° 4, 2012, p. 940.

CAZALA (J.), « Chronique de jurisprudences internationales (investissement) », *Revue générale de droit international public*, n°1-4, 2018, p. 226.

CHOUDHURY (B.), « Recapturing Public Power in investment arbitration's engagement of the public interest contribution to the democratic deficit », *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, vol. 41, n°3, p. 775.

CLAGETT (B.), « The expropriation before the Iran-US Claims tribunal : is "just compensation" required by international law or not ? », *Law and policy in international business*, vol. 16, 1984, p. 813.

CRAIG (P.), « Public law, political theory and legal theory », *Public Law Journal*, 2000, summer edition, p. 211.

CRAWFORD (J.), « The legal effect of Automatic Reservations to the Jurisdiction of the International Court of Justice », *British Yearbook of International Law*, vol. 50, 1959, p. 68.

DELAUME (G.) « Le centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI) », *Journal de Droit International*, vol. 109, 1982, p. 775.

DEVENISH (GE), « Legitimate expectation revisited: An apology for the recognition and application of its independent and substantive existence », *De jure Law Journal*, vol. 40, n°113, 2007, p. 132.

DOLZER (R.), « New Foundations of the Law of Expropriation of Alien Property », *AJIL*, vol. 75, 1981, p. 553.

DUBOUCHET (P.), « Pour une théorie normative de l'institution », *Revue de la recherche juridique, droit prospectif*, 1993, p. 739.

EL BOUDOUHI (M. S.), « L'intérêt général et les règles substantielles de protection des investissements », *AFDI*, vol. 51, 2005, p. 542.

EL HADAB (J.), « The compulsory international arbitration », *Revue Libanaise d'Arbitrage International*, vol. 20, 2001, p. 6.

FLEUR (J.), « The invisibility of the Transnational Corporation: An analysis of International Law and legal theory », *Melbourne University Law Review*, vol. 19, 1994, p. 893.

FOCSANEANU (L.), « Les conséquences internationales des nationalisations », *Politique étrangère*, vol. 1, n°18, 1953, p. 35.

FOURET (J.), « Denunciation of the Washington Convention and Non-contractual Investment Arbitration: "Manufacturing Consent" to ICSID Arbitration », *Journal of International Arbitration*, vol. 25, n°1, 2008, p. 71.

GAILLARD (E.) et BANIFATEMI (Y.), « The meaning of “and” in Article 42(1), Second Sentence, of the Washington Convention: The Role of International Law in the ICSID Choice of Law Process », *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*, vol. 18, n°2, 2003, p. 382.

GAILLARD (E.), « Chronique des sentences arbitrales », *JDI*, 1994, p. 221.

GARNER (J.), « The international binding force of Unilateral Oral Declarations », *AJIL*, vol. 27, n°3, 1933, p. 496.

GAUTRON (J.-C.), « Les conventions d'établissement conclues par le Sénégal avec des entreprises », *AFDI*, vol. 14, 1968, p. 655.

GAZZINI (T.), « Travelling the national route: South Africa's Protection of Investment Act 2015 », *African Journal of International and Comparative Law*, vol. 26, 2018, p. 252.

GITTLEMAN (R.), « Establishment and operation of a business entreprise in Zaire », *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*, vol. 3, n°2, p. 277.

GORDON (M.), « The conceptual foundations of parliamentary sovereignty: reconsidering Jennings and Wade », *Public Law Journal*, vol. Juillet, 2009, p. 519.

HEPBURN (J.), « Domestic Investment Statutes in International Law », *AJIL*, vol. 112, Octobre 2018, p. 658.

HOFFMANN (A.), « Counterclaims in Investment Arbitration », *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*, vol. 28, n°2, 2013, p. 438.

HOPPLE (J.), « Legitimate expectation and Natural Justice : English, Australian and South African Law », *SALJ*, vol. 104, 1987, p. 165.

JUILLARD (P.), « Existe-t-il des principes généraux de droit international économique ? », *L'internationalité dans les institutions et le droit*, études offertes à Alain PLANTEY, A. Pédone, 1995, vol. 1, p. 243.

KAHN (P.), « Problèmes juridiques de l'investissement dans les pays de l'ancienne Afrique française », *JDI*, 1965, p. 340.

KAUFFMANN-KOHLER (G.) et HENRY (P.), « Formula 1 and Arbitration: The FIA Tailor-Made System For Fast Track Dispute Resolution », *Rev. Arb. Int'l*, vol. 17, n°2, 2001, p. 186.

KENTON (M.) et PETITDEMANGE (A. S.), « South African Protection of Investment Act: A Balance of Interests? », *TDM*, vol. 13, n°4, 2016, p. 18.

LAGARDE (P.), « Le dépeçage dans le droit international privé », *Riv. Dri. Inter et proc*, 1975, p. 650.

LALIVE (P.) et HALONEN (L.), « On the Availability of Counterclaims in Investment Treaty Arbitration », *Czech Yearbook of International Law*, 2011, vol. II, p. 16.

LAUTERPACHT (H.), « Restrictive interpretation and the principle of effectiveness in the interpretation of treaties », *British Yearbook of International Law*, vol. 26, 1949, p. 66.

LEBEN (C.), « Les investissements miniers internationaux dans les pays en développement : Réflexions sur la décennie écoulée (1976-1986) », *JDI*, vol. 2, 1986.

LEMAIRE (S.), « La mystérieuse "Umbrella Clauses" : interrogations sur l'impact de la clause de respect des engagements sur l'arbitrage en matière d'investissements », *Revue de l'Arbitrage*, 2009, p. 479.

MBENGUE (M.), « Consent to Arbitration Through National Investment Legislation », *Investment Treaty News Quarterly*, 2012, vol. 2, n°4, p. 7.

MBENGUE (M.), « The Africanization of International Investment Law: The Pan-African Investment Code and the Reform of the International Investment Regime », *Journal of World Investment and Trade*, vol. 18, n°3, 2017, p. 195.

MANCIAUX (S.), « Chronique des sentences arbitrales », *JDI*, vol. 2, 2011, p. 570.

MANCIAUX (S.), « La Bolivie se retire du CIRDI », *Revue de l'Arbitrage*, vol. 2, 2007, p. 351.

MANNER (G.), « The Object theory of the individual in international law », *AJIL*, vol. 46, 1952, p. 42.

MARCHAIS (B.), « The 1989 investment code of Madagascar », *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*, vol. 5, n°1, 1990, p. 77.

MARCHAIS (B.), « The New Investment Law of the Arab Republic of Egypt », *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*, vol. 4, n°2, 1989, p. 107.

MATRINGE (J.), « La condition de légalité des investissements et le procès arbitral », *Revue de l'Arbitrage*, vol. 4, 2010, p. 928.

MAYER (P.), « La neutralisation du pouvoir normatif de l'Etat en matière de contrats d'Etat », *JDI*, vol. 1, 1986, p. 5.

MAYER (P.), « Les limites à la séparabilité de la clause compromissoire », *Revue de l'Arbitrage*, 1998, p. 359.

MENDELSON (M. H.), « What price Expropriation ? Compensation for Expropriation : The Case Law (Reply to O. Schachter) », *AJIL*, vol. 79, n°2, 1985, p. 414.

METZGER (D.), « Multilateral conventions for the protection of private foreign investment », *Journal of Public Law*, vol. 9, 1960, p. 137.

NIKIEMA (S.), « Indemnisation de l'Expropriation », *Séries bonnes pratiques de l'IISD*, mars 2013, p. 1.

NOUVEL (Y.), « L'indemnisation d'une expropriation indirecte », *International Law forum*, vol. 5, n°3, 2003, p. 198.

NOUVEL (Y.), « Les mesures équivalant à une expropriation dans la pratique récente des tribunaux arbitraux », *RGDIP*, vol. 1, 2002, p. 80.

NOWROT (K.), « Reconceptualising International Legal Personality of Influential Non-State Actors: Towards a Rebuttable Presumption of Normative Responsibilities », *Philippine Law Journal*, 2006, p. 563.

PINTO (R.), « Les problèmes de nationalité devant le juge international : à propos de l'affaire Flegenheimer », *AFDI*, vol. 9, 1963, p. 361.

PORTER (M.), « The Ethiopian Investment law », *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*, vol. 14, n°2, 1999, p. 363.

POSTESTA (M.), « The Interpretation of Consent to ICSID Arbitration Contained in Domestic Investment Laws », *Arbitration International*, vol. 27, n°2, 2011, p. 149.

PRETORIUS (D.M.), « Letting the Unruly Horse Gallop in the Field of Private Law: The doctrine of Legitimate Expectation in Purely Contractual Relations », *SALJ*, vol. 118, n°503, 2001, p. 503.

PRETORIUS (D.M.), « The Ten years after Traub: The doctrine of Legitimate expectation in South African Administrative Law », *SALJ*, vol. 117, n°520, 2000, p. 531.

REISMAN (M.), « The Regime for lacunae in the ICSID Choice of Law Process », *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*, vol. 15, n°2, 2000, p. 374.

RIGAUX (F.), « Examen de quelques questions laissées ouvertes par la convention de Rome sur la loi applicable aux obligations contractuelles », *Cahiers de droit européen*, vol. 3, 1988, p. 317.

ROLLAND (S.), « The Return of State Remedies in Investor-State Dispute Settlement: Trends in Developing Countries », *Loyola University Chicago Law Journal*, vol. 49, 2017, p. 387.

ROMERO ROA (C.F.), « What are the Consequences of the Denunciation of the ICSID Convention to Investor-State Arbitration in Latin America? », *TDM*, vol. 13, n°5, 2016.

ROOT (E.), « The basis of protection to citizens residing abroad », *AJIL*, vol. 4, 1910, p. 517.

ROSENBERG (D.), « Les codes des investissements, un exemple de souveraineté dans un ordre économique inégalitaire », *RJPIC*, vol. 3, p. 913.

SCHACHTER (O.), « Compensation for expropriation », *AJIL*, vol. 78, 1984, p. 121.

SCHWARZENBERGER (G.), « The ABS-Shawcross draft Convention on investments abroad: a critical commentary », *Journal of Public Law*, vol. 9, 1960, p. 154.

SEIDL-HOHENVELDERN (I.), « the Abs-Shawcross Draft Convention to Protect Private Foreign Investment: Comments on the Round-Table », *Journal of Public Law*, vol. 10, 1961, p. 104.

SHAWCROW (H.), « The proposed convention to protect foreign private investment », *Journal of Public Law*, 1960, vol. 9, p. 115.

SHIHATA (I.), « Recents trends relating to entry of foreign direct investments », *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*, vol. 9, 1994, p. 47.

SINCLAIR (A.), « The origins of the Umbrella Clause in the International Law of Investment Protection », *Arb. Int'l*, vol. 20, n°IV, p. 411.

SOHN (L.B.) et BAXTER (R.R.), « Responsibility of States for injuries to the economic interests of Aliens », *AJIL*, vol. 545, n°55, 1961, p. 568.

TRA PHAM (T.), « International investment treaties and arbitration as imbalanced instruments : a re-visit », *International Arbitration Law Review.*, 2010, vol.13, n°3, p. 81.

VIDMAR (J.), « Some Observations on Wrongfulness, Responsibility and Defences in International Law », *Netherlands International Law Review*, 2016, vol. 63, p. 335.

WILLEM VERZIL (J.H.), « The system of the Optional Clause », *International Relations*, 1959, vol. 12, p. 598.

8. Actes de colloques, documents officiels et recueils de pratique

ASCENCIO (H.), « Les activités normatives des entreprises multinationales » in *L'entreprise multinationale et le droit international*, Colloque de Vincennes, SFDI, A. Pédone, 2017.

DEHAUSSY (J.), « Les actes unilatéraux comme sources du droit international », *Cours des Hautes Etudes Internationales*, Paris, 1966-1967, p. 72.

MBENGUE (M.), « Les obligations des investisseurs étrangers », in *L'entreprise multinationale et le droit international*, Colloque de Vincennes, SFDI, A. Pédone, 2017, p. 295.

NOURRISAT (C.), « Le dépeçage » in *Le règlement communautaire « Rome I » et le choix de la loi dans les contrats internationaux*, Acte du colloque des 9 et 10 septembre 2010, Dijon, Litec/Lexis Nexis, vol.35, 2011.

SCHNEIDER (J.W.), *Aspect du droit international économique*, Colloques d'Orléans, A. Pédone, 1971.

INDEX

A

Acceptation, 50, 84, 85, 89, 90, 91, 92, 99, 150, 187, 191, 215, 216, 217, 219, 223, 226, 233, 244, 246, 252, 253, 254, 255, 258, 262, 264, 322, 328, 331, 333, 335, 339, 355, 380, 394, 408, 427, 433, 435, 470, 471, 472, 473, 475, 477, 478, 479, 511, 524

Acte unilatéral, 56, 57, 59, 60, 61, 63, 64, 65, 73, 74, 75, 79, 85, 86, 87, 88, 91, 93, 94, 96, 100, 103, 105, 106, 107, 109, 110, 111, 113, 114, 115, 121, 150, 152, 153, 186, 194, 212, 214, 217, 258, 276, 313, 338, 339, 340, 421, 431, 515

Agrément, 32, 33, 34, 35, 36, 56, 57, 230, 331, 333, 334, 335, 338, 339, 340, 341, 342, 343, 344, 345, 347, 348, 349, 350, 351, 395, 417, 428, 429, 431, 440, 455, 467, 469, 470, 471, 472, 473, 474, 475, 476, 477, 479, 480, 484, 486, 488, 489, 506, 510, 511, 512, 572, 639, 642, 650

Attente légitime, 92, 102, 160, 162, 200, 290, 295, 307, 309, 310, 317, 318, 320, 335, 427, 566

B

Bonne foi, 104, 499

C

Caducité, 416, 431, 432, 436

Clause compromissoire, 41, 42, 43, 44, 47, 48, 56, 196, 202, 205, 206, 207, 208, 209, 275, 366, 371, 372, 373, 377, 380, 399, 401, 409, 410, 413, 414, 454, 466, 506, 650, 655, 702, 709

Clause de stabilisation, 309, 422, 427

Clause optionnelle, 216, 249, 250, 256, 259

Compensation, 9, 20, 35, 170, 314, 327, 422, 425, 516, 525, 528, 560, 576, 590, 594, 622, 625, 628, 629, 630, 631, 632, 633, 665, 667, 673, 674, 726

Consentement, 38, 39, 41, 42, 43, 44, 45, 51, 52, 66, 67, 75, 172, 179, 191, 192, 194, 200, 202, 207, 210, 214, 215, 221, 223, 224, 225, 226, 227, 228, 229, 230, 238, 241, 257, 258, 259, 265, 330, 346, 355, 356, 360, 363, 365, 367, 368, 369, 385, 386, 388, 389, 390, 391, 393, 395, 398, 402, 409, 411, 413, 414, 416, 418, 420, 421, 422, 432, 433, 434, 435, 436, 439, 466, 470, 471, 472, 473, 474, 475, 476, 477, 486, 503, 506, 510, 512, 519, 525, 527, 575, 585

Contra proferentem, 240, 241, 474

Contrat d'Etat, 48, 57, 148, 211, 336, 337, 340

Contrôle, 32, 120, 123, 148, 207, 227, 332, 346, 347, 367, 449, 450, 451, 452, 453, 455, 456, 457, 458, 459, 460, 461, 463, 464, 465, 467, 468, 470, 487, 488, 530, 533, 550, 556, 600, 617, 621, 653, 654, 670, 675

Convention d'établissement, 335, 336, 345, 348, 349, 351, 429, 431, 512, 639

Corruption, 19, 35, 121, 180, 497

D

Déclaration de juridiction obligatoire, 192, 209, 212, 222, 223, 233, 246, 256, 259, 263, 421

Désordre procédural, 505, 508

Discrimination, 20, 33, 249, 306, 502, 567, 573, 578, 579, 587, 589, 590, 591, 593, 594, 595,

596, 597, 598, 600, 605, 626, 627, 631, 656,
657, 659, 664, 673

Dispositions transitoires, 421, 430, 431, 604

Domaine réservé, 129, 130, 135, 145, 147

Droit applicable, 50, 51, 57, 67, 194, 197, 208,
268, 301, 356, 422, 425, 429, 515, 516, 520,
524, 525, 526, 527, 528, 530, 531, 532, 534,
535, 536, 541, 542, 547, 561

Droits acquis, 47, 255, 256, 258, 309, 322, 339,
429, 430, 610

Droits de l'homme, 31, 40, 121, 146, 167, 168,
174, 178, 179, 180, 181, 182, 432, 435, 436,
503, 565, 569, 570, 571, 590

E

Effet utile, 173, 233, 238, 434

Electa una via, 173, 505, 506, 507, 508, 509, 510

Emanation, 367

Engagement spécifique, 268, 269, 274, 276,
277, 278, 279, 290, 291, 296, 298, 299, 304,
305, 306, 307, 308, 309, 311, 340, 348, 349,
350, 421, 429, 467, 470, 512, 639

Entité paraétatique, 370, 372, 555

Epuisement des voies de recours internes, 170,
173, 502, 504, 505

Expropriation, 20, 33, 35, 49, 51, 54, 55, 58, 95,
118, 128, 160, 240, 278, 327, 342, 371, 426,
461, 469, 484, 501, 508, 515, 516, 525, 528,
536, 538, 545, 559, 560, 576, 587, 589, 603,
605, 607, 610, 613, 616, 617, 618, 619, 620,
621, 622, 623, 624, 625, 626, 627, 628, 629,
630, 631, 632, 633, 664, 665, 668, 669, 672

F

Fair and Administrative Treatment, 564

Fraude, 207, 466, 497

G

Garantie de stabilité, 429, 430, 604

I

Imputabilité, 516

Incorporation, 58, 106, 177, 181, 330, 347, 409,
410, 411, 413, 422, 449, 452, 460, 462, 463,
504, 536, 537, 541, 542, 543, 544, 545, 547,
616

Indemnisation, 33, 54, 57, 118, 128, 327, 422,
516, 527, 538, 560, 622, 624, 628, 629, 632,
667, 670

Intérêt pour agir, 48, 157, 346

International concern, 147, 148, 149

Internationalisation, 9, 21, 46, 48, 49, 57, 59,
63, 64, 73, 79, 147, 173, 187, 210, 211, 212,
223, 242, 256, 260, 261, 337, 357, 515, 726

Interprétation, 28, 50, 51, 52, 53, 58, 66, 67,
110, 173, 178, 179, 193, 205, 208, 224, 225,
226, 227, 228, 229, 230, 231, 232, 233, 234,
235, 236, 237, 238, 241, 242, 249, 252, 253,
265, 268, 274, 275, 277, 284, 285, 286, 287,
288, 289, 301, 306, 307, 316, 326, 355, 357,
390, 391, 393, 394, 397, 406, 415, 433, 435,
443, 474, 478, 480, 482, 485, 488, 489, 491,
492, 500, 506, 508, 517, 524, 527, 535, 538,
540, 542, 543, 544, 545, 546, 547, 556, 558,
561, 562, 566, 569, 575, 582, 585, 590, 596,
600, 616, 624, 628, 631, 650

Intuitu personae, 202, 306, 308, 309, 310, 344,
349, 350, 467

J

Jus cogens, 210, 530, 537

L

Lacune, 502, 519, 527, 528, 529, 530, 535, 537,
539

Lex causae, 534

Liberté normative, 47, 265, 278, 298, 315, 563,
568, 569, 596, 622, 623, 624

Lien direct, 39, 359, 360

Litiges arbitrables, 475, 480, 481, 485, 489, 497

Litispendance, 505, 509, 510

Locus standi, 285, 335, 345, 346, 432, 448, 450, 451, 467, 475, 503

N

Nationalité, 139, 148, 170, 197, 326, 345, 346, 348, 411, 440, 441, 442, 443, 445, 446, 447, 448, 449, 450, 451, 452, 453, 456, 457, 458, 459, 460, 461, 463, 464, 470, 478, 511, 565, 567, 572, 579, 583, 589, 594, 597, 598, 600, 627

O

Offre d'arbitrage, 44, 51, 58, 62, 66, 67, 161, 193, 194, 208, 212, 214, 215, 216, 220, 223, 225, 235, 240, 243, 258, 260, 261, 263, 265, 330, 355, 360, 372, 373, 380, 398, 408, 410, 411, 413, 414, 415, 416, 417, 418, 419, 421, 425, 426, 427, 429, 430, 431, 435, 436, 439, 457, 463, 469, 470, 471, 472, 474, 475, 477, 478, 479, 497, 503, 506, 511, 512, 524, 536, 544

P

Préjudice moral, 516, 576, 632

Privity, 39, 360

Promesses, 9, 42, 73, 79, 82, 83, 84, 85, 86, 87, 89, 90, 92, 93, 97, 101, 102, 103, 105, 109, 110, 111, 150, 165, 179, 181, 217, 258, 287, 296, 297, 298, 303, 310, 319, 321, 352, 355, 388, 389, 393, 408, 416, 512, 578, 637, 726

R

Réclamations légales lato sensu, 467, 468

Réclamations légales stricto sensu, 408, 437, 469, 512, 521, 639

Réparation, 71, 159, 170, 184, 249, 314, 315, 316, 351, 505, 516, 551, 558, 559, 560, 561, 574, 576, 622, 624, 629, 632, 639

Responsabilité du fait des lois, 313, 314, 316, 624

Responsabilité sociale des entreprises, 570, 573

Retrait, 50, 54, 56, 57, 75, 96, 187, 193, 215, 222, 224, 242, 243, 244, 246, 247, 248, 249, 250, 251, 253, 254, 255, 256, 259, 260, 261, 262, 264, 265, 317, 330, 341, 416, 417, 419, 420, 421, 427, 429, 431, 432, 433, 435, 481, 549, 617

Révocabilité, 66, 242, 244, 246, 389, 416

Risque, 406

S

Siège social, 449, 450, 452, 460, 462, 463

Succession, 65, 198, 323, 370

T

Traitement juste et équitable, 20, 35, 128, 268, 278, 279, 285, 286, 288, 289, 290, 291, 327, 342, 349, 538, 542, 543, 546, 549, 560, 561, 564, 565, 567, 568, 600

Traitement national, 20, 35, 139, 324, 326, 565, 567, 577, 588, 589, 590, 591, 592, 594, 595, 596, 597, 598, 599, 656

Transfert de capitaux, 605

U

Umbrella, 268, 270, 274, 275, 276, 277, 291, 301, 304, 305, 335, 340, 347, 349, 414, 573, 639

TABLE DES MATIERES

INTRODUCTION.....	19
I. Les codes des investissements : l'objet d'étude.....	21
A. Les propriétés des codes des investissements	21
B. Délimitation géographique de l'objet d'étude.....	25
1. Les codes partiellement exclus.....	26
2. Les codes intégralement retenus.....	28
a) Les codes des investissements : vestige de l'époque coloniale.....	28
b) Les codes des investissements : reflet des orientations politiques	31
c) Les codes : instruments de rationalisation des investissements internationaux	34
II. L'arbitrage transnational : le champ d'étude adéquat.....	38
A. La reconnaissance audacieuse de la qualité pour agir de l'investisseur	39
B. La démonstration insuffisante d'un intérêt à agir de l'investisseur.....	45
III. L'internationalisation des codes des investissements : le problème.....	49
A. Une pratique arbitrale hésitante.....	50
1. L'interprétation variée des offres d'arbitrage dans les codes d'investissement.....	50
2. La responsabilité indéterminée de l'Etat sur la base du code des investissements	53
B. Une doctrine partagée	59
1. La théorie de l'internationalisation objective	59
2. La théorie de l'internationalisation subjective	63
3. Les théories souverainistes	64
C. Formulation de la problématique.....	66
IV. La méthode choisie, la thèse défendue et le plan.....	68
PARTIE 1 : L'IDENTIFICATION DU FONDEMENT DES RECLAMATIONS LEGALES DANS	
L'ARBITRAGE TRANSNATIONAL	
Titre 1 : L'assimilation inappropriée des codes aux actes unilatéraux autonomes	77
Chapitre 1 : L'obligatorité équivoque des actes unilatéraux autonomes.....	81
Section 1 : La controverse autour de l'obligatorité des actes unilatéraux.....	82
§1 : La recherche infructueuse d'un fondement juridique à l'obligatorité des actes unilatéraux dans la pensée juridique	82
A. La recherche infructueuse d'un fondement transcendantal	83
B. La démonstration insuffisante d'un fondement dans la pensée positiviste du droit international	86
§2 : Les solutions pratiques favorables à la qualité de source des actes unilatéraux	93

A. La pratique favorable de la CPJI à propos des actes unilatéraux de droit international	93
1. Un contexte politique favorable à la reconnaissance de la force obligatoire des promesses	93
2. Les précédents favorables à la force obligatoire des actes unilatéraux.....	95
B. La jurisprudence favorable de la CIJ à l'obligatorité des actes unilatéraux.....	98
Section 2 : L'approche critiquable des actes unilatéraux autonomes en droit positif.....	100
§1. L'apport des travaux de la CDI au débat sur l'obligatorité des actes unilatéraux de droit international.....	101
A. L'inclination mitigée des experts de la CDI à la reconnaissance de la force obligatoire des actes unilatéraux.....	101
B. La tolérance des États envers la juridicité du principe <i>acta sunt servanda</i>	104
§2. Les caractères de l'acte unilatéral affectant son applicabilité.....	106
A. La qualité de règle d' <i>Acta sunt servanda</i>	106
B. L'exigence d'un acte auto-normateur	109
C. L'exigence d'un acte auto-exécutable.....	110
D. La qualité d'un acte soumis à la discrétion des juges	111
Conclusion du chapitre	114
Chapitre 2 : Le rejet de l'assimilation des codes aux actes unilatéraux autonomes	115
Section 1 : Les conditions strictes de l'acte unilatéral comme obstacle à l'assimilation des codes	116
§1 : L'incidence mesurée des conditions de forme et de procédure sur l'assimilation	116
A. L'indifférence de la forme des actes permettant l'assimilation.....	116
B. La réunion des conditions procédurales permettant l'assimilation.....	119
1. L'habilitation controversée des législateurs.....	119
2. La publicité avérée des codes des investissements africains	123
§2 : Le défaut d'intention de se lier des États dans les codes africains.....	126
A. Le contenu normatif des codes africains défavorable à l'assimilation	129
1. L'exigence d'une contrepartie pour l'accès aux territoires africains	130
2. Les garanties substantielles enracinées dans l'ordre juridique interne	134
a. L'enracinement de la garantie d'expropriation en droit interne	135
b. L'enracinement du TJÉ en droit interne	138
B. Les effets des codes des investissements défavorables à l'assimilation	145
1. Les effets internationaux recherchés des codes	145
2. Le caractère inopérant des effets recherchés.....	147
Section 2 : Les insuffisances de la condition proposée pour l'assimilation des codes aux actes unilatéraux autonomes.....	149
§1 : L'exclusion justifiée des États au titre des destinataires des codes des investissements	152
A. Les attentes des États malgré l'absence de désignation	152
B. Des attentes (il)légitimes des États tiers ?.....	156

1. Le refus persistant d'accorder une protection juridique aux attentes des États exportateurs	157
2. Le minimum d'égard réservé aux attentes légitimes de l'État en droit international des investissements.....	160
a. L'admission de principe des attentes légitimes en dehors de tout lien juridique.....	161
b. Des attentes raisonnables et justifiables de la part de l'État national de l'investisseur étranger ?	163
§2 : Les limites du statut international des investisseurs étrangers	165
A. La controverse doctrinale à propos de la personnalité juridique internationale	166
1. Les positions doctrinales divergentes.....	166
2. La personnalité juridique dérivée des investisseurs dans le cadre des TBI	169
B. La reconnaissance d'un statut international par la voie de la responsabilisation	174
1. La responsabilité comme critère d'accès à la personnalité juridique.....	174
2. Les lacunes dans la responsabilisation de l'investisseur étranger.....	175
a. L'inexistence d'un régime de responsabilité internationale des investisseurs étrangers	176
b. L'insuffisance des mécanismes de régulation de droit souple	182
Conclusion du chapitre	185
Conclusion du titre	186
Titre 2 : L'assimilation critiquable des codes aux actes unilatéraux conditionnés	187
Chapitre 1 : L'analogie imparfaite entre offres d'arbitrage et déclarations de juridiction obligatoire	191
Section 1 : L'analogie sans fondement entre offres d'arbitrage et déclarations de juridiction obligatoire.....	193
§1 : Le dépeçage critiquable des codes des investissements.....	193
A. Le dépeçage comme technique contractuelle	194
B. Une technique juridique inadaptée aux codes des investissements	198
1. L'approche contractuelle des codes : l'argument inopérant du dépeçage.....	198
2. Le statut prédéterminé des lois : un obstacle théorique dirimant.....	203
a. La différence des statuts prédéterminés des deux instruments	203
b. L'exclusion de toute concurrence d'ordres juridiques dans le cadre des lois....	204
3. La légitimité du dépeçage par l'arbitre : un obstacle important.....	206
§2 : Les offres d'arbitrages et les déclarations de juridictions : des instruments essentiellement différents	209
A. L'illusion d'une similitude de contenu	210
1. La saisine d'une juridiction internationale : l'apparence	210
2. La saisine d'une juridiction internationale : un facteur creux.....	212
a. Les déclarations facultatives de juridiction obligatoire : des instruments obligatoires ab initio	212
b. L'offre d'arbitrage dans les codes des investissements : des actes ne comportant pas d'obligation juridique ab initio	214

B.	L'illusion d'une similitude de forme	216
1.	Les déclarations facultatives de juridiction obligatoire : des actes conventionnels.....	216
a.	Les objections à la thèse de l'unilatéralité des déclarations de juridiction obligatoire.....	216
b.	Les déclarations de juridiction obligatoire : une technique unilatérale conventionnelle.....	218
2.	Les offres d'arbitrage : des actes précontractuels	220
a.	L'offre d'arbitrage : un instrument sans lien avec les conventions instituant les juridictions internationales	220
b.	La qualité de sujet de droit interne de l'investisseur : obstacle récurrent	222
Section 2 : L'analogie sans intérêt des offres d'arbitrage et déclarations de juridiction obligatoire		223
§1 : L'interprétation inappropriée des offres d'arbitrage à partir du régime des déclarations de juridiction		224
A.	Le régime des déclarations de juridiction : une solution privilégiée	224
1.	Les solutions proposées pour l'évaluation des consentements à l'arbitrage.....	224
2.	La préférence critiquable accordée au régime des déclarations de juridiction obligatoire	229
B.	Le régime des déclarations de juridiction obligatoire : une solution insatisfaisante	231
1.	L'identification du régime applicable aux déclarations de juridiction obligatoire	232
a.	Les règles, méthodes et instruments d'interprétation communs aux déclarations et au traité.....	232
b.	Les principes d'interprétation propres aux déclarations de juridiction obligatoire	234
2.	L'inadéquation du régime identifié.....	237
§2 : L'incompatibilité du régime de retrait des déclarations de juridiction avec les offres d'arbitrages.....		242
A.	Le droit de retrait controversé dans le système des déclarations de juridiction	243
1.	Une pratique étatique partagée.....	244
a.	Les réactions diplomatiques à la libre révocation des déclarations de juridiction.....	244
b.	Les arguments prétoriens invoqués par les États	247
2.	Les incertitudes résultant de la jurisprudence de la CIJ	251
a.	L'arrêt des Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua	251
b.	Les suites de l'arrêt des activités militaires et paramilitaires.....	255
B.	L'extension inappropriée de ce droit de retrait au système des dispositions d'arbitrage... ..	256
1.	Le dilemme de l'obligation de respecter les droits acquis	256
a.	L'existence des droits acquis dans le système de la convention de Washington	256
b.	L'invocabilité de la clause <i>rebus sic stantibus</i> en présence d'une convention d'arbitrage	258
2.	Le dilemme de l'obligation de respecter un délai raisonnable.....	261
a.	Le droit de réclamation : le facteur « raisonnable » du délai dans le cadre des déclarations de juridiction	261

b. Le droit de réclamation : un facteur « déraisonnable » en ce qui concerne les offres d'arbitrage	263
Conclusion du chapitre	265
Chapitre 2 : L'assimilation injustifiée des codes aux engagements spécifiques	267
Section 1 : Le régime juridique des engagements spécifiques comme obstacle <i>in abstracto</i> à l'assimilation des codes.....	269
§1 : Les effets controversés de l'assimilation des codes aux engagements spécifiques	269
A. La transmutation des obligations étatiques	270
1. La transformation des réclamations légales en réclamations conventionnelles.....	270
2. L'effet de transformation controversé de la clause umbrella.....	274
B. La limitation du pouvoir normatif de l'État	277
1. L'obligation de garantir un environnement juridique stable.....	278
2. Une obligation contraire à la volonté des États parties aux traités d'investissement.....	284
a. Le choix contesté d'une interprétation autonome	284
b. L'interprétation à rebours de la pratique étatique	288
§2 : Les critères de l'engagement spécifique comme obstacle à l'assimilation des codes	291
A. Le critère d'un engagement juridique : une condition remplie par les codes.....	291
1. Une manifestation de volonté destinée à produire des effets de droit.....	292
2. Un acte emportant renonciation à des droits souverains.....	298
3. Un acte juridique de droit interne.....	300
B. Le critère de la spécificité de l'engagement : une condition manquante	302
1. La spécificité prise comme rapport à l'investissement	303
a. Un engagement dont l'objet est relatif à l'investissement étranger	303
b. Critiques d'un critère de la spécificité trop large.....	304
2. La spécificité prise comme rapport à l'investisseur.....	306
a. Un engagement dont l'effet est décisif.....	307
b. L'intuitu personae : l'alternative légitime	308
Section 2 : Le statut interne des codes comme obstacle à leur assimilation <i>in concreto</i> aux engagements spécifiques	311
§1 : L'exclusion de principe des codes de la catégorie des actes subjectifs	312
A. L'exclusion de principe des lois de la catégorie des actes subjectifs	313
1. Le préjudice anormal et la responsabilité du fait des lois en Afrique.....	313
2. L'absence de consécration de la doctrine des « substantive legitimate expectations »	316
B. Le caractère inopérant de l'approche contractuelle des codes	321
1. Les codes des investissements pris comme « manifestation de volonté »	322
a. L'existence de la volonté.....	322
b. Le contenu de la volonté.....	326
2. L'absence d'une intention ferme figurant dans les codes	328
a. La liberté d'investissement dans la détermination d'une intention ferme de contracter.....	328

b. La procédure d'autorisation comme obstacle à l'existence d'une offre pure et simple	332
§2 : Le tempérament à l'assimilation des codes des investissements aux engagements spécifiques.....	335
A. Le statut controversé des actes régis par les codes	335
1. L'obligatorité discutée des conventions d'établissement.....	336
2. La forme contractuelle controversée des agréments	338
B. Les titulaires des droits tirés des engagements spécifiques	344
1. L'investissement : le bénéficiaire formellement identifié.....	344
2. L'investisseur : le bénéficiaire matériel de l'agrément	348
Conclusion de chapitre	351
CONCLUSION DE LA PARTIE.....	352
PARTIE 2 : LE REGIME SUI GENERIS DES RECLAMATIONS LEGALES DANS L'ARBITRAGE	
TRANSNATIONAL	
Titre 1 : La dévolution adéquate du pouvoir juridictionnel.....	359
Chapitre 1 : La réalité du consentement de l'État à l'arbitrage.....	363
Section 1 : Le pouvoir de l'État de consentir à la procédure arbitrale.....	363
§1 : La reconnaissance de la capacité processuelle des personnes morales de droit public ..	364
A. L'inopposabilité des incapacités de droit interne	364
B. La tentative de substitution de l'État à l'entité paraétatique en cas d'incapacité de fait	370
§2 : Le pouvoir de consentir à l'arbitrage des États par une loi.....	375
A. Le caractère obsolète de la critique d'un arbitrage forcé	376
B. L'admission par défaut de la doctrine de l'offre d'arbitrage	379
C. L'approche particulière de l'offre dans les codes des investissements.....	385
Section 2 : L'existence du consentement à l'arbitrage dans les codes africains	388
§1 : La catégorisation des dispositions d'arbitrage selon leur valeur juridique	389
A. Esquisse des méthodes d'interprétation des lois.....	389
B. Les dispositions valant offres légales d'arbitrage.....	393
1. La condition d'une offre ferme	394
a. Les formulations explicites.....	394
b. Les formulations implicites	396
2. La condition d'une offre précise	398
a. La désignation d'une juridiction arbitrale précise	399
b. La désignation d'une juridiction arbitrale efficiente.....	402
C. Les dispositions législatives valant invitation à l'arbitrage	408
1. Les dispositions renvoyant à d'autres instruments.....	409
2. Les dispositions nécessitant un accord spécial entre l'investisseur et l'État	413
§2 : La révocation des offres d'arbitrage	416

A.	Le retrait de l'offre légale d'arbitrage	416
1.	Le caractère protéiforme des mesures de retrait	417
a.	Les formes alléguées de retrait	417
b.	La forme avérée de retrait.....	419
2.	La portée controversée des mesures de retrait	419
a.	La garantie de stabilisation et le maintien de l'offre d'arbitrage.....	421
b.	Les dispositions transitoires et le maintien de l'offre d'arbitrage	430
B.	La caducité de l'offre d'arbitrage	431
	Conclusion de chapitre	436
Chapitre 2 :	L'exercice indiqué du droit de réclamation légale de l'investisseur	439
Section 1 :	L'exigence d'un consentement valide de l'investisseur à l'arbitrage.....	439
§1 :	L'identification de l'acceptant : l'investisseur protégé.....	439
A.	L'identification de l'investisseur personne physique	440
1.	La compatibilité du critère de la résidence dans l'attribution de la nationalité avec la Convention de Washington.....	441
2.	Le secours limité du droit international général en cas de double nationalité	444
B.	L'identification de l'investisseur personne morale.....	448
1.	L'approche minimaliste du droit international dans l'attribution de la nationalité des personnes morales	449
2.	La portée incertaine des dispositions législatives	451
a.	Le droit de réclamation des sociétés de projet.....	451
b.	Le droit de réclamation des sociétés mères	459
C.	L'investisseur agréé	467
§2 :	Les formes d'acceptation de l'offre : une question controversée	470
A.	La présomption critiquable de consentement à l'arbitrage de l'investisseur	471
B.	La nécessité d'une acceptation conforme aux prescriptions de l'offre.....	475
1.	Le caractère protéiforme de l'acceptation de l'offre d'arbitrage	475
2.	La conformité de l'acceptation à l'offre.....	478
Section 2 :	L'encadrement du droit de réclamation de l'investisseur	479
§1.	Une meilleure définition des litiges soumis à l'arbitrage.....	480
A.	La catégorisation des litiges prévue par les codes des investissements.....	480
1.	Les dispositions couvrant tous les litiges.....	480
2.	Les litiges relatifs à l'application et l'interprétation des codes.....	482
3.	Les litiges relatifs à une entreprise.....	484
4.	Les litiges relatifs à un investissement agréé	485
B.	L'exclusion des litiges au titre de la Convention de Washington	489
§2 :	Les restrictions affectant la recevabilité de la requête : les conditions spéciales.....	498
A.	Les préalables procéduraux	498
1.	L'obligation de négociation préalable.....	499
2.	L'épuisement des voies de recours internes.....	502

B. L'endiguement des procédures ramifiées	505
1. Les dispositions electa una via et les recours parallèles	505
2. Les dispositions de litispendance	509
Conclusion du chapitre	510
Conclusion du titre	512
Titre 2 : La responsabilité de droit interne des États	515
Chapitre 1 : L'application du droit interne au fond du litige	519
Section 1 : L'application des normes primaires de droit interne au fond du litige	520
§1 : L'application de principe du droit interne	520
A. L'application automatique du droit interne au fond du litige	521
B. L'application du droit interne comme droit choisi par les parties	523
1. La présomption d'un choix de loi applicable	525
2. Les limites potentielles aux choix de lois par les parties	527
C. L'application du droit interne en tant que droit approprié en l'absence de choix des parties	531
§2 : Le rôle subsidiaire du droit international	536
A. La valeur interprétative du droit international par renvoi	537
B. Le rôle interprétatif du droit international par l'effet de l'incorporation	541
Section 2 : L'exclusion des normes secondaires de droit international	547
§1 : L'inadéquation de l'existence indépendante des normes secondaires d'attribution de toute responsabilité internationale	547
A. Le critère critiquable de l'existence autonome des normes secondaires d'attribution	548
B. L'absence d'intérêt pratique de la théorie de l'indépendance des normes secondaires d'attribution de la commission d'un fait internationalement illicite	552
§2 : L'application inappropriée des normes secondaires de droit international en raison du renvoi au droit international	556
A. Les limites du caractère interdépendant des normes primaires et secondaires de droit international	557
B. La volonté des parties comme point de référence	560
Conclusion de chapitre	562
Chapitre 2 : Le contenu relativement restreint de la responsabilité des États	563
Section 1 : L'exclusion protéiforme de certains standards de protection	563
§ 1 : L'exclusion par l'effet de la réappropriation des standards	563
A. La proposition d'un standard autonome : le « Fair and Administrative Treatment »	564
1. Le FAT : un concept palliatif	564
2. Le FAT : un concept qui peine à séduire	567
B. La consolidation normative du soft law	569
1. La réception du soft law	570
2. Les limites procédurales de la réception du soft law	574

§2 : L'exclusion par l'effet des conditions renforcées des garanties.....	577
A. L'utilité mesurée du traitement de la nation la plus favorisée	577
1. L'autorité concédante.....	579
2. L'exigence d'un traitement « spécial »	581
3. Le bénéficiaire du traitement spécial	585
B. La portée limitée du traitement national	589
1. Le test de similarité	591
2. Le traitement avantageux	594
3. Le traitement injustifié	596
Section 2 : L'émergence de principes communs de la responsabilité	599
§1. La convergence des limites apportées au libre transfert des capitaux	600
§2 : Un régime de l'expropriation exorbitant du droit commun.....	605
A. Les caractères exorbitant de la mesure expropriatrice dans les codes des investissements.....	606
1. L'objet de la mesure : la définition spéciale de la propriété	606
2. L'effet de la mesure : l'atteinte indirecte à la propriété	612
a. L'admission de l'effet indirect de la mesure expropriatrice.....	613
b. Les effets des mesures expropriatrices	617
3. La nature de la mesure : un acte de puissance publique	619
a. La banalisation des actes de puissance publique contractuels	619
b. L'exclusion des mesures régulatrices	620
B. Les conditions constantes de l'expropriation	625
1. La cause de l'expropriation : l'utilité publique	625
2. Le traitement de l'investisseur : l'exigence de due process et de non-discrimination.....	626
3. La compensation financière	628
a. La détermination par référence aux règles de droit international	628
b. La détermination du régime de compensation par référence au droit interne....	630
c. La détermination du régime applicable par le code des investissements	632
Conclusion de chapitre	633
Conclusion du titre	635
CONCLUSION GENERALE.....	637
ANNEXES	641
Annexe A – Exemple de décret d'agrément (reformaté)	642
Annexe B – Tableau des offres d'arbitrage dans les codes des investissements en Afrique.	649
Annexe C – Tableau synthétique des dispositions de traitement national.....	656
Annexe D – Dispositions de traitement juste et équitable et disposition de <i>fair and administrative treatment</i>	661

Annexe E – Dispositions relatives à l’expropriation.....	664
Annexe F – Tableau synthétique des dispositions de transfert des capitaux.....	670
BIBLIOGRAPHIE	677
INDEX	712
TABLE DES MATIERES	715

Résumé :

Que valent les promesses faites par les États aux investisseurs étrangers dans leurs codes des investissements ?

Les codes des investissements sont des instruments juridiques qui régissent la protection des investissements étrangers. Par ces lois, les États s'engagent à ne pas exproprier sans compensation un investisseur étranger. Ils garantissent à ce dernier un traitement non moins favorable que celui réservé à leurs nationaux et lui assurent le libre transfert de ses capitaux, etc. En dépit de leur importance, ces instruments n'ont que peu retenu l'attention de la communauté scientifique jusqu'à la décennie écoulée. La multiplication des arbitrages fondés sur ces lois a alors conduit les théoriciens et praticiens de la discipline à renouer avec les mystères que recèlent ces instruments, s'agissant notamment de leur valeur juridique. Sur ce point, une frange de la doctrine considère que ces codes seraient des actes unilatéraux qui lieraient l'État déclarant en droit international. Pour les autres, les codes des investissements seraient soumis au droit international lorsque celui-ci est désigné comme droit applicable au fond des litiges.

Pour intéressantes qu'elles soient, ni l'une ni l'autre des théories n'offre une lecture satisfaisante de la valeur juridique de ces lois. Une étude des codes africains permet d'ailleurs une troisième voie. Sans alors opérer une internationalisation de ces instruments, les codes assurent à l'investisseur le droit d'introduire des réclamations légales. Le régime juridique de ce type de réclamation est *sui generis* et offre le meilleur compromis entre la protection des droits des investisseurs étrangers et la souveraineté des États.

Mots-clés : *Arbitrage d'investissement – Actes unilatéraux – Agrément – Attentes légitimes – Consentement dissocié – Convention d'établissement – Déclaration facultative de juridiction obligatoire – Engagement spécifique – Investissements étrangers (en Afrique) – Offre d'arbitrage – Promesses – Réclamations légales – Responsabilité internationale – Standards de protection.*