



Droit des Investissements et Responsabilité Internationale

Eduardo Buitrón Patuel

Prof : Monsieur Frédéric Dopagne

TABLE DE MATIÈRES

- **Introduction.**
- **Loi d'application et Droit International : Article 42 de la Convention de Washington du 18 mars 1965: Évolution de la jurisprudence.**
 - Loi d'application et Droit International : Article 42 de la Convention de Washington du 18 mars 1965: Conclusion.
- **Les circonstances excluant l'illicéité en Droit des Investissements : la jurisprudence du CIRDI.**
 - CIRDI et Etat de nécessité.
 - CIRDI et Force majeure.
 - CIRDI et contre-mesures.
- **Les règles classiques de l'épuisement des recours internes dans l'arbitrage du CIRDI.**
- **Les règles classiques de l'épuisement des recours internes dans l'arbitrage du CIRDI : le problème de la « fork in the road clause ».**
- **La nationalité des entreprises.**
 - Le CIRDI et le problème de la double nationalité.
 - CIRDI et double nationalité dans des personnes physiques.
 - CIRDI et nationalité dans des personnes morales.
- **Les formes de réparation au sein du CIRDI.**
 - Il est possible un résultat différent au paiement d'une somme économique?
 - La restitution.
- **La clause de la Nation la Plus Favorisée dans la pratique du CIRDI.**
- **Conclusion.**
- **Bibliographie.**

« *L'un des principaux obstacles à l'investissement étranger dans les pays en développement a été la perception des investisseurs que, en cas de conflit avec l'État récepteur de l'investissement, il n'existerait pas un recours juridictionnel effectif* ». REED, L., PAULSSON, J., et BLACKABY, N., *Guide to ICSID Arbitration*. Kluwer Law International, 2004.

• Introduction.

Il est évident qu'au jour d'aujourd'hui où tous les domaines de la vie publique sont réglés par le droit, une situation d'insécurité juridique en matière de droit des investissements ne pouvait plus avoir lieu. Afin d'éviter une telle situation, est né le Centre International pour le Règlement des Différends relatifs aux Investissements (CIRDI), mis en place par la Convention de Washington du 18 mars 1965¹, aujourd'hui ratifiée par cent-cinquante-huit États.

Ce premier mouvement contre l'insécurité juridique en droit des investissements qui a donné lieu à la création du CIRDI, « *s'est ajoutée, à partir de la dernière décennie du XXe siècle, l'explosion du mouvement de conclusion de traités bilatéraux de promotion et de protection des investissements*² ».

Nous voyons donc qu'est né un mécanisme de règlement des différends entre un État et un investisseur d'autre Etat, par voie de conciliation ou d'arbitrage. Toutefois ce mécanisme, qui est resté relativement inactif pendant des décennies jusque dans les années 90 a par la suite commencé à être utilisé par les investisseurs. Cependant, le mécanisme du CIRDI est soumis à certaines circonstances établies dans la Convention de Washington : ainsi, principalement, l'arbitrage doit porter strictement sur la matière d'investissement³; le différend doit être compris entre un État et une entreprise ou particulier étranger, et non entre un État et ses citoyens ni entre deux États; l'arbitrage auprès du CIRDI exige que l'État partie au différend et l'État de la nationalité de l'investisseur soient parties à la Convention du CIRDI, et que les deux parties aient donné leur consentement à régler le différend auprès du celui-ci. Cependant, il existe un mécanisme supplémentaire, par lequel si l'un des deux Etats n'est pas partie à la Convention -mais pas les deux- et les parties ont consenti à régler le différend auprès du CIRDI, il est possible d'accéder au CIRDI.

En outre, le CIRDI se base exclusivement sur un traité, normes et règlement propres : la Convention du CIRDI, qui est complétée par les Règlements adoptés par le Conseil administratif du Centre⁴.

¹Convention pour le Règlement des Différends relatifs aux Investissements entre États et Ressortissants d'autres États. Washington, 18 mars 1965. Disponible sur: https://icsid.worldbank.org/ICSID/StaticFiles/basicdoc-fra/CRR_French-final.pdf

²Leben, C., « La responsabilité internationale de l'État sur le fondement des traités de promotion et de protection des investissements ». *Annuaire français de droit international*, volume 50, 2004. p. 683.

³La notion d'«investissement», cependant, n'est pas défini dans la Convention. Cela donne une certaine souplesse aux Tribunaux afin d'établir la compétence, tout en respectant les normes objectives et les décisions judiciaires.

⁴Les Règlements du CIRDI comprennent le Règlement administratif et financier ; le Règlement de procédure relatif à l'introduction des instances de conciliation et d'arbitrage; le Règlement de procédure relatif aux instances de conciliation ; et le Règlement de procédure relatif aux instances d'arbitrage.

Le CIRDI est en conclusion un organisme indépendant, crée afin de résoudre des différends entre un particulier ou entreprise et un État, en assurant un recours juridictionnel effectif, qui est réglé par un traité et certains règlements. Cependant, si nous parlons de responsabilité internationale, nous devons nous poser la question de savoir si elle s'impose sur les décisions du CIRDI et comment elle affecte aux différends en matière de droit des investissements. Est-ce que le droit international en matière de responsabilité international s'applique aussi au sein du CIRDI et, dans ce cas, dans quelle mesure s'appliquerait-elle? Nous trouvons donc dans la recherche de la réponse de ces questions la base de notre travail.

• **Loi d'application et Droit International : Article 42 de la Convention de Washington du 18 mars 1965: Évolution de la jurisprudence.**

L'article 42 établit ce qui suit «(1) *Le Tribunal statue sur le différend conformément aux règles de droit adoptées par les parties. Faute d'accord entre les parties, le Tribunal applique le droit de l'Etat contractant partie au différend—y compris les règles relatives aux conflits de lois—ainsi que les principes de droit international en la matière* ».

À propos de cette circonstance, le Rapport des Administrateurs de la Banque internationale sur le CIRDI ¹ précise, concernant la loi d'application: «40. *En vertu de la Convention, un Tribunal arbitral est tenu d'appliquer le droit désigné par les parties. A défaut d'accord, le Tribunal doit appliquer le droit de l'Etat partie au différend (sauf si le droit de cet Etat prévoit l'application d'un autre droit), et toute règle de droit international applicable en l'espèce. Le terme « droit international » doit ici être interprété au sens de l'article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice, compte tenu cependant du fait que cet article 38² est destiné à s'appliquer à des différends interétatiques.*»

Nous voyons donc que ces principes de droit international établis par l'article 42 de la Convention de Washington coïncident avec ceux du Statut de la Cour de Justice ; les conventions internationales, la coutume, les principes généraux de droit, les décisions judiciaires et doctrine, en considérant toujours le caractère spécial de la juridiction du CIRDI (comme indiqué antérieurement, le CIRDI connaît des différends entre investisseurs et États, mais pas des différends entre investisseurs et non plus entre États).

¹Rapport des Administrateurs de la Banque internationale pour la reconstruction et le développement sur la Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre Etats et ressortissants d'autres Etats. Banque internationale pour la reconstruction et le développement. Washington, 18 mars 1965.
https://icsid.worldbank.org/ICSID/StaticFiles/basicdoc_fra-archive/ICSID_French.pdf (février 2013).

²L'article 38(1) du Statut de la Cour internationale de Justice est rédigé de la façon suivante :

« 1. La Cour, dont la mission est de régler conformément au droit international les différends qui lui sont soumis, applique :

a) les conventions internationales, soit générales, soit spéciales, établissant des règles expressément reconnues par les Etats en litige ;

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

c) les principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées ;

d) 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. »

Cependant le lien entre le droit national et le droit international n'est pas toujours parfaitement paisible. Lorsque les premières résolutions sont produites conformément au CIRDI, la tendance était de considérer à égalité le droit interne et le droit international, sans recourir à une analyse plus approfondie sur la relation qui doit exister entre eux¹.

Ainsi, dans la décision d'annuler la sentence de 1983 de l'affaire *KLÖCKNER*², nous trouvons que *«l'article 42 de la Convention de Washington a certainement déclare que, en l'absence d'accord entre les parties, le Tribunal doit appliquer la loi de l'État partie au différend (...) et les normes du droit international qui peuvent être appliquées. L'article mentionné ci-dessus donne aux principes du droit international un double rôle, dans le sens qu'ils doivent être compris comme complémentaires en cas de vide juridique (...) et aussi au cas où la législation de l'Etat ne s'ajuste pas à tous les principes du droit international. Dans les deux cas, les arbitres ne peuvent recourir aux principes du droit international qu'une fois pris en compte le contenu la loi de l'Etat dans le conflit (...). En conséquence, l'article 42 (1) n'autorise manifestement pas l'arbitre de fonder sa décision uniquement sur des règles et principes du droit international.»*

Dans la même lignée, mais en donnant plus d'importance aux principes de droit international, nous trouvons le critère établi dans l'affaire *AMCO*³ ; *«ce tribunal constate que l'article 42 (1) se réfère à l'application de la législation du pays qui reçoit l'investissement ainsi que du droit international. S'il n'est pas disponible, ou si il n'y a pas de règles de droit national applicable, il faut procéder à identifier le droit international à ce sujet. S'il y a des règles pertinentes du droit interne, il sera nécessaire en tout cas de les prendre en considération par rapport au droit international. En conséquence, la loi Internationale est pleinement applicable et classer son rôle comme complémentaire ou corrective implique une distinction sans importance.»*

Ainsi, le rôle du droit international dans la pratique du CIRDI n'est pas tout à fait clair. Nous voyons donc que le «rôle complémentaire» ainsi que la « fonction corrective » du droit international sont assez clairs selon la jurisprudence, mais il n'est pas évident que le droit international s'étende au-delà de ces rôles.

La décision plus récente de l'affaire *WENA HOTELS*⁴ accepte la possibilité d'un rôle plus large du droit international et que le tribunal arbitral a *«une certaine portée et la puissance de l'interprétation »* ; *« quelle que soit la portée du rôle que joue le droit international en conformité à l'article 42 (1), ce*

¹*Adriano Gardella c. Côte d'Ivoire*. Affaire CIRDI n° ARB/74/1. Sentence du 29 août 1977 et *Klöckner c. Cameroun* Affaire CIRDI n° ARB/81/2. Sentence du 21 octobre 1983 (qu'il ne faut pas confondre avec des ultérieures décisions en concernant cette affaire). Progressivement nous trouvons dans les décisions une analyse plus approfondie sur le sujet. Ainsi les tribunaux arbitraux commencent à appliquer la doctrine de la demande supplémentaire et l'effet de correction.

²Décision du Comité *ad hoc* du 3 mai 1985 annulant la sentence du 21 octobre 1983. *Klöckner c. Cameroun*. Affaire CIRDI n° ARB/81/2.

³*Amco c. Indonésie*. Affaire CIRDI n° ARB/81/1. Sentence du 20 novembre 1984.

⁴*Wena Hotels Ltd c. République arabe d'Egypte*. Affaire CIRDI n° ARB/98/4. Sentence du 8 décembre 2000.

Tribunal ne voit aucune raison, dans ce cas, d'autant plus qu'il vient une procédure d'arbitrage en vertu d'un contrat et non d'un arbitrage en vertu d'un traité, d'aller au-delà des fonctions correctives et complémentaires du droit international ».

D'un autre côté, afin de compléter, nous trouvons d'importance l'avis de Lowenfeld¹, qui indique qu'il est nécessaire de reconnaître qu'il y a une expansion significative de Traités Bilatéraux des Investissements, donnant lieu aux conditions permettant l'existence d'une sorte de droit coutumier des investissements.

Loi d'application et Droit International : Article 42 de la Convention de Washington du 18 mars 1965: Conclusion.

À fins de conclusion en concernant le rôle du Droit International par rapport à l'article 42 nous constatons donc deux circonstances principales ; déjà lors de l'élaboration du projet de la Convention du CIRDI, il était clair que le droit international devait prévaloir lorsque la législation d'un État contractant est contraire au droit international.

D'autre côté, la fonction générale du droit international dans le cadre du CIRDI, serait de combler les lacunes et remédier aux violations du droit international qui résulteraient de l'application de la législation de l'État ; *« la relation entre le droit international et le droit interne a joué un important rôle dans la pratique du CIRDI. Bien que le recours au droit de l'Etat d'accueil est nécessaire, le droit international est supplémentaire et a la fonction de correction²».*

Finalement, la jurisprudence la plus récente ne refuse pas d'élargir le rôle du droit international, mais ce n'est toujours pas établi jusqu'où le droit international pourrait élargir sa fonction.

• Les circonstances excluant l'illicéité en Droit des Investissements : la jurisprudence du CIRDI.

En ce qui concerne les circonstances excluant l'illicéité, il se trouve que le Projet d'articles sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite *« définit six circonstances excluant l'illicéité d'un comportement qui, par ailleurs, ne serait pas conforme aux obligations internationales de l'État considéré. L'existence (...) d'une circonstance excluant l'illicéité (...) offre à l'État un bouclier contre une accusation de violation d'une obligation internationale qui serait par ailleurs fondée ».*

De la même manière, nous voyons que *«les circonstances excluant l'illicéité sont d'application générale. Sauf disposition contraire, elles s'appliquent à tout fait internationalement illicite, que l'illicéité soit due à la violation par un État d'une obligation découlant d'une règle du droit international général, d'un traité,*

¹Lowenfeld, A., «Investment Agreements and International Law». *Columbia Journal of Transnational Law; The Regulation of Foreign Direct Investment Essays*, 2003. p. 123-129.

²Cf. UNCTAD; *Course on Dispute Settlement; ICSID, 2.6. Applicable Law*; International and host State law. United Nations Conference on trade and development. New York and Geneva, 2003. p.14
http://unctad.org/en/Docs/edmmisc232overview_en.pdf (février 2013).

d'un acte unilatéral ou de toute autre source. Elles n'ont pas pour effet d'annuler ou d'éteindre l'obligation; elles constituent plutôt un fait justificatif ou une excuse de l'inexécution tant que subsistent les circonstances en cause¹ ». Ainsi, lorsqu'il existe une de ces circonstances il n'y donc pas d'illicéité, car il n'y a aucun élément objectif du fait internationalement illicite, c'est-à-dire, de la violation d'une obligation internationale. De cette manière « lorsque le comportement d'un État a par exemple lieu dans des circonstances comme la légitime défense, la force majeure ou l'exercice légitime d'une sanction, ce comportement ne constitue pas un fait internationalement illicite car, dans de telles circonstances, l'État n'est pas tenu d'observer l'obligation internationale qu'il devrait normalement respecter, et il ne saurait donc y avoir de violation de cette obligation. Par conséquent, l'une des conditions essentielles de l'existence d'un fait internationalement illicite fait défaut². » Nous sommes donc face à des circonstances excluant l'illicéité et non pas la responsabilité car elles font devenir licites un comportement qui normalement serait illicite. Ces circonstances n'annulent pas l'obligation internationale existant, mais elles vont justifier ce comportement.

En ce qui concerne le CIRDI, Il faut évidemment rappeler l'existence de traités bilatéraux en matière d'investissement, ce qui a donné lieu à examiner, non seulement si les circonstances excluant l'illicéité peuvent être appliquées au sein du CIRDI (et si oui, si celles-ci existent), mais aussi si ces circonstances excluant l'illicéité sont conciliables avec le contenu des traités bilatéraux existant.

Les circonstances excluant l'illicéité abordées par le CIRDI sont l'état de nécessité, la force majeure et les contre-mesures³. Passons alors à analyser la jurisprudence pertinente.

CIRDI et Etat de nécessité

En ce qui concerne l'état de nécessité, l'article 25 du Projet d'articles sur la responsabilité de l'Etat prévoit que l'Etat ne peut invoquer l'état de nécessité comme cause d'exclusion de l'illicéité d'un fait et que celui-ci ne porte pas gravement atteinte à un intérêt essentiel de l'Etat ou des Etats à l'égard non conforme à l'une de ses obligations internationales sauf dans le cas que ce fait constitue le seul moyen de protéger un intérêt essentiel contre un péril (et ce péril doit être, en plus, grave et imminent) desquels l'obligation existe ou de la communauté internationale dans son ensemble.

¹Projet d'articles sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite et commentaires y relatifs. Annuaire de la Commission du droit international, vol. II, 2001.

²Rapport de la Commission à l'Assemblée générale sur les travaux de sa trente et unième session. Annuaire de la Commission du Droit International, vol. II, 2ème partie, 1979. p. 118.

³En ce qui concerne la détresse, par exemple, le CIRDI se limite à la nommer afin de compléter les conditions pour l'état de nécessité, sans qu'elle soit jamais appliquée ou même invoquée ; « L'application générale de la règle interdisant l'invocation de nécessité lorsque l'Etat en question a généré ou à contribué à générer cette situation (...). À cet égard, l'article 24 (2) (a) se réfère à la «détresse» et précise que cela peut ne peut pas être invoquée comme motif d'exclusion de la légalité si "la situation de détresse est due (...) au comportement de l'État qui l'invoque.".

El Paso Energy International Company c. République Argentine. Affaire CIRDI n° ARB/01/15. Sentence du 31 octobre 2011.

En outre, c'est évident que certaines circonstances excluant l'illicéité, comme celle de la légitime défense, ne peuvent pas être appliquées dans un différend entre un État et une entreprise.

D'un autre côté, la deuxième partie de cet article indique que la circonstance de l'état de nécessité ne peut être invoquée par l'Etat comme cause d'exclusion de l'illicéité, dans le cas où l'obligation internationale en question exclut la possibilité d'invoquer l'état de nécessité ou si l'Etat a contribué à la survenance de cette situation qui s'invoque comme excluant l'illicéité.

Ainsi, « l'expression «état de nécessité» est utilisée pour désigner les cas exceptionnels où le seul moyen qu'a un État de sauvegarder un intérêt essentiel menacé par un péril grave et imminent est, momentanément, l'inexécution d'une obligation internationale dont le poids ou l'urgence est moindre.»
« Elle naît de l'existence d'un conflit insoluble, entre un intérêt essentiel, d'une part, et une obligation, d'autre part, de l'État invoquant l'état de nécessité. Ces caractéristiques particulières font que l'état de nécessité ne pourra être que rarement invoqué pour excuser l'inexécution d'une obligation et que cette excuse est soumise à de strictes limitations pour prévenir les abus¹».

De même, les commentaires au projet d'articles sur la responsabilité internationale de l'Etat parlent évidemment de l'état de nécessité qui peut s'établir entre deux Etats, donc la jurisprudence du CIRDI a traité cette circonstance avec des différentes approches et conséquences.

D'autre part, les chercheurs se sont interrogés sur le fait de savoir si l'existence de traités qui protègent l'investissement n'exclue pas la possibilité d'invoquer l'état de nécessité; « Les TBI visent en principe à protéger les investisseurs contre les mesures que prennent les pays d'accueil dans un contexte de difficultés économiques (...) C'est précisément dans ces situations que la protection offerte par les TBI s'applique (...) Si l'on admet ce raisonnement, il semble difficile de justifier qu'on puisse l'abandonner en cas d'aggravation des difficultés économiques et, partant, d'augmentation du risque que des mesures défavorables aux investisseurs soient prises. Les normes de protection de l'investissement spécifiquement négociées contenues dans un TBI remplaceraient la norme minimale de traitement du droit international coutumier et, par conséquent, se substituerait également aux autres arguments de défense prévu par ce droit pour justifier des exceptions. Autoriser les États à se fonder sur l'argument de l'état de nécessité dans des situations pour lesquelles ils se sont engagés à fournir une protection aux termes d'un TBI serait contraire à l'objet du TBI². ».

D'une manière plus flexible et n'excluant pas complètement la possibilité d'invoquer l'état d'exception;
« l'état de nécessité a une relation ambiguë avec les obligations souscrites par les États dans le cadre des traités sur l'investissement auxquels ils sont parties (...): du fait qu'il peut avoir une vaste portée, l'argument relatif à l'état de nécessité a dû être strictement délimité³ »

¹Projet d'articles sur...fait internationalement illicite et commentaires y relatifs. p. 208.

²REINISCH, A. *Necessity in International Investment Arbitration – An unnecessary split of opinions in recent ICSID cases? Comments on CMS v. Argentina and LG&E v. Argentina*. TDM vol. III, numéro 5, décembre 2006.

³BJORKLUND, A. *Emergency exceptions to International Obligations in Realm of Foreign Investment: The State of Necessity as a Circumstance Precluding Wrongfulness*. Oxford University Press, Peter Muchlinski & Federico Ortino, eds., 2007.

Dans une analyse de la jurisprudence, alors que plusieurs tribunaux du CIRDI ont rejeté la défense à travers l'état de nécessité, en 2008 deux tribunaux du CIRDI¹ ont conclu que l'Argentine n'était pas responsable de la violation du traité bilatéral d'investissement ayant lieu avec les États-Unis car le gouvernement argentin avait dû adopter les mesures contestées pour faire face à la grave crise survenue. Dans ce dernier cas, la Cour a souligné que les mesures avaient été soutenues par le FMI.

Ainsi, dans l'affaire *CMS*² la République argentine invoque pour sa défense l'état de nécessité en vertu du droit international général. Elle explique que la situation de crise qui l'a frappée à partir de 2001 remplit les conditions pour être considérée comme un état de nécessité et l'exonérer de toute responsabilité internationale éventuelle, puisqu'elle remplit les conditions exigibles que nous avons déjà souligné (que l'État n'ait pas contribué à la situation de nécessité etc.). L'entreprise demanderesse allègue que la notion d'état de nécessité en droit international coutumier est particulièrement restrictive et que la République argentine n'a pas réussi à démontrer que les conditions exigées pour pouvoir se retrancher derrière une telle défense ont été remplies.

Le Tribunal arbitral constate que l'état de nécessité est une institution reconnue en droit international coutumier. Finalement, le Tribunal arbitral a cherché à déterminer si les mesures adoptées par l'Argentine constituaient en effet le seul moyen de sauvegarder ses intérêts, et il a répondu négativement ; « *des éléments constitutifs d'un état de nécessité étaient certes partiellement présents (...), mais que les conditions requises pour qu'il y ait état de nécessité au sens du droit international coutumier n'étaient pas suffisamment remplies pour exclure l'illicéité des actes* ».

Dans la même ligne a répondu le Tribunal dans l'affaire *ENRON*³; « *compte tenu des divers éléments examinés (...), les conditions requises pour qu'il y ait état de nécessité au sens du droit international coutumier n'étaient, en l'espèce, pas toutes réunies* ».

Nous voyons donc que le Tribunal arbitral accepte la figure du droit coutumier de l'état de nécessité, celle qui est susceptible d'être appliquée, même si dans ces sentences le Tribunal ne trouve pas remplies les conditions pour son application.

Il faut aussi ajouter une différence au moment de l'application de l'état de nécessité par le CIRDI par rapport à son application entre États au sens de l'article 25 du projet d'articles de la CDI: aux conditions à remplir pour qu'il ait état de nécessité, il faudrait ajouter la nécessité que le Traité bilatéral existant (s'il existe) n'exclue pas la possibilité d'invoquer l'état de nécessité. C'est-à-dire (et en réponse aux réflexions de la doctrine avant exposées) le seul fait de l'existence d'un traité bilatéral n'exclue pas la

¹*LG&E Energy Corp., L&E Capital Corp., LG&E International Inc. c. République Argentine*. Affaire CIRDI n° ARB/02/1, décision sur la responsabilité, 3 octobre 2006 et *Continental Casualty Company c. République Argentine*, Affaire CIRDI n° ARB/03/9, 5 septembre 2008.

²*CMS Gas Transmission Company c. République Argentine*. Affaire CIRDI n° ARB/01/8. Sentence du 12 mai 2005.

³*Enron Corporation et Ponderosa Assets, L.P. c. la République Argentine*. Affaire CIRDI n° ARB/01/3. Décision sur juridiction, 2004.

possibilité d'invoquer l'état de nécessité, sauf si le contenu dudit traité l'exclue¹.

Ainsi, dans les affaires traitées jusqu'à maintenant, les tribunaux ont également examiné le traité lui-même, même s'ils se sont de nouveau principalement fondés sur les conditions à réunir selon la doctrine de l'état de nécessité du droit international coutumier.

En revanche, nous trouvons les affaires *LG&E* et *CONTINENTAL*, où le Tribunal apprécie, à partir de faits identiques, l'existence des éléments nécessaires pour être face à une situation d'état de nécessité. Ainsi, le tribunal qui a statué dans l'affaire *LG&E* a effectivement cherché d'abord à appliquer la lettre du Traité Bilatéral existant et « *dans la mesure où l'interprétation et l'application de ses dispositions le permettent, le droit international général* », et affirme que « *estimer qu'une crise économique d'une telle gravité ne peut constituer un intérêt essentiel de sécurité revient à minimiser les ravages que l'économie peut faire sur les vies de populations entières et à diminuer la capacité du gouvernement à gouverner. Lorsque les fondations économiques d'un État sont en péril, la situation peut être aussi grave qu'en cas d'invasion militaire, quelle qu'elle soit* », donc le Tribunal apprécie que la position de l'Argentine était étayée par son analyse des conditions énoncées par l'article 25 du projet d'articles de la CDI concernant « *l'état de nécessité au sens du droit international* ». Le Tribunal rejette donc l'allégation de la partie demanderesse selon laquelle les mesures mises en œuvre par le gouvernement argentin ne constituaient pas le seul moyen à sa disposition pour faire face à la crise.

Finalement, dans l'affaire le plus récent, l'affaire *CONTINENTAL*, l'État se prévalait, d'une part, des dispositions du Traité bilatéral réservant le droit de l'État de prendre toute mesure nécessaire au maintien de l'ordre public et, d'autre part, de l'état de nécessité en droit international. Le Tribunal estime de nouveau qu'il convient d'examiner d'abord si les conditions du Traité, ce qui exclurait toute violation du traité puis, le cas échéant, l'état de nécessité en droit international général. Le Tribunal détermine que « *l'Argentine pouvait légitimement appliquer des mesures qui dans une autre situation constitueraient une violation du traité dans cette crise, sous réserve du respect des autres exigences, d'abord, celle d'un véritable «état de nécessité* ». Si bien « *le pays est toujours responsable de la politique économique et ses conséquences (...) au moins du point de vue de la politique et de l'économie. Conduire les questions économiques appartient au Gouvernement. Toutefois, l'appréciation juridique est basée sur différents paramètres. Notre analyse (...) révèle que les politiques économiques (...) ont été considérés comme de bonnes politiques économiques qui ont été soutenues par la communauté financière internationale et par de nombreux observateurs qualifiés* ».

Enfin, le tribunal conclut que l'Argentine est en droit d'invoquer l'état de nécessité compte tenu des conditions exceptionnelles qui composent la situation.

¹De plus il ne faut pas oublier, comme Lowenfel (*Investment Agreements and International Law*) l'indiquait, le fait qu'il y a une expansion significative de Traités Bilatéraux des Investissements, donnant lieu aux conditions permettant l'existence d'une sorte de droit coutumier des investissements. Cela explique le fait que le contenu de ces traités ne soit pas souvent très éloigné du droit international coutumier. Ainsi par exemple, dans l'affaire CMS « *Le Comité note, tout d'abord, qu'il y a une certaine analogie entre la langue utilisée dans le Traité Bilatéral et ce que l'on trouve à l'article 25 des articles sur la responsabilité de l'État du CDI* ».

En conclusion, en matière de responsabilité internationale, l'état de nécessité au sens de l'article 25 du projet d'articles de la CDI est appliqué par la jurisprudence du CIRDI, en ajoutant la nécessité que le Traité Bilatéral existant, n'exclue pas cette possibilité (par autant que « le droit international est supplémentaire et a la fonction de correction »).

En outre, « *l'état de nécessité économique et financière¹ a joui d'une certaine acceptation en Droit international contemporain comme circonstance excluant l'illicéité. Cependant, dans la pratique cette excuse a joué un rôle presque marginal dans la gestion des crises économiques. Les Etats créanciers ont souvent préféré aborder les problèmes par voie de négociation dans le cadre des procédures informelles de restructuration. Plus récemment, cependant, cette excuse a mis en relief tout son potentiel juridique à la suite de la crise financière subie par l'Argentine à l'aube du XXIème siècle, en mettant en relief toute une série d'importantes questions juridiques. Les affaires examinées ont en commun que le plaidoyer de l'état de nécessité a été fait tant dans le cadre du Droit international général que dans (...) des traités d'investissements. Le raisonnement suivi dans certains de ces arbitrages est énigmatique et ambigu du, en particulier, à l'interprétation de la clause conventionnelle en recourant à l'exigeant test établi dans le Droit international général. Ce recours ne semble pas adéquat quand la coutume établit des conditions plus strictes que le traité. Néanmoins, cela n'empêche pas qu'elle constitue un milieu d'aide dans l'interprétation du traité.*

Malgré leurs contradictions, les arbitrages ne devraient pas être sous-estimés étant donné qu'ils ont pu contribuer à solidifier quelques aspects juridiques de l'état de nécessité, sa valeur de coutume général et son applicabilité aux situations d'urgence économique ».

CIRDI et Force majeure

Le concept de force majeure est consacré par l'article 23 du projet d'articles de la CDI, où elle se définit comme la survenance d'une force irrésistible ou d'un événement extérieur imprévu qui échappe au contrôle de l'Etat et fait qu'il est matériellement impossible, étant donné les circonstances, d'exécuter l'obligation.

Le deuxième paragraphe indique que la force majeure ne pourra pas être appliquée lorsque la situation est due, soit uniquement soit en conjonction avec d'autres facteurs, au comportement de l'Etat qui l'invoque, ou lorsque l'Etat a assumé le risque que survienne une telle situation.

Ainsi, la force majeure « *désigne une situation où l'Etat considéré est effectivement contraint d'agir d'une manière qui n'est pas conforme à ce que lui impose une obligation internationale à sa charge. La force majeure diffère de l'état de nécessité (art. 25), en ce sens que le comportement de l'Etat qui sinon serait internationalement illicite est involontaire ou à tout le moins ne procède en aucune manière d'un choix librement opéré ».*

¹CORTÉS MARTÍN, JM., *El Estado de Necesidad en materia económica y financiera*, 2009. http://dspace.unav.es/dspace/bitstream/10171/21363/1/ADI_XXV_2009_03.pdf (février 2013).

Ledit article 23 ne définit pas ce concept de « force irrésistible ». Nous allons trouver cette définition dans les articles commentés, qui nous indique que nous nous trouvons face à une « force irrésistible » lorsque « *il existe une contrainte face à laquelle l'État n'a pas pu se soustraire ni s'opposer par ses propres moyens* ». De la même façon, « *l'événement extérieur « imprévu » est un événement qui n'a pas été prévu ou qui ne pouvait pas être aisément prévisible. En outre, il doit exister un lien de causalité entre la « force irrésistible » ou l'« événement extérieur imprévu » et la situation d'impossibilité matérielle* ». « *L'impossibilité matérielle d'exécuter l'obligation qui donne lieu à une situation de force majeure peut être due à un phénomène naturel ou physique ou à une activité de l'homme, ou à une combinaison de ces deux éléments* ».

Finalement, nous voyons que « la force majeure ne s'étend pas aux circonstances dans lesquelles l'exécution d'une obligation a été rendue difficile, par exemple par une crise politique ou économique¹ ».

À partir de ces notions, nous pouvons aborder la jurisprudence du CIRDI en ce qui concerne la force majeure comme circonstance excluant l'illicéité. Le nombre de sentences du Tribunal arbitral n'est cependant très nombreux, si bien le contenu de celles-ci nous permet développer la portée de cette circonstance par rapport au Droit des Investissements.

Ainsi, dans l'affaire *AUCOVEN*², le Venezuela accordait une concession à Aucoven (société mexicaine) pour la construction et l'entretien d'une route. En outre, une clause était convenue, selon laquelle s'accordait un revenu minimum garanti. Cependant, une fois la concession pactée, le Venezuela n'a pas accepté d'augmenter les frais du péage (obligation contractuelle) à cause des protestations sociales et d'autres événements faisant échouer le projet.

Il faut remarquer que cette affaire est purement contractuelle, la demande ne faisant même pas référence à un Traité Bilatéral d'investissement entre le Venezuela (Etat de réception) et le Mexique (État d'origine de l'investisseur). Nous voyons que, en effet –et comme nous l'avons noté dans la partie de l'état de nécessité- il est toujours important de tenir en compte l'existence de Traités Bilatéraux, mais ceux-ci ne doivent pas nécessairement exister. Effectivement, l'existence d'un Traité Bilatéral va toujours influencer l'analyse et ultérieur jugement auprès du CIRDI.

Le Tribunal arbitral va donc analyser le contrat entre les parties ainsi que le droit international d'application. Dans ce cas, le Venezuela va alléguer une circonstance de force majeure fondée sur les circonstances sociales survenues qui l'ont empêché, selon lui, d'accomplir son obligation contractuelle. Le Tribunal va donc analyser les circonstances nécessaires pour remplir le concept de force majeure; *incapacité* (c'est-à-dire, l'évènement de force majeure a empêché l'intention d'accomplir l'obligation

¹Projet d'articles sur...fait internationalement illicite et commentaires y relatifs. p. 208.

²*Autopista Concesionada de Venezuela, C.A. («AUCOVEN») c. République du Venezuela. Affaire CIRDI No. ARB/00/5. Sentence du 23 septembre 2003.*

contractuelle), *imprévisibilité* (c'est-à-dire, l'évènement de force majeure était imprévisible) et *non imputabilité* (c'est à dire l'évènement de force majeure ne peut pas être attribuée à la partie en défaut).

Finalement, le CIRDI indique que les gouvernements ne peuvent pas se prévaloir des protestations sociales. En outre, dans les pays où il y a eu des conflits sociaux antérieurement, il est prévu que certaines modifications résultant d'un public (principalement la montée des taux), peut amener à des conflits. En effet, le Tribunal arbitral détermine qu'au moins l'une des conditions –celle de l'imprévisibilité- n'a pas été remplie, ce que le gouvernement du Venezuela aurait du prévoir –et spécialement en connaissant des évènements antérieurs similaires- la possibilité de la survenance de ce fait.

Nous voyons donc que, en effet, le CIRDI admet la possibilité de l'application de la force majeure comme circonstance excluant la responsabilité au sens de l'article 23 du projet d'articles de la CDI, même si dans ce cas, le Tribunal trouve son application non justifiée.

Dans une ligne différente s'était prononcé le Tribunal arbitral dans l'affaire *RSM*¹, où ce n'est pas l'État qui invoque la force majeure, mais la propre entreprise qui est l'investisseur, en estimant que les troubles politiques et les conflits armés survenus après la signature du contrat ont constitué un cas de force majeure, et faisant noter qu'il y a eu en République Centrafricaine une série de conflits armés, d'activités de banditisme, d'incursions de troupes militaires étrangères ainsi que des périodes d'agitation civile. La situation sécuritaire en République Centrafricaine aurait achevé de se détériorer après la tentative d'un coup d'État en octobre 2002 et un coup d'État en mars 2003. Le Tribunal indique que « *s'agissant de l'imprévisibilité, bien que les événements qui ont causé la force majeure soient survenus bien avant la notification de la force majeure et que la situation sécuritaire en RCA était marquée par des troubles, l'impact de cette force majeure était négligeable jusqu'au moment où RSM tenta d'entrer en RCA avec des équipes étrangères. Quant à l'extériorité des événements causant la force majeure, il est incontestable qu'une situation politique ou sécuritaire en RCA ne peut être imputable à une société étrangère telle que RSM. Effectivement, le tribunal dans l'affaire LETCO v. Liberia reconnaît l'existence d'un coup d'État et déclare la confusion politique et économique qui en est résulté dans le pays' considérée comme une force majeure*² ».

Le Tribunal va faire, à cet égard, l'application d'une jurisprudence ancienne « *qui veut que les coups d'État et soulèvements armés soient considérés comme des cas de force majeure*³ ».

Nous voyons donc que, en effet, le CIRDI accepte dans son sein l'existence de la force majeure, et qu'en

¹RSM Production Corporation c. République Centrafricaine. Affaire CIRDI N°. ARB/07/02.

²Ibidem, § 180 et 184.

³BRUNNER, Ch. *Force Majeure and Hardship under General Contract Principles: Exemption for non Performance in International Arbitration*. Kluwer Law International, 2008. Pp. 75-110.

fait cette circonstance a été déjà appliquée. Il faut aussi noter que le CIRDI est influencé non seulement par le Droit International de la Responsabilité Internationale, mais aussi par la jurisprudence traditionnelle, par autant qu'il décide que l'existence d'un coup d'État justifie la force majeure, même dans un différend entre une entreprise privé et un État, c'est-à-dire, dans le Droit des Investissements.

CIRDI et contre-mesures

En ce qui concerne les contre-mesures, la définition classique voit dans celles-ci « *des actes illégaux par eux-mêmes qui sont justifiés dans un cas particulier par l'existence d'une violation préalable d'un droit*¹ ». L'article 22 du Projet d'articles de la CDI indique que « *l'illicéité du fait d'un État non conforme à l'une de ses obligations internationales à l'égard d'un autre État est exclue si, et dans la mesure où, ce fait constitue une contre-mesure prise à l'encontre de cet autre État conformément au chapitre II de la troisième partie* ».

Ainsi, comme les Commentaires Relatifs au Projet d'articles de la CDI² l'indiquent, la commission par un État d'un fait internationalement illicite à l'encontre d'un autre État peut justifier l'adoption par l'État lésé par ce fait de contre-mesures (...) pour obtenir la cessation du fait et réparation du préjudice subi. L'article 22 traite de cette situation du point de vue des circonstances excluant l'illicéité. La jurisprudence, la pratique des États et la doctrine confirment que les contre-mesures, sous réserve qu'elles répondent à certaines conditions de fond³ et de procédure, peuvent être légitimes.

Ainsi, en ce qui concerne la jurisprudence du CIRDI, les contre-mesures ne sont pas développées par la Conférence de Washington, et elles n'ont été que rarement invoquées. Toutefois, nous trouvons deux décisions fondamentales; l'affaire *ARCHER MIDLAND* ainsi que l'affaire *CORN PRODUCTS*⁴, constituées en vertu du Chapitre XI de l'Accord de libre-échange nord-américain (ALÉNA⁵), qui ont mené à des décisions contradictoires concernant l'utilisation de contre-mesures comme possible recours légal à la portée des investisseurs directement concernés. Le manque d'accès au marché du sucre de canne mexicain sur le territoire des États-Unis a incité le Mexique à imposer une taxe de 20% sur les boissons

¹ALLAND, D., *Justice privée et ordre juridique international. Étude théorique des contre-mesures en droit international public*. Paris, Pedone, 1994.

²Projet d'articles sur...fait internationalement illicite et commentaires y relatifs.p. 195.

³En particulier, le critère de proportionnalité, le caractère temporaire ou réversible de la contre-mesure et la situation de certaines obligations fondamentales qui ne peuvent pas faire l'objet de contre-mesures, comme indiqué au chapitre II de la troisième partie du Projet d'articles de la CDI. L'article 22 s'applique à toute action qui répond auxdites conditions pour être considérée comme étant une contre-mesure.

⁴*Archer Daniels Midland Company and Tate & Lyle Ingredients Americas, Inc. c. United Mexican States*. Affaire CIRDI n° ARB(AF)/04/5. Sentence du 21 novembre 2007 et *Corn Products International, Inc. c. Mexique*. Affaire CIRDI n° ARB (AF)/04/01. Décision du 15 janvier 2008.

⁵L'ALÉNA est un traité, entré en vigueur le 1^{er} janvier 1994, qui créé une zone de libre-échange entre les États-Unis, le Canada et le Mexique. Disponible sur <http://www.nafta-alena.gc.ca/fr/view.aspx?x=299> (février 2013).

et sirops qui utilisent le sirop de maïs. Les cas analysés sont d'une grande importance, car selon le Chapitre XI qui confère des droits aux particuliers ou aux États, il sera possible de déterminer l'application de contre-mesures.

Ainsi, nous voyons pour la première fois l'invocation des contre-mesures dans l'affaire *ARCHER MIDLAND*. Ici, les demandeurs ont fait valoir que l'effet immédiat de cette taxe était que les embouteilleurs de boissons qui étaient ses clients, avaient cessé d'utiliser le sirop de maïs, ce qui avait eu un effet direct sur l'investissement des demandeurs, pour autant qu'ils avaient vu réduite leur production globale au Mexique. En revanche, le Mexique a fait valoir que ce n'était pas le cas, et que la taxe était une contre-mesure légitime d'après le droit international car les États-Unis auraient violé leurs obligations en vertu de l'ALÉNA¹ concernant, d'un côté l'accès pour les exportations de sucre marché mexicain et américain et, d'un autre côté, le chapitre XX de l'ALÉNA empêchant le recours au mécanisme arbitral interétatique pour régler ce différend. La longue analyse du Tribunal sur la question est pour le moins étrange. Ici, le Tribunal a dû déterminer si l'article vingt-deux du Projet d'articles de la CDI, sur les contre-mesures, est applicable dans un différend entre un investisseur et un État. Les arbitres retiennent tout d'abord qu'un investisseur privé ne bénéficierait d'aucun droit direct en vertu du chapitre onze de l'ALÉNA, si l'on exclut son droit procédural de saisir un tribunal arbitral. Le Tribunal retient ainsi que la première partie (A) du chapitre onze sur l'investissement ne conférerait des droits directs qu'aux États alors que la partie (B) conférerait des droits à agir aux personnes privées. La majorité du Tribunal en est même venue à tenir un raisonnement de protection diplomatique inversée où l'investisseur se substituerait ainsi à son État de nationalité pour défendre les intérêts ou l'honneur de ce dernier. Par conséquent, cet État serait fondé à faire respecter les obligations découlant de l'ALÉNA en adoptant des contre-mesures à l'encontre d'un État partie ne respectant pas ses obligations².

En conclusion, le Tribunal arbitral accepte que les contre-mesures peuvent servir comme moyen de défense dans le cas du Chapitre XI, puisqu'il s'agit d'une question qui n'est pas expressément abordée dans ce chapitre, mais valable selon le droit international coutumier si ces contre-mesures répondent à certaines conditions. C'est-à-dire que le Tribunal arbitral estime que le Chapitre XI n'accorde pas aux investisseurs de droits «substantiels», mais seulement «procéduraux». Ainsi, selon une interprétation «correcte» de l'ALÉNA ne s'ensuit pas que les investisseurs aient des droits individuels, mais le droit procédural de l'action contre l'Etat.

¹« a lawful countermeasure, enacted as a response to alleged violations by the Government of the United States concerning its obligations to Mexico regarding access of Mexican-produced sugar to the U.S. market, and for failure to take part in the NAFTA Chapter Twenty Dispute Settlement process with respect to such obligations ». *Archer Daniels...c. United Mexican States*. § 110.

²Cette conclusion se trouve sur Fouret J., et Khayat D., « Jurisprudence du Centre International pour le Règlement de Différends relatifs aux Investissements (CIRDI) », *Revue québécoise de droit international*, 2008. p.10. Disponible sur <http://rs.sqdi.org/volumes/212-09-CIRDI.pdf>.

À cet égard, il est intéressant d'observer l'opinion dissidente d'Arthur Rovine¹, qui indiquait que «*les contre-mesures ne peuvent pas éliminer, remplacer ou suspendre les droits des investisseurs [en vertu de l'ALÉNA] à un recours légal, dans le cas où ces contre-mesures constituent une violation du chapitre XI, indépendamment du fait que ces droits soient considérés comme directs et substantifs ou bien dérivés et procéduraux. À mon avis, les droits des investisseurs en vertu de l'ALÉNA pour obtenir réparation pour les actes commis sont substantiels mais, en fin de compte, la manière de les caractériser importe peu. Selon mon point de vue, c'est l'investisseur et non l'Etat titulaire du droit d'obtenir réparation en accord avec le Chapitre XI, et dans les circonstances de l'espèce, en vertu du droit international coutumier et de l'ALÉNA, ce droit ne peut pas être suspendu ou éliminé par les contre-mesures prises contre l'Etat des investisseurs.*».

Dans l'affaire *CORN PRODUCTS*, nous sommes face aux faits similaires, mais la décision du CIRDI va être - comme nous l'avons souligné- contraire. Ici, le Tribunal arbitral dans son examen du Projet d'articles de la CDI, conclut que les contre-mesures ne peuvent être dirigées que contre un Etat qui a commis un acte illicite, et que cela ne pourrait affecter ou supprimer les droits d'une autre partie (les investisseurs² dans ce cas). En revanche, le Mexique avait soutenu que le Chapitre XI de l'ALÉNA n'attribuait pas des droits substantiels aux investisseurs, mais seulement des droits de procédure et que les droits substantiels appartenaient à l'État dont les investisseurs sont nationaux, donc ces investisseurs doivent exiger à leur État une protection diplomatique. En conséquence –selon le Mexique- les contre-mesures étaient valides. Cependant, le Tribunal arbitral a indiqué –de manière étonnante, par rapport à l'affaire antérieure- que les investisseurs ont des droits substantiels et indépendants de leurs Etats³. Cette décision repose sur l'argument selon lequel le droit international actuel confère des droits aux particuliers et aux entreprises quels que soient leurs états. Selon le CIRDI, tel est le sens du Chapitre XI de l'ALÉNA, de sorte que les contre-mesures sont des actions qui fonctionnent dans les relations interétatiques, et ne sont donc pas applicables aux relations investisseur-État. Ainsi, «*l'investisseur, loin d'invoquer la violation des droits substantiels de l'État, fait valoir ses propres droits, tels que les lui a directement conférés l'ALÉNA*⁴».

¹Archer Daniels Midland Company and Tate & Lyle Ingredients Americas, Inc. c. United Mexican States. Opinion séparée d'Arthur Rovine, p. 1. (traduction libre)
Disponible sur <http://italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0039.pdf>.

²Cependant, la CDI reconnaît que les contre-mesures prises par un Etat contre un autre Etat peuvent produire des effets pour les États tiers; «*Cela ne signifie pas que les contre-mesures ne peuvent pas avoir, incidemment, des effets sur la situation d'États tiers ou même d'autres tierces parties. Par exemple, si l'État lésé suspend les droits de passage en transit à l'égard de l'État responsable conformément au présent chapitre, d'autres parties, y compris des États tiers, peuvent subir les effets de cette suspension. S'ils n'ont aucun droit individuel à cet égard, ils ne peuvent protester. Il en va de même si par suite de la suspension de l'application d'un accord commercial, le commerce avec l'État responsable est affecté, entraînant un manque à gagner, voire la faillite, pour une ou plusieurs sociétés. De tels effets indirects ou collatéraux ne peuvent être totalement évités* ».
Projet d'articles sur...fait internationalement illicite et commentaires y relatifs. p. 356.

³Ainsi, «*the State of nationality of the Claimant does not control the conduct of the case. No compensation which is recovered will be paid to the State. The individual may even advance a claim of which the State disapproves or base its case upon a proposition of law with which the State disagrees* ». *Corn Products...* § 173.

⁴*Corn Products...* § 174.

En conclusion, nous nous trouvons face à deux sentences contradictoires qui ne nous permettent d'établir un principe général sur l'application des contre-mesures en droit des investissements, donc il faudra attendre de prochaines décisions afin d'éclaircir cette situation. Toutefois, nous pensons que la décision la plus récente –*CORN PRODUCTS*– va indiquer la ligne à suivre, non seulement par le fait qu'elle développe les arguments plus cohérents, mais aussi par le support qu'elle a reçu de la doctrine et les opinions dissidentes, par rapport à la décision de l'affaire *ARCHER MIDLAND*.

• **Les règles classiques de l'épuisement des recours internes dans l'arbitrage du CIRDI.**

L'article 44 du projet d'articles de la CDI prévoit, dans son alinéa b), que la responsabilité de l'Etat ne peut pas être invoquée si « *toutes les voies de recours internes disponibles et efficaces n'ont pas été épuisées au cas où la demande est soumise à la règle de l'épuisement des voies de recours internes* ».

Ainsi, dans les Commentaires Relatifs au projet d'articles de la CDI nous voyons que « *lorsqu'un fait non autorisé ou non valable d'après le droit interne a été commis et qu'un recours interne est donc disponible, il faut en faire usage conformément au principe de l'épuisement des recours internes avant de présenter une réclamation internationale¹* ». En effet, la règle de l'épuisement des recours internes est « *un principe important du droit international coutumier²* ».

En ce qui concerne le CIRDI, l'Article 26 de la Convention de Washington dispose que le consentement des parties à l'arbitrage « *est, sauf stipulation contraire, considéré comme impliquant renonciation à l'exercice de tout autre recours* ». Ainsi, l'Article 26 de la Convention permet à un Etat contractant d'exiger « *que les recours administratifs ou judiciaires soient épuisés* » comme « *condition à son consentement à l'arbitrage dans le cadre de la présente Convention* ». Si un Etat entend user de cette faculté, il peut demander l'insertion dans l'accord contenant le consentement d'une clause libellée.

Nous voyons donc que l'applicabilité des règles de l'épuisement des recours internes n'est pas directe au sens de l'article 44 du projet d'articles de la CDI, c'est-à-dire, en principe il n'est pas nécessaire d'épuiser les recours internes afin de soumettre la demande auprès du CIRDI –par contre, le principe général est celui de la renonciation de ce recours-, ce qui est, reconnaît le Tribunal arbitral, « *un renversement du principe en droit international public général¹* ». Cependant, « *le CIRDI ne refuse pas*

²Projet d'articles sur...fait internationalement illicite et commentaires y relatifs. p. 109.

³*Eletronica Sicula S.p.A. (ELSI)*, C.I.J. Recueil 1989, p. 42, § 50. Extrait des Commentaires Relatifs au projet d'articles de la CDI.

totalemment la règle de l'épuisement des recours internes² », pour autant que l'article 26 de la Convention de Washington permet l'insertion dans l'accord entre les parties de la nécessité d'épuiser toutes les voies de recours internes avant de soumettre le différend auprès du CIRDI. Nous pouvons donc affirmer que la règle de l'épuisement des recours internes au sein du CIRDI a un caractère exceptionnel, et celui-ci est possible à travers l'autonomie de la volonté.

En ce qui concerne la jurisprudence, cette circonstance a été rarement invoquée; Ainsi, dans l'affaire *BENVENUTI&BONFANT*³, la société de droit italien Benvenuti, avait signé un contrat avec l'Etat congolais pour la création d'une société. Cependant, les autorités congolaises avaient pris le contrôle de cette société avec des ingérences répétées dans la gestion de celle-ci.

Avant que les juridictions internes ne puissent rendre leurs décisions, la société italienne avait saisi le CIRDI, raison pour laquelle l'État congolais indiquait que les procédures internes étaient en cours et donc que la société italienne n'avait pas épuisé les voies de recours internes et de ce fait elle ne pouvait pas saisir le CIRDI. Cependant, aucune clause contractuelle ne mentionnait la clause d'épuisement des recours internes, donc en application de l'article 26 de la Convention de Washington le CIRDI condamna l'État congolais à payer des dommages et intérêts à la société.

Nous constatons donc que dans cette affaire l'État congolais prétendait appliquer la règle classique de l'épuisement des recours internes ; c'est pourquoi le CIRDI rappelle que l'article 26 permet –et non oblige- cet épuisement, mais toujours si cette circonstance a été établie contractuellement par les parties.

Dans l'affaire *MAFFEZINI*⁴, le défendeur présente l'argument selon lequel le Traité Bilatéral existant entre les parties exige l'épuisement des voies de recours nationales avant de soumettre le différend à l'arbitrage international. Alors que le Traité bilatéral ne conditionne pas *expressis verbis* le recours à l'arbitrage devant le CIRDI à l'épuisement des voies de recours internes, il fait cependant référence à des procédures auprès des tribunaux nationaux. Le Tribunal arbitral étudie donc si le texte peut être interprété comme exigeant l'épuisement des ressources internes et, dans l'affirmative, quelle est la portée de cette exigence. Finalement, le Tribunal fait noter à cet égard que « *le Traité Bilatéral n'exige*

¹*Saipem S.p.A. c. République populaire du Bangladesh*. Affaire CIRDI n° ARB/05/7. Décision sur la compétence du 21 mars 2007, § 175.

²À cet égard, le Rapport des administrateurs sur la Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États indique que « *pour qu'il soit bien clair que l'intention n'est pas de modifier les règles de droit international concernant l'épuisement des recours internes, la deuxième phrase reconnaît expressément aux États le droit d'exiger l'épuisement préalable desdits recours* ». P. 45, para. 32.

³*Benvenuti&Bonfant c. République Populaire du Congo*. Affaire CIRDI n° ARB/77/2, 8 août 1980.

⁴*Maffezini c. Royaume d'Espagne*. Affaire CIRDI n° ARB/97/7. Sentence sur la compétence du 25 janvier 2000.

pas l'épuisement des voies de recours internes par rapport à cette notion en droit international¹».

Il faut néanmoins indiquer que l'absence de référence à l'épuisement des voies de recours internes est généralement devenue la règle dans le cadre du droit de l'investissement, à savoir que les parties ne seraient pas soumises, sauf stipulation contraire de l'État, à une telle obligation. Ainsi, la tendance actuelle est de l'abandonner, depuis le traité États-Unis-Argentine de 1991². Il est important à cet égard de rappeler que les conditions de la compétence CIRDI échappent aux juridictions nationales, dont les décisions ne lient pas le Tribunal arbitral; les Etats ont compris qu'il est mieux de résoudre le différend directement auprès du CIRDI, par autant qu'une des parties ne va pas toujours être d'accord avec la solution prise par les Tribunaux internes, et donc le différend va être en tout cas connu par le CIRDI.

• **Les règles classiques de l'épuisement des recours internes dans l'arbitrage du CIRDI : le problème de la « fork in the road clause ».**

Un autre problème est celui de la « *fork in the road clause*³ », donc « *clause de bifurcation* » ou encore « *l'embranchement dans le chemin*⁴ ».

La première résolution du Tribunal arbitral qui fait entièrement référence à cette clause est celle de l'affaire *PANTECHNIKI*⁵, où nous trouvons l'existence d'une clause entre les parties qui indique que « *the investor or the Contracting Party concerned may submit the dispute either to the competent court of the Contracting Party or to an international arbitration tribunal... ».*

Cette clause signifie donc que les parties peuvent insérer plusieurs possibilités de règlement des litiges créant pour elles des droits et des obligations. Néanmoins, dès que l'une des parties engage une procédure dans l'un des fors possibles, il s'agit d'un « point de non-retour » et toutes les autres possibilités restent dès lors caduques pour les deux parties⁶. Selon *SCHREUER*, « *la perte d'accès à l'arbitrage international s'applique si le même différend entre les mêmes parties est soumis aux tribunaux judiciaires ou administratifs internes de l'Etat d'accueil* », mais « *qu'une simple comparution devant une juridiction de l'Etat d'accueil ne constitue pas un choix au sens d'une disposition de bifurcation* ». Ainsi, « *si de tels litiges peuvent avoir trait d'une certaine manière à l'investissement, ils ne*

¹Schreuer, C. «Commentary on the ICSID Convention, Article 25», *Foreign Investment Law Journal, ICSID Review*, Vol. 12, 1997., p. 59, § 201.

²Traité entre l'Argentine et les États-Unis relatif à l'encouragement et à la protection réciproques de l'investissement. Washington, 14 novembre 1991.

³SINCLAIR, A., *Fork-in-the-road provisions in investment treaties*, United Kingdom, Allen & Overy Knowledge, 2009.

⁴KAUFMANN-KOHLER, G. *L'arbitrage d'investissement : entre contrat et traité entre intérêts privés et intérêt public*. <http://www.lk.com/data/document/arbitrage-investissement-entre-contrat-traite-entre-interets-privés-interet-public-i.e.pdf> (février 2013).

⁵*Pantechniki S.A. Constructors and Engineers c. République d'Albanie*. Affaire CIRDI n° ARB/07/21. Sentence du 30 juillet 2009.

⁶À cet effet, *Lanco International, Inc. c. République d'Argentine*, Affaire CIRDI n° ARB/97/6, 8 décembre 1998.

sont cependant pas nécessairement identiques au « différend » visé dans la disposition du TBI sur le règlement des différends entre Etat et investisseur¹ ». Ainsi, le CIRDI a parfois considéré que les parties aux différends envisagés respectivement par l'accord d'élection de for et par la convention d'arbitrage étaient différentes, ou que l'objet était différent.

Il existe néanmoins des conditions² afin de constater que l'investisseur a exercé la faculté résultant de la clause de bifurcation en faveur des tribunaux judiciaires ou administratifs de l'Etat d'accueil et donc il n'est plus possible l'accès à l'arbitrage international;

« 1. La procédure interne doit avoir été engagée avant le choix de l'arbitrage international. Normalement, la date décisive sera la date d'engagement de la procédure d'arbitrage. Si à cette date l'investisseur a soumis le différend à une juridiction interne, la disposition s'appliquera. Si à cette date, l'investisseur ne l'a pas fait, la disposition de bifurcation ne produira pas ses effets à l'encontre de l'arbitrage.

2. Le différend devant les tribunaux judiciaires ou administratifs internes doit être identique au différend relevant de la procédure internationale. Si la demande présentée au tribunal d'arbitrage international fait valoir une violation du TBI, le différend soumis aux tribunaux judiciaires ou administratifs internes devra également concerner une violation alléguée à un droit conféré ou créé par le TBI. Si le différend devant les juridictions internes concerne une demande différente, telle qu'une demande contractuelle ou la contestation de la décision d'un organe réglementaire, la disposition de bifurcation ne s'appliquera donc pas et le tribunal d'arbitrage sera libre de poursuivre. Des complications pourront survenir dans des affaires où des demandes de plusieurs types sont présentées au tribunal d'arbitrage – par exemple, des demandes relevant du TBI et des demandes contractuelles – et que seules les demandes contractuelles sont pendantes devant les tribunaux internes.

3. Les parties à la procédure interne doivent être identiques aux parties à la procédure internationale. L'Etat d'accueil mis en cause dans la procédure d'arbitrage international doit être le défendeur dans la procédure nationale. L'investisseur étranger recherchant l'arbitrage doit être la partie ayant soumis le différend aux tribunaux judiciaires ou administratifs de l'Etat d'accueil. »

Nous voyons donc que ce type de clause, qui est accepté par l'article 26 de la Convention de Washington, va permettre aux parties de choisir entre plusieurs manières de régler les différends, mais celles-ci s'engagent à accepter la procédure choisie de telle manière que les autres ne sont plus valables. Cependant, le CIRDI accepte de connaître de ces différends, compte tenu qu'un même différend peut comporter différents problèmes (donc il existe la possibilité que pas tous les problèmes aient été soumis aux tribunaux internes) ou par le fait « qu'une simple comparution devant une juridiction de l'Etat

¹Schreuer, C., « Travelling the BIT Route of Waiting Periods, Umbrella Clauses and Forks in the Road », *The Journal of World Investment & Trade* 5, 2004. Pp. 241, 245, 247.

²*Ibidem.* p. 248.

d'accueil ne constitue pas un choix au sens d'une disposition de bifurcation ». Cela peut, en effet, comporter des problèmes, même si les conditions déjà indiquées nécessaires dans ces cas semblent claires.

Ainsi, nous revenons vers l'affaire *PANTECHNIKI*, où le fait que le CIRDI ait considéré l'existence d'une clause de choix irrévocable a été fortement critiqué par certains auteurs, en indiquant que « *cette disposition [la fork in the road clause], que l'on retrouve parfois dans d'autres traités de protection des investissements, consiste à prévoir que le choix d'une voie pour la résolution du différend, par exemple la voie des juridictions locales ou la voie de l'arbitrage, est définitif. Ici, il nous semble que la disposition donne à l'investisseur une alternative, mais non une indication que son choix sera définitif* ». Ici, le fait que l'investisseur grec avait initialement saisi les tribunaux albanais de la demande qu'il avait ultérieurement formée devant le CIRDI entraînait, selon l'Albanie, la renonciation de ce dernier à l'arbitrage. Cependant, le Tribunal arbitral indique qu'il convient de rechercher le « *fundamental basis of the claim* » (donc la base de la réclamation, afin de connaître s'il existe une demande différente de celle existant auprès des tribunaux albanais).

Selon les critiques, en l'espèce la demande de Pantechniki était exactement la même que celle formulée devant le CIRDI ; le paiement du montant d'indemnisation que le Ministère des transports lui avait promis à l'issue des émeutes mais que le Ministère des finances avait refusé de lui verser. Ainsi, « *si la solution peut être justifiée dans le cas d'espèce, la sentence nous semble avoir pour effet (...) d'imposer à l'investisseur de distinguer, en amont, le fondement de ses demandes et d'être attentif à ne pas y renoncer* » et « *on regrettera également que l'article 26 de la Convention de Washington, invoqué par l'Albanie n'ait pas été plus amplement analysé, notamment sur la question de savoir s'il était effectivement applicable au cas d'espèce¹* ».

Nous voyons, donc, que la clause « *fork in the road* » est moins développée par la jurisprudence du CIRDI qu'il n'y paraît.

• La nationalité des entreprises dans la jurisprudence de la CIJ : Influence sur le CIRDI.

La nationalité des personnes morales dans le domaine du droit international a traditionnellement été analysée à la lumière de deux arrêts rendus par la Cour internationale de Justice ; la *BARCELONA TRACTION*² et l'affaire *ELSI*³. Cependant, l'importance de cette jurisprudence devrait être considérée

¹Fouret J., et Khayat D., « Jurisprudence du Centre International pour le Règlement de Différends relatifs aux Investissements (CIRDI) », *Revue québécoise de droit international*, 2009. p. 280-281.
http://rs.sqdi.org/volumes/22_2_Chronique_CIRDI.pdf (mars 2013).

²*Barcelona Traction, Light and power Cie.* Belgique c. Espagne. Arrêt CIJ du 5 février 1970.

³*Elettronica Sicula S.p. A. (ELSI)*. United States of America c. Italy. Arrêt CIJ du 20 juillet 1989.

comme marginale afin d'établir une analyse contemporaine de la question de la nationalité en droit des investissements. Justement, la naissance du CIRDI et des Traités Bilatéraux a donné lieu au fait que la jurisprudence du CIRDI en ce qui concerne la nationalité des entreprises par rapport au droit des investissements est la plus importante. Ces deux outils généraux fournissent des éléments pertinents aujourd'hui pour discuter de la nationalité des personnes morales, du point de vue du droit international. En plus, les traités sont conçus pour surmonter le système de protection restrictive des droits des investisseurs, qui s'étaient dégagés de l'affaire BARCELONA TRACTION. Ainsi, le CIRDI en parlant de ces deux affaires indiquait que « *the Tribunal considers it unnecessary to discuss the relevance of these cases to the current proceedings. The issues before this Tribunal concern not diplomatic protection under customary international law but the rights of investors, including shareholders, as determined by the Treaty*¹ ».

Le CIRDI et le problème de la double nationalité.

L'article 25 de la Convention de Washington indique que « *la compétence du Centre s'étend aux différends d'ordre juridique entre un Etat contractant (ou telle collectivité publique ou tel organisme dépendant de lui qu'il désigne au Centre) et le ressortissant d'un autre Etat contractant qui sont en relation directe avec un investissement* ».

Cet article va définir la notion de « ressortissant d'un autre Etat contractant » comme « *toute personne physique qui possède la nationalité d'un Etat contractant autre que l'Etat partie au différend à la date à laquelle les parties ont consenti à soumettre le différend à la conciliation ou à l'arbitrage ainsi qu'à la date à laquelle la requête a été enregistrée (...) à l'exclusion de toute personne qui, à l'une ou à l'autre de ces dates, possède également la nationalité de l'Etat contractant partie au différend* » ainsi que « *toute personne morale qui possède la nationalité d'un Etat contractant autre que l'Etat partie au différend à la date à laquelle les parties ont consenti à soumettre le différend à la conciliation ou à l'arbitrage et toute personne morale qui possède la nationalité de l'Etat contractant partie au différend à la même date et que les parties sont convenues, aux fins de la présente Convention, de considérer comme ressortissant d'un autre Etat contractant en raison du contrôle exercé sur elle par des intérêts étrangers* ».

Il faut indiquer que, comme établi par le Rapport des Administrateurs, il « *convient de noter (...) qu'une personne physique possédant la nationalité de l'Etat 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 Etat. Cette exclusion est absolue et ne peut être écartée même si l'Etat partie au différend y consent. La clause (...) qui traite des personnes morales est plus souple. Une personne morale ayant la nationalité de l'Etat partie au différend peut être partie aux procédures établies sous les auspices du Centre si l'Etat en question accepte de la considérer comme ressortissante d'un autre Etat contractant en*

¹Siemens A. G. c. République Argentine. Affaire CIRDI n° ARB/02/8. Sentence du 5 février 2007.

raison du contrôle exercé sur elle par des intérêts étrangers¹ ».

Nous voyons donc qu'il faut établir une différence quand nous nous trouvons face à un ressortissant d'un autre Etat contractant qui est une personne physique ou une personne morale.

CIRDI et double nationalité dans des personnes physiques.

En ce qui concerne les personnes physiques, l'objectif est d'éviter une confrontation entre une personne et l'Etat dont il est national, ainsi que les problèmes complexes de la double nationalité. Ces inconvénients ne peuvent pas être résolus par le consentement de l'État à envisager cette personne comme ressortissant d'un autre Etat.

À partir de cette idée il est évident que dans ce cas n'est pas applicable le principe de la *nationalité effective*² (la nationalité effective de l'individu est celle qui repose sur un rattachement réel entre l'individu et l'État) de la personne physique.

Ainsi, dans l'affaire *CHAMPION TRADING*³, la partie demanderesse était composée de trois personnes ayant la nationalité américaine, dont la capacité à recourir au CIRDI a été contestée avec succès par l'Egypte, qui a déclaré que, en plus de la nationalité américaine, ces personnes étaient des ressortissants égyptiens en vertu du principe du *jus sanguinis* accepté en Egypte, dans la mesure où leur père n'avait pas refusé la nationalité égyptienne lorsqu'il avait acquis celle des États-Unis. Le Tribunal arbitral va vérifier des documents montrant que les trois individus avaient fait leur investissement en qualité de ressortissants égyptiens plutôt que des étrangers, afin de justifier sa décision.

En analysant le point de la nationalité effective, le tribunal, sur la base des critères d'interprétation établis par la Convention de Vienne de 1969, a dit qu'il ne pouvait pas en faire usage, depuis que la Convention stipule clairement que cette situation constitue une exception à l'utilisation de ce principe.

Plus récemment, nous trouvons l'affaire *IOAN MICULA*⁴, où la partie demanderesse était composée par deux personnes suisses qui avaient à l'origine la nationalité roumaine, mais qu'elles y avaient renoncé. L'Etat roumain a déclaré que les deux individus étaient en fait des ressortissants roumains dans la mesure où ces gens ont toujours gardé un lien plus étroit avec la Roumanie qu'avec la Suisse. De façon

¹Rapport des Administrateurs de la Banque internationale pour la reconstruction et le développement sur la Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre Etats et ressortissants d'autres Etats. Banque internationale pour la reconstruction et le développement. Washington, 18 mars 1965. § 29-30.

https://icsid.worldbank.org/ICSID/StaticFiles/basicdoc_fra-archiver/ICSID_French.pdf (mars 2013).

²MAYER, P., *Droit International Privé*, 6ème éd., Paris, Montchrestien, 1998. Pp. 547-551.

À cet égard, il faut rappeler que la notion de « nationalité effective » n'a en effet pris corps en droit international qu'avec l'arrêt *Nottebohm*. Principauté du Lichtenstein c. Guatemala. Arrêt CIJ du 6 avril 1955.

³*Champion Trading Company et autres c. République arabe d'Égypte*. Affaire CIRDI no. ARB/02/9, 21 octobre 2003.

⁴*Ioan Micula, Viorel Micula, S.C. European Food S.A, S.C. Starmill S.R.L. and S.C. Multipack S.R.L. c. Roumanie*. Affaire CIRDI n° ARB/05/20, 24 septembre 2008.

étonnante l'État roumain déclarait que le principe de la *nationalité effective* devait être appliqué même si une seule nationalité allait être utilisée pour s'opposer à l'État.

Le Tribunal arbitral déclarait qu'il n'allait pas analyser la question de la double nationalité dans la mesure où la validité de la renonciation à la nationalité roumaine ne se contestait pas, et profitait pour indiquer que le contenu de l'article 25 ne permet pas l'utilisation du principe de la nationalité effective et qu'en fait il n'existe pas d'antécédent en matière d'arbitrage du CIRDI où le contraire a été déclaré¹.

En outre, le CIRDI a eu la possibilité de refuser le jeu de la confusion entre nationalité en d'autres termes. Ainsi, dans l'affaire *FELDMAN*², le Tribunal arbitral indiquait que la nationalité était le principal critère de rattachement entre un Etat et une personne, et que la nationalité s'impose sur le critère de résidence permanente.

M. Feldman était un ressortissant des Etats-Unis d'Amérique ayant sa résidence au Mexique. La compétence du CIRDI a été contestée par le Mexique sur la base de l'article 201 de l'Accord de libre-échange (ALÉNA), qui prévoit qu'un national est, entre autres, un citoyen ou bien un résident permanent, donc si M. Feldman était considéré comme un ressortissant du Mexique, il n'aurait pu engager une procédure auprès du CIRDI. Le tribunal a tranché la question en indiquant que la référence à l'article 201 de l'ALÉNA n'était pertinente que par rapport à l'État partie différent de celui où l'investissement est réalisé. En tout cas, M. Feldman n'avait que la nationalité américaine. Pour cette raison, le tribunal n'a pas dû aborder la question de la double nationalité.

En conclusion, la double nationalité concernant les personnes physiques ne présente pas de problèmes, sauf si une de ces deux nationalités coïncide avec la nationalité de l'Etat contractant partie au différend. Dans ce cas, il est impossible pour cette personne d'être admise comme partie aux procédures du CIRDI, qui n'accepte pas d'exception ou situation exceptionnelle. Ainsi, le principe traditionnel de la *nationalité effective* n'est pas appliqué au sein du CIRDI.

CIRDI et nationalité dans des personnes morales.

En ce qui concerne la nationalité des personnes morales, le premier problème est que la construction juridique de la nationalité des entreprises ne repose pas sur un seul critère. En ce sens, la Convention de Washington reconnaît la large liberté d'États en tant que sujets souverains, de définir qui est et qui n'est pas ressortissant ; « *Le tribunal note que la Convention ne définit pas le terme « nationalité », laissant ainsi à chaque Etat le pouvoir de déterminer si une entreprise possède sa nationalité. En règles générale,*

¹Ainsi, « *The Tribunal agrees with the conclusion of the tribunal in Siag that the regime established under Article 25 of the ICSID Convention does not leave room for a test of dominant or effective nationality. No previous ICSID tribunal appears to have ever ruled to the contrary and Respondent has not supplied any convincing evidence to the contrary. In fact, Respondent has not convinced the Tribunal to hold otherwise* »

²*Marvin Roy Feldman c. Les Etats-Unis du Mexique*. Affaire CIRDI n° ARB (AF) 99/1. Sentence du 16 décembre 2000.

pour déterminer la nationalité, les États appliquent soit le critère du siège social soit celui de la constitution de la société. À l'inverse, ni la nationalité des actionnaires de la société, ni le contrôle étranger sur autre chose que le capital ne gouvernent habituellement la nationalité de la société même si une assemblée législative peut invoquer ces critères dans des circonstances exceptionnelles¹ ».

Nous voyons donc que normalement dans la pratique, les critères les plus utilisés pour définir la nationalité des personnes morales sont les critères du lieu de constitution et le critère du siège, qui ont été reconnus comme critères raisonnables par des arbitrages ultérieurs du CIRDI². Ainsi, il estime également comme admissible l'accord entre l'Etat hôte et l'investisseur afin de définir la nationalité. Toutefois, « *la validité de cet accord dépendra des circonstances de fait, pour autant que ne peut être consacrée la nationalité fictive de l'investisseur qui ne se base pas sur l'un des facteurs réels³ ».*

Finalement, une interprétation systématique de l'article 25 b. empêche de définir la nationalité des personnes morales en fonction de la nationalité de leurs associés. Ceci parce que l'art. 25.2.b *in fine* établi qu'une société créée en territoire national peut être considérée comme étrangère si « *les parties ont convenu de lui attribuer ce caractère pour être soumis au contrôle étranger⁴* ». Cependant, la Convention de Washington ne définit pas le concept de « contrôle étranger », même si ce critère de contrôle est systématiquement inséré dans la quasi-totalité des TBI dans le monde⁵. En absence donc de définition, il faudrait considérer cette notion par rapport aux critères généralement appliqués ; la participation majoritaire, absolue ou relative, dans le capital de la société par des associés étrangers et leur capacité à influencer sur la gestion de l'entreprise. Toutefois, la jurisprudence a parfois indiqué que « *les Etats sont responsables de définir comment fonctionne le critère du contrôle dans chaque cas⁶ ».*

¹Société Ouest-Africaine des Bétons Industriels (SOABI) c. La République du Sénégal. Affaire CIRDI n° ARB/82/1. Sentence du 25 février 1988.

²Ainsi, « *selon le droit et la pratique internationale, il y a différents critères possibles pour déterminer la nationalité d'une personne morale. Les critères du lieu de constitution ou du siège ont été largement adoptés par les tribunaux arbitraux CIRDI* ». *Autopista Concesionada de Venezuela, Aucoven c. République Bolivarienne du Venezuela*. Affaire CIRDI n° ARB/00/05. Décision sur la compétence du 27 septembre 2001. § 107-108.

³AL-SHARMANI, M., *Requirements Ratione Personae*, United Nations Conference on trade and development. New York and Geneva, 2003. pp. 1-34. À cet égard, *MINE c. Guinée*. Affaire CIRDI n° ARB/84/4, 6 janvier 1988.

⁴Dans l'avant-projet de la Convention de Washington, le critère de contrôle était le seul afin d'établir la nationalité. Toutefois, il a été enlevé car d'application difficile. Il s'ensuit que les critères principaux de la Convention sont ceux du lieu de constitution et du siège, et seulement à titre exceptionnel, par rapport aux sociétés locales, le critère du contrôle par les associés. Schreuer, C. « *Commentary on the ICSID Convention, Article 25* », *Foreign Investment Law Journal, ICSID Review*, Vol. 12, 1997.

⁵Un exemple typique est donné par l'article 1.2 du TBI Burkina-Tchad (2001) qui définit comme une société nationale d'une partie contractante: « *Les entités juridiques établies, conformément à la législation d'un quelconque pays qui sont contrôlées, directement ou indirectement, par des nationaux d'une Partie contractante (...)* ». Nikiéma, S., « *Bonnes Pratiques. Définition de l'investisseur* ». *Institut international du développement durable*, 2012. Disponible sur http://www.iisd.org/pdf/2012/best_practices_definition_of_investor_fr.pdf (mars 2013)

⁶*Tokios Tokele'sc c. Ukraine*. Affaire CIRDI n° ARB/02/18. Sentence du 29 avril 2004.

À cet égard, dans l'affaire *HOLIDAY INNS*¹, la discussion était de vérifier l'existence d'un accord pour reconnaître comme étrangère une société de nationalité marocaine. La société Holiday Inns avait déclaré que l'Etat marocain avait consenti à donner le caractère d'entreprises étrangères aux quatre filiales qu'elle représentait, car elles avaient toujours été traitées comme des étrangères dans cet Etat. Le Tribunal arbitral avait considéré que la reconnaissance de société étrangère par l'Etat pourrait être explicite ou implicite, mais dans ce cas l'existence de l'accord n'a pas été vérifiée. Finalement, toutes les entreprises marocaines ont été exclues de la procédure².

Dans la jurisprudence plus récente, il nous semble qu'il y a une nouvelle tendance dans l'arbitrage du CIRDI, en vertu de laquelle les arbitres cherchent à trouver la véritable source du contrôle des requérants.

Ainsi, dans les affaires *SARL* et *TSA*³, en 2008, les tribunaux ont estimé que si le contrat autorisait à utiliser le contrôle pour déterminer la véritable nationalité de l'investisseur, il est possible d'étudier les différentes structures des entreprises jusqu'à la détermination du contrôleur réel, sans s'arrêter au premier niveau d'actionnaires. Ainsi, par exemple, dans l'affaire *TSA* contre Argentine, le Tribunal arbitral a analysé les différents niveaux de contrôle et a déterminé que le contrôleur réel était un national argentin et donc a été conclu qu'il n'avait pas compétence pour connaître du différend.

Nous voyons donc que, à travers le critère du contrôle étranger, le Tribunal a établi qu'une société avait finalement la même nationalité que l'État contractant, et donc en vertu de l'article 25 –« à l'exclusion de toute personne qui, à l'une ou à l'autre de ces dates [la date à laquelle les parties ont consenti à soumettre le différend à l'arbitrage ainsi qu'à la date à laquelle la requête a été enregistrée], possède également la nationalité de l'Etat contractant partie au différend », le CIRDI ne pouvait pas connaître de cette affaire.

• Les formes de réparation au sein du CIRDI. Introduction.

L'article 31 du projet d'articles de la CDI établit que « l'Etat responsable est tenu de réparer intégralement le préjudice causé par le fait internationalement illicite ».

Ainsi, « le principe essentiel, qui découle de la notion même d'acte illicite et qui semble se dégager de la pratique internationale, notamment de la jurisprudence des tribunaux arbitraux, est que la réparation

¹*Holiday Inns S.A. et autres c. Maroc*, Affaire CIRDI n° ARB/72/1. Sentence du 13 janvier 1972.

²Rambaud, P., « Premiers enseignements des arbitrages du CIRDI », *28 Annuaire Français de Droit International, AFDI*, 1982. Pp. 471-491.

Disponible sur http://www.persee.fr/web/revues/home/prescript/article/afdi_0066-3085_1982_num_28_1_2500 (mars 2013).

³*S.A.R.L. c. République Démocratique du Congo*. Affaire CIRDI n° ARB/05/21, 29 juillet 2008, et *Thales Spectrum de Argentina (TSA) c. République d'Argentine*. Affaire CIRDI ARB/05/05. Décision sur la compétence du 19 décembre 2008.

doit, autant que possible, effacer toutes les conséquences de l'acte illicite et rétablir l'état qui aurait vraisemblablement existé si ledit acte n'avait pas été commis. Restitution en nature, ou, si elle n'est pas possible, paiement d'une somme correspondant à la valeur qu'aurait la restitution en nature; allocation, s'il y a lieu, de dommages-intérêts pour les pertes subies et qui ne seraient pas couvertes par la restitution en nature ou le paiement qui en prend la place; tels sont les principes desquels doit s'inspirer la détermination du montant de l'indemnité due à cause d'un fait contraire au droit international¹ ».

En laissant de côté les généralités, il est intéressant de nous concentrer sur l'article 34, qui indique que *« la réparation intégrale du préjudice causé par le fait internationalement illicite prend la forme de restitution, d'indemnisation et de satisfaction, séparément ou conjointement, conformément aux dispositions du présent chapitre »*. Comme il est indiqué dans les commentaires relatifs, dans certains cas, la satisfaction peut constituer une forme supplémentaire de réparation. La réparation intégrale peut donc prendre la forme de restitution, indemnisation et satisfaction, selon les circonstances. Il ressort aussi clairement de l'article 34 qu'il ne peut y avoir réparation intégrale, dans des cas particuliers, qu'en associant différentes formes de réparation. Par exemple, le rétablissement de la situation qui prévalait avant la violation peut ne pas suffire à constituer une réparation intégrale si le fait illicite a causé un dommage matériel supplémentaire (par exemple, un préjudice découlant de la perte d'usage du bien saisi de façon illicite). Pour «effacer» toutes les conséquences du fait illicite, il peut donc être nécessaire de faire jouer toutes les formes de réparation ou certaines d'entre elles, en fonction du type et de l'ampleur du préjudice qui a été causé.

En tout cas, du point de vue du droit des investissements, il faut appliquer ces idées de manière restrictive, car –il convient le rappeler- la juridiction du CIRDI ne règle que des différends entre un Etat et une entreprise ou particulier, mais jamais entre deux Etats. Cependant à cet égard, l'article 33 du projet d'articles du CDI indique que *« la présente partie est sans préjudice de tout droit que la responsabilité internationale de l'Etat peut faire naître directement au profit d'une personne ou d'une entité autre qu'un Etat »*. Ainsi, les commentaires relatifs au projet d'articles indique que *« c'est à la règle primaire particulière qu'il incombe de déterminer si et dans quelle mesure des personnes ou des entités autres que des États peuvent invoquer la responsabilité en leur nom propre. Le paragraphe 2 ne fait que constater cette possibilité: d'où l'expression «peut faire naître directement au profit d'une personne ou d'une entité autre qu'un État »*.

Enfin, il est évident que le noyau principal tant en matière de responsabilité entre Etats comme entre investisseur-État, c'est la commission par un État d'un acte préjudiciable, ce qui passe notamment par la violation d'une règle de droit International. En conséquence, nous croyons qu'il n'existe aucun obstacle pour que le CIRDI applique ici le droit international général dans les différends entre investisseurs et États.

¹Usine de Chorzów, fond, C.P.J.I., série A, n° 17, 1928, p. 47.

Les formes de réparation au sein du CIRDI. Il est possible un résultat différent au paiement d'une somme économique?

La première partie de l'article 54 de la Convention de Washington indique que « *chaque Etat contractant reconnaît toute sentence rendue dans le cadre de la présente Convention comme obligatoire et assure l'exécution sur son territoire des obligations pécuniaires que la sentence impose comme s'il s'agissait d'un jugement définitif d'un tribunal fonctionnant sur le territoire dudit Etat* ».

Maintenant, nous nous demandons si cette déclaration n'implique pas nécessairement que le CIRDI n'est autorisé qu'à rendre des sentences de nature monétaires, car, en principe, seulement les sentences de ce genre seraient exécutées par les États. À cet égard, « *It would be wrong to conclude from this provision that an ICSID tribunal may not order non-pecuniary relief such as an injunction or an order of specific performance. The travaux préparatoires would not support such a restrictive interpretation*¹ ». Ainsi, cet article ne peut pas être interprété de manière restrictive, il ne visait pas à restreindre les options de réparation aux tribunaux arbitraux, mais à montrer les préoccupations exprimées à ce sujet. De cette manière, « *Mr. Broches replied that an award could well order the performance or non-performance of certain acts but all that could be enforced would be the obligation to pay damages if the party did not comply with that order. In the kind of disputes that would come before the Centre payment of damages was all that ultimately the parties would expect in the absence of voluntary compliance*² ».

Nous concluons donc que, en vertu de la Convention de Washington, le CIRDI peut choisir entre des alternatives afin de rendre une décision. Cependant, ne pourront être exécutées que les décisions de nature économique. Ainsi, d'une part nous avons la possibilité que les tribunaux peuvent rendre des sentences de nature différente à celle ordonnant le paiement d'une somme d'argent et, d'autre part, l'impossibilité d'exécuter des décisions qui ne condamnent pas au paiement d'une somme d'argent. Cette difficulté se trouve cependant justifiée à l'égard de la souveraineté de chaque État³.

Ce problème trouve plus de fondement si nous revenons à l'article 42 (1) de la Convention, qui stipule que « le Tribunal statue sur le différend conformément aux règles de droit adoptées par les parties. Faute d'accord entre les parties, le Tribunal applique le droit de l'Etat contractant partie au différend —y compris les règles relatives aux conflits de lois— ainsi que les principes de droit international en la

¹SCHREUER, C., *Non-Pecuniary Remedies in ICSID Arbitration*, vol. XX, Arbitration International. Pp. 325-332.

²Centre International pour le Règlement des Différends relatifs aux Investissements, *Analyse des documents relatifs à l'origine et à l'élaboration de la Convention*, Vol.II, Washington D.C., 1970.

³À cet égard, « *considérant que la requête vise la restitution, le Tribunal ne peut pas aller au-delà de son autorité dans la décision relative à la responsabilité. La restitution donnerait lieu à l'annulation ou la promulgation de mesures législatives (...) qui modifient complètement l'effet de la loi violée. La Tribunal ne peut pas forcer l'Argentine de faire cela sans interférer dans leur souveraineté. En conséquence, le Tribunal parvient à la même conclusion: il est nécessaire d'ordonner et d'analyser l'indemnité* ». *LG&E Energy Corp., L&E Capital Corp., LG&E International Inc.*. Affaire CIRDI n° ARB/02/1, 27 juillet 2007. § 87.

matière ». Ceci pourrait signifier que le CIRDI pourrait utiliser des alternatives de réparation de la législation nationale, et non pas nécessairement celles du droit international. Par conséquent, l'application de la sentence serait à la discrétion de l'Etat "condamné", qui devrait choisir parmi les alternatives prévues par la loi interne. Pour cette raison, le respect de la souveraineté est très important. Cependant, si nous nous référons à l'article 32 CDI (« *l'Etat responsable ne peut pas se prévaloir des dispositions de son droit interne pour justifier un manquement aux obligations qui lui incombent en vertu de la présente partie* »), devraient s'appliquer les options de réparation propres du droit international, ce qui dans la pratique nous semble être plus appropriée.

En tout cas, dans une analyse de la jurisprudence du CIRDI la tendance actuelle est d'adopter une réparation économique. Cependant, il faut noter que dans la plupart des cas, les parties en effet encadrent leurs revendications en termes de dommages et intérêts (donc c'est normal que la réparation exigée soit économique).

La restitution et la jurisprudence du CIRDI

Comme le commentaire relatif au projet d'articles de la CDI l'indique, la notion de restitution n'a pas de définition uniforme. Selon une définition, elle consisterait à rétablir le *statu quo ante*, c'est-à-dire la situation qui existait avant la survenance du fait illicite. Selon une autre définition, la restitution est un moyen d'établir ou de rétablir la situation qui aurait existé si le fait illicite n'avait pas été commis.

Ainsi, l'article 35 du projet d'articles de la CDI établit que « *l'État responsable du fait internationalement illicite a l'obligation de procéder à la restitution consistant dans le rétablissement de la situation qui existait avant que le fait illicite ne soit commis, dès lors et pour autant qu'une telle restitution ne soit pas matériellement impossible et n'impose pas une charge hors de toute proportion avec l'avantage qui dériverait de la restitution plutôt que de l'indemnisation* ».

Il peut arriver cependant que la restitution, selon cette définition restrictive, doive être complétée par une indemnisation afin d'assurer l'intégralité de la réparation du dommage causé, ainsi qu'il ressort de l'article 36. Par ailleurs, dans un grand nombre de situations, la restitution n'est pas envisageable, ou bien sa valeur pour l'État lésé est si faible que d'autres formes de réparation priment.

En ce qui concerne le CIRDI, comme nous avons dit, la tendance dans la jurisprudence est d'adopter une réparation économique. Malgré cela, il convient d'apprécier les affaires *GOETZ* et *ENRON*¹, où il semble apparaître la possibilité que le CIRDI choisit parmi des autres formes de réparation.

¹*Antoine Goetz et consorts c. République du Burundi*. Affaire CIRDI n° ARB/95/3. Sentence du 10 février 1999 et *Enron Corporation and Ponderosa Assets LP c. République Argentine*, Décision sur Jurisdiction. Affaire CIRDI n° ARB/01/3, IIC 93. Décision sur jurisdiction, 2004.

Ainsi, dans l'affaire *GOETZ*, Goetz et d'autres investisseurs, suite à une mesure prise par le Burundi, avaient entamé une procédure auprès du CIRDI afin de se faire rembourser les taxes payées ou, à titre subsidiaire, d'indemniser les dommages aux investisseurs. Le Tribunal arbitral va évaluer la légalité de la mesure prise par le Burundi au regard du droit international, en concluant que pour que la mesure puisse être considérée comme licite, il devait être prévu le versement d'une indemnité adéquate et effective. Ainsi, le CIRDI considérait que la question de légalité de la mesure restait suspendue, à condition que la République du Burundi verse dans un délai raisonnable cette indemnité adéquate et efficace et donc dans ce cas la mesure sera considérée comme licite. Ainsi, dans le cas où le Burundi ne réagit pas à cette exigence, il aura violé l'obligation internationale de ne pas prendre des mesures restrictives de propriété.

Tenant compte de ce qui précède, le tribunal décidait que le Burundi devait: soit verser une indemnité adéquate et efficace ou, s'il le préférait, restituer la situation antérieure à celle qui a donné lieu au différend.

De ce qui précède, nous pouvons conclure que le tribunal a jugé que la violation du droit international est pendante, ce qui explique pourquoi sa décision ne peut pas être considérée comme une compensation pour les dommages, car il n'existe toujours pas une violation du droit international. Ainsi, le tribunal proposait à l'Etat différentes options pour ajuster son comportement au droit international et, en cas contraire, l'Etat tomberait dans une violation du droit international. Dans ce cas, les parties devraient demander au tribunal de fixer le montant afin de réparer les dommages.

Dans l'affaire *ENRON*, le litige avait comme base les impôts que certaines provinces argentines avaient appliqué à la société de transport de gaz dans lesquels les requérants avaient leur investissement. Les investisseurs demandent au tribunal d'annuler ces impôts, et d'ordonner à l'Argentine le support de ces impôts. Le Tribunal arbitral indiquait que les tribunaux ont des différentes solutions alternatives afin de réparer les dommages. Ainsi, *"an examination of the powers of international courts and tribunals to order measures concerning performance or injunction and of the ample practice that is available in this respect, leaves this Tribunal in no doubt about the fact that these powers are indeed available"*.

De même, il indiquait que le tribunal, en plus de pouvoirs déclaratoires, a le pouvoir d'ordonner des mesures impliquant certaines actions: *"...in addition to declaratory powers, it has the power to order measures involving performance or injunction of certain acts"*

Nous considérons qu'à travers ces affirmations, le CIRDI estime valide le fait qu'en droit international des investissements il existe différentes options de réparation à celle économique, donnant à l'Etat condamné l'option de «restituer».

En outre, en ce qui concerne la satisfaction comme forme de réparation, le commentaire relatif au projet d'articles de la CDI indique que « *la satisfaction est destinée à réparer ces dommages qui, n'étant pas susceptibles d'évaluation financière, constituent un affront pour l'État. Ces préjudices sont souvent de nature symbolique, et découlent du simple fait de la violation de l'obligation, indépendamment des conséquences matérielles de cette violation pour l'État concerné* ».

Ainsi, les mesures de satisfaction sont rarement prises en droit des investissements. Au sein du CIRDI la réparation n'est pas souvent demandée car les différends versent sur une perte pécuniaire et les parties ne cherchent pas des solutions non monétaires¹.

En conclusion, en ce qui concerne le droit des investissements, « *la forme de réparation est généralement celle de la compensation économique*² ».

Toutefois cela ne veut pas dire que, en principe, le CIRDI n'a pas des autres alternatives afin de réparer les dommages en conformité avec les traités et la jurisprudence du droit international. Cependant, le CIRDI peut se trouver dans le cas où les solutions alternatives qu'il choisit peuvent altérer ou interférer avec la souveraineté des États, ce qui en termes pratiques, aurait une incidence sur l'exécution de la décision. Dans ce contexte, la réparation ordonnée par le tribunal doit être considérée comme appropriée et légitime dans le droit de l'État, sinon une telle décision serait inapplicable. Ceci est important dans la mesure où l'État peut choisir de répondre à une obligation de faire ou ne pas faire, au lieu de payer un montant extrêmement coûteux qui peut affecter ses finances publiques.

Ainsi, ce raisonnement dans l'affaire *CHORZÓW*, est pleinement en vigueur et conclurait qu'actuellement il est possible et pratique d'opter pour une alternative différente, rien n'empêchant à utiliser la restitution.

Cependant, il est nécessaire que les tribunaux du CIRDI n'oublient pas l'impossibilité d'exécuter la décision, ce qui explique la nécessité que la décision soit toujours accompagnée d'une alternative économique dans les cas où l'Etat n'accomplit pas cette obligation de restitution.

¹SABAHI, B., *Compensation and Restitution in Investor-State Arbitration: Principles and Practice*, Oxford University Press, 2011. P. 55.

²DOLZER R. et SCHREUER C., *Principles of International Investment Law*. New York, Oxford University Press, 2008.

• **La clause de la Nation la Plus Favorisée dans la pratique du CIRDI.**

Une clause Nation la Plus Favorisée (CNPF) est une disposition conventionnelle par laquelle un État accepte d'accorder à l'autre partie contractante un traitement non moins favorable que celui qu'il concède à d'autres États ou à des États tiers¹. Cette notion peut aussi être définie comme « *le traitement accordé par l'Etat 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*² ».

Ainsi, « *Il s'agit d'une forme précoce et particulière de clause de non-discrimination dont les origines remontent aux premiers traités d'amitié, de commerce et de navigation. Elle intègre d'abord la plupart des accords commerciaux puis devient, avec les clauses de traitement national et de traitement juste et équitable, des composants désormais classiques des TBI*³ ».

Enfin, la CNPF est essentiellement une exception au droit souverain des États d'établir des relations avec les pays qu'ils veulent, quand ils veulent et selon les modalités qu'ils veulent, ce qui limite -dans le champ où elle a été accordée- les négociations ultérieures des Etats. Ainsi, dans l'affaire concernant les ressortissants des Etats-Unis au Maroc⁴, la CIJ a annoncé que le but de cette disposition est « *d'établir et de maintenir en tout temps l'égalité fondamentale sans discrimination entre tous les pays concernés* ».

Le premier problème en ce qui concerne la CNPF se trouve lors de sa rédaction, s'utilisent des termes généraux, mais qui ne font aucune référence aux dispositions concernant le règlement des différences. Ainsi, traditionnellement, une CNPF ne faisant pas référence aux règles de procédure, a été interprétée comme s'appliquant uniquement aux dispositions de fond. De cette manière, pendant longtemps l'accent a été mis presque exclusivement sur les droits substantiels.

Toutefois, nous rappelons que le travail d'interprétation des arbitres est toujours réglé par rapport à la Convention de Vienne de 1969, un instrument qui malheureusement « *n'établit pas un critère afin d'interpréter les CNPF*⁵ ». S'il est vrai que lorsqu'une CNPF est définie en termes ambigus, le Tribunal

¹Clause de la Nation la plus favorisée, Rapport du Groupe de travail. Commission du Droit International, cinquante-neuvième session, Genève, août 2007.

²Projet d'articles sur les clauses de la nation la plus favorisée. Commission du Droit International, 1978.

³Mekpo, C.G., « La clause de la nation la plus favorisée (NPF) et son impact sur l'arbitrage en matière d'investissement: regard sur les sentences récentes ». *Bulletin de Droit Économique*, Vol. 2, n° 1. Université Laval, 2011.

⁴Ainsi, il existe une nouvelle tendance, selon laquelle « *le principe de l'application de la clause en cette matière [CNPF] est généralement admis* ». *Droits des ressortissants des Etats-Unis d'Amérique au Maroc (France c. Etats-Unis)*. Arrêt CIJ, 27 août 1952.

⁵WEILER, T., *Investment Treaty Arbitration and International Law*, vol. I, New York, Juris, 2008. pp. 231-246. (Extrait de C.G. MEKPO., *La clause de la nation la plus favorisée (NPF) et son impact sur l'arbitrage en matière d'investissement: regard sur les sentences récentes, Point 1.2.*).

arbitral doit l'interpréter afin de déterminer l'existence ou inexistence de clauses de règlement des différends¹. Ainsi, selon la jurisprudence, une CNPF rédigée en termes généraux comprend, sauf mention contraire, les clauses de règlement des différends².

Passons alors à l'examen les arguments développés dans ces décisions, en cherchant à identifier la règle ou le principe qui définit le champ d'application du CNPF.

Ainsi, dans l'affaire *MAFFEZINI*, nous rappelons que le défendeur avait présenté l'argument selon lequel le Traité Bilatéral existant entre les parties exigeait l'épuisement des voies de recours nationales et l'écoulement d'un délai de dix-huit mois destiné à donner à ces juridictions l'occasion de se prononcer sur le différend. Ces exigences n'étant pas satisfaites, Maffezini a invoqué la clause NPF qui se trouvait insérée dans le Traité Espagne-Chili³, selon lequel « *pour toutes les questions visées par le présent accord, ce traitement ne sera pas moins favorable que celui accordé par chaque partie aux investissements faits sur son territoire par les investisseurs d'un pays tiers* ».

En revanche, l'Espagne a soutenu que la clause NPF ne peut jouer que dans les matières envisagées par le traité de base. Selon lui, seuls les aspects substantiels du traitement peuvent être étendus au bénéfice d'une clause NPF⁴. Le Tribunal arbitral a refusé d'accueillir favorablement cet argument, faisant observer que les procédures de règlement des différends sont « *indissociablement liées à la protection des investisseurs étrangers et [...] essentielles à la protection adéquate des droits qu'elles sont destinées à garantir*⁵ ».

Toutefois, la spécificité des revendications et la particularité des dispositions examinées dans l'affaire *MAFFEZINI* empêche que cette décision devienne la règle d'interprétation, ce qui doit être en tout cas supposé en par d'autres décisions.

Ainsi, dans l'affaire *SIEMENS*, un investisseur allemand a cherché à ignorer la condition établie au Traité Allemagne-Argentine qui obligeait à aller d'abord aux Tribunaux argentins et attendre 18 mois avant de pouvoir accéder au Tribunal du CIRDI, via la CNPF du Traité Chili-Argentine, qui couvrait une période de

¹À cet égard, « *the main task of any tribunal which is asked to apply or construe or interpret a treaty... as the duty of giving effect to the expressed intention of the parties, that is, their intention as expressed in the word used by them in the light of the surrounding circumstances* ».

VESEL, S. *Clearing a Path through a tangled jurisprudence: Most Favored Nation Clauses and Dispute Settlement Provisions in Bilateral Investment*. The Yale Journal of International Law, Inc., 2007.

²Ce fut la position adoptée par les tribunaux qui ont entendu des affaires *MAFFEZINI*, *SIEMENS*, *GAZ NATUREL* ou *CAMUZZI*. Bien que les tribunaux *SALINI*, *PLAMA*, et *TELENOR* ont défendu le point de vue opposé. (Les références se trouvent lors de son analyse).

³Article 4.2. de l'accord de promotion et de protection des investissements entre l'Espagne et le Chili.

⁴Ceci fait référence au principe *ejusdem generis*, selon lequel une clause NPF ne peut attirer que les questions relevant du même objet ou de la même catégorie d'objets que ceux auxquels elle se réfère.

⁵C.G. МЕКРО., *La clause de la nation la plus favorisée (NPF) et son impact sur l'arbitrage en matière d'investissement: regard sur les sentences récentes*, Introduction.

négociation de six mois seulement. Ici, le Tribunal arbitral a confirmé la possibilité d'invoquer la clause NPF « pour échapper à l'obligation préalable de saisir les juridictions internes et l'attente d'un délai de dix-huit mois¹ ». Ainsi, le Tribunal rend sa conclusion en trois moments. Tout d'abord, il souligne l'importance de l'arbitrage international pour la protection et la promotion des investissements. Deuxièmement, il refuse l'argument de l'Argentine selon lequel il faut épuiser les voies de recours internes, tout en étant un élément essentiel de son consentement à l'arbitrage, qui est étroitement liée à des questions de politique économique et étrangère. Finalement, le Tribunal arbitral nie que la demande d'un bénéfice en vertu d'une CNPF donne lieu à l'application de l'ensemble du traité.

Quant aux décisions *GAZ NATUREL* et *CAMUZZI*², « elles sont dans le sillage des décisions *SIEMENS* et *MAFFEZINI*⁶ ».

Ainsi dans l'affaire *GAZ NATUREL*, le Tribunal arbitral indique que l'arbitrage international fait partie de la protection fournie par les TBI et que les termes généraux de la CNPF permettent de conclure qu'ils avaient l'intention d'incorporer dans son champ d'application la clause de règlement des différends. Cependant, nous trouvons étonnant le fait qu'il ne fait pas référence à l'affaire *SIEMENS*, dans laquelle la présence d'une CNPF rédigée en termes moins généraux ne fut considérée nécessaire afin d'établir que le règlement des différends faisait partie de la portée de la CNPF.

Dans la même lignée, dans l'affaire *CAMUZZI*, le demandeur bénéficiant de la clause de règlement des différends d'un troisième traité (Etats-Unis-Argentine), va directement auprès d'un tribunal arbitral sans avoir porté le différend devant les autorités argentines, ce qui était requis par la base de traité. Le CIRDI n'argumente pas sa décision sur ce point, pour autant l'Argentine avait accepté la jurisprudence *MAFFEZINI*.

En revanche, comme nous l'avons indiqué, toutes les décisions du CIRDI ne suivent pas cette ligne. La lecture rendue par le Tribunal arbitral dans l'affaire *MAFFEZINI* a préoccupé une partie de la communauté internationale, car la décision semble pointer vers une prétendue autonomie et hiérarchie entre les dispositions du TBI, ce qui mène les Etats à mettre en évidence l'insécurité juridique résultant de cette interprétation. Cette situation donnerait lieu aux arguments développés dans les décisions qui ont rejeté en totalité ou en partie la doctrine Maffezini.

¹C.G. МЕРКО., *La clause de la nation la plus favorisée (NPF) et son impact sur l'arbitrage en matière d'investissement: regard sur les sentences récentes*, p. 4.

²*Gaz Naturel SDG, S.A c. République Argentine*. Affaire CIRDI n° ARB/03/10, Décision du 17 juin 2005, et *Camuzzi International c. République Argentine*. Affaire CIRDI n° ARB/03/2. Décision du 10 juin 2005.

³C.G. МЕРКО., *La clause de la nation la plus favorisée (NPF) et son impact sur l'arbitrage en matière d'investissement: regard sur les sentences récentes*, p. 5.

Ainsi, dans l'affaire *SALINI*¹, le CIRDI examinait les relations entre les différentes dispositions d'un TBI, et entre ces dispositions et une clause contractuelle de règlement des différends. Ici, les demandereses ont voulu étendre le domaine de l'arbitrage État-investisseur fixé par le TBI entre la Jordanie et l'Italie. Le traité excluait de la compétence du tribunal arbitral les contrats conclus entre un investisseur et une entité publique. Pour pouvoir soumettre leur réclamation contractuelle contre une entité publique jordanienne, les demandereses ont invoqué la clause NPF comme fondement à la compétence du tribunal. Elles ont alors soutenu que les mécanismes de règlement des différends des TBI conclus par la Jordanie avec les États-Unis et le Royaume-Uni étaient plus favorables dans la mesure où ils ne connaissent pas de restrictions semblables. Le Tribunal affirme qu'il « *partage les préoccupations exprimées par certains à propos de la solution adoptée dans l'affaire Maffezini* ». Mais il ajoute craindre que les précautions prises par les auteurs de cette décision ne soient, en pratique, difficiles à appliquer, ce qui ne ferait qu'ajouter plus d'incertitude au risque de « *treaty shopping*^{2 3} ».

Dans l'affaire *PLAMA*⁴, la prétention du demandeur était d'échapper aux effets de la très limitative clause de règlement des différends du TBI applicable pour se prévaloir, par le jeu de la clause NPF, des clauses d'arbitrage plus larges acceptées par la Bulgarie dans d'autres traités d'investissement, et qui permettraient la soumission du différend à l'arbitrage d'un tribunal CIRDI⁵. Ici, le Tribunal arbitral indiquait que « *that phenomenon does not take away the basic prerequisite for arbitration: an agreement of the parties to arbitrate. It is a well-established principle, both in domestic and international law, that such an agreement should be clear and unambiguous* ».

C'est à partir de cela qu'une CNPV « *in a basic treaty does not incorporate by reference dispute settlement provisions in whole or in part set forth in another treaty, unless the MFN provision in the basic treaty leaves no doubt that the Contracting Parties intended to incorporate them* ». C'est-à-dire, le principe énoncé dans l'affaire *MAFFEZINI* devient la seule exception à la règle de non-application de la CNPF aux dispositions de la procédure (clause d'arbitrage).

¹*Salini c/ Jordanie*. Affaire CIRDI n° ARB/02/13, 15 novembre 2004.

²C.G. МЕКРО., *La clause de la nation la plus favorisée (NPF) et son impact sur l'arbitrage en matière d'investissement: regard sur les sentences récentes*, p. 6.

³Le « *treaty shopping* » désigne la pratique des investisseurs qui recherchent délibérément à bénéficier de la protection plus avantageuse d'un TBI signé entre un État dont ils n'ont pas la nationalité et l'État hôte dans lequel ils ont investi. Cette pratique est favorisée par l'existence d'un nombre impressionnant de TBI qui lient quasiment tous les pays du monde. Dans ce « marché » de plus de 2700 TBI, les investisseurs peuvent faire leurs « emplettes » et sélectionner, en fonction de leurs besoins, le traité qui leur offre la meilleure protection juridique. Il est presque toujours certain qu'un investisseur trouvera au moins un TBI en vigueur entre l'État d'accueil et un autre État. De ce fait, le bénéfice d'un TBI entre les États A et B peut être « étendu » aux investisseurs de l'État C qui acquièrent artificiellement la nationalité de A ou B. Les acquisitions d'une nationalité « utile » par les sociétés peuvent s'effectuer de plusieurs manières et pour des raisons différentes.

Nikièma, S., « Bonnes Pratiques. Définition de l'investisseur ». *Institut international du développement durable*, 2012, p. 3.

⁴*Plama Consortium Limited c. la Bulgarie*. Affaire CIRDI n° ARB/03/24. Sentence du 27 août 2008.

⁵C.G. МЕКРО., *La clause de la nation la plus favorisée (NPF) et son impact sur l'arbitrage en matière d'investissement: regard sur les sentences récentes*, p. 6.

Ainsi, dans les affaires *PLAMA* et *SALINI*, la CNPF a été invoquée pour incorporer au Traité de base le consentement de l'Etat hôte à l'arbitrage du CIRDI, ce qui nous éloigne des circonstances de celles de l'affaire *MAFFEZINI*, pour autant que « *it is one thing to add to the treatment provided in one treaty more favorable treatment provided elsewhere. It is quite another thing to replace a procedure specifically negotiated by parties with an entirely different mechanism*¹».

Nous trouvons aussi une situation similaire dans l'affaire *TELENOR*². Ici, le Tribunal arbitral a analysé l'affaire et a conclu que « *the scope of the Tribunal's jurisdiction is limited by Article XI to claims involving expropriation and that the MFN clause embodied in Article IV cannot be invoked to extend the Tribunal's jurisdiction to claims under Article III* ».

Ainsi, le Tribunal du CIRDI estime qu'il y a au moins quatre raisons pour lesquelles une CNPF ne peut pas être invoquée [à moins qu'elle ne le déclare expressément] lorsque la clause de règlement des différends limite la compétence du tribunal à certains types de litiges ; Tout d'abord, conformément à la Convention de Vienne sur le droit des traités, le sens de l'expression « *les investisseurs doivent convenir d'un traitement non moins favorable que celui accordé aux investissements des investisseurs de tout autre Etat*», se réfère aux droits substantiels et ne doit pas être interprétée comme intégrant des droits procéduraux. Deuxièmement, les risques de *treaty shopping*. Troisièmement, l'extension du champ d'application de la CNPF engendre insécurité et l'imprévisibilité. Et quatrièmement, l'arbitre doit interpréter la volonté des parties et éviter de remplacer -par des considérations de politique de protection des investissements- les mécanismes de règlement des différends spécifiquement négociés par les parties.

Cette circonstance a été critiquée par certains auteurs³, soulignant que le fait d'affirmer que le jeu de la CNPF augmente le risque de *treaty shopping* indique une ignorance de la nature de cette clause ; que l'argument de l'insécurité juridique correspond à une vision extrêmement statique du droit international, ce qui, appliqué aux dispositions de fond conduirait à l'absence de CNPF ; finalement, que la volonté des parties lors de l'application de la CNPF n'est pas inconnue, pour autant que l'intention des parties est que cela prenne effet.

¹*Plama Consortium...*, § 209.

²*Telenor Mobile Communications A.S. c. Hongrie*. Affaire CIRDI n° ARB/04/15, 13 de septembre 2006.

³Sentence *Telenor Mobile Communications AS c/ République de Hongrie*, 13 septembre 2006. Affaire CIRDI n° ARB/04/15, observations GAILLARD, E. « *Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI) : Chronique des sentences arbitrales* », Journal de Droit International, 2007, p. 298 et s.

Enfin, à la vue des différentes décisions, nous pouvons affirmer que de ce foisonnement jurisprudentiel aucune unité méthodologique n'émerge, ce qui ne manque pas de poser des problèmes juridiques en termes de prévisibilité et donc de sécurité juridiques¹, auxquels l'institutionnalisation de l'arbitrage au sein du CIRDI n'apporte guère de réponse. En tout cas, il est important de rappeler que l'arbitre devrait toujours garder à l'esprit les intérêts des parties en conflit. Il ne s'agit pas d'interpréter les clauses en faveur de l'investisseur ou en faveur de l'État, mais d'établir quelles étaient les garanties fournies aux investisseurs et quelles sont leurs limites.

En conclusion, les tribunaux du CIRDI dans certaines affaires ont intégré la clause d'arbitrage dans le cadre de la CNPF, et dans d'autres ont catégoriquement affirmé le contraire. Ces décisions contradictoires *a priori*, reposent sur une lecture de contextes différents et sont le résultat de CNPF qui ont été rédigés différemment. Ainsi, l'hétérogénéité des éléments qui doivent être analysés et la complexité des relations internationales exigent l'existence de positions plus souples, ce qui empêche la création d'une règle ou principe général sur la matière. Ainsi, comme nous avons indiqué, seulement l'examen détaillé de chaque CNPF et de son contexte, ainsi que le respect des conditions établies par les États comme une condition préalable à l'arbitrage, vont permettre de préserver la sécurité juridique.

¹Canal-Forgues, E. « Sur l'interprétation dans le droit de l'OMC », *Revue Générale de Droit International Public*, Tome 15, n° 2, 2011., § 66. Extrait de *Revue Générale de Droit International Public*, Tome 15, n° 2, 2011. Disponible sur http://www.franck-latty.fr/franck-latty/Publications_files/LATTY.RGDIP2011.pdf (mars 2013).

• **Conclusion.**

En effet, comme nous avons pu le vérifier, les Tribunaux arbitraux du CIRDI appliquent le droit international en matière de responsabilité internationale. Or, cette application n'est pas uniforme et pas toujours assez claire. Il faut donc analyser chaque situation ou problème de responsabilité internationale afin d'éclaircir dans quelle mesure le CIRDI applique le droit international, pour autant qu'il ne suit pas nécessairement la jurisprudence et les principes appliqués par la CIJ.

Et tout cela parce que la jurisprudence, premièrement en ce qui concerne le champ d'application du droit international au sein du CIRDI, n'est pas assez claire. Nous pouvons dire donc que sur le plan substantiel la jurisprudence du CIRDI n'a pas connu la cohérence souhaitée. Ainsi, plusieurs observateurs y déplorent un véritable désordre jurisprudentiel.

Il faudrait donc d'abord que la jurisprudence définisse jusqu'où le rôle du droit international s'élargit, selon la nouvelle tendance, ou si par contre celui-ci va rester résiduel avec une simple fonction de correction ; à partir de cette circonstance nous pourrions vraiment établir quelle est l'influence du droit international de la responsabilité internationale sur le droit des investissements.

Ceci dit, il nous semble cependant intéressant le fait que certains problèmes ont été plus ou moins développés par la jurisprudence du CIRDI ; ainsi, par exemple, certaines circonstances excluant l'illicéité (état de nécessité et force majeure), sur l'épuisement des recours internes, la double nationalité des personnes physiques ou sur les formes de réparation.

Cependant, ce n'est pas suffisant ; le fait d'éclaircir quels droits sont applicables en droit des investissements et dans quelle mesure, ainsi que d'établir une ligne jurisprudentielle claire en ce qui concerne la responsabilité internationale, sont des éléments de base pour l'existence d'une sécurité juridique pour les États et les investisseurs.

Au même temps, il faut rappeler que les TBI vont être rédigés par rapport aux décisions et conclusions du CIRDI, afin d'éviter les problèmes déjà existant en matière d'investissements; une solution arbitrale incohérente ou contradictoire empêche aux parties d'établir et conclure un accord clair, ce qui nécessairement décourage les investisseurs internationaux.

• **Bibliographie.**

COMMISSION DU DROIT INTERNATIONAL

· *Projet d'articles sur les clauses de la nation la plus favorisée et commentaires.* Annuaire de la Commission du droit international, vol. II, 2^{ème} partie, 1978.

· *Rapport de la Commission à l'Assemblée générale sur les travaux de sa trente et unième session.* Annuaire de la Commission du Droit International, vol. II, 2^{ème} partie, 1979.

· *Projet d'articles sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite et commentaires y relatifs.* Annuaire de la Commission du droit international, vol. II, 2001.

· *Clause de la Nation la plus favorisée, Rapport du Groupe de travail.* Commission du Droit International, cinquante-neuvième session, Genève, août 2007.

INSTRUMENTS DU CIRDI

· Convention pour le Règlement des Différends relatifs aux Investissements entre États et Ressortissants d'autres États (Convention du CIRDI). Washington, 18 mars 1965.

· *Rapport des Administrateurs de la Banque internationale pour la reconstruction et le développement sur la Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre Etats et ressortissants d'autres Etats.* Banque internationale pour la reconstruction et le développement. Washington, 18 mars 1965.

· Centre International pour le Règlement des Différends relatifs aux Investissements. *Règlement administratif et financier.*

· Centre International pour le Règlement des Différends relatifs aux Investissements. *Règlement de procédure relatif à l'introduction des instances de conciliation et d'arbitrage (Règlement d'introduction des instances).*

· Centre International pour le Règlement des Différends relatifs aux Investissements. *Règlement de procédure relatif aux instances de conciliation (Règlement de conciliation).*

· Centre International pour le Règlement des Différends relatifs aux Investissements. *Règlement de procédure relatif aux instances d'arbitrage (Règlement d'arbitrage).*

Instruments disponibles sur: https://icsid.worldbank.org/ICSID/StaticFiles/basicdoc-fra/CRR_French-final.pdf

· Centre International pour le Règlement des Différends relatifs aux Investissements, *Analyse des documents relatifs à l'origine et à l'élaboration de la Convention*, Vol.II, Washington D.C., 1970.

INSTRUMENTS CONVENTIONNELS

· Traité entre l'Argentine et les États-Unis relatif à l'encouragement et à la protection réciproques de l'investissement. Washington, 14 novembre 1991.

Disponible sur : http://www.pca-cpa.org/showpage.asp?pag_id=1394.

· Accord de libre-échange nord-américain (ALÉNA), 1 janvier 1994.

Disponible sur : <http://www.nafta-alena.gc.ca/fr/view.aspx?x=299>.

· Accord de promotion et de protection des investissements entre le Royaume d'Espagne et la République du Chili, 29 mars 1994.

Disponible sur : <http://www.comercio.es/acuerdos> (en espagnol).

· Traité Bilatéral de Protection des Investissements entre Burkina Faso et la République du Tchad, 11 mai 2001.

JURISPRUDENCE CPJI/CIJ

- *Usine de Chorzów*, fond, C.P.J.I., série A, n° 17, 1928.
- *Droits des ressortissants des Etats-Unis d'Amérique au Maroc*. (France c. Etats-Unis). Arrêt CIJ du 27 août 1952.
- *Nottebohm*. Principauté du Lichtenstein c. Guatemala. Arrêt CIJ du 6 avril 1955.
- *Barcelona Traction, Light and power Cie.* (Belgique c. Espagne). Arrêt CIJ du 5 février 1970.
- *Elektronica Sicula S.p. A. (ELSI)*. (United States of America c. Italy). Arrêt CIJ du 20 juillet 1989.
- *Elektronica Sicula S.p. A. (ELSI)*. (United States of America c. Italy). Vote dissident du juge Shigeru Oda, sur l'affaire ELSI.
- *Elektronica Sicula S.p. A. (ELSI)*. (United States of America c. Italy). Vote dissident du juge Stephen Schwebel, sur l'affaire ELSI.
- *Ahmadou Sadio Diallo*. Arrêt CIJ du 30 novembre 2010.

Jurisprudence disponible sur: www.ici-cij.org.

JURISPRUDENCE CIRDI

- *Holiday Inns S.A. et autres c. Maroc*. Affaire CIRDI n° ARB/72/1, Sentence du 13 janvier 1972.
- *Adriano Gardella c. Côte d'Ivoire*. Affaire CIRDI. n° ARB/74/1. Sentence du 29 août 1977
- *Benvenuti&Bonfant c. République Populaire du Congo*. Affaire CIRDI n° ARB/77/2, 8 août 1980.
- *Klöckner c. Cameroun*. Affaire CIRDI n° ARB/81/2. Sentence du 21 octobre 1983.
- Décision du Comité *ad hoc* du 3 mai 1985 annulant la sentence du 21 octobre 1983. *Klöckner c. Cameroun*. Affaire CIRDI n° ARB/81/2.
- *Amco c. Indonésie*. Affaire CIRDI n° ARB/81/1. Sentence du 20 novembre 1984.
- *MINE c. Guinée*. Affaire CIRDI n° ARB/84/4, 6 janvier 1988.
- *Société Ouest-Africaine des Bétons Industriels (SOABI) c. La République du Sénégal*. Affaire CIRDI n° ARB/82/1. Sentence du 25 février 1988.
- *Lanco International, Inc. c. République d'Argentine*. Affaire CIRDI n° ARB/97/6, 8 décembre 1998.
- *Antoine Goetz et consorts c. République du Burundi*. Affaire CIRDI n° ARB/95/3. Sentence du 10 février 1999.
- *Maffezini c. Royaume d'Espagne*. Affaire CIRDI n° ARB/97/7. Sentence sur la compétence du 25 janvier 2000.
- *Wena Hotels Ltd c. République arabe d'Égypte*. Affaire CIRDI n° ARB/98/4. Sentence du 8 décembre 2000.
- *Marvin Roy Feldman c. Les Etats-Unis du Mexique*. Affaire CIRDI n° ARB (AF) 99/1. Sentence du 16 décembre 2000.
- *Autopista Concesionada de Venezuela, Aucoven c. République Bolivarienne du Venezuela*. Affaire CIRDI n° ARB/00/05. Décision sur la compétence du 27 septembre 2001.
- *Autopista Concesionada de Venezuela, C.A. («AUCOVEN») c. République du Venezuela*. Affaire CIRDI No. ARB/00/5. Sentence du 23 septembre 2003.
- *Champion Trading Company et autres c. République arabe d'Égypte*. Affaire CIRDI no. ARB/02/9, 21 octobre 2003.

- *Tokios Tokel'e'sc c. Ukraine*. Affaire CIRDI n° ARB/02/18. Sentence du 29 avril 2004.
- *Salini c/ Jordanie*. Affaire CIRDI n° ARB/02/13, 15 novembre 2004.
- *Enron Corporation and Ponderosa Assets LP c. République Argentine*. Affaire CIRDI n° ARB/01/3, IIC 93. Décision sur Jurisdiction, 2004.
- *CMS Gas Transmission Company c. République Argentine*. Affaire CIRDI n° ARB/01/8. Sentence du 12 mai 2005.
- *Camuzzi International c. République Argentine*. Affaire CIRDI n° ARB/03/2. Décision du 10 juin 2005.
- *Gaz Naturel SDG, S.A c. République Argentine*. Affaire CIRDI n° ARB/03/10. Décision du 17 juin 2005.
- *Telenor Mobile Communications A.S. c. Hongrie*. Affaire CIRDI n° ARB/04/15, 13 de septembre 2006.
- *LG&E Energy Corp., L&E Capital Corp., LG&E International Inc. c. République Argentine*. Affaire CIRDI n° ARB/02/1. Decisión sur la responsabilité du 3 octobre 2006.
- *Siemens A. G. c. République Argentine*. Affaire CIRDI n° ARB/02/8. Sentence du 6 février 2007.
- *Saipem S.p.A. c. République populaire du Bangladesh*. Affaire CIRDI n° ARB/05/7. Décision sur la compétence du 21 mars 2007.
- *LG&E Energy Corp., L&E Capital Corp., LG&E International Inc. c. République Argentine*. Affaire CIRDI n° ARB/02/1, 27 juillet 2007.
- *Archer Daniels Midland Company and Tate & Lyle Ingredients Americas, Inc. c. United Mexican States*. Affaire CIRDI n° ARB(AF)/04/5. Sentence du 21 novembre 2007.
- *Archer Daniels Midland Company and Tate & Lyle Ingredients Americas, Inc. c. United Mexican States*. Opinion séparée d'Arthur Rovine. Disponible sur <http://italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0039.pdf>.
- *Corn Products International, Inc. c. Mexique*. Affaire CIRDI n° ARB (AF)/04/01. Décision du 15 janvier 2008.
- *S.A.R.L. c. République Démocratique du Congo*. Affaire CIRDI n° ARB/05/21, 29 juillet 2008.
- *Plama Consortium Limited c. la Bulgarie*. Affaire CIRDI n° ARB/03/24. Sentence 27 août 2008.
- *Continental Casualty Company c. République Argentine*. Affaire CIRDI n° ARB/03/9, 5 septembre 2008.
- *Ioan Micula, Viorel Micula, S.C. European Food S.A, S.C. Starmill S.R.L. and S.C. Multipack S.R.L. c. Roumanie*. Affaire CIRDI n° ARB/05/20, 24 septembre 2008.
- *Thales Spectrum de Argentina (TSA) c. République d'Argentine*. Affaire CIRDI n° ARB/05/05. Décision sur la compétence du 19 décembre 2008.
- *Pantehniki S.A. Constructors and Engineers c. République d'Albanie*. Affaire CIRDI n° ARB/07/21. Sentence du 30 juillet 2009.
- *RSM Production Corporation c. République Centrafricaine*. Affaire CIRDI N°. ARB/07/02.
- *El Paso Energy International Company c. République Argentine*. Affaire CIRDI n° ARB/01/15. Sentence du 31 octobre 2011.

Jurisprudence disponible sur:

https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=ShowHome&pageName=Cases_Home

OUVRAGES

- ALLAND, D., *Justice privée et ordre juridique international. Étude théorique des contre-mesures en droit international public*. Paris, Pedone, 1994.
- BJORKLUND, A. *Emergency exceptions to International Obligations in Realm of Foreign Investment: The State of Necessity as a Circumstance Precluding Wrongfulness*. Oxford University Press, Peter Muchlinski & Federico Ortino, eds., 2007.
- BRUNNER, Ch. *Force Majeure and Hardship under General Contract Principles: Exemption for non Performance in International Arbitration*. Kluwer Law International, 2008.
- CRAWFORD, J., PELLET, A. et OLLESON S., (eds.), *The Law of International Responsibility*. Oxford, Oxford University Press, 2010.
- DOLZER R. et SCHREUER C., *Principles of International Investment Law*. New York, Oxford University Press, 2008.
- GAILLARD, E., *La Jurisprudence du CIRDI*, Volume II, Paris, Pedone, 2010.
- MAYER, P., *Droit International Privé*, 6ème éd., Paris, Montchrestien, 1998.
- REED, L., PAULSSON, J., et BLACKABY, N., *Guide to ICSID Arbitration*. Kluwer Law International, 2004.
- SABAH, B., *Compensation and Restitution in Investor-State Arbitration: Principles and Practice*, Oxford University Press, 2011.
- SCHREUER, C., *The ICSID Convention: a Commentary*, 2ème éd., Cambridge, Cambridge University Press, 2009.
- SINCLAIR, A., *Fork-in-the-road provisions in investment treaties*, United Kingdom, Allen & Overy Knowledge, 2009.

MONOGRAPHIES

- CORTÉS MARTÍN, JM., *El Estado de Necesidad en materia económica y financiera*, 2009. http://dspace.unav.es/dspace/bitstream/10171/21363/1/ADI_XXV_2009_03.pdf (Consulté en février du 2013).
- KAUFMANN-KOHLER, G. *L'arbitrage d'investissement : entre contrat et traité entre intérêts privés et intérêt public*. <http://www.lk-k.com/data/document/arbitrage-investissement-entre-contrat-traite-entre-interets-privés-interet-public-i.e.pdf> (Consulté en février du 2013).
- REINISCH, A. *Necessity in International Investment Arbitration – An unnecessary split of opinions in recent ICSID cases? Comments on CMS v. Argentina and LG&E v. Argentina*. TDM vol. III, numéro 5, décembre 2006.
- SCHREUER, C., *Non-Pecuniary Remedies in ICSID Arbitration*, vol. XX, Arbitration International. http://www.univie.ac.at/intlaw/wordpress/pdf/71_cspubl_71.pdf (Consulté en mars du 2013)
- WEILER, T., *Investment Treaty Arbitration and International Law*, vol. I, New York, Juris, 2008.

ARTICLES

- Canal-Forgues, E. « Sur l'interprétation dans le droit de l'OMC », *Revue Générale de Droit International Public*, Tome 15, n° 2, 2011. http://www.franck-latty.fr/franck-latty/Publications_files/LATTY.RGDIP2011.pdf (Consulté en mars du 2013).
- Fouret J., et Khayat D., « Jurisprudence du Centre International pour le Règlement de Différends relatifs aux Investissements (CIRDI) », *Revue québécoise de droit international*, 2008. <http://rs.sqdi.org/volumes/212-09-CIRDI.pdf>. (Consulté en mars du 2013)

- Fouret J., et Khayat D., « Jurisprudence du Centre International pour le Règlement de Différends relatifs aux Investissements (CIRDI) », *Revue québécoise de droit international*, 2009.
http://rs.sqdi.org/volumes/22_2_Chronique_CIRDI.pdf (Consulté en mars du 2013).
- Gaillard, E. « Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI) : Chronique des sentences arbitrales », *Journal de Droit international*, 2007.
- Gaillard, E., « Chroniques des sentences arbitrales », *Journal de Droit International*, vol. 1, janvier 2009.
- Leben, C., « La responsabilité internationale de l'État sur le fondement des traités de promotion et de protection des investissements ». *Annuaire français de droit international*, volume 50, 2004.
- Lowenfeld, A., « Investment Agreements and International Law ». *Columbia Journal of Transnational Law; The Regulation of Foreign Direct Investment Essays*, 2003.
- Mekpo, C.G., « La clause de la nation la plus favorisée (NPF) et son impact sur l'arbitrage en matière d'investissement: regard sur les sentences récentes ». *Bulletin de Droit Économique*, Vol. 2, n° 1. Université Laval, 2011.
- Nikiéma, S., « Bonnes Pratiques. Définition de l'investisseur ». *Institut international du développement durable*, 2012.
http://www.iisd.org/pdf/2012/best_practices_definition_of_investor_fr.pdf (Consulté en mars du 2013)
- Rambaud, P., « Premiers enseignements des arbitrages du CIRDI », *28 Annuaire Français de Droit International, AFDI*, 1982.
http://www.persee.fr/web/revues/home/prescript/article/afdi_0066-3085_1982_num_28_1_2500 (Consulté en mars du 2013).
- Schreuer, C. « Commentary on the ICSID Convention, Article 25 », *Foreign Investment Law Journal, ICSID Review*, Vol. 12, 1997.
- Schreuer, C., « Travelling the BIT Route of Waiting Periods, Umbrella Clauses and Forks in the Road », *The Journal of World Investment & Trade* 5, 2004.
- Vesel, S. « Clearing a Path through a tangled jurisprudence: Most Favored Nation Clauses and Dispute Settlement Provisions in Bilateral Investment Treaties », *Yale Journal of International Law*, 2007.

AUTRES

- Cf. UNCTAD; *Course on Dispute Settlement; ICSID, 2.6. Applicable Law; International and host State law*. United Nations Conference on trade and development. New York and Geneva, 2003.
http://unctad.org/en/Docs/edmmisc232overview_en.pdf (Consulté en février du 2013).
- AL-SHARMANI, M., *Requirements Ratione Personae*, United Nations Conference on trade and development. New York and Geneva, 2003.