



HAL
open science

Les émanations de l'État à vocation économique dans l'arbitrage des investissements et dans le contentieux de l'O.M.C

Giulio Alvaro Cortesi

► **To cite this version:**

Giulio Alvaro Cortesi. Les émanations de l'État à vocation économique dans l'arbitrage des investissements et dans le contentieux de l'O.M.C. Droit. Université Panthéon-Sorbonne - Paris I; Università degli studi (Padoue, Italie). Facoltà di scienze politiche, 2018. Français. NNT : 2018PA01D055 . tel-02060706

HAL Id: tel-02060706

<https://theses.hal.science/tel-02060706v1>

Submitted on 7 Mar 2019

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Sede Amministrativa: Università degli Studi di Padova

Dipartimento di Scienze Politiche

CORSO DI DOTTORATO DI RICERCA IN:

DIRITTO INTERNAZIONALE PRIVATO E DEL LAVORO

Droit International et Européen de la Sorbonne

**Les émanations de l'État à vocation économique dans l'arbitrage d'investissement et
dans le contentieux de l'O.M.C.**

Coordinatore: Ch.ma Prof.sa Manuela Mantovani

Supervisor: Ch.mo Prof. Andrea Gattini

Ch.mo Prof. Hervé Ascensio

Dottorando: Giulio Alvaro Cortesi

REMERCIEMENTS :

La première personne que je tiens à remercier est le Professeur Gattini.

C'est en effet le Professeur Gattini qui m'a initié à ce sujet intéressant et complexe, à travers son parcours, les activités de Moot Courts en troisième et quatrième année d'université et qui m'a transmis outre l'intérêt pour le Droit International, une certaine perception de la logique juridique qui s'est révélée extrêmement valable et dont j'ai pu apprécier la pleine valeur d'une manière extrêmement objective, y compris à travers d'autres expériences faites ces dernières années en dehors de la rédaction de la thèse de doctorat.

Je remercie le Prof. Hervé Ascensio pour sa disponibilité et son indulgence envers mon niveau de Français, mais plus encore pour le privilège qui m'a été fait d'apprécier l'esprit et la méthodologie scientifique française à travers lui.

Je tiens aussi à remercier Madame Carole Prevalet, qui m'a beaucoup aidé pour la révision linguistique de ma thèse.

Enfin, je ne peux pas conclure sans remercier mes parents.

RINGRAZIAMENTI :

La prima persona che tengo a ringraziare è il Prof. Gattini

È stato il Prof. Gattini, infatti, introducendomi a questa materia interessante e complessa, attraverso il suo corso, le attività di Moot Courts nel terzo e quarto anno universitario ad avermi trasmesso oltre all'interesse per diritto internazionale, ad avermi schiuso una certa percezione della logica giuridica che si è rivelata estremamente proficua e di cui ho potuto apprezzare il pieno valore in maniera estremamente obiettiva, anche in altre esperienze fatte in questi anni oltre alla redazione della tesi di dottorato.

Ringrazio inoltre il Prof. Hervé Ascensio per la Sua disponibilità e la comprensione da lui dimostrata verso il mio francese, ma ancora di più per il privilegio che mi ha dato di apprezzare lo spirito e la metodologia scientifica francese.

Tengo inoltre a ringraziare vivamente Madame Carole Prevalet, che mi ha molto aiutato per la revisione linguistica della tesi.

Non posso infine concludere senza ringraziare i miei genitori.

TABLE DES MATIERES

INTRODUCTION	9
§1) Le double intérêt pour le sujet : son actualité et la possibilité d’employer les entreprises publiques en tant qu’outil d’analyse du contentieux international de l’investissement.....	9
§1.1) <i>Les changements économiques et le renouveau d’attention de la littérature juridique pour les entreprises publiques</i>	9
§1.2) <i>L’intérêt plus proprement juridique de notre analyse : les entreprises publiques comme outil d’analyse pour mieux comprendre la nature du droit international de l’investissement.</i>	19
CHAPITRE PRÉLIMINAIRE – L’ANALYSE EMPIRIQUE DU SUJET DE NOTRE RECHERCHE.	33
§1) Entreprises d’État et fonds souverains. L’analyse de leur forme dans leur dimension économique et dans le droit interne pour comprendre l’objet de notre analyse	33
§2) Les entreprises d’État	38
§2.1) <i>Séparation juridique, modèle de propriété et gouvernances : les analyses générales proposées par la doctrine</i>	40
§2.2) <i>Séparation juridique, modèle de propriétés et gouvernance des entreprises d’État en France</i>	43
§2.3) <i>Modèle de propriété et gouvernance des entreprises d’État en République populaire de Chine</i>	47
§2.4) <i>L’activité (et le but) des entreprises d’État et la notion de service public</i>	50
§2.5) <i>Conclusions sur les entreprises d’État</i>	57
§3) Fonds souverains	58
§3.1) <i>Définitions proposées par la doctrine et par les organisations internationales</i>	58
§3.2) <i>Classifications des fonds souverains</i>	62
§3.2.1) Classification fondée sur la structure juridique et sur le modèle de gouvernance	63
§3.2.2) Catégorisation basée sur le genre d’activité réalisée	66
§3.3) <i>Conclusions sur la définition du fonds souverain</i>	71
§4) Conclusions	72
PREMIÈRE PARTIE : L’ENTREPRISE PUBLIQUE COMME PARTIE AU LITIGE DANS LE CONTENTIEUX DU DROIT D’INVESTISSEMENT	74
CHAPITRE I – LES ENTREPRISES D’ÉTAT AGISSANT EN QUALITÉ DE DEMANDERESSES	77
§1) La question du consentement	80
§1.1) <i>L’arbitrage fondé sur les traités des investissements et sur le problème des instruments ne donne pas d’indications sur le fait que les entreprises publiques peuvent être considérées comme des sujets protégés</i>	82
§1.2) <i>L’analyse spécifique des modèles et de la pratique des États : les traités bilatéraux d’investissements des pays de droit continental</i>	104
§1.2.1) Le modèle français	104
§1.2.2) Le modèle chinois	107

§1.3) <i>L'analyse spécifique des modèles traités bilatéraux d'investissements des pays de common law.</i>	110
§1.3.1) Le modèle du Royaume-Uni.....	110
§1.3.2) Le modèle des États-Unis	111
§1.3.3) Le modèle du Canada	114
§1.4) <i>Les traités multilatéraux</i>	116
§1.4.1) L'Accord de libre-échange nord-américain (ALENA)	116
§1.4.2) Le Traité sur la charte de l'énergie	116
§1.4.3) L'accord économique et commercial global (AECG).....	119
§1.4.4) L'ASEAN Comprehensive Investment Agreement (ACIA)	119
§1.5) <i>Conclusions sur l'analyse des traités d'investissements concernant les entreprises publiques.</i>	120
§2) La question du consentement lorsque l'arbitrage est fondé sur la loi interne de l'État et sur les contrats. La question de l'arbitrabilité subjective	122
§2.1) <i>La notion l'arbitrabilité subjective</i>	123
§2.2) <i>La notion l'arbitrabilité subjective dans l'arbitrage d'investissements lorsque concerne les entreprises publiques</i>	124
§3) Les limites de compétence découlant de la Convention CIRDI	129
§3.1) « <i>Agency Relationship</i> » – <i>Le conflit existant entre le mot « agency » dans sa signification plus commune et le droit qu'un tribunal CIRDI doit appliquer pour statuer sur sa compétence</i>	133
§3.1.1) L'exception <i>ratione personae</i> dans le système CIRDI et dans l'arbitrage commercial juxtaposé	141
§3.1.2) L'exception <i>ratione personae</i> dans l'arbitrage d'investissement non-CIRDI.	146
§3.1.3) L'exception à la compétence <i>ratione personae</i> fondée sur l'existence d'une « <i>agency relationship</i> » dans l'arbitrage commercial	148
§3.1.4) L'exception du défaut de compétence <i>ratione personae</i> fondée sur l'existence d'une « <i>agency relationship</i> » dans l'arbitrage international. Conclusions	151
§3.2) <i>Les problèmes liés à la nature des actes</i>	152
§3.3) <i>Le rapport entre la question de la nature des actes et son rapport avec la possible existence d'une « agency relationship »</i>	156
§3.4) <i>La question de la désignation</i>	156
§3.5) <i>La question de la subrogation</i>	161
§3.6) <i>Conclusions du chapitre I de la première partie</i>	163
CHAPITRE II – LES ENTREPRISES D'ÉTAT EN QUALITÉ DE DÉFENDERESSES	165
§1) Le problème de l'identification du « véritable défendeur ». Les théories contractuelles et les théories corporativistes	165
§1.1) <i>En particulier, l'utilisation des articles de la Commission du droit international sur la responsabilité des États d'un fait internationalement illicite</i>	169
§1.2) <i>Le régime spécial envisagé par le Traité d'accord de libre-échange nord-américain (ALENA) et par le Traité sur la charte de l'énergie (TCE)</i>	174
§1.3) <i>L'individualisation du véritable défendeur : le problème de la qualité d'être État dans l'arbitrage d'investissements</i>	184

§1.3.1) Le rôle limité joué par l'existence d'une participation publique au capital de l'entreprise	184
§1.3.2) Le pouvoir de nommer les administrateurs : de l'influence de l'arbitrage commercial à celle des règles sur l'imputation	188
§1.3.3) Conclusions	193
§1.4) La phase procédurale appropriée pour l'individuation du « véritable défendeur » dans l'arbitrage d'investissements. Questions préliminaires ou de fond ?	195
§1.4.1) L'approche formaliste	202
§1.4.2) L'approche <i>prima facie</i> – aspects théoriques	204
§1.4.3) L'approche de l'enquête limitée	207
§1.4.4) Application des règles d'attribution au stade juridictionnel.	208
§2) La question de la désignation	218
§2.1) Désignation telle que décrite à l'article 25 alinéa (1)	218
§2.2) Décisions arbitrales relatives à la désignation	221
Conclusions : les évolutions des méthodes d'analyse employées par les arbitres comme indicateur de l'évolution de la matière.....	227
DEUXIÈME PARTIE : QUESTIONS PROCEDURALES LIÉES AU CARACTÈRE PUBLIC DE L'ENTREPRISE	230
CHAPITRE I – LES QUESTIONS DE COMPÉTENCE MATÉRIELLE	231
§1) La compétence <i>ratione materiae</i> a quand les entreprises d'État agissent en qualité de demanderesses	231
§1.1) La définition de l'investissement dans les traités bilatéraux d'investissement	232
§1.2) La définition investissement dans l'article 25 alinéa (1) de la Convention CIRDI	235
§2) La compétence <i>ratione materiae</i> quand les entreprises d'État agissent en qualité de défenderesses	238
§2.1) L'arbitrabilité objective dans la Convention CIRDI	239
§2.1.1) Les questions émergeant des traités bilatéraux d'investissement	242
§2.1.2) La possibilité de poser des limites ex art. 25 alinéa (4) Convention CIRDI.	244
CHAPITRE II - LES QUESTIONS DE RECEVABILITÉ DES DEMANDES	249
§1) Les questions de recevabilité de la demande intéressant les entreprises d'État quand elles agissent en qualité de demanderesses : la notion de « locus standi »	249
§1.1) La qualité pour agir dans l'arbitrage d'investissement.	251
§1.1.1) La qualité pour agir dans l'arbitrage international commercial et d'investissements et problèmes connectés	257
§1.1.2) La qualité pour agir – la question de la titularité de l'intérêt poursuivi – conclusions	270
§2) Les questions de la recevabilité de la demande qui intéressent les entreprises d'État agissant en qualité de demanderesses ou en qualité de défenderesses	273
§2.1) Les questions liées à la capacité	273
§2.1.1) Les problèmes liés à la capacité sur le plan théorique	274
§2.1.2) Les problèmes liés à la capacité dans la pratique arbitrale	276
§3) La clause relative à la sécurité nationale.....	279

CHAPITRE III : LE PRINCIPE DE LA CHOSE JUGÉE ET SON ETENDUE DANS L'ARBITRAGE D'INVESTISSEMENT	288
§1) Le principe de la chose jugée dans la jurisprudence de la Cour internationale de justice	290
§1.1) <i>Le principe de la chose jugée en tant que question d'admissibilité dans le droit international général</i>	290
§1.2) <i>Le principe de la chose jugée dans le droit international général : les différences entre res judicata et collateral estoppel</i>	292
§2) La qualification de l'exception de la chose jugée dans l'arbitrage commercial	295
§2.1) <i>La qualification de l'exception de la chose jugée comme question de compétence dans l'arbitrage commercial</i>	295
§2.2) <i>Les questions concernant les notions de la chose jugée et de collateral estoppel dans l'arbitrage commercial</i>	296
§3) La chose jugée dans l'arbitrage d'investissement	298
§3.1) <i>Les questions qui ressortent de la différence entre l'approche du common law et ceux de civil law</i>	299
§3.2) <i>Les questions qui ressortent de la qualification de la chose jugée en tant que question d'admissibilité ou de compétence - l'influence de l'arbitrage commercial et les conséquences sur le traitement des entreprises publiques</i>	301
§3.3) <i>L'approche substantialiste à la règle de la chose jugée par rapport à la désignation selon l'article alinéa 25 (1) et (3)</i>	304
CHAPITRE IV - LES QUESTIONS LIEES A L'EXECUTION DE LA SENTENCE LORSQU'ELLE A ETE RENDUE.	307
§1) Les questions liées à l'exécution dans le domaine de l'arbitrage d'investissement	307
§1.1) <i>Une analyse comparative pour mieux comprendre les règles de droit d'investissements – Le pays de common law</i>	309
§1.2) <i>Les pays de droit continental</i>	310
§2) Droit international	315
Conclusions sur les demandes et, l'étendu et les effets des décisions concernant les entreprises publiques	320
TROISIÈME PARTIE : ESSAI DE COMPARAISON AVEC LES ENTREPRISES PUBLIQUES DANS LE CONTENTIEUX DE L'O.M.C.	323
INTRODUCTION	323
§1) Les raisons qui justifient une comparaison entre le système de l'arbitrage d'investissement et celui de l'O.M.C.	325
§2) La notion d'entreprise publique dans le droit de l'O.M.C. - La possibilité d'enquêtes comparatives	327
CHAPITRE I – LES DISPOSITIONS DE L'O.M.C. QUI CONCERNENT LES ENTREPRISES PUBLIQUES – SIMILITUDES ET DIFFÉRENCES ENTRE DROIT DE L'O.M.C. ET DROIT D'INVESTISSEMENT	334
§1) Les questions concernant les entreprises publiques dans les textes des traités conclus au sein de l'O.M.C., le rôle joué par les règles sur la responsabilité internationale de l'État – Similitudes et différences avec le droit d'investissements	334
§1.1) <i>L'article XVII: 1 (a) et (b) – « Le principe du traitement non-discriminatoire » et les « considérations d'ordre commercial »</i>	338
1.2) <i>Le droit de l'O.M.C. concernant les subventions</i>	346

CHAPITRE II – LA COMPÉTENCE MATÉRIELLE DES PANELS ET LA RECEVABILITÉ DES DEMANDES LORSQU’UN PANEL JUGE DES ACTES D’UNE ENTREPRISE COMMERCIALE D’ÉTAT..... 349

§1) Les questions de compétence et les entreprises publiques dans l’O.R.D. et les entreprises publiques – Les questions concernant les dispositions normatives 350

§2.1) Les critères utilisés pour l’identification du véritable défendeur : la participation de l’État au capital social et le pouvoir et le pouvoir de nommer les administrateurs 357

§2.2) Le moment approprié pour l’identification du « véritable défendeur » dans le contentieux de l’O.M.C. 361

§3) Les questions concernant les entreprises publiques relatives à la recevabilité des demandes et la question des dispositions concernant la sécurité nationale 362

§3.1) La qualité pour agir dans le système de l’O.M.C. 364

§3.2) La question de la sécurité nationale dans le contentieux de l’O.M.C. 366

Conclusions 368

CHAPITRE III – LES ENTREPRISES D’ÉTAT ET LA DÉCISION RENDUE DANS LE CONTENTIEUX DE L’O.M.C. 370

§1) La question de la chose jugée dans le contentieux de l’O.M.C. 370

§2) Les questions liées à l’exécution dans le contentieux du commerce international 373

CONCLUSIONS..... 377

BIBLIOGRAPHIE 382

Ouvrages généraux : 382

Courses de la Haye: 387

Articles de doctrine: 387

Ouvrages Spéciaux : (entreprises publiques). 391

Travaux des organisations internationales : 393

Autres sources : 394

Traités : 394

Lois nationales: 396

Affaires : 396

Cour internationale de Justice : 396

Cour permanente de justice internationale : 397

Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements : 397

Chambre de commerce internationale (ICC) : 400

The Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce (SCC): 401

Affaires US-IRAN-CLAIM TRIBUNAL 401

AD HOC: 401

O.M.C. : 401

ITLOS: 402

Jurisprudence national: 402

RIASSUNTO IN ITALIANO: LE ENTITÀ PARASTATALI A VOCAZIONE ECONOMICA NELL’ARBITRATO DEGLI INVESTIMENTI 404

INTRODUCTION

§1) Le double intérêt pour le sujet : son actualité et la possibilité d'employer les entreprises publiques en tant qu'outil d'analyse du contentieux international de l'investissement

§1.1) Les changements économiques et le renouveau d'attention de la littérature juridique pour les entreprises publiques

Les entreprises publiques sont mentionnées dans le texte des différents traités internationaux et dans les décisions des organes de règlement des différends dans le domaine économique. Cependant, leur traitement dans le droit international de l'économie est encore vu par la doctrine comme un « *unsettled issue* », ¹ que nous analyserons dans cette thèse à la lumière des développements jurisprudentiels et doctrinaux : d'un côté pour mieux comprendre leur traitement au niveau international; de l'autre côté, comme on le verra mieux dans le § 1.2) de l'introduction, comme un outil d'analyse pour mieux comprendre la nature hybride de l'arbitrage des investissements et son rapport avec autres domaines du contentieux économique.

Si l'on regarde avant tout le texte des traités internationaux, plusieurs dispositions faisant référence aux émanations de l'État exercent une activité lucrative, mais toutes les questions que soulève la nature hybride des entreprises publiques laissent encore ouverts des problèmes, soit en ce qui concerne leur définition, soit en ce qui concerne l'hypothèse qui doit être regardés comme des sujets protégés par les traités bilatéraux d'investissement, soit en ce qui concerne leur rapport avec l'État (notamment dans le domaine de la responsabilité de ce dernier pour les actes accomplis par les émanations de l'État).

Un des exemples les plus anciens est l'article XVII du GATT (Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce de 1994), qui étend toutefois les obligations du GATT aux entreprises commerciales d'État, ² tandis que, dans des exemples de traités plus récents, comme la Charte européenne de l'énergie et l'ALENA, certaines dispositions, telles que l'article 1503 de l'ALENA et 22 (1) (2) de l'ECT, imposent aux États des obligations relatives à la modalité de gestion de ces entreprises.

¹ **BADIA, A.**, « Attribution of Conduct of State-Owned Enterprises Based on the Control by the State » in **BALTAG, C.**, *ICSID Convention after 50 years Unsettled Issues*, Kluwer Law International, p. 190.

² **LUFF, D.**, *Le Droit de l'Organisation Mondiale du Commerce*, Ed. Bruylant L.G.D.J., Bruxelles 2004, p. 131.

La doctrine qui a examiné les travaux effectués sur ce sujet, et plus généralement sur le traitement des entreprises publiques dans le droit international, a observé qu'il y a dans ces ouvrages « *fidgiting and traces denoting mental escape* »³ dans la mesure où les auteurs cherchent à échapper aux aspects les plus complexes de cette problématique en analysant plutôt les questions relatives à la responsabilité de l'État, au rapport de représentation, à la « *sanctity of the corporate form* » et autres aspects collatéraux.⁴ Plus généralement, il y a eu peu d'analyses empiriques à ce sujet.⁵

On peut imaginer que plusieurs facteurs ont découragé la doctrine juridique, après une première phase dans les années 1960, de limiter l'analyse des dispositions et des questions ressortant du caractère étatique d'une entreprise dans le droit international économique.

En effet, en ce qui concerne les entreprises étatiques dans le droit de l'O.M.C., il existe un seul ouvrage expressément consacré au « *state trading* »,⁶ tandis que les autres traitent cette matière de façon occasionnelle, comme les ouvrages consacrés au secteur particulier de l'agronomie, dans la mesure où l'*Accord sur l'agriculture* contient lui aussi des obligations visant directement les entreprises commerciales d'État.⁷

Une des raisons pouvant avoir découragé la littérature de conduire une analyse sur les entreprises publiques est peut-être la décadence progressive de ces entreprises publiques suite à de vastes programmes de privatisation des entreprises d'État. Ces politiques économiques se sont d'abord développées dans les pays anglo-saxons, mais c'est surtout après la chute du Mur de Berlin qu'elles ont été mises en œuvre, pas seulement en Europe, mais aussi dans plusieurs pays émergents, notamment en République populaire de Chine.⁸

Par conséquent, la littérature consacrée spécifiquement aux entreprises publiques est relativement limitée. Du point de vue de l'encadrement général des entreprises d'État dans le droit international, un ouvrage reste un point de référence important : le livre du Professeur

³ OMALU, M. K., *NAFTA and the Energy Charter Treaty*, Kluwer Law Arbitration, Boston, 1999, p. 116.

⁴ *Ibid.*

⁵ McMAHON, J., *The WTO Agreement on Agriculture*, A commentary, Oxford University Press, 2006, p. 143-144.

⁶ MAVROIDIS, P. C., COTTIER, T., *State Trading in the Twenty-First Century*, Michigan University Press, 1998.

⁷ DAVEY, W. J., *Enforcing world trade rules: essays on WTO dispute settlement and GATT obligations*, London, Cameron May, 2006, p. 246. LESAFFRE, H., *Le règlement des différends au sein de l'O.M.C. et le droit de la responsabilité internationale*, L.G.D.J., 2007, p. 167. MCCORRISON, S., MACLAREN, D., *State Trading, the WTO and GATT Article XVII*, Blackwell Publisher Ltd 2002, Oxford, p. 124.

⁸ The so-called "Gaizh", in GARNAUT, R., SONG, L., & YAO, « Impact and Significance of State-Owned Enterprise Restructuring in China », *The China Journal*, 2006, p. 35.

Ignaz Seidl - Hohenveldern, intitulé *Corporations in and under international law*, qui, bien que consacré à l'étude des sociétés en général, consacre une partie significative aux entreprises publiques.⁹

Un autre ouvrage important, bien que plus ancien et plus sectoriel, est le cours à l'Académie de la Haye de F. Riad sur les entreprises d'État en droit international privé.¹⁰ Parmi les ouvrages les plus récents, il existe de nombreuses études, mais elles sont plutôt focalisées sur les aspects spécifiques de ces entreprises, comme le rapport entre les entreprises étatiques et le régime construit par les traités d'investissement¹¹ ou le sujet spécifique de la responsabilité de l'État.

Dans ce domaine, on trouve en 2008 un recueil d'essais sur la responsabilité des États pour les actes accomplis par les entreprises publiques du professeur Gaillard de 2008,¹² une monographie de Luca Schicho, *State Entities in International Investment Law*,¹³ et enfin en 2014 le livre de Albert Badia consacré à la percée du voile sociétaire des entreprises publiques dans l'arbitrage international.¹⁴

En revanche, la liste des ouvrages qui touchent les entreprises publiques dans le plus grand domaine du rôle de l'État¹⁵ ou de la responsabilité de l'État dans l'arbitrage d'investissement est énorme. Parmi les plus importants, il faut citer les articles,¹⁶ les contributions¹⁷ et les ouvrages de James Crawford.¹⁸

Dans le domaine du droit de l'O.M.C., que nous examinerons seulement dans la troisième partie, en revanche, le sujet a été examiné par des auteurs de la doctrine la plus ancienne,

⁹ SEIDL-HOHENVELDERN, I., *Corporations in and under International Law*, Grotius, Cambridge, 1987.

¹⁰ RIAD, F. A. M., « L'entreprise publique et semi-publique en droit international privé », *R.C.A.D.I.*, 1963, p. 573.

¹¹ VOSS J. O., *The Impact of Investment Treaties on Contracts between Host States and Foreign Investors*, Nijhoff, Leiden, 2011., p. 138 - 159. OMALU M. K., *op. cit.*

¹² GAILLARD E., *States Entities in International Arbitration*. IAI series on International Arbitration. 2008.

¹³ SCHICO, L., *State Entities in International Investment Law*, Baden-Baden, Nomos, 2012.

¹⁴ BADIA, A., *Piercing the Veil of the State Enterprises in International Arbitration*. Croydon, Kluwer, 2014. VANDEKERCHOVE K., *Piercing the Corporate Veil*, Alphen Aan den Rijn, Kluwer Law International, 2007.

¹⁵ S. LALANI and R. P. LAZO (eds.), *The Role of the State in Investor-State Arbitration*, Brill Nijhoff, 2015.

¹⁶ CRAWFORD, J. S. C., « Investment Arbitration and the ILC Articles on State Responsibility », *ICSID Review*, 2010, 25, p. 127 - 199.

¹⁷ CRAWFORD, J., OLLESON, S., « *The application of the Rules of State Responsibility* », in BUNGENBERG, M., GRIEBEL, J., HOBE, S., REINISCH, A., *International Investment Law, A Handbook*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2015, p. 411 - 441.

¹⁸ CRAWFORD, J., *State Responsibility, The General Part*, Cambridge University Press, 2013.

comme John H. Jackson¹⁹, et de la plus récente, comme Santiago Villalpando,²⁰ Jaemin Lee²¹ et Teoman M. Hagemeyer.²²

Le sujet spécifique de la responsabilité de l'État concernant les actes des entreprises publiques a fait l'objet de plusieurs articles²³ et contributions dans des ouvrages consacrés à de plus vastes sujets.²⁴

¹⁹ **JACKSON, J. H.**, *Legal Problems of International Economic Relations, Cases, Materials and Text*, West Publishing Co, St. Paul, Minn, 1977, p. 349.

²⁰ **VILLAPANDO, S. M.**, « Attribution of Conduct to the State: How the Rules of State Responsibility may be applied within the O.M.C. Dispute Settlement System », *Journal of International Economic Law*, 2002, p. 393 – 420.

²¹ **LEE, J.**, « State Responsibility and Government-Affiliated Entities in International Economic Law », *Journal of World Trade* 49, n. 1 2015, p. 117 - 152.

²² **HAGEMeyer, T. M.**, « Tied Aid: Immunization for Export Subsidies against the Law of O.M.C. », *Journal of World Trade*, 48, n. 2, 2014, p. 259 - 294.

²³ **OLLESON, S.**, « Attribution in Investment Treaty Arbitration », *ICSID Review*, 2016, 31, n. 2, p. 457 - 483.

FEIT, M., « Responsibility of the State Under International Law for the Breach of Contract Committed by a State-Owned Entity », *Berkeley Journal of International Law* 28, 2010, p. 142 -173. **GALLUS, N.**, « State Enterprises as Organs of the State and Bit Claims », *Journal of World Investment and Trade* 7, n. 5, 2006, p. 761-779. **PERERA, S. M.**, « State Responsibility, Ascertainning the Liability of States in Foreign Investment Disputes », *The Journal of World Investment and Trade*, 2005, p. 500 - 529.

²⁴ **HOBER, K.**, « State Responsibility and Attribution », in **MUCHLINSKI, P.**, *The Oxford Handbook of International Investment Law*, New York, Oxford University Press, 2008, p. 549 – 583. **FERRARI, E.**, « Entreprises publiques et State Trading Enterprises », in *Melanges en l'honneur de Jacqueline Morand – Deuller, Confluences*, Montchrestien, 2007. **NOUVEL, Y.**, « Les entités paraétatiques dans la jurisprudence du CIRDI », in **LEBEN, C.**, *Le Contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement*, Anthemis – L.G.D.J., Paris, 2006. **LEBEN, C.**, « La responsabilité internationale de l'État sur le fondement des traités de promotion et de protection des investissements », in *Annuaire français de droit international*, Vol. 50, 2004, p. 683 – 714.

En ce qui concerne l'aspect contentieux, l'analyse de la doctrine a cherché à vérifier si les investissements souverains pouvaient être protégés à travers l'arbitrage d'investissement²⁵ et les questions relatives à l'exécution des décisions²⁶ ou aux problèmes liés à l'immunité.²⁷

À côté de ces ouvrages, il existe des études statistiques sur la façon dont ces entités sont traitées dans les accords bilatéraux d'investissements (TBI),²⁸ des études proposées par des organisations prestigieuses sur les modes de gouvernance,²⁹ des publications sur la jurisprudence en matière d'entreprises publiques et de contrats publics et des publications généralistes sur les investissements réalisés par les États.³⁰

La raison de ce renouement d'intérêt pour les entreprises publiques peut être trouvée dans deux considérations. La première, la plus simple, est que les privatisations n'ont pas en elles-mêmes représenté la disparition définitive des entreprises appartenant à l'État. Dans certains pays occidentaux, comme en France,³¹ les États ont conservé le contrôle de certaines grandes

²⁵ **FELDMAN, M.**, « State-owned Enterprises as Claimant in International Investment Arbitration », *ICSID Review* 31, n. 1, 2016, p. 24 - 35. **CHAISSÉ, J. and SEJKO, D.**, « Investor-State Arbitration Distorted When the Claimant is a State » in **CHOUKROUNE, L. (ed.)**, *Judging the State in International Trade and Investment Law, International Law and the Global South*, Springer, 2016, p. 77 - 103. **KONRAD, S.**, « Protection of Investment Owened by States » in **BUNGENBERG, M., GRIEBEL, J., HOBE S., REINSCH, A., BEUS, C.**, « Sovereign Wealth Funds in The ICSID - A New Approach to Standing », *The Indonesian Journal of International & Comparative Law*, 2014, p. 544 - 571. **BARBIERI, M.**, « Sovereign wealth funds as protected investors under BITs and safeguard of the national security of host States », in **SACERDOTI, G., ACCONCI, P., VALENTI, A., DE LUCA, A.**, *General Interests of host States in International Investment Law*, Cambridge University Press, 2014, p. 130 - 161. **BLYSCHAK, P.**, « State Owned Enterprises and International Investment Treaties », *Journal of International Law and International Relations*, 2011, p. 1 - 52. **CHEN, S. Y.**, « Positioning Sovereign Wealth Funds as Claimants in Investor-State Arbitration », *Contemporary Asia Arbitration Journal*, 2013, p. 299 - 328. **BEN HAMIDA, W.**, « Sovereign FDI and International Investment Agreements: Questions Relating to the Qualification of Sovereign Entities and the Admission of their Investments under Investment Agreements », *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, 18, 2010. **BROCHES, A.**, « The Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of other States », *R.C.A.D.I.*, 1972.

²⁶ **DELLAPENNA, J.**, *Suing Foreign Governments and Their Corporations*, Ardsley, Transnational Publisher, 2002.

²⁷ **FOX, H.**, *The Law of State Immunity*, Oxford University Press, 2008, p. 546 - 7. **KEEFE, R., TAMS, C. J.**, *The United Nations Convention on Jurisdictional Immunity of States and their property*, a Commentary, Oxford, 2013.

²⁸ **POULSEN, L. N. S.**, « States as Foreign Investors: Diplomatic Disputes and Legal Fictions », *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal* 31, n.1, 2016, p. 12-23.

²⁹ **OECD**, *Corporate Governance of State Owned Enterprises: A survey of OECD Countries*, 2005, **OECD**, *OECD Guidelines on Corporate Governance of State-Owned Enterprises*, Paris, OECD Publishing, 2015.

³⁰ **SHAPIRO, D. M., GLOBERMAN, S.**, « The international Activities and impacts of State-owned Enterprises », in **SAUVANT, K. P.**, *Sovereign Investment: concerns and policy reactions*, New York, Oxford University Press, 2012, p. 98-141.

³¹ **KOWALSKI, P. et al.**, *State-Owned Enterprises: Trade Effects and Policy Implications*, OECD Trade Policy Papers, No. 147, Paris, OECD Publishing, 2013, p. 31. «Among the OECD countries, France comes across as the countries with relatively high shares in world trade as well as moderate SOEs shares among its largest firms».

entreprises, opérant principalement dans les secteurs stratégiques, comme l'énergie ou les télécommunications.

De plus, les privatisations des entreprises publiques n'ont pas simplifié les problèmes théoriques au niveau juridique. En particulier, « *this transfer [to the private sector of strategic enterprises] has not decreased the economic power of such enterprises. [...] In this context the traditional law of state responsibility* » et, comme nous le verrons également, les autres aspects relatifs au régime légal des entreprises d'État ou des entreprises dans lesquelles l'État a des parts, « *needs to be reconsidered, and, possibly recast* ». ³²

La seconde considération, et probablement la plus intéressante, est que, depuis la grave crise financière qui a débuté en 2008, nous sommes en présence d'une situation présentant des similitudes importantes avec les tendances économiques des années 1930 qui avaient justifié une intervention publique massive, aux États-Unis avec le *New Deal* et en Europe à travers divers programmes de renforcement des travaux publics et le renflouement des banques.

Toutes ces interventions sont généralement considérées comme temporaires mais, historiquement, cela implique qu'elles deviendront permanentes à travers d'innombrables extensions, comme cela est arrivé en Italie avec la naissance de l'Istituto di Ricostruzione Industriale ³³ et comme cela arrive aujourd'hui, par exemple, avec la banque Black Rock en Angleterre. Il est vrai, en termes généraux, que la littérature économique a eu l'occasion de remarquer que l'évolution de l'intervention publique a été conditionnée par la fragilité du système politique libéral qui a été incapable de concilier la poursuite du but du réformisme politique avec ceux de la stabilité monétaire et de la réduction de la dette publique, qui ont été à la base d'une crise de l'État économiquement libéral. ³⁴

Ce parallélisme, comme toutes les analogies historiques, doit être considéré avec une grande prudence, mais il est vrai que la liberté de l'État concernant la politique économique est toujours limitée par les circonstances extérieures. La décision de transformer l'intervention publique de temporaire à permanente peut être influencée non seulement par une décision

³² **WAEDELDE, T.W., and WOUTERS, P. K.**, « State Responsibility in a liberalized world economy: "State privileged and Subnational Authorities" under the 1994 Energy Charter Treaty, an Analysis of article 22 and 23 » in *Nederlands Yearbook of International Law, Volume XXVII, 1996*, p. 143, at. 150.

³³ **CASTRONOVO, V.**, *Un profilo di Insieme*, in **CASTRONOVO et al.**, *Storia dell'IRI*, di Roma, Laterza, 2011, p. 31.

³⁴ **FORSYTH, D.**, *La Crisi dell'Italia Liberale*, Cambridge University Press, 1998, p. 291.

établie à l'avance, comme cela a été le cas dans le passé, mais aussi par l'impossibilité de vendre des actifs dans une période de dépression.³⁵

Cette circonstance de fait peut toutefois être à l'origine du développement de nouvelles approches visant à trouver un moyen pour conserver la valeur des participations acquises.

Parfois, au contraire, les difficultés économiques pourraient entraîner une révision des programmes déjà en cours. Un exemple allant dans cette direction peut être tiré des pays asiatiques : la crise financière des années 2007-2008 a eu pour effet de pousser les gouvernements à bloquer les programmes de privatisation.³⁶

En même temps, comme nous le verrons par la suite, bien qu'il conserve d'importantes participations publiques, le gouvernement chinois a réorganisé ses entreprises en cherchant à s'inspirer de la gestion des activités économiques selon les méthodes typiques des sociétés privées. Ces dernières années, en effet, le gouvernement chinois a élaboré une politique de « *going out* » (走出去 *zouchuqu*)³⁷ encourageant ses entreprises à réaliser des investissements à l'étranger, dans les pays occidentaux³⁸ et en Afrique.³⁹

Cette opération politique a été à l'origine d'un renversement dans la perspective qui, depuis le XVIII^e siècle, séparait de façon assez nette les pays exportateurs et les pays importateurs de capitaux.⁴⁰

Ces dernières années, en effet, des États traditionnellement confinés dans une position passive sont devenus des investisseurs transnationaux très actifs. Les protagonistes de ce revirement sont principalement les entreprises d'État et les fonds souverains, en particulier arabes et chinois.⁴¹ Et ce développement pose des problèmes transversaux dans tous les secteurs du droit de l'économie.

³⁵ LAYTON, C., « State Entrepreneurship in a Market Environment », in HOLLAND, S. (ed.), *The State as Entrepreneur*, Weidenfeld and Nicolson, London, p. 58.

³⁶ LI, J., « State Owned Enterprises in the Current Regime of Investor-State Arbitration », in LALANI, S., LAZO, P. R., *The Role of the State in Investor-State Arbitration*, Nijhoff, 2014, p. 7.

³⁷ *Ibid.*

³⁸ BEUS, C., *op. cit.*, p. 546.

³⁹ E. g.: BENAZERAF, D., « Oil for Housing: Chinese built New Towns in Angola », in *Global Powers and Africa Programme policy briefing* 88, 2014.

⁴⁰ GARCIA F. J., et al., « Reforming the International Investment Regime: Lessons from International Trade Law », *Journal of International Economic Law* 18, 2015 “Moreover, the shift in development models and the emergence of an integrated global economy has blurred the lines between capital importing and capital exporting countries, with developed and developing countries alike finding themselves simultaneously on both sides of the table, dramatically shifting their overall investment policy priorities”.

⁴¹ SAUVANT K. P., and NOLAN M. D., « China's Outward Foreign Direct Investment and International Investment Law », *Journal of International Economic Law*, 2015, p. 893-894. « China has become a major player in the world FDI market. The country's outward FDI flows grew from US \$7 billion in 2011 to US

Dans le domaine du droit de l'O.M.C. par exemple, le Professeur J. H. Jackson a observé que :

*« China's government-owned, or State-operated or owned, enterprises are a big challenge to the system and it is hard to believe this will not shape some of the thinking about subsidies [...]. There are obvious going to be some big problems in those areas and one can predict that in a couple of years some of the definitions in the subsidies code will have to be revisited, if that is manageable ».*⁴²

Ding Ru a confirmé cette approche.⁴³ Toutes ces considérations d'actualité semblent aller dans la même direction. D'un côté, des pays ayant une longue tradition de contrôle public de l'économie sont en train de développer des entreprises à capital public, mais qui doivent opérer d'une façon semblable à celles des entreprises privées. De l'autre côté, des pays historiquement plus favorables à l'entreprise privée sont en train de prendre des mesures similaires à celles qui, dans le passé, ont contribué au développement des entreprises publiques.

On peut donc se demander quel est le traitement de ces sujets en droit international de l'économie, le but étant d'arriver à mieux comprendre, à travers l'étude de ces entreprises, le fonctionnement de ce système, ou des sous-systèmes qui le composent.

L'étude des entreprises publiques est en effet intéressante du point de vue systémique en raison de la nature particulière des émanations de l'État à vocation économique. Les entreprises publiques, comme l'a déjà observé la doctrine la plus ancienne, représentent un « *paradoxe* »⁴⁴ et leur détachement de l'appareil étatique a toujours été considéré comme

\$101 billion in 2013 and US\$116 billion in 2014, for an accumulated stock of US \$730 billion. In terms of outflows, this made China the single most important home country among all emerging markets in 2014, and the third (behind the USA and Hong Kong) largest among all home countries, complementing its role as the single largest host country among developing countries. Indications are that China's outward FDI will continue to rise, with one source projecting US \$1-2 trillion in global Chinese outward FDI from 2010–20. In fact, China's outward FDI flows have already almost caught up with China's inward FDI flows: in 2001, outward FDI flows as a percentage of inward FDI flows were 15%; in 2014, they were 90%. China may soon be a net outward FDI flows country».

⁴² JACKSON, J. H., « The Impact of China's Accession on the O.M.C », 19-30 at 26, in CASS D. Z., WILLIAMS, B. G., BARKER, G., *China and the World Trading System: Entering in the New Millennium*, Cambridge University Press, 2003.

⁴³ RU, D., « Public Body or Not: Chinese State-Owned Enterprise », in *Journal of The World Trade*, n. 1, 2014, p. 189.

⁴⁴ RIAD, F. A. M., *op. cit.*, p. 573.

une question controversée, comme l'ont également noté des ouvrages majeurs consacrés au droit international.⁴⁵ Elles sont en partie un fait de l'État.

C'est l'État, en effet « *qui préside à leur création* » et c'est toujours l'État qui :

« *Leur fournit la plus grande part de leur patrimoine et exerce sur leur activité un contrôle de portée variable* ». ⁴⁶

En ce qui concerne le but poursuivi par ces institutions, comme nous le verrons dans l'étude empirique à laquelle sera destinée le chapitre préliminaire de notre thèse, il est évident qu'il existe des entreprises, et surtout des fonds souverains, qui gèrent leurs actifs d'une manière tout à fait superposable de celle des entreprises privées.

En revanche, beaucoup d'entités étatiques à vocation économique, à côté des objectifs à caractère économique, ont également pour finalité de fournir des services publics. Ce but, par exemple, peut être constitué par le fait que « *the non-profit-making state entity will supply remote consumers whereas a private entity may find such consumers expendable* ». ⁴⁷

L'importance juridique de cette notion de service public a été soulevée par exemple dans le cas *UPS c. Canada*,⁴⁸ mais le Tribunal arbitral ne s'est pas prononcé sur cette question,⁴⁹ ou, comme dans le cas *Jan de Nul c. Égypte*, il n'a pas donné de réponse satisfaisante⁵⁰ ouvrant par la suite des perspectives théoriques et pratiques intéressantes. ⁵¹

Par conséquent, ces créations représentent un bon moyen pour tester les considérations générales suggérées par la doctrine sur la nature du droit de l'investissement ou sur celle du système de règlement des différends de l'O.M.C.

Il est possible, en effet, qu'il y ait des situations dans lesquelles les actions des entreprises publiques puissent être qualifiées d'actes de l'État ou d'activités d'entreprises privées et, en

⁴⁵ **CRAWFORD, J.**, *Brownlie's Principles of Public International Law*, 8th edition, Oxford University Press, 2008, p. 123.

⁴⁶ *Ibid.*

⁴⁷ **SORNARAJAH, M.**, *The International Law on Foreign Investment*, Third Edition, Cambridge University Press, 2010, p. 64.

⁴⁸ *United Parcel Service of America Inc. v. Government of Canada*, ICSID Case No. UNCT/02/1, Award on the Merit, 24 May 2007

⁴⁹ **SORNARAJAH, M.**, *op. cit.*, p. 64.

⁵⁰ *Jan de Nul N.V. Dredging International N.V. v. Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/04/13, Award, 6 November 2008, para. 170

⁵¹ **LATTY, F.**, « Arbitrage transnational et droit international général », *Annuaire français de droit international*, Volume 54, 2008, p. 488.

fonction de cette qualification, il est possible d'envisager des conséquences diverses sur le plan processuel, c'est-à-dire que l'État peut devenir partie au différend.

Par conséquent, si une entreprise publique peut, en raison de ses caractéristiques, être qualifiée d'entreprise d'État, elle ne peut pas être demanderesse dans le cadre du CIRDI (par manque de juridiction du centre). Il est également possible que dans certains cas, que nous examinerons dans une seconde partie, la demande proposée ne puisse pas être considérée comme recevable.

Quand les entreprises publiques sont dans la position de défenderesse, cette qualification devient très importante, parce que, dans l'arbitrage des investissements, l'État peut être appelé devant le tribunal saisi par l'affaire. Cette hypothèse, même si elle n'a pas été examinée avec beaucoup d'attention par la doctrine, se pose de manière tout à fait identique dans le domaine de l'arbitrage d'investissement et de l'arbitrage du commerce international (comme nous le verrons dans la première partie). Dans la troisième partie, nous proposerons un parallélisme global avec le contentieux de l'O.M.C. pour le comparer avec un système qui est sans doute compris dans le droit international général public.

En effet, notre étude se situera surtout dans le domaine particulier de la procédure, les problèmes posés par la nature hybride particulière des entreprises publiques n'ayant pas reçu beaucoup d'attention, à de rares exceptions près, comme le Professeur Carlo Santulli.⁵²

Cette thèse analysera donc la discipline relative aux entreprises publiques et les autres émanations de l'État dans le domaine du droit international d'investissements sur le plan processuel et sur les aspects de fond pouvant avoir une conséquence au niveau de la procédure. En ce qui concerne le contentieux de l'O.M.C., qu'on analysera seulement dans la troisième partie, il faut observer que la qualification d'un acte comme gouvernemental ou non peut influencer la possibilité que l'État soit partie, soit à l'instance soit au différend, mais cette qualification n'est parfois pas possible sans une étude du droit qui règle le fond de l'affaire, tel que, par exemple, le cas de l'article XVII du GATT, qui identifie les obligations qui sont posées à charge de l'État en ce qui concerne ses émanations.

Si nous ne pouvons pas démontrer que les actes des entreprises commerciales d'État ne sont pas en violation de l'article XVII (qui selon une partie de la doctrine est une règle qui, en même temps, règle le comportement de cette catégorie d'entreprises et qui représente une

⁵² SANTULLI, C., *Droit du contentieux international*, 2e édition L.G.D.J, 2015.

règle spéciale d'attribution) ou, en tous cas ne sont pas attribuables à l'État, il ne serait pas possible pour l'État demandeur de porter plainte devant l'organe de règlement des différends.

§1.2) L'intérêt plus proprement juridique de notre analyse : les entreprises publiques comme outil d'analyse pour mieux comprendre la nature du droit international de l'investissement.

Le but de notre analyse sera donc double. Dans un premier temps, elle se focalisera sur la compréhension du caractère hybride des entreprises publiques et leur traitement dans le domaine contentieux de l'économie, tandis que dans un second temps, l'autre but, plus ambitieux, consiste, à travers cette analyse transversale des questions de procédure et des aspects de fond nécessaires pour éclaircir les questions de procédure, à utiliser les entreprises publiques comme un outil interprétatif pour tester l'ensemble du système.

À ce propos, on examinera une série de questions : une première question relative à l'interprétation des traités qui établissent la compétence des tribunaux internationaux quand une entreprise publique est l'une des parties au procès (comme demanderesse ou défenderesse) ou quand c'est plutôt l'État qui est partie au procès pour des actes accomplis par les entreprises publiques. Dans la deuxième partie de la thèse, on examinera l'intérêt pour agir, la qualité pour agir et les problèmes relatifs à l'exécution de la sentence internationale, afin de vérifier si les émanations de l'État à vocation économique peuvent être vues ou pas, en général comme des entités détachées de l'État.

Dans un second temps, l'autre but, plus ambitieux, consiste, à travers cette analyse transversale des questions de procédure et des aspects de fond nécessaires pour éclaircir les questions de procédure, à utiliser les entreprises publiques comme un outil interprétatif pour tester l'ensemble du système et en particulier pour mieux comprendre les caractères particuliers des systèmes de règlement des différends dans le droit d'investissement, et la relation complexe entre les règles qui ressortent du droit international public et les facteurs économiques que ces règles visent à discipliner.

Comme nous le savons, la question de la véritable nature des entreprises publiques a toujours été au centre du débat dans le droit d'investissement. Un des courants doctrinaux influents, qui peut être illustré par l'ouvrage de Zachary Douglas, a souligné le caractère hybride du droit international d'investissement. Selon cet auteur, en effet, le contenu économique des

différends faisant l'objet de l'arbitrage d'investissement pousse ce système vers l'arbitrage commercial et il n'est pas correct de l'ignorer à partir du moment où l'on veut décrire les caractéristiques générales de ce système.⁵³

Certains auteurs sont récemment allés au-delà de cette reconstruction en observant de quelle façon les différends transactionnels en matière économique acquièrent une valeur de plus en plus hybride qu'ils ont nommée « *investommercial arbitration* ». ⁵⁴

Avec cette expression, ils n'ont pas vraiment identifié un nouveau type d'arbitrage, mais ils ont plutôt mis en évidence la continuité existante entre l'arbitrage commercial et l'arbitrage d'investissement résultant de la continuité fonctionnelle pour protéger les droits des investisseurs qui découle maintenant de contrats et de traités d'investissement.

L'arbitrage d'investissement a souvent été présenté comme constituant, à l'origine du moins, une « *extension de l'arbitrage commercial international* », ⁵⁵ au point que certains auteurs assimilent à un « *opérateur du commerce international* » l'État qui contracte avec une société privée étrangère. ⁵⁶

Une hypothèse, que nous pourrions appeler « *moyenne* », concerne le cas d'une demande fondée sur une clause parapluie contenue dans un traité. Mais, au-delà de ce cas particulier, l'idée est qu'il existe, entre l'investisseur et l'État hôte de l'investissement, une sorte d'affaire, ce que la doctrine américaine a appelé « *bargain* ». ⁵⁷

Nous pouvons objecter que les parties au « *bargain* », en dehors de l'hypothèse contractuelle, ne sont pas l'investisseur et l'État mais, d'un point de vue formel, les deux États (l'État d'origine de l'investisseur et l'État hôte de l'investissement) qui négocient les

⁵³ **DOUGLAS, Z.**, « The Hybrid Foundations of Investment Treaty Arbitration », in *British Yearbook of International Law*, 2004, p. 151 - 289. Sur ce sujet voir aussi **MOSS, G. C.**, « Commercial Arbitration and Investment Arbitration Fertile Soil for False Friends? » in **BINDER, C., et al.**, *International Investment Law for the 21st Century, Essay in Honour of Christoph Schreuer*, New York, Oxford University Press, 2009, p. 782 - 797.

⁵⁴ **BROWER, C. N., and KUMAR, S. P.**, « Investommercial Arbitration: Whence Cometh It? What Is It? Whither Goes It? », *ICSID Review Vol. 30, n. No. 1, 2015*, p. 55.

⁵⁵ **BURDEAU, G.**, « Nouvelles perspectives pour l'arbitrage dans les contentieux économiques qui intéressent les États », *Revue de l'arbitrage*, 1995, p. 9.

⁵⁶ **GOLDMAN, B.**, *Frontières du droit et lex mercatoria*, Arch. philo. dr., 1964, vol. IX, p. 178

⁵⁷ **SALACUSE, J. W.; SULLIVAN, N. P.**, « Do BITs Really Work: An Evaluation of Bilateral Investment Treaties and Their Grand Bargain », *Harvard International Law Journal*, Vol. 46, P. 77, « Thus, a BIT between a developed and a developing country is founded on a grand bargain: a promise of protection of capital in return for the prospect of more capital in the future ». Voir aussi **SALACUSE, J. W.**; « The Law of Investment Treaties », Second Edition, Oxford University Press, p. 125. **RADI, Y.**, « International investment law and development : A history of two concepts », in **SCHILL, S. W., TAMS, C. J., HOFMAN, R.**, *International Investment Law and development*, Elgar, 2015, p. 76.

opportunités de développement économique ressortant des investissements étrangers avec une certaine protection de l'investisseur. Il ne faut pas arriver à un extrême niveau d'abstraction pour comprendre que, à partir du moment où ces traités sont en réalité des « *accords stipulés pour autrui* »,⁵⁸ les parties substantielles à l'accord sont l'investisseur et l'État hôte de l'investissement.

Cette considération est acceptable surtout sur le plan processuel parce que l'avantage de l'investisseur est certainement le droit de porter plainte directement contre l'État hôte de l'investissement. Cette considération est vraie, soit, d'un point de vue doctrinal, si on épouse la doctrine selon laquelle l'investisseur exerce un pouvoir de l'État qui lui a été délégué par son État d'origine à travers le traité (le soi-disant « *derivative model* »),⁵⁹ soit si, et peut-être *a fortiori*, on accepte la doctrine selon laquelle, quand l'investisseur porte sa demande devant un forum international, il exerce son propre droit. Cette doctrine est, à notre avis, celle qui reflète de la manière la plus convaincante l'actuel système de protection des investissements, comme cela a été soutenu par des auteurs très éminents.⁶⁰

Il est clair que si l'État entre dans ce « *bargain* », ces émanations à vocation économique seront également tenues de le respecter. La question est de savoir dans quelle mesure et, surtout, s'il est possible de porter plainte contre l'État pour les actes accomplis par ces émanations : il s'agit de l'objet d'étude de notre thèse.

Même s'il s'agit d'un droit interétatique, l'article XVII clarifie que les États ont contracté un accord multilatéral qui, en échange de la possibilité d'être partie au système qui règle le commerce international, pose aussi des restrictions à des sujets autres que l'État dans le premier sens du terme, tels que les entreprises commerciales d'État. Encore une fois, la

⁵⁸ **NIKIEMA, S. H.**, *L'expropriation indirecte en droit international des investissements*, Seconde Edition, Graduate Institute Publications, 2015, p. 6.

⁵⁹ **DUGARD, M. J.R.**, *Premier rapport sur la protection diplomatique, par, rapporteur spécial*, Document A/CN.4/506 et Add. 7 mars et 20 avril 2000, para. 24. « Le débat sur la question de savoir si l'être humain est un simple « objet » (conception classique) ou plutôt « sujet » de droit international demeure stérile. Il vaut mieux envisager l'être humain comme participant à l'ordre juridique international. À ce titre, il peut intervenir dans l'ordre juridique international par l'exercice des droits que lui confèrent les traités relatifs aux droits de l'homme ou les accords bilatéraux en matière d'investissements. Mais il faut admettre parallèlement que même si un particulier peut avoir des droits en droit international, ses recours restent limités, circonstance qui n'a pas retenu l'attention de García Amador ».

⁶⁰ **DOUGLAS, Z.**, *The international law of investment claims*, Cambridge University Press, 2009, p. 35. Voir aussi **CRAWFORD, J.**, «The ILC's Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts: A retrospect», *The American Journal of International Law*, Vol. 96, 2002, p. 874 - 890, at. p. 887 « A new legal relation, directly between the investor and the responsible State, is thereby formed if it did not already exist. Thus, at some level a modern bilateral investment treaty disaggregates the legal interests that were clumped together under the Mavrommatis formula ».

question de savoir si les actions de ces sujets pourraient faire l'objet d'une plainte devant l'organe de règlement des différends sera au cœur de l'analyse de cette thèse.

En portant notre attention sur l'arbitrage d'investissement, d'un point de vue empirique, il s'est inspiré, en particulier dans une première phase, des sentences commerciales pour combler les lacunes d'un système qui n'est pas encore parfaitement au point à ce jour, étant tributaire de plusieurs influences, discernables parfois dans le droit interne des États, parfois dans les principes du droit international général, et parfois dans la loi appliquée dans l'arbitrage commercial, définie par certains auteurs comme « *lex mercatoria* » ou « *transnational law* ». ⁶¹

Une partie de la doctrine a soutenu que :

« La lex mercatoria constituait un ensemble de règles de droit propres à être appliquées dans tout arbitrage de portée internationale (droit commercial comme « droit des investissements »), auquel seraient donc soumis les contrats commerciaux privés comme les contrats d'État ».

Une partie de la doctrine est arrivée à soutenir qu'il existe un « *arbitral legal order* » qui « *was firstly used loosely in the 1990s in French scholarly writings on arbitration* » et, selon la doctrine que nous avons citée :

« As far as international arbitration is concerned there are three representations that structure the discipline : the monolocal, the Westphalian and the transnational representations, the latter acknowledging the existence of an arbitral legal order. Each of these representations is in a position to respond to any and all questions that may arise in the field, be they in connection with the arbitrators's power to adjudicate, the entire arbitral process, or the fate of the ensuing award ». ⁶²

Même si, selon une partie de la doctrine, le débat « *a perdu de sa vigueur* » parce que :

« Le droit international semble bien l'avoir emporté sur la lex mercatoria [...] dans le règlement des contentieux mixtes »

⁶¹ JESSUP, P., *Transnational Law*, Yale University Press, New Haven 1956, p. 15 "Obviously there is a delicate shading between the situations to which international law traditionally applies and those which it does not. [...] The use of transnational law would supply a larger storehouse of rules on which to draw, and it would be unnecessary to worry whether public or private law applies in certain cases".

⁶² GAILLARD, E., *Legal Theory of International Arbitration*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, Boston, 2010, p. 151.

il n'en demeure pas moins que l'augmentation sensible des actions proposées contre les États, décrite comme une « *explosion* » du nombre d'arbitrages d'investissement selon certains auteurs :

« *Renforce les risques de brouillage entre les deux catégories d'arbitrage* ». ⁶³

Une autre partie de la doctrine a au contraire défendu l'approche selon laquelle l'arbitrage d'investissement doit être vu comme un arbitrage de droit public « *pur* ». Sur ce point, parmi les plus récents, les ouvrages d'Eric de Brabandere ⁶⁴ et de Gus Van Harten ⁶⁵ sont particulièrement intéressants car leurs auteurs ont fait beaucoup d'efforts pour arriver à une distinction nette entre les deux systèmes.

Selon eux, les différences les plus importantes doivent être reconnues avant tout dans le « *subject matter* » à partir du moment où :

« *Investment treaty arbitration is not concerned with the adjudication of private rights between the two parties [...] but rather with the State of its sovereign powers* ». ⁶⁶

Sur le plan plus spécifiquement procédural, ces auteurs ont identifié le caractère détaché de la procédure arbitrale de la « *lex fori* » et la possibilité d'exécuter les décisions sans que ces dernières puissent être annulées par des tribunaux nationaux, bien que ces dernières particularités soient, comme il est d'autre part reconnu par les auteurs, caractéristiques du système CIRDI.

Plus généralement, ces auteurs ont souligné que la distinction conceptuelle la plus importante au niveau théorique était la « *capacité* » avec laquelle l'État agit chaque fois, soit comme puissance publique soit sur le même plan que les entités privées. ⁶⁷

Cependant, les auteurs cités n'ont pas pu ignorer le fait que, de toute façon, il existe une zone grise dans laquelle il est difficile de distinguer la nature publique de l'arbitrage d'investissement, et c'est dans cette zone que la nature des actes de l'État est la plus difficile à déterminer.

⁶³ STERN, B., « Le consentement à l'arbitrage CIRDI en matière d'investissement international : que disent les travaux préparatoires ? », in LEBEN, C., LOQUIN, E., et SALEM, M., *Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du XXe siècle. À propos de 30 ans de recherche du CREDIMI, Mélanges en l'honneur de Philippe Kahn*, Paris, Litec, 2000, p. 241.

⁶⁴ DE BRABANDERE, E., *Investment Treaty Arbitration as Public International Law, Procedural Aspects and Implications*, Cambridge University Press, 2014.

⁶⁵ VAN HARTEN, G., *Investment Treaty Arbitration and Public Law*, Oxford University Press, 2007.

⁶⁶ *Ibid.*, p. 50.

⁶⁷ *Ibid.*, p. 10, VAN HARTEN, G., *op. cit.*, p. 48.

C'est précisément cette zone grise, comme cela a déjà été suggéré, qui constituera l'objet de notre travail. En effet, comme nous le verrons, elle n'est pas un phénomène limité à l'arbitrage commercial ou d'investissement : elle est également importante dans le domaine du droit du commerce international en général.

On observe en effet, comme l'a fait la doctrine la plus récente que, comme le véritable but de l'analyse empirique est de vérifier la solidité de certaines argumentations théoriques :

« *This approach remains undertheorized, it dominates much of the investor-state arbitral jurisprudence* ». ⁶⁸

Dans l'arbitrage d'investissement, il existe en effet des litiges opposant à un investisseur privé non pas un État mais une émanation de celui-ci, dotée d'une personnalité juridique interne propre – ce qui rapproche l'arbitrage transnational de l'arbitrage commercial, même si le centre demeure en tout état de cause incompétent pour juger de litiges entre deux personnes privées. Mais la différence avec l'arbitrage commercial sera d'autant moins évidente du fait que ce même différend pourrait être tranché en appliquant des règles internes du droit privé.

Il convient de noter, comme l'ont par ailleurs fait les auteurs cités précédemment que ce sont souvent les entités paraétatiques qui sont au centre des relations avec les investisseurs étrangers, aussi bien quand ces relations sont basées sur un simple contrat que quand on se réfère à des autorisations administratives, mais aussi dans le cas où l'État utilise les entreprises sous son contrôle pour accomplir des actes qui sont en réalité des actes de puissance publique tels que des expropriations.

Ces actes d'expropriation accomplis par des entreprises publiques, même s'ils sont qualifiés du point de vue du droit interne comme d'actes de droit privé tels que par exemple la rupture d'un contrat, ⁶⁹ où quand ces actes sont réalisés sans aucun fondement juridique, comme par

⁶⁸ **VADI, V.**, *Analogies in International Investment Law and Arbitration*, Cambridge University Press, 2016, p. 182.

⁶⁹ Voir par exemple le cas très récent *Adel a Hamadi Al Tamimi v. Sultanate of Oman, ICSID Case No ARB/11/3*, Award, November 2015, para. 157 « As to its first submission, the Claimant alleges that Oman intervened to use its influence or sovereign power for its own purposes to force OMCO to use OMCO's contractual right as a pretext for terminating the underlying agreement. Le tribunal n'a pas accepté la qualification de l'acte proposé par le demandeur parce que le traité bilatéral entre États Unies et OMAN était très strict en ce qui concernait les règles relatives à l'attribution, mais ça n'empêche qui n'est pas un cas isolé ». On peut identifier des autres exemples d'expropriation accomplis par des entreprises publiques dans les décisions du *Tribunal irano-américain de réclamations*, comme, par exemple la décision *Schering Corporation v. Islamic Republic of Iran, Case no. 38, Award 122-38-3, Award no. 122-38-3, 23 April 1984*, in **PIRRIE, S. R., ARNOLD, J. S., LAUTERPACHT, E.**, *Iran – U.S. Claims Tribunals Reports* 5 1984 - 1, Cambridge Grotius Publications Limited, 1985, où la troisième chambre a conclu que « There is no evidence before the

exemple par l'intermédiaire des employés d'entreprises publiques et non à travers un organisme public disposant des prérogatives de puissance publique émergeant directement de la loi.⁷⁰

De ce point de vue, le traitement des entreprises d'État dans le domaine du contentieux représente un point de vue privilégié pour sonder les évolutions des systèmes de règlement des différends et pour vérifier les mouvements de ce système vers le droit international public dans certains secteurs, comme les règles sur la responsabilité de l'État, ou vers le secteur commercial - privé en ce qui concerne d'autres aspects, comme l'importance donnée aux intérêts de la communauté des affaires. Ces évolutions sont un phénomène qui concerne tout le droit de l'économie.

La pluralité des sources qui nourrissent l'arbitrage d'investissement (droit international public, *lex mercatoria*, droit interne...), en effet, contribue d'un côté à rendre l'arbitrage d'investissement extrêmement complexe, mais, d'un autre côté, elle comporte également à une certaine difficulté pour amener chaque concept à son propre cadre, de façon à reconstruire le caractère unitaire du système.

Afin d'identifier un outil d'analyse approprié pour comparer des situations assez homogènes, les entreprises d'État constituent donc un point de vue privilégié pour élaborer cette comparaison, en raison de leur caractère hybride, public et privé. On comprend très bien quel peut être le rôle d'une analyse du rôle des entreprises publiques dans le contentieux de l'O.M.C. qui représente un système de droit public pur, mais dans lequel certaines dispositions concernent des sujets autres que les États souverains dans leur sens propre, qui sont encore les entreprises d'État.

C'est donc encore une fois le caractère hybride des entreprises d'État qui revient. Comme nous le verrons dans les différents domaines qu'abordera cette thèse, du problème de l'individuation d'une définition normative convaincante des entreprises publiques à

Tribunal showing that [...] there was any provision under Iranian Law authorizing Bank Marzazi to refuse payment for imported goods in foreign currency [...] Respondent is clearly responsible for the actions of Bank Marzazi in this respect ». Pour une analyse doctrinale des expropriations accomplies par des entreprises publiques voir par exemple : **ESCARCENA, S. L.**, *Indirect expropriation in International Law*, Leuven Centre for Global Governance Studies, 2014, p. 94. **MOURI, A.**, *The International Law of Expropriation as Reflected in the Work of the Iran-U.S. Claims Tribunal*, Martinus Nijhoff, 1994, p. 151

⁷⁰ Voir par exemple l'affaire *Wena Hotels Limited v. Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/98/4, Award December 8, 2000, para. 33 - 34. « On April 1, 1991, [...] several buses owned by EHC [an Egyptian State-owned Enterprise] arrived at the Nile Hotel. According to a statement [...] about one hundred and fifty persons, some of whom were carrying sticks and cudgels, assaulted the hotel [...]. When he tried to enquire of them who they were they stated that they had come to seize the hotel according to instructions from the Chairman of the Board of Directors of their company to do so».

l'interprétation des traités en passant par les problèmes ressortant de la responsabilité de l'État pour les faits de ses émanations, nous verrons de quelle façon l'analyse des normes relatives aux entreprises publiques dans le contexte de l'O.M.C. peut elle aussi contribuer, d'une part, à éclaircir la nature particulière des émanations de l'État à vocation économique et, d'autre part, à mieux clarifier le fonctionnement du système.

Dans ce système, en revanche, seuls les États peuvent être partie au différend. Mais, comme l'a souligné la doctrine, les entreprises publiques peuvent représenter une exception limitée à cette règle.⁷¹

La doctrine la plus récente dans ce domaine a critiqué certains excès de simplification, comme dans les ouvrages de Gus Van Harten. Une auteure a observé que :

*« Identifying which elements each paradigm either brings into the foreground or relegates to the background permits useful meta-comparison to be made, though it inevitably involves simplifications and generalizations that a more in-depth study of a single paradigm would avoid ».*⁷²

On ne peut qu'être d'accord avec la Professeure A. Roberts quand elle observe que :

*« When an investment contract between a private investor and a public authority is at stake, such a concession contract for developing natural resources or the privatization of government services like water and electricity, it is difficult to characterize such contracts as purely private or public ».*⁷³

Dans ce sens, même si les entreprises publiques ne peuvent pas représenter un paradigme au sens propre du terme, elles peuvent constituer un outil interprétatif, qui pourrait nous aider à identifier des apories dans le système de l'arbitrage d'investissement.

Ces émanations représentent en effet mieux que d'autres outils interprétatifs cette possibilité d'agir soit dans ses « *public capacity* », soit dans ses « *private capacity* », ainsi que les différentes approches qui se sont manifestées dans le droit d'investissement.

Il n'est pas possible d'adopter une des deux thèses d'un point de vue universel sans arriver à des paradoxes. Le meilleur cas de cette zone grise est représenté par les contrats d'investissement concernant l'exploitation des ressources naturelles : ils ont une nature

⁷¹ VILLAPANDO, S., *op. cit.*, p. 408

⁷² ROBERT, A., « Clash of Paradigms: Actors and Analogies shaping the investment treaty system », in *The American Journal of International Law*, vol. 107, 45, 2013, p. 58.

⁷³ ROBERT, A., *op. cit.*, p. 63

commerciale mais ils concernent en même temps des biens publics. En même temps, nous retrouvons dans le droit de l'O.M.C. la question de la caractéristique des entreprises publiques, comme nous le verrons dans la troisième partie, depuis que, dans ce domaine également, elles représentent un problème soit d'un côté économique, comme cela a été empiriquement remarqué dans une étude très récente,⁷⁴ soit du point de vue juridique, comme cela a été observé par un auteur très éminent.⁷⁵

À partir du moment où, comme nous le verrons à travers l'analyse empirique, les gouvernements de nombreux pays délèguent la signature de ces contrats à des émanations étatiques (comme, par exemple, les entreprises publiques nationales pétrolifères). La question est de savoir si l'État crée un rapport vertical avec l'investisseur en concédant une licence qui, bien qu'à travers une entreprise publique, peut rentrer seulement dans l'exercice des pouvoirs régaliens, dans la mesure où il s'agit de ressources dont seul l'État peut disposer, ou si nous sommes au contraire face à un rapport de nature horizontal que pourraient entretenir de façon semblable deux parties privées.

Nous pouvons nous poser la question de savoir s'il est possible d'imaginer que des règlements des différends à un niveau international puissent traiter à travers un mixte de loi public et privée. Ce problème est intéressant quand l'examen se focalise sur la zone grise représentée par des entités à caractère mixte public/privé, telles que les entreprises publiques. Cette problématique, à un niveau très abstrait, s'est déjà présentée à un haut niveau théorique au cœur du droit international général. On pourrait imaginer que le fait de porter une question devant un tribunal international rende nécessaire que l'affaire soit entièrement réglée par le

⁷⁴ **PIRNESS, A., OLFERT, M. R., PARTIDGE, M. D., FURTAN, H.**, «Assessing the Impact of State Trading enterprises», *International Economic Journal*, 2012, 26, p. 587 – 608, at. 604 – 605, «Contentions that STEs distort trade, both in bilateral disputes as well as at the WTO, have been longstanding and maintained largely in the absence of rigorous empirical corroboration. [...]. However, assessments of STEs based on comprehensive empirical estimation and using current econometric techniques for policy impacts have been largely absent. Using the WTO definition of STEs and data on 35 years of country-pair trades of wheat with a comprehensive set of control variables, this paper fills this void [...]. The implications of our results may be inferred both in terms of international trade distortions and domestic policy. [...]. In WTO negotiations, these are critical issues, but until now this point was based more on assertions than on empirical evidence across all international wheat trades».

⁷⁵ **DAVEY, W. J.**, *Enforcing world trade rules: essays on WTO dispute settlement and GATT obligations*, Cameron May, 2008, p. 245. Voie sur ce point **JACKSON, J. H.**, *op. cit.*, in **CASS D. Z., WILLIAMS B. G., BARKER, G.**, *China and the World Trading System: Entering in the New Millennium*, Cambridge University Press, 2003, p. 26 « there are obviously going to be some big problems in those areas and one can predict that in couple of years some of the definitions in subsidies will have to be revised, if that is manageable. This is, of course unless paralysis prevents this from happening ». Voie aussi **WILLIAMS, M.**, « Adopting a competition law in China », in **CASS, D. Z., WILLIAMS, B. G., BARKER, G.**, *China and the World Trading System: Entering in the New Millennium*, Cambridge University Press, 2003, p. 315

droit international public, sans espace pour des zones grises. Le refus d'imaginer des différends entre deux parties dont une ne soit pas un État est lié à une vision fortement dichotomique de la distinction entre droit international public et droit privé.

En réalité, la possibilité de rapprochement entre ces deux mondes existe. La jurisprudence de la Cour internationale de justice donne un exemple assez ancien permettant de comprendre la complexité de cette question, et elle peut nous aider à justifier l'intérêt pour les zones grises dans le contentieux économique.

On peut le déduire des affaires concernant la dette publique. Comme un auteur l'a observé :

*« Foreigners also loan money to sovereigns who on occasion refuse to pay back the loan. The strategic and legal issues here are similar to those that arise in connection on foreign assets ».*⁷⁶

Ce parallélisme nous permet d'appliquer à notre vision un précédent significatif de la Cour internationale de justice, « l'affaire des Emprunts Serbes »⁷⁷ de 1929, par exemple, où la Cour s'est prononcée sur la question du droit applicable, en observant que, même dans ce milieu :

*« Il ne serait guère exact de dire que seules les questions de droit international peuvent faire l'objet d'une décision de la Cour ».*⁷⁸

Comme cela a été observé par des auteurs tels que Eric A. Posner et Alan O. Sykes :

*« Dans l'affaire concernant le paiement de divers emprunts serbes émis en France [...], la Cour a eu à connaître du problème de la loi applicable à des rapports contractuels ».*⁷⁹

La Cour a observé que, dans ce cas-là, puisque les demandes étaient soulevées par la France, le différend opposait deux États. La Cour a en effet précisé :

« D'une part, le différend soumis à la Cour est, ainsi qu'il vient d'être exposé, une contestation entre la France et l'État serbo-croate slovène ; d'autre part, ce différend

⁷⁶ POSNER, E. A., O SYKE, S A., *Economic Foundations of International Law*, Harvard University Press, 2013, p. 159

⁷⁷ *Affaire concernant le paiement de divers emprunts serbes émis en France*, C.P.J.I., Recueil des Arrêts, Série A – No. 20/21, 1929, p. 19.

⁷⁸ *Ibid.*

⁷⁹ DANIEL-HENRI, V., « L'arrêt de la C.I.J. du 28 novembre 1958 (affaire relative à l'application de la Convention de 1902 pour régler la tutelle des mineurs, Pays-Bas c. Suède) », *Annuaire français de droit international*, Vol. 4, 1958, p. 250 - 256, at. 250.

*porte exclusivement sur un rapport de droit interne existant entre l'État serbo-croate slovène comme emprunteur et les porteurs de titres de certains emprunts serbes. Dans ces conditions, la question se pose de savoir si des faits qui seraient de nature à déterminer éventuellement les relations de droit international entre les deux États pourront également avoir un effet sur les relations de droit interne sur lesquelles la Cour, à la demande de ces États, doit en l'espèce statuer ».*⁸⁰

À travers cette réponse, la Cour a en effet réussi à s'échapper de la dichotomie public/privé à partir du moment où la France, en soutenant les demandes de ses citoyens, avait porté la question à un niveau international de relation entre États souverains.

À notre avis, cette réponse formelle ne peut pas répondre à des exigences nouvelles, comme cela a été observé par un auteur qui a souligné le revirement dans la jurisprudence de la Cour :

*« Sur ce point, la Cour internationale de Justice a modifié sa position de principe de la Cour permanente de Justice internationale dans un sens moins limitatif du rôle du droit interne au regard du droit international ».*⁸¹

À notre avis, l'extrême formalisme de la réponse donnée par la Cour dans l'affaire des emprunts serbes pourrait être lu comme un indice de l'insuffisance de cette approche, parce que la Cour, en suivant cette méthode, comme elle-même a admis quarante ans plus tard dans l'affaire *Barcelona Traction* :⁸²

*« Si la Cour devait se prononcer sans tenir compte des institutions de droit interne, elle s'exposerait à de graves difficultés juridiques et cela sans justification. Elle perdrait contact avec le réel ».*⁸³

Dans le premier cas cité, la Cour a examiné cette problématique sous l'angle de l'existence d'un différend mais, bien que la problématique ait été centrée sur le droit applicable, elle nous ramène, *ante litteram*, au même problème que représente la qualification du type de rapport existant entre des personnes privées et l'État quand il s'agit d'affaires à caractère économique. Il s'agit surtout de l'analyse des évolutions successives qui, si on considère la

⁸⁰ *Ibid.*

⁸¹ **TRUYOL Y SERRA, A.**, « Cours général de droit international public », *R.C.A.D.I.*, 1981, IV, p. 13 – 421, at. 290, p. 291.

⁸² *Affaire Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, Judgment*, I.C.J. Reports 1970, p. 3.

⁸³ *Ibid.*, p. 37

nécessité de « *maintenir un contact avec le réel* », est celle qui justifie l'analyse des zones grises, comme les entreprises publiques.

En fait, à travers une analyse des critères d'attribution, la caractérisation d'un acte comme gouvernemental ou privé est nécessaire pour établir la compétence des arbitres dans le domaine du CIRDI, étant donné la formulation de l'article 25 (1) de la Convention CIRDI (sauf en ce qui concerne l'hypothèse de la délégation). Cela est encore plus claire lorsqu'on porte notre attention sur le domaine de l'O.M.C. (troisième partie), où seulement les États peuvent être parties au différend et à l'instance.

Là encore, il faut identifier l'élément que la doctrine a défini comme « *a sufficient government involvement standard* »⁸⁴ pour déterminer si ce différend a ou non un caractère interétatique. Ce problème, comme nous le verrons en examinant les questions liées à la compétence pour trancher les demandes à l'admissibilité des demandes à l'exécution des arrêts, se pose de façon plus intéressante quand des sujets privés s'opposent à des émanations étatiques. Avant de procéder à notre analyse, nous devons définir davantage le champ d'investigation et le point de départ de cette activité, qui entrent dans la définition du titre de cet ouvrage.

Le titre de cette thèse contient les deux principaux pôles autour desquels ce travail se développera. Le premier d'entre eux est représenté par la locution « *entités étatiques à vocation économique* », d'où émerge le premier sujet de recherche.

L'expression « *entité à vocation économique* » a été choisie parce que son champ sémantique, associé à l'adjectif « *étatique* », est suffisamment vaste pour être élargi jusqu'à inclure tous les organismes chargés d'une mission non exclusivement souveraine, qui sont, de différentes manières, subordonnés à l'État et qui ont une personnalité juridique distincte de celle de l'État en droit interne.

Il faut dire que cette distinction n'est pas vraiment au cœur du sujet de la thèse, comme nous pouvons déjà l'annoncer, car la jurisprudence, soit au niveau international, soit dans le droit interne, s'est confrontée à des « *zones grises* ». Il arrive en effet que la même entité se

⁸⁴ VIGIDAL, G., « Attribution in the WTO: The limits of "Sufficient Government Involvement" », *Journal of International Trade and Arbitration Law* 2017, *Special Issue*, p. 137.

qualifie elle-même de deux manières différentes dans diverses affaires selon les avantages dont elle peut bénéficier.⁸⁵

Récemment, une doctrine, qui a traité une question semblable à celle de la présente thèse (Schico),⁸⁶ a développé une analyse très descriptive des différentes définitions qui ont été proposées dans le cadre de la jurisprudence arbitrale à propos des entités étatiques en général, en concluant qu'il n'était pas possible d'arriver à une définition opérative satisfaisante en se basant sur le langage employé par les arbitres dans leurs décisions.

En principe, nous ne pouvons qu'être d'accord avec l'auteur lorsqu'il constate que les arbitres sont très imprécis du point de vue sémantique dans l'identification de ce qui constitue une émanation ou une entreprise d'État.⁸⁷

Ceci dit, nous pensons que l'analyse des critères envisagés par la doctrine dans les domaines économiques et dans la théorie générale du droit permet d'arriver à des définitions opérationnelles plus satisfaisantes, en vérifiant s'il existe des aspects empiriques autour desquels, y compris dans les inexactitudes sémantiques propres à chaque système juridique, le consentement des différents opérateurs légaux s'est peu à peu consolidé.

La deuxième locution présente dans le titre fait référence à l'arbitrage d'investissement. L'arbitrage commercial a été choisi parce qu'il représente bien les attentes de la communauté d'affaires alors que le système de l'O.M.C. (qui sera seulement analysé dans la troisième partie), en représentant un système dominé par les États et appartenant au droit international public « *pur* », peut représenter un excellent outil pour examiner les mêmes questions d'un point de vue très différent.

L'arbitrage (et en partie le droit des investissements, surtout en ce qui concerne l'analyse des traités bilatéraux et multilatéraux d'investissement) est un système en pleine évolution, qui, d'un côté, est en train d'évoluer vers une approche publique (et cette circonstance,

⁸⁵ GAUKRODGER, D., *Foreign State Immunity and Foreign Government Controlled Investors OECD Working Papers on International Investment*, OECD Publishing, 2010/02. "In rejecting Kuwait's argument that KIA/KIO formed part from the State, the court noted that the 1982 law creating KIA provided that KIA had an autonomous status and that Kuwait had recognized that it was an independent public authority. In addition, the court relied on various documents including KIA's articles (statutes), statements by KIA that it was independent, and letters from KIA and its representatives to government authorities and private parties. The court also underlined that KIA had brought suit in its own name in various proceedings in England and Spain. In the face of this evidence, the court was not persuaded by a contrary legal opinion provided by the Kuwaiti government. The government's economic dominance over KIA, including Kuwaiti ministers sitting on its council board, and that the fact that KIA's investments were made to benefit the State were found to be of no relevance".

⁸⁶ SCHICO, L., *op. cit.*, p. 39-82.

⁸⁷ *Ibid.*, p. 55.

comme nous le verrons, justifie une certaine attention aux arrêts de la Cour internationale de justice), et conserve encore certaines caractéristiques qui le lient à son origine et aux caractéristiques propres de l'arbitrage. L'analyse transversale des décisions et des dispositions dans ce champ, en d'autres mots, est le seul outil qui, à notre avis, peut donner une image assez complète du traitement des entreprises publiques dans le contentieux international de nature économique. En même temps, cette analyse transversale peut aider à mieux comprendre les évolutions (et les apories) de l'arbitrage d'investissements.

Plus généralement, ce caractère hybride des entreprises étatiques peut poser des problèmes quant à l'identification des parties à l'instance et à la procédure arbitrale. Ces questions seront examinées dans la première partie de notre thèse. D'autres problèmes se posent au sujet de la recevabilité des demandes et du déroulement de la procédure.

Au sens large, les problèmes découlent également du caractère mixte public/privé des entreprises d'État. Afin que les demandes puissent être considérées comme recevables, en effet, il faut identifier toutes les conditions de recevabilité.

Ces aspects seront examinés dans la deuxième partie de la thèse. Dans cette partie, nous examinerons aussi les événements successifs de la décision arbitrale. Dans ce champ, en ce qui concerne l'étendu de la chose jugée et la phase d'exécution, la question est toujours d'éclaircir la relation entre l'entreprise étatique et l'État, comme nous le verrons. Dans la troisième partie, en revanche, notre analyse portera sur le rapport entre le système de l'arbitrage d'investissement et le contentieux de l'O.M.C. Dans cette troisième partie, nous verrons que certains aspects, même s'ils sont assez limités, justifient une comparaison entre ces deux systèmes, à partir du moment où la multiplication des forums pour la solution des différends de nature économique crée des risques de chevauchement de compétences, qui ouvrent des problèmes théoriques (et dans quelques cas déjà à un niveau pratique), qui seront très utiles pour compléter notre analyse.

CHAPITRE PRÉLIMINAIRE – L'ANALYSE EMPIRIQUE DU SUJET DE NOTRE RECHERCHE.

§1) Entreprises d'État et fonds souverains. L'analyse de leur forme dans leur dimension économique et dans le droit interne pour comprendre l'objet de notre analyse

Il faut tout d'abord observer que les entités qui seront prises en considération seront principalement les sociétés à participation d'État, les fonds souverains d'investissements, mais aussi d'autres réalités particulières, qui, bien que différentes des réalités mentionnées précédemment, leur sont assimilables en raison de l'intensité du lien qu'elles ont avec l'État, lien tel qu'il justifie d'être traité dans le présent travail. Un exemple de ces réalités particulières peut être celui des agences de l'État ayant agi en tant qu'investisseurs ou ayant exercé des fonctions non souveraines. Afin d'éviter de porter l'analyse sur des thèmes amplement débattus et consolidés, notre travail s'orientera vers des situations plus particulières ayant comme protagonistes des entités qui partagent avec les entreprises de l'État le caractère d'entités plus ou moins hybrides ou difficiles à qualifier.

On peut retrouver des exemples de cas d'entités publiques comme des collectivités territoriales qui ont agi en qualité de demandeurs pour protéger leurs propres investissements.⁸⁸

Au-delà de ces cas très spécifiques, toutefois, les problèmes les plus intéressants surgissent en relation avec des entités qui, tout en étant liées à l'État, n'ont pas de fonctions souveraines inhérentes, mais sont organisées dans le but de développer des activités productives ou commerciales. Ce caractère substantiellement hybride entre public et privé est depuis toujours au centre des différents débats, y compris ceux sur la reconnaissance de la personnalité juridique de ces entreprises⁸⁹ ou sur l'hypothèse que celles-ci pouvaient plus ou moins se libérer de la responsabilité contractuelle suite à un acte de droit public du gouvernement contrôleur,⁹⁰ ou bien sur l'éventualité – ou l'impossibilité – qu'elles soient protégées par l'immunité étatique.⁹¹

⁸⁸ *Kaliningrad v. Lithuania*, CCI, Jan 28, 2009, (unpublished). **PETERSON, L.E.**, «Lithuania Prevails in Investor-State BIT Claim Brought by Russian regional Government: ICC Tribunal rules that enforcement of Commercial arbitration Award in Lithuania cannot be challenged as an expropriation under BIT», *IAI Reporter*, 2009, p. 4 - 5.

⁸⁹ **RIAD, F. A. M.**, *op. cit.*, p. 563.

⁹⁰ **SEIDL-HOHENVELDERN, I.**, *op. cit.*, p. 55. **CRAIG, W. L., PARK, W. W., e PAULSSON, J.**, *International Chamber of Commerce*, Second Edition, Paris, ICC Publishing S.A., 1990, p. 652 – 654.

⁹¹ **YANG, X.**, *State Immunity in International law*, New York, Cambridge University Press, 2012.

Le premier pas consiste donc à accomplir une enquête empirique sur ces entités, pour chercher à les décrire telles qu'elles sont en « *rerum natura* », favorisant, dans le contexte de la présente thèse, ces aspects qui montrent une relation plus marquée avec le droit des investissements. Toutefois, l'attitude en question par rapport à l'approche inductive délimitée ci-dessus sera mise en évidence d'une fois à l'autre en fonction de chaque typologie spécifique des entités, pour procéder ensuite à une rationalisation dans le paragraphe final du premier chapitre.

L'analyse empirique des entreprises publiques et des fonds souverains dans le domaine du droit des investissements et, dans la troisième partie dans le domaine du contentieux de l'O.M.C. internationale sera conduite sur la base de différents paramètres d'analyse. Ces derniers serviront à examiner la structure de la gouvernance, l'activité poursuivie et d'autres éléments, comme la législation interne en matière d'immunité qui, bien que s'occupant d'aspects tous à fait différents de ceux qui font l'objet de la présente analyse, peuvent constituer des indicateurs précieux des caractères symptomatiques de la façon de comprendre les entités qui font l'objet de notre analyse, en examinant la pratique des acteurs composant la communauté internationale à ce propos.

Il s'agira donc d'une analyse qui appliquera une miscellanée de critères *latu sensu* économiques et de droit comparé. Ces modèles d'analyse doivent être appliqués en allant des premiers vers les seconds, de façon à identifier de quelle manière les aspects économiques refluent dans la discipline juridique.

À partir de l'application des critères proposés, il est possible d'obtenir un spectre relativement complet de la force des liens entre État et entreprises, du modèle plus faible, comme celui d'une entité qui gère des biens publics, mais d'une façon indépendante et avec des critères de gestion substantiellement assimilables à ceux d'une entreprise privée, au modèle plus fort, par exemple celui des banques centrales qui, bien que juridiquement distinctes de l'État, ont toutes les caractéristiques d'une entité publique tout court. L'idée qui ressort de ce type d'analyse est que lorsqu'un organe juridictionnel (dans le domaine des investissements ou dans le commerce international) est appelé à décider s'il doit appliquer les règles relatives aux entreprises de l'État, quel que soit le but de cette application ou la source dont elles peuvent provenir, il doit tout d'abord procéder à une enquête empirique pour vérifier s'il faut des présuppositions de fait pour cette application.

La doctrine⁹² qui s'est occupée jusqu'à présent de notre problématique s'est souvent posée la question de savoir si, entre les deux principales classes des entités d'État (fonds souverains et entreprises d'État), il existait suffisamment d'analogies pour les traiter de façon unitaire. Concernant le droit des investissements, la plupart des auteurs ont conclu que, dans les deux cas, l'élément décisif doit de toute façon se reconnaître dans les liens de ces entités avec l'appareil de l'État. En effet, le fait que ces différentes catégories d'entités aient des caractéristiques économiques communes ne veut pas dire que ces dernières soient significatives pour le droit international de l'investissement tandis que, au contraire, certains éléments qui les distinguent pourraient ce relever bien plus significatifs.

Comme on le démontrera à travers l'enquête empirique, les locutions entreprises publiques et fonds souverains recouvrent un ensemble d'entités trop hétérogènes pour pouvoir être traitées de façon unitaire, et doivent être bien définies.

Le lien économique relatif à la source du capital représente toutefois l'élément à propos duquel les tribunaux se sont posés le problème d'examiner le rapport entre les entreprises et l'État aux fins les plus diverses (comme la possibilité d'inclure les entreprises publiques parmi les sujets protégés par les traités bilatéraux d'investissements ou par la convention CIRDI,⁹³ les questions liées à la responsabilité de l'État pour les actes accomplis par ses émanations économiques ces dernières, soit dans le secteur des investissements⁹⁴ soit dans celui du commerce international)⁹⁵ et, par conséquent, il peut effectivement être utilisé dans le seul but de délimiter le périmètre dans lequel se déroulera l'enquête de cette thèse.

La provenance publique du capital représente donc une circonstance qui doit être prise en considération, car c'est un élément récurrent dans tous les cas qui seront traités. Mais le fait que plusieurs tribunaux aient préféré mettre en relief d'autres paramètres suggère que cette provenance ne représente pas un aspect résolutif.

⁹² **CHEN, S. Y.**, « Positioning Sovereign Wealth Funds as Claimants in Investor-State Arbitration », *Contemporary Asia Arbitration Journal*, 2013, p. 305, **BACKER, L. C.**, « Sovereign Investing in Times of Crisis: Global regulation of Sovereign Wealth Funds, State-Owned Enterprises, and the Chinese Experience », *Transnational Law & Contemporary Problems*, 2010-2011, p. 64 - 74.

⁹³ *Ceskoslovenska Obschodni Banka, A.S. v. The Slovak Republic*, Decision on Objections to Jurisdiction, 24 May 1999.

⁹⁴ E. g. : *Emilio Agustín Maffezini v. The Kingdom of Spain*, ARB/97/7, ICSID, Decision on Jurisdiction, 25 January 2000; *Impregilo S.p.A. v. Islamic Republic of Pakistan*, ICSID Case No. Arb/03/3, Decision on Jurisdiction, April 22, 2005.

⁹⁵ Voir par exemple : *Japan – Restrictions on Imports of Certain Agricultural Products, Report of the Panel, adopted on 2 February 1988 (L/6253 - 35S/163) para. 5.2.2.2* “The basic purpose of this note is to extend to state-trading the rules of the General Agreement governing private trade and to ensure that the contracting parties cannot escape their obligations with respect to private trade by establishing state-trading operations”.

Il faut donc considérer que les États sont des organisations complexes qui peuvent gérer en même temps différents groupes de ressources provenant de plusieurs secteurs et qu'ils peuvent décider de les confier à diverses entités pour développer des activités dissemblables.

En d'autres termes, si l'idée que l'origine du capital investi n'est pas en elle-même décisive pour la qualification de l'entité à participation publique comme une ramification de l'État, il est également vrai que celle-ci pourrait indirectement donner des informations utiles sur les activités poursuivies par un « *instrument de placement* » utilisé par le pouvoir public pour accomplir ses investissements et, à travers eux, pour contribuer à la qualification de cet instrument de placement qui reste difficile, comme cela a été récemment observé par un Michele Barbieri :

« *In fact Sovereign Wealth Funds present very different features [but] they are established in order to pursue macroeconomic functions in the State to which they belongs* ». ⁹⁶

Ces dernières années, la littérature économique a cherché à proposer une définition suffisamment précise des entreprises publiques et fonds souverains fondée sur des critères empiriques.⁹⁷ Il est nécessaire de souligner que cet effort a été motivé par le fait que, comme cela a déjà été anticipé, divers pays occidentaux, préoccupés par la croissance de la magnitude et de la vigueur des opérations d'investissement effectuées par des fonds souverains et des sociétés contrôlées par les États asiatiques, ont introduit une série de mesures permettant aux gouvernements de bloquer ces opérations.⁹⁸

Ces initiatives peuvent être prises à certaines conditions, en termes généraux, en cas de risque que les investissements publics étrangers puissent menacer la sécurité ou d'autres domaines stratégiques de l'État dans lequel les investissements sont réalisés.⁹⁹

⁹⁶ **BARBIERI, M.**, «Sovereign wealth funds as protected investors under BITs and safeguard of the national security of host States », in **SACERDOTI, G., ACCONCI, P., VALENTI, A., DE LUCA, A.**, *General Interests of host States in International Investment Law*, Cambridge University Press, 2014, p. 137.

⁹⁷ **VEDIE, H.**, *Les Fonds Souverains - Une Puissance financière insensible aux crises*, Paris, Eska, 2010, p. 25-35.

⁹⁸ **BACKER, L. C.**, « Sovereign Investing in Times of Crisis: Global regulation of Sovereign Wealth Funds, State-Owned Enterprises, and the Chinese Experience », *Transnational Law & Contemporary Problems*, 2010-2011, p. 75 - 95. **ROSE, P.**, «The Foreign Investment and National Security Act of 2007, An assessment of its impact on sovereign wealth funds and State-owned enterprises», in **BASSAN, F.**, *Research Handbook on Sovereign Wealth Funds and International Investment Law*, di Glos: Edward Elgar Publishing Limited, 2015, p. 145 - 177.

⁹⁹ **MENDENHALL, J. E.**, «Assessing Security Risks Posed by State-Owned Enterprises in the Context of International Investment Agreements», *ICSID Review 31, n.1, 2016*, p. 38.

Cette considération implique que les définitions qui seront analysées ci-après ont été pensées dans un but partiellement étranger à celui de la présente thèse. Mais, en raison de l'ampleur et de la signification des critères qui ont été pris en considération (en partie, comme nous le verrons, similaires aux critères employés par les tribunaux d'investissement), elles représentent un effort important de rationalisation et de classification des entités aux mains du secteur public et sont donc un juste point de départ pour notre enquête. Les distinctions en question ne sont pas de moindre valeur académique mais elles peuvent recevoir une conséquence significative sur le traitement que les entités peuvent recevoir d'un tribunal arbitral.

Selon certains auteurs, ce qui distinguerait, comme nous le verrons, les entreprises publiques des fonds souverains serait en réalité le mandat limité de ces derniers, résumé dans le devoir de maximiser les rendements qu'il est possible d'obtenir par les fonds de dotation qui leur sont affectés par le gouvernement. Cette circonstance peut être significative pour le droit des investissements si elle se réfère à certains groupes de sujets appartenant à cette classe, alors qu'elle ne l'est pas pour d'autres.

Selon les auteurs qui soutiennent l'importance d'une distinction nette entre entreprises publiques et fonds souverains, la question pourrait se présenter en termes plus complexes pour les sociétés à participation d'État qui effectuent directement des activités industrielles et commerciales à l'étranger. La construction de grandes infrastructures ou l'extraction de grandes quantités de matières premières pourraient en effet se prêter plus facilement à la réalisation d'objectifs économiques plus directement influencés par des motifs non commerciaux du gouvernement qui possède la société chargée de les réaliser.¹⁰⁰

Une partie de la doctrine a suggéré que cette distinction pourrait être significative en droit international de l'investissement, surtout au vu de la capacité de ces dernières entités d'être demanderesse.¹⁰¹ Cette idée a été approfondie en suggérant que, à côté des distinctions fonctionnelles, pour évaluer le risque posé par ces investisseurs publics, il faudrait prendre

¹⁰⁰ **BEUS, C.**, *op. cit.*, p. 549, "It is important to distinguish SWFs from their counterpart, sovereign-owned enterprises (SOEs). SWFs and SOEs differ in critical ways. They are often mistaken for one another because of their similar functionality, but the difference between them is important because most SCE controversies regarding international investment concern SOEs rather than SWFs.

For example, both controversies surrounding *China National Offshore Oil Corporation's (CNOOC)* attempt to buy a California based oil company and DP World's bid for US terminals involved SOEs, not SWFs. SOEs differ from SWFs in that they are generally "*corporations that report directly to the central government, the government is the majority shareholder, and they often receive access to capital at below market rates*".

¹⁰¹ *Ibid.*

également en considération le but poursuivi par ces derniers à travers leurs activités.¹⁰² Un assouplissement partiel de cette approche¹⁰³ doctrinale récente suggère que cette position ne peut pas être accueillie, du moins dans sa forme la plus intransigeante.

§2) Les entreprises d'État

Les entreprises de l'État constituent la grande catégorie de sujets que cette thèse prendra en considération. Considérant la totalité du capital investi à travers elles en termes d'investissements à l'étranger, les entreprises publiques sont des moyens beaucoup plus significatifs que les fonds souverains, que nous examinerons dans le prochain paragraphe de l'introduction. Pour avoir une idée de l'ampleur du phénomène, il convient de rappeler que, dans une liste convenue de 100 multinationales non financières dans le monde et des 100 plus grandes sociétés situées dans les pays émergents (200 au total) en 2010, 49 d'entre-elles étaient des sociétés contrôlées par l'État. Le capital mobilisé à travers ces sociétés est extrêmement significatif, si l'on considère que, dans leur ensemble, elles possèdent 1 800 milliards de dollars en biens situés à l'étranger.¹⁰⁴

L'étendu de cet ensemble de sujets rend en effet très difficile une catégorisation basée sur le cas concret. Toutefois, la doctrine a identifié une série de caractéristiques qui peuvent être utilisées pour classifier ces entités. Le problème d'arriver à une définition normative convaincante des entreprises d'État s'est posé dans tous les domaines du droit de l'économie. Dans le domaine du droit international du commerce par exemple, la définition des entreprises commerciales d'État est une question très discutée.

Dans les travaux préparatoires de la Charte de La Havane, de Londres et de New York, par exemple, les rédacteurs avaient conclu que :

*« The term "State Enterprise" did not require any special definition; it was the general understanding that the term includes, inter alia, any agency of government that engages in purchasing or selling ».*¹⁰⁵

¹⁰² E.g. **BEUS, C.**, *op. cit.*, p. 550. **FELDMAN, M.**, « State Owned Enterprises as Claimant in International Investment Arbitration », *ICSID Review* 31, n. 1, 2016, p. 24 - 35.

¹⁰³ **FELDMAN, M.**, 2016, *op. cit.*, p. 24 - 35.

¹⁰⁴ **JONGBLOED, W., SACHS L. E., e SAUVANT, K.**, *Sovereign Investment: an Introduction*, in **SAUVANT, K. P., SACHS, L. E., & JONGBLOED, W. P.**, *Sovereign Investment: concerns and policy reaction*, New York, Oxford University Press, 2012.

¹⁰⁵ **PETERSMANN, E. U.**, *GATT Law on State Trading Enterprises: Critical Evaluation of Article XVII and Proposal for Reforms*, in *State Trading in the Twenty- First Century, Studies in International Economics, The World Trade Forum*, Volume 1, p. 79.

La doctrine qui a examiné cette affirmation a démontré que, aujourd’hui encore, il n’y a pas d’accord sur le domaine d’application de cette disposition.¹⁰⁶

L’article XVII GATT 1994 est antérieur au Traité de Rome. Dans le domaine de l’O.M.C., les entreprises publiques sont définies dans le paragraphe 1 qui reprend certaines concordances et discordances de l’article 86 du Traité de Rome.¹⁰⁷

Il est intéressant d’observer que la notion d’« *émanation de l’État* » a également été examinée pendant les négociations de l’Uruguay Round, mais la recherche d’une solution partagée n’a pas donné de résultats.¹⁰⁸

Dans le domaine du droit des investissements internationaux, les différents traités bilatéraux et multilatéraux ne contiennent pas de définitions pouvant être considérées d’application générale.

Par conséquent, il peut être intéressant de commencer notre analyse par la définition empirique proposé par l’OCDE selon laquelle :

*« Les sociétés de service public dotées de la personnalité juridique en vertu d’une législation spécifique devraient être considérées comme des entreprises publiques dès lors que leur objet et leurs activités, ou certains segments de leurs activités, présentent un caractère économique »*¹⁰⁹

une définition qui a été substantiellement reconnue par la doctrine.¹¹⁰

Pour mieux comprendre la pertinence de cette disposition, il faut procéder d’un côté à une analyse basée sur le modèle de propriété et de gouvernance de ces entités et de l’autre à un examen des activités développées et des finalités poursuivies (§2.1). La raison à la base de cette distinction est le besoin, encore une fois, de distinguer, comme dans le cas des fonds souverains, les entités qui peuvent être, déjà sur la base d’une analyse empirique, rattachées à la catégorie des entreprises ou, au contraire, à celle des sujets qui ressemblent plutôt à des organismes publics.

¹⁰⁶ *Ibid.*

¹⁰⁷ **FERRARI, E.**, *Entreprises publiques [...]*, *op. cit.*, p. 319.

¹⁰⁸ **DING, R.**, *op. cit.*, p. 172.

¹⁰⁹ **OCDE**, *Lignes directrices de l’OCDE sur la gouvernance des entreprises publiques*, Édition 2015, OCDE, Paris, p. 15

¹¹⁰ **DELACOUR, C. B.**, *Les fonds souverains*, Eyrolles, Les Echos, 2009, Paris, p. 65.

§2.1) Séparation juridique, modèle de propriété et gouvernances : les analyses générales proposées par la doctrine

Le premier aspect présentant un intérêt immédiat pour le juriste est l'existence d'une personne morale autonome permettant de la définir comme une entreprise d'État distincte de l'administration publique. En l'absence de cette condition, il serait substantiellement impossible d'identifier un « *centre d'intérêt* »¹¹¹ distinct de l'État.

Comme nous le verrons dans l'analyse fondée sur la comparaison, en des temps plus récents, tous les États qui géraient des activités productives se sont engagés dans un processus de « *transformation en sujet de droit* » des entreprises publiques. Cette exigence, au-delà des aspects strictement juridiques, a une valeur immédiate sur le plan pratique car elle est utile du point de vue de la gestion pour isoler les résultats économiques de l'entreprise des résultats de l'administration publique restante. À partir du moment où l'impulsion à la transformation des organismes publics en sociétés est un fait commun aux économies occidentales comme aux économies orientales, il est légitime de considérer que si l'État possesseur n'a pas décidé d'entreprendre ce processus, c'est parce qu'il a décidé de maintenir certaines activités dans le secteur strictement public.

Le problème de la propriété des entreprises d'État est un thème amplement discuté par la doctrine car, à la différence des sociétés privées, les propriétaires des sociétés de l'État – les citoyens – ont dans les faits peu de possibilités d'effectuer une quelconque forme de contrôle actif sur celles-ci. En termes concrets, la gestion des actions des entreprises d'État est déléguée aux organismes de l'État.

En ce qui concerne les modalités selon lesquelles ce contrôle est délégué, l'OCDE, qui a réalisé un sondage sur l'organisation des entreprises d'État dans de nombreux pays, a suggéré l'existence de trois modèles pour l'exercice des droits de propriété de l'État : (I) le modèle centralisé, (II) le modèle décentralisé et (III) le modèle dualiste.¹¹²

¹¹¹ La notion de centre d'intérêt n'est pas accueillie dans le droit français. La doctrine italienne s'est parfois référée au concept de "centro d'interessi" pour identifier une réalité pré-juridique. Sur ce point voir : **TERRE D.**, *Les questions morales du droit*, Presses Universitaires de France – PUF, 2015 p. « L'idée la plus difficile à faire passer dans le droit est que le centre d'intérêt est un concept normatif qui détermine un point d'imputation un ordre juridique partiel. Kelsen rappelle Gunther Teubner, considérait que la personne morale était un ordre juridique partiel, un complexe normatif rapporté à un État de fait déterminé. Dans la personnification, le complexe normatif ne serait qu'un point d'imputant. Cette définition pourrait également s'appliquer au centre d'intérêts. La notion de centre d'intérêt est un concept normatif implicite. [...] Le concept normatif de centre d'intérêt recouvre d'autre concept normatif comme l'entreprise, le groupe, le réseau, Il est implicite car il n'a guère été relevé dans la doctrine et la pratique juridique française ».

¹¹² **OECD**, 2005, *op. cit.*

Dans le modèle centralisé (I), il y a un seul organisme gouvernemental, un ministre ou une holding, responsable du contrôle des participations du gouvernement dans toutes les sociétés. Dans le modèle décentralisé (II), les entreprises publiques sont sous la responsabilité de divers ministères. Dans la forme dualiste (III), la responsabilité pour la direction de chaque entreprise publique est répartie entre le ministère correspondant au secteur d'activités de celle-ci et un ministère central, généralement le ministère des finances.¹¹³

Selon un sondage effectué par l'OCDE, il semblerait qu'il y ait un déplacement vers le modèle centralisé pour parvenir à une meilleure gouvernance des entreprises publiques elles-mêmes. Ce dernier aspect peut présenter un intérêt certain pour l'objet de notre travail de recherche. En effet, les indications à suivre et relatives à la gestion des entreprises de l'État proposées par OCDE ont le but déclaré de rapprocher la gouvernance des entreprises publiques de celles du secteur privé. Dans ce sens, une des indications les plus répandues au niveau international est une amélioration de la transparence dans la gouvernance des entreprises de l'État, mais aussi des fonds souverains. Dans ce cas, il est possible d'identifier un parallélisme entre le modèle de gouvernance adopté par l'État et le niveau de séparation entre l'administration publique et les entreprises d'État. La concentration de la propriété dans les mains du ministère des finances, ou d'une holding, suggérerait que l'État, propriétaire de l'entreprise, a tendance à la gérer en visant des objectifs principalement économiques.

On pourrait conclure que les indications à suivre proposées par l'OCDE et d'autres organismes internationaux constituent un point de référence pour identifier un point de contact entre pouvoirs publics et entreprises d'État et, par conséquent, un point de départ acceptable pour une analyse empirique du respect de la séparation entre État et entreprises. En termes généraux, les sociétés contrôlées par l'État sont confrontées à un éventail d'enjeux de gestion et de stratégie plus ample que les sociétés privées, car elles doivent équilibrer les avantages provenant du monde politique avec une gestion qui doit également prendre en considération les objectifs de nature économique qui, en principe, caractérisent l'activité d'une entreprise.

Selon la doctrine économique, les critères classiques de la *Corporate Governance* pour le secteur privé sont : (I) un fort contrôle interne, (II) l'existence d'autorités internes indépendantes, (III) un haut niveau de transparence et de transparence, (IV) de forts contrôles

¹¹³ SHAPIRO, D. M., 2012, *op. cit.*, p. 106.

externes de la part d'autres « *stakeholders* », (V) la menace de prise de contrôle ou de banqueroute.

L'absence de contrôle de la part d'autres acteurs suggère implicitement que la société en question opère dans un régime de monopole substantiel ou dans un régime non compétitif. Cette circonstance a été prise en considération par l'OCDE qui, au cours des analyses relatives aux entreprises d'État a commenté le cas *Maffezini v. Spain*¹¹⁴ de 2000, en observant de quelle façon l'existence de fonctions mixtes (d'État et commerciales) dans des entreprises publiques peut être le fondement de l'imputation des actes de l'entreprise à l'État contrôleur et de quelle façon cette prise de position fait que le CIRDI peut représenter un tribunal apte pour la solution de différends dans lequel l'État, à travers ses entreprises, a une conduite anti-compétitive.¹¹⁵

Cette position de l'OCDE doit être évaluée avec grande prudence. Il est vrai que l'existence d'un monopole a été directement prise en considération dans des traités multilatéraux sur les investissements, comme dans l'article 22 (1) de la Charte européenne de l'énergie et dans l'article 1503 (2) de l'ALENA, pour élargir la responsabilité de l'État. Il est vrai, de toute façon, que ces articles ont été perçus par les tribunaux d'investissement comme une *lex specialis* pour l'attribution des actions des entreprises d'État à l'État contrôlant.¹¹⁶

S'il est vrai que les autres qualités spéciales de la *gouvernance* du secteur public peuvent également se trouver, même de façon atténuée, dans le secteur privé, la circonstance relative à la possibilité d'obtenir des financements à un taux très favorable représente un élément de distinction net par rapport au secteur privé. L'illimitation au moins théorique des fonds disponibles peut effectivement faciliter la possibilité d'entreprendre des investissements antiéconomiques guidés par des objectifs politiques.

Plus généralement, une analyse basée sur des résultats statistiques a démontré que le pouvoir du gouvernement d'accorder des prêts ou des ressources financières doit être vu comme un

¹¹⁴ *Emilio Agustín Maffezini v. The Kingdom of Spain*, ICSID ARB/97/7, Decision on Jurisdiction, 25 January 2000, para. 77.

¹¹⁵ **KOWALSKI, P. et al.**, *State-Owned Enterprises: Trade Effects and Policy Implications*, OECD Trade Policy Papers, No. 147, Paris, OECD Publishing, 2013, p. 67 « Altogether, the decision of the tribunal illustrates that BITs can sometimes provide a legal mechanism for arbitration in disputes between SOEs or private firms that are state-backed on the one side and fully commercial entities on the other, representing a tool for disciplining anticompetitive practices. In particular, this might be the case if the anti-competitive practices take place in the home state of the SOE and if the contested actions can be attributed to the host state as an act of the State ».

¹¹⁶ *United Parcel Service of America v. Government of Canada*, UNCITRAL, Award on the Merits, 24 May 2007, para. 22 - 35 and 30 - 35. Sur ce point voir aussi **BADIA, A.**, *op. cit.*, p. 37.

aspect qui augmente de façon significative le contrôle perçu par les individus qui travaillent dans la société.¹¹⁷

En définitive, donc, au-delà des oscillations de la jurisprudence, il semble possible, à travers une enquête comparative, d'arriver à identifier certains critères principaux pour valoriser la résonance entre les aspects empiriques et juridiques, mais en acceptant un niveau d'approximation plutôt élevé.

§2.2) Séparation juridique, modèle de propriétés et gouvernance des entreprises d'État en France

Pour analyser les entreprises publiques dans leur dimension empirique, nous porterons notre attention sur deux pays, la France et la Chine, qui peuvent être considérés comme deux exemples représentatifs de ces entités. La France est un pays européen où les entreprises d'État jouent un rôle très important. La Chine, de son côté, est un pays asiatique qui peut être un outil interprétatif pour élargir notre domaine d'analyse dans des pays de tradition législative très différente et qui, en même temps, contrôlent les entreprises publiques les plus grandes du monde.

En droit français, l'exigence d'une personnalité morale distincte de l'État est considérée comme indispensable. Cette première exigence exclut que de simples régies et plus généralement des démembrements non personnalisés de la puissance publique soient considérés comme des entreprises. Certaines activités économiques comme la régie des alcools, des tabacs et des allumettes ont été réalisées sous ce régime. Aujourd'hui, la distinction de ces services par rapport à l'État par leur personnification juridique tend à se généraliser.¹¹⁸

En ce qui concerne le modèle de propriété en France, les participations publiques sont détenues par l'*Agence des participations de l'État* (APE) qui n'est pas une autorité administrative indépendante. Il s'agit plutôt d'un service de compétence nationale (décret n° 2004-963 du 9 septembre 2004)¹¹⁹ qui était auparavant rattaché au directeur du Trésor et

¹¹⁷ LIOUKAS, S., BOURANTAS, D., et PAPADAKIS, V., *Managerial Autonomy of State-Owned Enterprises: Determining Factors Organization Science*, Vol. 4, No. 4, Nov., 1993, p. 645 - 666.

¹¹⁸ COLSON, J. P., e IDOUX, P., *Droit Public économique*, Issy-les-Moulineaux Cedex, L.G.D.J., 2014, p. 666.

¹¹⁹ Décret n°2004-963 du 9 septembre 2004 portant création du service à compétence nationale Agence des participations de l'État, version consolidée au 14 juin 2018.

qui est maintenant directement rattaché au ministère de l'économie depuis un décret de 2011.¹²⁰

Selon la loi ayant créé cette institution, « *elle exerce, en veillant aux intérêts patrimoniaux de l'État* », qui sont ainsi officialisés : « *la mission de l'État actionnaire dans les entreprises ou organismes contrôlés ou détenus, majoritairement ou non directement ou indirectement par l'État* ».

L'Agence intervient dans tous les projets concernant la vie des entreprises publiques. Par exemple, l'un de ses rôles les plus importants est d'examiner les programmes d'investissement des entreprises publiques. Elle a dans son champ d'action des sociétés à participation publique mais aussi de grands établissements publics industriels et commerciaux, comme la SNCF, où l'État est représenté dans les conseils d'administration.¹²¹

Cette intervention doit (I) s'assurer d'un niveau de contrôle suffisant dans des entreprises à capitaux publics stratégiques *intervenant* dans des secteurs particulièrement sensibles en matière de souveraineté; (II) s'assurer de l'existence d'opérateurs résilients pour pourvoir aux besoins fondamentaux du pays; (III) accompagner le développement et la consolidation d'entreprises, en particulier dans des secteurs et des filières déterminants pour la croissance économique nationale et européenne; (IV) intervenir ponctuellement, dans le respect des règles européennes, dans des opérations de sauvetage d'entreprises dont la défaillance aurait des conséquences systémiques.¹²²

L'autre domaine d'activité de l'APE est l'évaluation de la gestion des dirigeants des entreprises publiques ainsi que la performance générale de ces entreprises. Elle établit chaque année un rapport relatif à l'État actionnaire et participe de manière générale au suivi des questions relatives à la comptabilité patrimoniale de l'État.¹²³

En revanche, il faut observer que l'APE n'est pas responsable de la désignation des dirigeants, qui sont nommés par décret en Conseil des ministres dès lors qu'ils figurent sur

¹²⁰ *Ibid.*, p. 744.

¹²¹ **BRACONNIER, S.**, *Droit public de l'Économie*, Presses universitaires de France, Paris 2015, p. 284.

¹²² *Ibid.*

¹²³ *Ibid.*

une liste d'emplois de direction établie en application d'une ordonnance du 28 novembre 1958.¹²⁴

La Cour des Comptes a observé dans un rapport du 2008, au sujet de « *l'État actionnaire* », que :

« *Les entreprises publiques se singularisent plus par l'absence de procédure formalisée de recrutement des dirigeants, permettant d'objectiver les recherches de candidats et les critères de sélection* » et a conclu que « *dans ce domaine, la création de l'Agence n'a pas modifié la situation antérieure* ». ¹²⁵

La désignation des dirigeants par le gouvernement est souvent perçue comme un facteur limitant l'indépendance des entreprises étatiques de l'État.¹²⁶

La doctrine la plus récente a observé que cette critique doit être nuancée parce que la création de l'APE, et surtout l'introduction des « *contrats plans* » qui identifient les objectifs à poursuivre par l'entreprise en laissant à cette dernière la responsabilité d'organiser les moyens adéquats pour leur accomplissement, a accru le degré d'autonomie de la gestion publique.¹²⁷

Il faut observer par exemple que l'importance pour le droit des investissements d'indications très générales données par l'État contrôlant ses entreprises a déjà été discutée par la quasi-jurisprudence CIRDI. Bien que ces aspects soient traités en détail, on peut déjà anticiper que dans l'affaire *EDF v. Romania* de 2009,¹²⁸ par exemple, l'existence des mandats émanant de l'État n'a pas constitué une preuve autonome que l'État avait outrepassé son rôle d'actionnaire. Pour être considéré comme l'exercice d'un contrôle effectif tel que celui prévu par l'article 8 du projet d'article de la Commission du droit international sur la responsabilité des États, le tribunal avait demandé la preuve que ces mandats avaient été donnés dans l'accomplissement d'un but spécifique.¹²⁹

¹²⁴ Ordonnance n° 58-1136 du 28 novembre 1958 portant loi organique concernant les nominations aux emplois civils et militaires de l'État.

¹²⁵ **COUR DES COMPTES**, *L'État actionnaire : apports et limites de l'Agence des participations de l'État*, 2008, p. 17.

¹²⁶ Cette situation a été critiquée par l'ex président du RATP, qui a décrit les managers du secteur publique comme des « *fusibles disciplinés au gré des humeurs des ministres* ».

¹²⁷ **COLSON, J. P., et IDOUX, P.**, *op. cit.*, p. 744.

¹²⁸ *EDF (Services) Limited v. Romania*, ICSID Case ARB/05/13, Award, 8 October 2009.

¹²⁹ *Ibid.*, para. 206 « That Respondent's interpretation cannot be shared also de facto is shown by the decision taken by AIBO and TAROM regarding the extension of the ASRO Contract and ASRO's duration. The favourable position expressed in that regard by the Board of Directors of AIBO on November 15, 2000 had to await a mandate from the Ministry of Transportation in order to be approved by AIBO's General Assembly

La mission de l'APE est complexe à décrire. Il est clair que la transformation de l'État du rôle de gestionnaire direct des services publics à celui d'actionnaire a été pensée essentiellement pour promouvoir une gestion fondée sur des critères plus strictement économiques que sociaux. Il n'est pas possible aujourd'hui de formuler une évaluation nette parce que les tendances ne sont pas clairement définies au sein de l'État lui-même. Nous pouvons en avoir une perception en lisant le rapport susmentionné de 2008 de la Cour des Comptes qui porte un regard critique sur la conception actuelle du rôle de cette entité.

Selon la Cour des Comptes :

*« Dans ses positions d'actionnaire, l'État ne peut s'en tenir à des considérations strictement patrimoniales. Il lui faut aussi, à divers degrés selon les secteurs de l'économie, englober d'autres considérations stratégiques participant notamment des politiques de défense ou industrielles et plus généralement de la valorisation des intérêts nationaux et européens ».*¹³⁰

La doctrine n'a pas accueilli avec enthousiasme la position de la Cour des Comptes, en observant en revanche que :

« Il serait tout à fait envisageable de soutenir que, juridiquement, l'intérêt social de l'entreprise publique doit céder devant l'intérêt général exprimé à travers la définition d'une stratégie économique à laquelle participe l'entreprise publique » dont la *« limite serait alors restaurée et la spécificité déterminée par rapport aux entreprises privées ».*¹³¹

D'autres auteurs ont répondu à cette observation en soulignant que le rapport de la Cour des Comptes, quelles que soient ses insuffisances, a néanmoins le très grand mérite de replacer au cœur de l'actualité la réflexion sur le but de l'État en tant qu'actionnaire.

En termes généraux, nous observons que la gestion des entreprises de l'État voit une superposition entre la position de la Cour des Comptes, qui voudrait que l'intérêt général de l'État soit toujours considéré dans l'action concrète de n'importe quelle industrie à participation publique, et la position exprimée par les auteurs, qui considèrent au contraire que les entreprises d'État devraient être gérées avec des critères économiques, laissant ensuite

(supra, para. 127). No such mandate was ever issued by the new Minister of Transportation, Miron Mitrea, due to the change of policy by the new Government which took office on December 28, 2000.

¹³⁰ **COUR DES COMPTES**, 2008, *op. cit.*, p. 4.

¹³¹ **NICINSKI, S.**, *Actualité du droit de la concurrence et de la régulation*, Actualité juridique - Droit Administratif, 2008, p. 675

à l'État le devoir de pratiquer lui-même les politiques d'intérêt général qu'il considère les plus opportunes.

La loi d'institution de l'APE, quoi qu'il en soit, semble identifier une préférence nette pour une gestion des participations publiques de ces entreprises de façon économique.

En outre, en ce qui nous concerne, le choix de regrouper la propriété et la gestion des participations publiques à la tête d'une unique entité, démontre en définitive la supériorité du modèle centralisé pour la gestion des entreprises publiques, circonstance observée également par la doctrine qui s'en est occupée.

Il est clair que cette politique de gestion des participations publiques ne devait pas souffrir de bouleversements, même la France se dirigerait progressivement vers une approche économique dans la détention et la gestion des entreprises d'État.

§2.3) Modèle de propriété et gouvernance des entreprises d'État en République populaire de Chine

Dans les années 1980, les gouvernements chinois se sont rendus compte que les entités sous contrôle public représentaient, dans leur ensemble, une dépense toujours plus insoutenable pour les finances publiques. Les dirigeants du Parti communiste chinois ont alors décidé d'élaborer une campagne de privatisation connue comme destinée à « *retenir les grandes entreprises publiques et laisser partir les petites* ». ¹³² En conséquence de cette initiative, la présence publique dans l'économie a diminué. ¹³³

Le processus de vente du patrimoine public a été bloqué à cause de la grande crise financière de 2008, quand l'État chinois a décidé d'utiliser les sociétés de l'État pour donner une forte stimulation à l'économie; l'opinion commune était que les entreprises publiques chinoises ne seraient pas privatisées à court terme. ¹³⁴ On s'attendait plutôt à ce que les grandes sociétés subissent une importante réorganisation et soient transformées en société par actions. ¹³⁵

Avant le lancement de la loi commerciale de 1993, en effet, les entreprises d'État traditionnelles étaient substantiellement des articulations des différents ministères responsables des activités productives.

¹³² ZHENG, Y., et CHEN, L., 2009, *op. cit.*, p. 36 - 42. "Grabbing the big and letting go [of] the small".

¹³³ GARNAUT, R., SONG, L., YAO, Y., 2006, *op. cit.*, p. 37. "In 1995, after extensive discussions, the central government decided on the policy of *zhuada fangxiao*, or "keep the large and let the small go". The state decided to retain ownership of 500 to 1,000 large state firms and to allow smaller firms to be leased or sold".

¹³⁴ QIAO, W., *China State-Owned Asset Supervision and Administration Yearbook*, 2012.

¹³⁵ HOWSON, N. C., *Protecting the State from itself?*, in LIEBMAN, B. L., MILHAPUT, C. J., *Regulating the Visible Hand*, New York, Oxford University Press, 2016, p. 52.

Le but déclaré de la transformation des entités productives en sociétés par actions était d'augmenter l'efficacité du système,¹³⁶ mais, en ce qui nous concerne, il est suffisant de constater de quelle façon cette transformation a fourni à ces entités une condition minimale pour exister dans le droit international de l'investissement, c'est-à-dire une personnalité juridique autonome.

La décision de ne pas procéder à la vente du patrimoine public a eu pour conséquence la vérification d'un phénomène appelé « *corporatization without privatization* ». Il ne s'agit pas d'une nouveauté dans le contexte chinois. Dans la doctrine, l'opération effectuée par la direction politique a été mise abstraitement en relation avec les tentatives effectuées antérieurement par la dynastie Qing de créer une forme moderne de capitalisme d'État exprimée alors dans les locutions « *guandu shangban* » et « *guanshang heban* », toutes deux indiquant l'idée de compagnies possédées par l'État mais gérées selon des critères économiques.¹³⁷

La propriété d'une grande part des entreprises d'État chinoises est aujourd'hui entre les mains de la *State-Owned Assets Supervision and Administration Commission* (SASAC) et du ministère des finances. La SASAC a été créée en 2003 suite au passage de la loi dénommée « *Provisional Rule for the Supervision and management of State-Owned Assets* » dont le but était de séparer « *la propriété du contrôle* » et « *les affaires de la politique* ».

La SASAC est jusqu'à maintenant le plus grand détenteur d'actions du monde. En considérant la portée des décisions prises par la direction des entreprises publiques sous le contrôle de la SASAC, le gouvernement central lui a attribué d'amples pouvoirs de supervision. Les devoirs de la société ne sont pas très différents de l'APE française : elle doit en effet vérifier les propositions provenant du conseil d'administration, planifier les stratégies d'investissement et évaluer les performances des administrateurs.¹³⁸

Outre ce qui a été dit jusqu'ici, il faut ajouter que certaines des plus grandes entreprises publiques chinoises restent en dehors de la compétence de la SASAC. Le ministère des finances exerce des droits de propriété sur ces entreprises publiques sur mandat du gouvernement. Les entreprises publiques opératives dans les secteurs de la culture et des télécommunications sont en revanche sous la supervision des sociétés pour la propagande politique. Cette approche, par rapport aux catégories mises en évidence précédemment,

¹³⁶ CLARKE, D., 2016, *op. cit.*, p. 33.

¹³⁷ HOWSON, N. C., 2016, *op. cit.*, p. 52.

¹³⁸ *Law of the People Republic of China on the State-Owned, Assets of Enterprises* of 28 October 2008.

constitue une sorte de modèle hybride, centralisé par rapport à un certain nombre d'entreprises publiques sous le contrôle de la SASAC et décentralisé pour les autres.

On peut démontrer toutefois que la propriété de l'État, même lorsqu'elle est totale, comme dans le cas de la Chine, ne comporte pas nécessairement un contrôle effectif de la politique sur l'action de la société. Il y a en fait de nombreuses situations intermédiaires dans lesquelles l'État, tout en continuant à avoir des participations importantes dans la société, décide de laisser aux sujets privés qui composent la compagnie actionnaire une ample liberté de manœuvre en ce qui concerne la gestion de la société.

Un exemple particulièrement représentatif est le modèle ZTE en Chine, du nom de la deuxième plus grande société de télécommunications chinoise. Dans cette société, deux entreprises d'État, la *Xi'an Micro Electronics* et la *Aerospace Guangyu* possèdent une quote-part de 51 % de la holding de contrôle. Cette société a été la première à adopter un contrat permettant au privé de gérer la société, garantissant en contrepartie un bénéfice (profit) fixe pour les entreprises publiques. Il est évident que, dans une telle situation, la propriété est nettement distincte de la gestion, ce qui en principe confère à la société les caractéristiques typiques d'une société normale de capitaux.¹³⁹

Le rapport entre la direction et le pouvoir public pourrait être plus significatif mais, en même temps, plus complexe. Une étude sur les entreprises publiques chinoises pourrait être un point de départ pour développer cette idée.

Un auteur¹⁴⁰ a en effet mis en évidence que la structure et le contrôle formel exercé sur certaines sociétés n'expliquent pas nécessairement certaines actions entreprises par les entreprises publiques qui doivent être examinées dans le contexte particulier chinois. Pour mieux comprendre le sens de cette observation, il faut se pencher en particulier sur le fonctionnement du système politique chinois dans son rapport avec les entreprises publiques. La République populaire de Chine est un régime organisé sur la base d'un système complexe de *nomenklatura* qui régularise l'évaluation et la promotion des fonctionnaires.¹⁴¹

Les dirigeants des entreprises publiques n'ont plus le statut de fonctionnaires publics, en particulier en ce qui concerne leur traitement économique, mais ils ont quand même un rang précis à l'intérieur du système de la *nomenklatura*. Il est d'ailleurs courant que les directeurs des entreprises publiques chinoises obtiennent des charges politiques ou administratives au

¹³⁹ MILHAPUT, C. J., e ZHENG, W., 2016, *op. cit.*, p. 180.

¹⁴⁰ LI, J., 2014, *op. cit.*, p. 7.

¹⁴¹ LANDRY, P. F., 2008, *op. cit.* p. 38

terme de leur mandat et le dernier passage est la possibilité de siéger au Comité central du Politburo.¹⁴²

Ce mélange entre État et industrie est un facteur qui a attiré l'attention critique de la doctrine, surtout à cause de la subordination substantielle de la direction des diverses sociétés contrôlées par l'État au pouvoir public. Il faut toutefois noter que celle-ci a quelquefois oublié de remarquer qu'en élargissant l'analyse au système du pays, on risquait de proposer une analyse partielle et déformée du phénomène en excluant le rôle d'autres sociétés du gouvernement, chargées de limiter le pouvoir de certains groupes de direction par la tutelle du marché, un bien, il faut le rappeler, qui trouve également son utilité dans un système fondé sur le capitalisme d'État.

Dans le contexte chinois, par exemple, il a fallu garantir une certaine efficacité des entreprises d'État à travers la participation des entreprises privées aux sociétés publiques et à travers l'institution d'un organe, la « *China Securities Regulatory Commission* » (CSRC), ayant la fonction de protéger les droits des investisseurs minoritaires. Bien qu'il s'agisse d'une société du gouvernement, cet organisme est chargé de contenir les possibles abus produits par les groupes de dirigeants des sociétés nommés par le Parti communiste chinois. La doctrine qui s'est occupée du fonctionnement de cette entité n'a pas manqué de faire remarquer que, bien que ses membres proviennent de la même classe politique qui compose la majorité des conseils d'administration des sociétés contrôlées par l'État, la CSRC a été encouragé à poursuivre sa tâche, justifiant son action à travers l'intérêt public de maintenir les entreprises publiques chinoises en mesure d'attirer les investissements étrangers.¹⁴³

§2.4) *L'activité (et le but) des entreprises d'État et la notion de service public*

Avant de conclure les notes consacrées à la définition des entreprises d'État, il faut encore ajouter quelques mots au sujet de leur catégorisation sur la base des activités exercées.

La doctrine juridique de divers pays a souvent cherché à établir une distinction (retenue nécessaire pour décider quel droit appliquer à certaines entités) entre « *services publics* » et autres entreprises gérées par l'État. Selon cette distinction, les entreprises publiques qui gèrent des services publics, comme les chemins de fer, la poste et l'énergie, devraient être considérées comme une catégorie distincte par rapport aux sociétés qui réalisent des activités

¹⁴² LI, J., 2014, *op. cit.*, p. 8.

¹⁴³ HOWSON, N. C., 2016, *op. cit.*, p. 65.

simplement commerciales telles que la production de voitures. Cette distinction a toujours été source de difficultés, puisqu'il est objectivement difficile d'identifier des caractères facilement applicables à toutes les situations. Nous reprenons des exemples déjà utilisés, c'est-à-dire les modèles français et chinois et ceux des pays de *common law*.

Dans le droit français, le problème de la distinction s'est posé au sujet de la répartition des compétences entre le juge civil et le juge administratif.

Il n'est pas possible dans le cadre de la présente thèse de parcourir toute l'histoire jurisprudentielle qui, depuis l'arrêt du « *Bac d'Eloka* » a conduit à la systématisation actuelle.¹⁴⁴ Ce que nous voulons souligner ici, c'est que la notion de service public a été vue comme une épopée (« *un mythe* », selon la doctrine)¹⁴⁵ dans le développement du droit administratif français qui, pour sa rationalité,¹⁴⁶ a exercé une influence sur le développement de la même branche du droit dans différents pays et peut être vue comme une source générale de principes pour mieux définir certaines notions du droit international.

Cette observation a une valeur particulière, surtout si on la réfère à la notion de service public (et l'approche diverse qui a été développée par l'école d'Hauriou, la notion de *puissance publique*) :

« *Comme des outils généraux de définition des frontières du droit administratif et du principe de résolution des problèmes qu'il traite* ». ¹⁴⁷

Dans ce chapitre introductif, nous voulons simplement mettre en évidence les caractéristiques les plus importantes de cette notion qui, étant donné sa relation avec la réalité matérielle, est commune à des systèmes juridiques tout à fait différents.

¹⁴⁴ **DEBBASCH, C., COLLIN, F.**, *Droit Administratif*, 11^e édition, Economica, 2014, Paris, p. 281, « Le service public est l'un des types d'action de l'administration. Il permet à l'administration de prendre directement en charge une activité afin de satisfaire l'intérêt général. Parce qu'elle estime qu'une activité peut être exercée dans le sens de l'intérêt général par les particuliers, l'administration l'érige en service public. La notion de service public se caractérise par deux éléments, la présence d'une personne publique – c'est le critère organique et un but d'intérêt général – c'est le critère matériel ».

¹⁴⁵ **LOUVARIS, A.**, *Puissance Publique, Service Public et droit administrative : éternel retour ou fin de l'histoire ?* In **DUFFAU, J., LOUVARIS, A., et MELLA, E.**, *Mélanges en l'honneur du professeur Alain-Serge Mescheriakoff*, Bruylant, 2013, p. 171.

¹⁴⁶ Un auteur a souligné la différence existante entre la systématisation de la notion de service public français dans, fondée sur des critères rational, dans les années parmi les deux guerres, par rapport à d'autres systèmes juridiques. En particulier **DE LA PADRELLE, P.**, « La Notion de Service public », *Revue Critique de Législation et de Jurisprudence* Vol. 54, p. 518 « En France, au contraire, la notion de service public s'est trouvée systématisée et exploitée, dans un sens très différent. L'élaboration en droit français, au cours du XIX^e siècle, d'un régime juridique administratif type [...] Dans ce dernier aspect, qui apparaît comme typiquement français, la notion de service public est mise au service d'un ordre juridique, et non plus d'un programme politique ou social. On peut dire qu'elle revêt un sens institutionnel ».

¹⁴⁷ **LOUVARIS, A.**, *op. cit.*, p. 173.

Dans le droit français aujourd'hui, la notion de service public repose sur trois critères : l'objet du service, le mode de financement et les modalités d'organisation du fonctionnement du service. La doctrine qui a analysé cette distinction a conclu que :

*« Les notions françaises de service public industriel et commercial et de service public administratif reposent pour l'essentiel sur une approche normative ».*¹⁴⁸

Plus généralement, il faut observer que lorsque l'entreprise publique assure une mission de service public, la protection du service public est susceptible de justifier diverses dérogations au droit commun. D'abord, elle peut prendre la forme de statuts, qui n'empêchent pas la soumission du personnel au droit privé mais dont la légalité relève en revanche de la juridiction administrative en tant qu'actes réglementaires d'organisation du service public.¹⁴⁹

Il est intéressant d'observer que la même distinction a été faite par les dirigeants chinois lorsqu'ils ont décidé de réformer le modèle de gouvernance des entreprises publiques. Un des responsables a suggéré de faire une distinction entre les entreprises d'État devant être gérées d'une façon purement économique et les entreprises devant tenir compte des intérêts publics. La nécessité de faire cette distinction est une conséquence de la décision de la SASAC d'imposer des plafonds aux tarifs praticables de certaines compagnies.

Cette pratique a inévitablement fini par comprimer les marges de gains des entreprises d'État qui les géraient. Par conséquent, un contraste s'est développé entre la ligne principale indiquée par l'État, c'est-à-dire la nécessité de gérer les entreprises d'État selon des critères économiques, et d'autres intérêts publics, comme l'accès aux services essentiels.

La distinction proposée reprenait clairement la distinction entre biens publics et biens privés, dans une situation où les premiers avaient tendance à être monopolistiques tandis que les seconds avaient tendance à procéder en régime de concurrence.

La SASAC a vu dans cette initiative une menace contre le dessein de sa structure bureaucratique et a rejeté complètement la distinction proposée. L'obstructionnisme de la SASAC a été dépassé par le fait que la distinction entre entreprise et service public, bien que difficile à bureaucratiser selon des critères abstraits et valables en chaque situation, répond au contraire à un substrat factuel que la loi n'a pas pu ignorer.

¹⁴⁸ BRACONNIER, S., 2015, *op. cit.*, p. 319.

¹⁴⁹ COLSON, J. P., & IDOUX, P., 2014, *op. cit.*, p. 704.

Dans le nouveau plan de gestion des entreprises d'État,¹⁵⁰ nous avons identifié une répartition quadruple entre les classes d'entreprises productives de l'État qui peuvent se distinguer comme suit :

- (I) *pure public benefit SOEs* - entreprises publiques de pure utilité publique : entreprises agissant exclusivement comme des services publics, comprenant les entreprises qui agissent dans le secteur de la défense et de l'approvisionnement ;
- (II) *purely competitive SOEs* - entreprises publiques purement concurrentielles : entreprises actives exclusivement dans des secteurs de marché, comme les entreprises de production de voitures ;
- (III) *mainly public benefit and supplementary competitive SOEs* - entreprises publiques avec une vocation principalement d'utilité publique : entreprises agissant dans le secteur de l'énergie et des communications ;
- (IV) *mainly competitive and supplementary public - benefit SOEs* - entreprises publiques avec une vocation principalement concurrentielle mais avec une fonction publique supplémentaire : curieusement, dans cette catégorie aucune entreprise n'a été mentionnée.¹⁵¹

Le résultat de cette répartition a été de priver la SASAC, qui, comme on s'en souvient, a le devoir de tenir bien distinctes « *les affaires de la politique* », de son pouvoir de supervision sur les entreprises de la première catégorie attirées dans l'orbite étatique.¹⁵²

La notion de service public a été débattue également dans les pays de *common law* et en particulier aux États-Unis. Ici, la contraposition s'est manifestée avant tout entre les deux théories principales sur la notion de service public, la notion soi-disant « *psychologique* » et la notion « *économique* ». La seconde notion attache une importance essentielle à des critères objectifs, tandis que la première se fonde avant tout sur la qualification donnée par le législateur. La Cour Suprême des États-Unis a revendiqué pour elle-même le pouvoir absolu de qualifier de service public les diverses entités que le législateur a identifié comme « *public utilities* ».

Plus généralement, bien que des juges comme Holmes dans le cas *Tyson v. Banton* de 1927 aient critiqué l'approche « *psychologic* » en observant que « *there is no magic of language*

¹⁵⁰ *Big Plan for SOE reform will Appear Publicly Next Year, Main Point Will Be to Start Categorize Management*, in FENG, D., *op. cit.*, p. 25, n. 45.

¹⁵¹ FENG, D., 2016, *op. cit.*, p. 26.

¹⁵² *Ibid.*, p. 27.

that can turn a private company into a public company or change the character of the building in which the business operates », ¹⁵³ la majorité des arrêts a défendu l'approche physiologiste, bien qu'en adoptant une limite générale de « *reasonableness* ».

Cette approche a été critiquée par la doctrine qui a ironisé sur la présomption de la Cour, considérée comme la seule « Faculté d'économie politique dotée d'autorité ». ¹⁵⁴

En ce qui nous concerne, il faut remarquer que, bien que les juges aient basé leurs opinions sur des critères objectifs, la jurisprudence de la Cour Suprême ne s'est pas détachée d'une façon très nette de l'approche essentiellement normative que nous avons déjà envisagée dans la jurisprudence des tribunaux français. Ce que l'on peut dire est que, du point de vue méthodologique :

« La Cour Suprême s'est refusée à définir les mots justes et raisonnables, mais elle a examiné tous les facteurs en présence et leur accorde le poids qu'elle juge bon selon les circonstances ». ¹⁵⁵

Comme nous l'avons vu dans le cas concernant l'expérience chinoise, la notion de service public, bien qu'en décadence dans le droit national ainsi que, comme nous le verrons, dans le domaine international, a laissé une sorte de « *fantôme* » qui est parfois remis en cause parce que, comme l'avait noté la doctrine la plus ancienne :

« Les caractères d'un service public existent en dehors de l'action des pouvoirs publics. C'est le milieu et non l'État qui crée le service public ». ¹⁵⁶

Cela explique probablement pourquoi, à certaines occasions, dans l'arbitrage international, cette notion a été proposée par les agents d'une partie, bien qu'elle n'ait pas été bien accueillie.

Dans le cas *Jan de Nul v. Arab Republic of Egypt* ¹⁵⁷ de 2008 par exemple, le tribunal a expressément observé qu'en ce qui concerne la responsabilité des États :

¹⁵³ *Tyson v. Banton*, 273 US 318 431, Opinion dissidente du juge Holmes.

¹⁵⁴ **COMMONS, J. R.**, *The Legal Foundation of Capitalism*, New York, The Macmillan Company 1924, p. 7.

¹⁵⁵ **TREVOUX, F.**, *Du Service Public de droit public au service économique*, in *Recueil d'études en l'honneur d'Edouard Lambert*, 1938, p. 409.

¹⁵⁶ *Ibid.*, p. 406.

¹⁵⁷ *Jan de Nul N.V. Dredging International N.V. v. Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No., ARB/04/13 Award, November 6, 2008.

*« What matters is not the « service public » element, but the use of « prérogatives de puissance publique » or governmental authority ».*¹⁵⁸

La doctrine a commenté cette décision, en observant avec perspicacité que :

*« Si le critère de la puissance publique est de longue date ancrée dans le droit de la responsabilité internationale, la formule retenue ici par le tribunal ne manque pas d'évoquer le vieux débat sur le critère du droit administratif dont nul n'ignore qu'il a donné lieu à des batailles épiques entre "l'école du service public" et "l'école de la puissance publique". Hauriou (le maître de l'école de puissance publique contraposé à Duguit, qui avait élaboré la doctrine du service public) n'aurait sans doute pas renié cette victoire posthume bien que décontextualisée. Loin de concerner, en effet, la question du droit applicable ou la répartition de compétences entre juges concurrents, le critère de la puissance publique est ici déterminant dans l'attribution à l'État de comportements litigieux ».*¹⁵⁹

La position de l'auteur cité doit être évalué avec une certaine prudence. Un auteur a examiné la notion de service public dans le droit international, en fondant son analyse sur la notion de service public telle qu'élaboré par Duguit qui, à son avis, a bien :

*« Montré comment cette notion, basée sur le concept de solidarité, le lien le plus solide qui soit à la base de la formation des sociétés humaine, a été l'amorce de transformation de ce qui était conçu comme un droit subjectif de pouvoir en règles d'organisation et de gestion de service publics, en droit objectif de services ».*¹⁶⁰

Il est intéressant que Michel Dendias mentionne à côté de la notion de service public dans le droit international l'idée « d'un droit administratif international ». Il est clair que, dans un ouvrage dédié au « *Transnational Legal Process* » aux principaux services internationaux administratifs, écrit en 1938, il ne pouvait pas se référer à la notion de « *droit administratif*

¹⁵⁸ *Ibid.*, para. 170

¹⁵⁹ LATTY, F., *Arbitrage [...]*, *op. cit.*, p. 488.

¹⁶⁰ DENDIAS, M., « Les Principaux Service Internationaux administratifs », *R.C.A.D.I.*, 1938, Volume 63, p. 259.

global »¹⁶¹, élaborée ensuite par la doctrine, mais il avait déjà envisagé la possibilité d'une transposition de ce concept dans le droit international. Il faut observer, quand même, que dans notre domaine d'analyse il y a peu de place pour cette notion. Le droit français, qui représente pour sa rationalité un point de référence, considère aussi le concept des établissements publics à caractère industriel et commercial.

Comme Michel Dendias, l'a observé :

« Depuis la décision *Bac de l'Eloka*, il existe deux catégories des services publics : les services publics administratifs, soumis au droit administratif, et les services publics à caractère industriel et commercial, principalement soumis au droit privé. [...] certains établissements publics ont des missions administratives et aussi industrielles ou commerciales. Cette dichotomie peut entraîner des difficultés de répartition des compétences entre les deux ordres de juridiction ».¹⁶²

Nous pouvons nous demander si ces difficultés peuvent se poser aussi sur le plan du droit international des investissements. Nous pouvons anticiper que l'article 5 du *projet d'article de la Commission du droit international* sur la responsabilité des États semble donner une relevance majeure au critère de la puissance publique et que la décision *Jan de Nul v. Arab Republic of Egypt* semble donner une interprétation extrêmement rigide de ce critère et, par conséquent, cette approche, qui donne une importance forte à la notion de puissance publique reflète l'état courant du droit international des investissements

Il faut, en même temps, admettre que la décision *Jan de Nul* est parmi les plus citées dans la quasi-jurisprudence CIRDI après 2006 et, par conséquent, cette position jurisprudentielle ne peut pas être ignorée. C'est seulement dans le domaine de l'O.M.C., comme nous le verrons dans la troisième partie, que les membres des panels ont été plus prudents, car ils ont toujours pris en considération un large faisceau d'indices.

¹⁶¹ Une première tentative d'élaboration de la notion de droit administratif global se retrouve dans l'ouvrage de **KOH, H. H.**, « Transnational Legal Process », in **SIMPSON, G.**, *The Nature of International Law*, Ashagate, Burlington, 2001, p. 314 « Transnational legal process has four distinctive features. First it is non-traditional: it breaks down two traditional dichotomies that have historically dominated the study of international law: between domestic and international ». Pour une approche plus récente de cette question, voir **KULICK A.**, *Global Public Interest in International Investment Law*, Cambridge Studies in International and comparative Law, Cambridge University Press, 2012, p. 78.

¹⁶² **DEBBASCH, C., COLIN, F.**, *Droit Administratif*, 11^e édition, Economica, p. 260.

Nous pourrions observer, à travers l'analyse des décisions arbitrales, que, dans tous les cas, ces outils ne sont pas très éloignés de leur fonction originale. Si nous considérons que le droit d'investissement est une branche du droit public de l'économie au niveau mondial, les arbitres ont besoin pour trancher les différends qui leur sont soumis de critères pour différencier la sphère de compétences des sujets qui pourraient être de façon abstraite classifiés comme juges « *administratifs internationaux* » de la sphère des arbitres privés. Comme nous le verrons, le binôme « *puissance publique - service public* » peut encore, à travers son inhérente rationalité, jouer un rôle dans le milieu international. La notion de service public ne peut pas avoir une importance directe au sujet de la responsabilité de l'État, mais pourrait avoir un rôle résiduel, comme nous le verrons, en ce qui concerne la compétence *ratione materiae*, quand une entreprise étatique est demanderesse.

§2.5) Conclusions sur les entreprises d'État

Il est possible de conclure que l'examen des critères de gouvernance, et en particulier l'impulsion vers le modèle centralisé, sont des circonstances récurrentes dans la pratique internationale. Sur le plan empirique, nous pouvons conclure que, concernant les évolutions économiques et organisatrices, il est tout à fait évident qu'il existe une tendance, qui est probablement stimulée par la nécessité de rendre les organismes qui ont une relation budgétaire avec l'État plus efficaces. De notre analyse, il résulte de manière assez claire que le législateur s'est inspiré des modèles de gouvernance typiques des entreprises privées. Tout cela, dans les pays que nous avons examinés, n'est pas passé sans critiques. Le rapport de la Cour des Comptes montre que cette opération n'est pas universellement appréciée, mais qu'il y a des forces à l'intérieur des États qui ne sont pas favorables à ces changements. Ainsi, dans le cas de la Chine, la quadripartition que nous avons examinée est clairement l'expression d'un compromis politique, plutôt qu'un modèle de réorganisation basé seulement sur des objectifs économiques.

Il y a deux conséquences sur le plan juridique. La première, plutôt évidente, est que, dans le domaine des investissements, la difficulté d'arriver à une solution satisfaisante de ces entités. La seconde conséquence, qui concerne le traitement juridique de ces entreprises, est que les arbitres et les panels sont forcés, selon différentes exigences, à qualifier une entreprise publique, soit comme un organisme public, soit comme une entreprise privée, même si ses actions sont en partie détenues par l'État, et à prendre en considération un faisceau d'indices

plutôt large. Dans le cas des fonds souverains, comme nous le verrons, les problèmes se poseront d'une façon tout à fait semblable à ceux que nous venons d'examiner.

§3) Fonds souverains

§3.1) Définitions proposées par la doctrine et par les organisations internationales

Le terme « *fonds souverain* » est une expression récente. Il est attribué au commentateur A. Rozanov, auteur de l'article « *Who holds the Wealth of Nations* »¹⁶³ de 2005. Bien que nommés différemment, les fonds souverains sont présents dans le panorama international depuis plus de cinquante ans.¹⁶⁴

Tous les auteurs, qui s'en sont occupés et ont cherché à en donner une définition satisfaisante, se sont trouvés face à un problème complexe, étant donné, comme nous le verrons, l'hétérogénéité des composants de la catégorie.¹⁶⁵

Quelques chercheurs, en particulier des auteurs de langue anglaise, se sont basés sur la définition proposée par le Département du trésor des États-Unis :

« *Un fond souverain est un véhicule d'investissement qui est financé par les réserves monétaires d'une banque centrale et qui gère ces actifs séparément des réserves officielles des autorités monétaires* »¹⁶⁶

tandis que d'autres ont employé la qualification proposée par l'« *International Working Group on Sovereign Wealth Funds* ».¹⁶⁷

Cette définition regroupe sous le nom de fonds souverains¹⁶⁸ des entités qui :

¹⁶³ ROZANOV, A., Who Holds the Wealth of Nations ?, *Central Banking Quarterly Journal*, 2005.

¹⁶⁴ VEDIE, H., *op. cit.*, p. 37.

¹⁶⁵ ROSE, *op. cit.*, p. 85 note 7, GREENE & YEAGER, *op. cit.*, p. 248, nota 5.

¹⁶⁶ US Department of Treasury, *Semiannual Report on International Economic and Exchange Rate Policies*, 2007.

¹⁶⁷ Créé en 2009, le Forum international des fonds souverains (IFSWF) est une organisation bénévole de fonds souverains mondiaux engagés à travailler ensemble et à renforcer la communauté par le dialogue, la recherche et l'autoévaluation et à promouvoir une meilleure compréhension de l'activité des fonds souverains. Voir aussi JONGBLOED, W., L. E. SACHS, et K. SAUVANT, *Sovereign Investment: an Introduction*, in SAUVANT, K. P., *Sovereign Investment: concerns and policy reactions*, p. 4.

¹⁶⁸ NORTON, J. J., «The 'Santiago principles' For Sovereign Wealth Funds: A case Study on International Financial Standard setting Processes», *Journal of International Economic Law* 13, n. 3 2010, p. 645-662.

« [...] Sont possédées par les gouvernements. Créées par ces derniers dans un but politique macroéconomique, les SWF possèdent, gèrent ou administrent les actifs pour atteindre des objectifs de nature financière et elles emploient des stratégies qui incluent l'investissement dans les actifs étrangers »¹⁶⁹

à moins qu'elles n'optent pour des qualifications autonomes mais très semblables à ces dernières.¹⁷⁰

La doctrine française qui s'est penchée sur ce sujet a elle-aussi admis qu'il n'existait pas une définition universellement acceptée,¹⁷¹ à l'exception d'une définition extrêmement générale selon laquelle les fonds souverains sont « *des entités qui placent les avoirs des États* ». ¹⁷²

Une autre partie de la doctrine a étudié le sujet et, suivant l'approche adoptée par le FMI, a classé les fonds souverains selon des critères généraux et abstraits, et donc virtuellement applicables à toutes les situations. Un premier critère est superposable à celui qui a déjà été identifié par les autres auteurs cités : le contrôle ou la propriété de l'État. Un deuxième critère, celui-là de nature économique, suggère que la gestion des actifs doit être poursuivie dans une optique de longue période, alors que le troisième critère dominant devrait être retrouvé dans les objectifs poursuivis par le fonds lui-même,¹⁷³ objectifs qui ont été virtuellement au centre du débat juridique sur leur réglementation, par peur qu'à côté d'objectifs de nature économique ils poursuivent également des initiatives à but géopolitique.

Récemment, un auteur italien, Bassan, a élaboré une nouvelle définition basée sur deux critères : « *propriété* » et « *but poursuivi* », ¹⁷⁴ observant que cette définition possède les caractéristiques de flexibilité et de rigueur valables pour construire une bonne définition

¹⁶⁹ International Forum of Sovereign Wealth Funds' generally Accepted Principles and Practices "Santiago Principles", note 3 at 27.

¹⁷⁰ CASTELLI, M., SCACCIAVILLANI, F., *op. cit.*, 2016, p. 10: "Albeit a precise definition is elusive, SWFs are essentially publicly owned investment vehicles acquiring and managing assets for specific purpose", voir REEDT, B. J., 2009., *op. cit.*, p. 98 note 1. "While there is no standard definition for a SWF, for the purposes of this Note, SWFs are defined as state-owned investment funds composed of stocks, bonds, property, precious metals and other financial instruments that manage foreign assets with higher risk tolerance and higher expected returns than for central bank foreign currency reserves. Sovereign wealth funds are managed by central banks and other monetary authorities who may control national assets such as oil funds, pension funds or other industrial holdings".

¹⁷¹ VEDIE, H., *op. cit.*, p. 32.

¹⁷² DELACOUR, C. B., *op. cit.*, p. 21.

¹⁷³ VEDIE, H., 2010, *op. cit.*, p. 33.

¹⁷⁴ BASSAN, F., 2016, *op. cit.*, p. 44. « SWFs are funds established, owned and operated by local or central governments, whose investment strategies include acquisition of equity interest in companies listed in international markets operating in sectors considered strategic by their countries of incorporation »

normative¹⁷⁵ et qu'elle se distingue des autres propositions doctrinales, comme des organisations internationales, qui seraient excessivement influencées par les analyses sectoriels (telles que, par exemple, un « *working paper* » de l'OCDE finalisé et analysant des problèmes de caractère fiscal pourrait donner des définitions qui seraient très utiles pour son champ d'investigation, mais ne possèderaient pas les caractères de définition généraux qui peuvent s'appliquer à tous les champs).¹⁷⁶

Il nous semble que les deux critiques émises par Bassan soient amplement fondées, étant donné qu'elles mettent justement en relief leur nature fragmentaire et partielle, circonstance ignorée à tort par la majeure partie des chercheurs qui se sont occupés de ce secteur. Mais il semble toutefois que ces auteurs négligent l'importance de l'aspect téléologique de tout texte normatif. Il est évident que toute législation visant à poursuivre un but et les définitions que celle-ci prévoit avec une référence aux sujets destinataires du commandement législatif s'acquittent d'une fonction bien précise dans l'économie du texte normatif, destinée à identifier les catégories de sujets que la norme doit régler.

De ce point de vue, une définition générale, quand elle se réfère à des lieux complètement différents, risque d'être partielle, éliminant des groupes de sujets qui, pour des raisons accidentelles, sont tellement vagues qu'ils ne résultent pas substantiellement didactiques et d'une valeur applicative incertaine, depuis que ces définitions ne sont pas véritablement utilisables dans les cas difficiles, là où l'opérateur juridique aurait davantage la nécessité d'une définition claire.

Suivant ce raisonnement, il est évident que, dans les divers cadres du droit international, différentes définitions des mêmes entités pourraient coexister, variant selon le cadre réglementaire pris en considération d'une fois à l'autre, et, selon nous, la définition proposée par Fabio Bassan est en revanche convaincante concernant le relief donné à la propriété et en particulier à la structure juridique et au modèle de gouvernance qui, comme nous le verrons, sont très actuels dans le droit d'investissement et pas seulement pour avoir justement mis en lumière que la transparence du fonds ne constitue pas un critère autonome,¹⁷⁷ mais au contraire un simple moyen de mesurer la responsabilité de l'État.¹⁷⁸

En revanche, le paramètre du but poursuivi doit être pris en considération tant qu'il a une influence tangible sur l'activité accomplie. Du fait que nous n'avons pas la possibilité de

¹⁷⁵ BASSAN, F., 2016, *op. cit.*, p. 46

¹⁷⁶ *Ibid.*, p. 47

¹⁷⁷ BASSAN, F., 2016, *op. cit.*, p. 51.

¹⁷⁸ *Ibid.*, p. 56.

nous fonder sur un texte normatif tel qu'un traité multilatéral en vigueur entre un grand nombre d'États pour avancer une définition, nous devons nous baser sur des documents qui ont été reconnus comme significatifs par la doctrine majoritaire.

La qualification proposée par l'*International Working Group on Sovereign Funds* est certainement celle qui mérite le plus d'attention dans la mesure où elle a été bien acceptée, non seulement par la majorité des auteurs qui ont étudié ce sujet,¹⁷⁹ mais aussi par les membres de la communauté internationale comme les États destinataires de leurs investissements.

Du point de vue pratique, ce qui a été observé peut se confirmer dans le paragraphe 8.5 du commentaire à l'article 4 du « *Discussion Draft on the application of Tax Treaties to State Owned Entities Including SWFs* »¹⁸⁰ (qui concerne le *modèle de convention fiscale concernant le revenu et la fortune*) qui reprend la définition dans les Principes de Santiago.¹⁸¹ Cette dernière circonstance est assez significative : les rédacteurs du modèle de l'OCDE, qui représente un moyen pour régler les controverses relatives à la double imposition, ont dû affronter à leur tour le problème de la distinction entre les entités publiques assimilables aux agences du gouvernement et les entités à participation de l'État mais avec un but commercial. Le commentaire du modèle précise que :

« Un État qui accorde l'immunité de l'imposition fiscale à ses agences n'est pas obligé de garantir les mêmes privilèges aux agences des autres États. Ceci parce que ces organismes publics sont partie intégrante de l'État lui-même ».¹⁸²

¹⁷⁹ CASTELLI, M. SCACCIAVILLANI, F., 2016, *op. cit.*, p.11.

¹⁸⁰ OCDE (2015), *Modèle de convention fiscale concernant le revenu et la fortune : Version abrégée 2014*, Editions OCDE, Paris, http://dx.doi.org/10.1787/mtc_cond-2014-fr.

¹⁸¹ OCDE, *Discussion Draft on the application of Tax Treaties to State Owned Entities Including SWFs*, 25 November 2009, « Les Principes et Pratiques généralement acceptés (GAPP) pour les fonds souverains sont volontairement approuvés par tous les membres de l'IFSWF. Ces Principes, connus sous le nom de Principes de Santiago, fournissent 24 éléments de bonnes pratiques en matière de gouvernance et de reddition de comptes et la conduite des pratiques d'investissement nécessaires à de saines procédures d'investissement à long terme. Les Principes visent également à promouvoir les investissements transfrontaliers et l'ouverture et la stabilité des systèmes financiers ».

¹⁸² OECD, *La mise à jour 2017 du modèle de convention fiscale de l'OCDE*, adopté par le conseil de l'OCDE le 21 novembre 2017, p. 15, « Au sens de la présente Convention, l'expression résident d'un État contractant désigne toute personne qui, en vertu de la législation de cet État, est assujettie à l'impôt dans cet État, en raison de son domicile, de sa résidence, de son siège de direction ou de tout autre critère de nature analogue et s'applique aussi à cet État ainsi qu'à toutes ses subdivisions politiques ou à ses collectivités locales de celui-ci ainsi qu'à un fonds de pension reconnu de cet État. Toutefois, cette expression ne comprend pas les personnes qui ne sont assujetties à l'impôt dans cet État que pour les revenus de sources situées dans cet État ou pour la fortune qui y est située ».

En outre, la Convention précise que :

*« Ces entités publiques qui développent seulement des activités commerciales doivent être traitées comme des sociétés privées ».*¹⁸³

Le seul fait que le modèle OCDE de convention fiscale reprenne la définition proposée dans les Principes de Santiago montre qu'un vaste accord s'est formé entre les sujets de la communauté internationale autour de cette dernière proposition de définition et que la référence constante à un standard envisagé par un traité international multilatéral a été perçue comme une situation dans laquelle il y a un certain consentement entre les membres de la communauté internationale sur la signification qui doit être attribuée à un certain terme.

Dans notre cas, le temps écoulé depuis le développement de ce texte est trop court pour conclure que cette définition est perçue par les membres de la communauté internationale comme une norme coutumière, mais elle a déjà été reprise dans un nombre considérable de documents officiels, une circonstance qui nous porte à envisager cette hypothèse comme un développement possible.

Une fois identifiés les caractères des aspects principaux qui ébauchent la forme des fonds souverains, il est nécessaire de s'orienter vers les différentes classifications offertes par la doctrine afin de vérifier celles qui peuvent être utiles pour constituer des exemples de droit aptes à intégrer la définition développée jusqu'à présent.

§3.2) Classifications des fonds souverains

Les caractères strictement généraux des fonds souverains étant tracés, il faut maintenant s'orienter vers une analyse détaillée des éléments qui en permettent une identification plus précise, en particulier concernant le droit des investissements. Il faut tout d'abord préciser que, dans ce domaine, la doctrine a toujours reconnu, comme des critères significatifs pour évaluer la discipline à appliquer aux entités contrôlées par l'État, l'indépendance de celles-ci par rapport au pouvoir de l'État et la nature des actes qu'elles effectuent. Le premier critère mis en évidence n'est autre que le résultat au niveau des effets du modèle de gouvernance

¹⁸³ GAUKRODGER, D., *Foreign State Immunity and Foreign Government Controlled Investors OECD Working Papers on International Investment*, OECD Publishing, 2010/02.

du fonds souverain alors que le second critère appartient au type d'activités effectuées et, de façon indirecte, au but qu'il poursuit.

Comme nous le verrons, ce dernier critère est plutôt complexe car, au niveau de la responsabilité de l'État par exemple, il faut généralement que le caractère de l'activité se réfère au seul acte et non à l'activité effectuée en termes généraux. À ce propos, dans le domaine de la légitimation active, la question fait encore l'objet d'un débat.

§3.2.1) Classification fondée sur la structure juridique et sur le modèle de gouvernance

Un des fonds souverains les plus connus est certainement le fond singapourien Temasek. Cette entité a été constituée en 1974, en pleine crise économique, pour gérer les participations de l'État et permettre au gouvernement de se concentrer sur des activités de nature réglementaire.¹⁸⁴

Sa structure juridique est celle d'une société commerciale, qui jouit d'une personnalité juridique autonome; le capital social est entièrement possédé par le ministère des finances. Le conseil d'administration oriente la politique d'investissement du fonds et autorise les investissements qui lui sont soumis par la direction. La direction est composée de neuf membres dont sept administrateurs indépendants, pour la plupart dirigeants du secteur privé. Selon la Constitution, le président de Singapour, qui est indépendant du gouvernement et ne peut appartenir à aucun parti politique, dispose d'un droit de veto sur la nomination des membres du conseil et du président du fonds. Le président est aussi le garant des réserves du pays et veille à ce que le gouvernement en place ne dépense pas les réserves accumulées sous les gouvernements précédents.¹⁸⁵

Temasek, en définitive, se caractérise par une séparation nette entre propriété et gestion, dont les limites sont catégoriquement établies par la loi.¹⁸⁶

Le fonds ne développe aucune activité, pas même *latu sensu*, de droit public, car le seul contact effectif entre *Temasek* et le gouvernement a lieu quand le premier paye les dividendes au second. Par ailleurs, le fait que le fonds paye régulièrement des dividendes au gouvernement est une circonstance révélant encore une fois le caractère décisif de la logique commerciale.

¹⁸⁴ DELACOUR, C. B., 2009, *op. cit.*, p. 198.

¹⁸⁵ *Ibid.*, p. 201. BURGSTALLER, 2011, *op. cit.*, p. 174.

¹⁸⁶ BACKER, L. C., 2016, *op. cit.*, p. 91.

Dans d'autres pays, la Chine en particulier, le gouvernement reçoit une portion très limitée des dividendes à 92 % réinvestis à l'intérieur des compagnies possédées.¹⁸⁷

La précision de ce modèle d'organisation a fait qu'une partie de la doctrine pensait identifier un véritable « *modèle de Singapour* » qui a été pris comme modèle pour la réforme de la gestion des participations sociétaires de l'État pendant la réforme des entreprises de l'État en Chine,¹⁸⁸ lesquelles sont de toute façon très différentes entre elles.

Dans le panorama des fonds souverains, il existe des entités profondément différentes du modèle *Temasek*, facilement identifiables dans les fonds arabes et chinois. Dans les premiers, l'un des fonds les plus intéressants est l'ADIA (*Abu Dhabi Investment Authority*) tandis que, parmi les fonds chinois, celui qui mérite le plus d'attention est la CIC (*China Investment Corporation*).

Ce genre de fonds a en commun le fait, comme le modèle *Temasek* (qui a également directement inspiré la structure du modèle chinois), d'être des entités ayant une personnalité juridique autonome et, en ce qui concerne les activités gérées, de rechercher des profits. Les limites les plus significatives pour reconnaître à ces entités une complète autonomie par rapport aux États qui les possèdent sont à trouver dans les modalités de leur gouvernance.

Dans le cas de l'ADIA, considéré comme le plus grand fonds souverain au monde avec des réserves estimées entre 600 et 900 milliards de dollars,¹⁸⁹ par exemple, le conseil d'administration est composé exclusivement de membres du gouvernement,¹⁹⁰ une situation en grande partie comparable à celle de la CIC, dont le conseil d'administration se compose de onze membres, tous nommés et révoqués par le gouvernement,¹⁹¹ ce qui représente certainement un contrôle politique important.

Du strict point de vue de la gestion, il faut toutefois mettre en évidence que le président de l'ADIA dispose quoi qu'il en soit d'une autonomie opérationnelle et financière par rapport au gouvernement.¹⁹²

En théorie, la CIC possède un régime semblable mais, selon les observateurs, le ministre des finances exerce une certaine influence sur le fonctionnement de l'organisme. Après les pertes subies dans l'affaire *Blackstone*, le gouvernement s'est réservé le pouvoir d'approuver

¹⁸⁷ MILHAPUT, C. J. & ZHENG, W., 2016, *op. cit.*, p. 177.

¹⁸⁸ FENG, D., 2016, *op. cit.*, p. 11.

¹⁸⁹ BUTT & SHIVDASANI, 2008, *op. cit.*, p. 1

¹⁹⁰ DELACOUR, C. B., 2009, *op. cit.*, p. 186.

¹⁹¹ *Ibid.*, p. 210.

¹⁹² *Ibid.*, p. 188.

directement les investissements de grande dimension à développer à l'étranger, pouvoir qui, selon une partie de la doctrine, « peut suggérer un traitement politique en la matière ». ¹⁹³

Un cas qui mérite une attention particulière est certainement celui du *Norwegian Pension Fund Global* qui, comme le dit l'article 1 des « *Provisions on the management of the Government Pension Fund* », a pour but de soutenir le gouvernement dans la gestion des ressources pour les retraites et de baser la gestion des ressources sur une logique à long terme. ¹⁹⁴ Malgré cette finalité, qui révèle les limites des classifications basées sur les buts poursuivis par ces entités, la doctrine est d'accord pour considérer qu'il ne s'agit pas d'un fonds de retraite mais d'un fonds souverain car ce fonds de retraite est alimenté par les profits pétroliers et adopte les critères de gestion des actifs les plus risqués des fonds de retraite semblables aux critères des autres fonds souverains. ¹⁹⁵

L'aspect qui attire le plus l'attention du juriste concernant ce fonds est que celui-ci ne constitue pas une entité juridiquement indépendante de l'État. Bien qu'il soit l'un des fonds les plus transparents ¹⁹⁶ et avec une gouvernance des plus efficaces, le *Norwegian Pension Fund Global* est sans personnalité juridique ¹⁹⁷ et son bilan est intégré dans celui de l'État.

Nous pensons que l'absence d'autonomie juridique est un obstacle insurmontable pour l'attribution d'un pouvoir d'action autonome. L'importance de la personnalité juridique a été examinée par la doctrine avec attention concernant l'immunité. Un cas très intéressant cité à ce propos est *État du Kuwait v. XS. A* ¹⁹⁸ jugé par le Tribunal fédéral suisse en 1995. Dans l'affaire en question, le fonds souverain KIA avait agi pour obtenir le rejet de la demande d'exécution de certaines mesures de saisie promulguées par un tribunal espagnol contre certains de ses biens déposés dans une banque suisse, constatant qu'elles étaient d'origine publique (dérivant en fait de l'exploitation des ressources pétrolières nationales) et destinées à la poursuite d'un but public, celui de garantir des réserves futures à l'État koweïtien quand ses ressources minières seraient épuisées. Le Tribunal fédéral a rejeté ces affirmations, constatant que le fonds KIA avait été constitué par le Koweït avec une

¹⁹³ DELACOUR, C. B., 2009, *op. cit.*, p. 211.

¹⁹⁴ "Section 1 The Government Pension Fund shall support government saving to finance the National Insurance Scheme's expenditure on pensions and support long-term considerations in the use of petroleum revenues". Government Pension Fund Act, no. 123 of 21 December 2005, in *Provisions on the management of the Government Pension Fund as of 8 October 2012*.

¹⁹⁵ DELACOUR, C. B., 2009, *op. cit.*, p. 193.

¹⁹⁶ GREENE & YEAGER., 2008, *op. cit.*, p. 251.

¹⁹⁷ DELACOUR, C. B., 2009, *op. cit.*, p. 193, BASSAN, F., 2016, *op. cit.*, p. 48.

¹⁹⁸ *État du Koweït c. X. SA.*, Tribunal Fédéral Suisse, 24 janvier 1994, *Revue Suisse du droit International et Europeen*, 1995, p. 71-72.

personnalité juridique distincte, comme cela avait d'ailleurs été affirmé plusieurs fois devant la Commission européenne.

La doctrine qui a commenté ce cas a observé que le Tribunal avait donné beaucoup d'importance à la considération formelle de la substance de la personnalité juridique, la faisant prévaloir sur les considérations relatives aux origines des biens et du genre d'activités exercées par le fonds.¹⁹⁹ Cette considération a été faite dans le cercle plutôt particulier du régime des immunités, mais elle peut toutefois jouer un rôle d'indicateur de l'importance accordée au critère formel de la séparation juridique, y compris en référence à la figure controversée représentée par les fonds souverains.

D'un point de vue plus général, il faut ajouter, comme d'ailleurs nous le verrons plus tard, que la personnalité juridique accomplit, outre la fonction de séparer la responsabilité d'un organisme de celui qui le contrôle, la fonction plus générale de marquer le périmètre d'un « *centre des intérêts* » pouvant être défendu en justice. Sans autonomie, le sujet partie à l'instance serait certainement l'État.

§3.2.2) Catégorisation basée sur le genre d'activité réalisée

Les banques centrales et les autorités monétaires sont généralement les gérantes des réserves de change recueillies à travers les échanges commerciaux avec les pays étrangers. L'activité de gestion de ces réserves de la part des banques centrales a donc été organisée selon un critère qui favorisait la sécurité et la liquidité des actifs par rapport à l'approche typique des fonds souverains, laquelle favorise plutôt la recherche de profits dans une logique de longue période. Comme nous l'avons déjà observé *supra*, des entités échappant à cette distinction sont apparues : ce sont des organismes qui gèrent effectivement une partie des réserves de change, mais selon une logique propre aux fonds souverains.

Un exemple de ce type hybride de fonds souverain pourrait être la *Saudi Arabian Monetary Agency* (SAMA), un organisme public ayant les pouvoirs typiques d'une banque centrale, mais qui gère également une réserve de 250 milliards de dollars en actifs différents des titres de la dette publique.²⁰⁰

¹⁹⁹ **ADINOLFI, G.**, *SWFs and State immunity: Overcoming the contradiction*, in **BASSAN, F.**, *Sovereign Wealth Funds and International Investment Law*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2016, p. 240.

²⁰⁰ **BUTT & SHIVDASANI.**, 2008, *op. cit.*, p. 75.

Cet organisme est considéré comme le plus grand de ceux qui appartiennent aux « *Shadow SWFs* », ²⁰¹ des fonds gérés directement par les banques centrales.

Ces organismes, surtout lorsque, comme la SAMA, ils sont sans personnalité juridique, sont difficiles à classer parce que les ressources qu'ils gèrent ne sont pas faciles à distinguer des réserves de change officielles et que leurs critères de gestion sont, disons, intermédiaires entre la logique typique des fonds souverains (long terme et rendement élevé) et la logique favorisant sécurité et liquidité qui sont typiques des banques centrales. ²⁰²

Les problèmes qui se posent au sujet de ces organismes, comme la SAFE chinoise et le fond KIC coréen, sont encore plus complexes car ils ont au contraire une personnalité juridique autonome, mais gèrent également des biens ne leur appartenant pas mais appartenant aux banques centrales de leur pays respectif.

En ce qui concerne l'objet de cette recherche, dans l'ensemble des entités qui gèrent les fonds publics, les banques centrales et les autorités monétaires sont plus faciles à distinguer que les autres. En outre, en raison de la particularité typique des fonctions qui leur sont attribuées, elles sont plus facilement assimilables à un organisme public tout court. L'aspect le plus important de ce travail de recherche est cependant de vérifier quel est le traitement de ces fonds qui gèrent une partie de leurs actifs, dénommés par la doctrine *Reserve Corporations*, ²⁰³ lesquels sont à la différence des autres plus près de la protection offerte par l'immunité des banques centrales, qui jouissent d'une protection très étendue dans beaucoup de droits nationaux et en droit international.

Un élément particulièrement significatif de cette conclusion peut être trouvé dans la législation nationale de ces dernières années visant à renforcer l'immunité des banques centrales de l'exécution sur leurs biens, par exemple en Chine et en France en 2005 pour les pays de droit continental, ²⁰⁴ et dans certains arrêts orientés en ce sens dans les principaux pays de *common law*, comme le Royaume-Uni et les États-Unis d'Amérique.

Nous pourrions trouver une confirmation de notre analyse empirique du point de vue juridique en analysant la question de l'immunité d'exécution de la décision dans la troisième partie de la thèse dans laquelle nous vérifierons qu'il y a une tendance en ce sens dans le

²⁰¹ CASTELLI, M., SCACCIAVILLANI, F., 2016, *op. cit.*, p. 12

²⁰² DELACOUR, C. B., 2009, *op. cit.*, p. 63.

²⁰³ CASTELLI, M., SCACCIAVILLANI, F., 2016, *op. cit.*, p. 18

²⁰⁴ CHEN, J., *Chinese Law Context and Transformation*, Leiden, Koninklijke, 2008, p. 30. « La Chine ait adopté le droit occidental dans les dernières années de la dynastie Qing. Le comité chargé de la révision du droit national chinois (...) a choisi comme modèle le droit civil allemand. Le premier code a été rédigé en 1912, mais n'est jamais entré en vigueur. L'idée de se baser sur le droit allemand, de toute façon, n'a jamais été écartée ».

droit international établi. Ce genre de fonds est typique des pays particulièrement riches en matières premières. L'activité de ces fonds consiste à différencier les actifs détenus par le gouvernement et, de cette façon, à protéger l'économie du pays propriétaire des fonds des fluctuations des matières premières. Un exemple peut être trouvé dans l'ancien Fonds de stabilité russe qui avait été organisé comme un patrimoine séparé géré par le ministère des finances afin d'absorber les excès de monnaie, réduire la pression inflationniste et isoler l'économie russe de la volatilité du pétrole et du gaz naturel.

En février 2008, à cause de la dimension des actifs accumulés, l'ancien Fonds de stabilité est divisé en deux fonds : d'une part, le Fonds de la réserve avec une dotation de 125 milliards de dollars afin de préserver le capital disponible et, d'autre part, le *Welfare Fund*, avec une dotation de 34 milliards de dollars et un mandat pour développer des investissements diversifiés.²⁰⁵

La doctrine a reconnu des caractéristiques semblables dans le fonds souverain brésilien, celui-ci ayant lui aussi pour but principal d'aider l'État à corriger les déséquilibres de son déficit primaire sans recourir à une augmentation des taxes ou à l'endettement public.

Du point de vue de la gérance des actifs, ces fonds de stabilisation favorisent un régime intermédiaire à celui des fonds associés aux banques centrales. Leur logique est à moyen terme : ils évitent les activités trop risquées et préfèrent en général investir dans des actifs liquides.²⁰⁶

Il est évident que le caractère public de ces fonds émerge de façon immédiate du but intrinsèquement macroéconomique qu'ils poursuivent. Ces fonds, en effet, sont plus un instrument au service des exigences de la politique.²⁰⁷

Les choix de leurs conseils d'administration d'éliminer une partie des actifs détenus pourraient en effet ne pas dériver de raisons liées au revenu de ces derniers, comme dans l'exemple d'un investisseur privé, mais de la nécessité contingente de soutenir les dépenses publiques du gouvernement en question.

Ce qui distingue ces fonds de ceux précédemment cités est la logique à long terme à partir de laquelle ils effectuent leurs investissements respectifs. Certains de ces fonds, comme déjà indiqué à propos du *Norwegian Pension Fund Global*, sont apparemment liés au soutien des régimes de retraite, mais ce ne sont pas des fonds de retraite dans le vrai sens de l'expression, car ils ne sont pas alimentés par les contributions de prévoyance des citoyens, mais par les

²⁰⁵ GREEN & YEAGER, 2008, *op. cit.*, p. 250.

²⁰⁶ VEDIEH, H., 2010, *op. cit.*, p. 35.

²⁰⁷ BACKER, L. C., 2016, *op. cit.*, p. 92 - 93.

réserves de l'État. Le fait qu'ils n'aient pas d'échéances précises pour le versement à l'État de leurs profits (le fond norvégien, par exemple, a le devoir de croître indéfiniment) les rend libres de l'exigence de maintenir des actifs liquides ou à court terme. Ils jouissent de la plus ample liberté de choix dans leurs investissements.

Ceci est la raison qui en fait des acteurs atypiques du marché. En effet, disposant de ressources pratiquement illimitées et d'un horizon de temps très long, ils peuvent accomplir leurs investissements avec une liberté que n'a pas un acteur privé.

Un fonds souverain récent appartenant à cette typologie est la *China Investment Corporation* (CIC). Son but est assez particulier: en effet, la CIC a été constituée dans le but de limiter les effets inflationnistes du surplus commercial chinois. Les ressources gérées par cette entité proviennent principalement du ministère des finances chinois, qui les a acquis auprès la Banque centrale chinoise suite à une émission de prêts publics. La CIC, selon ses statuts, doit poursuivre des objectifs de nature strictement commerciale et a pour mission de contribuer à la prospérité de la République populaire chinoise. Elle s'appuie et, dans un certain sens, se superpose à la SAFE, qui gère directement une large portion des réserves de la Banque centrale chinoise. La distinction entre ces deux entités se trouve dans le fait que la CIC devrait poursuivre une logique orientée à plus long terme que la SAFE, qui doit, au contraire, être classée parmi les *Reserve Corporations*, étant plus directement liée à la Banque centrale chinoise.²⁰⁸

Si nous observons les activités exercées, nous pouvons nourrir des doutes sur la nature strictement commerciale des opérations effectuées. C'est à raison que la doctrine a rattaché ce fonds à une catégorie dénommée « *Privatized Statist* », c'est-à-dire des sujets qui, à travers des activités de droit privé, visent à promouvoir des objectifs de politique publique. Un exemple est donné par les décisions du fonds de renoncer à leurs investissements dans des compagnies privées non respectueuses de l'environnement. La doctrine y a vu une volonté précise du gouvernement norvégien de promouvoir une certaine politique à travers sa « *longa manu* » économique. Dans le cas de la CIC, mais plus généralement dans beaucoup d'activités chinoises, le terme juste pour résumer leur position générale est « *dirigistes* ».

Dans ce cas-là aussi, il y a une influence de la politique sur la gestion économique mais, à la différence d'un but final « *éthique* », dans le cas des entreprises chinoises, la politique suivie est une politique de promotion du bien-être et de la force économique nationale.

²⁰⁸ DELACOUR, C. B., 2009, *op. cit.*, p. 208. VEDIEH H., *op. cit.*, p. 206.

Dans ce cas cependant, là où dans le cas de la CIC il s'agirait d'organismes de juridiction indépendants de l'État, il ne sera pas difficile pour le demandeur de soutenir qu'il possède une position juridique subjective différente de celle de l'État contrôleur et il faudra par conséquent identifier des critères aptes à appréhender l'hypothèse dans laquelle le but politique général – hypothétique – du fonds souverain a influencé l'investissement spécifique pour lequel on demande une protection.

§3.3) *Conclusions sur la définition du fonds souverain*

Au terme des analyses élaborées jusqu'ici, nous considérons nécessaire d'ébaucher à notre tour une définition du fonds souverain appropriée pour le droit international de l'investissement.

À notre avis, un fonds souverain devrait être :

- 1) un ensemble de biens propriétés de l'État (nous entendons par-là propriété au sens le plus large, c'est-à-dire regroupant tous les intérêts que l'État a dans ces biens), possédant une autonomie juridique et de gestion et poursuivant des objectifs, plus ou moins immédiats, de nature économique :
 - a. Font partie des fonds souverains et ne sont donc pas assimilables à des organismes publics les fonds qui présentent des caractéristiques semblables au modèle *Temasek*, dont on ne peut mettre en doute l'indépendance juridique et économique par rapport à l'État.
 - b. Ne sont pas des fonds souverains, même s'ils font partie de l'État, ces ensembles de biens, comme le fonds norvégien, qui ne sont pas dotés d'une personnalité juridique autonome, qui n'ont pas d'autonomie de gestion et qui surtout n'investissent pas dans une logique de simple marché. Ne sont pas non plus des fonds souverains les banques centrales et ces ensembles d'actifs dont la gestion est faite sous la direction de ces dernières, les « *shadow funds* ».
 - c. Entre ces deux catégories en apparaît une autre, représentée par ces fonds qui ont une autonomie juridique et qui poursuivent des activités économiques, bien qu'ils ne soient pas dans un parfait régime de marché (car, par exemple, ils ont une fonction de stabilisation de l'économie du pays contrôleur et les choix économiques peuvent donc être conditionnés) et leurs conseils d'administration sont entièrement composés par des fonctionnaires publics, ce qui met en évidence un degré de contrôle public tel que nous pouvons douter de leur autonomie du point de vue empirique. Dans ces cas-là, nous considérons qu'étant donné le développement récent en matière de responsabilité de l'État qui a beaucoup élevé le standard de preuve pour imputer les actes de l'entreprise à l'État, l'approche qui doit prévaloir peut se résumer dans l'idée

que, si le fonds concerné a une personnalité juridique indépendante, nous devons présumer de son indépendance, sauf s'il est possible de démontrer dans certaines situations des abus de la forme sociétaire.

§4) Conclusions

À la fin de cette recherche sur les fonds souverains et les entreprises d'État, nous pouvons tirer quelques conclusions générales.

L'analyse développée jusqu'ici nous montre que le spectre des « *entités productives étatiques* » est extrêmement ample et divers, et qu'il varie de façon significative de pays en pays.

Ceci dit, il est possible d'identifier certaines circonstances significatives pour le droit des investissements qui peuvent orienter l'analyse des tribunaux de façon générale, dépassant, au moins en partie, l'attitude un peu défaitiste de la doctrine. Il est en effet possible d'identifier des groupes d'entités semblables par des caractéristiques telles qu'elles se distinguent des autres de façon plutôt nette, aussi bien à un niveau superficiel que, comme nous l'avons souligné dans notre analyse, à un niveau plus approfondi. Nous sommes partiellement en désaccord avec cette doctrine qui s'est débarrassée du problème de la distinction entre fonds souverains et entreprises d'État.

Il nous semble en revanche que les fonds souverains doivent être généralement assimilés à des investisseurs privés, à l'exception spécifique (certainement importante du point de vue quantitatif) des banques centrales et des fonds qui agissent dans l'orbite de ces dernières.

Le fonds *Temasek* et les fonds semblables seraient sans doute à assimiler aux investisseurs privés, démontrant qu'il n'y a aucun élément *a priori* pour discriminer un fonds uniquement pour son caractère souverain.

La question des fonds souverains possède donc au moins en partie des caractéristiques propres, qui en font une solution plus simple par rapport au problème bien plus complexe des entreprises d'État, ce secteur d'activités ne se limitant pas à la gestion des actifs financiers, mais enveloppant un spectre d'activités si divers que leur qualification en devient plus difficile. En ce qui concerne les entreprises d'État, la prudence est obligatoire.

Quand il s'agit d'entreprises dans lesquelles l'État a une participation minoritaire, le plus souvent exercée de façon passive, il nous semble qu'il n'existe pas, encore une fois, de raison substantielle pour imaginer un traitement différent par rapport aux investisseurs privés.

Remarquons à ce propos comment, dans différents cas qui ont vu agir des sociétés comme *EDF*, *Ping Insurance* (où le gouvernement chinois représente de toute façon le plus grand actionnaire, avec 10 % du capital souscrit, à tel point que certains classements la considère comme une entreprise d'État) avec des conseils d'administration nommés en majorité par des actionnaires privés, le problème de la participation de l'État n'a même pas été mentionné, ni par les parties ni par le tribunal.

Il faut considérer que, même dans des entreprises comme *ZTE* où la gouvernance est attribuée à des sujets privés, l'importance de la participation publique devrait également s'estomper.

Un discours plus complexe pourrait se présenter quand l'activité de l'entreprise remet en question des caractéristiques intrinsèquement publiques. Ceci est une hypothèse relativement marginale dans le cas des fonds souverains car, quel que soit le but pour lequel ils sont créés, ils ont un champ d'activités généralement limité à la gestion des profits financiers, un rôle qui ne présente pas, sauf, nous le répétons, dans le cas des banques centrales, une activité ayant quelques caractéristiques intrinsèquement souveraines.

Comme nous l'avons observé, la distinction entre les activités en régime de concurrence et celles du service public, bien qu'historiquement floue, reflète en effet une certaine différence entre les sujets appartenant à cette catégorie et les autres.

Comme nous le verrons dans l'analyse de différents cas, la (quasi-)jurisprudence des tribunaux arbitraux d'investissement, aussi bien dans le monde de la légitimation active que dans celui de la responsabilité, a donné un fort relief à la fonction exercée par l'entité en question, demandant, comme condition pour la fonction publique, une dimension plus proche de la notion de puissance publique.

Non moins importante, la circonstance d'une entreprise agissant dans le secteur d'un marché hautement réglementé, si possible sous le régime du monopole, pourrait être un indice significatif pour une analyse attentive de la part d'un tribunal d'investissement.

PREMIÈRE PARTIE : L'ENTREPRISE PUBLIQUE COMME PARTIE AU LITIGE DANS LE CONTENTIEUX DU DROIT D'INVESTISSEMENT

Dans cette première partie, notre attention se focalisera sur la notion de partie au procès. Cette question se pose non seulement dans le contentieux économique, mais également devant toutes les juridictions internationales.

Selon un vieil adage italien, «*se il processo è necessario alle parti, le parti sono necessarie al processo*»²⁰⁹ (litt. «*si le procès est nécessaire aux parties, les parties sont nécessaires au procès*»). Au niveau international, la Cour permanente de justice internationale s'est exprimée dans le même sens dans l'avis du 28 août 1928 relatif à l'*Interprétation de l'accord gréco-turc du 1^{er} décembre 1926*), en observant qu'une des «*caractéristiques de l'arbitrage proprement dit*» était la présence des «*parties saisissant le tribunal de leur litige*».²¹⁰

Dans cette partie, nous examinerons les problèmes qui existent lorsqu'il s'agit de vérifier si une entreprise publique est partie au procès ou si c'est plutôt l'État qui doit être considéré comme la vraie partie au différend à partir du moment où le lien existant entre l'entreprise et l'État est si étroit que l'entreprise représente seulement une émanation de ce dernier.

Notre analyse sera conduite à travers une comparaison entre deux types d'arbitrage international – l'arbitrage d'investissement et l'arbitrage commercial – et nous vérifierons s'il existe des espaces pour appliquer les principes élaborés par la Cour internationale de justice dans le domaine de l'arbitrage des investissements.

Comme le professeur Alain Pellet l'a observé :

« Turning specifically to the case law of the ICJ, Professor Pellet noted that ICSID tribunals regularly refer to ICJ decisions and that they do so with deference, as illustrated for instance in Azurix (Azurix Corp. v. The Argentine Republic, ICSID Award). However, as emphasized in the Tulip Real Estate decision on bifurcated jurisdictional issues (Tulip Real Estate Investment and Development Netherlands B. V. v. Turkey, ICSID Decision on bifurcated jurisdictional issue), ICSID tribunals

²⁰⁹ DEL VECCHIO, A., *Le Parti Nel Processo Internazionale*, Milano, Giuffrè Ed., 1975, p. 11.

²¹⁰ *Interprétation de l'Accord gréco-turc du 1^{er} décembre 1926*, C.P.J.I., Série B, N. 16, p. 23, « en effet, il ne peut en tout cas s'agir que d'un arbitrage dans l'acception la plus large du mot, car les caractéristiques de l'arbitrage proprement dit ne se trouvent certainement pas réunies en l'espèce. Tout d'abord, on n'est pas en présence de Parties saisissant le tribunal de leur litige, étant donné que, comme cela a été expliqué ci-dessus, la Commission se compose de membres individuels et non pas de deux délégations représentant les États contractants entre lesquels trois membres doivent arbitrer ».

*usually rely on ICJ decisions with respect to general principles of international law».*²¹¹

Une position analogue peut être identifiée dans l'opinion récente d'une auteure qui, à propos de l'héritage de la Cour permanente de justice internationale, a observé que :

*« PCIJ's legacy in investment law is undeniable [...] in short, in many important respects the PCIJ has laid valuable foundations upon which investment tribunals build today ».*²¹²

Comme nous l'avons exposé dans l'introduction, le droit d'investissement n'est pas un système entièrement développé et, pour résoudre des questions concernant les entreprises publiques, ce qui restent un sujet peu analysé, tous les renseignements issus des différents tribunaux internationaux peuvent être utilisés. La Cour internationale de justice, par rapport à notre sujet, a déjà eu l'occasion d'examiner des affaires qui concernent aussi des entreprises d'État, mais elle n'a jamais eu l'occasion d'arriver à une décision qui puisse établir un précédent judiciaire significatif.

Dans *l'Affaire relative à certains emprunts norvégiens*,²¹³ la question a seulement été traitée par deux juges dans leurs opinions qui, comme nous le verrons dans le chapitre II, paragraphe §1.4.4, sont très intéressantes, tandis que, dans l'affaire *Ahmadou Sadio Diallo*,²¹⁴ la Cour s'est arrêtée aux questions préliminaires.

Par conséquent, la raison qui justifie le mieux la référence aux sentences de la Cour est le fait que, au niveau procédural, les entreprises publiques posent des problèmes qu'il n'est pas possible de résoudre sans prendre en considération tous les éléments de logique juridique pouvant être déduits des arrêts de la Cour.

²¹¹ PELLET, A., «International Court of Justice case law in ICSID», *ASA Bulletin*, 31, September, 3/2013, p. 687.

²¹² KRIEBAUM, U., «The PCIJ and the Protection of Foreign Investments», in TAMS, C., FITZMAURICE, M., *Legacies of the Permanent Court of International Justice*, Nijhoff, Boston, 2013, p. 172 - 173.

²¹³ *Affaire relative à certains emprunts norvégiens*, Arrêt du 6 juillet 1957, C.I.J., Recueil 1957, p. 9.

²¹⁴ *Ahmadou Sadio Diallo (République de Guinée c. République démocratique du Congo)*, communiqué de presse, n. 2000/28 le 13 septembre 2000, « paiement de créances qui lui étaient dues par la République démocratique du Congo (en particulier par la Gécamines, une société d'État ayant le monopole de l'exploitation minière) ». Voir également *Ahmadou Sadio Diallo (République de Guinée c. République démocratique du Congo)*, exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J., Recueil 2007, p. 582, para. 27 « Ainsi, la plus grande partie de la requête de la Guinée se rapporte aux litiges opposant les sociétés Abricot-Zaïre et Africontainers-Zaïre à leurs partenaires commerciaux publics et privés », mais la Cour, comme dans le cas *Affaire relative à certains emprunts norvégiens* n'a pas eu l'occasion de se prononcer sur la responsabilité pour les actes de Gécamines, parce que au paragraphe 94 elle a accueilli l'objection congolaise selon laquelle les entreprises du Sadio Diallo ne rentrent pas dans la catégorie des sujets protégés par le Droit International coutumier.

Cette opération logique est possible parce que, même si l'on considère le droit d'investissement comme un sub - système de façon hybride, il n'y a aucun doute que le droit international général a un rôle important à jouer dans le droit d'investissement CIRDI, étant donné le texte de l'article 42 alinéa (1) de la Convention CIRDI.²¹⁵ De plus, cela a été confirmé par plusieurs auteurs. Ainsi, en ce qui concerne l'arbitrage d'investissements non CIRDI, certains ont observé que :

*« If experience with other special sub-areas is any guide, this common understanding is the best recipe for balancing the competing demands for contracting out and integration ».*²¹⁶

Dans le premier chapitre, après une brève présentation du problème, nous examinerons dans le (§1) les instruments qui représentent la base du consentement.

À ce propos, nous examinerons la définition de l'investisseur contenue dans les traités bilatéraux et multilatéraux d'investissement afin de déterminer si les entreprises publiques peuvent agir en tant que demanderesses.

Dans le (§2) du première chapitre, nous examinerons les situations dans lesquelles les entreprises publiques peuvent être demanderesses devant un tribunal arbitral CIRDI en prenant en considération les limites posées par ladite convention.

Dans le second chapitre, nous analyserons différentes situations dans lesquelles l'État peut devenir partie au différend en tant que défendeur pour les actes accomplis par une entreprise publique dans l'arbitrage international commercial et des investissements.

²¹⁵ Article 42 (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'État contractant partie au différend y compris les règles relatives aux conflits de lois ainsi que les principes de droit international en la matière.

²¹⁶ **TAMS, C. J., HOFMANN, R.**, « International Investment Law: Situating an Exotic Special Regime within the Framework of General International Law », in **TAMS, C. J., HOFMANN, R.**, *International Investment Law and General International Law*, Nomos 2011, p. 16. Voir aussi **MCLACHLAN, C.**, « Investment Treaties and General International Law », *International and Comparative Law Quarterly*, 361, 2008, p. 361 – 401, at. 401.

CHAPITRE I – LES ENTREPRISES D'ÉTAT AGISSANT EN QUALITÉ DE DEMANDERESSES

Dans ce chapitre, nous observerons les distinctions entre les différents problèmes qui se sont posés lorsqu'une entité étatique a participé en tant que demanderesse à un arbitrage international.

Il faut d'abord observer que les questions qui ressortent du caractère étatique de ces entreprises ne sont pas les mêmes que celles qui peuvent se poser lorsque l'arbitrage oppose deux parties privées. On peut comprendre le sens de cette observation quand on remarque que l'ensemble de la jurisprudence née dans le domaine de l'arbitrage sur la participation de plusieurs parties privées s'est posée des questions qui, même si elles sont différentes de celles que nous examinerons, peuvent donner des outils d'analyse utiles pour analyser des problèmes qui, sans appliquer les logiques qui ressortent du droit privé, ne sont pas possibles à résoudre. Dans ces décisions, en effet, les arbitres ont essayé de vérifier si des parties qui n'avaient pas signé la convention d'arbitrage pouvaient être parties à l'instance ou, plus généralement, si la situation requérait d'aller au-delà des apparences pour vérifier les réelles parties au différend.

Les affaires auxquelles participe une entité étatique se confrontent à un éventail de normes qui sont partiellement superposables à celles qui règlent l'arbitrage entre les parties privées et partiellement congruentes avec d'autres normes, comme celles qui règlent le fonctionnement de l'administration publique, qui soulèvent des problèmes tout à fait particuliers et que cette analyse vise à éclaircir.

Dans ce domaine, du point de vue strictement juridique, il existe des dissemblances assez importantes entre l'arbitrage d'investissement et l'arbitrage commercial, qui dérivent essentiellement de la diversité des instruments qui confèrent leur compétence aux arbitres. Cependant, les problèmes qui se posent dans les deux domaines se ressemblent beaucoup du point de vue logique et cela peut offrir de nouvelles solutions pour résoudre certains problèmes du droit des investissements.

Dans le cas de la Convention CIRDI, en effet, les arbitres doivent vérifier *ex officio*²¹⁷ des conditions contenues dans les articles 25 et 41, conditions qui limitent la participation des émanations étatiques à l'arbitrage. Le but de ces limitations est de préserver le caractère

²¹⁷ BILLET, J., *International Investment Arbitration, A Practical Handbook*, Maklu, 2016, p. 238

mixte des différends administrés par le Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements. Ces dispositions obligent les arbitres à évaluer des exceptions qui visent à démontrer que les vraies parties de la controverse ne sont pas des entreprises qui peuvent se qualifier de ressortissants d'un des États contractant, mais les États eux-mêmes.

Dans l'arbitrage commercial comme dans l'arbitrage des investissements *ad hoc*, il est tout à fait évident que les règles de la Convention du CIRDI ne sont pas applicables. Mais des problèmes similaires se sont posés quand le défendeur a soulevé des exceptions analogues fondées sur l'instrument sur lequel se basait la compétence du tribunal (le traité bilatéral d'investissements ou la clause compromissoire contenue dans le contrat).

En effet, dans l'arbitrage commercial comme dans l'arbitrage d'investissement *ad hoc*, certaines difficultés peuvent se poser lorsqu'il existe des raisons de douter que les parties ayant souscrit le compromis ne sont pas les vraies parties au différend ou lorsqu'un sujet qui n'a pas signé la convention d'arbitrage veut participer à celle-ci.

Ces situations, que la doctrine a dénommées « *arbitrages complexes* », ²¹⁸ ont encouragé les arbitres à développer des méthodes pour trouver un équilibre entre l'exigence de respecter la date formelle du compromis et d'autres nécessités qui peuvent être rapportées aux principes de la confiance légitime et de la bonne foi.

Ces exigences ont favorisé l'importation dans ce système de certaines théories qui ont été appliquées à ce propos tout d'abord dans la jurisprudence commerciale des États-Unis, comme la représentation (« *agency relationship* »), la « *percée du voile corporatif* » ou l'idée de lire plusieurs contrats entre diverses parties comme un « *unified contractual scheme* ». ²¹⁹

Ces approches théoriques visent à attribuer aux arbitres le pouvoir de trancher tous les différends entre toutes les parties qui ont pris une part active à l'affaire bien qu'elles n'aient pas signé directement tous les contrats que contient la clause compromissoire.

²¹⁸ HANOTIAU, B., *Complex Arbitration Multiparty, Multi-contract, Multi-issue and Class Actions*, The Hague, Kluwer, 2006, p. 84.

²¹⁹ Cf. par exemple l'affaire CCI n. 8910, 1998, in ARNALDEZ J.J. et al., *op. cit.*, p. 574. Cf. HANOTIAU, *op. cit.*, p. 261, "In the field of commercial arbitration this doctrine has been applied in the ICC Case No. 8910, where the arbitral tribunal identified a group of contracts of which only one contained an arbitration clause, as a valid ground to retain its jurisdiction, because those contracts together formed a unified contractual scheme".

Ces théories ont également eu une certaine influence sur le développement de l'arbitrage d'investissement selon le processus de « *cross – fertilization* »²²⁰ bien connu des tribunaux internationaux et cette thèse est consacrée à le souligner.

L'identification des aspects communs pourrait également être utile pour mieux comprendre les sources de l'arbitrage d'investissement qui, étant donné son caractère hybride public-privé, constitue une matière complexe difficile à systématiser.

À ce propos, il faut observer qu'un des problèmes les plus difficiles à résoudre pour réaliser cette juxtaposition est de ramener les différentes approches qui se sont affirmées au cours du temps à une « *grille* » d'exceptions permettant leur comparaison. Il faut d'abord examiner les notions de compétence et d'admissibilité dans l'arbitrage CIRDI et dans l'arbitrage commercial et les comparer avec les exceptions identifiées par la doctrine classique du droit international général.²²¹

Cette analyse permettra d'interpréter les décisions arbitrales à travers un système logique basé sur une rationalité solide et de vérifier la relation existant entre le système d'exceptions à la compétence et à la recevabilité et les théories d'origine commerciale comme celle de la représentation et de la « *percée du voile corporatif* » qui ont été analysées jusqu'à présent dans leur application à travers les différentes décisions arbitrales, mais qui n'ont pas été systématisées par la doctrine dans le système général du droit du contentieux international. Cependant, avant de mener cette analyse plus strictement contentieuse, il est nécessaire d'accomplir une analyse détaillée des instruments qui confèrent leur compétence aux tribunaux d'investissement.

²²⁰ **BROWN, C.**, *A Common Law [...]*, *op. cit.*, p. 36.

²²¹ **MABROUK, M.**, *op. cit.*, p. 33-35.

§1) La question du consentement

Le premier aspect qui doit être examiné pour évaluer la possibilité par une entreprise étatique d'être demanderesse dans un arbitrage d'investissement est l'aspect qui découle de l'instrument à travers lequel l'État a donné son consentement pour être partie à l'arbitrage. Ce problème se pose également dans tous les arbitrages d'investissements qui sont fondés sur un traité bilatéral d'investissement, celui-ci étant devenu l'instrument de base pour fonder la compétence d'un tribunal arbitral, comme cela a été observé par les statistiques sur le sujet²²² et confirmé par plusieurs auteurs.²²³

Les arbitrages d'investissements qui sont fondés sur la loi interne de l'État ou sur un contrat seront analysés individuellement dans ce chapitre au paragraphe 1.2). L'analyse de ces instruments est seulement un premier pas pour la vérification de l'existence de la compétence des arbitres qui, après avoir été établie sur la base du seul instrument, doit être analysée par rapport au statut du tribunal arbitral qui est chargé de trancher le cas.

Cette approche, appelée le « *double barrelled test* », ²²⁴ est généralement acceptée, au moins à un certain niveau d'abstraction, par la doctrine²²⁵ et par les décisions des arbitres dans le système du CIRDI²²⁶ (les questions qui ressortent de la formulation de l'article 25 de la Convention de Washington seront analysées dans le paragraphe 2) de ce chapitre). En dehors

²²² **INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES, The ICSID Caseload – Statistics (Issue 2018-1)**, 2018, p. 10 « Basis of consent invoked to establish ICSID jurisdiction in registered ICSID cases: basis of consent invoked to establish ICSID jurisdiction in cases registered under the ICSID Convention and Additional Facility Rules: Bilateral Investment Treaty 60.6%, North American Free Trade Agreement 2.8 %, Energy Charter Treaty 9.3 %, Other Treaties 1.3% ». À partir de ces chiffres par contre, on peut observer comme les arbitrages fondés sur des instruments de droit international représentant à peu près le 74 % des affaires administrés par le CIRDI, par contre les affaires fondées sur un contrat où sur la loi interne de l'État sont approximativement le 25,2 % du total. Sur ce point voir plus précisément « Investment Contract between the Investor and the Host-State 16 % and Investment Law of the Host-State 9.2 % ».

Voie aussi **UNCTAD, Recent trends in IIAs and ISDS, n. 1 February 2015** « • Investors continue to use the investor–state dispute settlement (ISDS) mechanism. in 2014, claimants initiated 42 known treaty-based ISDS cases. With 40 per cent of new cases initiated against developed countries, the relative share of cases against developed countries has been on the rise (compared to the historical average of 28 per cent). The two types of state conduct most commonly challenged by investors in 2014 were cancellations or alleged violations of contracts, and revocation or denial of licenses. Over time, the energy charter treaty (ECT) surpassed the North American free trade agreement (NAFTA) as the most frequently invoked IIA ».

²²³ **GUZMAN, A. T.**, « Explaining the popularity of Bilateral Investment Treaties », in **SAUVANT K. P. SACHS, L. E.**, *The Effect of Treaties on Foreign Direct Investment*, Oxford University Press, p. 97.

²²⁴ **GHOURI, A.**, *Interaction and Conflict of Treaties in Investment Arbitration*, Wolters Kluwer, 2015, p. 140.

²²⁵ **WANG, G.**, *International Investment Law: A Chinese Perspective*, Routledge, 1st Edition, New York 2015, p. 164. **BANTEKAS, I.**, *An Introduction to International Arbitration*, Cambridge University Press, 2015, p. 288.

²²⁶ **YANNACA-SMALL, K.**, *Arbitration Under International Investment Agreements: A Guide to the Key Issues*, Oxford University, 2018, p. 249.

des arbitrages CIRDI, cette approche est moins pertinente parce que, surtout dans le cas des arbitrages *ad hoc*, les parties jouissent d'une liberté plus large. En revanche, ces arbitrages CIRDI ont en réalité souvent suivi une approche différente, visant à donner une importance majeure à la volonté des parties. Cette diversité d'approche est probablement la conséquence d'une attitude différente entre les divers arbitres par rapport à la méthode qui doit être suivie pour juger de l'existence de leur compétence.

Il est tout à fait évident que l'arbitrage d'investissement est un système dans lequel la logique juridique qui ressort du domaine commercial rejoint celle du droit international public.²²⁷ Ce caractère hybride pose des problèmes intéressants lorsqu'on arrive à juxtaposer le contenu de l'accord des parties avec les limites impératives qui découlent de la Convention CIRDI.

Avant tout, il faut observer que le premier élément que les arbitres rencontrent dans leur analyse est la question du consentement. Si l'on observe ce principe dans sa forme élémentaire, on pourrait être amené à imaginer que cette question se pose de la même façon dans l'arbitrage commercial et dans celui des investissements.

En effet, dans les deux systèmes, le consentement à l'arbitrage a pour effet (et pour but) d'exclure la compétence des juges nationaux et de donner aux parties la possibilité de soumettre leur litige à un juge choisi par elles-mêmes, en lui donnant la possibilité d'arriver à une solution que la doctrine anglo-saxonne appelle « *tailor-made* ».

Dans le cas du droit des investissements, outre la compétence du juge national, à partir du moment où l'effet combiné, d'un côté, du consentement de l'État d'origine de l'investisseur et de l'État hôte de l'investissement à la Convention CIRDI et, de l'autre côté, de l'accord entre investisseur et État hôte a pour effet d'exclure, selon l'article 27 de la Convention de

²²⁷ DOUGLAS, Z., «The Hybrid Foundations of... », *op. cit.*, p. 155 "In other words, investment disputes are significantly concerned with issues pertaining to the existence, nature, and scope of the private interests comprising the investment. These issues go beyond the purview of international law and the rule of state responsibility just recalled. To treat international law as a self-sufficient legal order in the sphere of foreign investment is plainly untenable. Within this domain of private or commercial interests, problems relating to overlapping adjudicative competence and the application of municipal law cannot be resolved by playing the simple "international trump card" of Article 3". Voir aussi BÖCKSTIEGEL, K. H., «Commercial and Investment Arbitration: How Different are they Today? », Volume, 28 Number 4, 2012, p. 578 "Distinguishing between commercial and investment arbitration may sometimes already be difficult or misleading. Quite often disputes concern a contract between a corporation created by a foreign investor in a state on one side and on the other side a state enterprise. Such a contract will contain what one would consider a 'normal' arbitration clause referring to an institution of commercial arbitration. However, a closer look shows that it is really an investment dispute". Cette dernière considération, à notre avis, n'empêche le fait que à un niveau général l'auteur reconnaît les similitudes entre ces systèmes.

Washington, la possibilité pour l'État d'agir en protection diplomatique, le consentement à l'arbitrage a alors également pour effet d'exclure la compétence du juge international.

Cette identité de fonctions ne signifie pas que les problèmes liés à la loi applicable et à la méthode qui doit être suivie pour interpréter les instruments employés par les États et les investisseurs sont les mêmes. Nous examinerons les problèmes qui se posent au sujet de chaque source spécifique. Ensuite, nous verrons s'il est possible de tirer des conclusions générales concernant notre sujet.

§1.1) L'arbitrage fondé sur les traités des investissements et sur le problème des instruments ne donne pas d'indications sur le fait que les entreprises publiques peuvent être considérées comme des sujets protégés

Quand l'arbitrage d'investissement est fondé sur des traités bilatéraux d'investissements, il ne fait aucun doute que l'arbitrage se déroule entièrement dans le domaine du droit international public. L'État, en effet, peut donner son consentement soit à travers un compromis arbitral, comme chaque partie privée, soit en capacité de puissance publique. Dans ce second cas, l'État n'accepte pas d'être partie à l'arbitrage pour une affaire spécifique, mais dans les traités bilatéraux d'investissements « *States consent generally to the compulsory arbitration of disputes as a group* ». ²²⁸

Concernant les entreprises d'État, la situation ne pose pas de problèmes particuliers quand il s'agit de savoir si elles peuvent être parties à un arbitrage commercial, soit comme demanderesses, soit comme défenderesses, à partir du moment où la réponse doit être trouvée dans la loi nationale qui régit leur capacité.

En ce qui concerne l'arbitrage fondé sur des traités bilatéraux d'investissements, les entreprises publiques ont toujours représenté une question compliquée. Comme il a été observé par deux auteurs, Rudolf Dolzer et Margrete Stevens :

« In some treaties the host country's concern for its particular development problems has resulted in an agreement that allows preferential treatment of the host country's public enterprise to fall outside the scope of national treatment » ²²⁹

²²⁸ VAN HARTEN, G., *op. cit.*, p. 62.

²²⁹ DOLZER, R., STEVENS, M., *Bilateral Investment Treaties*, Martinus Nijhoff, The Hague, 1995, p. 75, «An exemple of this approach may be found in the 1977 treaty between Germany and Mali which provided

tandis que, dans d'autres cas, les traités ont expressément assimilé les entreprises publiques à celles privées.²³⁰ Dans ce paragraphe, nous analyserons la question de comprendre si les entreprises publiques peuvent être qualifiées d'investisseurs ou non.

Les dispositions de ces instruments portant sur la définition de l'investisseur peuvent beaucoup varier. Cependant, il existe des éléments généraux qui peuvent être remarqués. La question de savoir si les entreprises d'État doivent être incluses entre les sujets protégés par les traités des investissements est une question controversée qui a déjà fait l'objet de plusieurs discussions au niveau international.

La doctrine²³¹, par exemple, a observé que, dans le débat sur *l'Accord multilatéral sur l'investissement*,²³² il y a eu beaucoup de désaccords entre les parties « *on matters such as the overly broad definitions of both "investors" and "investment"* ». La doctrine française en particulier a observé que :

*« Some delegations would like to include "Contracting Parties" in the definition of investor arguing that, for consistency, the definition should include all entities with the capacity to invest ».*²³³

Cette approche, en d'autres mots, vise à admettre que :

*« They were concerned that a Contracting Party may itself make an investment without being a legal person that is owned or controlled privately or by the government ».*²³⁴

Cette position, qui a pour but d'inclure l'État lui-même dans la définition d'investisseur, pourrait être absolument résolutive par rapport à la question de la possibilité pour les entreprises d'État d'être partie à l'arbitrage parce que, quel que soit leur niveau de

that: "Il n'y aura pas atteinte à l'alinéa 2 de l'article 3, si des facilités sont accordées à des sociétés ou entreprises d'État dans le but d'atteindre les objectifs publics qui leur sont assignés».

²³⁰ *Ibid.*, « This approach stands in clear contrast to the U.S. treaties which, subject to certain qualifications, seek to maintain complete equality between public enterprise of the host country and investors of the other contracting party ».

²³¹ **FOOTER, E. M.**, « International investment law and Trade: the relationship that never went away », in **BAETENS, F.**, *Investment Law within International Law*, Integrationist Perspectives, Cambridge University Press, 2013, p. 277.

²³² *L'Accord multilatéral sur l'investissement (AMI)* était un projet d'accord négocié entre 1995 et 1998 entre les membres de l'Organisation de coopération et de développement économiques (OECD).

²³³ **HAMIDA, W. B.**, « Sovereign FDI and International Investment Agreements: Questions Relating to the Qualification of Sovereign Entities and the Admission of their Investments under Investment Agreements », *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, 18, 2010, 17, p. 21.

²³⁴ *Ibid.*

rattachement à l'État, on pourrait défendre leur possibilité d'être partie à l'arbitrage sur un simple argument *a fortiori*. Il faut observer cependant que cette position est restée minoritaire. En effet, comme Walid Ben Hamida l'a observé :

*« However, most delegations thought that the concept of a legal person or the definition of State-owned enterprises would cover the situation where a State was an economic actor and consider that the State as such would otherwise be protected by diplomatic processes under international law ».*²³⁵

D'un autre côté, il faut observer que, dans les modèles de traités bilatéraux d'investissements des États nord-américains et dans certains accords multilatéraux, les entreprises publiques et parfois l'État lui-même ont été expressément inclus parmi les entités protégées par les traités.

Ces considérations sommaires proposées par Walid Ben Hamida sont suffisantes pour identifier le point de départ de notre analyse, qui peut être simplement résumé dans la considération que, au sujet de la possibilité pour les entreprises publiques d'être partie à l'arbitrage, il n'y a pas une formule unique, surtout dans le cas où les normes qui définissent les investisseurs dans ces traités sont muettes à ce sujet.

Les réflexions de Visscher sont encore actuelles. À propos de la difficulté d'interpréter une question sur laquelle le traité est resté muet dès l'accord des parties :

*« Il est raisonnable de voir dans ce silence une référence implicite aux principes du droit international général. Il faut entendre par là, non pas essentiellement les principes généraux de droit visés à l'article 38, lit. c), du Statut de la Cour, mais avant tout certains principes que l'on peut tenir pour axiomatiques parce qu'ils sont inhérents à la structure des rapports internationaux imposés par la coexistence d'États souverains [...] ».*²³⁶

Le même auteur a admis que cette expression présentait quelque ambiguïté. Elle n'en a pas moins jugé que l'emploi de cette « *expression peu heureuse* » ne justifiait pas d'y voir l'intention :

²³⁵ *Ibid.*

²³⁶ VISSCHER, C., *Problèmes d'Interprétation Judiciaire en droit international public*, Paris A. Pedone, 1963, p. 93.

« De déroger à une règle de droit international aussi importante que celle qui a trait à la ratification des conventions internationales ». ²³⁷

La première question qui doit être discutée dans ce paragraphe est le vrai but de cette analyse ; elle aura une influence importante sur la méthodologie qui sera appliquée. Le but de cette thèse est une meilleure compréhension du traitement des entreprises publiques dans l'arbitrage international des investissements au niveau général et, si on ne peut qu'être d'accord avec Visscher pour qui le silence est une référence implicite aux principes du droit international général, il est vraiment difficile d'imaginer l'existence d'un de ce principe en ce qui concerne les entreprises publiques.

En d'autres mots, l'« *aspiration universaliste* » peut être mise à dure épreuve s'agissant du sujet du présent paragraphe. Nous ne pouvons pas ignorer, en même temps, comme nous l'observerons à travers une analyse empirique, qu'il existe une tendance dans les TBI plus récents tendant à inclure les entreprises publiques et parfois les États eux-mêmes entre les sujets protégés.

Il s'agit d'un moyen que nous pouvons utiliser pour trouver une réponse en donnant de la pertinence à l'opinion des auteurs qui identifient l'approche selon laquelle les tendances apparaissant dans les traités bilatéraux ou multilatéraux d'investissements comme un ensemble de principes généraux qui peuvent être considérés comme des principes émergents du droit international général. ²³⁸

Nous sommes plus proches de l'opinion, plus classique, selon laquelle chaque traité est une source législative autonome qui doit à chaque fois être interprétée à travers les instruments donnés à ce sujet par le droit international général, qui sont en premier lieu les articles 31, 32 et 33 de la Convention de Vienne de 1969. Cependant, à travers l'analyse comparative

²³⁷ *Jurisdiction territoriale de la Commission internationale de l'Oder*, Série A, n. 23, p. 20 « A cet égard, il y a lieu d'observer que l'article 338 renvoie expressément à une « convention » : à moins que le contraire ne résulte du texte même de cet article, il faut penser que l'on a envisagé une convention destinée à être rendue opérante conformément aux règles ordinaires du droit international, parmi lesquelles se trouve aussi la règle que les conventions, sauf quelques exceptions particulières, ne deviennent obligatoires qu'en vertu de leur ratification. Il reste à voir si l'article 338 a voulu déroger à cette règle. La convention visée est une convention « à établir par les Puissances alliées et associées et approuvée par la société des Nations ». En ce qui concerne le premier point, on peut admettre que l'expression établi (to draw up), une convention n'est peut-être pas sans quelque ambiguïté ; mais il ne serait guère approprié de déduire d'une expression peu heureuse la volonté de déroger à une règle aussi importante du droit international que celle qui a trait à la ratification des conventions ».

²³⁸ **LOWENFELD, A. F.**, *International Economic Law*, 2nd ed., Oxford, 2008, p. 584 « taken together, the [BITs] are now evidence of customary international law, applicable even when a given situation or controversy is not explicitly governed by a treaty ».

des traités bilatéraux d'investissements, nous essayerons de vérifier s'il est possible d'identifier une tendance dans ces instruments qui puisse répondre à notre question.

Il faut observer que, dans le droit international des investissements, d'autres tendances ont émergé et ont essayé d'interpréter la multitude de traités bilatéraux d'investissements comme une sorte de source de loi « *composite* ». ²³⁹

Cette approche ressort, d'un côté, de la grande similitude entre les divers traités bilatéraux d'investissements au sujet de nombreuses dispositions normatives. La doctrine s'est correctement interrogée sur l'utilisation d'autres traités pour l'interprétation d'un instrument spécifique. L'idée d'utiliser d'autres traités pour expliquer la signification de la disposition d'un traité n'est pas récente. Un exemple de cette approche peut déjà être trouvé dans la jurisprudence de la Cour permanente de justice internationale qui, dans l'affaire *S. S. Wimbledon*, a utilisé les dispositions du traité sur le canal de Suez et sur celui de Panama pour interpréter l'article 380 du traité de Versailles.

Nous pouvons nous demander si cette hypothèse d'interpréter les traités à l'aide des autres traités *ejusdem generis* est ou non applicable à notre domaine d'investigation. Il est intéressant d'observer que dans, l'affaire *S. S. Wimbledon* de 1923, la Cour s'est appuyée sur les traités relatifs aux canaux de Suez et de Panama, non seulement pour éclaircir n'importe quelle disposition, mais également pour arriver à ce qui ressemble à une affirmation de principe, c'est-à-dire :

« Les précédents des canaux de Suez et de Panama [...] ne sont d'ailleurs que la manifestation de l'opinion générale suivant laquelle lorsqu'une voie d'eau artificielle mettant en communication deux mers libres a été affectée d'une manière permanente à l'usage du monde entier, cette voie se trouve assimilée aux détroits naturels, en ce sens que le passage même d'un navire de guerre belligérant ne compromet pas la neutralité de l'État souverain sous la juridiction duquel se trouvent les eaux dont il s'agit ». ²⁴⁰

²³⁹ DOUGLAS, Z., *op.cit.*, p. 152.

²⁴⁰ *Vapeur Wimbledon*, (*Gran Bretagne et. al. c. Allemagne*), arrêts, 1923, C.P.J.I., série A n. 1, p. 28, « c'est là que doit s'arrêter l'interprétation grammaticale de tout contrat et notamment des traités entre nations ».

Cette décision a été considérée par la doctrine comme une approche pouvant être justifiée par l'objet particulier du traité, au-delà de la question simplement interprétative, mais aussi sur le plan des effets du traité qui peuvent être vus comme établissant un régime objectif.²⁴¹

La doctrine qui s'est posée cette question du point de vue interprétatif a observé que les juges qui sont restés minoritaires dans la décision *S. S. Wimbledon*, Anzilotti et Huber, ont au contraire utilisé les traités de Suez et de Panama pour souligner de quelle manière d'autres aspects qui ne ressortaient pas de l'interprétation du texte du traité pouvaient être utilisés pour aller au-delà d'une interprétation purement grammaticale du traité.²⁴²

De ce point de vue, dès le début de l'interprétation des traités, les meilleurs juristes ont jugé important de prendre également en considération l'« *extrinsic evidence* » pour arriver à contredire le « *clear meaning* » du traité quand son interprétation stricte pouvait porter à des conséquences contradictoires.²⁴³

Pour résoudre le problème des traités qui ne réglementent pas la protection des entreprises publiques, nous pouvons envisager deux options. La première est d'utiliser les traités qui protègent expressément les entreprises d'État pour interpréter ceux qui n'abordent pas le sujet. La seconde, suivant en un certain sens l'enseignement de la Cour sur ce point, consiste à se demander si, dans le cadre du droit des investissements, il existe un principe général obtenu par la pratique et pouvant s'appliquer quand les dispositions manquent de clarté.

Ce principe pourrait être constitué par le « *standard of non-discrimination treatment* » qui a été proposé par la doctrine plus récente comme un moyen pour interpréter les traités bilatéraux d'investissements d'une façon pouvant être utilisée pour interpréter les traités ne contenant pas de dispositions claires au sujet de la protection des entreprises étatiques. Cette doctrine a conclu son analyse en observant que :

²⁴¹ SALERNO, F., « Treaties Establishing Objective Regimes », in CANNIZZARO, E., *The Law of Treaties, Beyond the Vienna Convention*, Oxford University Press, 2011, p. 228.

²⁴² *Vapeur Wimbledon*, (*Gran Bretagne et. al. c. Allemagne*), Opinion Dissidente De M. Anzilotti et Huber, arrêts, 1923, C.P.J.I., série A n. 1, p. 36, « c'est là que doit s'arrêter l'interprétation grammaticale de tout contrat et notamment des traités entre nations ».

²⁴³ CHANG, Y., « The Interpretation of Treaties by Judicial Tribunals », *Columbia University Press*, London, 1933, p. 26.

« *While the older generation IIAs did not effectively address the concerns involving SOEs over NDT provisions, the new generation of IIAs have done a fairly good job in striking the protection of SOE investments* ». ²⁴⁴

En réalité, à notre avis, cette conclusion, bien qu'appréciable au niveau abstrait, n'est pas totalement convaincante. Ce serait plutôt, selon nous, un développement de *iure condendo*. L'analyse des traités et de leur application par les arbitres suggère plutôt qu'on peut envisager une tendance favorable aux entreprises étatiques, mais pas un principe consolidé comparable à celui sur lequel les juges Huber et Anzilotti ont fondé leurs déductions.

Dans le texte du traité, il est possible d'identifier des éléments spécifiques qui peuvent être déterminants pour son interprétation. La question la plus importante pour résoudre le problème posé par les traités qui ne donnent pas d'éléments sur les entreprises d'État est la possibilité de recourir à d'autres traités bilatéraux d'investissements ou à d'autres normes de droit international pour combler cette lacune.

Nous chercherons à comprendre en particulier si la définition générique d'investisseur, quand aucune référence n'est faite à des entités publiques, couvre également, ou non, les entreprises publiques. Avant de procéder à l'analyse de texte des traités et de la (quasi)-jurisprudence arbitrale sur ce sujet et les décisions des panels, il est nécessaire de dédier beaucoup d'attention à la doctrine sur ce sujet. En effet, il y a eu beaucoup de développements sur ce sujet ces dernières années qui, sans résoudre les problèmes plus classiques, ont apporté des innovations analytiques intéressantes (telles que, par exemple, le rôle des atteintes légitimes de l'investisseur) qui peuvent nous aider à accomplir notre but de recherche.

Un auteur, le professeur Ascensio, qui a examiné récemment les problèmes ressortissants de l'article 31 de la Convention de Vienne a observé que le fait de considérer un traité dans son individualité en appliquant la procédure interprétative envisagée par l'article 31 ne signifiait pas mettre de côté les éléments qui ne sont pas inclus dans le texte du traité. Au contraire, l'application de l'article 31 consiste à suivre une procédure unitaire qui, bien que n'établissant pas une hiérarchie entre les différentes approches envisagées par l'article 31 et

²⁴⁴ **WANG, LU.**, « Non-Discrimination Treatment of State-Owned Enterprise Investors in International Investment Agreements ? », in *ICSID Review*, Vol. 31, 2016, p. 57. Voir aussi **BARBIERI, M.**, « Sovereign wealth funds as protected investors under BITs and safeguard of the national security of host States », in **SACERDOTI, G., ACCONCI, P., VALENTI, A., DE LUCA, A.**, *General Interests of host States in International Investment Law*, Cambridge University Press, 2014.

n'aidant pas à donner la mesure de l'importance de chaque élément, identifie une procédure logique permettant d'exclure les interprétations allant au-delà de la signification du traité.²⁴⁵

Si cette approche représente le parcours logique que nous chercherons à suivre dans notre recherche, il faut observer dès le début qu'arriver à ce résultat interprétatif n'est pas simple parce que, au niveau théorique, jusqu'à aujourd'hui la doctrine n'est pas arrivée à une lecture unitaire des dispositions de l'article 31 de la Convention de Vienne et, au niveau pratique, le droit d'investissement est un système assez récent et complexe qui pose des problèmes interprétatifs particuliers.

En effet, même si nous procéderons dans la seconde partie de ce chapitre à l'analyse individuelle du texte de certains traités simples, il est nécessaire de commencer par une analyse des méthodes interprétatives pouvant être appliquées à ce sujet. Nous procéderons avant tout avec une première analyse au niveau du droit international général, puis nous vérifierons si, dans le régime spécifique du droit international des investissements, il est possible d'admettre des dérogations.

Les dispositions les plus importantes pour notre analyse sont les articles 31 (3) (b) et 31 (3) (c) de la Convention de Vienne. Nous pouvons observer que ces articles ont été cités par tous les organes juridictionnels dans le domaine économique comme des points de référence parce qu'ils représentaient « *a much needed and authoritative anchor* ». ²⁴⁶

Cependant, il est en même temps vrai que la méthode de leur application peut varier par rapport au sous-système que nous prenons en considération et, en ce qui nous concerne, le sous-système qui a montré l'originalité la plus significative est celui des tribunaux des investissements. ²⁴⁷

La question est de savoir si la qualification du droit des investissements comme un sous-système qui contient ses règles propres concernant le domaine de l'interprétation des traités a divisé en effet la doctrine, comme nous le verrons dans le prochain paragraphe.

²⁴⁵ **ASCENSIO, H.**, « Article 31 of the Vienna Conventions on the Law of Treaties and International Investment Law », *ICSID Review*, Vol. 31, No. 2 (2016), p. 366 at 373.

²⁴⁶ **WALDE, T.**, « Interpreting Investment Treaties experiences and examples », in **BINDER, C., et al.**, *International Investment for the 21st Century*, Oxford University Press, 2009, p. 746.

²⁴⁷ **NOLTE, G.**, « Jurisprudence Under Special Regimes Relating to Subsequent Agreements and Practice, Second Report for the ILC Study Group on Treaties over Time », in **NOLTE, G.**, *Treaties and Subsequent Practice*, Oxford University Press, 2013, p. 233.

Certains auteurs comme Zachary Douglas ont soutenu que le droit international de l'investissement, en raison de son caractère hybride particulier, était régi par des règles particulières qui ressortent en partie du droit interne et en partie du droit international ;²⁴⁸ d'autres, tels le professeur Leben, ont défendu l'idée selon laquelle ce droit est « *un sous-système dans le droit international et non à côté de lui* ». ²⁴⁹

Le problème que nous examinerons ici sera de vérifier si, même dans le cas où l'on accepte que le droit des investissements est un système compris dans le droit international, il existe de toute façon assez de caractéristiques particulières à ce système pouvant suggérer une interprétation particulièrement large des traités bilatéraux d'investissements qui le régissent ou s'il faut suivre une interprétation très rigoureuse des articles de la Convention de Vienne, selon l'exemple donné par la Cour internationale de justice.

Au sujet de l'article 31 (3) b, notre analyse peut s'inspirer d'une auteure, Karol Wolfke, qui a essayé de reconstruire l'existence de règles coutumières sur la base du texte des traités.²⁵⁰ Du point de vue théorique, il est clair que l'opération d'identification d'une règle de nature coutumière est une opération différente de celle qui vise à interpréter un traité. Mais, au niveau méthodologique, il existe des ressemblances pouvant justifier notre approche. Nous pouvons en effet observer qu'au sujet de l'application de l'article 31 (b) de la Convention de Vienne, il faut comprendre que la frontière entre l'interprétation, entendue comme l'opération logique visant à éclaircir la signification d'un texte, et l'identification d'une nouvelle règle simplement dérogatoire, même si elle peut être aisément distinguée au niveau théorique, devient difficile à identifier au niveau pratique.

À ce sujet, la doctrine a utilisé l'exemple très discuté²⁵¹ relatif à l'interprétation de l'article 27 (3) de la Charte des Nations Unies²⁵² sur la procédure de votation au sein du Conseil de sécurité des Nations Unies où :

²⁴⁸ DOUGLAS, Z., *The Hybrid Foundations of Investment Treaty Arbitration*, *op. cit.*, p. 195 « It is important to emphasize that the substantive law governing investment disputes is necessarily a hybrid of international and municipal law due to the private or commercial interests at the heart of this jurisdiction. This may be contrasted with state/state disputes arising out of the interpretation or application of the investment treaty which are governed purely by international law ».

²⁴⁹ LEBEN, C., *Responsabilité de l'État [...]*, *op. cit.*, p. 694.

²⁵⁰ WOLFKE, K., « Treaties and Custom: Aspects of Interrelation », in KLABBERS, J., LEFEBER, R., *Essays on The Law of Treaties*, Nijhoff, The Hague, 1998, p. 35.

²⁵¹ COT, J., ALAIN, P., FORTEAU, M., *La Charte des Nations Unies*, troisième édition, Paris, 2005, p. 942.

²⁵² Article 27 (3) de la Charte des Nations Unies « Les décisions du Conseil de sécurité sur toutes autres questions sont prises par un vote affirmatif de neuf de ses membres dans lequel sont comprises les voix de tous les membres permanents, étant entendu que, dans les décisions prises aux termes du Chapitre VI et paragraphe 3 de l'Article 52, une partie à un différend s'abstient de voter ».

« *It appears unequivocally from the practice of this provision that it has essentially been changed by admitting that voluntary abstention by a permanent member of the Council does not constitute a bar to the adoption of resolutions* ». ²⁵³

Nous pouvons clairement observer que, dans le cas d'espèce, l'analyse de l'application pratique de l'article 27 (3) de la Charte des Nations Unies a porté à l'identification d'une règle tout à fait différente de la règle énoncée dans l'article, qui a été définie par la doctrine comme « *un cas remarquable d'une coutume modificative d'un traité* ». ²⁵⁴

En ce qui concerne l'interprétation des traités bilatéraux d'investissement, l'analyse de la pratique des parties peut donner quelques éléments pour une meilleure compréhension du fonctionnement du système. Il faut de toute façon admettre qu'il sera difficile d'évaluer la représentativité des éléments qui peuvent être vus comme significatifs, c'est-à-dire les traités conclus par certains groupes d'États d'un côté et les décisions arbitrales de l'autre.

Il est en effet nécessaire d'observer que, dans les huit cas où une entreprise étatique a agi en tant que demanderesse, il n'y a que trois cas dans lesquels l'État défendeur a soulevé une exception à la participation d'une entreprise publique à l'arbitrage et, dans l'un de ces trois cas, l'exception a été retirée par la suite. ²⁵⁵ Dans les cinq autres cas, ce sont les tribunaux ou les parties qui n'ont pas considéré que le caractère étatique de l'entreprise pouvait représenter une question qui devrait être examinée et les entreprises publiques ont été admises en tant que demanderesse sans difficultés. ²⁵⁶

Or, le problème le plus significatif est que, comme nous le verrons également pour l'application de l'article 31 3 (b), le texte de l'article fait référence à la pratique *entre les parties*. ²⁵⁷

²⁵³ *Ibid.*, p. 34.

²⁵⁴ **VIRALLY, M.**, *L'Organisation mondiale*, Armand Colin, Paris, 1972, p. 105. « Il est intéressant d'observer que, comme reporté par l'auteur cité, cette pratique dérogatoire est découlée par une abstention par le délégué soviétique qui a "expressément exclu que son comportement pourrait constituer un précédent à cet égard ».

²⁵⁵ *CDC Group Plc v. Republic of the Seychelles*, ICSID Case No. ARB/02/14, Award, 17 December 2003.

²⁵⁶ *AGIP S.p.A. v. People's Republic of Congo*, ICSID Case No. ARB/77/1, Award, 30 November 1979, 21 ILM (1982), 726; *Compagnie Minière Internationale Or S.A. v. Republic of Peru*, ICSID Case No. ARB/98/6, 1998. *Rumeli Telekom AS and Telsim Mobil Telekomikasyon Hizmetleri AS v. Kazakhstan*, ICSID Case No. ARB/05/16, award, July 21, 2008. *EDF International S.A., SAUR International S.A. and Leòn Participaciones Argentinas S.A. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/03/23, Challenge Decision, 25 June 2008. *Hrvatska elektroprivreda d. d. v. Republic of Slovenia*, ICSID Case No. ARB/05/24, *Telenor Mobile Communications AS v. Hungary*, ICSID Case No. ARB/04.

²⁵⁷ **CORTEN, O., KLEIN, P.**, *Les Conventions de Vienne sur le droit des Traités*, Bruylant, Bruxelles, 2006, p. 1322.

Concernant l'interprétation de cette expression, nous pouvons envisager deux types de questions : la première est ce qu'il faut entendre par « *parties* », ce qui pose une question extrêmement intéressante concernant les entreprises d'État en raison de leur caractère hybride. La deuxième, de portée plus générale, est relative à la limitation qui ressort directement du texte de la Convention de Vienne sur la possibilité d'utiliser ou non, pour interpréter un traité, la pratique des parties tiers au traité faisant l'objet d'une interprétation.

En ce qui concerne la première question, nous pouvons identifier deux positions doctrinales : la première, plus stricte, a soutenu que la pratique d'un État doit ressortir des « *manifestations of its executive, legislative or judicial branches* » ;²⁵⁸ la seconde, dans une position plus audacieuse, est arrivée à soutenir que la pratique des parties privées peut aussi être prise en considération pour interpréter les traités.²⁵⁹

À ce propos, la doctrine citée a rapporté que le tribunal arbitral entre l'Iran et les États-Unis avait rejeté la possibilité de considérer comme pratique interprétative des Accords d'Alger les actions des banques des États-Unis, étant donné qu'elles étaient contrôlées et gérées par des actionnaires privés.²⁶⁰ Il est intéressant que le tribunal lui-même ait abandonné l'idée de vérifier si les actions de la Bank Markazī, contrôlée par l'État iranien, pouvaient être considérées comme significatives pour l'interprétation du traité.

Cette question montre bien le caractère hybride des entreprises publiques qui dans un contexte différent peuvent être vues elles-mêmes comme maîtres du traité.

Les entreprises publiques, par conséquent, méritent une attention particulière afin de prendre en considération leur rôle dans le procès interprétatif des traités : il n'est pas nécessaire à ce propos d'arriver à accepter les positions les plus audacieuses, mais aussi les moins convaincantes, qui ont pour but de prendre en considération les actions des sujets privés,²⁶¹ du moins dans le cas où ces entreprises publiques ont un lien étroit avec les États qui les contrôlent.

²⁵⁸ GARDINER, R., *Treaty Interpretation*, Oxford University Press, 2008, p. 235.

²⁵⁹ DJEFFAL, C., *Static and Evolutive Treaty Interpretation*, Cambridge University Press, 2016, p. 165

²⁶⁰ *United States v. Iran*, Case A-16, 5 Iran-US Claims Tribunals Reports, 57 at. 71. "Whereas one of the participants in the settlement negotiations, namely Bank Markazi, is an entity of Iran and thus its practice can be attributed to Iran as one of the parties to the Algiers Declarations, the other participants in the settlement negotiations and in the settlement namely the United States Banks, are not entities of the Government of the United States and the practice cannot be attributed as such to United State as the other party to the Algiers declaration".

²⁶¹ DJEFFAL, C., *op. cit.*, 2016, p. 165

En particulier, lorsqu'on accepte que toutes les branches de l'État puissent jouer un rôle dans l'interprétation, on peut se demander si les entreprises d'État peuvent rentrer dans la catégorie de sujets qui doivent (ou peuvent) être pris en considération.

Dans le domaine de la responsabilité de l'État, les entreprises publiques sont parfois considérées en tant qu'organismes publics et on peut se demander si la même opération logique peut aussi être accomplie en ce qui concerne l'interprétation des traités. La question a été examinée par la Commission du droit international qui, dans le deuxième paragraphe de la conclusion 5 intitulé :

*« L'attribution d'une pratique ultérieure », a observé que « toute autre conduite, y compris par des acteurs non étatiques, ne constitue pas une pratique ultérieure en vertu des articles 31 et 32. Une telle conduite peut toutefois être pertinente lors de l'évaluation de la pratique ultérieure des parties à un traité ».*²⁶²

Il est intéressant que la Commission, dans son commentaire, ait pris directement les critères issus des règles sur l'attribution et les ait considérés seulement en ce qui concerne le critère subjectif, c'est-à-dire sans considérer la question de savoir si l'acte est illicite ou non.²⁶³ À ce propos, la Commission a observé que :

*« Afin de déterminer cette question, l'expression toute conduite s'entend des actes et des omissions et ne se limite pas à la conduite des organes de l'État mais englobe toute conduite attribuable de toute autre manière à une partie à un traité en vertu du droit international ».*²⁶⁴

Le recours à cette formule vague est probablement motivé par plusieurs déclarations : en effet :

« Plusieurs membres de la Commission ont fait observer qu'il était difficile de distinguer entre organes inférieurs et supérieurs de l'État, étant donné en particulier

²⁶² Rapport de la Commission du droit international Soixante – huitième session (2 mai - 10 juin et 4 juillet - 12 août 2016), A/71/10 Nations Unies Rapport de la Commission du droit international Soixante - huitième session (2 mai - 10 juin et 4 juillet - 12 août 2016), Assemblée générale Documents officiels Soixante et onzième session Supplément n. 10 (A/71/10), p. 157. Sur ce point voir aussi **DORR, O., SCHMALENBACH, K., Vienna Convention on the Law of Treaties, A commentary**, Second Edition, Springer, 2018.

²⁶³ La référence aux articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite ne va toutefois pas jusqu'à exiger que la conduite en question soit « internationalement illicite », *ibid.*, p. 158.

²⁶⁴ *Ibid.*, p. 158.

*les différences marquées existant dans l'organisation interne de la gouvernance des États ».*²⁶⁵

De ces observations, nous pouvons voir un lien direct avec notre sujet de thèse : en effet, si un État de *iure* (ou, et cela serait le cas plus intéressant, *de facto*) délègue des pouvoirs publics à une de ses entreprises dans un domaine réglé par un traité international, nous pouvons nous demander si les actions (par exemple, la concession de certaines licences à certaines conditions) peuvent être considérées comme un outil pour l'interprétation d'un traité.

Cette approche pourrait ouvrir des considérations particulièrement intéressantes si nous nous demandions, en présence d'un traité ne parlant pas de la possibilité de protéger également les entreprises d'État, si le déclenchement de la procédure arbitrale de la part d'une entreprise publique sans objection de l'autre partie pourrait être considéré comme un acte qui conditionnerait l'interprétation dans le sens d'élargir le groupe de sujets protégés.

Dans le système CIRDI, toutefois, nous ne pourrions pas accepter cette hypothèse parce que, si l'acte de l'entreprise publique pouvait être considéré comme un fait de l'État, la demande serait rejetée sur la base de l'article 25 alinéa (1) de la Convention CIRDI qui empêche, comme nous le verrons plus dans le prochain paragraphe, la possibilité d'utiliser cette Convention pour des litiges interétatiques. Peut-être en revanche pourrions-nous assister à d'autres développements sur ce point dans l'arbitrage d'investissements non CIRDI.

À côté de cette question perdure celle, plus générale, consistant à se demander dans quelle mesure la conclusion de traités bilatéraux peut constituer un « *state practice* » à des fins interprétatives, mais il s'agit d'une question que nous examinerons plus loin, dans le paragraphe §1.5 de ce chapitre.

Au sujet de l'interprétation des traités bilatéraux d'investissements, une partie de la doctrine a suggéré que l'utilisation d'autres traités pouvait être justifiée sur la base de l'article 31 (3) lettre (c) de la Convention de Vienne, bien que des auteurs plus récents aient observé que cette utilisation d'autres traités est :

²⁶⁵ *Ibid.*

« *Such an accepted and established practice that it is hard to find any situation in which justification in terms of the Convention Rules has been presented* ». ²⁶⁶

Bien que nous puissions accepter que la pratique se soit basée sur elle-même, sans essayer de fournir aucune justification théorique, le fait de recourir à l'article 31 (3) (c), s'il confère d'un côté une certaine légitimité à l'utilisation des différents traités pour combler les lacunes, ouvre d'un autre côté d'autres questionnements en raison de sa formulation. Nous pouvons identifier deux obstacles de caractère théorique qui ressortent directement de la formulation de l'article 31 (3) (c).

La première limitation est contenue dans la première partie de l'article, qui se réfère à « *toute règle pertinente de droit international* » et le second ressort de l'expression « *applicable dans les relations entre les parties* », qui reste encore ouverte, comme l'a souligné, en 2012, un auteur tel que Richard Gardiner qui a dédié la plupart de ses études à ce sujet. ²⁶⁷

Au sujet de la première limitation, nous remarquons qu'il existe un intense débat doctrinal sur la signification à donner à la locution « *règle* ». Peut-elle être perçue comme une expression qui comprend également les traités. Ce problème s'est déjà posé au moment de la rédaction de la Convention. Les membres de la Commission ont adopté à l'unanimité la formulation actuelle de l'article 31 (3) (c), et il est possible, à travers la lecture des travaux de la Commission, de démontrer que même des membres comme Verdross et Ago, qui s'étaient opposés à l'inclusion expresse des traités dans l'article en question, ont considéré que la formulation « *règles* » ne pouvait pas inclure également les traités. ²⁶⁸

Par conséquent, nous pouvons être portés à imaginer que la formulation finale de la Convention peut être lue comme la confirmation que les traités sont inclus dans des règles qui peuvent être utilisées pour interpréter un traité lorsque sa signification est ambiguë.

Il faut observer que cette conclusion peut avoir un aspect de caractère général à partir du moment où la jurisprudence, dans d'autres systèmes tels que l'O.M.C. ou la Cour internationale de justice, a utilisé certains traités pour en interpréter d'autres.

²⁶⁶ **WEERAMANTRY, R.**, *Treaty Interpretation in Investment Arbitration*, Croydon, Oxford University Press, 2012, p. 128.

²⁶⁷ **GARDINER, R.**, «The Vienna Convention Rules on Treaty Interpretation », **HOLLIS, B. D.**, *The Oxford Guide to Treaties*, Oxford University Press, 2012, p. 486, "There is no authoritative definition of "General International Law", so it is not possible to say if in other context treaties would be excluded from its scope".

²⁶⁸ **ROSENRETER, D.**, *Article 31 (3) (c) of the Vienna Convention on The Law of Treaties and the Principle of Systemic Integration in International Investment Law and Arbitration*, Nomos, 2015, p. 108.

L'autre obstacle qui doit être examiné ressort de l'expression « *toutes les parties* ». La doctrine qui s'est confrontée au problème de donner une signification convaincante à l'expression « *toutes les parties* » a souligné l'existence d'une grande variété d'hypothèses comme le monde l'un des commentaires les plus éminents sur ce sujet.²⁶⁹

Le même commentaire explique que :

*« This provision however appears essential in the opinion of some authors who regret its « under use », since it would in fact allow the « operationalizations » of the link between conventional international law and customary international law, and thus, the avoidance of fragmentation in international law ».*²⁷⁰

Pour examiner cette question sur le droit d'investissement, nous pouvons nous inspirer de l'analyse de Gabrielle Marceau qui, concernant le système de l'O.M.C., qui, dans ce limité champ peut être un outil de comparaison, a observé que :

*« In light of these arguments, and the recent approach of the Appellate Body, it can be argued that Article 31 (3) (c) requires the interpreter to consider and use, when relevant, a broad range of non-WTO legal instruments to interpret the WTO agreements. However, it should be emphasized - that the weight and value to be given to those non - WTO provisions would be left to each interpreter on a case-by-case basis».*²⁷¹

La remarque finale de cette auteure, « *on a case – by - case basis* », démontre comment, au-delà des meilleurs efforts, la doctrine n'est pas arrivée à donner une solution satisfaisante à ce problème. L'analyse de l'opinion de, cité plus haut, nous démontre que la doctrine juridique n'a pas accompli de grands progrès depuis vingt ans sur ce sujet, même dans une monographie entièrement dédiée à l'article que nous sommes en train d'interpréter. Il serait intéressant de parcourir plusieurs parties de son ouvrage pour vérifier s'il existe quelque élément qui puisse nous aider à éclaircir notre sujet de recherche.

²⁶⁹ CORTEIN, O., KLEIN, P., *op. cit.*, p. 829.

²⁷⁰ *Ibid.*

²⁷¹ MARCEAU, G., « A Call for Coherence in International Law Praises for the Prohibition Against “Clinical Isolation” in WTO Dispute Settlement », *Journal of World Trade* 33(5), 87-152, 1999, at. 128.

Panos Merkouris a avant tout cherché à vérifier si, dans les différentes prévisions de la Convention de Vienne sur le droit des traités, il était possible d'envisager une signification constante du terme « *party* », mais il a conclu par la négative.²⁷²

En effet, le terme « *parties* » pourrait être interprété de quatre façons différentes :

« (i) *That all the parties to the interpreted treaty should be parties to the treaty relied upon via article 31 (3) (c), (ii) that all parties to the dispute should be parties to the other treaty, (iii) that if the treaty is not in force between all members of the treaty under interpretation, it can be considered under article 31 (3) (c) only if the rule contained therein is customary international law and (iv) that complete identity of parties is not required as long as the treaty relied upon, through Article 31 (3) (c) can be said to express the common intentions or at least a common understanding of all the parties* ». ²⁷³

Bien que l'on accepte les conclusions de la doctrine la plus récente qui a suggéré que, à la fin, il n'était pas possible d'arriver à une interprétation convaincante du terme « *party* » sur la base de l'interprétation systématique de la Convention, il est difficile de s'éloigner de l'interprétation plus immédiate, c'est-à-dire que :

« *Strictly speaking, Article 31 (3) (c) VCLT refers to – and only to – international rules applicable in the relations between the concerned State(s)* ». ²⁷⁴

Ces efforts doctrinaux n'ont pas abouti à des résultats satisfaisants et la signification du terme « *entre les parties* » de l'article 31 (3) (c) est restée une disposition normative dont la signification a soulevé beaucoup de débats dans la doctrine.

Cette considération peut inspirer deux lignes de raisonnement, toutes les deux assez convaincantes. D'un côté, les traités bilatéraux d'investissements ont été à l'origine

²⁷² **MERKOURIS, P.**, *Article 31 (3) (c) VCLT and the Principle of Systemic Integration*, Normative Shadows in Plato's Cave, Brill, 2015, p. 22. In *Ibid.*, p. 23 et 24 "To circumvent this ambiguity, one can also examine the context of article 31 (3) (c). Article 2 (1) (g) of the VCLT defines the term party as "a State which has consented to be bound by the treaty and for which the treaty is in force". However, this does not mean, ipso facto, that the term should be understood as meaning not only parties to the interpreted treaty. For instance, throughout the VCLT when the drafters wanted to stress that all the parties to a treaty should partake in a specific action or obligation, they usually did so explicitly. In article 66 (a) of the VCLT the term parties means "parties to the dispute". Additionally, the immediate context of article 31 (3) uses the term party in a variety of ways and with a certain degree of flexibility."

²⁷³ *Ibid.*

²⁷⁴ **GAZZINI, T.**, *Interpretation of International Investment Treaties*, Hart Publishing Oxford and Portland, 2016, p. 216.

développés comme une *lex specialis* pour déroger à l'interprétation du droit international donnée par la Cour internationale de justice. Cela peut être vu comme un élément suggérant que, même dans le droit des investissements, comme l'ont soutenu de nombreux tribunaux,²⁷⁵ chaque instrument doit être interprété indépendamment des autres. De l'autre côté, l'autre ligne de raisonnement valorise en revanche le fait que les traités ne sont pas des :

« *Legal islands cut off from everywhere else, but they are embedded in international law* ». ²⁷⁶

L'autre aspect important, en particulier pour le sous-système spécifique du droit des investissements, est que :

« *Treaty terms (and meanings) leapfrog from treaty to treaty. [...] These are as a rule not specific, quid pro - quo negotiated treaties, but form rather a group consisting of several thousand cognate instruments* ». ²⁷⁷

Nous pourrions imaginer que, dans le domaine des investissements, cette approche est limitée aux concepts, comme celui du traitement juste et équitable, qui peuvent être considérés comme des règles déjà affirmées au niveau coutumier, même si cette conclusion demeure incertaine. ²⁷⁸

Cependant, il faut observer que, dans la pratique des tribunaux arbitraux d'investissements, les interprètes sont allés plus loin. Ce sujet a été analysé par exemple par le Tribunal *Ambiente Ufficio SpA v. Argentina* qui a observé que :

²⁷⁵ *CMS Gas Transmission Company v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/01/8, *Decision on objections to jurisdiction of July 17, 2003*, 42 ILM 788, 2003. *Sempra Energy International, Camuzzi International, S.A. v. Republic of Argentina*, ICSID Case No. ARB/03/02, *Decision on objections to jurisdiction*, para. 145 « The general rule is evidenced by the fact that practically all disputes relating to foreign investments are today submitted to arbitration by resorting to the mechanisms of that *lex specialis* as expressed by means of bilateral multilateral treaties or other agreements ». *Azurix Corp. and The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/01/12, Award, July 14, 2006. « 58. The Claimant has argued that Article 42 of the Convention, in its first sentence, directs the Tribunal to look first to the rules of law agreed by the parties. Since the parties have not agreed to the governing law, the Tribunal should apply the BIT as *lex specialis* between the parties, and international law. 65. The tribunal notes first the agreement of the parties with the statement that the BIT is the point of reference for judging the merits of Azurix's claim ». Voir aussi pour confirmation *Azurix Corp. v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/01/12, *Annulment Proceeding, Decision on the Application for Annulment of the Argentine Republic*, September 1, 2009 Decision of the ad hoc Committee para (o).

²⁷⁶ WALDE, T. W., *op. cit.* p. 770.

²⁷⁷ *Ibid.*

²⁷⁸ MCLACHLAN, C., *op. cit.*, p. 369. Voir aussi KULICK, A., *Global Public Interest in International Investment Law*, Cambridge University Press, 2012, p. 206 - 207.

« *Extraneous rules need to be « sufficiently comparable » to the provision of the investment treaty to be interpreted ».*²⁷⁹

Dans l'affaire citée, le tribunal devait interpréter les articles (2) et (3) du traité bilatéral d'investissement entre l'Italie et l'Argentine qui exigeaient que les investisseurs étrangers en appellent à un tribunal national pendant 18 mois avant de recourir à un arbitrage international.

Le Tribunal a observé que :

« *In view of the strong structural parallels between these two types of clauses, the Tribunal does not consider it a far-fetched conclusion to assume that the futility exception to the exhaustion of local remedies rule in the field of diplomatic protection is, in the light of the art 31 (3) (c) of the VCLT also applicable to clauses requiring recourse to domestic courts in international investment law ».*²⁸⁰

La Cour internationale de justice avait déjà examiné la possibilité de tirer des inférences de l'évolution des traités, en particulier en essayant de vérifier si la répétition de certaines règles dans des traités bilatéraux d'investissements pouvait être perçue comme la source d'une règle coutumière dans le domaine de la protection diplomatique. Elle s'est montrée très sceptique à ce propos dans la sentence *Diallo* de 2007.²⁸¹

Après avoir analysé la décision arbitrale *Ambiente Ufficio S.p.A. v. Argentina*, un auteur, Tarcisio Gazzini, a conclu qu'elle était critiquable, parce que l'utilisation que le tribunal avait fait de la règle coutumière d'exception à l'épuisement des recours internes n'avait pas clarifié la signification de l'article en question, mais l'avait plutôt négligé.²⁸² La doctrine a observé à ce propos, par exemple dans le cas *SD Myers Inc. v. Canada*, que le tribunal avait en effet pris en considération la « *Convention de Bâle sur le contrôle des mouvements transfrontières de déchets dangereux et de leur élimination de 1989* », ²⁸³ mais que les arbitres

²⁷⁹ *Ambiente Ufficio SpA v. Argentina*, ICSID ARB /08/9, Jurisdiction and Admissibility, 2 May 2013, para. 601.

²⁸⁰ *Ibid.*, para. 603.

²⁸¹ *Ahmadou Sadio Diallo (République de Guinée c. République démocratique du Congo), exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 2007*, p. 582, at para. 90.

²⁸² **GAZZINI, T.**, *op. cit.*, p. 219.

²⁸³ *Convention de Bâle sur le contrôle des mouvements transfrontières de déchets dangereux et de leur élimination, ouverte à la signature le 22 mars 1989, et entrée en vigueur le 5 mai 1992.*

avaient décidé de ne pas l'appliquer parce que les États-Unis, à la différence du Canada, n'étaient pas parties à cet accord.²⁸⁴

Concernant d'autres précédents relatifs à l'interprétation du terme « *party* » dans d'autres systèmes comme l'O.M.C., nous pouvons observer que dans l'affaire déjà citée *Communautés européennes — Mesures affectant l'approbation et la commercialisation des produits biotechnologiques* le panel s'est basé sur une reconstruction extrêmement rigoureuse de l'article 31 (3) (c), comme en témoigne le paragraphe 7.68 :

« Cette compréhension de l'expression "les parties" amène logiquement à penser que les règles de droit international dont il faut tenir compte pour interpréter les Accords de l'O.M.C. en cause en l'espèce sont celles qui sont applicables dans les relations entre les membres de l'O.M.C. ».²⁸⁵

Une autre limite ressort de la nature fragmentaire du droit international qui est divisé en plusieurs sous-systèmes.

Dans le domaine de l'investissement, la jurisprudence internationale a accepté l'orientation proposée dans l'*Affaire de l'Usine MOX (Irlande c. Royaume-Uni), mesures conservatoires*, rendue par le Tribunal international du droit de la mer, qui a soutenu que :

« L'application des règles du droit international en matière d'interprétation des traités à des dispositions identiques ou similaires des différents traités peut ne pas aboutir à des résultats identiques, compte tenu, notamment, des différences entre leurs contextes, objets et buts respectifs, de la pratique ultérieure des parties et des travaux préparatoires ».²⁸⁶

En tenant compte de ces limitations générales, la doctrine a observé que l'interprétation du silence reste parfois un but difficile à poursuivre. Une observation générale est que le silence peut signifier « *accord ou désaccord* ».²⁸⁷ Cette double signification du silence dans le droit international d'investissements a été bien illustrée par la doctrine qui a examiné l'affaire

²⁸⁴ SALACUSE, J. W., *The Law of Investment Treaties*, Oxford University Press, New York 2010, p. 150.

²⁸⁵ *Communautés Européennes – Mesures affectant l'approbation et la commercialisation des produits biotechnologiques* WT/DS291/R WT/DS292/R WT/DS293/R, 29 septembre 2006, Reports du Panel, para. 7.68.

²⁸⁶ *Usine MOX (Irlande c. Royaume-Uni), mesures conservatoires, ordonnance du 3 décembre 2001, TIDM Recueil 2001, p. 95, para. 51.*

²⁸⁷ WEERAMANTRY, R., *op. cit.*, p. 203.

Methanex. Dans ce cas, les arbitres ont dû interpréter l'absence d'une disposition concernant les *amicus curiae* et par conséquent les arbitres ont été très réticents à les admettre.

Il existe en revanche des exemples qui peuvent être tirés de la pratique arbitrale des tribunaux d'investissement qui ont employé des traités divers de ceux qui avait été conclus entre les parties pour donner un sens aux dispositions du traité qui leur avait conféré leur compétence. Un exemple peut être tiré du cas *Tokios Tokelés v. Ukraine* dans lequel le tribunal a observé que l'absence d'une « *denial of benefit clause* », bien que présente dans un grand nombre de traités bilatéraux d'investissements, devait être lue comme une « *deliberate choice of the Contracting Parties* ». ²⁸⁸

La doctrine qui a analysé cette décision a conclu que cette sentence arbitrale démontrait que l'absence d'une disposition normative incluse dans un grand nombre d'accords pouvait donner naissance à la présomption interprétative que cette clause avait été omise d'une manière consciente. ²⁸⁹

Plus généralement, la doctrine la plus récente a exprimé une considération qui peut être intéressante pour notre sujet et qui peut nous aider à dépasser les problèmes dogmatiques que les considérations développées jusqu'ici n'ont pas permis de surmonter.

Il s'agit d'utiliser les dispositions les plus détaillées des traités successifs pour interpréter celles des traités les plus anciens qui sont en général moins précis. Cela peut être une thèse critiquable, mais elle a été avancée dans le domaine du droit international général, ²⁹⁰ et elle est donc, à notre avis, acceptable *a fortiori* dans le droit des investissements où le concept d'atteintes légitimes joue un rôle très important. ²⁹¹

Cette question a été analysée par une partie de la doctrine qui a transposé dans ce contexte la question des « *legitimate expectations* ». ²⁹² Thomas W. Walde, notamment, a observé que :

²⁸⁸ *Tokios Tokelés v. Ukraine*, ICSID Case No. ARB/02/18, *Decision on Jurisdiction*, 29 April 2004, para. 36

²⁸⁹ WEERAMANTRY, R., *op. cit.*, p. 203

²⁹⁰ AUST, A., *Modern Treaty Law and Practice*, Cambridge University Press, 2013, p. 216.

²⁹¹ DOLZER, R., SCHREURER, C., *op. cit.*, p. 145 « An examination of the practice of tribunals demonstrates that several principles can be identified which are embraced by the standard of fair and equitable treatment [...] the central role of stability, transparency and the investor's legitimate expectations ».

²⁹² WALDE, T., *op. cit.*, p. 772. Voir aussi ROBERTS, A., « Power and Persuasion in investment treaty arbitration », *The American Journal of International Law*, 2010, vol. 104, p. 215; « The principle of good faith, which is generally recognized under international law, is closely related to other doctrines, including estoppel, legitimate expectations, and abuse of rights. Views will differ on how such a general principle might be applied in these specific circumstances. Given the powers retained by states as treaty parties, it would seem an

« *If the subsequent more detailed treaty is more restrictive it is not correct to read into the earlier, more liberal treaty what later, more restrictive treaties have regulated on the same issue. This would also be counter the doctrine of legitimate expectation* ». ²⁹³

À notre avis, une approche contraire à celle de Thomas W. Walde serait contraire aux principes généraux interprétatifs visant à utiliser les traités les plus récents avec des prévisions plus détaillées pour éclaircir la signification des traités plus anciens qui sont plus génériques, à condition que cette interprétation ne relève pas de portée restrictive, c'est-à-dire qu'elle ne limite pas les attentes légitimes des investisseurs. Cette considération, basée sur les principes généraux qui régissent tout le système de protection des investisseurs, peut apparaître à notre avis comme un bon critère de dernière instance quand le langage de chaque traité ne donne pas de renseignements satisfaisants pour combler les lacunes.

D'un autre côté, l'autre instrument le plus commun reste l'utilisation massive des précédents arbitraux, au moins comme instruments d'interprétation de certaines clauses récurrentes, et, en pratique, comme l'a observé une partie de la doctrine, directement comme source de droit. ²⁹⁴

Nous croyons que cette déférence envers l'élément jurisprudentiel n'est pas totalement injustifiée, au moins du point de vue pratique, d'autant plus que, quand on fait référence à des clauses de portée très générique dans les traités, il peut être difficile de donner une signification satisfaisante au texte du traité sans le support de l'élément jurisprudentiel. ²⁹⁵

Cette règle est certainement également précieuse pour le système du droit des investissements. Un exemple peut être tiré de l'article 1136 (1) de l'ALENA, avec des remarques linguistiques presque identiques selon lesquelles les tribunaux constitués en vertu de ce traité ne sont liés par aucune décision judiciaire précédente.

Mais Jeswald Salacuse, de toute façon, conclut que, dans le domaine de droit des investissements, il était acceptable que les « *scholarly commentary on investment treaties* »

overreach to find that any late or self-interested interpretation was an abuse of the principle of good faith, though this doctrine might be helpful in extreme cases involving late and unreasonable interpretations ». Voir aussi ARATO, J., « Accounting for Difference in Treaty Interpretation Over Time », in BIANCHI, A., PEAT, D., WINDSOR, M., *Interpretation in International Law*, Oxford University Press, 2015, p. 216

²⁹³ WALDE, T., *op. cit.*, p. 772-773.

²⁹⁴ YEN, T. H., *The Interpretation of Investment Treaties*, Brill, Leiden, 2014, p. 83 - 85.

²⁹⁵ SALACUSE, J. W., *op. cit.*, p. 172.

aient un rôle important, même si résiduel, si le but général de ce système était de créer « *a predictable framework for investors* ». ²⁹⁶

En tenant compte de tous ces éléments, nous examinerons dans les prochains paragraphes avant tout chaque modèle de traité d'investissements (certains sont déjà entrés en vigueur) en cherchant à identifier la signification de ces dispositions dans leur individualité. Ensuite, à travers une comparaison des divers instruments, nous chercherons à découvrir les éléments concordants qui peuvent être définis comme un concept juridique, c'est-à-dire une expression qui s'est enrichie à travers l'usage d'une signification particulière. ²⁹⁷ En particulier, nous étudierons la définition générique d'investisseur quand aucune référence n'est faite à des entités publiques pour couvrir, ou non, les entreprises publiques.

²⁹⁶ *Ibid.*

²⁹⁷ *Ibid.* "A third issue arises when interpretation of a legal concept is at stake. In this respect, concerns have been expressed about the extensive use by investment tribunals of precedents, doctrine and comparison with other treaties, instead of Article 31 (1) elements. However, this is perfectly understandable, and even recommended, when a term has an established legal meaning and calls for an interpretation according to general international law or according to common usage for standards. As explained by the ILC in its conclusion on the fragmentation of international law, customary international law and general principles of law have 'particular relevance' when interpreting an 'opened-texture' treaty rule or when the term has a 'recognized meaning' under such law or principles."

§1.2) L'analyse spécifique des modèles et de la pratique des États : les traités bilatéraux d'investissements des pays de droit continental

§1.2.1) Le modèle français

Le modèle de l'accord de protection d'investissement français élaboré en 2006 prévoit une définition des sujets protégés par le traité à l'article 1. Plus en détail, l'alinéa 2 du même article spécifie la notion de personne morale comme suit :

*« (b) Toute personne morale constituée sur le territoire de l'une des parties contractantes conformément à la législation de celle-ci et y possédant son siège social, ou contrôlée directement ou indirectement par des nationaux de l'une des parties contractantes, ou par des personnes morales possédant leur siège social sur le territoire de l'une des parties contractantes et constitué conformément à la législation de celle-ci ».*²⁹⁸

Il est tout à fait évident que cette vaste définition peut être interprétée comme admettant également la participation à l'arbitrage des entreprises étatiques, puisqu'elles ne sont pas exclues.

De la formulation de cet article, nous pourrions être tentés de déduire des restrictions par rapport, par exemple, à d'autres modèles qui incluent également l'État lui-même parmi les investisseurs protégés. La référence au siège social, en effet, semble suggérer que les rédacteurs ont pensé uniquement à des sociétés. Cette conclusion peut être confirmée par la lecture de la traduction officielle anglaise dans laquelle la locution « *personne morale* » est traduite par « *company* ». De cette considération, nous pouvons conclure que l'État est exclu des investisseurs, mais cette considération n'est pas suffisante pour décider de la question plus complexe des entreprises publiques.

Il est intéressant de juxtaposer le texte de l'article 1 à celui des articles 8 (*Règlement des différends entre un investisseur et une partie contractante*), 9 (*Garantie et subrogation*) et 11 (*Règlement des différends entre parties contractantes*). L'article 8 du modèle ne prévoit aucun autre forum que le CIRDI.²⁹⁹

²⁹⁸ France modèle traité bilatéral d'investissements, 2006, article (1) alinéa 2.

²⁹⁹ **BROWN, C.**, *Commentaries on Selected Model Investment Treaties*, Oxford University Press, Oxford, 2013, p. 285.

Comme nous le verrons dans le système CIRDI, la doctrine, en se fondant sur les travaux préparatoires de la Convention, a toujours exclu qu'un État puisse être demandeur dans un arbitrage CIRDI, même en qualité d'assureur subrogé dans les droits des investisseurs.

L'article 9 alinéa 3 du modèle permet de toute façon à l'État qui a donné sa garantie à l'investisseur « *et effectué des versements à l'un de ses investisseurs* » de se subroger à lui dans les « *droits et les actions* » de ce dernier. Cette disposition doit être lue avec le dernier alinéa qui explique que :

*« Lesdits versements n'affectent pas les droits du bénéficiaire de la garantie de recourir au CIRDI ou de poursuivre les actions introduites devant lui jusqu'à l'aboutissement de la procédure ».*³⁰⁰

Cette référence à la subrogation a déjà été analysée par la doctrine plus ancienne et a soulevé beaucoup de questions lorsque les rédacteurs de la Convention CIRDI ont analysé cette question. La question s'est posée, d'un côté, du point de vue du consentement, qui sera analysé dans cette partie, et, de l'autre côté, lorsqu'il s'agit de savoir si un État peut être subrogé dans le droit de l'investisseur dans les limites du champ d'application de la Convention CIRDI. L'auteur qui a examiné cette question a souligné que :

*« Si la subrogation semble pouvoir jouer dans le cadre de la Convention, elle paraît dépendre de deux conditions tirées des deux caractères fondamentaux de la compétence du centre : son caractère consensuel d'une part, et l'exclusion des conflits interétatiques d'autre part. [...] je reconnais que lorsqu'on doit conclure du contexte que l'État a donné son consentement à l'investisseur intuitu personae, on ne saurait pas admettre que ce consentement puisse couvrir le recours intenté par un organisme subrogé aux droits de l'investisseur. Si un investisseur souhaite assurer la possibilité à un subrogé ou à un successeur quelconque de se prévaloir du consentement à l'arbitrage de l'État hôte, il conviendrait que cette possibilité soit expressément incluse dans la clause d'arbitrage et soit acceptée par l'État d'accueil ».*³⁰¹

De cette observation, nous pouvons imaginer que, du point de vue du consentement, les parties jouissent d'une certaine liberté.

³⁰⁰ France modèle traité bilatéral d'investissements, 2006, article (9) alinéa 2.

³⁰¹ **BROCHES, A. M.**, « La Convention et l'Assurance – Investissements », in *Investissements Etrangers et Arbitrage entre États et personnes privées*, Paris, Pedone, 1969, p. 164.

Mais, à la lecture de l'article 9, il nous semble possible de conclure que, bien que l'État soit « *subrogé dans les droits et les actions de l'investisseur* », ses actions ne comprennent pas celles qui peuvent être exercées devant le CIRDI et qui restent réservées au bénéficiaire de la garantie. Nous pouvons donc en conclure que l'État ou un organisme étatique est exclu des sujets qui peuvent être parties à un arbitrage.

La question peut être plus complexe en ce qui concerne des émanations qui ont une personnalité morale distincte de l'État et jouissent d'une fonction comme le recouvrement de créances ou l'assurance des investissements. Nous pouvons conclure que, à un niveau abstrait, les parties peuvent convenir, à travers un traité ou un contrat, qu'une émanation qui jouit de la personnalité morale autonome de l'État peut se subroger dans les droits de l'investisseur,³⁰² mais, il reste à vérifier si cette possibilité existe aussi en prenant en considération les limites imposées par la Convention CIRDI. Nous examinerons cette question dans le paragraphe 2.5) de ce chapitre.

L'article 11 (Règlement des différends entre parties contractantes), qui se réfère aux litiges interétatiques, exclut expressément « *les différends relatifs aux investissements mentionnés à l'article 8 du traité bilatéral d'investissements* ». De cette locution, nous pouvons aisément comprendre que le champ d'application de cette clause ne comprend pas tous les différends d'investissements dont l'État et par conséquent toutes les entités rattachées à ce dernier sont exclues. En ce qui concerne la pratique de la France par rapport aux traités bilatéraux d'investissements conclus avec d'autres États, il est difficile de tirer des conclusions générales, dans la mesure où, dans la large majorité des traités bilatéraux d'investissements conclus, la définition d'investisseur est générique comme dans le modèle commenté ci-dessous. Il existe, en revanche, des exceptions : comme nous le verrons aussi à propos du Royaume-Uni, la France a changé la formulation de son modèle de traité bilatéral d'investissements exclusivement dans les accords conclus avec les pays arabes.

Dans le cas du Koweït par exemple :

« *Le terme (investisseur) désigne tout national de l'un des États contractants au toute personne morale, y compris le gouvernement d'un État contractant, qui investit sur le territoire de l'autre État contractant* ».³⁰³

³⁰² *Ibid.*

³⁰³ *Accord entre la République française et l'État du Koweït sur l'encouragement et la protection réciproques des investissements*, signé à Paris le 27 septembre 1989, entrée en vigueur le 16 mai 1991.

Une formulation similaire se trouve dans les traités bilatéraux d'investissements conclus avec les Émirats arabes unis et avec l'Arabe saoudite,³⁰⁴ mais non, par exemple, avec le Yémen³⁰⁵ ou l'Iran,³⁰⁶ bien que ce dernier possède lui aussi un secteur public plutôt vaste.

Un cas tout à fait particulier est le cas relatif au traité bilatéral d'investissement conclu avec la Chine dans lequel il n'y a aucune disposition se référant aux entreprises publiques. Mais il est raisonnable de penser que leurs investissements sont également protégés puisque la disposition protège aussi les investisseurs qui n'ont pas de but lucratif.³⁰⁷

Il n'est malheureusement pas possible d'envisager une évolution précise par rapport à la politique de la France au sujet de la protection des entreprises publiques. En effet, si nous comparons la date des traités d'investissements, nous pouvons observer que le traité conclu avec le Koweït qui protège aussi l'investisseur public date de 1989 alors que l'accord avec l'Iran date de 2003 et ne contient aucune indication au sujet des entreprises publiques. Cette circonstance suggère qu'il n'est pas possible, à travers les traités, d'envisager une vraie pratique de la France par rapport à sa politique extérieure en ce qui concerne les émanations de l'État. Le texte des traités reflète simplement les intérêts spécifiques et le pouvoir contractuel de chaque négociation.

§1.2.2) Le modèle chinois

Nous pouvons imaginer que le modèle chinois a une définition très détaillée au sujet des entreprises publiques, étant donné l'importance du rôle joué par ces entreprises dans l'économie de ce pays. Mais, en réalité, aucun des traités bilatéraux d'investissements de

³⁰⁴ *Accord entre le Gouvernement de la République Française et le Gouvernement du Royaume d'Arabie Saoudite sur l'encouragement et la protection réciproques des investissements*, signé le 26 juin 2002 et entré en vigueur le 18 mars 2004 « 2. Le terme d'« investisseur » désigne : [...] l'une ou l'autre des Parties contractantes et ses institutions et autorités financières, fonds publics et autres institutions gouvernementales analogues ».

³⁰⁵ *Accord entre le Gouvernement de la République française et le Gouvernement de la République arabe du Yémen sur l'encouragement et la protection des investissements (ensemble deux échanges de lettres)*, signé le 27 avril 1984, entrée en vigueur le 19 juillet 1991.

³⁰⁶ *Accord entre le Gouvernement de la République Française et le Gouvernement de la République Islamique d'Iran sur l'encouragement et la protection réciproques des investissements*, signé le 12 mai 2003, entrée en vigueur le 12 novembre 2004.

³⁰⁷ *Accord entre le Gouvernement de la République française et le Gouvernement de la République islamique d'Iran sur l'encouragement et la protection réciproques des investissements* signé le 12 mai 2003, entrée en vigueur le 12 novembre 2004.

promotion et de protection des investissements conclus par la Chine n'inclut expressément les entreprises chinoises comme possibles demanderesses.³⁰⁸

Plus précisément, le modèle adopte une définition très large qui peut être reconstruite comme comprenant ou non les entreprises d'État. La définition de ressortissant, en effet, se lit comme suit :

« (a) *Natural persons who have nationality of the People's Republic of China in accordance with its laws ; (b) economic entities established in accordance with the laws of the People's Republic of China and domiciled in the territory of the People's Republic of China* ».

Un commentaire a observé que cette vaste définition devait être interprétée comme incluant également les entreprises publiques, même s'il n'y a pas encore eu d'affaires ayant été décidées sur ce point.³⁰⁹ Les auteurs qui ont examiné plus en détail les traités bilatéraux d'investissement chinois sont en revanche arrivés à des conclusions différentes. En particulier, ces auteurs ont souligné l'existence d'un parallélisme entre la définition d'investisseur dans les traités bilatéraux d'investissements chinois et ceux des États-Unis.

La définition de « *legal entity* » a été interprétée dans un sens très large. La doctrine a tiré ses conclusions à travers l'examen de la nouvelle définition de « *legal entity* » proposée pour le nouveau modèle chinois de traité bilatéral d'investissement qui, en effet, rappelle celle élaborée dans le modèle des États-Unis, à savoir : « *Legal Entity means any entity [...] whether or not for profit, and whether privately owned or governmentally owned* ». ³¹⁰

Une interprétation évolutive des instruments actuels, par conséquent, semble suggérer que dans le futur de la pratique chinoise les entreprises publiques seront tout à fait comprises dans la définition d'investisseur.

Toutefois, si nous portons notre attention sur les traités bilatéraux d'investissements qui ont été effectivement conclus par le gouvernement chinois, nous pourrions être surpris d'observer que leur construction semble exclure les entreprises d'État des sujets protégés, bien que ce ne soit pas fait de façon nette.

³⁰⁸ GALLAGHER, N., « Role of China in Investment: BITs, SOEs, Private Enterprises, and Evolution of Policy », *ICSID Review*, Vol. 31, 2016, p. 88, at 99.

³⁰⁹ BROWN, C., *Commentaries [...] op. cit.*, p. 155.

³¹⁰ GALLAGHER, N., SHAN, W., *Chinese Investment Treaties*, Oxford University Press, 2009, p. 389.

Un auteur a illustré avec le traité bilatéral d'investissements entre la Chine et le Qatar, dans lequel les sujets qui peuvent porter plainte devant un tribunal arbitral sont définis par la partie qatarie comme les :

*« Legal persons including companies, general corporations, public organizations, public and semi-public entities constituted in accordance with the legislation of [...]. Qatar and domiciled in its territory [...] »*³¹¹

tandis que le même article définit les investisseurs chinois simplement comme des *« economic entities established in accordance with the laws [...] of China and domiciled in the territory of [...] China [...] »*.³¹² De plus, nous pouvons trouver un exemple similaire dans le traité bilatéral d'investissement entre le Ghana et la Chine.

Selon Paul Michael Blyschak, ces définitions asymétriques semblent suggérer que les entreprises d'État chinoises doivent être exclues de la protection des traités bilatéraux d'investissements. Cette conclusion ne va pas de soi et semble bien curieuse, en considérant le fait que la partie largement majoritaire des investissements chinois est réalisée par des entreprises d'État.³¹³

En revanche, dans le traité bilatéral d'investissements entre la Chine et la Tanzanie et dans celui entre la Chine et les États membre de l'ACIA, la définition d'entreprise a été formulée en incluant expressément les entreprises contrôlées par le gouvernement chinois. Nous pourrions alors conclure, en se fondant sur le vieil adage *« ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit »*, que, en effet, les rédacteurs de ces traités bilatéraux d'investissements ont négocié des régimes tout à fait différents pour chaque cas, selon les circonstances. Il semble que, concernant les traités bilatéraux d'investissements chinois, il ne soit pas possible de déduire de conclusions générales sur notre sujet.

³¹¹ *Agreement between the Governments of the People's Republic of China and the Government of the State of Qatar Concerning the Encouragement and Reciprocal Protection of Investments*, 09th April 1999, entered into force on the 1st of April 2000, Art. 1(2) (b).

³¹² *Ibid.*

³¹³ GALLAGHER, N., 2016, *op. cit.*, p. 88, at 99

§1.3) L'analyse spécifique des modèles traités bilatéraux d'investissements des pays de common law.

§1.3.1) Le modèle du Royaume-Uni

Le modèle des traités bilatéraux d'investissement du Royaume-Uni est extrêmement laconique au sujet des définitions.

L'article 1 lettre (b) déclare ainsi que, dans l'économie du traité bilatéral d'investissements, « *companies means: (i) in respect of the United Kingdom: corporations, firms and associations incorporated or constituted under the law in force in any part of the United Kingdom or in any territory to which this Agreement is extended in accordance with the provisions of Article 12* ».

Il est intéressant d'observer que le même modèle ne prévoit aucune définition d'entreprise par rapport aux entreprises de l'autre partie, qui peuvent changer dans chaque traité. Le modèle britannique, par conséquent, laisse une grande liberté aux arbitres.

La pratique des traités effectivement conclus par le Royaume-Uni ne donne pas d'indices pour déduire des conclusions plus précises. Il peut être intéressant d'observer que le traité bilatéral d'investissements conclu entre le Royaume-Uni et le Sénégal prévoit expressément que les personnes morales, pour être protégées, doivent être « *profit seeking* », ³¹⁴ une expression qui semble exclure que l'État ou les entreprises étatiques puissent être exclus si, dans le cas d'un investisseur privé, il est raisonnable de penser qu'il cherche le profit, dans le cas des investisseurs publics. Comme nous l'avons vu à travers notre analyse empirique, cela n'est pas nécessairement la règle. ³¹⁵

Avec un argument *a contrario*, nous pourrions tirer de cette disposition la conclusion que le Royaume-Uni considère que, en général, son modèle protège également les entreprises qui ne cherchent pas un retour économique de leurs investissements, mais l'exemple donné n'est pas suffisant pour en tirer des conclusions définitives.

³¹⁴ *Agreement between the Government of the United Arab Emirates and the Government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland for the Promotion and Protection of Investments*, signed on the 08th of December 1992 entered into force on the 15th of December 1993.

³¹⁵ MILHAPUT, C. J., & ZHENG, W., 2016, *op. cit.*, p. 177.

Comme dans le cas de la France, bien que le modèle de traité soit muet au sujet des entreprises publiques, il existe plusieurs exemples dans lesquels les entreprises publiques sont expressément incluses dans les sujets protégés, comme dans le traité entre le Royaume-Uni et les Émirats arabes unis.³¹⁶ Dans la pratique du Royaume-Uni en revanche, nous pouvons envisager un des trois traités bilatéraux d'investissements connus qui excluent expressément les entreprises publiques des sujets protégés.³¹⁷

Tout comme le modèle de traité bilatéral d'investissements français, le modèle britannique admet la subrogation d'une agence publique dans les droits d'un investisseur qui a subi des dommages. L'aspect intéressant est que, à la différence du modèle de traité bilatéral d'investissements français, le modèle britannique contient également, à côté du CIRDI, la possibilité pour les parties de recourir à l'arbitrage CNUDCI.

De ce point de vue, il peut sembler que le traité, dans le cas de la subrogation, admette en effet qu'une entité publique puisse être partie à l'arbitrage. La doctrine a observé que le texte du modèle, en ce qui concerne les définitions, n'a pas changé beaucoup par rapport à la version originale.³¹⁸ Cette circonstance peut s'expliquer par le fait qu'il n'y a pas de références directes aux entreprises étatiques, lesquelles sont en revanche incluses dans les modèles les plus récents, comme ceux du Canada et des États-Unis.

§1.3.2) Le modèle des États-Unis

L'article 1 du modèle de traité bilatéral des États-Unis de 2004 prévoit que « *investor of a Party means a Party or state enterprise thereof, or a national or an enterprise of a Party* ».

³¹⁹ Cette définition est extrêmement large. L'article, en effet, permet de considérer comme investisseurs non seulement les entreprises publiques mais aussi les États eux-mêmes. L'auteur qui a examiné cet article a observé que cette disposition est en continuité des « *modern trends in foreign investment* »³²⁰ qui admettent de plus en plus la possibilité pour

³¹⁶ *Agreement between the Republic of Senegal and The Government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland for the Promotion and Protection of Investments*, signed on the 07th May 1980 entered into force on the 9th of February 1984.

³¹⁷ *Agreement between the Republic of Panama and The Government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland for the Promotion and Protection of Investments*, signed le 7th October 1983 and entered into force on the 7th November 1985.

³¹⁸ **BROWN, C.**, *Commentaries [...]*, *op. cit.*, p. 716.

³¹⁹ *United States, Bilateral Investment Treaty Model*, 2012, article 1.

³²⁰ **NOLAN, M. D., and SOURGENS, F. G.**, « State-controlled entities as claimants in international investment arbitration: an early assessment », *Vale Columbia FDI Perspectives*, No 32, 2 December 2010.

les entreprises d'État et les fonds souverains d'être protégés par les traités sur les investissements.³²¹

Cette définition doit être vue comme un point d'arrivée après une longue évolution des définitions contenues dans les traités bilatéraux d'investissements des États-Unis. Le premier traité des États-Unis rédigé pour garantir la protection des investisseurs étrangers remonte en effet à 1911 et avait été conclu avec le Japon.

Le domaine d'application de ce traité s'étendait à tous les « *limited liability and others corporations and associations* » et, en ce qui concerne notre domaine d'analyse, il est intéressant d'observer qu'il comprenait toutes les entités « *whether or not for pecuniary profit* ». ³²² Cette expression suggère une certaine ouverture vers des sujets autres que les investisseurs privés, mais il faut attendre le modèle de 1983 pour trouver la première disposition normative qui se réfère expressément aux entreprises étatiques : l'article I (a) en particulier précise que :

« *An entity is a company regardless of whether it is privately or governmentally owned* ». ³²³

L'auteur qui a étudié cette définition a observé que cette expression avait été motivée par le désir des États-Unis de bénéficier d'une protection large pour ses entreprises même dans les pays du tiers-monde avec un secteur public très large. ³²⁴

Si on regarde l'évolution du modèle de traités bilatéraux d'investissements de 1983 à 2004, il y a eu une grande évolution dans la définition de « *company* » qui a été amplement élargie par rapport à la définition d'origine jusqu'à inclure presque toutes les formes d'associations. Nous pouvons observer que, de toute façon, la politique de la porte ouverte par rapport aux entreprises publiques n'a jamais été fermée. En effet, la clarification selon laquelle les entités protégées par les traités bilatéraux d'investissements américains sont toujours les entreprises « *privately or governmentally owned* » a été conservée aussi bien dans le modèle de 1987 que dans celui de 1991, 1992 et 1994. ³²⁵

Les changements les plus intéressants figurent dans le modèle de 2004, une évolution qui, comme nous le verrons, a eu une influence considérable sur le développement des traités multilatéraux tels que l'ALENA et l'ACIA. Dans le modèle de 2004, en effet, il y a un changement important dans la définition des sujets protégés. Le nouveau modèle ne définit

³²¹ BROWN, C., *Commentaries [...] op. cit.*, p. 716.

³²² VANDEVELDE, K. J., *U.S. International Investment Agreements*, Oxford University Press, 2009, p. 147.

³²³ *Ibid.*, p. 147.

³²⁴ *Ibid.*, p. 149.

³²⁵ *Ibid.*, p. 153.

plus les « *companies* », mais les investisseurs protégés. L'article premier fait référence à « *a Party or a state enterprises thereof* ». La doctrine a observé que pour la première fois, l'État lui-même est compris dans les sujets protégés. Cette interprétation est confirmée par une note explicative qui précise que l'application des obligations substantielles du traité bilatéral d'investissements s'appliquent aussi « *to a State Enterprise or others person when it exercises any regulatory, administrative, or other governmental authority delegated to it by that Party* ».

Cette disposition a été vue en partie comme « *globalised* » parce que, concernant la responsabilité de l'État, elle vise à élargir le champ de la responsabilité de ce dernier pour toutes les actions d'un large ensemble d'entités étatiques.³²⁶

L'examen des traités bilatéraux d'investissements signés par les États-Unis confirme l'intention politique de protéger également les entreprises publiques, intention constante depuis les traités bilatéraux d'investissements signés à partir de 1983. Dans les traités bilatéraux d'investissements de la première phase, basés sur le modèle de 1983, il existe parfois des variations stylistiques comme dans le traité bilatéral d'investissements entre la République de Panama et les États-Unis. Les « *companies* » n'y sont pas définies comme « *governmentally-owned* », mais comme « *publicly owned* ». Cependant, il est clair que ces variations ne sont pas significatives et l'ouverture vers les entreprises publiques a été constante également dans les années suivantes.

La même politique se retrouve aussi dans les traités suivants, basés sur les modèles de 1991, 1992 et 1994, puis sur le dernier modèle, celui du 2004, que nous avons examiné au début. En conclusion, nous sommes d'accord avec l'auteure qui a examiné cette disposition du point de vue des entreprises étatiques en tant que demanderesse. Selon elle, cette disposition vise à répondre aux préoccupations liées aux investissements souverains et à empêcher que des entreprises appartenant à l'État et exerçant des pouvoirs de puissance publique non formels puissent bénéficier de la protection du traité bilatéral d'investissements.³²⁷ L'analyse que nous avons conduite sur les traités suggère que les investissements publics sont cependant protégés.

³²⁶ VOSS, J. O., *op. cit.*, p. 158.

³²⁷ CHAISSE, J. and SEJKO, D., *op. cit.*, p. 92.

§1.3.3) Le modèle du Canada

Le modèle du Canada trouve ses origines, comme beaucoup de modèles, dans le modèle de l'OCDE de 1967.³²⁸

Dans un premier groupe de traités bilatéraux d'investissements encore en vigueur,³²⁹ suivant l'exemple du *Projet de convention sur la protection des biens étrangers* de l'OCDE, le mot « *investor* » est défini de façon générique. Un exemple est le traité entre le Canada et la République argentine qui définit les investisseurs comme :

« [...] (i) Any natural person possessing the citizenship of or permanently residing in a contracting Party in accordance with its laws, (ii) In respect of Canada, any juridical person, including corporations, partnerships, organizations, associations or enterprises incorporated or duly constituted in accordance with applicable laws of that Contracting Party, or (iii) in respect of the Republic of Argentina, any juridical person according to the laws- and regulations- of the Republic of Argentina or having its seat in the territory of the Republic of Argentina ».

Il n'y a pas d'éléments conclusifs pouvant aider l'interprète à comprendre si les entreprises publiques sont comprises ou non dans la définition d'investisseur. Après l'expérience de l'ALENA, le Canada a changé son modèle en 1993 et, sur la base de ce modèle, a conclu 18 traités bilatéraux d'investissements. Tous ces traités bilatéraux d'investissements, avec quelques variations stylistiques mineures, définissent les entreprises protégées comme des entités « *constituted or organized under applicable law, [...] whether privately - owned or governmentally - owned* ». ³³⁰

³²⁸ OCDE, *Projet de Convention sur la protection des biens étrangers*, FORTIER, L. Y., « Canadian Approach to Investment Protection », in BINDER, C., *International Investment Law for the 21st Century*, Oxford University Press, 2008, p. 528

³²⁹ *Agreement between the Government of Canada and the Government of the Republic of Poland for the Promotion and the Reciprocal Protection of Investment (1990)*, *Agreement between the Government of Canada and the Government of the URSS (now binds the Russian Federation) for the Promotion and the Reciprocal Protection of Investment (1991)*, *Agreement between the Government of Canada and the Government of the Czech and Slovak federal Republic for the Promotion and the Reciprocal Protection of Investment (1993)*, *Agreement between the Government of Canada and the Government of the Republic of Argentina for the Promotion and the Reciprocal Protection of Investment (1993)*, *Agreement between the Government of Canada and the Government of the Republic of Hungary for the Promotion and the Reciprocal Protection of Investment (1993)*.

³³⁰ *Agreement between the Government of Canada and the Government of the Republic of Eastern Uruguay for the Promotion and the Reciprocal Protection of Investment (signé le 29/10/1997 et entré en vigueur le 02/06/1999)*, mais voir aussi, par exemple *Agreement between the Government of Canada and the Government of the Republic of Trinidad and Tobago for the Promotion and the Reciprocal Protection of Investment (signé*

Dans le modèle actuel du Canada élaboré en 2003, l'évolution reflète l'expérience acquise à travers l'ALENA. Par conséquent, ce modèle de traité a été appelé par la doctrine « *NAFTA - plus model* ».

La disposition la plus importante au sujet des entreprises d'État est l'article 1 dans lequel se trouve la définition d'entreprise. Cette définition se lit comme suit :

« (i) *Any entity constituted or organized under applicable law, whether or not for profit, whether privately - owned or governmentally - owned, including any corporation, trust, partnership, sole proprietorship, joint venture or other association; and (ii) a branch of any such entity* ».

La doctrine qui a examiné cet article a observé que « *the term enterprise is a key element of the definition of the investment model* ». ³³¹ Nous comprenons la raison de cette considération si nous juxtaposons la définition de l'article 1 avec l'article 23 du modèle traité, selon lequel:

« *An enterprise of the other Party that is a juridical person that the investor owns or controls directly or indirectly may submit to arbitration under this Section a claim that the other Party has breached an obligation [...]* ». ³³²

La pratique des traités conclus par le Canada démontre que cet État est en général plutôt favorable à la protection des investisseurs publics. Un exemple peut être déduit du traité conclu avec le Koweït, signé en 2011 et entré en vigueur en 2014, qui inclut expressément dans la définition de l'investisseur la KIA, la *Kuwait Investment Authority*, et les autres entreprises publiques. ³³³

Le Canada est un exemple excellent pour tester la méthode interprétative qui a été suggérée par Thomas Walde. Dans une première phase, il existe des traités bilatéraux d'investissements avec une formulation générique qui peut être interprétée d'une façon ou d'une autre, mais nous pouvons employer la formulation la plus récente, plus détaillée, pour

le 11/09/1995 et entré en vigueur le 08/07/1996); *Agreement between the Government of Canada and the Republic of Philippines for the Promotion and the Reciprocal Protection of Investment* (signé 10/11/1995 et entré en vigueur le 01/11/1996); *Agreement between the Government of Canada and the Government of the Republic of Armenia for the Promotion and the Reciprocal Protection of Investment* (signé le 08/05/1997 et entré en vigueur le 29/03/1999); *Agreement between the Government of Canada and the Government of the Republic of Panama for the Promotion and the Reciprocal Protection of Investment* (signé le 12/09/1996 et entré en vigueur le 13/02/1998).

³³¹ BROWN, C., *Commentaries*, [...] *op. cit.*, p. 65.

³³² *Canada Model FIPA 2004*, article 23.

³³³ CHAISSE J. and SEJKO D., *op. cit.*, p. 92.

arriver à une meilleure compréhension de la signification du mot « *juridical person* » de la première phase.

§1.4) *Les traités multilatéraux*

§1.4.1) L'Accord de libre-échange nord-américain (ALENA)

L'ALENA est un accord multilatéral de libre échange qui lie les États-Unis, le Mexique et le Canada depuis le 1^{er} janvier 1994.³³⁴ La disposition la plus importante pour notre sujet est l'article 1139 qui, en rapport avec l'article 201 (définitions générales), donne les définitions applicables aux différends entre investisseurs et État. L'article 1139 dispose que :

« *Enterprise means an entity constituted or organized under applicable law, whether for profit, and whatever privately or governmentally owned, including any corporation, trust, partnership. Sole proprietorship, joint-venture and other association* ».

Après l'analyse des modèles de traités bilatéraux d'investissements des États-Unis et du Canada, et en considérant l'importance que certaines entreprises publiques ont encore dans l'économie mexicaine, nous ne pouvons pas vraiment être surpris de cette clause qui, de toute évidence, inclut expressément les entreprises publiques parmi les sujets pouvant déclencher un arbitrage.

§1.4.2) Le Traité sur la charte de l'énergie

Le *Traité sur la charte de l'énergie* protège, comme l'a observé un auteur avec une expression qui rappelle un truisme, « *the investments of investors* ».³³⁵ En ce qui concerne la définition d'investisseur, le *Traité sur la charte de l'énergie* est muet au sujet de la possibilité pour les entreprises publiques d'entamer un arbitrage contre l'État. L'article 1(7) (a) (ii), qui se réfère aux « *investisseurs* », se lit comme suit :

³³⁴ *North American Free Trade Agreement*, signed on the 17th of December 1992, ratified on the 1st of January 1994.

³³⁵ **HOBBER, K.**, «Investment Arbitration and the Energy Charter Treaty», *Journal of International Dispute Settlement*, Vol. 1, No. 1, 2010, p 153, at. 156

« Toute entreprise ou autre organisation organisée conformément à la législation applicable sur le territoire de cette partie contractante ». ³³⁶

La doctrine qui a examiné spécifiquement la notion d'investisseur dans ce traité multilatéral a suggéré que l'article 1(7) (a) (ii) devait être lu dans le sens d'un langage permissif. ³³⁷ Un auteur a suggéré une comparaison avec l'article 201 de l'ALENA qui protège aussi expressément les entreprises publiques, mais cet auteur n'a pas pris une position claire sur ce point. ³³⁸

La seule auteure qui a pris une position nette à ce propos estime que :

« *The permissive language of Article 1 (7) of the ECT and the absence of an explicit exclusion of State-owned or controlled companies from the definition of investor suggest that such entities may benefit from the protection of the ECT* ». ³³⁹

Nous sommes d'accord avec les conclusions de l'auteure, mais elle a fondé une partie de son analyse sur la base du *Broches Test*, qui est un outil interprétatif développé à partir de la Convention CIRDI.

Cette approche est incorrecte depuis que la Convention de Washington doit être vue comme « un document essentiellement procédural » ³⁴⁰ et fixant certaines limites à l'accès à l'arbitrage, mais ces limites entrent en jeu quand l'investisseur a choisi, au sens de l'article 26 alinéa 4 lettres i) et ii), ³⁴¹ de porter plainte au CIRDI. Si l'investisseur dépose sa demande

³³⁶ *Traité sur la Charte européenne, signé en décembre 1994, entré en vigueur en avril 1998.*

³³⁷ **PARRA, A. R.**, «Investment and investors covered by the ECT and other investment protection Treaties» in, **RIBEIRO, C.**, *Investment arbitration and the Energy Charter Treaty*, JurisNet, LLC, New York, 2006, p. "The ECT offers a broader coverage by simply requiring that the legal entity be "organized" in accordance with the law applicable in a Contracting State".

³³⁸ **CAMERON, P. D.**, *International Energy Investment Law*, Oxford University Press, 2010.

³³⁹ **BALTAG, C.**, *The Energy Charter Treaty, The Notion of Investor*, Wolters Kluwer, Alphen aan den Rijn, 2012, p. 133.

³⁴⁰ *Historique de la Convention CIRDI, Documents Relatif l'origine et à l'Élaboration de la Convention pour le Règlement des Différends Relatif Aux Investissements entre États et Ressortissants d'autres États*, Vol. III, Washington D.C., CIRDI, 1968, p. 381.

³⁴¹ *Traité sur la Charte européenne, signé en décembre 1994, entré en vigueur en avril 1998*, Article 26 alinéa 4: a) i) Le Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements, créé en application de la convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États, ouverte pour signature à Washington le 18 mars 1965, ci-après dénommée « convention CIRDI », si la partie contractante de l'investisseur et la partie contractante partie au différend sont toutes deux parties à la convention CIRDI ; ou

ii) le Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements, créé en application de la convention visée au point a), sur la base du règlement du mécanisme supplémentaire pour l'administration des procédures par le Secrétariat du Centre, ci-après dénommé "règlement du mécanisme supplémentaire", si la partie contractante de l'investisseur ou la partie contractante partie au différend, mais non les deux, est partie à la convention CIRDI;

d'arbitrage auprès d'une autre institution ou en dehors du CIRDI, il n'y pas de véritables raisons pour imaginer que ces arbitres aillent s'inspirer des décisions de la quasi-jurisprudence CIRDI pour statuer sur leur compétence. L'auteure conclut que :

*« It is to be seen whether the test adopted by the ECT tribunals will follow the criteria suggested by Broches and retained by the ICSID tribunals ».*³⁴²

Nous pouvons déjà répondre que, correctement, le seul tribunal arbitral (non CIRDI) qui a tranché une affaire sur la base du *Traité sur la charte de l'énergie* est arrivé à la conclusion correcte selon laquelle les investissements des entreprises publiques sont protégés par le *Traité sur la charte de l'énergie*, mais sans faire recours à des outils interprétatifs qui n'ont aucun rapport avec le traité qui est l'objet de ce paragraphe.

Dans l'affaire *State Enterprise "Energorynok" v. The Republic of Moldova*, en effet, les arbitres ont observé que:

*« L'article 26 of the ECT, set forth in paragraph 60 above, relates to the settlement of disputes between an "Investor" and a Contracting Party to the ECT. [...] In its CPHM [...] the Claimant notes, as a matter of principle, that there are no limitations in the express language of the ECT for a governmental agency to be an investor. The Tribunal agrees that ECT Article 1(7) does not preclude a government agency from being an Investor. Further, Article 26(1) speaks of disputes between a Contracting Party and "an Investor of another Contracting Party relating to an Investment of the latter in the Area of the former...". The issues, then, are whether, under the ECT, there is an Investment, whether the Claimant is an Investor and whether the Investment, if there is one, is in the Area of Moldova ».*³⁴³

À la lecture de cette décision, nous voyons clairement que les arbitres ont interprété la Convention comme leur donnant la possibilité de retenir leur compétence. De plus, dans le cas où la demanderesse serait une entreprise totalement contrôlée par l'État et, si nous suivons complètement l'interprétation du tribunal, la capacité d'être partie au procès pourrait être étendue jusqu'à inclure également les agences de l'État.

b) un arbitre unique ou à un tribunal d'arbitrage ad hoc constitué sur la base du règlement d'arbitrage de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI) ; ou

c) une procédure d'arbitrage sous l'égide de l'Institut d'arbitrage de la Chambre de Commerce de Stockholm.

³⁴² **BALTAG, C.**, *op. cit.*, p. 134.

³⁴³ *State Enterprise "Energorynok" v. The Republic of Moldova*, SCC Arbitration V 2012/175, Final Award, 29 January 2015, para. 79.

Le cas d'espèce est intéressant car, comme nous le verrons dans le Chapitre I §2.1) de la deuxième partie, se posait également la question de savoir si l'entreprise était la véritable titulaire de l'action, ou si c'était plutôt le ministère la contrôlant. En effet, le tribunal arbitral a conclu que le « véritable » investisseur était probablement l'État lui-même et, bien que cette observation ne puisse pas être considérée comme conclusive, nous pouvons imaginer que les avocats de la demanderesse étaient réticents à soutenir qu'un ministère, qui dans beaucoup de pays n'a pas de personnalité juridique autonome de l'État, puisse être vu comme un investisseur.

Cette dernière observation nous pousse à lire l'article 1.7, dans ce qui paraît son sens le plus correct, c'est-à-dire que, contrairement à certains traités bilatéraux d'investissements, la notion de sujet protégé par le traité peut aussi inclure des agences gouvernementales, mais non le gouvernement lui-même.

§1.4.3) L'accord économique et commercial global (AECG)

L'AECG est l'un des nouveaux des « méga-accords de libre-échange ».³⁴⁴ Il s'agit d'un traité conclu entre l'Union européenne et le Canada. La définition de l'investisseur se trouve dans l'article 8.1 et, pour la partie qui nous intéresse, nous pouvons lire ce qui suit :

*« Investisseur désigne une partie, une personne physique ou une entreprise d'une partie, autre qu'une succursale ou un bureau de représentation, qui cherche à effectuer, effectue ou a effectué un investissement sur le territoire de l'autre partie ».*³⁴⁵

Nous pouvons y lire la référence à l'entreprise « d'une partie », qui démontre clairement que les rédacteurs de ce traité voulaient inclure les entreprises publiques parmi les sujets protégés. Cette interprétation est renforcée par la référence à une « partie » elle-même, qui suggère clairement que les États sont aussi protégés en tant qu'investisseurs.

§1.4.4) L'ASEAN Comprehensive Investment Agreement (ACIA)

³⁴⁴ **DEBLOCK, C., LEBULLENGER, J. et PAQUIN, S., DIR**, « Un Nouveau Pont sur l'Atlantique : l'Accord Economique et Commercial Global entre l'Union Européenne et le Canada », *Québec, Presses de l'Université du Québec*, 2015, p. 225.

³⁴⁵ *Accord Économique et Commercial Global*, entre le Canada d'une part, et l'Union européenne et ses Etats membres, signé le 30 octobre 2016.

L'ASEAN CIA est un traité de 2009, entré en vigueur en 2017, et qui lie les États de l'Asie du Sud-Est. L'article 4 définit les « *juridical person* » comme :

« *Any legal entity duly constituted or otherwise organised under the applicable law of a Member State, whether for profit or otherwise, and whether privately-owned or governmentally-owned, including any enterprise, corporation, trust, partnership, joint venture, sole proprietorship, association, or organisation* ». ³⁴⁶

L'auteur qui a commenté cette disposition a observé que « *in the case of juridical persons, the definition of « investor » specifies what types of legal entities are covered by agreement* ». ³⁴⁷ Nous pouvons donc conclure que la notion d'investisseur donné par l'ACIA protège expressément doute les entreprises étatiques.

§1.5) Conclusions sur l'analyse des traités d'investissements concernant les entreprises publiques.

De cette brève analyse sur les traités dans le domaine de l'investissement, la conclusion qui nous semble la plus correcte est que l'exclusion d'une entreprise d'État de la protection des traités bilatéraux d'investissements ne peut pas être fondée simplement sur son caractère étatique.

Beaucoup de traités, en particulier ceux des pays de *Common Law*, protègent expressément les investisseurs qui utilisent des capitaux publics. Il ne peut pas échapper à l'attention du lecteur que les traités multilatéraux comme l'ACIA, l'ALENA et l'AECG ont été influencés par le traité bilatéral d'investissement élaboré par les États-Unis. De plus, tous incluent expressément dans leur définition les entreprises étatiques ou parfois les États eux-mêmes parmi les sujets protégés par le traité. La doctrine qui a analysé les moyens d'examen comparatifs a observé qu'un des éléments les plus importants était l'évolution temporelle et, à ce propos, il est tout à fait évident que les traités les plus récents contiennent des dispositions visant également à protéger les investissements réalisés par des investisseurs à capitaux publics.

³⁴⁶ *L'ASEAN Comprehensive Investments Agreement*, signed 26 February 2009, entered into force 29 March 2012, article 4 alinéa (e).

³⁴⁷ CHAISSE, J., SUFIAN, J., *The ASEAN Comprehensive Investment Agreement*, Elgar International Investment Law, 2016, p. 80.

Pour conclure, il n'est pas nécessaire d'avoir recours à la reconstruction qui, en général, suggère d'utiliser la pluralité des traités bilatéraux d'investissements pour en interpréter d'autres comme s'ils formaient un système unique comme cela Ian A. Laird l'a proposé en suggérant que :

« *We have reached that point in the development of international investment law where we must seriously consider this instruments as reflective of the development on new customary law* », ³⁴⁸

parce que notre enquête est limitée à l'analyse d'une simple notion normative, celle d'investisseur, une approche qui a été acceptée également par la doctrine la plus restrictive et, à notre avis, la plus convaincante.³⁴⁹

Nous pouvons observer que les traités bilatéraux d'investissements qui n'ont pas de dispositions spécifiques sur le traitement des entreprises publiques sont surtout les traités bilatéraux d'investissements de première génération qui étaient, dans leur ensemble, caractérisés par des définitions génériques.

Un auteur a observé que, en règle générale, les traités bilatéraux d'investissements « *do not limit significantly the kinds of entities that can qualify as a covered investor* ». ³⁵⁰ Les définitions les plus communes, que nous avons trouvées par exemple dans le modèle français, sont en général plutôt pauvres. Les définitions comprises dans le langage des traités bilatéraux d'investissements comme « *and similar organizations* », « *other organization* », « *other entity* » ne peuvent généralement pas être lues comme exclusives.

Au contraire, Kenneth J. Vandeveldé a suggère la possibilité d'une analogie interprétative avec la notion d'investissement. Dans ce domaine en effet, il est tout à fait commun que les traités bilatéraux d'investissements contiennent une liste non exclusive des activités qui peuvent constituer un investissement protégé par le traité.³⁵¹ En conclusion, comme nous l'avons dit au début, notre analyse avait pour but de vérifier si, en l'état actuel, il est possible

³⁴⁸ LAIRD, I. A., « A community of Destiny – The Barcelona Traction Case and the Development of Shareholder Rights to Bring Investment Claims » in WEILER, T., *International Investment Law and Arbitration: Leading Cases from the ICSID, NAFTA, Bilateral treaties and Customary International Law*, London, Cameron May, 2005, p. 95-96.

³⁴⁹ DUMBERRY, P., *op. cit.*, p. 193.

³⁵⁰ VANDEVELE, K., « *Bilateral Investment Treaties* », History Policy and Interpretation, Oxford University Press, 2010, p. 158.

³⁵¹ *Ibid.*

d'envisager une méthode d'interprétation du terme d'investisseur dans les traités bilatéraux d'investissements comme comprenant également les entités à capital public.

La conclusion générale à laquelle nous pouvons est que, si nous considérons que l'objet et le but de chaque traité d'investissement sont précisément d'encourager les investissements, il ne serait pas correct de limiter arbitrairement la notion d'investisseur aux seules entités privées.

Sur ce point, nous partageons les conclusions d'un auteur qui a observé que:

*« If one were to give such terms as « company or other organization in accordance with [...] the law » et « legal persons their ordinary meaning as required by article 31 (1) of the Vienna Convention on the Law of Treaties, one would have to conclude that such entities as state corporations, sovereign wealth funds, and government-owned corporations are indeed investors under these treaties since they ordinarily have separate legal personality, headquarters in a contracting party and are organized according to that party laws ».*³⁵²

Bien que la réponse doive être trouvée avant tout dans l'instrument lui-même, il nous semble possible de conclure que, si nous admettons que, dans le droit d'investissement, il est permis d'interpréter les traités bilatéraux d'investissements les uns à travers les autres, il est clair que la tendance est en faveur de l'extension de la protection aux entreprises étatiques. Les méthodes classiques d'interprétation peuvent conduire au même résultat comme Jeswald W. Salacuse l'a suggéré.

§2) La question du consentement lorsque l'arbitrage est fondé sur la loi interne de l'État et sur les contrats. La question de l'arbitrabilité subjective

La question que nous allons nous poser dans ce paragraphe, par rapport à notre sujet de thèse, est celle de savoir, dans le cas d'un arbitrage CIRDI et concernant une émanation de l'État, quelle peut être la pertinence d'une loi interne interdisant à l'entreprise étatique de signer un accord d'arbitrage. En d'autres mots, nous analyserons la question de l'arbitrabilité subjective dans l'arbitrage des investissements.

³⁵² SALACUSE, J., W., *The Law of Investment Treaties*, Oxford University Press, II ed., 2015, p. 212.

Avant de parler d'arbitrabilité, il faut tout d'abord donner quelques précisions terminologiques.

§2.1) *La notion l'arbitrabilité subjective*

Même des auteur expérimentés, tels que le professeur Charles Jarroson, ont reconnu que :

« *L'arbitrabilité est "le fait d'être arbitral ; or est arbitral ce qui est susceptible d'être arbitré". On s'attend donc à ce que le vocable arbitral ne soit appliqué qu'à des litiges et non à des personnes. Cependant, à la suite de l'ancien code de procédure français [...] et d'autres auteurs encore ont traité à côté des litiges et de l'aptitude des personnes publiques à compromettre. C'est ce qui a conduit des auteurs, dont B. Goldman, à présenter ces deux questions en différenciant, dans une optique pédagogique – l'arbitrabilité objective, celle du litige, de l'arbitrabilité subjective, consistant à savoir si une personne morale de droit public pouvait être partie à l'arbitrage. [Par conséquence, maintenant] l'habitude était prise* ». ³⁵³

Ce problème sémantique est intéressant pour le sujet de notre thèse parce que le débat doctrinal a envisagé deux approches possibles : la première, plus classique, se fonde sur une approche définie comme *conflictuelle* qui approche cette question comme un problème de *capacité* des personnes publique. La deuxième, définie comme matérielle, concerne d'autres auteurs qui suggèrent que cette question doit être vue plutôt comme une question d'arbitrabilité subjective.³⁵⁴ Le choix du terme n'est pas très heureux, car il peut créer de la confusion. Le point est simplement que, d'un point de vue théorique, parler de capacité d'une entité étatique en utilisant les mêmes mots utilisés pour décrire la situation des personnes mineures est critiquable.

Malheureusement, jusqu'à présent, les auteurs n'ont pas défini un troisième terme pour décrire l'arbitrabilité subjective sans la considérer comme une question de capacité. Dans ces circonstances, une périphrase est nécessaire. Par souci de clarté, nous pourrions parler de l'arbitrabilité subjective dans un sens plus strict. Heureusement, ce débat a une importance relative sur le plan pratique. La doctrine qui a étudié les problèmes juridiques sous cet angle est arrivée en effet à conclure que le résultat était largement analogue.

³⁵³ **JARROSON C.**, « La Notion d'Arbitrabilité », *Revista Brasileira de Arbitragem*, Vol. 0, Issue 0, 2003, p. 173.

³⁵⁴ **GAILLARD, E.**, *Fouchard Gaillard on International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, The Hague, 1999, p. 230.

La question du point de vue est complexe du point de vue terminologique parce que, comme Bernard Hanotiau l'a observé :

« Plusieurs auteurs ont par ailleurs mis en lumière un problème fondamental qui pose l'arbitrage [...] à savoir le champ d'application *ratione personae* de la clause d'arbitrage. Le problème est donc différent de celui de champ d'application *ratione materiae* de la clause, que la doctrine américaine analyse sous le vocable, incorrect, à nos yeux, d'*arbitrability* ». ³⁵⁵

Nous sommes d'accord avec l'observation de Bernard Hanotiau. Dans ce paragraphe, par conséquent, nous analyserons l'arbitrabilité subjective et, quand nous ferons référence à ce concept, qui du point de vue sémantique est assez vague, nous ferons référence à l'ensemble des questions qui peuvent interdire aux parties de trancher un litige à travers l'arbitrage, sauf pour les questions qui sont liées à l'objet du différend, c'est-à-dire l'arbitrabilité objective ou *ratione materiae*, qui sera examinée dans la deuxième partie de cette thèse. En d'autres mots, notre définition sera très similaire à celle donnée dans l'arbitrage commercial selon laquelle l'arbitrabilité subjective est définie comme « *l'aptitude des personnes morales de droit public de compromettre* ». ³⁵⁶

§2.2) La notion l'arbitrabilité subjective dans l'arbitrage d'investissements lorsque concerne les entreprises publiques

L'analyse de l'arbitrabilité subjective a un lien assez étroit avec notre sujet de thèse puisque ce concept a toujours été une question qui s'est posée concernant l'aptitude de personne morale de l'État, ou de l'État lui-même, de signer un accord d'arbitrage valide. Dans l'arbitrage commercial, par exemple, la question de l'arbitrabilité subjective concerne « *surtout à propos de l'aptitude des États, et plus généralement des personnes morales de droit public à compromettre* ». ³⁵⁷ La pertinence de ces lois a fait l'objet de nombreux ouvrages de doctrine et décisions arbitrales. ³⁵⁸

³⁵⁵ HANOTIAU, B., « L'arbitrabilité des litiges en matière de droit des sociétés », in BERNARDINI, P., *Liber amicorum Claude Reymond: autour de l'arbitrage : mélanges offerts à Claude Reymond*, Lexis Nexis, 2004, p. 97 - 109.

³⁵⁶ FOUCHARD, P., GAILLARD E., GOLDMAN B., *op. cit.*, p. 330.

³⁵⁷ *Ibid.*

³⁵⁸ Voie, par exemple : STREINGRUBER, A. M., *Consent in International Arbitration*, Oxford University Press, 2012, para 3.17, LOUKAS A., MISTELIS & STAVROS L. BREKOULAKIS, *Arbitrability*, Wolters Kluwer Arbitration, 2009. TWEEDDALE, A., TWEEDDALE, K., *Arbitration of Commercial Disputes*, Oxford University Press, 2010, p. 127.

L'autre aspect qu'il est nécessaire de clarifier est le rôle joué par la notion d'arbitrabilité subjective dans l'arbitrage d'investissements et, encore une fois, il existe des éclairages à faire sur la spécificité de ce domaine. Ces précisions nous ramènent à la question, très débattue,³⁵⁹ de la loi applicable à ce sujet.

Il faut observer que, selon la formulation de l'article 42 alinéa (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'État contractant partie au différend y compris les règles relatives aux conflits de lois ainsi que les principes de droit international en la matière ».*³⁶⁰

En lisant le texte de l'article, nous pourrions penser que le droit interne de l'État joue un rôle très important dans les décisions CIRDI. Même si, aujourd'hui, l'instrument le plus largement employé pour définir cette question est représenté par les TBI, depuis qu'ils existent beaucoup d'arbitrages (aussi récents) sont fondés sur des contrats conclus entre l'investisseur et des émanations de l'État, (aussi dans le domaine CIRDI),³⁶¹ comme nous l'avons anticipé au début de ce paragraphe, il est intéressant de vérifier, d'un point de vue théorique et pratique, si une loi interne empêchant les émanations de l'État de signer un compromis d'arbitrage peut être pertinente ou non afin d'établir la compétence du tribunal arbitral. Pour répondre à cette question, le premier problème à analyser concerne la question de savoir si la loi interne de l'État est pertinente en ce qui concerne l'établissement de la compétence du tribunal arbitral ou non. À ce propos, nous devons observer que :

*« The distinction between jurisdiction and applicable law [...] still remain important in investment arbitration. Investment tribunals, like many public international arbitral tribunals, do not have plenary jurisdiction. [...] But that does not of course proscribe the law which the tribunal may apply to determine those issues ».*³⁶²

³⁵⁹ Voir par exemple **GAILLARD, E., SAVAGE, J.**, *Fouchard Gaillard On international Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, The Hague, 1999, p. 314 ou **HANOTIAU, B.**, « What Law Governs the Issue of Arbitrability », *Singapore Academy of Law Journal*, Vol. 26, Special Issue, 2014, p. 876.

³⁶⁰ *Convention pour le Règlement des Différends relatifs aux Investissements entre Etats et Ressortissants d'autres Etats*, conclue à Washington, le 18 mars 1965.

³⁶¹ *Standard Chartered Bank (Hong Kong) Limited Claimant and Tanzania Electric Supply Company Limited (Tanesco)*, ICSID Case No. ARB/10/20 Award, September 12, 2016. *City Oriente Limited v. The Republic of Ecuador Empresa Estatal Petróleos del Ecuador*, ICSID Case No. ARB/06/21, Decision on provisional measures, November 19, 2007 - (Décret de prise de notes sur le désistement de l'instance 12 septembre 2008).

³⁶² **MCLACHLAN, C.**, *op. cit.*, 2008, p. 371.

L'auteur cité a observé que :

« *The requirement of Article 42 to have regard to the whole of international law thus operates at the applicable law stage whatever may be the limitation on the tribunal's jurisdiction* ». ³⁶³

Dans le cas des tribunaux CIRDI, le droit qui règle la compétence d'un tribunal arbitral est le droit international et la Convention de Washington, tandis que l'expression « *les principes de droit international en la matière* », contenue dans l'alinéa 1) de l'article 42, donne le pouvoir aux arbitres de les ignorer sur la base du principe de bonne foi qui empêche les émanations de l'État d'échapper aux conséquences d'un accord d'arbitrage librement conclu et contraire à l'ordre public international.

Mais, pour comprendre la pertinence de cette question pour les arbitrages d'investissements non CIRDI, il est nécessaire d'analyser l'arbitrage commercial dans lequel la question a été soulevée plusieurs fois.

Cette question a retenu l'attention de la doctrine en particulier dans le domaine de l'arbitrage commercial. Dans notre domaine d'investigation, la signification de cette problématique demeure incertaine car elle dépend de l'étendu de l'application que l'on veut faire de la loi interne de l'État par rapport à l'examen de la compétence du tribunal arbitral.

Dans ce premier paragraphe, nous examinerons la définition de cet aspect pour souligner la distinction entre l'arbitrabilité subjective et la capacité. Ce point de vue s'explique aisément par le fait que les tribunaux arbitraux internationaux ont toujours résolu ce problème en observant que la possibilité pour une entité publique d'invoquer sa propre loi pour échapper aux conséquences d'un accord d'arbitrage librement conclu est contraire à l'ordre public international.

Plus particulièrement, nous pouvons observer que, sous une certaine lumière, il y a une ressemblance fondamentale entre l'arbitrage commercial et l'arbitrage des investissements. Dans les deux systèmes, les arbitres jouissent en effet du pouvoir de statuer sur leur compétence, et le caractère international de ce principe est probablement au cœur de l'arbitrage international dans son ensemble.

³⁶³ *Ibid.*

Encore dans les deux systèmes, nous remarquons que les arbitres se sont attribués le pouvoir de dépasser la loi nationale pour permettre une affirmation pleine du droit international ou de la *lex mercatoria*.

Nous commencerons en considérant l'affaire CCI n° 2521 du 1975, dans laquelle le tribunal a observé que la tentative de l'État à faire appel à la loi nationale pour échapper à une clause compromissoire librement conclue était contraire à l'ordre public international.³⁶⁴ Le commentaire doctrinal de cette décision arbitrale est particulièrement intéressant : il a été suggéré que :

*« Par ailleurs, contrairement à la démarche adoptée dans l'affaire n° 1939, ce n'est pas l'attitude de l'État cherchant ultérieurement à échapper à une clause librement contractée qui est déclarée incompatible avec l'ordre public international, mais le contenu même de la loi qui lui interdirait de compromettre ».*³⁶⁵

De cette observation, nous pourrions nous demander si l'ordre public international peut avoir un effet direct sur la loi interne de l'État. À notre avis, en effet, c'est une observation assez audacieuse, parce que, porté à l'extrême, nous pourrions être portés à penser que, pour être conforme à cette conception de l'ordre public international, chaque État devrait changer sa loi interne en admettant que les émanations de l'État ont une liberté presque illimitée de compromettre. Cette idée représenterait une forme de contrainte de la souveraineté de l'État qui est difficile à accepter.

En réalité, comme la doctrine l'a déjà observé, cette solution est plus convaincante si on l'appréhende comme une question d'arbitrabilité subjective plutôt que de capacité.

Dans notre thèse, cette distinction joue un rôle plus important parce qu'elle nous aide à reconstruire la physionomie des entreprises publiques dans l'arbitrage international. Si nous suivions l'approche suggérée par la doctrine qui envisage la question des lois limitant la possibilité d'une entreprise publique d'être partie à l'arbitrage comme une question de capacité, nous aurions l'impression que ces entreprises subissent une sorte de « *capitis diminutio* » qui les distinguerait des entreprises privées. Cette reconstruction a été critiquée par un autre auteur qui a souligné que « *s'agissant en particulier de l'État, on ne voit pas*

³⁶⁴ *Affaire CCI, No. 2521, 1975*, in **ARNALDEZ J.J. et al.**, *op. cit.*, p. 284.

³⁶⁵ *Ibid.*, p. 285.

comment la plénitude de ses pouvoirs de gestion » pourrait être compatible avec cette incapacité.³⁶⁶

La question de l'arbitrabilité subjective dans le cas des entreprises publiques est un sujet de l'arbitrage commercial que l'on pourrait qualifier de classique car c'est l'un des plus cités par la doctrine pour montrer la prévalence des principes découlant de la *lex mercatoria* sur le droit national. La doctrine la plus influente ayant examiné ce sujet a conclu que :

*« La convergence de l'ensemble de ces sources est très grande et l'on n'observe aucun décalage notable entre la solution du droit français qui en la matière a souvent ouvert la voie et les conceptions généralement admises dans la communauté internationale »*³⁶⁷

À partir du moment où cette question est substantiellement résolue au niveau de l'application, il est plus utile de regarder surtout les aspects théoriques qui peuvent également intéresser le droit des investissements. Ici, l'aspect que nous devons regarder est essentiellement lié à la construction dogmatique qui préexiste à la conclusion finale visant à sauvegarder la permanence du consentement.

Par conséquent, du moment que nous avons accepté que le principe de l'irrévocabilité du consentement est un principe accepté dans la pratique arbitrale internationale, nous pouvons conclure qu'un tribunal d'investissements doit vérifier la valeur d'une loi interdisant à l'État ou à ses émanations de signer un compromis arbitral.

³⁶⁶ FOUCHARD, P., GAILLARD E., GOLDMAN B., *op. cit.*, p. 333

³⁶⁷ *Ibid.*, p. 345.

§3) Les limites de compétence découlant de la Convention CIRDI

Dans la Convention CIRDI, il faut prendre en considération les limites autres que celles qui sont posées par le consentement des parties. Dans les arbitrages des investissements non CIRDI, en effet, les parties jouissent d'une plus large liberté dans les différends qu'ils peuvent soumettre à l'arbitrage. Ces limites ressortent de la formulation de l'article 25 (1) de ladite Convention.³⁶⁸

Cette considération ressort directement du *Rapport des administrateurs sur la Convention CIRDI* qui a clarifié que :

*« Si le consentement des deux parties est une condition essentielle à la compétence du centre, ce consentement ne suffit pas à lui seul pour qu'un différend tombe sous la compétence du centre. Conformément au but de la Convention, la compétence du centre est en outre limitée par la nature du différend et le caractère des parties intéressées ».*³⁶⁹

Le même rapport précise, sous la rubrique « *parties au différend* », que :

*« Pour qu'un différend relève de la compétence du centre, il faut qu'une des parties soit un État contractant (ou une collectivité publique ou un organisme dépendant d'un État contractant) et que l'autre partie soit un ressortissant d'un autre État contractant ».*³⁷⁰

Par rapport à notre sujet de thèse, la question est de savoir si les entreprises publiques peuvent être considérées comme demanderesse auprès des tribunaux arbitraux CIRDI. Dans l'arbitrage CIRDI, il existe des problèmes spécifiques qui découlent des dispositions de la Convention de Washington. Dans le préambule de cette dernière, en effet, il est précisé que la Convention a été projetée en considérant la nécessité de la coopération internationale pour

³⁶⁸ *Convention pour le Règlement des Différends relatifs aux Investissements entre Etats et Ressortissants d'autres Etats, Conclue à Washington le 18 mars 1965*, « Article 25 (1) La compétence du Centre s'étend aux différends d'ordre juridique entre un État contractant (ou telle collectivité publique ou tel organisme dépendant de lui qu'il désigne au Centre) et le ressortissant d'un autre État contractant qui sont en relation directe avec un investissement et que les parties ont consenti par écrit à soumettre au Centre. Lorsque les parties ont donné leur consentement, aucune d'elles ne peut le retirer unilatéralement ».

³⁶⁹ **BANQUE INTERNATIONALE POUR LA RECONSTRUCTION ET LE DEVELOPPEMENT**, *Rapport des administrateurs sur la Convention pour le Règlement des Différends Relatifs aux Investissements entre Etats et Ressortissants d'autres Etats*, rédigé le 18 mars 1965, para. 25

³⁷⁰ *Ibid.*, para. 28

le développement économique, « *et le rôle joué dans ce domaine par les investissements privés internationaux* ». ³⁷¹

L'évocation du caractère privé des investissements protégés par la Convention a suggéré à la doctrine plus récente³⁷² qu'en se fondant également sur le *Report des rédacteurs de la Convention*,³⁷³ les investissements publics ne devaient pas être protégés par le système CIRDI.

Il faut observer en même temps que la doctrine la plus ancienne notait que les États eux-mêmes n'avaient pas la possibilité de déclencher un arbitrage directement devant un tribunal CIRDI, mais que cette considération ne devait pas empêcher les entreprises étatiques ou les sociétés mixtes d'être qualifiées de ressortissants au sens de l'article 25 alinéa (1) de la Convention de Washington. Le professeur A. Broches, père de la Convention, a précisé que:

« *Government-owned corporation should not be disqualified as a "National of another Contracting State" unless it is acting as an agent for the government or is discharging an essentially governmental function* ». ³⁷⁴

Au-delà des différentes interprétations pouvant être données de cette formulation, il est évident que l'idée à la base de ce « *Broches Test* » est de disposer d'un outil permettant de vérifier que les États, à travers des compagnies factices, peuvent violer les limites imposées par la Convention. Ce critère vise à faire émerger la nature réelle de ces entités au-delà de la fiction juridique. Dans le paragraphe 2.1) du premier chapitre de la première partie, nous analyserons les deux parties de ce test « *acting as an agent for the government* » et, dans le paragraphe 2.2) du premier chapitre de la première partie l'autre qui est « *discharging an essentially governmental function* ». L'application de ce test pose des problèmes d'un point de vue théorique et d'un côté pratique parce que certaines interprétations contrastent avec

³⁷¹ *Convention pour le Règlement des différends relatifs aux investissements entre Etats et ressortissants d'autres Etats*, Conclue à Washington le 18 mars 1965.

³⁷² **BEUS, C.**, *op. cit.*, p. 544 - 571. **BLYSCHAK, P.**, *op. cit.*, p. 1 - 52.

³⁷³ *Report of the executive directors on the Convention on Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of other States*, ICSID, 1965, p. "The creation of an institution designed to facilitate the settlement of disputes between States and foreign investors can be a major step toward promoting an atmosphere of mutual confidence and thus stimulating a larger flow of private international capital into those countries which wish to attract it".

³⁷⁴ **BROCHES, A.**, «The Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of other States», *R.C.A.D.I.*, 1972, p. 355.

les règles consolidées de la Convention CIRDI. Pour analyser ces questions, il faut avant tout définir le problème du point de vue dogmatique.

À ce propos, il faut observer que, dans les différentes décisions, le même problème conceptuel, qui consiste à vérifier quelles sont les vraies parties à la procédure arbitrale, a été présenté sous divers aspects, soit comme un problème de compétence *ratione personae*, soit comme une question liée à l'existence du différend, soit encore comme un problème lié à la qualité pour agir et, finalement, comme une question de capacité pour ester en justice.

Ce problème n'est pas une simple question de qualification. Il faut observer en effet que, si le défendeur et le tribunal arbitral ont une certaine liberté au sujet de la qualification des objections soulevées, cette considération doit en même temps être nuancée, à partir du moment où la question de vérifier quelles sont les vraies parties au procès pourrait sembler unique du point de vue logique, les exceptions soulevées par le défendeur pouvant invoquer divers vices processuels avec des conséquences différentes.

En commençant notre analyse par les aspects liés à la compétence, nous remarquons qu'un premier problème se pose quant à la qualification correcte de l'exception : doit-elle être considérée comme une exception *ratione personae* ou *ratione materiae*. Pour répondre à cette question, il faut commencer notre analyse en examinant la situation opposée de la question de savoir si un État peut être partie au procès pour les actes accomplis par ses entreprises publiques.

Nous pouvons commencer par l'analyse de l'affaire *Amco Asia v. Indonesia* dans laquelle la partie défenderesse avançait une exception visant à faire déclarer que la vraie partie n'était pas l'État. Selon le Professeur Santulli, « *c'est une question de fond, d'imputabilité qui est visée* ». ³⁷⁵ Dans la reconstruction proposée par cet auteur, l'examen de la compétence devrait, en effet, être limité à vérifier si la « *requête de l'investisseur est dirigée contre un État partie à la Convention de Washington ou contre un État partie au traité bilatéral d'investissements* ». ³⁷⁶

³⁷⁵ SANTULLI C., *op. cit.*, 2e édition L.G.D.J. 2015, p. 188, n. 27.

³⁷⁶ *Ibid.*

Néanmoins, cette approche, qui en vérité a été suivie par de nombreux tribunaux,³⁷⁷ a été critiquée par une partie de la doctrine selon laquelle c'était une méthode pour examiner la question très formaliste parce que ce type d'analyse « *démontre que l'État est partie à l'instance, mais n'établit pas qu'il est partie au différend* »³⁷⁸ et, par conséquent, cette approche représente une non-application de l'article 25 alinéa (1) qui vise à limiter les différends qui peuvent être administrés par le CIRDI et qui doivent posséder un caractère mixte.³⁷⁹

À ce propos, nous pouvons voir une analogie avec les questions de compétence *ratione personae* devant la Cour internationale de justice. Ici, c'est l'article 34 § 1 des statuts qui limite les sujets pouvant ester en justice aux États. La Cour, dans l'affaire *Licité de l'emploi de la force*, a observé qu'il existe des conditions qui doivent être examinées d'une façon préliminaire, comme le fait qu'un État remplisse les conditions prévues par les articles 34 et 35 du statut de la Cour.³⁸⁰

La doctrine a observé que, selon une règle consolidée, une juridiction internationale jouit d'une grande liberté par rapport à l'ordre d'examen des exceptions préliminaires. Cependant, à l'analyse de la jurisprudence récente, cette approche peut être considérée comme dépassée, bien que l'auteur cité suggère qu'on ne peut pas oublier que, d'une façon plus générale :

« *La logique est une chose, le droit en est une autre. Si le droit ne peut pas s'abstraire de la logique et qu'il doit s'appuyer sur elle, il ne saurait en être l'esclave, parce que ses fins sociales sont autres que celles des lois d'airain centrées sur le dogme absolu de la non-contradiction* ».³⁸¹

³⁷⁷ *Consortium RFCC v. Kingdom of Morocco*, ICSID Case No. ARB/00/6, Decision on Jurisdiction, July 16, 2001. *Helnan International Hotels A/S v. The Arab Republic of Egypt* ICSID Case No Arb 05/19, Decision of the Tribunal on objection to jurisdiction, October 17 2006.

³⁷⁸ NOUVEL, Y., *op. cit.*, p. 31. « Sur ce point précis, la solution retenue dans l'affaire Salini paraît très formaliste. Certes, elle démontre que l'État est partie à l'instance, mais elle n'établit pas qu'il est parti au différend. In ne suffit pas qu'un investisseur introduise une requête contre un État sur la base de la convention bilatérale pour qu'un réel conflit d'intérêt juridique existe entre les parties ».

³⁷⁹ AMADIO, M., « *Le Contentieux International de l'investissement privé* », Paris, Librairie Générale de droit et de Jurisprudence, 1967, p. 101 « *Ratione personae*, la compétence du Centre est spécialisée à un type précis de différend international. Le Centre n'a vocation à connaître ni les différends interétatiques ni entre les personnes privées. Il ne peut connaître que des différends de nature mixte entre « un État contractant (ou telle collectivité publique ou tel organisme dépendant) de lui et le ressortissant d'un autre État contractant ».

³⁸⁰ KOLB, R., *op. cit.*, p. 275.

³⁸¹ *Ibid.*, p. 276.

Notre impression par conséquent est que la même règle doit s'appliquer si l'entreprise demanderesse peut être qualifiée de ressortissant d'un autre État partie à la Convention et, par conséquent, doit être traitée à un stade préliminaire. Si nous acceptons cette prémisse, il reste à comprendre de quelle manière cette question doit être traitée par le tribunal arbitral. Pour y répondre, nous analyserons transversalement toutes les théories élaborées pour répondre à la question que la participation des entités publiques aux arbitrages complexes peut soulever.

§3.1) « Agency Relationship » – Le conflit existant entre le mot « agency » dans sa signification plus commune et le droit qu'un tribunal CIRDI doit appliquer pour statuer sur sa compétence

Dans ce paragraphe, nous analyserons avant tout les questions qui se posent lorsqu'on doit donner une signification au mot « agency » employé par le professeur Aron Broches.

Les problèmes applicatifs, mais qui ont aussi une certaine valeur théorique, ressortent du fait qu'une partie notable de la doctrine³⁸² et d'importantes décisions arbitrales³⁸³ ont soutenu que la loi qu'un tribunal CIRDI doit appliquer pour statuer sur sa compétence est le droit international public. En particulier, dans le commentaire à la Convention CIRDI, nous avons observé que la question de la compétence était régie par l'article 25 alinéa (1) de la Convention de Washington et que :

³⁸² SCHREUER, C. H., 2009, *op. cit.*, p. 249. Voir aussi, dans la doctrine plus récente THOMAS, J. C., DHILLON, H. K., «The Foundations of Investment Treaty Arbitration: The ICSID Convention», *Investment Treaties and the Review of Arbitration Awards, ICSID Review*, Vol. 32, No. 3, 2017, p. 488. "In such cases, the investor and the host State would be expected to have specified the *lex contractus*. If the law of the host State was the exclusive choice of law, international law did not apply to the dispute. Oddly, given the extensive attention devoted to the applicable law issue during the Convention's negotiation, many investment treaties were simply silent on the issue. As a result, when tribunals considered disputes arising under these treaties, it was not immediately apparent precisely what rules of law were to be applied. If no applicable law was specified, the tribunal would have to consider the BIT's silence under the Convention's Article 42 (1). As a treaty, the BIT itself was conventional international law. This could be viewed as an implicit decision by the States party to the treaty that international law alone should apply (thus relegating the law of the host State to the role of juridical fact)".

³⁸³ Voir par exemple *Československa obchodní banka, a.s. v. Slovak Republic*, ICSID Case No. ARB/97/4, Decision on Objections to Jurisdiction, May 24, 1999, para. 35; *Azurix Corp. v. Republic of Argentina*, ICSID Case No. ARB/01/1, Decision on Jurisdiction of 8 December 2003, para. 50; *Enron Creditors Recovery Corporation and Ponderosa Assets, L.P. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/01/3, Decision on Jurisdiction of 2 August 2004, para. 38; *Sempra Energy International v. Republic of Argentina*, ICSID Case No. ARB/02/16, Decision on Objections to Jurisdiction, May, 11 2005, para. 26; *Noble Energy Inc. and Machala Power Cía. Ltd. v. Republic of Ecuador and Consejo Nacional de Electricidad*, Decision on Jurisdiction, March 5, 2008, para. 57.

*« The perfect consent is neither a treaty nor a simply contract under domestic laws, but an agreement between the host State and the investor based on a treaty ».*³⁸⁴

Le premier problème, donc, est de donner sa juste valeur au mot « *agent* » employé par le professeur Broches et, surtout, de comprendre si la signification de ce mot peut être celle du droit international public. Du point de vue sémantique, le mot « *agent* » n'est pas simple à définir. C'est une notion qui a été « *elaborated and most frequently used in the field of domestic law* »,³⁸⁵ mais comme cela a été souligné par un auteur anglais, « *the meaning of this expression, in the context of English Law, is far from clear* »,³⁸⁶ aussi dans le domaine de l'arbitrage.³⁸⁷ Même si la signification de ce mot demeure aussi incertaine dans le droit interne, le but de ce paragraphe sera d'expliquer quelle peut être la signification de ce terme dans l'arbitrage international d'investissements.

Si nous acceptons que le droit international général est le droit que le tribunal arbitral doit appliquer pour statuer sur l'existence de sa compétence, nous pouvons imaginer que la notion de représentation à laquelle Aron Broches fait référence est celle élaborée par le droit international public et, par conséquent, il nous faut avant tout analyser la notion de représentation telle que représentée par le droit international public; il faut vérifier si cette notion est applicable ou non à notre sujet d'analyse.

Pour présenter la notion de représentation telle qu'élaborée par le droit international général, nous pouvons fonder notre analyse sur celle élaborée par le juge Anzillotti qui a expliqué que :

« Si l'on peut dire que le représentant n'est pas une personne selon les normes établissant les droits et devoirs du représenté, il est à l'inverse, d'une façon certaine, au regard de normes qui établissent les droits et les devoirs du représentant lui-même

³⁸⁴ SCHREUER, C. H., 2009, *op. cit.*, p. 249.

³⁸⁵ SERENI, A. P., « Agency in International Law », *In the American Journal of International Law*, 34, 1940, p. 638. "Applying to international relations terms and definitions which have been elaborated and most frequently used in the field of domestic law". The international person I for which action is taken may be defined as principal; the international person acting on behalf of the principal, as agent; the relationship existing between these parties, as international agency. The terms "representation", "representation", "Stellvertretung" have also been used in international instruments to designate this relationship".

³⁸⁶ MUNDAY, R., *Agency Law and Principles*, Second edition, Oxford University Press, 2013 "One thing, which is beyond dispute is that the agent enjoys the power to alter the legal relations of his principal vis-à-vis a third party", para. 1.19.

³⁸⁷ STREINGRUBER, A. M., *Consent in International Arbitration*, Oxford University Press, 2012, para. 9.06 "There is great diversity regarding the authority and forms of requirements necessary to agree to arbitration on behalf of another person".

*envers le représenté ; au contraire, l'organe peut aussi ne pas être une personne, ou ne pas l'être dans l'ordre juridique dont il s'agit. Le représentant d'un sujet de droit international ne peut être qu'un autre sujet de droit international ; au contraire, rien n'empêche que l'individu soit de l'organe de l'État également dans le domaine des relations internationales »*³⁸⁸

et la doctrine allemande est arrivée à des conclusions similaires en observant que :

« Agency under international law presupposes relations between subjects of international law ».³⁸⁹

Selon un auteur français, la :

« Représentation requiert trois parties : le mandant, le représentant et le tiers avec qui le représentant traite. Elle exige également un système juridique dont les règles sont régies. Car étant un phénomène juridique, la représentation ne peut exister et produire ses effets juridiques que dans un système juridique, c'est-à-dire que la représentation internationale est régie par le droit international. Par conséquent, cette relation ne peut exister que parmi les parties reconnues comme sujets du droit international ».³⁹⁰

Par conséquent, le juge Anzillotti a exclu la possibilité d'identifier un rapport de représentation entre l'État et ses organes mais aussi entre l'État et d'autres entités telles que les entreprises publiques. La raison de cette exclusion doit être envisagée dans l'absence de personnalité internationale des organes étatiques.

Or, dans le système créé par les traités bilatéraux d'investissements qui sont construits comme des traités en faveur de tiers, l'investisseur arrive à obtenir une position tout à fait particulière. Même s'il n'a pas une personnalité de droit international tout court, il est évident qu'il gagne une position qui se rapproche beaucoup de cette dernière. Bien qu'on admette que le *locus standi* dans un procès international soit de toute façon une création des États souverains, l'exclusion expresse de la protection diplomatique démontre que, au moins d'un point de vue substantiel, l'investisseur bénéficie d'une position bien plus privilégiée par

³⁸⁸ ANZILLOTTI, D., *Corso di Diritto Internazionale*, Padova, Cedam, 1954, p. 252-3.

³⁸⁹ SCHWARZENBERGER, G., *International Law as Applied by international Courts and Tribunals*, London Stevens & Sons Limited, 1957, p. 162.

³⁹⁰ DAOUDI, R., *La représentation en droit international public*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1980.

rapport à celle qu'il devrait avoir dans la construction classique du droit international qui voit l'État comme seul sujet du droit international.³⁹¹

Quand l'investisseur est une entreprise publique, la situation devient plus complexe car les aspects qui, d'un côté, confèrent un rôle plus significatif à ces sujets aux yeux du droit international classique, c'est-à-dire le rattachement à l'État, représente, d'un autre côté, un obstacle à la protection de ses investissements, car il constitue un élément qui éloigne ces sujets en faveur des investisseurs privés qui doivent être protégés par le droit des investissements.

Quoi qu'il en soit, si l'entreprise ne possède pas une personnalité de droit international, elle ne peut pas être représentant dans le sens propre du terme. Cette considération est donnée en des termes généraux valables également pour les entreprises d'État. Un des auteurs les plus récents ayant étudié ce sujet a observé que :

« In theory a State Enterprise cannot be sued for a breach of an investment treaty it is not a party to. By the same token, only states have standing to act as respondents ».
Selon le même auteur, *« this confirms perhaps, that corporations including state enterprises, do not have fully capacity as subjects of international law ».*³⁹²

Si nous considérons la pratique des États, il faut observer qu'en termes plus généraux la possibilité de la subjectivité internationale d'une entreprise publique est une hypothèse absolument résiduelle.

Nous pouvons souligner des situations intéressantes. Un exemple peut être trouvé dans la loi mexicaine sur l'approbation des traités de 1992,³⁹³ qui permet à des organismes décentralisés d'approuver des accords « *latu sensu* » internationaux. Un autre exemple, plus pertinent par rapport à notre sujet, est le cas d'une entreprise publique russe qui, en accord avec l'article 14 de la loi nationale de la Fédération russe du 1^{er} décembre 2007,³⁹⁴ avait le pouvoir de conclure des traités internationaux dans le cadre de son activité.

³⁹¹ **BADIA, A.**, *op. cit.*, Croydon, Kluwer, 2014.

³⁹² **BADIA, A.**, *op. cit.*, p. 22

³⁹³ Nueva Ley DOF 02-01-1992 1 de 3, *Ley Sobre la Celebración de Tratados Texto Vigente, Nueva Ley publicada en el Diario Oficial de la Federación*, el 2 de enero de 1992, art. 2.

³⁹⁴ *Federal Law No. 317-FZ on the State Atomic Energy Corporation Rosatom, article 14, alinéa 2* "Корпорация является уполномоченной организацией, представляет Президенту Российской Федерации или в Правительство Российской Федерации предложения о заключении, выполнении и прекращении международных договоров Российской Федерации в соответствии с Федеральным законом от 15 июля 1995 года N 101-ФЗ "О международных договорах Российской Федерации".

Ces exemples sont intéressants d'un point de vue narratif, mais l'auteur qui a cherché à en déduire l'existence d'un troisième ordre juridique international n'a pas eu la faveur de la majorité de la doctrine.³⁹⁵

Le professeur Klabbers a remarqué que :

« *To say that individual departments or agencies may legally bind themselves under international law, presupposes either that such departments or agencies are themselves subjects of international law, capable of independently bearing international legal rights and obligations, or that the familiar legal orders of national law and international law are accompanied by a third legal order, which could for all practical purpose be called international agency-law. Both hypothesis is refutable* ». ³⁹⁶

Il est vrai de toute façon, comme le démontre la jurisprudence la plus récente, que l'État est la « vraie partie du différend » si les actes de ses entreprises sont des actes qui lui sont attribuables, en d'autres mots « des actes d'État ». Il s'agit d'une considération qui confirmerait que les entreprises publiques n'ont pas une réelle possibilité d'être des sujets du droit international au même niveau que les États. De plus, nous pouvons admettre que ces conclusions soient un peu nuancées si nous considérons le droit des investissements comme un système de sources mixtes dans lequel, à côté du droit international général, nous pouvons aussi considérer comme une source de droit certains principes de droit pouvant dériver de la *lex mercatoria*.

Si nous nous tournons vers le droit de l'arbitrage commercial, il est facile de constater que le rapport de représentation est l'un des moyens les plus utilisés pour élargir le domaine d'application des clauses compromissoires. En effet, si nous regardons ce qu'a soutenu une autre doctrine, la loi applicable pour examiner la compétence d'un tribunal d'arbitrage

Корпорация заключает международные договоры межведомственного характера по вопросам, входящим в ее компетенцию, в соответствии с указанным Федеральным законом". Traduction : « 2. La Société est une organisation autorisée, représente Au Président de la Fédération de Russie ou au Gouvernement de la Fédération de Russie propositions pour la conclusion, la mise en œuvre et la cessation des accords de la Fédération de Russie conformément à la loi fédérale du 15 Juillet 1995 N 101-FZ "Sur les traités internationaux de la Fédération de Russie ». La Société conclut des traités internationaux de nature interministérielle sur des questions relevant de sa compétence, conformément aux Loi fédérale ».

³⁹⁵ Voir par exemple **BARBERIS, J. A.**, « La Personnalité juridique internationale », *R.C.A.D.I.*, 1983 I, « il faut souligner que l'ordre juridique universel est composé du droit des gens et des ordres juridiques des divers sujets internationaux. En dehors de ces ordres, il n'existe pas d'autre normes juridiques. Toutefois certaines théories affirment qu'il en existe et elles donnent comme exemple ce que on l'a appelé les contrats in vacuo et une hypothétique *lex mercatoria* qui révélerait certains aspects du droit du commerce international », p. 176.

³⁹⁶ **KLABBERS, J.**, *The concept of Treaty in International Law*, Kluwer Law, The Hague, 1996, p. 103.

CIRDI dans le cas d'un contrat d'investissement est la loi nationale concernant l'existence du consentement tandis que le droit international s'applique seulement pour établir son irrévocabilité. Les différentes questions de la validité, de l'arbitrabilité et de la capacité d'être partie au procès, en revanche, seraient réglées par la loi de l'État. Si cette dernière considération est correcte, il est évident que les deux systèmes se rapprochent beaucoup car, en réalité, le plan sur lequel le rapport de représentation se déroule n'est plus celui du droit international général mais celui du droit interne.

Cette notion se distingue de celle de représentation au niveau international parce qu'elle est fondée en particulier sur une enquête d'origine factuelle³⁹⁷ qui vise à obtenir des résultats plus proches des attentes de la « *business community* », ³⁹⁸ c'est-à-dire que, si nous reconnaissons d'une façon générale que le droit d'investissements est un droit qui s'applique aux différends de nature économique, les solutions théoriques que nous pouvons imaginer pour résoudre les problèmes dans ce système ne peuvent pas s'éloigner trop des solutions qui ont été développées au sein de l'arbitrage commercial, dans lequel les entreprises privées ont joué un rôle important dans l'élaboration de ce système de règlement des différends. De plus, les solutions qui ont été développées dans ce système peuvent donner des réponses assez convaincantes dans lesquelles les notions élaborées au sein de droit international public ne semblent pas satisfaisantes.

À notre avis, en effet, nous pourrions mieux reconstruire la notion de représentation dans le cadre de l'arbitrage d'investissement en nous inspirant de l'arbitrage commercial tel que façonné à partir de certaines décisions de la CCI, comme l'affaire n° 6519 de 1990.³⁹⁹

Dans ce cas-là, le demandeur a tenté d'élargir la clause compromissoire en se fondant sur la doctrine du groupe des sociétés, qui est évidemment une doctrine différente de la représentation. Mais l'analyse du tribunal arbitral est toutefois importante pour la notion de représentation, parce que les arbitres ont examiné le rapport entre ces deux doctrines et ont élaboré à travers cette opération une notion de représentation que nous pourrions définir comme « autonome » du système arbitral utilisable dans le domaine d'analyse.

³⁹⁷ **PARK, W.W.**, *Arbitration of the International Business Disputes*, Second Edition, Oxford University Press, 2012, p. 301, "The following fact patterns appear not infrequently in cases where arbitrators join non-signatories and seem to comport with the reasonable expectations of business managers."

³⁹⁸ **BREAKOULAKIS, S. L.**, *Third Parties in International Commercial Arbitration*, Oxford University Press, 2010, p. 56. **BLACKABY, N., PARTASIDES, C., REDFERN, A., HUNTER, M.**, *Redfern and Hunter on International Arbitration*, Fifth Edition, Oxford University Press, 2009, p. 104.

³⁹⁹ CCI, affaire n. 8385, 1995, in **ARNALDEZ J.J. et al.**, *op. cit.* p. 421.

Plus en détails, les arbitres ont observé :

*« Attendu que sans nier la réalité économique que peut constituer l'existence d'un groupe de sociétés, les effets d'une clause compromissoire ne peuvent être étendus à des sociétés non signataires ayant une personnalité juridique distinctive que si elles y ont été représentées effectivement ou implicitement ou si elles ont joué un rôle actif dans les négociations qui ont précédé, ou encore si elles sont directement concernées par l'accord au sein duquel figure la clause compromissoire ».*⁴⁰⁰

En l'espèce, le tribunal s'était déclaré incompétent pour trancher le litige parce qu'il n'y avait pas eu la preuve d'un rapport de représentation et, par conséquent, l'existence d'une personnalité morale distincte avait été retenue comme un élément décisif. La doctrine qui a examiné cette définition n'a pas manqué d'observer que, dans ce cas, c'est « *la notion du mandat qui intervient* ». ⁴⁰¹

La doctrine a juxtaposé les conclusions de l'affaire déjà mentionnée avec celles de l'affaire n° 5721 de 1990 dans laquelle les arbitres avaient indiqué que :

*« En résumé, l'appartenance de deux sociétés à un même groupe ou la domination d'un actionnaire ne sont jamais, à elles seules, des raisons suffisantes justifiant de plein droit la levée du voile social. Cependant, lorsqu'une société ou une personne individuelle apparaît comme étant le pivot des rapports contractuels intervenus dans une affaire particulière, il convient d'examiner avec soin si l'indépendance juridique ne doit pas, exceptionnellement, être écartée au profit d'un jugement global. On acceptera une telle exception lorsqu'apparaît une confusion entretenue par le groupe ou l'actionnaire majoritaire ».*⁴⁰²

Nous pouvons tirer deux considérations de cette réflexion : la première est que le rapport de représentation (l'« *agency doctrine* » mentionnée par Aron Broches) joue un rôle important dans l'arbitrage commercial, au point que, même quand les arbitres veulent appliquer des doctrines différentes comme celle de groupe des sociétés, ils utilisent la notion de représentation ou de mandat (plus souvent « *un mandat apparent* »)⁴⁰³ pour justifier l'élargissement de la convention d'arbitrage et pour étendre leur compétence.

⁴⁰⁰ *Ibid.*

⁴⁰¹ *Ibid.* p. 425.

⁴⁰² *Ibid.*

⁴⁰³ *Ibid.*

La seconde considération est que la notion de représentation n'est pas si linéaire dans le droit de l'arbitrage, quand on la rapporte aux problèmes de compétence. En effet, comme nous le verrons par la suite, les tribunaux arbitraux ont élaboré une notion de représentation qui présente une reconstruction moins rationnelle par rapport à celle élaborée sur le plan du droit international général pour les rapports interétatiques, qui de toute façon ressemble beaucoup à celle du droit privé.

Il semble que cette notion de représentation contient un élément de contrôle découlant d'un rapport qui n'est pas de nature contractuelle. Cette considération peut être déduite des références faites dans les décisions arbitrales à la « *levée du voile social* » et à la « *confusion entretenue* » qui se rapprochent plus des théories que les auteurs qui ont étudié ce domaine ont classé comme « *corporatives* »⁴⁰⁴ et qui, du point de vue dogmatique, n'ont rien à voir avec la représentation. En conclusion, comme nous le verrons ensuite, il semble que les tribunaux acceptent l'idée d'un rapport de représentation seulement s'il y a d'autres éléments de subordination entre la société représentée et celle qui la représente.

Est-il possible alors que le professeur Aron Broches, quand il se référait à la représentation « *acting as agent* », ait pensé à la fonction de la représentation dans le domaine de l'arbitrage commercial ? Nous pouvons imaginer la première partie du *Broches Test* comme l'opération inverse que les arbitres accomplissent quand ils essayent d'élargir l'application de la clause compromissoire.

S'il existe un rapport de représentation, l'État peut être partie à l'arbitrage. Dans l'arbitrage d'investissements, si l'entreprise est seulement un représentant de l'État, elle ne peut pas être partie au procès. Il existe un obstacle pour accepter cette reconstruction : la compétence dans le droit international de l'investissement devrait en principe être réglée par le droit international, au moins dans l'arbitrage CIRDI, parce que la Convention de Washington est un instrument de droit international public qui doit être interprété en accord avec les règles de la Convention de Vienne.

Se présente de toute façon un avantage : la notion de représentation élaborée par le droit de l'arbitrage international, à partir du moment où elle contient une notion de contrôle, présente une certaine analogie avec le type de rapport pouvant être similaire à ceux que les arbitres d'investissement recherchent. En effet, comme nous l'avons souligné et comme nous

⁴⁰⁴ BADIA, A., *op. cit.*, p. 64.

pourrions le démontrer directement au sujet des situations qui ont vu la participation des entités étatiques, beaucoup de décisions tendent à donner de l'importance à des circonstances qui pourraient être interprétées comme hybrides, entre un rapport de représentation tacite et une sorte d'amalgame juridique entre l'entité contrôlant et l'entité contrôlée.

La doctrine qui s'est occupée de ce problème dans le droit des investissements a suggéré que le texte qui devrait conduire le tribunal à vérifier s'il existe un rapport de représentation entre l'entreprise d'État et l'État lui-même est l'article 8 du Projet d'article de la Commission du droit international sur la responsabilité des États.

En laissant de côté, pour le moment, la question de savoir si cette interprétation est correcte, il est clair que les auteurs qui ont étudié ce sujet ont convenu qu'en parlant d'« *agency* » le Professeur Aron Broches avait l'intention de se référer à une réalité différente de la représentation classique élaborée par le droit international. Par conséquent, notre idée est d'examiner la notion élaborée dans le domaine des investissements et dans le domaine commercial, et de vérifier si nous pouvons nous inspirer de ce dernier.

§3.1.1) L'exception *ratione personae* dans le système CIRDI et dans l'arbitrage commercial juxtaposé

Dans l'arbitrage d'investissement, cette question s'est posée dans l'affaire *Ceskoslovenska Obchodni Banka, A.S. c. The Slovak Republic*⁴⁰⁵ de 1999, où le défendeur soutenait que la société CSOB était en fait une agence du gouvernement tchèque. En effet, après la « *Révolution de Velours* » de 1989 en Tchécoslovaquie, la banque CSOB, sous le contrôle de l'État, a pris des initiatives pour limiter sa dépendance à son égard et des mesures lui permettant de fonctionner comme une banque commerciale privée. Au cours de ce processus de transition, CSOB a conclu un accord appelé accord de consolidation avec le ministère des Finances de la République slovaque et avec le ministère des Finances de la République tchèque.

À la suite de cessations de paiement, CSOB a entamé un arbitrage contre la République slovaque pour violation de l'accord de consolidation. La République slovaque a observé que le différend était entre les États et donc en dehors du champ d'application de l'article 25

⁴⁰⁵ *Ceskoslovenska Obchodni Banka, A.S. v. The Slovak Republic*, ICSID Case No. ARB/97/4, Decision on Objections to Jurisdiction, May 24, 1999

alinéa (1) de la Convention CIRDI – compte tenu du fait que CSOB était « *un représentant de la République tchèque plutôt que d'une entité commerciale indépendante* ».

Pour vérifier si une entreprise partiellement ou entièrement détenue par l'État peut être qualifiée de ressortissant d'un autre État contractant conformément à l'art. 25, alinéa (1), le tribunal arbitral identifie comme critère applicable le « *test* » formulé par le professeur Broches. L'analyse du rapport de représentation proposée par le tribunal est curieuse et l'analyse en doctrine de cet arrêt n'est pas vraiment satisfaisante. Les arbitres ont en effet observé que :

*« Pendant une grande partie de son existence, le CSOB a agi au nom de l'État pour faciliter l'exécution des transactions commerciales étrangères que l'État souhaitait ».*⁴⁰⁶

Cette considération a été interprétée par un auteur qui a commenté cette décision comme une admission que CSOB avait été, en effet, un représentant de la République tchèque.⁴⁰⁷ Cette décision a été critiquée par les mêmes auteurs parce que, selon leur appréciation, le tribunal, en vérifiant si la banque avait exercé des actes de puissance publique,⁴⁰⁸ aurait appliqué le *Broches Test* d'une façon cumulative en requérant, pour nier le droit d'action à cette banque, d'être un représentant de l'État et d'avoir accompli des actes de puissance publique.

En réalité, il faut observer que celle-ci n'est pas la seule lecture possible. En effet, dans les conclusions du paragraphe consacré à cette première exception soulevée par le défendeur, le tribunal a conclu que :

« Accordingly, [...] the Respondent has failed to sustain its contention that the Centre lacks jurisdiction and the Tribunal competence to hear this case on the ground that

⁴⁰⁶ *Ceskoslovenska Obschodni Banka, A.S. v. The Slovak Republic*, ICSID Case No. ARB/97/4, Decision on Objections to Jurisdiction, May 24, 1999, para. 20. "It cannot be denied that for much of its existence, CSOB acted on behalf of the State in facilitating or executing the international banking transactions and foreign commercial operations the State wished to support and that the State's control of CSOB required it to do the State's bidding in that regard".

⁴⁰⁷ **BLYSCHAK P.**, *op. cit.*, p. 629. "Thus, the tribunal found that at least "for much of its existence" CSOB had been an agent of the State".

⁴⁰⁸ *Ceskoslovenska Obschodni Banka, A.S. v. The Slovak Republic*, ICSID Case No. ARB/97/4, Decision on Objections to Jurisdiction, May 24, 1999, para. 20. "But in determining whether CSOB, in discharging these functions, exercised governmental functions, the focus must be on the nature of these activities and not their purpose. While it cannot be doubted that in performing the above-mentioned activities, CSOB was promoting the governmental policies or purposes of the State, the activities themselves were essentially commercial rather than governmental in nature".

Claimant was acting as an agent of the State or discharging essentially governmental activities as far as this dispute is concerned ». ⁴⁰⁹

La dernière partie de la sentence du tribunal suggère que celui-ci, au paragraphe 20, avait seulement vérifié l'existence d'une relation générale assez étroite entre l'État et la banque pendant la vie de cette dernière, sans que cela ait eu une influence sur la relation relative à l'opération d'investissement à l'origine du différend. En effet, le « *consolidation agreement* » avait été signé par le gouvernement tchèque, par le gouvernement slovaque et par la banque CSOB. Dans ce sens, il est difficile d'imaginer pourquoi CSOB aurait signé ce contrat en qualité de représentant d'un gouvernement qui était partie au même instrument et, plus généralement, l'investissement entrepris était sans doute dans l'intérêt de la banque pour faciliter sa consolidation financière.

Malheureusement, du fait que l'analyse du tribunal sur ce point soit très limitée, il n'est pas possible de parvenir à une conclusion définitive. Le tribunal saisi de l'affaire *CSOB*, en effet, n'a pas identifié une notion d'« *agency relation* » très claire, parce qu'il a examiné pourquoi les actes de CSOB ne pouvaient pas être considérés comme des actes de puissance publique, mais sans expliquer pourquoi. Dans le cas d'espèce, les activités de CSOB, bien que de droit privé, ne pouvaient pas être appréhendées comme le déroulement d'un rapport de « *représentation* » entre l'entreprise et l'État. Ce qui est clair, en conclusion, c'est que ce tribunal, contrairement à ce qui a été soutenu, n'a pas cru qu'il y avait un rapport de représentation entre CSOB et l'État tchèque.

À ce propos, il faut observer que les tribunaux CIRDI n'ont pas été particulièrement bienveillants quant à la reconnaissance de l'existence d'un rapport de représentation. Cette conclusion peut être soutenue à travers l'analyse de la décision *Government of the Province of East Kalimantan c. Pt Kaltim Prima Coal Rio Tinto PLC*⁴¹⁰ de 2009 qui est l'un des cas les plus atypiques de la quasi-jurisprudence des tribunaux arbitraux CIRDI. L'action avait été déclenchée par une province de l'Indonésie, le Kalimantan Oriental, contre un investisseur privé sur la base d'un contrat entre l'investisseur et l'État. Le fait que la demande ait été proposée contre un investisseur privé rend cette affaire partiellement différente de

⁴⁰⁹ *Ibid.*, para. 27.

⁴¹⁰ *Government of the Province of East Kalimantan v. Pt Kaltim Prima Coal and Others*, ICSID Case No. ARB/07/3, Award on Jurisdiction, December 28, 2009.

toutes les autres, mais, comme nous le verrons, il est intéressant parce qu'il pose des problèmes similaires, mais de façon parfaitement opposée.

En effet, la Convention CIRDI prévoit comme situation typique l'investisseur privé comme demandeur et l'État défendeur. Quant à la place du défendeur, les problèmes que nous avons vus pour préserver le caractère mixte des différends administrés par le CIRDI se présentent d'une façon opposée.

En effet, quand une émanation de l'État déclenche une action contre un autre État partie à la Convention CIRDI, elle doit soutenir « *être autonome de l'État* », quand elle agit contre un investisseur privé. Pour préserver le caractère mixte des différends CIRDI, la province du Kalimantan Oriental devait, au contraire, démontrer à travers la preuve d'une « *agency relation* » qu'elle était en réalité l'État.⁴¹¹

En réalité, bien qu'intéressante du point de vue théorique, cette affaire se distingue surtout pour les omissions du tribunal. Les parties étaient en effet aussi en désaccord sur la loi applicable : l'arbitrage étant fondé sur un contrat régi par la loi indonésienne, la question du consentement devait être décidée en appliquant le droit national de l'Indonésie, comme soutenu par le demandeur,⁴¹² ou le droit international comme suggéré par le défendeur.⁴¹³

Le tribunal a conclu son analyse avec une affirmation tout à fait ambiguë, en observant que :

*« In sum, the Arbitral Tribunal concludes that international law applies to the determination of its jurisdiction over this dispute and that, in assessing the requirement of consent set by international law, it will take Indonesian law into account because of the specifics of the consent involved here ».*⁴¹⁴

Après cette remarque, nous pourrions croire que le tribunal aurait alors analysé la notion d'« *agent* » soit au sens du droit international, soit au sens du droit indonésien afin de vérifier sa compétence. En réalité, le tribunal s'est borné à une analyse littérale de la loi indonésienne

⁴¹¹ WEBSTER, H. T., *Handbook of Investment Arbitration*, Sweet & Maxwell, p. 120.

⁴¹² *Ibid.*, para. 164. “The Claimant argues that “[t]he question whether the parties’ [sic] have adequately expressed their common will or intent, including their consent, to arbitration within the meaning of the Convention is a question that is not governed by international law”.

⁴¹³ *Ibid.*, para. 164. “On their side, the KPC Respondents reply that the “GPEK has provided no authority for its contention that Article 25 is not to be construed in accordance with international law.”

⁴¹⁴ *Ibid.*, para. 168.

et a conclu que, en effet, il n’y avait pas de raisons pour penser que cette loi donnait des pouvoirs de représentation à la province du Kalimantan Oriental.

Ce qui est intéressant pour notre travail est qu’en termes générales le tribunal n’a pas rejeté l’idée qu’un État pouvait être représenté par une de ses subdivisions même en dehors de la règle spécifique de la désignation prévue par l’article 25 alinéa (1) et (3) de la Convention de Washington, qui est un motif de compétence distinct et qui sera traité à un stade ultérieur de la présente thèse.⁴¹⁵

La question de la signification du mot « *agent* » a également été analysée par une décision très récente d’un tribunal CIRDI : l’affaire *Beijing Urban Construction Group Co. Ltd. v. Republic of Yemen* de 2017.⁴¹⁶

Dans ce cas-là, le tribunal n’a pas non plus réussi à donner une définition satisfaisante de la notion. Les arbitres ont examiné avant tout si la société publique *Beijing Urban Construction Group Co. Ltd* pouvait être considérée comme un agent de la République populaire de Chine. Le tribunal arbitral, suivant l’approche de la doctrine la plus récente, a suggéré que le *Broches Test* n’était que le miroir des règles sur l’attribution qui découlent des articles 5 et 8 du Projet d’article de la Commission du droit international sur la responsabilité des États.⁴¹⁷

Dans le cas d’espèce, le tribunal a examiné les directives du gouvernement chinois envers l’entreprise sous son contrôle, non pas pour vérifier si ces directives justifiaient un rapport de représentation ou de mandat, mais, au contraire, seulement pour vérifier si elles pouvaient être vues comme des instructions donnant l’impression que l’entreprise étatique accomplissait des activités de caractère public.⁴¹⁸

Cette approche est clairement contraire au *Broches Test* qui envisage clairement deux volets distincts et, encore une fois, c’est dans son langage même que le tribunal arbitral confirme

⁴¹⁵ Première Partie, Chapitre II, §2).

⁴¹⁶ *Beijing Urban Construction Group Co. Ltd. v. Republic of Yemen*, ICSID Case No. ARB/14/30, Decision on Jurisdiction, 31 May 2017.

⁴¹⁷ *Beijing Urban Construction Group Co. Ltd. v. Republic of Yemen*, ICSID Case No. ARB/14/30, Decision on Jurisdiction, 31 May 2017, para. 35. “The Broches factors are the mirror image of the attribution rules in Articles 5 and 8 of the ILC’s Articles on State Responsibility. The Broches test lays down markers for the non-attribution of State status”.

⁴¹⁸ *Ibid.* para. 40 “On the contrary, the evidentiary record discloses that BUCG participated in the airport project as a general contractor following an open tender in competition with other contractors. Its bid was selected on its commercial merits. Its contract was terminated, Yemen contends, not for any reason associated with the PRC’s decisions or policies but because of BUCG’s failure to perform its commercial services on the airport site to a commercially acceptable standard”.

son erreur au paragraphe 42, en confirmant que le test fondé sur l'analyse de la nature des actes doit être rejeté pour « *the same reasons as its "agency" argument* ». ⁴¹⁹

§3.1.2) L'exception *ratione personae* dans l'arbitrage d'investissement non-CIRDI.

La question de la possibilité pour une entreprise d'État d'être partie à un arbitrage d'investissement s'est également posée en dehors de l'arbitrage CIRDI. Dans ces affaires, l'article 25 (1) de la Convention CIRDI ne s'applique pas avec sa formulation restrictive et, par conséquent, la question de déterminer si une entreprise contrôlée par l'État a un pouvoir d'action autonome a aussi été discutée sur la base d'un traité bilatéral d'investissements.

Cette situation s'est présentée par exemple dans l'affaire *TATNEFT c. l'Ukraine*. La décision avait été rendue par le tribunal arbitral le 28 septembre 2010, non publiée. L'Ukraine, par un recours formé le même jour, a soutenu que le tribunal arbitral était incompétent pour trancher un litige qui l'opposait en réalité non pas à un investisseur russe mais à un État, la Fédération de Russie. La demanderesse avait notamment fait valoir que le traité bilatéral d'investissements :

« Confiait à l'arbitrage le règlement des différends entre l'une des parties contractantes et "l'investisseur de l'autre partie contractante", ce qui excluait l'autre partie contractante elle-même ; que le but des TBI est la protection des investissements privés et non pas le règlement de litiges interétatiques ; que l'extension exceptionnelle du champ d'un traité bilatéral d'investissements aux investisseurs publics doit ressortir clairement de la volonté des parties, ce qui n'est pas le cas en l'espèce ». ⁴²⁰

L'Ukraine avait également proposé comme « *test* » pour soutenir son interprétation ce qui :

*« Résulte en effet des normes coutumières consacrées par le Projet d'article de la Commission du droit international sur la responsabilité des États – normes qui sont employées par les tribunaux arbitraux pour établir la qualité étatique d'une entité au titre de la compétence *ratione personae* ».* ⁴²¹

⁴¹⁹ *Ibid.*, para. 42.

⁴²⁰ *Cour d'Appel de Paris*, Sentence du 29 novembre 2016, n° 14/17964, p. 5

⁴²¹ *Ibid.*, « que les critères de cette assimilation tiennent au pouvoir d'instruction ou de contrôle de l'État sur l'entité et à l'exercice par celle-ci de prérogatives de puissance publique; qu'en l'occurrence, le Tatarstan a une participation dominante dans le capital de TATNEFT, dont le directoire est présidé par le Premier ministre de la République du Tatarstan et compte plusieurs autres ministres, que TATNEFT finance diverses politiques

Le jugement du tribunal de Paris est un peu ambigu sur ce point. Les juges ont rejeté l'argument proposé par l'Ukraine en observant en particulier que le test proposé par la demanderesse n'était pas acceptable parce :

*« Qu'il n'est nullement démontré que ces règles seront consacrées par la coutume internationale dans le contexte entièrement différent de l'assimilation d'une entité à un État » afin « de la priver d'un droit propre à l'arbitrage en application d'un traité bilatéral d'investissements ».*⁴²²

L'aspect le plus intéressant est que le tribunal a en même temps déclaré que :

*« L'aménagement d'un mécanisme d'arbitrage entre les États signataires pour la défense des intérêts de leurs nationaux ne saurait avoir pour effet de priver ces derniers, dès lors qu'ils ne sont pas une simple émanation d'un État partie, de leur droit propre de recourir à l'arbitrage »*⁴²³

pour vérifier après cela tous les rapports entre TATNEF et le gouvernement du Tatarstan. En effet, le tribunal est allé vérifier plusieurs indicateurs : la mesure de la quote-part du capital social,⁴²⁴ l'existence d'une « *action en or* » et le fait que la société était dans un régime de prix contrôlés. Il a conclu qu'aucun de ces derniers n'était significatif.⁴²⁵ Le seul indicateur auquel le tribunal semble avoir attaché une valeur particulière est la présence des fonctionnaires publics dans le conseil d'administration. Plus précisément, le tribunal a observé :

« Qu'une telle absence d'autonomie ne résulte pas plus du fait que des membres du gouvernement du Tatarstan siègent au conseil d'administration de TATNEFT – le Premier ministre en qualité de président – dès lors qu'ils n'y sont pas majoritaires ».

Nous pouvons déduire que le jugement du tribunal aurait été différent si la majorité des administrateurs avaient été des fonctionnaires. Si cette conjecture est correcte, nous pouvons imaginer que, en réalité, un certain parallélisme avec les règles sur la responsabilité peut être envisagé. Cette conception peut être supportée dans la circonstance que le pouvoir de

publiques du Tatarstan et emprunte pour son compte, enfin, que TATNEFT a été spécialement désignée par la République du Tatarstan pour participer au projet inter-étatique UT».

⁴²² *Ibid.*

⁴²³ *Ibid.*

⁴²⁴ *Ibid.*

⁴²⁵ *Ibid.*

nommer les membres du conseil d'administration avait été perçu comme l'un des facteurs les plus importants pour décider d'attribuer un fait illicite accompli par une entreprise étatique à l'État contrôlant.⁴²⁶

Il faut observer de toute façon que la jurisprudence la plus récente du CIRDI semble avoir évolué vers des standards plus élevés en requérant également que le niveau de contrôle soit qualifié et comparable à celui qui est envisagé par la Cour internationale de justice dans l'affaire *Nicaragua c. États-Unis*.⁴²⁷

§3.1.3) L'exception à la compétence *ratione personae* fondée sur l'existence d'une « *agency relationship* » dans l'arbitrage commercial

Dans l'arbitrage commercial, l'existence d'un rapport de représentation comme moyen pour élargir les effets de la clause compromissoire a été largement reconnue par les décisions arbitrales. La doctrine qui a examiné la relation entre le rapport de représentation et la clause compromissoire a conclu que :

« Aux États-Unis [...] la théorie de la représentation est probablement le motif de compétence le plus commun invoqué par une partie qui n'a pas signé le contrat avec la clause compromissoire pour bénéficier de cette dernière ». ⁴²⁸

⁴²⁶ *Wena Hotels Limited v. Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/98/4, Award, December 8, 2000. *Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. Kingdom of Morocco*, ICSID Case No. ARB/00/4, Decision on Jurisdiction, July 23, 2001. *Consortium RFCC v. Kingdom of Morocco*, ICSID Case No. ARB/00/6, Decision on Jurisdiction, July 16, 2001. *Impregilo S.P.A. v. Islamic Republic of Pakistan*, ICSID Case No. ARB/03/3 Decision on Jurisdiction, April 22, 2005. *Noble Ventures, Inc. v. Romania*, ICSID Case No. ARB/01/11, Award, October 12, 2005. *Deutsche Bank AG v. Democratic Socialist Republic of Sri Lanka*, ICSID Case No. ARB/09/02, Award, October 31, 2012

⁴²⁷ *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique)*, fond, arrêt, C.I.J., Recueil 1986, p. 14, para. 115 « Ces actes auraient fort bien pu être commis par des membres de la force contra en dehors du contrôle des États-Unis. Pour que la responsabilité juridique de ces derniers soit engagée, il devrait en principe être établi qu'ils avaient le contrôle effectif des opérations militaires ou paramilitaires au cours desquelles les violations en question se seraient produites ».

⁴²⁸ HANOTIAU, B., *op. cit.*, p. 12.

Cette approche s'applique aussi bien aux entreprises privées qu'à celles contrôlées par l'État. Là où les entreprises sont contrôlées par l'État, il existe des spécificités qui méritent attention, ce qu'illustre l'affaire UNCITRAL du 31 août 2004.⁴²⁹

Au début des années 1990, l'État X a commencé à privatiser son système bancaire. Il a utilisé pour ce faire une entité dotée de la personnalité juridique et capable d'ester en justice, dénommée NPF (*National Property Fund*). Par contrat en date du 8 mars 1998, NPF a vendu à la société anglaise X 36,29 % des actions qu'il détenait de l'une des quatre plus grandes banques du pays. Le contrat contenait une clause arbitrale prévoyant que tous les différends pouvant en résulter seraient soumis à un tribunal arbitral. À la suite de la cession des actions de cette banque par la société X des actions à la société Z, la banque a été mise sous administration contrôlée et NPF et l'État contrôlant ont proposé une action contre la société.⁴³⁰

L'État n'était pas une partie formelle du contrat. Les demandeurs ont alors invoqué la doctrine du « *normative consensus* », c'est-à-dire :

« *A [consensus] which is simply deemed to exist by operation of law and brings about contractual effects when one party was reasonably permitted to take the declaration of will of the other as being coincident with their own intention* ». ⁴³¹

La loi, dans ce cas, renforce les principes de l'apparence et de la confiance. À ce propos, les demandeurs ont suggéré que la fonction accomplie par NPF en mettant en œuvre la décision de l'État de privatiser, tout comme le rôle décisif joué par l'État lui-même dans la négociation, l'exécution du contrat et l'affirmation expresse de l'État contenue dans le contrat et que NPF était une partie de l'appareil étatique, étaient surtout autant éléments qui rendaient évident que le défendeur avait compris que le « *Share and Purchase Agreement* » et la clause compromissoire dans ce contrat liaient également l'État X.

Le tribunal arbitral a accepté la thèse des demandeurs mais, de façon un peu obscure, en appliquant des éléments de différentes théories. Le tribunal a ainsi adopté un raisonnement qui pourrait être classé comme hybride entre une approche consensuelle, visant à donner de

⁴²⁹ UNCITRAL Arbitration / Zurich – Art. 192 PIL Act – Exclusion agreement, (la décision du tribunal arbitral n'est pas publiée), mais voir la décision du Tribunal fédéral, 1ère Cour civile, arrêt du 4 février 2005, 4P.236/2004, publié dans *ASA Bulletin* n. 3, 2005.

⁴³⁰ UNCITRAL Arbitration / Zurich – Art. 192 PIL Act – Exclusion agreement, in Tribunal fédéral, 1ère Cour civile, arrêt du 4 février 2005, 4P.236/2004, publié dans *ASA Bulletin* n. 3, 2005, p. 496

⁴³¹ HANOTIAU, B., *op. cit.*, p. 86.

l'importance aux volontés des parties, et une approche corporative visant à examiner de façon objective le rapport entre l'émanation de l'État – NPF – et l'État lui-même.

D'un côté, le tribunal a considéré que NPF était sujet aux décisions du ministre pour l'administration des biens nationaux. En effet, les décisions de privatiser pouvaient seulement être prises par le ministre lui-même. De l'autre côté, les arbitres ont considéré que NPF n'était pas une entité autonome. Cette circonstance pourrait être confirmée par le contrôle effectif (*effective control*)⁴³² des autorités de l'État dans la gouvernance de NPF : son organisme directeur (*presidium*) était composé de cinq membres désignés par le Parlement et n'était pas autonome au sujet des décisions les plus importantes. Le tribunal a conclu que NPF était un organe de l'État et que, pendant les négociations avec ce dernier, le défendeur devait savoir qu'il était en train de négocier avec l'État. Le texte définitif de l'accord a été adopté par le gouvernement de l'État X et offert à la société Y « à prendre ou à laisser ». Par conséquent, même si l'accord a été signé par NPF et la compagnie Y, l'autre partie du contrat selon l'accord était l'État X ; en d'autres termes, la volonté « *normative* » des parties, selon le tribunal, devait être interprétée dans le sens où l'État était partie du contrat. L'aspect le plus intéressant est que le tribunal a considéré que NPF était une personne morale indépendante avec la capacité d'être partie au procès, mais que, en même temps, cet élément n'a pas été retenu comme important. Le tribunal arbitral a conclu que chaque personne morale peut agir de façon indépendante ou comme un instrument de l'État selon les circonstances.⁴³³

Le cas examiné ici n'est pas facile à classer. Il semble, comme nous l'avons déjà observé, que les arbitres ont élaboré une approche hybride donnant de l'importance aussi bien à la volonté tacite des parties qu'au rapport organique entre NPF et l'État.

Nous pourrions essayer d'établir une hiérarchie entre ces deux considérations. En effet, l'élément factuel qui a été considéré comme décisif pour la reconnaissance du « *normative consensus* » a été identifié dans le rapport étroit existant entre l'émanation et l'État et pas simplement à la lecture du contrat. Le fait que NPF était une personne morale distincte rendait nécessaire l'individuation d'un outil pour surmonter cette circonstance formelle. Les arbitres ont identifié cet outil dans l'analyse du rapport de subordination entre l'État et le NPF, qui en définitive aurait agi comme représentant de l'État.

⁴³² *Ibid.*

⁴³³ *Ibid.*

L'expression que nous suggère cette interprétation est celle du « *contrôle effectif* », expression utilisée par les arbitres pour décrire de quelle façon NPF avait été un instrument entre les mains de l'État pour réaliser un but précis, celui de privatiser son système bancaire. Si cette interprétation est correcte, nous pouvons envisager un parallélisme entre l'approche apparue au sein du droit international de l'investissement et celle du droit de l'arbitrage commercial international.

§3.1.4) L'exception du défaut de compétence *ratione personae* fondée sur l'existence d'une « *agency relationship* » dans l'arbitrage international. Conclusions

L'examen des décisions que nous avons étudiées nous permet de tirer quelques conclusions. La première est clairement que le rapport de représentation désigné par Broches n'est pas celui qui est habituellement utilisé en droit international.

Il faut également observer que, dans toutes les affaires considérées, les tribunaux n'ont fixé aucune condition formelle pour envisager une relation de représentation entre l'entreprise et l'État. Mais ils ont en même temps maintenu la règle identifiée par la doctrine de l'arbitrage commercial, selon laquelle le rapport de représentation ne peut pas être tiré de l'existence d'un rattachement quiconque, comme une participation majoritaire de l'État dans le capital social, mais doit être prouvé selon les circonstances de chaque cas d'espèce.⁴³⁴

De plus, en prenant en considération essentiellement l'analyse proposée par les arbitres dans l'affaire *CSOB v. Slovakia*, le standard de preuve doit être assez élevé.

Le cas *TATNEF v. Ukraine*, avec ses références au rôle joué par les fonctionnaires dans le conseil d'administration, semble sur la même ligne. Dans ce cas également, pour conclure qu'une société n'était qu'une simple émanation, il a fallu démontrer l'existence d'un contrôle effectif. Il semblerait que cette notion de contrôle ne soit pas très différente de celle qui a été envisagée par le tribunal du cas NPF qui, même en s'inspirant de ce qui était présumé être la volonté normative des parties, en définitive, s'est fondé sur le rapport de subordination effectif de l'entité étatique.

L'existence ou l'inexistence de cette subordination repose dans les deux affaires non CIRDI sur une analyse de la composition du conseil d'administration. La similarité entre ces deux

⁴³⁴ HANOTIAU, B., *op. cit.*, p. 11.

cas suggère clairement qu'en termes généraux les tribunaux cherchaient à donner de l'importance aux rapports de fait existant entre les parties. Faute d'une notion claire, il semble également que les arbitres du cas *CSOB* aient opté pour une approche basée essentiellement sur le capital et sur la fonction de la banque lorsqu'ils ont admis que « *pour la plupart de sa vie, elle avait agi comme un représentant de l'État tchèque* ».

En revanche, le tribunal qui a tranché l'affaire du Kalimantan Oriental a fondé son analyse entièrement sur le droit national. En d'autres mots, le tribunal n'a pas accepté l'idée de l'existence d'un mandat implicite ou le fait que la demanderesse soit une entité entièrement de droit public comme un facteur concluant. En appliquant uniquement le droit interne, le tribunal a totalement reconnu la valeur de personnalité morale distincte de la province, ce qui aurait été impossible si le tribunal avait appliqué directement le droit international, lequel ne fait pas de distinction entre l'État et ses organes.

§3.2) *Les problèmes liés à la nature des actes*

Comme nous l'avons vu plus haut, le *Broches Test* se compose de deux parties : une qui fait référence au mot « *agent* » et l'autre qui se réfère à la question de « *discharging an essential governmental function* ». Les prochains paragraphes seront consacrés à l'exploration de la seconde partie de cet outil d'analyse. Nous avons déjà vu dans l'introduction du paragraphe 2 de ce chapitre que le professeur Broche est l'auteur qui a formulé le test qui reste aussi aujourd'hui le plus largement utilisé comme point de départ par la doctrine⁴³⁵ ainsi que par la quasi-jurisprudence CIRDI.⁴³⁶

L'autre aspect important pour statuer sur la possibilité pour les entreprises publiques en tant que demanderesse devant un tribunal arbitral CIRDI est, donc, le « *nature of act test* », c'est-à-dire la question de savoir si les actes accomplis par une entreprise étatique sont à classer comme des *acta jure gestionis* ou *iure imperii*. Des auteurs anciens comme le professeur Fouad Riad ont déjà souligné que ce test était préférable au test fondé sur l'examen de l'existence d'un rapport organique entre l'entreprise et l'État, parce qu'il s'agit d'un test plus objectif.

⁴³⁵ FELDMAN, M., *op. cit.*, 2016, p. 24 - 35. BEUS, C., *op. cit.*, p. 544 - 571. BLYSCHAK, P., *op. cit.*, 2011, p. 1 - 52

⁴³⁶ *Beijing Urban Construction Group Co. Ltd. v. Republic of Yemen*, ICSID Case No. ARB/14/30, Decision on Jurisdiction, 31 May 2017. *Ceskoslovenska Obchodni Banka, A.S. v. The Slovak Republic*, ICSID Case No. ARB/97/4, Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction, 24 May 1999.

Le test relatif à la nature des actes trouve son origine dans le domaine de l'immunité juridictionnelle des États. Dans ce domaine du droit international, de nombreux tribunaux nationaux ont eu l'occasion d'exprimer leur point de vue. Nous pouvons donc nous appuyer sur un vaste ensemble de décisions pour orienter notre analyse. Il est également vrai que le type d'enquête qui est mené par un tribunal arbitral international CIRDI en ce qui concerne l'existence du *locus standi* des entreprises d'État a un but qui sous-tend des préoccupations économiques énormes, et la possibilité d'importer les enseignements tirés dans le domaine de l'immunité au domaine du *locus standi* ne peut pas être acceptée à la légère. La question a récemment été problématisée par une auteure, sans qu'il y ait eu à ce propos une discussion satisfaisante.⁴³⁷

La doctrine qui a critiqué l'orientation du tribunal CSOB a donné deux objections principales. Selon la première, le critère de la « *transaction commerciale* » a longtemps été considéré comme une norme acceptable dans la législation nationale de nombreux États pour déterminer l'existence de la compétence des tribunaux en ce qui concerne les actions intentées contre des États étrangers. Une compétence qui est maintenue pour les *acta iure gestionis* mais pas pour les *acta iure imperii*. En droit interne, le critère « *acta iure gestionis / acte iure imperii* » est utilisé pour décider si le juge national, même s'il est compétent,⁴³⁸ peut trancher une affaire dans lequel l'État est partie.

À l'inverse, la fonction gouvernementale limite essentiellement le *locus standi* des entreprises publiques devant le tribunal du CIRDI dans les cas où leurs investissements ont été réalisés sans l'utilisation des pouvoirs publics en général. Historiquement, la base juridique pour décider de la nature d'un acte a été trouvée dans la coutume internationale.

Plus récemment, une *Convention des Nations Unies* a été adoptée et a cherché à codifier le droit international sur ce problème, même si, comme nous le comprenons aisément au quatrième considérant selon lequel « *tenant compte de l'évolution de la pratique des États*

⁴³⁷ LEE, J., «State Responsibility and Government-Affiliated Entities in International Economic Law», *Journal of World Trade* 49, n. 1 2015, p. 148 - 149.

⁴³⁸ *Josefina Najarro De Sanchez v. Banco Central de Nicaragua, a Foreign Banking Corporation*, 770 F. 2d 1385, 5th Cir. 1985, para. 17. « Unlike the act of state doctrine, sovereign immunity is not merely a defense on the merits--it is jurisdictional in nature ». Depuis que l'immunité et question de compétence sont très aisés à distinguer entre eux, surtout au niveau pratique, les juges Higgins, M. Koloiijmans et M. Buergelntal ont, curieusement, ressenti le besoin de clarifier cette question dans leur opinion individuelle commune dans le cas *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c. Belgique)*, arrêt, *C. I. J. Recueil 2002*, p. 3 Voir Opinion Individuelle Commune de M. Higgins, M. Koloiijmans et M. Buergelntal « Mais rien n'est plus académique. Abstrait, ou théorique, que de se prononcer sur l'immunité d'une juridiction qui peut-être existe ou peut-être n'existe pas ».

en ce qui concerne les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens », il est clair que cette Convention doit donner beaucoup d'attention au droit interne des États qui règle cette question.

Cette considération peut être renforcé par l'article 2 paragraphe 2 de la *Convention des Nations-Unies sur l'immunité juridictionnelle des États et de leurs biens* de 2004 qui dispose que :

*« 2. Pour déterminer si un contrat ou une transaction est une "transaction commerciale" au sens de l'alinéa c) du paragraphe 1, il convient de tenir compte en premier lieu de la nature du contrat ou de la transaction, mais il faudrait aussi prendre en considération son but si les parties au contrat ou à la transaction en sont ainsi convenues, ou si, dans la pratique de l'État du for, ce but est pertinent pour déterminer la nature non commerciale du contrat ou de la transaction ».*⁴³⁹

La formulation de cette norme reflète les difficultés rencontrées par les rédacteurs de la Convention dans la recherche d'un compromis satisfaisant. Depuis longtemps, l'examen basé strictement sur la nature des actes est dominant devant les différentes juridictions nationales. Plus récemment cependant, une tendance a émergé en faveur de l'examen, à côté de la nature, de l'acte et du but sous-jacent.

À cet égard, un auteur a noté que :

« An aseptic distillation of a final characterization once and for all of the activity in question, entirely detached from its purpose » équivaut à *« search for the impossible »*.⁴⁴⁰

De la même façon, la Cour d'appel des États-Unis pour le cinquième circuit dans l'affaire *De Sances v. Banco Central de Nicaragua and others* a fait valoir que :

« S'il n'est pas possible d'enquêter sur la raison sous-jacente de certains actes, nous ne pouvons pas en déterminer la nature ».⁴⁴¹

⁴³⁹ *Convention des Nations-Unies sur l'immunité juridictionnelle des États, adoptée au cours de la 65ème réunion plénière de l'Assemblée générale en vertu de la résolution A/59/508A/59/38 du 2 décembre 2004.*

⁴⁴⁰ **LAUTERPACHT, E., GREENWOOD, C. J.**, *International Law Reports*, Volume 94, 1994, p. 278.

⁴⁴¹ *Josefina Najarro De Sanchez v. Banco Central De Nicaragua and Citizens and Southern International Bank*, Civ. A. No. 79-4281. United States District Court, E. D. Louisiana, April 20, 1981.

De même, la Commission du droit écrit en Australie, en allant presque dans le domaine philosophique, a observé qu'une distinction entre le but et la nature des actes était impossible à soutenir :

*« From the moment when it is not possible to classify the nature of any human activity without referring to the purpose of the activity [...]; the government / commercial classification is in itself related to the objective pursued ».*⁴⁴²

En fait, la disposition incluse dans l'article 2 alinéa 2 de la Convention des Nations Unies semble plutôt suggérer une règle de relation–exception.⁴⁴³ Comme nous l'avons vu, des auteurs ont suggéré que les tribunaux CIRDI doivent considérer les entreprises publiques comme des sujets qui ne peuvent pas être demandesses devant ces tribunaux parce que, derrière leurs investissements, pourraient être cachés des buts politiques qui menacent la sécurité intérieure des États hôtes de leurs investissements.⁴⁴⁴

En particulier, comme beaucoup de traités bilatéraux d'investissements ont une clause d'exception concernant la possibilité de l'État d'accueil de l'investissement de déroger aux dispositions de l'accord bilatéral quand il voit sa sécurité intérieure menacée, cet État n'a pas de raisons pour examiner la question à un stade préliminaire, mais au stade de fond de l'affaire quand les arbitres peuvent conduire un examen plus attentif et une connaissance des faits plus détaillée. De plus, cette approche permettrait d'identifier une norme précise pour mesurer le danger possible des objectifs politiques présumés qui peuvent se cacher derrière les initiatives des entreprises contrôlées par l'État.

L'examen de ce problème pourrait être conduit en utilisant les exceptions relatives à la sécurité nationale. Dans ce cas, il serait donc plus opportun de procéder à ce type d'analyse, non pas à un stade préliminaire dans la procédure, mais durant la phase de fond, quand le tribunal peut disposer de moyens adéquats pour mener un examen plus détaillé et complet de la question.

⁴⁴² GAUKRODGER, D., *Foreign State Immunity*, op. cit. p. 38.

⁴⁴³ KEEFE, R., TAMS, C. J., *The United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and their Property*, Oxford University Press, 2013, p. 68.

⁴⁴⁴ FELDMAN, M., op. cit., 2016, p. 24-35. BEUS, C., op. cit., p. 544-571. BLYSCHAK, P., op. cit., p. 1 – 52.

La solution que nous avons identifiée nous semble plus équilibrée par rapport à celles qui ont été proposées par la doctrine. D'un point de vue purement juridique, il convient de noter que le CIRDI a été conçu au moment de la promotion de la dépolitisation des différends.

§3.3) Le rapport entre la question de la nature des actes et son rapport avec la possible existence d'une « agency relationship »

Après avoir analysé les deux parties du *Broches Test*, il est à notre avis intéressant de vérifier si, à côté de cet outil interprétatif, d'autres éléments pourraient empêcher les entreprises publiques d'être demanderesse devant un tribunal CIRDI. Cet aspect est directement lié aux émanations de l'État et est la question de la désignation du chapitre 25 (1) et (3) de la Convention CIRDI.

§3.4) La question de la désignation

La désignation est une construction juridique propre au système CIRDI, établie par la Convention de Washington. Il n'existe pas de mécanisme équivalent dans l'arbitrage commercial de façon générale.

L'analyse de la désignation pose des problèmes interprétatifs plus complexes que ceux suggérés par la formulation de l'article 25 alinéa (1) et (3). Dans ce paragraphe, nous essayerons de proposer une analyse générale de la construction juridique qui sera examinée, d'une part, dans sa déclinaison active, c'est-à-dire lorsqu'on se réfère à la situation dans laquelle la désignation est importante par rapport à la possibilité d'une entité publique d'être demanderesse, et, d'autre part, dans sa déclinaison passive, c'est-à-dire lorsque l'entreprise publique est défenderesse.

L'article 25 alinéa (1) se réfère à la compétence *ratione personae* du centre. À cet égard, la doctrine soutient que la phrase entre parenthèses « *ou telle collectivité publique ou tel organisme dépendant de lui qu'il désigne au centre* » doit être considérée comme élargissant le champ de la compétence des arbitres.⁴⁴⁵

⁴⁴⁵ **SCHREUER, C.**, « *Commentary on the ICSID Convention ICSID Review* » - *Foreign Investment Law Journal*, Volume 11, Issue 2, 1 October 1996, pages 318 – 492, para.142. “While the two provisions are closely related, they have different functions, which should not be confused. The parenthetical clause relates to *jurisdiction ratione personae*. It gives the entities described *locus standi*, in principle, if the Convention's requirements have been met.” *Compañía de Aguas del Aconquija, S.A. & Compagnie Générale des Eaux v.*

Nous laisserons de côté, pour l'instant, le rapport complexe qui existe entre la désignation et l'attribution qui se trouve intégralement dans le Chapitre II, paragraphe §2 de la première partie. Il suffit, ici, de préciser qu'il existe un rapport entre la désignation et la possibilité pour un « *organisme dépendant de l'État* » d'être partie au rapport processuel.

Ce qui est intéressant dans ce paragraphe consacré à la possibilité pour les entreprises publiques d'être désignées pour être partie à l'arbitrage CIRDI, c'est de comprendre si la désignation pose des problèmes comparables à ceux examinés auparavant lorsque nous nous sommes penchés sur le rapport organique et sur la nature des actes accomplis par les émanations où l'État.

Comme nous l'avons observé, le CIRDI a pour but de régler les différends à caractère mixte qui opposent une partie privée à un État. C'est en partant de cette considération que l'article 25 doit être interprété dans différentes situations, en accord avec ce but initial. Il est alors clair que la désignation joue un rôle tout à fait différent par rapport au *Broches test*. Ce « *test* », en effet, est un moyen pour vérifier si l'entreprise d'État peut être considérée comme un investisseur privé et, par conséquent, si le caractère mixte est préservé même si l'État est l'un des actionnaires de la personne morale agissant en tant que demanderesse.

La désignation, au contraire, joue un rôle parfaitement opposé, en préservant le caractère mixte du différend quand la partie défenderesse n'est pas directement « *l'État personne morale* », mais une subdivision ou une autre entité rattachée à ce dernier. Dans ce cas, nous comprenons très bien que si l'entité en question n'avait aucun rapport avec un État, le caractère « *mixte* » du différend ferait défaut et la désignation aurait donc pour but de rétablir l'équilibre envisagé par la Convention. Les autres questions qui surgissent sur ce point concernent celle de savoir si l'État pourrait désigner n'importe quelle entité ou encore si les arbitres ont le pouvoir de vérifier si l'entité désignée est ou non une « *collectivité publique ou tel organisme dépendant* » de l'État de façon objective.

Argentine Republic, (ICSID Case No. ARB/97/3) Award, 21 November 2000, para 52. «The foregoing reading of Articles 25 (1) and (3) is confirmed by the “negotiating history of the ICSID Convention. It shows that these provisions were designed to permit the expansion of the scope of ICSID arbitration *ratione personae* to include subdivisions and agencies of a Contracting State. **This enlargement of the Centre’s jurisdiction** occurred without in any respect “restricting ICSID jurisdiction “*ratione materiae*” over claims against a Contracting State arising from actions of such subdivisions or agencies that are alleged to be attributable to the Contracting State». Cette approche au sujet de la compétence a été approuvée aussi par la *Compañía de Aguas del Aconquija, S.A. & Compagnie Générale des Eaux v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/97/3, Decision on Annulment, July 3, 2002, para. 80* « For all these reasons, the Respondent’s request that the Tribunal’s jurisdictional finding be annulled must be rejected ».

Pour le moment, nous nous bornerons à observer que, selon l'auteur qui a examiné ce problème, la :

« *Designation under Article 25 is important because it gives the entities so designated the capacity to bring arbitrations on their own, providing incentives for States to designate entities that may, at some stage, bring their own arbitrations against host states* ». ⁴⁴⁶

Nous croyons que cet auteur a montré un goût excessif pour la symétrie à partir du moment où il a prétendu tirer des conclusions aussi générales. Nous estimons en effet que l'idée de l'auteur selon laquelle la désignation a une influence sur la capacité (« *capacity* ») de l'entreprise étatique n'est pas vraiment correcte, du moins dans un sens si large. En effet l'aspect de la « *capacité* » de l'entreprise doit être vue comme un caractère « *propre* » de l'entreprise, qui dérive de son statut et des lois qui règlent l'existence de la personne morale, comme nous le verrons dans la deuxième partie.

Walde observe que, si les entreprises publiques sont désignées, elles peuvent « *bring their own arbitrations against host states* ». Il n'a pas considéré que le seul cas dans toute la jurisprudence CIRDI où les arbitres se sont posés la question de savoir si une entreprise publique pouvait être désignée pour être demanderesse était dirigé contre un investisseur privé *Government of the Province of East Kalimantan c. Pt Kaltim Prima Coal Rio Tinto PLC*. ⁴⁴⁷ Paradoxalement, la désignation excluait complètement la possibilité par une entreprise publique d'être demanderesse, du moment que la désignation empêcherait le caractère mixte de l'arbitrage d'investissements.

Le mécanisme de la désignation se rapproche plutôt de celui de l'arbitrabilité subjective. Même si cette dernière est classée par la doctrine majoritaire comme une question de compétence *ratione personae* et même si sa qualification demeure incertaine et que, au contraire, des limitations à la possibilité d'être partie au litige découlant généralement des règles relatives aux établissements publics, la désignation aurait l'effet de contribuer à élargir la compétence des arbitres.

⁴⁴⁶ **WAIBEL, M.**, *Jurisdiction and Admissibility*, in **BUNGENBERG, M., GRIEBEL, J., HOBE, S., REINSCH, A.**, *International Investment Law, A Handbook*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2015, p. 1243.

⁴⁴⁷ *Government of the Province of East Kalimantan v. Pt Kaltim Prima Coal and Others*, ICSID Case No. ARB/07/3, Award on Jurisdiction, December 28, 2009.

Une autre possibilité pourrait être de définir la désignation dans la figure du mandat. Toutes ces qualifications pour une raison ou une autre ne sont pas correctes : en effet, la désignation n'a pas pour effet d'élargir la compétence des arbitres, mais de transférer la capacité d'ester en justice de l'État à l'entité désignée.

Nous comprendrons mieux les raisons de ce transfert quand nous examinerons le rapport entre l'État et l'étendue de la chose jugée. Comme la doctrine l'a observé, la décision rendue à l'encontre d'une entreprise d'État désignée par l'État CIRDI n'a pas un effet obligatoire *direct* sur l'État, parce que ce dernier n'a pas été partie à l'arbitrage.⁴⁴⁸

Nous comprenons très bien, à partir de cette considération, que dans un différend qui doit être de caractère mixte, nous pouvons avoir une seule partie qui « *joue le rôle de la partie publique* » et que si à travers l'acte de désignation ce « *caractère* » particulier est « *délégué* » par l'État à une entité distincte de lui-même, cette entité « *est l'État* » par rapport au but limité des conditions de régularité de la compétence. Il est vrai que cette interprétation peut sembler contradictoire mais ce n'est pas un problème qui ressort directement de la question de la construction de la délégation.

Nous déduisons de cette remarque que, lorsque l'entité désignée par l'État agit en qualité de demanderesse, la situation se rapproche plutôt des demandes reconventionnelles et non de celle examinée auparavant, c'est-à-dire quand une entreprise publique est susceptible d'être qualifiée de « *ressortissant* » d'un État partie à la Convention. Cette conclusion peut également être confirmée à travers la lecture de l'unique sentence arbitrale rendue à ce sujet et dont nous vous déjà examiné une autre partie concernant la question de la représentation, la décision sur le cas du Kalimantan Oriental.

Comme nous l'avons déjà observé, le cas du Kalimantan Oriental est une affaire tout à fait particulière parce qu'elle concerne une partie étatique agissant contre un investisseur privé. Il est intéressant d'observer que, au début de son analyse, le tribunal a noté que ce cas était fondé sur un contrat et que, par conséquent, il ne voyait aucun élément empêchant la possibilité pour l'entité étatique de porter plainte devant un tribunal.

⁴⁴⁸ **SCHREUER C. H.**, *The ICSID [...], op. cit.*, p. 1101. « An entity thus designated has a separate locus standi in ICSID proceedings. Its consent to ICSID jurisdiction is subject to the approval by the host State. Consent by a constituent subdivision or agency does not amount to consent by the host State itself. Since it is the constituent subdivision or agency that is a party to the proceeding under these circumstances, the effect of the award's binding force under art. 53 would be upon that entity. The host State, not being a party to the proceeding, would not be subject to the obligation of Art. 53. Conversely, a constituent subdivision or agency would not be bound by an award rendered against its parent State ».

Cette considération, comme nous l'avons vu, est discutable par sa formulation vague. En effet, elle n'est pas claire, quels que soient les critères utilisés par le tribunal afin de statuer sur sa compétence. Nous pouvons imaginer que le tribunal s'est montré plutôt exigeant par rapport aux exigences requises pour identifier une sorte de désignation implicite, à partir du moment où la province du Kalimantan Oriental a été indiquée comme bénéficiaire de l'accord.

Il est intéressant noter que, dans ce cas, l'interprétation la plus convaincante est celle du défendeur qui envisageait la possibilité que, à travers cette clause, l'État aurait au maximum transféré l'intérêt économique du contrat qui était en effet transférable. Cet aspect, lié à la qualité pour agir, est une question appartenant tout à fait au fond, tandis que la condition « *d'être un État* » est liée à la construction particulière de la Convention CIRDI et ne peut être transférée autrement qu'à travers la construction juridique spécifique qu'est la désignation.

Nous comprenons bien l'unicité de cet instrument car, dans le cas de la désignation, la « *condition d'être un État* » est vraiment transférée à partir du moment où l'État sort du litige alors que, dans le cas de la représentation, c'est toujours l'État qui plaide, mais « *par procureur* ». Sur le plan des effets, au moment de l'instauration de la contradiction, il n'y avait pas de différences significatives à partir du moment où, dans les deux cas, l'entreprise publique se trouvait dans le même rôle processuel de l'État avec les mêmes pouvoirs et les mêmes limitations. Par conséquent, il n'était pas du tout surprenant que la province du Kalimantan Oriental puisse agir en tant que demanderesse contre un investisseur privé sur la base d'un contrat parce que (indépendamment de la nature des droits protégés par le contrat ou, dans un cas hypothétique, par un traité bilatéral d'investissements) c'était une possibilité accessible également à l'État lui-même dans le cas d'une demande reconventionnelle.

D'un autre côté, nous ne pouvons pas accepter l'idée de Michael Waibel selon laquelle la :

« Designation under Article 25 is important because it gives the entities so designated the capacity to bring arbitrations on their own, providing incentives for States to

designate entities that may, at some stage, bring their own arbitrations against host state»⁴⁴⁹

parce que, si notre raisonnement est correct, si l'action était dirigée contre un État, la désignation aurait plutôt pour effet de transformer l'arbitrage en un litige interétatique, excluant par conséquent toutes les possibilités.

§3.5) La question de la subrogation

D'un autre côté, nous pouvons analyser la possibilité des entreprises publiques d'agir dans le cadre de la subrogation. Il s'agit d'une question assez intéressante. Nous pouvons observer que, selon l'opinion de l'auteur qui a examiné cette question, à ce problème devrait être appliquée une approche similaire à celle identifiée dans le cas des autres émanations de l'État. À ce propos, une observation du Professor Broches doit être prise en considération :

*« Lorsque l'organisme de garanti ou d'assurance est juridiquement indépendant et distinct de l'État, et en particulier s'il est organisé sous forme juridique propre à une institution privée, une action engagée par un tel organisme contre l'État hôte de l'investissement est à mon avis de la compétence du centre ».*⁴⁵⁰

La question de la subrogation n'a pas reçu beaucoup d'attention par la doctrine mais, dans un ouvrage assez récent, le professeur Attila Tanzi et Federica Cristiani ont examiné la structure de plusieurs services de garanti national des pays de droit civil et de droit commun. Dans le premier groupe, ils ont analysé la SACE (*Servizio Assicurativo del Commercio Estero*) de l'Italie⁴⁵¹ et le SINOSURE (*China Export and Credit Insurance Corporation*).⁴⁵²

⁴⁴⁹ **WAIBEL, M.**, *Jurisdiction and Admissibility*, in **BUNGENBERG M., GRIEBEL J., HOBE S., REINSCH A.**, *International Investment Law, A Handbook*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2015, p. 1243. "Designation under Article 25 is important because it gives the entities so designated the capacity to bring arbitrations on their own, providing incentives for States to designate entities that may, at some stage, bring their own arbitrations against host states".

⁴⁵⁰ **BROCHES, A. M.**, « La Convention et l'Assurance – Investissements », in *Investissements, op. cit.*, 1969, p. 167.

⁴⁵¹ La SACE est une société contrôlée par le 100% de la *Cassa Depositi e Prestiti*, créée sur le modèle de la Caisse des dépôts et consignations française et elle est entièrement contrôlée par l'État. Voir *Ministero dell'Economia et delle Finanze, Decreto del 22 gennaio 2010 "Autorizzazione alla Cassa depositi e prestiti S.p.A. a fornire, alle banche italiane e alle succursali di banche estere comunitarie ed extracomunitarie operanti in Italia, la provvista per effettuare operazioni di finanziamento a sostegno dell'internazionalizzazione delle imprese"*, G.U. n.82 del 9-4-2010. Voir aussi <https://www.sace.it/chi-siamo>, site internet - dernier accès le 16 juillet 2018.

⁴⁵² *China Export Credit Insurance Corporation* ("SINOSURE" in short) is a state-funded policy-oriented insurance company established and supported by the state to promote China's foreign economic and trade development and cooperation. With the independent legal person status, it was officially operated on December 18, 2001 and its service network covers the whole country. Voir aussi: *Circular of the Ministry of Foreign Trade and Economic Cooperation and China Export Credit Insurance Corporation on Issues Concerning*

En ce qui concerne les pays de droit commun, ils ont examiné la structure de la ECGD (*UK Export Credits Guarantee Department*),⁴⁵³ l'OPIC (*USA Overseas Private Investment Corporation*),⁴⁵⁴ l'ECIC (*Export Credit Insurance Corporation*)⁴⁵⁵ de l'Afrique du Sud⁴⁵⁶. Toutes ces institutions, sauf en ce qui concerne l'ECGD, sont des entreprises contrôlées par l'État et qui ont une personnalité morale distincte de ce dernier. Par conséquent, du point de vue du « test » formulé par le professeur Broches, toutes les demandes avancées par ces entreprises sont comprises dans la compétence du CIRDI. Cela ne signifie pas que leurs demandes sont recevables. L'aspect le plus intéressant de l'analyse du professeur Broches est :

« *Que le fait que l'État dont ressortit l'investisseur puisse avoir un intérêt financier dans le résultat d'une telle procédure n'affecterait en rien la compétence du centre* ». ⁴⁵⁷

Comme nous le verrons dans la deuxième partie, chapitre II, §1), cette question, si elle n'empêche pas l'existence de la compétence du centre, pourrait avoir des conséquences sur la recevabilité de la demande. Cela ouvre des questions intéressantes sur le plan théorique en ce qui concerne le caractère de l'abstraction du pouvoir d'agir en justice en tant que pouvoir abstrait.

Further Promoting Export Credit Insurance, Wai Jing Mao Ji Cai Han, No. 521 October 29, 2002 at <http://www.asianlii.org/cn/legis/cen/laws/cotmofaecaecicoicfpeci1650/> dernier accès le 16 juillet 2018.

⁴⁵³ *Export and Investment Guarantees Act, Act wholly in force at 23.10.1991* «Powers of ECGD 1- (1) The Secretary of State may make arrangements under this section with a view to facilitating, directly or indirectly, supplies by persons carrying on business in the United Kingdom of goods or services to persons carrying on business outside the United Kingdom».

⁴⁵⁴ *Legislation on Foreign Relations Through 2002 – As amended - 87–164 CC, Sec. 231. Creation, Purpose and Policy:* «To mobilize and facilitate the participation of United States private capital and skills in the economic and social development of less developed countries and areas, and countries in transition from nonmarket to market economies, thereby complementing the development assistance objectives of the United States, there is hereby created the *Overseas Private Investment Corporation* (hereinafter called the “Corporation”), which shall be an agency of the United States under the policy guidance of the Secretary of State. Voir sur le fait que l'OPIC jouisse une personne morale indépendant de l'État » **NI A., MONTGOMERY V. W.**, *Building Business-Government Relations: A Skills Approach*, Routledge, 2015, p. 302.

⁴⁵⁵ *Republic of South Africa, Government Gazette, Vol. 448, Cape Town 4 October 2002, No. 23911.* Voir aussi « ECIC was established in 2001 under the Export Credit and Foreign Investments Insurance Act, 1957 (as amended), to provide political and commercial risk insurance to South African exporters of capital goods and related services. ECIC is a self-sustained, state-owned national export credit agency. The Corporation is a registered financial service provider and regulated by the Financial Services Board (FSB) ». <https://www.ecic.co.za/>.

⁴⁵⁶ **TANZI A., CRISTIANI F.**, *International Investment Law and Arbitration*, CEDAM, 2013, p. 367 – 375.

⁴⁵⁷ **BROCHES, A.**, *op. cit.*, p. 167.

§3.6) Conclusions du chapitre I de la première partie

Jusqu'ici, nous avons analysé les questions qui ressortent des instruments juridiques à travers lesquels les États peuvent donner leur consentement à l'arbitrage d'investissements. L'analyse que nous avons effectuée suggère, indiscutablement qu'il s'agit d'une question complexe. Comme nous l'avons conclu, l'un des premiers problèmes que nous devons résoudre est d'identifier les instruments pouvant être utilisés pour une analyse interprétative satisfaisante. Si, d'un côté, nous ne pouvons pas conclure que la Convention de Vienne de 1969 est l'instrument de base pour examiner ces instruments, il est également vrai que les règles interprétatives que nous pouvons déduire ne sont pas univoques.

Cette considération est vraie au niveau du droit international général et dans le droit des investissements. En ce qui concerne le droit international général, l'article 31 (b) soulève des problèmes significatifs en particulier au sujet de l'identification des actions des entreprises publiques pouvant être prises en considération à côté des actes des organismes législatifs et judiciaires lorsque leurs liens avec l'État sont assez étroits. Cette question est toute à fait actuelle, et difficile à résoudre d'une façon satisfaisante comme en témoigne le récent débat à ce propos au sein de la Commission du droit international. Il nous semble que nous pouvons conclure que nous pourrions donner une certaine pertinence à ces actes lorsqu'il s'agit de résoudre des problèmes interprétatifs quand il n'est pas possible d'identifier des critères plus solides.

L'autre aspect que notre analyse a mis en évidence concerne les particularités du droit d'investissement. Dans ce domaine, il est tout à fait évident donner une réponse à la question de savoir si les traités qui ne mentionnent pas les entreprises publiques parmi les sujets protégés est assez difficile. L'analyse comparée des modèles nous suggère qu'il existe une tendance croissante à la reconnaissance des entreprises d'État parmi les sujets protégés, et parfois de l'État lui-même. Comprendre si cette tendance peut être regardée comme un outil interprétatif ou non dépend du moment que il nous semble de qu'on peut accepter qui, selon l'article 31 (c) de la Convention de Vienne du 1969, qui les traités peuvent être inclus dans les autres règles de droit international qu'un tribunal arbitral peut prendre en considération lorsque du crédit qu'on veut donner à l'idée avancée par quelque auteur d'employer les traités plus récents pour interpréter les plus anciens, qui souvent, sont moins détaillés. Cette approche interprétative se base sur la doctrine des atteintes légitimes, qui joue un rôle important dans le sous-système du droit des investissements. Il est difficile de comprendre

s'il est également possible d'utiliser cette doctrine sur le plan interprétatif, mais, encore une fois, il semble que ce soit le seul critère pouvant être utilisé lorsque l'instrument spécifique ne donne pas de renseignements plus convaincants.

En ce qui concerne les limites imposées par la Convention CIRDI, il nous semble que le seul outil convaincant soit celui du *Broches test*. Même si, comme nous l'avons vu, il faut accepter, à un niveau théorique plus général, que la partie dédiée au rapport de représentation (« *agency relation* ») doit être interprétée en prenant aussi en considération des règles ne ressortissant pas du droit international général, du moment que le rapport de représentation dans ce domaine exige l'existence d'une personnalité juridique internationale de l'agent qui ne peut pas être reconnue à des entreprises, même publiques. En ce qui concerne la nature des actes, nous partageons l'opinion de la doctrine plus récente et plus minoritaire qui dans ce domaine a suggéré d'utiliser la distinction entre *acta iure imperii* et *iure gestionis*, plutôt que les critères pouvant être déduits du *Projet d'article sur la responsabilité internationale des États*. En effet, à travers ces critères, nous pouvons identifier des critères plus raffinés.

Une dernière remarque peut être faite à propos de la subrogation. Comme nous l'avons vu, en donnant la caractéristique de la majorité aux entreprises publiques qui jouissent d'un rôle en ce qui concerne la garantie sur les investissements étrangers, cela pourrait être un large secteur de développement dans le droit d'investissement. Dans le même sens, nous ne pouvons que conclure que, dans ce champ, il n'existe pas encore de jurisprudence et, par conséquent, il est difficile de comprendre quel est le rôle que ces entreprises peuvent jouer dans le contentieux de l'investissement. Comme nous l'avons vu, du point de vue de la compétence *ratione personae*, qu'il s'agisse de subrogation ou d'une demande avancée directement par l'entreprise publique, dans tous les cas, il faut toujours appliquer le *Broches Test* pour comprendre si le centre est compétent. Comme nous le verrons dans la seconde partie, nous pourrions identifier des éléments différents lorsqu'il s'agit de comprendre si le transfert de l'intérêt pour agir peut empêcher la recevabilité de la demande, mais ceci est une question que nous examinerons dans la deuxième partie de cette thèse.

CHAPITRE II – LES ENTREPRISES D'ÉTAT EN QUALITÉ DE DÉFENDERESSES

§1) Le problème de l'identification du « véritable défendeur ». Les théories contractuelles et les théories corporativistes

Pour examiner les situations dans lesquelles l'État peut devenir partie à l'arbitrage, il faut préalablement vérifier si la convention d'arbitrage peut être étendue à l'État lui-même ou, au contraire, si cette opération logique n'est pas possible. La possibilité d'étendre la convention d'arbitrage à des sujets autres que ceux qui l'ont signé est une des questions les plus débattues dans l'arbitrage commercial et cela justifie un parallélisme entre ce type d'arbitrage et celui d'investissement. Dans l'arbitrage commercial, ces situations ont été dénommées arbitrages complexes, c'est-à-dire les arbitrages dans lesquels il y a une pluralité de demandeurs ou de défendeurs. Plusieurs théories ont été développées pour définir les conditions auxquelles la convention d'arbitrage peut être étendue à des sujets que ne sont pas partie à la convention d'arbitrage.

Comme nous l'avons anticipé, nous confronterons dans ce paragraphe les méthodes appliquées par les tribunaux arbitraux dans les domaines de l'arbitrage commercial et de l'arbitrage d'investissement. Cette problématique est parmi les plus adéquates pour discuter le supposé caractère hybride de l'arbitrage d'investissement. Dans ce système en effet, nous pouvons envisager deux principaux pôles autour desquels les tribunaux arbitraux ont élaboré leurs décisions.

Le premier pôle est celui qui concerne avant tout l'arbitrage commercial. Comme plusieurs d'auteurs l'ont observé, dans ce domaine également, la question s'est posée de savoir s'il était possible de tirer une analogie entre l'État et ses entreprises et la théorie des groupes de sociétés privées.⁴⁵⁸

Le second pôle concerne, sans doute, la possibilité de transposer les éléments logiques pouvant être déduits du domaine de l'arbitrage commercial international à celui de l'arbitrage d'investissement. Cette question ressort de la possibilité d'identifier des éléments de porosité entre le système de l'arbitrage international commercial et celui d'investissement. À un niveau abstrait, comme nous l'avons déjà observé dans

⁴⁵⁸ FOUCHARD, P., GAILLARD E., GOLDMAN B., *op. cit.*, p. 306.

l'introduction, il existe une affinité structurelle entre ces deux systèmes de règlement des différends. Comme Stephan Wittich l'a observé :

« *All in all, investment arbitration clear has its origin in private arbitration as it involves a private party raising a private (economic, financial, business, commercial, etc.) claim before a tribunal of privately - contracted arbitrators appointed by the disputing parties* ». ⁴⁵⁹

Par conséquent, à notre avis, les théories qui se sont affirmées dans le domaine de l'arbitrage commercial peuvent avoir un développement dans l'arbitrage d'investissement, comme nous le verrons dans le paragraphe 1.4.2) de ce chapitre.

Plus généralement, dans le cas où l'entreprise étatique jouerait d'une personnalité morale distincte, beaucoup d'auteurs se sont posé la question de savoir quelles étaient les conditions pour l'extension de la convention d'arbitrage à l'État. Dans ce paragraphe, nous examinerons avant tout de quelle manière cette question a été analysée dans le domaine de l'arbitrage commercial, puis transposée dans l'arbitrage d'investissement.

Cela est intéressant aussi bien sur le plan pratique que sur le plan théorique. Sur le plan pratique, il est clair que l'extension de la convention d'arbitrage à l'État accroît la possibilité pour le demandeur d'obtenir la réparation. En effet, à côté du patrimoine de l'entreprise publique, il pourrait aussi rechercher l'exécution sur le patrimoine de l'État. Sur le plan théorique, la question dominante est celle du consentement de l'État lorsque le contrat est conclu entre l'investisseur et l'entreprise d'État.

La doctrine de l'arbitrage commercial a envisagé un large ensemble de situations qui visent à élargir le domaine d'application de la convention d'arbitrage. Dans ce système, nous distinguons deux groupes de doctrines : celles que nous pourrions définir comme contractuelles ou, peut-être plus précisément, « *subjective* » ⁴⁶⁰ et celles que nous pourrions définir comme corporatives ou « *objectives* ». ⁴⁶¹

Nous pouvons regrouper dans la première catégorie les doctrines de « *Representation and Agency* », « *Third-Party Beneficiaries and Guarantee Clauses* », « *Universal and Individual*

⁴⁵⁹ WITTICH, S., « The Limits of Party Autonomy in Investment Arbitration », in KNAHR, C., KOLLER, C., RECHBERGER, W., REINISCH, A., *Investment and Commercial Arbitration – Similarities and Divergences*, Eleven International Publishing, Utrecht, 2010, p. 65.

⁴⁶⁰ HENRY, M., « Théorie du Groupe de Sociétés Appliquée aux Arbitrages Impliquant un Etat », *International Business Law Journal*, Vol. 2006, Issue 3, 2006, p. 299.

⁴⁶¹ *Ibid.*

transfers », « *Estoppel* », « *Incorporation by Reference* » et, plus généralement, les situations dans lesquelles « *Consent or Conduct as an Expression of Implied Consent or as an alternative consent* ». ⁴⁶²

Dans l'arbitrage commercial où la base de consentement figure toujours dans un contrat, l'idée d'un consentement implicite est assez répandue et cette doctrine a également eu une application significative dans les tribunaux nationaux. En général, l'élément duquel la jurisprudence et la doctrine ont déduit l'existence d'un consentement implicite est l'implication de l'État dans le contrat.

Comme un Gary Born l'a observé sur ce point :

« The fundamental question in the context of implied consent is whether the parties' objective intention was that a particular entity be a party to the arbitration agreement. Although the non-signatory's intent is often more controversial, the intention of other parties to be bound by the agreement to arbitrate with the non-signatory is also necessary ». ⁴⁶³

La deuxième doctrine visant à élargir le nombre de parties à l'arbitrage du côté des défendeurs est fondée sur l'idée selon laquelle l'entreprise publique peut présenter des caractères structurels ou fonctionnels par lesquels on peut arriver à une d'identification avec l'État : cette approche a été nommée comme « *objective* ». ⁴⁶⁴

Cette doctrine ne donne pas une importance significative à aux intentions des parties. Ainsi un auteur a observé que :

« The alter ego doctrine differs from the principles of agency or implied consent, in that the parties intentions are not decisive ». ⁴⁶⁵

De ce point de vue, cette doctrine se rapproche plutôt des règles du droit international public de l'imputation, même si ce parallélisme doit être nuancé. La similitude entre ce système de règles et ceux qui, dans le droit britannique, régissent la responsabilité des entreprises pour les actes de leurs employés a déjà été mise en relief par un auteur, qui a observé que :

⁴⁶² HANOTIAU, B., *op. cit.*, p. 7 – 38.

⁴⁶³ BORN, G., *International Commercial Arbitration*, Vol. 1, Wolters Kluwer, 2014, p. 1428.

⁴⁶⁴ HENRY, M., *op. cit.*, p. 299.

⁴⁶⁵ BORN, G., *op. cit.*, p. 1433.

*« The issues in inter-state relations are often analogous to those arising from the activities of employees and enterprises in English Law [...] Thus in international law objective test are usually employed to determine responsibility ».*⁴⁶⁶

La prévalence d'un « test » objectif et non fondé sur l'examen de la volonté cachée des parties s'explique dans le domaine de l'investissement.

Quand le contrat a été signé par une entreprise d'État, nous pouvons nous demander si la clause d'arbitrage aurait pu également être étendue à l'État signataire. Dans l'arbitrage d'investissement, quand il est fondé sur un traité, les parties au traité ne sont pas les mêmes que celles qui sont parties à l'arbitrage. En revanche, l'instrument qui établit la compétence du tribunal arbitral est un accord régi par le droit public conclu dans deux États. Par conséquent, nous ne pouvons pas vraiment parler d'extension à l'État de la convention d'arbitrage, sauf dans le cas concernant l'approbation par l'État d'un contrat d'investissement comme une désignation implicite. Dans ce cas, la jurisprudence a identifié dans cet élément une sorte de consentement implicite qui est très semblable à l'approche du consentement implicite élaborée dans le domaine de l'arbitrage commercial.

Dans l'arbitrage commercial, les arbitres ont essayé de vérifier si, en appliquant le critère de l'immixtion ou de la doctrine corporative, l'État pouvait être considéré comme partie à l'arbitrage. Plus qu'une question de consentement implicite, les arbitres cherchaient à comprendre si l'on pouvait envisager une identification entre l'entreprise et l'État.

Le cœur de cette doctrine consiste dans la recherche de certains caractères structurels et fonctionnels, qui peuvent être vus comme des éléments significatifs pour conclure que l'entreprise publique est en réalité une partie de l'État.

La (quasi)-jurisprudence arbitrale est passée d'une première phase dans laquelle les arbitres se référaient à des doctrines corporatives, sous l'influence de l'arbitrage commercial, à une seconde phase d'application directe des règles de droit public international sur l'imputation des faits à un État, telles qu'élaborées par la Commission du droit international sur la responsabilité des États, première partie, chapitre I paragraphe 1.1).

Cette évolution a des conséquences importantes sur le plan théorique, parce qu'elle démontre le développement d'un processus de rapprochement entre de l'arbitrage d'investissement et

⁴⁶⁶ **BROWNLIE, I.**, *System of the Law of Nations, State Responsibility*, part. 1, Clarendon Press, Oxford, 1983, p. 38.

le droit international public et plus encore sur le plan pratique parce que, en conséquence de cette évolution, les investisseurs n'ont jamais réussi à satisfaire les conditions prévues par les articles sur la responsabilité internationale de l'État afin de prouver l'imputabilité des actes à ce dernier pour les actes accomplis par ses entreprises.

§1.1) En particulier, l'utilisation des articles de la Commission du droit international sur la responsabilité des États d'un fait internationalement illicite

L'application des règles sur la responsabilité de l'État a soulevé de nombreux débats dans la doctrine à propos des diverses possibilités d'employer ces articles qui étaient à l'origine pensés pour juger uniquement de la responsabilité de l'État dans les rapports interétatiques.

Nous pourrions nous interroger sur l'opportunité d'une étude approfondie de l'application des règles du *Projet d'article de la Commission du droit international sur la responsabilité des États* dans un ouvrage consacré en grande partie aux aspects contentieux et procéduraux dans le domaine du contentieux d'investissement.

Il est vrai en même temps que, dans la pratique récente, même en dehors du système CIRDI, les articles ont été cités en rapport avec des questions tout à fait différentes. À notre avis, bien que ces applications puissent être perçues comme éloignées de l'esprit originel des codificateurs, ces évolutions doivent être considérées plutôt comme un phénomène d'une sorte d'hétérogénéité des dispositions normatives qu'il faut analyser sans préjugés.

Un exemple en dehors du domaine des investissements peut être trouvé dans la jurisprudence très récente de la Cour internationale de justice, dans sa décision *Obligations relatives à des négociations concernant la cessation de la course aux armes nucléaires et le désarmement nucléaire*⁴⁶⁷ du 5 octobre 2016, dans laquelle le Royaume-Uni a suggéré la possibilité d'employer les articles sur la responsabilité de l'État également pour résoudre une question de caractère procédurale, c'est-à-dire pour savoir s'il existait un différend entre les parties.

Le Cour a observé en particulier que :

« Le Royaume-Uni soutient qu'il existe un principe de droit international coutumier suivant lequel l'État qui a l'intention d'invoquer la responsabilité d'un autre État doit

⁴⁶⁷ *Obligations relatives à des négociations concernant la cessation de la course aux armes nucléaires et le désarmement nucléaire (Iles Marshall c. Royaume-Uni), exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J., Recueil 2016, p. 833*

*lui notifier sa réclamation, cette notification étant un élément constitutif de la condition relative à l'existence d'un différend. Il allègue que ce principe trouve son expression dans l'article 43 des articles de la Commission du droit international sur la responsabilité des États pour faits internationalement illicites [...] et dans les dispositions de divers mécanismes de règlement obligatoire des différends en droit international ».*⁴⁶⁸

Il faut observer que la Cour n'a pas montré un grand enthousiasme concernant la position du Royaume-Uni⁴⁶⁹, mais il est intéressant de relever le passage suivant de l'opinion dissidente du juge Crawford :

*« Je voudrais dire un mot de l'article 43 des articles de la CDI, sur lequel le défendeur s'est abondamment appuyé. Il est certain, comme le note la Cour (arrêt, par. 45) et comme le confirme le commentaire de la CDI, que cet article ne traite pas des questions de compétence des cours et tribunaux et de recevabilité des différends. Il n'en traite pas moins d'une question analogue, qui est celle de la notification permettant de mettre en cause la responsabilité d'un État. Cependant, comme l'ont sou tenu les Iles Marshall, rien dans le commentaire n'empêche que cette notification puisse être effectuée par dépôt d'une requête. [...] ».*⁴⁷⁰

L'observation du juge Crawford est particulièrement intéressante, notamment parce qu'il a soutenu l'opportunité de ne pas employer le *Projet d'article de la Commission du droit international sur la responsabilité des États* à des fins différentes de celles envisagées par les rédacteurs de ces normes. Même si nous ne pouvons absolument pas ignorer que le juge Crawford a confirmé la considération du commentaire au *Projet d'article de la Commission du droit international sur la responsabilité des États* selon laquelle ces articles ne portent pas sur les questions de la compétence des cours et tribunaux internationaux,⁴⁷¹ il est en

⁴⁶⁸ *Ibid.*, para. 27

⁴⁶⁹ *ibid.*, para. 45.

⁴⁷⁰ *Obligations relatives à des négociations concernant la cessation de la course aux armes nucléaires et le désarmement nucléaire*, opinion dissidente de m. le Juge Crawford, para. 23.

⁴⁷¹ *Article 44 Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, adopted by the International Law Commission at its fifty-third session 2001*, "The present articles are not concerned with questions of the jurisdiction of international courts and tribunals, or in general with the conditions for the admissibility of cases brought before such courts or tribunals".

même temps intéressant de prendre en considération le mot « *analogue* »⁴⁷² utilisé par le juge qui, en effet, peut ouvrir la porte à de nombreuses considérations théoriques et pratiques.

Cependant, il est à notre avis possible d'envisager une similarité de fonctions : celle d'identifier la qualification d'une action en tant qu'acte illicite qui, au moins du point de vue d'une partie, peut être qualifié comme un acte illicite et attribuable à un État, et qui, dans le système de l'arbitrage d'investissement et dans celui de l'O.M.C., est une condition pour établir la compétence d'un tribunal arbitral ou d'un organisme de règlement des différends, comme nous le verrons dans la troisième partie.

Un auteur récent a suggéré que les articles sur la responsabilité internationale de l'État sur le plan procédural peuvent être utilisés pour l'identification du véritable défendeur, dans le cas de l'arbitrage CIRDI et pour l'existence même de la juridiction des panels dans le système de l'O.M.C.⁴⁷³ Une partie de la (quasi)-jurisprudence CIRDI et des décisions prises au sein de l'O.M.C. a suivi cette approche.

L'importance du domaine de la responsabilité de l'État pour les actions de ses émanations, comme cela a été observé par un auteur, a été sous-estimée. De plus, il est raisonnable d'imaginer que ce domaine va évoluer de façon importante dans le futur. Cette évolution ressort de l'effet combiné de l'augmentation de la pertinence du rôle de l'État dans la régulation du marché, à travers ses organismes ou à travers ses émanations, et de l'augmentation des attentes des investisseurs en ce qui concerne l'accès à un marché stable et bien régulé, comme l'observaient déjà des auteurs en 1996.⁴⁷⁴

La possibilité d'employer les règles coutumières concernant la responsabilité internationale de l'État est vraiment au cœur de la vaste question de la nature de l'arbitrage d'investissement. La doctrine qui a soutenu le caractère hybride de l'arbitrage a également

⁴⁷² *Obligations relatives à des négociations concernant la cessation de la course aux armes nucléaires et le désarmement nucléaire*, opinion dissidente de m. le Juge Crawford, para. 23.

⁴⁷³ VILLAPANDO, S. M., *op. cit.*, p. 393 – 420.

⁴⁷⁴ WAELDE, T.W. and WOUTERS, P. K., « *State Responsibility in a liberalized world economy: "State privileged and Subnational Authorities" under the 1994 Energy Charter Treaty, an Analysis of article 22 and 23* », in *Nederland's Yearbook of International Law*, Volume XXVII, 1996, p. 143, at. 149. « the protection of tangible property was the main concern of the traditional international law of State responsibility, in modern times, economic interests quite distinct from tangible objects are at the heart of tangible contracts [...] breaches of [competitive] conditions may be considered the equivalent of a State-originated deprivation of the economic and financial function and value of property ».

affirmé qu'il était impossible d'employer ces articles dans ce système de résolution des différends.⁴⁷⁵

Douglas, par exemple, a justement mis en garde contre une application des règles sur l'admissibilité des réclamations⁴⁷⁶ tandis qu'un auteur français, à un niveau plus théorique, a critiqué cette approche en observant que :

*« En réalité, rien dans ces caractéristiques propres n'empêche de voir dans la responsabilité sur le fondement des traités un sous-système au sein du système du droit international général de la responsabilité des États ».*⁴⁷⁷

Le Professeur Crawford, en revanche, a souligné le caractère général de la première partie sur l'imputation qui peut être directement détaché de la partie du projet concernant l'invocation de la responsabilité de l'État.

*« Part One of the Articles sets out the conditions under which the State is responsible for breach of an obligation incumbent on that State. [...] Because of the way the text disaggregates questions of obligations from invocation, Part One has a general scope. It is concerned with all breaches of international law by States and it has no relevance to breaches committed by, for example, international organizations or non - State actors. In the context of investment treaty arbitration, this means that general questions surrounding breach of an international obligation contained in an investment treaty is a matter in principle covered by Part One of the ILC Articles».*⁴⁷⁸

Mais, à partir du moment où, en définitive, « *the ILC draft articles do not deal directly with attribution of the conduct of parastatal entities* », il est nécessaire d'admettre que, lorsqu'il faut comprendre si un État peut être responsable des actes d'une de ses émanations, il faut

⁴⁷⁵ DOUGLAS, Z., *op. cit.*, p. 225: « International procedural rules for admissibility of claims, such as the rules on the nationality of claims and the exhaustion of local remedies, have developed in the context of diplomatic protection [...] there is no reason to import such concepts into investment treaty arbitration. An analysis of the *lex arbitri* of ICSID arbitrations thus requires a far more nuanced approach to reflect the complexities of this sui generis regime ».

⁴⁷⁶ DOUGLAS, Z., *op. cit.*, p. 225: « International procedural rules for admissibility of claims, such as the rules on the nationality of claims and the exhaustion of local remedies, have developed in the context of diplomatic protection [...] there is no reason to import such concepts into investment treaty arbitration. An analysis of the *lex arbitri* of ICSID arbitrations thus requires a far more nuanced approach to reflect the complexities of this sui generis regime ».

⁴⁷⁷ LEBEN, C., *La responsabilité [...]*, *op. cit.*, p. 683 - 714;

⁴⁷⁸ CRAWFORD, J. S. C., *Investment Arbitration [...]*, *op. cit.*, 2010, p. 127 - 199.

regarder s'il est nécessaire de s'inspirer de certaines doctrines développées dans l'arbitrage commercial ou d'épouser une lecture évolutive du champ d'application de ces articles.⁴⁷⁹

La question la plus intéressante en ce qui concerne notre sujet est l'article 55 du *Projet d'article de la Commission du droit international sur la responsabilité des États* qui rappelle le caractère subsidiaire de ces articles,⁴⁸⁰ notamment parce que cet article nous porte à considérer le régime particulier de responsabilité envisagé dans les traités bilatéraux et multilatéraux d'investissements.

En ce qui concerne les traités bilatéraux, dans la décision récente *Al Tamini v. Sultanate of Oman*,⁴⁸¹ le tribunal a observé dans le traité bilatéral d'investissement que les parties avaient voulu réduire le domaine de responsabilité de l'État. Cette décision a été critiquée très récemment par un auteur⁴⁸² pour avoir mal appliqué le principe de « *lex specialis* ».

En particulier, selon De Stefano :

« Pursuant to international law, sovereign States may stipulate inter parts rules of attribution that are narrower than the prongs provided by the ARSIWA, which are disposable in principle, as it is canonically applicable to international customary law. However, this policy should not be supported, in that it entails in fact a circumvention of the primary rules embodied in the applicable treaty and, consequently, a diminished international protection of covered investors ».⁴⁸³

Cette opinion semble se fonder sur une pétition de principe, c'est-à-dire une « *policy reason* », tout à fait indémontrable. En outre, elle viole le principe d'interprétation bien connu de l'*effet utile*, à partir du moment où l'on ne comprend pas quelle pourrait être

⁴⁷⁹ WAELDE, T.W., and WOUTERS, P. K., *State Responsibility [...]*, *op. cit.*, at. 150. « Under customary international law, the state will have attributed to it the conduct of all the organs of the State, acting on behalf of the State or using clearly allocated State powers. In such a context, the question of autonomy – in law or in fact – plays no role. The situation with respect to State-owned enterprises and private individuals that do not fall in this criterion is not clear. The main cases in this area involves questions of piercing the corporate veil to take into account and off the financial liabilities incurred by the State enterprise or the State itself, or the linkage of sovereign immunity to the conduct of State organs identified as “*iure imperii*” ».

⁴⁸⁰ Article 55 Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, adopted by the International Law Commission at its fifty-third session 2001 “These articles do not apply where and to the extent that the conditions for the existence of an internationally wrongful act or the content or implementation of the international responsibility of a State are governed by special rules of international law.”

⁴⁸¹ *Adel A Hamadi Al Tamimi v. Sultanate of Oman*, ICSID Case No ARB/11/3, Award, 3 November 2015.

⁴⁸² DE STEFANO, C., «Adel A Hamadi Al Tamimi v. Sultanate of Oman1 Attributing to Sovereigns the Conduct of State-Owned Enterprises: Towards Circumvention of the Accountability of States under International Investment Law», *ICSID Review, Vol. 32, No. 2, 2017*, p. 267.

⁴⁸³ DE STEFANO, C., *op. cit.*, p. 273.

l'importance de l'article 10.1.2 du *US - Omani BIT*.⁴⁸⁴ Chaque traité international doit être lu comme un document unique (« *principle of unity of the treaty* »).⁴⁸⁵

Par conséquent, s'il pose des règles spécifiques relatives au domaine de la responsabilité, c'est parce que les parties ont décidé de limiter d'elles-mêmes la portée des obligations de protections des investissements à la présence de certaines circonstances. Le juge Crawford⁴⁸⁶ a défendu la logique interprétative fondée sur le principe « *lex specialis derogat generalis* » contenu dans l'article 55 du *Projet d'article de la Commission du droit international sur la responsabilité des États* qui était à la base d'une autre sentence arbitrale.⁴⁸⁷

§1.2) Le régime spécial envisagé par le Traité d'accord de libre-échange nord-américain (ALENA) et par le Traité sur la charte de l'énergie (TCE)

Une attention particulière dans l'analyse des entreprises d'État dans le droit de l'économie doit être portée aux dispositions du GATT, du Traité sur la charte de l'énergie et de l'ALENA qui s'adressent à ce groupe spécifique de sujets.

Comme il est bien connu, le GATT n'impose en principe aucune obligation aux opérateurs économiques dont les activités ne sont pas directement contrôlées, dirigées ou tout au moins encouragées par les pouvoirs publics. L'article XVII du GATT, toutefois, représente une exception puisqu'il « *étend les obligations du GATT aux entreprises commerciales d'État* ». ⁴⁸⁸

⁴⁸⁴ *Agreement between the Government of the United States of America and the Government of the Sultanate of Oman on the Establishment of a Free Trade*, entered into force on 1 January 2009, article 10.1.2 "A Party's obligations under this Section shall apply to a state enterprise or other person when it exercises any regulatory, administrative, or other governmental authority delegated to it by that Party".

⁴⁸⁵ CORTEN, O., KLEIN, P., *The Vienna Convention on the Law of Treaties, A commentary*, Oxford University Press, 2011, p. 880. "Comparison and reconciliation are required by the principle of the unity of the treaty which underpins the first part of paragraph 1 and the presumption, in paragraph 3, that the terms of authentic texts have the same meaning".

⁴⁸⁶ CRAWFORD, S. C., *op. cit.*, p. 131. "The Tribunal, presided over by Justice Sir Kenneth Keith, pointed out that this is a subject area for which the NAFTA contains very specific provisions. NAFTA Chapter 15 specifically regulates the conduct of monopolies and State enterprises and therefore the general rules of State responsibility on attribution (in ILC Article 5) had no application. In so ruling, the Tribunal made express reference to ILC Article 55, which reflects the *lex specialis* principle and provides that the ILC Articles do not apply to the extent an issue is governed by special rules of international law. That decision, to my mind, is completely correct".

⁴⁸⁷ *United Parcel Service of America Inc. v. Government of Canada*, ICSID Case No. UNCT/02/1, Award on the Merit, 24 May 2007, para.55 et para. 63

⁴⁸⁸ LUFF, D., *op. cit.*, p. 131.

Plus généralement, selon une partie de la doctrine la plus influente :

*« International law does not contain a single body of secondary rules of State responsibility for all wrongful acts committed by a State. This is particularly evident in the case of the European Convention on Human Rights, the Algieri Accords establishing the Iran/US Claims Tribunal, Bilateral Investment Treaties, NAFTA, the Energy Charter Treaty, the ICSID Convention ».*⁴⁸⁹

Dans le droit des investissements, il existe deux dispositions sur la responsabilité internationale de l'État qui se sont clairement inspirées du GATT⁴⁹⁰. D'un côté, l'article 1503 (1) de l'ALENA donne à chaque partie la liberté d'organiser une entreprise publique et oblige chaque partie à assurer que cette entreprise publique *« acts in a manner that is not inconsistent with the party's obligations under Chapter 11 »*. De l'autre côté, l'article 22 du Traité sur la charte de l'énergie, qui a sans aucun doute été influencé par l'article 1503 (1) de l'ALENA, fait référence au devoir de l'État de s'assurer que ses entreprises agissent en conformité avec les obligations de la troisième partie du traité.⁴⁹¹

En considération du degré de détails de ces dispositions, elles méritent une analyse particulièrement approfondie.

En particulier, l'article 22 du TCE mentionne quatre entités d'État différentes :

- 1) les *« entreprises d'État »* : l'article 22 alinéa (1) oblige l'État à s'assurer que les entreprises publiques conduisent leurs activités en accord avec la partie III du traité. L'article 22 alinéa (2) interdit à l'État d'encourager ou de les forcer à agir d'une manière incompatible avec les obligations conventionnelles ;

⁴⁸⁹ DOUGLAS, Z., *Other Specific Regimes of [...]*, op. cit., p. 819.

⁴⁹⁰ OMALU, M. K., op. cit., p. 137.

⁴⁹¹ *« Article 22 Entreprises d'État et Entités Privilégiées.*

1) *Chaque partie contractante veille à ce que toute entreprise d'État qu'elle maintient ou crée mène ses activités en matière de vente ou de fourniture de biens et de services dans sa zone d'une manière compatible avec les obligations qui incombent à la partie contractante en vertu de la partie III du présent traité.*

2) *Aucune partie contractante n'encourage ni ne contraint une telle entreprise d'État à mener ses activités dans sa zone d'une manière non compatible avec les obligations qui incombent à la partie contractante en vertu d'autres dispositions du présent traité ».*

3) *Chaque partie contractante veille à ce que, lorsqu'elle crée ou maintient une entité et lui délègue des pouvoirs réglementaires, administratifs ou autres, cette entité exerce ces pouvoirs d'une manière compatible avec les obligations qui incombent à la partie contractante en vertu du présent traité.*

4) *Aucune partie contractante n'encourage ni ne contraint une entité à laquelle elle accorde des privilèges exclusifs ou spéciaux à mener ses activités dans sa zone d'une façon non compatible avec les obligations qui incombent à la partie contractante en vertu du présent traité.*

5) *Aux fins du présent article, on entend par "entité" toute entreprise, institution ou autre organisme ou tout particulier».*

- 2) les « entité[s] auxquelles l'État délègue des pouvoirs réglementaires, administratifs ou autres » : l'article 22 alinéa (3) demande aux États de s'assurer que ses pouvoirs sont employés en conformité avec le traité ;
- 3) les « entités auxquelles [l'État] accorde des privilèges exclusifs » : l'article 22 alinéa (4) réitère le devoir mentionné à l'article 22 ;
- 4) les « administrations publiques et autorités régionales et locales » : l'article 23 alinéa (1) énonce l'obligation de chaque État partie « pour le respect de toutes les dispositions du Traité » et les oblige à prendre « les mesures raisonnables qui peuvent être disponibles » pour assurer le respect par les autorités infranationales. L'article 23 alinéa (2) renforce la responsabilité de l'État pour les actions de ses organes.

L'article 22 du TCE démontre la complexité du problème. Contrairement à l'article 23, l'article 22 oblige en effet les États membres à « veiller » à ce que l'entreprise publique agisse de manière conforme aux obligations de l'État en vertu de la partie III du traité.

La question qui se pose en premier lieu est de savoir si, à cause du renvoi à la partie III, l'obligation de l'État est soumise ou non à l'arbitrage des investissements en vertu de l'article 26.

Le texte de l'article 22 a entraîné des opinions très contradictoires dans la doctrine. Les auteurs les plus anciens⁴⁹² se sont demandés quel était le champ d'application de ces dispositions⁴⁹³ et ont suggéré que l'article 22 de la Charte européenne de l'énergie « *could be a catalyst for the emergence of an international competition law* ». ⁴⁹⁴ Cette opinion prend dument en considération l'objet et le but du traité à un niveau très profond qui a été conclu en vue de :

*« Is based on common objectives and principles such as development of open and efficient energy markets, creation of conditions that will stimulate the flow of private investments and the participation of private enterprise ».*⁴⁹⁵

⁴⁹² *Ibid.*

⁴⁹³ WAELDE, T.W. and WOUTERS, P.K., *State Responsibility*, *op. cit.*, p. 161. « If Transefts or Gazprom discriminate against foreign investors in favor of domestic oil and gas companies on issues related to access and tariffs, can the foreign investor directly sue the State under ECT? ».

⁴⁹⁴ *Ibid.* p. 173.

⁴⁹⁵ SELIVANOVA, Y., « *The Energy Charter and the International Energy Governance* », in SELIVANOVA Y., *Regulation of Energy in International Trade Law, O.M.C., NAFTA and ENERGY CHARTER*, Wolters Kluwer, 2011, p. 374.

Cette auteure, par conséquent, a proposé une interprétation assez large de l'article 22, même si le texte de l'article ne prévoit pas d'obligations actives de l'État, mais simplement de ne pas encourager les entreprises publiques à violer le traité.

Les auteurs cités ont observé en particulier que :

*« Some of the obligations of Part III are relevant only to the State machinery per se and, in this context, State enterprises have no place. However, one could think of a State - owned bank undermining the foreign exchange repatriation guarantees under Article 14 of the Treaty, or a State energy transportation company refusing to honour a contract it entered, contrary to Article 10 (1) ».*⁴⁹⁶

Les auteurs qui ont examiné cette disposition ont considéré que :

*« [The fact that] there is no reference to omissive actions relative to non - compliant actions by state enterprises is less far reaching than it first appears. Most of the obligations of the treaty outside Part III are soft - law pronouncements or duties based on due diligence or subject to dispute settlement mechanism less stringent than those found in Articles 26 and 27 ».*⁴⁹⁷

Un autre groupe d'auteurs a proposé au contraire une interprétation plutôt restrictive de ces dispositions en observant que :

*« Article 22 (2) of the ECT [...] deals with the soft law obligations outside Part III. It obliges the State not to encourage or require a State enterprise to conduct its activities in a manner inconsistent with the State's obligations under the treaty. In effect, this reduces the State's responsibility to that of due diligence ».*⁴⁹⁸

Les arguments en faveur de cette position, selon laquelle les violations de l'article 22 (en particulier) et 23 ne sont pas assujetties au mécanisme de règlement des différends prévu aux articles 26 et 27, sont nombreux. Parmi les plus significatifs, nous pouvons envisager, en premier lieu, l'emplacement des articles 22 et 23 dans la partie IV et non dans la partie II de l'ECT couplé avec le fait que l'article 26 ne couvre que le « *manquement à une obligation [...] en vertu de la partie III* ».

⁴⁹⁶ WAELDE, T.W., and WOUTERS, P.K., *State Responsibility [...]*, op. cit., p. 174.

⁴⁹⁷ *Ibid.*

⁴⁹⁸ OMALU, M. K., op. cit., p. 138.

Une deuxième observation est que les articles 22 et 23 créent de nouvelles obligations pour les États parties au-delà de celles de la partie III ; *ipso facto*, l'article 26 ne s'applique pas. Enfin, il a été suggéré qu'on pourrait comparer les articles 22 et 23 de l'ECT aux articles XVII et XXIV du GATT et, par analogie, considérer que ces dispositions ne permettent pas aux acteurs privés de déclencher des arbitrages directement contre les États. D'autres auteurs ont soutenu que :

*« It will noted that in this form article [22] consists entirely of primary rules of obligation rather than secondary rules of attribution. Moreover, like article 23, it is not contained in Part III of the Treaty and the obligations which contains are, therefore, not obligations of whose breach a claimant can complain by notice of arbitration under article 26 ».*⁴⁹⁹

Malgré ce qui précède, dans notre opinion, il existe de solides contre-arguments pour maintenir l'approche selon laquelle les violations des articles 22 et 23 sont assujetties aux mécanismes des articles 26 et 27.

Nous pouvons en effet soutenir que les articles 22 et 23 sont seulement des « *miscellaneous provisions* » ayant été introduites dans le TCE pour définir le sens et l'ampleur des obligations de l'État en vertu du traité en général, et que ces dispositions peuvent fonder la responsabilité de l'État.⁵⁰⁰ De ce point de vue, la position de ces dispositions dans le traité est une question d'importance secondaire, car, au contraire, elles contribuent à définir les paramètres, les catégories des sujets et les types de conduite de l'État qui peuvent fonder la responsabilité de ce dernier sur la base du TCE.⁵⁰¹

Si nous suivions la doctrine citée jusqu'à ses conclusions naturelles, nous comprendrions que, en effet, les articles 22 et 23 font partie de la définition de l'État dans le traité.⁵⁰²

⁴⁹⁹ **ROE, T., HAPPOLD, M.**, *Settlement of Investment Disputes under the Energy Charter Treaty*, Cambridge University Press, 2011, p. 169.

⁵⁰⁰ **WAEDELDE, T.W. and WOUTERS, P.K.**, *State Responsibility [...]*, *op. cit.*, p. 184

⁵⁰¹ *Ibid.*, « proscribe the parameters of what categories of actor and types of conducts the State could be held accountable for under the ECT. In such a context, misconduct of the categories of actors set forth in Articles 22 and 23 would be arbitrable for the State duties enforceable under Articles 26 and 27 ».

⁵⁰² *Ibid.*, « in fact, article 22 and 23 can be seen more as procedural elements in the sense that they define the meaning of State under the Treaty as a whole. The role assigned the State is similar to that identified in general international law generally. The description of more specific categories of actors whose behavior may be attributed to the State, or whose behavior is to be duly supervised by the State is only an elucidation particular to the Treaty, driven perhaps by the uncertainty of the general law of State responsibility in this field and particular requirement of international economic law ».

Les théories contraires rencontrent des difficultés insurmontables à donner une interprétation cohérente de l'article 22 alinéa (1) et, en particulier, à son renvoi à la partie III. En effet, en effectuant une comparaison avec l'article 5 du *Projet d'article de la Commission du droit international sur la responsabilité des États* qui admet l'imputabilité des actes des entreprises publiques uniquement quand elles exercent des éléments « *de puissance publique* », il est clair que, si nous ne voulons pas admettre que l'article 22 envisage un régime particulier de responsabilité pour les entreprises publique, nous ne pouvons que conclure que l'article 22 « *from an investor point of view is removed by the fact of its location* ». ⁵⁰³

Cette approche est clairement contraire au principe de l'effet utile qui a été largement approuvé par la doctrine et par la jurisprudence majoritaire.

En revanche, un auteur récent a souligné la portée révolutionnaire de l'article 22 de l'ECT, qui, à notre avis, concerne la possibilité d'identifier dans cette disposition un outil pour mieux comprendre le rôle de ces dispositions dans la construction d'une loi globale sur la compétition. ⁵⁰⁴

Nous pouvons soutenir cette approche en analysant le débat qui a traversé la (quasi)-jurisprudence arbitrale tout comme la doctrine : dans l'affaire *Bosh c. Ukraine* en 2012, ⁵⁰⁵ basée sur le traité entre l'Ukraine et les États-Unis, ⁵⁰⁶ la question, comme un auteur l'a été observé, ⁵⁰⁷ portait sur l'interprétation de l'article II (2) (b) du traité entre l'Ukraine et les États-Unis qui a une portée similaire aux normes du Traité sur la charte de l'énergie et à celles de l'ALENA. ⁵⁰⁸

⁵⁰³ ROE T., HAPPOLD, M., *op. cit.*, p. 171.

⁵⁰⁴ HOBBER, K., *Investment Arbitration and the Energy Charter Treaty*, *op. cit.*, p. 159, « it could also be argued that the umbrella clause of Article 10 (1), when read together with article 22, may have far reaching implications on commercial contracts for the sale of goods, delivery of services etc. which have been entered into by an investor and a legal entity controlled or owned by the host state. [...] In the light of article 10 (1), assuming a wide interpretation of the umbrella clause, it could be argued that the host state may become responsible under the ECT (in addition to any liability of the State - owned company under commercial agreement) for a wide range of actions or omissions of state enterprise in the fulfilment of agreements for the sale of goods or delivery of services ».

⁵⁰⁵ *Bosh International, Inc and B & P Ltd Foreign Investments Enterprise v. Ukraine*, ICSID Case No ARB/08/11, Award, October 25, 2012.

⁵⁰⁶ *Treaty Between the United States of America and Ukraine Concerning the Encouragement and Reciprocal Protection of Investment*, signé le 04 mars 1994, entré en vigueur 16 novembre 1996.

⁵⁰⁷ PETROCHILOS, G., *Case Comment: Bosh International, Inc and B&P Ltd Foreign Investments Enterprise v. Ukraine "When is Conduct by a University Attributable to the State ?"*, ICSID Review, Vol. 28, No. 2, 2013, p. 262 – 272.

⁵⁰⁸ *Treaty Between the United States of America and Ukraine Concerning the Encouragement and Reciprocal Protection of Investment*, signé le 04 mars 1994, entré en vigueur 16 novembre 1996, II (2) (b), « Each Party

Le tribunal arbitral a lu cette disposition non pas comme un régime spécial d'attribution, mais plutôt comme une autre « *substantive obligation* » ressortant du texte du traité.⁵⁰⁹ Cette position n'est pas totalement convaincante dans la mesure où elle définit une obligation sans un régime de responsabilité pour la rendre effective.⁵¹⁰

Le problème de la portée de l'article 22 se pose en particulier au croisement entre trois questions différentes. La première est une question interprétative qui doit être examinée à travers les moyens fournis par la Convention de Vienne. Le deuxième ressort du fait que, selon la doctrine unanime, les articles contenus dans le *Projet d'article de la Commission du droit international sur la responsabilité des États* n'excluent pas les régimes d'attribution spéciaux. La troisième, peut-être la plus intéressante, est celle qui concerne le rapport existant entre l'obligation substantielle et le régime d'attribution.

Cette dernière question a été analysée par la juge Higgins, dans son ouvrage *Problems and Process*,⁵¹¹ dans lequel elle cherche à tracer une ligne de démarcation entre les règles relatives à l'attribution des actes internationaux. En particulier, selon elle :

« *Once we enter into discussion of varying standards of care, we pass from the essence of state responsibility – the concept of accountability for international wrong - and enter the substantive law of obligations. The standard by which the duty of care in regard an obligation is to be tested is determined by reference to the particular requirement of that obligation* ». ⁵¹²

shall ensure that any State enterprise that it maintains or establishes acts in a manner that is not inconsistent with the Party's obligations under this Treaty wherever such enterprise exercises any regulatory, administrative or other governmental authority that the Party has delegated to it, such as the power to expropriate, grant licenses, approve commercial transactions, or impose quotas, fees or other charges ».

⁵⁰⁹ **PETROCHILOS, G.**, *Case Comment [...]*, *op. cit.*, p. 271. "Thus, the Bosh Tribunal read Article II (2)(b) as 'impos[ing] a positive obligation' on the part of contracting States as a matter of substantive law, rather than 'hav[ing] the effect of making the conduct of that State enterprise attributable to Ukraine under the law of State responsibility'. This holding is consistent with prior decisions relating to Article 22 of the ECT and seems plainly correct."

⁵¹⁰ A ce propos, il faut prendre en considération les observations de la doctrine, laquelle a observé que les traités ne sont pas seulement un ensemble de clauses de « do ut des », mais il n'est pas exceptionnel que les états prévoient aussi la conséquence d'éventuelles violations. Voir par exemple *Third report on the content, forms and degrees of international responsibility*, by Willem Riphagen (Part Two of the draft articles), A/CN.4/354 para. 54 – 55 et en particulier les observations de **ROSENNE, S.**, *Breach of Treaty*, Cambridge, Grotius publication limited, 1985, p. 80 - 82. Dans ce sens, donc, il faut respecter l'approche basée sur le concept de *lex specialis* dont l'importance a été confirmée par la Cour internationale de justice dans l'affaire *Projet GabCikovo-Nagyvaros (Hongrie v. Slovaquie)*, arrêt, C.I.J., Recueil 1997, p. 7, para 132.

⁵¹¹ **HIGGINS, R.**, *Problems and Process, International Law and How we use it*, Clarendon Press, Oxford, 1994, p. 146 ss.

⁵¹² **HIGGINS, R.**, *op. cit.*, p. 157.

La juge Higgins argumente son point de vue en prenant en considération de nombreux cas de la Cour internationale de justice pour démontrer en particulier le rapport existant entre le « *standard of care* » et les règles sur l'attribution. L'analyse qu'elle propose de la décision *Personnel diplomatique et consulaire des États-Unis à Téhéran (États-Unis d'Amérique c. Iran)* de 1980 est intéressante à ce propos. Selon elle, la Cour a adopté ce qu'on appelle le « *relativist approach* ». Elle souligne que :

« *Finding that the Iranian authorities had failed their duty of care to US diplomats, even though the actual harm to them had been caused to individuals the Court said that the Iranian authorities "were fully aware of their obligations [...] had the means at their disposal to perform their obligation; [and] completely failed to comply with those obligations* ». ⁵¹³

Si nous observons le texte de l'article 22 TCE, nous pouvons interpréter la locution « *veille à ce que* » comme une obligation de « *due diligence* », et nous pouvons, dans le cas contraire, conclure que sans cette norme une conduite n'interdisant pas à une entreprise publique d'agir en non-conformité avec les normes internationales ne serait pas imputable à l'État puisqu'elle ne serait pas comprise dans les règles du TCE.

En d'autres termes, une partie de la doctrine a essayé de démontrer que les articles 1503 et 22 sont en réalité des normes primaires et, à travers cette qualification, cette doctrine a soutenu que ces dispositions ne pouvaient pas influencer les mécanismes liés à l'imputation. ⁵¹⁴

L'importance de la distinction entre normes primaires et normes secondaires au sujet des obligations de « *due diligence* » a été remise en question par une partie de la doctrine, en particulier la doctrine anglo-saxonne, soit à un niveau plus général ⁵¹⁵ de la doctrine plus spécialisée dans le domaine de l'environnement, ⁵¹⁶ soit à un niveau plus général encore par

⁵¹³ *Personnel Diplomatique et consulaire des États-Unis à Téhéran*, arrêt, C.I.J., Recueil 1980, p. 3, para. 67-68.

⁵¹⁴ **PETROCHILOS, G.**, *op. cit.*, p. 270.

⁵¹⁵ **BODASNKY D., CROOK J. R.**, «Symposium: The ILC's State Responsibility Articles», Introduction and Overview, in *The American Journal of International Law*, 2002, p. 780.

⁵¹⁶ **FITZMAURICE, M. A.**, «International Protection of the Environment», *R.C.A.D.I.*, 2001, p. 221.

la doctrine la plus récente.⁵¹⁷ Un débat tout à fait similaire a divisé la jurisprudence arbitrale.⁵¹⁸

Sans suivre la doctrine anglo-saxonne dans ses doutes et par conséquent en suivant l'approche d'Ago,⁵¹⁹ il est intéressant de prendre en considération ces dispositions dans la mesure où elles nous aident à mieux comprendre le champ d'application de l'article 55 du *Projet d'article de la Commission internationale sur la responsabilité des États*.

Du commentaire officiel sur le *Projet d'article de la Commission du droit international sur la responsabilité des États*, nous pouvons déduire que l'article 55 :

« *Is designed to cover both "strong" forms of lex specialis, including what are often referred to as self-contained regimes, as well as "weaker" forms such as specific treaty provisions on a single point* ». ⁵²⁰

Cette disposition normative nous aide à comprendre que les États ont la liberté de prévoir des normes spéciales primaires ou des règles secondaires, mais la qualification de cette disposition est seulement possible à travers l'interprétation de chaque traité spécifique. Cette conclusion est clairement identifiée dans le troisième rapport de James Crawford.⁵²¹ Ces considérations nous invitent à la prudence en ce qui concerne l'identification de la méthode qui doit être utilisée pour arriver à la solution du problème interprétatif relatif à la fonction des articles 1503 de l'ALENA et de l'article 22 du Traité sur la charte de l'énergie.

⁵¹⁷ KULESZA, J., *Due Diligence in International Law*, Brill Nijhoff, Leiden, 2016, p. 218

⁵¹⁸ *Renta 4 S.V.S.A., Ahorro Corporación Emergentes F.I., Ahorro Corporación Eurofondo F.I., Rovime Inversiones SICAV S.A., Quasar de Valores SICAV S.A., Orgor de Valores SICAV S.A., GBI 9000 SICAV S.A. v. The Russian Federation*, SCC No. 24/2007, Award on Preliminary Objections, 20 March 2009, para. 99. "It may be that some international lawyers reflexively adopt the dichotomy of primary/secondary obligations made familiar by the International Law Commission. This might explain the temptation to consider "treatment" a matter of primary or substantive rules and thus distinct from "secondary" rules - such as remedies - in the event of alleged breach. Perhaps this idea merges into that of a substance/procedure distinction. Yet there is nothing normative about the primary/secondary dichotomy".

⁵¹⁹ ILC, "Second report on State responsibility, by Roberto Ago, Special Rapporteur - the origin international responsibility", Doc. A/CN.4/233, Yearbook of the International Law Commission, 1970, vol. II, p. 179.

⁵²⁰ *Commentaries to the Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, adopted by the International Law Commission at its fifty-third session*, in 2001, and submitted to the General Assembly as a part of the Commission's report covering the work of that session (A/56/10), p. 140.

⁵²¹ *Third report on State responsibility, by Mr. James Crawford, Special Rapporteur*, Document, A/CN.4/507, 2000, p. 110, para. 420, "States often make specific provision for the legal consequences of breaches of particular rules. The question then is whether those consequences are exclusive, in other words, whether the consequences which would otherwise apply under general international law are thereby excluded. This is always a question of interpretation in each case, which no provision such as article 37 can preclude. In some cases, it will be clear from the language of a treaty or other text that only the consequences specified flow. In other cases, one aspect of the general law may be modified, leaving other aspects still applicable".

Selon nous, il faut conclure que l'article 22 du TCE est une norme qui réalise les deux fonctions : d'un côté, elle crée une obligation substantielle pour les États de maintenir un certain standard de diligence ; de l'autre côté, elle fixe le niveau au-delà duquel la conduite des entreprises devient imputable aux États. Nos conclusions se trouvent en outre renforcées par la décision rendue par le tribunal arbitral dans l'affaire *UPS v. Canada*,⁵²² qui n'est pas restée une décision isolée mais a été confirmée par la récente décision *Mesa Power Group, LLC v. Government of Canada*,⁵²³ réaffirmant l'approche suivie par le tribunal *UPS v. Canada*.⁵²⁴

Nos conclusions s'appuient sur la simple considération des règles du traité. L'approche contraire, en effet, serait clairement contraire au principe de l'unité du traité⁵²⁵ et au principe dit de « *l'effet utile* ». ⁵²⁶

Si notre interprétation est correcte, il est tout à fait clair que, à travers les traités, les États ont le pouvoir de modifier le régime de responsabilité pour les actes de leurs entreprises. Dans une telle hypothèse, il est tout à fait évident que le régime différent envisagé par un traité ou un autre peut élargir ou réduire la possibilité pour l'investisseur d'agir directement contre l'État.

⁵²² *United Parcel Service of America v. Government of Canada*, UNCITRAL, Award on the Merits, 24 May 2007

⁵²³ Professor Gabrielle Kaufmann-Kohler (Presiding Arbitrator), The Honorable Charles N. Brower, Toby Landau, QC.

⁵²⁴ *Mesa Power Group, LLC v. Government of Canada*, UNCITRAL, PCA Case No. 2012-17, Award 24 March 2016, para. 362 “The NAFTA thus establishes a special regime which distinguishes between a NAFTA Party and its enterprises, specifies what control obligations the former has over the latter, and thus organizes the NAFTA Party’s responsibility for acts of its enterprises. This regime cannot be displaced by the ILC Articles, which, as mentioned above, are residual in nature”. Voir aussi sur ce point **MATTEOTTI S. e PAYOSOVA**, *The Role of the Fair and Equitable Treatment Standard: Regulatory Coherence for Trade and Investment in Renewable Energy*, in **COTTIER T., ILARIA ESPA I.**, *International Trade in Sustainable Electricity Regulatory Challenges in International Economic Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2017, p. 441.

⁵²⁵ **CORTEN O., KLEIN P.**, *The Vienna Convention on the Law of Treaties, A commentary*, Oxford University Press, 2011, p. 880. “Comparison and reconciliation are required by the principle of the unity of the treaty which underpins the first part of paragraph 1 and the presumption, in paragraph 3, that the terms of authentic texts have the same meaning”.

⁵²⁶ Sur l'application de cette règle interprétative voir par exemple l'*Affaire des Zones Franches de La Haute-Savoie et du Pays de Gex, Ordonnance du 19 Aout 1929, C.P.J.I., Série A, n. 22, p. 13* “Considérant que, dans le doute, les clauses d'un compromis par lequel la Cour est saisie d'un différend doivent, si cela n'est pas faire violence à leurs termes, être interprétées d'une manière permettant à ces clauses de déployer leurs effets utiles”), et la doctrine internationaliste tel que **MARESCA, A.**, *Il Diritto dei Trattati*, Milano, Giuffrè, 1971 et appliqué aussi dans le droit d'investissements voir sur ce point **WEERAMANTRY, R.**, *op. cit.*, p. 151. En ce qui concerne les décisions arbitrales *Banro American Resources, Inc. and Société Aurifère du Kivu et du Maniema S.A.R.L. v. Democratic Republic of the Congo*, ICSID Case No. ARB/98/7, Award, 1 September 2000, para 6. *El Paso Energy International Company v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/03/15, Decision on Jurisdiction, 27 April 2006, para 110.

§1.3) L'individualisation du véritable défendeur : le problème de la qualité d'être État dans l'arbitrage d'investissements

§1.3.1) Le rôle limité joué par l'existence d'une participation publique au capital de l'entreprise

Selon une (quasi)-jurisprudence constante dans l'arbitrage commercial, la simple participation de l'État en tant qu'actionnaire au capital de l'entreprise ne suffit pas à garantir l'extension de la convention d'arbitrage à l'État.

La participation de l'État au capital de l'entreprise a été, de toute façon, prise en considération par les tribunaux des investissements et elle mérite une attention particulière parce que c'est l'un des aspects qui peuvent contribuer à éclaircir les évolutions ayant eu lieu dans l'arbitrage d'investissement, d'une première phase où les arbitres se sont inspirés de l'arbitrage commercial à une plus proche où ils ont appliqué les règles du droit international public.

Ce parcours jurisprudentiel a commencé avec l'affaire *Maffezini* et ouvre deux aspects intéressants liés à l'interprétation de cette décision arbitrale. Le premier aspect est lié à l'existence de cette présomption, le second à son champ d'application. Dans la décision *Maffezini*, les arbitres ont observé que :

« *A finding that the entity is owned by the State, directly or indirectly, gives rise to a rebuttable presumption that it is a State entity* »⁵²⁷

une affirmation qui a été reprise par de nombreux auteurs,⁵²⁸ apparemment sans contestation. Cet accord apparent sur l'existence de cette présomption a permis son utilisation dans d'autres décisions arbitrales, comme *Salini v. Morocco*⁵²⁹ et *AMTO v. Ukraine*.⁵³⁰

⁵²⁷ *Emilio Agustín Maffezini v. The Kingdom of Spain*, Decision on Jurisdiction, ARB/97/7, ICSID 25 January 2000, para. 77.

⁵²⁸ Voir par exemple : **VOSS, J. O.**, *op. cit.*, p. 149. **DOLZER, R., SCHREUER, C.**, *Principles of International Investment Law*, Second Edition, Croydon, Oxford University Press, 2012, p. 223.

⁵²⁹ *Salini Construttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. Kingdom of Morocco*, ICSID Case No. ARB/00/4, Decision on Jurisdiction, July 23 2001, para. 32. "ADM's share capital is held in the following manner: the Treasury holds a participation of 79%; the participation of public establishments is 10.57%; that of banks and financial institutions is 5.17%; that of insurance companies is 3%; that of commercial and industrial companies is 2.67%; and lastly, that of research departments is 0.81 %. Thus, the Kingdom of Morocco, through the medium of the Treasury and various public entities, holds at least 89% of ADM".

⁵³⁰ *Limited Liability Company AMTO v. Republic of Ukraine*, SCC Arbitration n. 80/2005, March 26 2008, para. 19.

Il est intéressant de s'interroger sur le domaine d'application de cette présomption. Les auteurs cités, en effet, ont considéré cette présomption comme une question de fond, mais la doctrine la plus récente (Luca Schico) a contesté cette approche.⁵³¹

Luca Schico observe en particulier que le tribunal arbitral avait considéré cette présomption uniquement au stade juridictionnel et, par conséquent :

« *Maffezini v. Spain cannot be used to support such a rule of reversing the burden of proof concerning controlling entities* ». ⁵³²

Cette position doctrinale est intéressante pas seulement parce qu'elle affirme le caractère juridictionnel de l'imputation, mais aussi parce qu'elle met en lumière les présomptions pas seulement d'un intérêt théorique, mais aussi de leur importance pratique, « *en effet les présomptions ont une influence certaine sur le droit applicable* ». ⁵³³

Si nous les considérons comme une question de procédure, elles seront réglées par la *lex fori*. À l'inverse, si nous les rattachons au fond, elles seront réglées par le droit applicable au fond de l'affaire. Cela pourrait être pertinent dans l'arbitrage sur les investissements, dans la mesure où le droit applicable n'est pas entièrement le droit international.

Dans une décision de 2014, le tribunal de l'affaire *Tulip Real Estate v. Turkey* a expressément déclaré qu'une « *presumption of State Hood* » n'avait aucun fondement dans le droit international.⁵³⁴

Il est probable que le tribunal en question ait considéré que cette présomption devait être lue sur le plan du fond et non au niveau de la procédure. En effet, si nous considérons les présomptions valides sur le plan international, comme la règle « *omnia rite esse acta presumuntur* » ou celle selon laquelle « *la responsabilité de l'État ne peut pas être présumée* » envisagée dans le droit international général et reconnue dans le droit de

⁵³¹ **SCHICO, L.**, *op. cit.*, p. 208.

⁵³² *Ibid.*, p. 210

⁵³³ **GROSSEN, J.**, *Les Présomption en droit international public*, Delachaux & Niestlé, 1954, p. 30

⁵³⁴ *Tulip Real Estate Investment and Development Netherlands B.V. v. Republic of Turkey*, ICSID Case No. ARB/11/28, Award, March, 10, 2014, para. 289, "Finally, the Tribunal does not accept the Claimant's contention that, as a matter of international law, majority ownership of an entity by the State gives rise to a presumption of statehood in respect of that entity. While the decisions in *Maffezini* and *Salini* may have held otherwise, the Tribunal is not bound by those decisions. Rather, the Tribunal is compelled to decide the issues before it in accordance with the BIT and applicable principles of international law. The conclusion of the Tribunal is that there is no basis under international law to conclude that ownership of a corporate entity by the State triggers the presumption of statehood. The position of the Tribunal is that, whilst state ownership may, in certain circumstances, be a factor relevant to the question of attribution, it does not convert a separate corporate entity into an 'organ' of the State".

l'arbitrage d'investissements par des décisions importantes comme *APPL c. Sri Lanka*,⁵³⁵ nous pouvons conclure que la décision du *tribunal Tulipe Real Estate* est sans faille.

Sur le plan strictement procédural, il n'est pas possible de valider ou de rejeter l'opinion de Schicho ; il faut dire que la question, après la décision *Tulip*, a perdu beaucoup de son importance. Le développement jurisprudentiel confirme, comme nous le verrons également en prenant en considération d'autres éléments, que le droit international général a vu accroître son importance dans le système de l'arbitrage des investissements.

Comme nous l'avons vu, dans l'affaire *Maffezini* et dans quelques autres décisions successives, en effet, la participation de l'État en tant qu'actionnaire avait joué une certaine importance sur le plan de la responsabilité de l'État. Toutefois, cette donnée a radicalement changé après 2002.⁵³⁶

La première affaire dans laquelle nous constatons qu'un tribunal n'a pas considéré l'existence d'une participation publique comme un facteur important pour statuer sur la responsabilité de l'État remonte en effet à l'année 2002, avec l'affaire *Waste Management v. Mexico*, affaire dans laquelle le tribunal n'a pas considéré importante une participation clairement majoritaire (66 %). Cette décision est intéressante parce que c'est la première fois que les arbitres ont appliqué directement les règles sur l'attribution du *Projet de la Commission du droit international sur la responsabilité des États*.

Le tribunal n'était pas très précis sur le test qu'il avait appliqué en se limitant à supposer que :

« *It will be assumed that one way or another the conduct of Banobras was attributable to Mexico for NAFTA purposes* ». ⁵³⁷

⁵³⁵ *Asian Agricultural Products Ltd v. Republic of Sri Lanka*, ICSID Case no Arb/87/3, Award June, 27 1990, para. 56, «Nevertheless, in order to handle the legal issues related to evidence, the above stated canons have to be implemented by taking into consideration the following *established* international law rules: [...] Rule J) - "The international responsibility of the State is not to be presumed. The party alleging a violation of international law giving rise to international responsibility has the burden of proving the assertion" The *Tanger Horses case* (1924); the *Corfu Channel case* (1949), and the *Belgium Claims case* (1930) ».

⁵³⁶ Le porté révolutionnaire de cette décision est plus clair si on le juxtapose avec la decision *Vacuum Salt Limited v. Government of the Republic of Ghana*, ICSID Case No. Arb/92/1, Award, 16 February 1994, para. 43, « It stands to reason, of course, that 100 percent foreign ownership almost certainly would result in foreign control, by whatever standard, and that a total absence of foreign shareholding would virtually preclude the existence of such control».

⁵³⁷ *Waste Management, Inc. v. United Mexican States*, ICSID, Case N° ARB(AF)/00/3, Apr. 30 2004, para. 75.

C'est avec l'affaire *Jan de Nul v. Egypt* de 2006 que l'approche des tribunaux CIRDI s'est radicalisée, en laissant de côté toutes les doctrines d'origine commerciale pour envisager comme seuls critères valables du projet de la *Commission du droit international sur la responsabilité des États* le test de l'attribution *Nicaragua* de la Cour internationale de justice.⁵³⁸

La raison de ce revirement est probablement due à la composition particulière du panel : trois professeurs, Kaufmann Kohler, Pierre Mayer et Brigitte Stern. Le litige en question est né des difficultés découlant d'un contrat de travaux lié au canal de Suez, conclu entre un investisseur étranger et une entreprise contrôlée par l'État égyptien, la SCA.

En appliquant les articles sur la responsabilité de l'État, en particulier les articles 4, 5, 8, le tribunal arbitral a estimé que les actes de la société SCA ne pouvaient pas être attribués à l'État. Le tribunal arbitral a notamment emprunté la définition de « *contrôle effectif* » de l'arrêt de la Cour internationale de justice dans l'affaire *Nicaragua*. Le cas *Jan de Nul* a représenté un tournant dans la loi d'arbitrage en ce qui concerne les critères applicables à la responsabilité de l'État.

La seule notable exception dans la quasi-jurisprudence CIRDI successive est constituée par l'affaire *EDF v. Roumanie*⁵³⁹ en 2009 qui a néanmoins élaboré une notion de contrôle tout à fait superposable à celle identifiée dans le cas *Jan de Nul*. Dans tous les cas suivants, et aussi dans les plus récents, *Hamester v. Ghana*⁵⁴⁰ en 2010, *Electrabel v. Hungary*⁵⁴¹ en 2012, *İçkale İnşaat Limited Şirketi v. Turkmenistan*⁵⁴² en 2016, les arbitres ont suivi cette approche.

⁵³⁸ *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique)*, fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1986, p. 14, para. 115.

⁵³⁹ *EDF (Services) Limited v. Romania*, ICSID Case ARB/05/13, Award 8 October 2009, para. 200 “The ILC Commentary makes clear that such attribution *is exceptional*. In order to attribute the act of a person or group of persons to a State, Article 8 stipulates that the person or group of persons must be acting on the instruction of, or under the direction or control of, the State in carrying out the conduct the attribution of which is in question”.

⁵⁴⁰ *Gustav F W Hamester GmbH & Co KG v. Republic of Ghana*, ICSID Case No. ARB/07/24 Award, June 18, 2010, para. 149. “Because Cocobod is controlled by the State”

⁵⁴¹ *Electrabel S.A. v. Hungary*, ICSID Case No. ARB/07/19, Award, 25 November 2015, para. 2.4. “MVM (the Respondent's sole wholesale electricity buyer, *99.9% owned* by the Respondent)”

⁵⁴² *İçkale İnşaat Limited Şirketi v. Turkmenistan*, ICSID Case No. Arb/10/24, Award 8 March 2016, para. 370. “There is some evidence that suggests that the Claimant's machinery and equipment may have been taken without justification. This evidence includes the letter from Dayhanbank to İçkale dated 9 January 2010 stating that since İçkale had not complied with a decision of the Arbitration Court, the employer would complete the works “with the available material, machinery and equipment, [and] inventory stock [on the] construction site.” However, *while State-owned*, Dayhanbank is an entity separate from the State and cannot be considered as a State organ capable of exercising governmental authority, or *puissance publique*, and indeed the Claimant does

Dans toutes les affaires mentionnées, l'État jouissait en effet d'une participation au capital supérieure à 99 %, mais cette circonstance n'a eu aucune importance concernant l'application des règles relatives à l'imputation des faits illicites à l'État.

§1.3.2) Le pouvoir de nommer les administrateurs : de l'influence de l'arbitrage commercial à celle des règles sur l'imputation

Le pouvoir de nommer les administrateurs a été considéré dans une première phase comme l'un des éléments les plus importants pour attribuer les actes d'une entreprise étatique à l'État contrôlant. À notre avis, l'évolution de la jurisprudence sur ce point est l'aspect le plus significatif pour démontrer l'évolution de l'arbitrage d'investissement en un système hybride dans lequel ont également été appliquées, en parallèle, des règles dérivant du droit de l'arbitrage commercial et des règles du droit international public.

Le cas *Bridas v. Turkménistan* est l'un des premiers cas dans lequel le pouvoir de nommer les administrateurs a été perçu comme l'un des facteurs décisifs pour établir que l'entreprise d'État était en réalité un alter ego du Turkménistan, par un tribunal arbitral dans une première phase, puis par une cour d'appel aux États-Unis.⁵⁴³

La même approche dans le domaine de l'arbitrage commercial peut être envisagée dans la décision *Capital India Power Mauritius I and Energy Entreprises (Mauritius) Company v. India* de 2005. Au cours de cet arbitrage, la question était d'identifier le véritable défendeur afin de vérifier si la société pouvait être considérée comme une sorte de *longa manus* de l'État indien. Le tribunal n'a eu aucune difficulté à prendre en considération le fait que tous les administrateurs peuvent être révoqués par l'État contrôlant l'entreprise.⁵⁴⁴

not appear to allege that Dayhanbank's conduct, without more, amounted to expropriation. Nor is there sufficient evidence before the Tribunal that would allow it to determine which machinery and equipment was at issue, or that would demonstrate that Dayhanbank's conduct could in any way be considered attributable to the State".

⁵⁴³ *BRIDAS S.A.P.I.C., v. Government Of Turkmenistan*, United States Court of Appeals, Fifth Circuit No. 04-20842, April 21, 2006. "The court then referenced three more private law factors: "(1) whether the directors of the 'subsidiary' act in the primary and independent interest of the 'parent' [...]"

⁵⁴⁴ *Capital India Power Mauritius I and Energy Enterprises (Mauritius) Company v India*, Award, ICC Case No. 12913/MS, IIC 43, 2005, International Court of Arbitration, April 27 2005, "The state had the authority to control the MSEB board by appointing its members, removing them at pleasure, setting and directing its policies, and totally controlling its funding. The commitments made by MSEB in the PPA were, therefore, entirely dependent on the willingness of SOM".

La méthode pour comprendre si l'État peut être partie à l'arbitrage quand les actes accomplis par une entreprise publique sous son contrôle lui sont imputables est difficile à reconstruire dans l'arbitrage d'investissements parce que l'approche du tribunal peut varier en raison des aspects spécifiques de chaque affaire.

Il est évident que, si l'arbitrage des investissements est fondé sur un contrat, la possibilité d'utiliser des doctrines ou des systèmes développés dans le domaine de l'arbitrage commercial est tout à fait justifiée par la similitude des situations.

Pour mener une analyse scientifique satisfaisante, il faut donc éliminer les « *perturbations* » qui peuvent avoir une influence sur l'approche des arbitres. Nous examinerons donc, d'un côté, les cas dans lesquels l'investisseur et l'État étaient liés par un contrat signé par une entreprise publique et, de l'autre côté, les affaires fondées sur un traité bilatéral ou enfin sur la loi nationale. Nous verrons dans tous ces cas – avec seulement deux exceptions – que l'élément temporel a été déterminant pour savoir si ces décisions ont été rendues avant ou après la décision *Jan de Nul* de 2006. Parmi les cas fondés sur des traités, nous pouvons commencer par la décision *Wena Hotels Limited v. Egypt* rendue en 2000 sur la base du traité pour la protection des investissements entre le Royaume-Uni et l'Égypte.⁵⁴⁵

Dans cette décision, le tribunal a reconnu la responsabilité de l'Égypte dans les activités de la société contrôlées par l'État, Egyptian Hotels Company (EHC). À ce propos, le tribunal a considéré comme un élément décisif le fait que le conseil d'administration était entièrement contrôlé par l'État.⁵⁴⁶

De plus, le tribunal est allé au-delà de cette observation et a examiné la carrière des membres du conseil d'administration de la société, en particulier celle de Monsieur Munir. Sa promotion avait en effet été vue comme une approbation implicite de l'État égyptien des activités illégales accomplies par l'entreprise publique en question. Dans cette dernière approche, le tribunal a implicitement préfiguré l'évolution successive de la quasi-

⁵⁴⁵ *Agreement between the Government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and the Government of the Arab Republic of Egypt, for the Promotion and Protection of Investments*, signed in London on June, 2 1975, entered into force definitively on 24 February 1976.

⁵⁴⁶ *Wena Hotels Limited v. Arab Republic of Egypt*, Case No. ARB/98/4, Award December 8, 2000, para. 66. “As explained by Minister Sultan during his testimony, under Law Number 97 of 1983, the sole shareholder of EHC was Egypt. EHC’s shareholder assembly was chaired by the Minister of Tourism and would be attended by several other government officials. The Minister of Tourism also was responsible for the appointment of at least one half of the Board of Directors of EHC, and furthermore nominated EHC’s Chairman. Indeed, in May 1989, Mr. Kamal Kandil was appointed, at the nomination of Minister Sultan, Chairman and CEO of EHC by Egyptian Prime Minister’s Decree Number 539 of 1989. According to Mr. Munir’s statement “*EHC’s Directors were also appointed by the Ministry of Tourism and Civil Aviation*”.

jurisprudence CIRDI, car ce critère rappelle en effet le critère appliqué par la Cour internationale de justice dans le cas *Personnel diplomatique et consulaire des États-Unis à Téhéran* de 1980⁵⁴⁷ où l'imputation avait été fondée sur la successive approbation et codifiée dans l'article 11 du *Projet d'articles de la Commission du droit international sur la responsabilité des États* de 2001.

En ce qui concerne les affaires fondées sur des traités de protection des investissements se signalent l'affaire *Salini Italstrade v. Morocco*,⁵⁴⁸ *Consortium RFCC v. Morocco*.⁵⁴⁹

Le pouvoir de nommer les administrateurs y a été vu comme un facteur décisif pour reconnaître le caractère d'entité étatique de l'entreprise publique. Les trois affaires les plus intéressantes concernant la période suivante sont les affaires dans lesquelles les tribunaux ont dû se confronter au problème des clauses-parapluies. Ces clauses posent un problème particulier car elles identifient sur le plan processuel le périmètre de la complexité de l'État.

Ce problème a été défini par la doctrine comme l'« *it problem* ». Cette expression dérive du fait que, en général, les clauses-parapluies contiennent une expression qui peut se lire à peu près comme : « *each party shall at all times ensure the observance of undertakings given by it in relation to property of nationals of any Party* ». C'est la définition du pronom « *it* » qui pose problème.

En ce qui concerne notre sujet en particulier, la question est de savoir si les entreprises d'État peuvent être contenues dans cette expression ou si elles doivent plutôt être considérées comme des entités séparées de l'État lui-même. Comme nous le verrons, cette problématique a été abordée d'une façon très différente. Par exemple, dans le cas *Impregilo S.p.A. v. Islamic*

⁵⁴⁷ *Personnel diplomatique et consulaire des États-Unis à Téhéran*, arrêt, I.C.J. Recueil 1980, p. 3.

⁵⁴⁸ *Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. Kingdom of Morocco*, ICSID Case No. ARB/00/4, Decision on Jurisdiction July 23 2001, para. 32. "In virtue of what has been set out above, the majority stake of the Moroccan State in ADM's capital significantly determines the extent of its representation within the General Meeting, and also within the Board of Directors. Persuasive evidence of this can be found in reading the Minutes of the Board of Directors Meeting of March 18, 1998 (Exhibit M 43), which lists its members".

⁵⁴⁹ *Consortium RFCC v. Kingdom of Morocco*, AFF no ARB/00/6, Award, December 22 2003, para. 36. "Le capital social d'ADM est réparti de la manière suivante: le Trésor détient une participation de 77,79%; celle des établissements publics est de 10,57% ; celle des banques et des institutions financières est de 5,17% ; celle des compagnies d'assurances est de 3% ; celle des sociétés commerciales et industrielles est de 2,67% ; celle enfin des bureaux d'études est de 0,81%, [...] « La société est administrée par un Conseil composé de cinq membres au moins et de vingt au plus, nommés par l'Assemblée Générale Ordinaire ou par cooptation du Conseil ».

Par ailleurs, l'article 35 de ces mêmes statuts dispose : « les Assemblées Générales se composent de tous les actionnaires, quel que soit le nombre de leurs actions, pourvu qu'elles aient été libérées des versements exigibles ». En vertu de ce qui a été exposé ci-avant, la participation majoritaire de l'État marocain au capital de la société ADM conditionne largement l'étendue de sa représentation au sein de l'Assemblée Générale, de même qu'au Conseil d'Administration.

Republic of Pakistan de 2005 fondé sur le traité entre l'Italie et le Pakistan de 1997, le tribunal arbitral a réalisé une distinction plutôt nette entre « *treaty claims* » et « *contract claims* ». Au sujet des premières, le tribunal devait vérifier l'existence de sa compétence sur la base de la clause-parapluie, importée dans le traité entre l'Italie et le Pakistan du traité entre la Suisse et le Pakistan sur la base de la clause de la nation la plus favorisée du premier traité bilatéral d'investissements. Dans ce but, le tribunal a donc dû vérifier si la société pakistanaise régie par le droit interne et contrôlée par l'État, la WAPDA (*Pakistan Water and Power Development Authority*), pouvait être considérée comme une partie de l'État du Pakistan ou non.

L'analyse en question a été réalisée par les arbitres sur la base du droit national et, par conséquent, le fait que l'entité en question jouisse d'une personnalité morale distincte sur la base du droit interne était un élément d'importance significative, au point de négliger d'autres indicateurs qui auraient pu être pris en considération, comme le fait que la société était entièrement contrôlée par l'État et que le conseil d'administration était complètement nommé par le pouvoir public.⁵⁵⁰

Il est significatif d'observer que le tribunal n'a jamais eu l'occasion de se prononcer sur les *treaty claims* car, après la décision sur la compétence du tribunal arbitral, les parties ont conclu une transaction. Le même problème a été analysé par le tribunal *Noble Venture v. Romania* de 2005. Ici, la question de l'« *it* » a été examinée d'une façon complètement différente. Les faits de l'affaire étaient liés à l'opération de privatisation d'une usine sidérurgique appartenant à l'État depuis 1948. Le contrat de privatisation avait été conclu entre l'investisseur et le SOF (*Romanian State Ownership Fund*), une entité dotée d'une personnalité juridique autonome contrôlée par le gouvernement.

⁵⁵⁰ *Impregilo S.p.A. v. Islamic Republic of Pakistan*, ICSID Case No. Arb/03/3, Decision On Jurisdiction, April 22, 2005, para. “201. WAPDA consists of a Chairman, and not more than three Members appointed by the Government (Section 4). They “receive such salary and allowances” and are “subject to such conditions of service as may be prescribed by the Government” (Section 5). Under Section 6 of the 1958 Act, the Government may remove the Chairman and any Member of the Board for various reasons, in particular if they become, in the opinion of the Government, incapable of discharging their responsibilities under the 1958 Act or if they have been declared to be disqualified for employment in, or have been dismissed from, the service of Pakistan. 202. The 1958 Act contains detailed provisions relating to the employees of WAPDA. It states in particular that “the Authority shall prescribe the procedure for appointment and terms and conditions of service of its officers and servants and shall be competent to take disciplinary action against the officers and servants” (Section 18).

À partir du moment où le traité bilatéral d'investissements⁵⁵¹ sur la base duquel l'affaire devait être décidée ne donnait pas de renseignements plus précis, le tribunal, en se détachant de l'approche des arbitres du cas *Impregilo S.p.A. v. Islamic Republic of Pakistan*, a résolu le problème du « *it* » en appliquant les règles sur l'imputation. Le tribunal a notamment donné une importance significative au pouvoir de nommer les administrateurs.⁵⁵²

Après le cas *Noble Venture*, le pouvoir de nommer les administrateurs a également été reconnu comme important dans la décision arbitrale *Deutsche Bank A.G. v. Democratic Socialist Republic of Sri Lanka*⁵⁵³ en 2012 et dans le cas *Antoine Abou Lahoud et Leila Bounafeh - Abou Lahoud v. la République Démocratique du Congo* en 2014.⁵⁵⁴

Le cas *Deutsche Bank A.G. v. Democratic Socialist Republic of Sri Lanka* est un exemple isolé de la précédente approche jurisprudentielle parce que, comme nous venons de le dire, après la décision *Jan de Nul*, les tribunaux arbitraux des investissements se sont tournés vers une approche davantage basée sur le droit international général et, par conséquent, le test « *structurel* » élaboré dans la décision *Maffezini* a perdu de l'importance en faveur des *Projet d'articles de la Commission du droit international sur la responsabilité des États*.

À partir de la décision *Jan de Nul* en 2006, sept autres décisions cherché à identifier les conditions sur la base desquelles les actes accomplis par les entreprises publiques pouvaient être attribués à l'État contrôlant. Il est intéressant d'observer que tous ces cas sont des *treaties-based* claims et, par conséquent, l'analyse des tribunaux arbitraux peut avoir été influencée par cet aspect. Il y a en effet une jurisprudence constante qui suggère que si le tribunal est saisi d'une réclamation basée sur un traité, il peut établir sa compétence

⁵⁵¹ *Treaty between the Government of the United States of America and the Government of Romania Concerning the Reciprocal Encouragement and Protection of Investment*, Signed May 28, 1992; Entered into Force January 15, 1994.

⁵⁵² *Noble Ventures, Inc. v. Romania*, ICSID Case No. ARB/01/11, Award, October 12, 2005: "The State Ownership Fund is managed by an Administration Board formed of Chairman, Vice-Chairman and 9 members appointed by the Prime Minister, being trained and experienced in the commercial, financial, legal or technical areas; one of these members is President of the Romanian Development Agency".

⁵⁵³ *Deutsche Bank AG v. Democratic Socialist Republic of Sri Lanka*, ICSID Case No. ARB/09/02, Award October 31, 2012, para. 405. "State control of CPC is evident. CPC is of course a 100% State-owned entity and it benefits from the protection of immunity from suit. The Minister of Petroleum appoints its directors and may remove them [...]".

⁵⁵⁴ *Antoine Abou Lahoud et Leila Bounafeh - Abou Lahoud v. La République Démocratique du Congo*, Affaire CIRDI ARB/10/4, Sentence 7 février 2014, para 131 "Les articles 4 et 5 du décret-loi de 1997 établissent la structure de l'OBMA et montrent notamment les liens existants entre la direction de l'OBMA, le Président de la République et le Ministre de la Justice. L'article 4 prévoit que : l'Office est dirigé par un président-directeur général assisté d'un président-directeur général adjoint et d'un secrétaire général. Il est doté d'un personnel administratif dont les membres sont nommés par le ministre de la Justice, sur proposition du président-directeur général. Le personnel administratif est placé sous l'autorité du secrétaire général".

seulement si l'État a réduit la valeur de l'investissement étranger par des actes de *puissance publique*. La conséquence est qu'il est parfois difficile de distinguer si les tribunaux arbitraux, quand les actes ont été accomplis par des entreprises publiques, ont fait prévaloir le test fonctionnel pour cette motivation ou parce que, suite à l'évolution jurisprudentielle qui a identifié comme droit applicable à l'examen des affaires le droit international général, la base la plus fréquente pour évaluer l'imputabilité des actes à l'État a été représentée par l'article 5 du *Projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour des faits internationalement illicites*. De toute façon, il ne fait aucun doute que, depuis le cas *Jan de Nul*, le *test* structurel a connu un déclin irréversible. Plus généralement, les tribunaux arbitraux sont devenus beaucoup plus exigeants au sujet de la preuve nécessaire pour l'imputation.

Dans l'affaire *EDF v. Romania* de 2009, le tribunal arbitral a conduit un effort de rationalisation des règles applicables pour analyser l'imputation dans le domaine des investissements en observant que :

« a) *They are organs of the State within the meaning of Article 4 of the ILC Articles; 7 b) they are entities exercising governmental authority within the meaning of Article 5 of the ILC Articles; c) they act under the control and direction of the State within the meaning of Article 8 of the ILC Articles. The foregoing Articles set out respectively structural, functional and control tests for determining whether an act or conduct by an entity should be attributed to the State* ». ⁵⁵⁵

En réalité, cette tentative de cacher l'évolution du système a représenté un effort inutile car le binôme test structurel/test fonctionnel élaboré dans la décision *Maffezini* a été conçu pour embrasser tous les cas possibles avec ces deux seuls essais. Au contraire, les articles appliquent des critères différents et sont codifiés dans trois articles différents.

§1.3.3) Conclusions

De l'examen des décisions considérées jusqu'ici, nous pouvons conclure qu'il existe des raisons empiriques confirmant que, si dans une première phase le droit d'investissement dans le domaine de l'attribution et de la possibilité d'étendre la légitimation passive également à l'État contrôlant de l'entreprise publique s'est appuyé sur des logiques ressortant de

⁵⁵⁵ *EDF (Services) Limited v. Romania*, ICSID Case ARB/05/13, Award 8 October 2009

l'arbitrage commercial, le paradigme dominant est devenu le droit international général dans la phase successive à la décision *Jan de Nul*.

Nous pouvons également confirmer cette déduction en prenant en considération une décision très récente et très particulière, *Teinver v. The Argentine Republic*,⁵⁵⁶ publiée le 21 juillet 2017 et relative à la possibilité de considérer l'État responsable pour les actions d'une confédération syndicale. Selon l'argumentation du demandeur, en effet, la responsabilité de l'État pouvait être justifiée sur la base des initiatives d'un fonctionnaire public qui, selon l'entreprise demanderesse, aurait encouragé les employés de l'entreprise à faire grève⁵⁵⁷. Le tribunal a conclu que, dans le cas d'espèce, il n'y avait pas de raisons suffisantes pour accueillir la thèse du demandeur.

Cependant, il est intéressant que tout le débat entre les parties ait été relatif au test devant être appliqué pour établir si les actes étaient imputables ou non, c'est-à-dire l'*overall control* test ou l'*effective control* test, c'est-à-dire la question qui a opposé le tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie⁵⁵⁸ à la Cour internationale de justice dans le *Genocide Case*.⁵⁵⁹ Ces références à des cas de droit international public représentent sans doute une évolution importante dans le panorama du droit des investissements, et un indicateur clair de l'importance croissante du droit international dans le droit des investissements.

Comme nous l'avons déjà vu, l'arbitrage des investissements s'est de plus en plus approché du droit international tandis que le droit du commerce international a toujours été considéré

⁵⁵⁶ *Teinver S.A., Transportes de Cercanías S.A. and Autobuses Urbanos del Sur S.A. and The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/09/1, Award, July 21, 2017.

⁵⁵⁷ *Teinver S.A., Transportes de Cercanías S.A. and Autobuses Urbanos del Sur S.A. and The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/09/1, Award, July 21, 2017, para. "717. Claimants assert that there is ample evidence that unions like APTA and APLA in various instances acted "on the instructions or under the direction or control" of the Government of Argentina, per Article VIII of the ILC Articles on State Responsibility. Claimants assert that the "*overall control*" standard should be applied in the instant case, and that this standard is satisfied".

⁵⁵⁸ *Prosecutor v. Duško Tadić*, *International Tribunal for the Former Yugoslavia*, Case IT-94-1-A (1999), ILM, vol. 38, No. 6, November 1999, p. 1518, at p. 1541, para. 117

⁵⁵⁹ *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2007, p. 43, para 404. « Tel est le cas de la doctrine énoncée dans l'arrêt Tadić précité. Pour autant que le critère du « contrôle global » soit utilisé aux fins de déterminer si un conflit armé présente ou non un caractère international, ce qui était la seule question que la chambre d'appel avait à résoudre, il se peut parfaitement qu'il soit pertinent et adéquat : la Cour ne croit cependant pas opportun de prendre parti sur ce point dans la présente affaire, puisqu'elle n'est pas dans la nécessité de le trancher pour les besoins du présent arrêt. En revanche, le critère du « contrôle global » a été présenté par le TPIY comme ayant aussi vocation à s'appliquer dans le droit de la responsabilité internationale aux fins de déterminer — ce que la Cour est tenue de faire en l'espèce — dans quels cas un État est responsable des actes commis par des unités paramilitaires, forces armées ne faisant pas partie de ses organes officiels. A cet égard, il n'emporte pas la conviction ».

comme faisant partie du droit international général. De ce point de vue, il n'y a donc rien d'étonnant dans le fait que l'approche élaborée par la jurisprudence ait toujours été plus proche des règles de ce système.

Il faut observer que, si nous comparons l'article 5 du *Projet d'article de la Commission du droit international sur la responsabilité des États*, qui est un article se lisant littéralement comme suit, et l'approche développée par les tribunaux de l'OMC et du CIRDI en cherchant à vérifier s'il existe également « *une véritable fonction* » de caractère gouvernemental, il est évident que les arbitres et les membres des panels cherchent quelque chose en plus par rapport à ce qui est identifié par l'article 5, qui semble aller au-delà des simples éléments formels pour se rapprocher d'une analyse empirique des activités gérées par les entreprises publiques.

§1.4) La phase procédurale appropriée pour l'individuation du « véritable défendeur » dans l'arbitrage d'investissements. Questions préliminaires ou de fond ?

La décision du comité *ad hoc* d'annulation dans l'affaire *Tulip Real Estate v. Turkey*⁵⁶⁰ de 2015 a marqué une nouvelle évolution des méthodes appliquées par les tribunaux CIRDI pour déterminer leur propre compétence, lorsque les actes ayant donné lieu à la réclamation de l'investisseur sont pris par une entité publique.

Comme nous le verrons, certains tribunaux ont abordé cette question en limitant leur domaine d'enquête aux exigences formelles de la revendication; d'autres se sont plutôt penchés sur la question de la désignation implicite; enfin, il y a également eu une tendance croissante qui a commencé avec l'affaire *Toto Costruzioni v. Lebanon*⁵⁶¹ de 2009 dans laquelle les arbitres ont appliqué les règles d'attribution au stade préliminaire.

Ce dernier groupe d'affaires est extrêmement intéressant, car l'approche qui y est appliquée implique que les arbitres accordent plus d'attention à leur devoir de s'assurer préalablement de leur propre compétence⁵⁶² selon une approche classique du procès international.

⁵⁶⁰ *Tulip Real Estate Investment and Development Netherlands B.V. v. Republic of Turkey*, ICSID Case No. ARB/11/28, Decision on Annulment, December 30, 2015.

⁵⁶¹ *Toto Costruzioni Generali S.p.A. v. The Republic of Lebanon*, ICSID Case No. ARB/07112, Decision on Jurisdiction, September 11, 2009.

⁵⁶² On the existence of such a duty in the ICSID system see SASSON, M., *Investment Arbitration Procedure*, in BUNGENBERG, M., GRIEBEL, J., HOBE, S., REINSCH, A., *International Investment Law*, A

Notre point de départ est bien évidemment l'article 25 alinéa (1) de la Convention du CIRDI qui régleme la compétence du centre. L'article est formulé, apparemment, de manière claire, mais beaucoup de ses termes ne sont pas définis. L'un d'eux est la locution « *Contracting State* » qui sera au cœur de l'analyse menée dans le présent paragraphe.

L'approche maintenue par les pères de la Convention de Washington, visant à limiter les normes définitives⁵⁶³ avait un certain mérite parce que, concernant la question abordée, elle évitait d'impliquer les rédacteurs dans une discussion sans fin en essayant d'identifier « *une fois pour toutes* » le périmètre d'une entité aussi complexe que l'État. Néanmoins, elle a laissé beaucoup de questions sans réponse, en particulier en ce qui concerne le traitement des entreprises publiques, une question qui sera examinée en tenant compte des principes découlant du droit international général et des écrits de juristes renommés. À ce sujet, après de nombreuses années de débat, il est largement admis que les entreprises d'État jouissent d'une personnalité juridique distincte de l'État.⁵⁶⁴

Cependant, comme nous le savons, il existe une sorte de zone grise où l'État et l'entité d'État sont tellement entrelacées⁵⁶⁵ que leur lien peut être pertinent, entre autres hypothèses, soit lorsque les arbitres sont appelés à se prononcer sur la portée de leur compétence, soit lorsqu'ils s'occupent du fond ou plutôt de la question de la responsabilité de l'État pour les actes des entreprises publiques. Au bénéfice de notre analyse, il faut tout d'abord préciser que l'article 25 (1), en se référant à un État contractant, établit une exigence objective et, dans l'affirmative, qu'elle est la bonne méthode pour en vérifier l'existence.

Des auteurs⁵⁶⁶ ont observé que les rédacteurs de la Convention CIRDI avaient façonné la disposition juridictionnelle pour traiter une catégorie spécifique de différends, ceux opposant

Handbook, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2015, p. 1345. See also *Bernardus Henricus Funnekotter and others v. Zimbabwe*, ICSID Case No. ARB/05/6, Award, April 15 2009.

⁵⁶³ *Historique de la Convention CIRDI, Documents Relatif à l'Origine et à l'Elaboration de la Convention pour le Règlement des Différends Relatif aux Investissements entre États et Ressortissants d'Autres États*, Vol. III, Washington D.C., CIRDI, 1968, p. 381. "J'ai exprimé certains doutes quant à la sagesse d'inclure dans la Convention, qui est un document essentiellement procédural et doit rester souple afin de satisfaire les besoins d'espèces extrêmement diverses, des règles de fond provenant du droit international considéré dans son ensemble".

⁵⁶⁴ **AUDIT, B.**, *Transnational Arbitration and States Contract: Findings and Perspectives*, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1988, p. 89. "The starting principle is therefore that the creation of a separate entity gives rise to a presumption of effective separation". See also **RIAD, F. A. M.**, *op. cit.*, p. 586 - 587. **SEIDL-HOHENVELDERN, I.**, *op. cit.* p. 55-56.

⁵⁶⁵ Pour une analyse approfondie des liens existants entre l'État et les entreprises publiques, voir par exemple : **LIEBAN B. L., MILHAPUT, C. J.**, *op. cit.*

⁵⁶⁶ **ZEILER**, « Jurisdiction, Competence, and Admissibility of Claims in ICSID Arbitration Proceedings » in **BINDER et (al.)**, *International Investment Law for the 21st Century - Essays in Honour of Christoph Schreuer*, Oxford University Press, New York p. 80, « It must be remembered that ICSID is an arbitration institution. It

un investisseur privé à un État, excluant ainsi les différends entre particuliers, ainsi que les différends entre États.⁵⁶⁷ Dans cette perspective, il semble que l'article 25 alinéa (1) remplisse la même fonction que l'article 34 du Statut de la Cour internationale de justice,⁵⁶⁸ restreignant les catégories de sujets qui peuvent être parties à une procédure du CIRDI aux États seulement.⁵⁶⁹ L'importance de cette exigence a déjà été reconnue dans la jurisprudence de la Cour permanente de justice internationale et la Cour l'a identifiée comme l'une des exigences juridictionnelles selon lesquelles les tribunaux étaient obligés de s'enquérir d'office.⁵⁷⁰ Le même point de vue a été affirmé par des auteurs en ce qui concerne la Convention du CIRDI.⁵⁷¹

Si nous admettons que, lorsque les faits à l'origine de la réclamation de l'investisseur sont accomplis par une entreprise appartenant à l'État, le tribunal est tenu de vérifier le respect de l'exigence de l'article 25, alinéa (1); nous proposons que l'outil le plus adéquat soit constitué par les règles d'attribution.

offers to administrate arbitration proceedings for conflicting parties which chose to arbitrate their dispute. Somewhere the rules of such an institution, there needs to be a provision which stipulates the prerequisites under which the services of the institution are offered ».

⁵⁶⁷ **AMADIO, M.**, *Le Contentieux International de l'investissement privé*, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1967, p.101 « *Rationae personae*, la compétence du Centre est spécialisée à un type précis de différend international. Le Centre n'a vocation à connaître ni les différends interétatiques ni entre les personnes privées. Il ne peut connaître que des différends de nature mixte entre "un État contractant (ou telle collectivité publique ou tel organisme dépendant) de lui et le ressortissant d'un autre État contractant ». **BROCHES, A.**, « The Convention on the Settlement of Investment Disputes: Some Observations on Jurisdiction », *Columbia Journal of International Law*, Vol. 5, 1966, 263, at 265

⁵⁶⁸ *Licéité de l'emploi de la force (Serbie-et-Monténégro c. Belgique), exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 2004*, p. 279, para. 46 « La Cour ne peut exercer sa fonction judiciaire qu'à l'égard des seuls États auxquels elle est ouverte en vertu de l'article 35 du Statut. Et seuls les États auxquels la Cour est ouverte peuvent lui conférer compétence ». **ROSENNE, S.**, *The Law and Practice of the International Court*, Vol. 1, A.W. Sijthoff, Leyden, 1965, p. 268. Sur ce sujet, voir aussi **MABROUK, M.**, *op. cit.*, p.78.

⁵⁶⁹ **AMERASINGHE, C. F.**, *Jurisdiction of Specific International Tribunals*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2009, p. 437, « The provisions of the Convention specify in addition to consent broadly three other requirements which must be satisfied if an arbitral tribunal under the Convention is to have jurisdiction. This are reflected in Article 25 of the Convention [...] The third requirement concern the nature of the parties. One must be a State ».

⁵⁷⁰ *Appels contre certains jugements du tribunal arbitral mixte hungaro-tchécoslovaque, Ordonnance du 12 mai 1933, Séries A/B, n. 61, 1933 P.C.I.J. (ser. A/B) No. 6*, p. 221.

⁵⁷¹ **SCHREUER, C. H., MALINTOPPI, L., REINISCH, A., SINCLAIR, A.**, *The ICSID CONVENTION, a Commentary*, Cambridge University Press, New York, 2013, p. 530 « But it must be remembered that not all the Convention's jurisdictional requirements are subject to the parties' disposition [...]. Therefore, the Tribunal [...] cannot rely on the parties' understanding when it come to the Convention's objective requirement ». **SAVARESE, E.**, *La nozione di Giurisdizione nel sistema ICSID*, Napoli, Editoriale Scientifica S.r.l., 2012, p. 24. « La disposizione dunque identifica gli elementi indefettibili per l'esercizio della giurisdizione da parte dei tribunali ICSID i quali devono verificare d'ufficio la sussistenza di questi requisiti in base al principio cd. *Kompetenz - Kompetenz* espressamente riconosciuto dall'Articolo 41, comma 1 - The tribunal shall be judge of its own competence ».

À cet égard, nous pouvons nous inspirer de la question différente, mais liée, du *jus standi* des entreprises publiques que nous avons traitées dans le premier chapitre de cette partie. Des auteurs ayant analysé cette déclaration ont observé que le *Broches test* avait des analogies significatives avec les règles d'attribution codifiées dans le *Projet d'article de la Commission du droit international sur la responsabilité des États*.⁵⁷² Certains d'entre eux sont allés plus loin en confirmant l'applicabilité des principes codifiés dans ces règles afin de déterminer le *jus standi in judicio* des entreprises publiques.⁵⁷³

Il convient de noter que ce raisonnement sur la question du *jus standi* peut facilement être transposé, comme l'a fait le tribunal *Maffezini*,⁵⁷⁴ à la situation spéculaire existant lorsque le tribunal arbitral est appelé à se prononcer sur la qualité de poursuite de l'État contrôleur. Même dans cette situation en effet, les règles sur l'attribution et la jurisprudence liée dans ce domaine peuvent être considérées comme un outil précieux pour le tribunal dans l'accomplissement de sa tâche. Il reste toutefois difficile de la qualifier d'organisme juridique indépendant capable d'acquérir un intérêt autonome autre que celui de son contrôleur « *effectif* » et, par conséquent, doté d'un pouvoir distinct de poursuivre.⁵⁷⁵ L'attribution, en effet, bien qu'étant un concept développé dans le domaine de la responsabilité des États, n'implique aucune analyse de la légalité de l'acte entrepris par l'entreprise publique. Elle se concentre plutôt sur les liens existants entre l'entreprise et l'État, qui ne sont rien d'autre que le processus :

« *By which international law established whether the Conduct of a [...] person or other such intermediary can be considered an act of State* ». ⁵⁷⁶

⁵⁷² BLYSCHAK, P., *op. cit.*, p. 35.

⁵⁷³ FELDMAN, M., *op. cit.*, p. 27 - 28.

⁵⁷⁴ *Emilio Agustín Maffezini v. The Kingdom of Spain*, Decision on Jurisdiction, ARB/97/7, ICSID 25 January 2000, para. 79.

⁵⁷⁵ Sur la relation étroite entre intérêt et *jus standi* devant le C.I.J. voir VISSCHER, C., *op. cit.*, p. 76. « According to the old adage “*pas d'intérêt, pas d'action*”, in fact, it is not possible to identify an autonomous power to sue, when an interest is lacking. When the Tribunal should recognise that the interest pursued is not that one of the State-company, but, rather, the one of the State, the company would lack its autonomous *jus standi* (*qualité pour agir*). Voir PERROT, R., *Cours de Droit Judiciaire privé*, Les Cours de Droit, Paris, 1972-1973, p. 75. « We maintain that the above-mentioned reasoning is in compliance with the finding of the most recent literature in this field, which had identified the unity of interest between the State and the State-company as condition that, together with other indicators, empowers the tribunal to apply the veil-piercing doctrine, that the author consider “a special form of attribution”. Nous ne partageons pas entièrement le point de vue de l'auteur sur ce point, mais nous considérons que dans certaines circonstances, en se référant au percement du voile, les arbitres ont implicitement appliqué le critère d'attribution ». Sur ce point voir BADIA, A., *op. cit.*, p. 201 - 202. Sur la possibilité d'utiliser le test de contrôle pour se renseigner sur l'absence d'autonomie au niveau juridictionnel voir également HANOTIAU, B., *op. cit.*, p. 84.

⁵⁷⁶ CRAWFORD, J., *op. cit.*, p. 113

Cette idée a été avancée par certains chercheurs qui ont généralement « *twofold relevance of attribution* », ⁵⁷⁷ suggérant implicitement - correctement - que l'attribution est pertinente à la fois pour les fins de la juridiction et pour le fond.

En conséquence, l'objection qui pourrait être soulevée par l'État défendeur selon lequel elle ne devrait pas être partie à l'instance puisque les actes de l'entreprise d'État ne lui sont pas imputables, peut faire l'objet de qualifications divergentes : une objection à la compétence *ratione personae* ou plutôt une défense liée au fond.

L'importance de cette qualification s'avère claire au moment où le tribunal doit traiter l'objection de *ratione personae*, ce qui est particulièrement important en cas de bifurcation. Les tribunaux arbitraux jouissent en effet d'un large pouvoir discrétionnaire en vertu de l'article 41 alinéa (2) de la Convention du CIRDI pour s'éloigner de la procédure et pour traiter les exceptions préliminaires dans la première phase ou les joindre, à un stade ultérieur de la procédure, et les traiter avec les autres questions relatives au fond.

La prérogative de bifurquer de l'instance porte sur la classe de pouvoirs englobée dans la compétence accessoire du tribunal arbitral et diffère du pouvoir plus général de trancher l'affaire, ne servant qu'à l'exigence du tribunal d'exercer sa fonction dans les meilleurs conditions. ⁵⁷⁸ Ces deux catégories de compétences sont respectivement applicables à deux domaines d'application différents et ne sont pas identifiées par le label formel utilisé par les arbitres pour régler une question particulière (par exemple, une décision « *to bifurcate* » la procédure pourrait prendre la forme soit d'une décision ⁵⁷⁹ ou d'une ordonnance), ⁵⁸⁰ mais à la lumière de la fonction inhérente au pouvoir exercé.

Par conséquent, lorsqu'un tribunal exerce sa compétence incidente en décidant du moment où il traitera la question liée à sa compétence, il n'exerce pas sa compétence principale. ⁵⁸¹

La décision éventuelle de bifurquer l'instance ou de joindre aux exceptions préliminaires au mérite n'affecte donc pas la qualification d'une défense dite juridictionnelle.

⁵⁷⁷ FEIT, M., *op. cit.*, p. 145.

⁵⁷⁸ *Affaire du Cameroun Septentrional (Cameroun c. Royaume - Unie, Exceptions préliminaires)*, Arrêt du 2 décembre 1963, C.I.J., Recueil 1963, p. 15, Opinion séparée du juge Sir Gerald Fitzmaurice, p. 15, p. 92.

⁵⁷⁹ *Emmis International Holding, B.V. Emmis Radio Operating, B.V. Mem Magyar Electronic Media Kereskedelmi És Szolgáltató Kft v. Hungary*, Decision On Respondent's Application For Bifurcation, ICSID Case No ARB/12/2, 13 June 2013.

⁵⁸⁰ *Churchill Mining PLC and Planet Mining Pty Ltd v. Republic of Indonesia*, ICSID Case No. ARB/12/14 and 12/40, Procedural Order n. 8, 22 April 2014, para. 12.

⁵⁸¹ ABI-SAAB, G., *op. cit.*, p. 86. «Les pouvoirs qui constituent cette compétence incidente sont prévus dans plusieurs des articles du Statut et du Règlement de la Cour : ainsi le pouvoir de statuer sur sa compétence (36, para. 6 du Statut) sur les exceptions préliminaires en général (article 62 du Règlement) [...] et en général, *tous les pouvoirs nécessaires pour le contrôle de la direction du procès et de la bonne marche de la procédure* (article 48 du Statut) ».

Au contraire, la nature de l'objection pourrait être importante pour guider le tribunal dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire.

En d'autres termes, si, selon l'interprétation susmentionnée de l'article 25 alinéa (1) de la Convention CIRDI, l'attribution est d'abord considérée comme une question de compétence, alors le Tribunal devrait s'en occuper avant de procéder au mérite. Dans ce contexte, l'enseignement de deux éminents juristes, les juges Huber et Anzilotti, ainsi que la pratique de la Cour permanente de justice internationale et de la Cour internationale de justice sont toujours pertinents.

Le président M. Huber avait recommandé que, d'une manière générale, l'adhésion de l'exception préliminaire au mérite soit exceptionnelle, car dans le droit international général, peu importe le nombre de difficultés, le Tribunal ne peut se prononcer sur les questions de fond sans avoir d'abord examiné sa propre compétence.⁵⁸²

Cette considération a plus tard été renforcée par l'opinion d'Anzilotti selon laquelle l'adhésion d'une exception préliminaire au mérite oblige l'État à rester devant le tribunal plus longtemps ; cet aspect « *revêt un poids différent dans le domaine international où la compétence est volontaire* ». ⁵⁸³

Le développement ultérieur de la pratique de la Cour permanente de justice internationale et de la Cour internationale de justice a confirmé la justesse de cette approche. La soumission des exceptions préliminaires au fond n'a été suivie que dans un nombre limité de cas⁵⁸⁴ et le critère approuvé par les juges pour la jonction des exceptions préliminaires au fond a toujours été celui de la « *nécessité absolue* ». ⁵⁸⁵ Cette approche théorique est en outre justifiée par la considération que la partie qui soulève une exception préliminaire a un intérêt « *à ce que le cas ne soit pas discuté devant la Cour* ». ⁵⁸⁶

⁵⁸² C.P.J.I., série D, Addendum to No. 2, *Révision du Règlement de Cour de Juin 26, 1926*, p. 89, « Devant un tribunal international, les questions de compétence doivent être considérées comme indépendantes et préalables. Quelle que soient les difficultés qui peuvent en résulter, il faut s'incliner devant les principes fondamentaux du droit international ».

⁵⁸³ C.P.J.I., série D, *Elaboration du Règlement de Cour de 11 mars, 1936*, troisième addendum at n. 2, 1936, p. 647.

⁵⁸⁴ SHIHATA, I. I. F., *op. cit.*, p. 87

⁵⁸⁵ *Affaire Ambatielos (compétence)*, Arrêt du 1 juillet 1952, C.I.J. Recueil 1952, p. 28, *Opinion individuelle du juge Levi Carneiro*, p. 48, « Je considère qu'une telle jonction ne devrait être faite que lorsque cela est absolument nécessaire ».

⁵⁸⁶ VISSCHER, C., *op. cit.*, p.107.

Comme nous le verrons, les tribunaux du CIRDI n'ont pas porté en général trop d'attention à ces principes en affirmant, au contraire, que cette décision était laissée à l'appréciation du tribunal.⁵⁸⁷

De plus, la fonction des exceptions préliminaires au fond ne devient nécessaire que lorsque ces objections ne présentent pas un caractère exclusivement préliminaire et que, généralement, l'attribution ne se rapporte qu'à l'élément subjectif de la prétendue violation du droit international d'investissements et n'entraîne pas une enquête sur la légalité de l'acte ni, par conséquent, sur le fond.

Si l'objection à la compétence est traitée à l'étape préliminaire, elle préjuge évidemment du mérite à cet égard, mais cela ne doit pas être considéré comme un obstacle à son analyse au stade de la compétence.⁵⁸⁸

Nous soutenons que la large lecture des pouvoirs discrétionnaires des tribunaux du CIRDI a pu être influencée par une analogie avec l'arbitrage commercial, où les seuls aspects que les arbitres doivent prendre en compte sont des considérations « rentables ».⁵⁸⁹

Dans certains cas d'arbitrages commerciaux, la bifurcation a été refusée, par exemple parce que les paiements provisoires étaient considérées comme potentiellement dangereux pour la partie gagnante parce qu'« elles créent un autre moyen de contrôle judiciaire » :⁵⁹⁰ en réalité, chaque décision d'un tribunal commercial peut être contestée devant un tribunal national et, le nombre des décisions rendues est mineur alors que la confidentialité et l'intégrité du procès arbitral sont majeures.

Dans le système du CIRDI, où il n'est pas possible de demander le versement d'un paiement provisoire devant les juridictions nationales, les raisons pour refuser la bifurcation ne sont pas les mêmes. En outre, en ce qui concerne les considérations économiques, il convient de noter que de nombreuses affaires dans lesquelles le tribunal a rapporté la question de l'attribution au stade du fond ont finalement été décidées en faveur de l'État défendeur au motif que les actes allégués à l'entité publique ne lui étaient pas imputable.⁵⁹¹

⁵⁸⁷ See for instance *Emmis International Holding, B.V. Emiss Radio Operating, B.V. Mem Magyar Electronic Media Kereskedelmi És Szolgáltató Kft v. Hungary*, Decision on Respondent's Application for Bifurcation, ICSID Case No ARB/12/2, 13 June 2013, para. 37: "The Tribunal has, by virtue of Article 41 of the ICSID Convention and Arbitration Rule 41, discretion as to whether to suspend the proceedings on the merits and determine a jurisdictional objection as a preliminary issue or whether to join it to the merits".

⁵⁸⁸ **ROSENNE, S.**, *The International Court of Justice: Revision of Articles 79 and 80 of the Rules of the Court*, Leiden Journal of International Law, n. 14, 2006, p. 79

⁵⁸⁹ **GREINIG, J. E.**, *International Commercial Arbitration*, Thomson Reuters, p. 206.

⁵⁹⁰ **BLACKABY et al.**, *Redfern and Hunter on International Arbitration*, Student ed. 2009, § 9:25.

⁵⁹¹ See for example: *Gustav F W Hamester GmbH & Co KG v. Republic of Ghana*, ICSID Case No. ARB/07/24, Award, June 18, 2010, *Electrabel S.A. v. Hungary*, ICSID Case No. ARB/07/19, Decision on Jurisdiction,

Cela représente un mauvais exemple d'administration de la justice parce que le défendeur qui est forcé de développer inutilement tous ses arguments également sur la légalité des actes et en règle générale, de supporter toutes les dépenses qui en découlent.

La question de la compétence a été abordée à plusieurs reprises lorsqu'une entreprise appartenant à l'État était impliquée dans un différend, mais les tribunaux ont identifié des approches différentes qui ne sont pas cohérentes et ne représentent pas seulement des variantes mineures, mais montrent des dissimilarités profondes. Il est possible d'identifier trois grandes lignes de pensée (la seconde en réalité, mise en œuvre en deux modes différents) très différentes en ce qui concerne l'objet de l'enquête et la méthode de réalisation de l'analyse.

En ce qui concerne ce dernier aspect, il convient de relever que certains tribunaux ont abordé la question des liens entre l'entreprise d'État et l'État avec une approche inspirée de l'arbitrage commercial international,⁵⁹² alors que d'autres ont exécuté la même tâche en appliquant les règles d'attribution codifiées dans le *Projet d'Article de la Commission du droit internationale sur la responsabilité des États* 2001.

Nous allons ordonner ces trois approches en fonction d'une distance idéale décroissante par rapport à ce qui constitue selon nous l'approche correcte, c'est-à-dire réaliser l'enquête sur l'attribution entièrement à l'étape juridictionnelle.

§1.4.1) L'approche formaliste

Dans le premier groupe d'affaires, les arbitres ont été plus réticents à mener leur enquête sur la relation existante entre l'État et l'entreprise d'État. Parmi les décisions les plus représentatives de ce groupe est la décision prise dans l'affaire *Salini c. Maroc* de 2001.⁵⁹³

L'affaire en cause opposait un investisseur italien au Royaume du Maroc et était liée à certaines violations d'un contrat de construction signé par l'investisseur avec ADM, une entreprise publique marocaine, pour la construction d'une autoroute. Le Maroc faisait valoir que le Tribunal n'avait pas de compétence *ratione personae*, parce que le différend était entre l'investisseur et ADM, une entité distincte de l'État. Les parties ont discuté longuement

Applicable Law and Liability, November 30, 2012 and *Tulip Real Estate Investment and Development Netherlands B.V. v. Republic of Turkey*, ICSID Case No. ARB/11/28, Award, March 10, 2014

⁵⁹² See for instance *Emilio Agustín Maffezini v. The Kingdom of Spain*, Decision on Jurisdiction, ARB/97/7, ICSID 25 January 2000, para.79.

⁵⁹³ It is important to observe that this decision was dispatched to the parties just one year after the *Maffezini* case, but it followed a completely different logic.

de la question de savoir si ADM pouvait être considéré comme une entité étatique, mais le Tribunal a décidé de ne donner suite à cette analyse que « *pour satisfaire aux attentes légitimes des parties* » en soulignant que cette enquête n'était pas nécessaire :

« *Puisque les revendications [...] sont dirigées contre l'État et sont fondées sur la violation du Traité bilatéral* ». ⁵⁹⁴

La décision *Salini c. Maroc* ne représente pas une constatation isolée, mais elle a été confirmée dans d'autres décisions contemporaines, comme *Consortium RFCC c. Maroc*⁵⁹⁵ ou encore la décision *Helnan c. Egypte de 2006*.⁵⁹⁶ Dans ces affaires, les tribunaux ont appuyé l'idée selon laquelle la question de l'attribution concernait exclusivement la phase du mérite lorsque les arbitres étaient appelés à se prononcer sur la responsabilité de l'État. Les experts ont critiqué, selon nous de façon assez convaincante, cette approche formaliste, en observant qu'une telle méthode permettait aux tribunaux de vérifier si l'État défendeur :

« *Est partie à l'instance, mais non s'il est partie au différend* ». ⁵⁹⁷

Il semble, en effet, que dans cette approche ont fusionné deux questions différentes : celle de la saisine du tribunal et celle, distincte, de sa compétence. L'enquête sur la compétence constitue en réalité l'exercice de la *compétence incidente* d'un tribunal alors que, au contraire, la saisine ne constitue que la condition de son exercice.⁵⁹⁸

En d'autres termes, une telle approche aboutirait à une omission cachée de l'article 25 alinéa (1) qui, selon l'interprétation suggérée ci-dessus, était censée identifier les plages de

⁵⁹⁴ *Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. Kingdom of Morocco*, ICSID Case No. ARB/00/4, Decision on Jurisdiction, July 16, 2001, "Since the claims of the Italian companies are being directed against the State and are founded on the violation of the Bilateral Treaty, it is not necessary, in order to determine whether the Tribunal has jurisdiction, to know whether ADM is a State entity. However, as this issue has been discussed at length by the Parties [...] the Tribunal considers that it is of use to rule on the matter in order to satisfy the legitimate expectations of the Parties".

⁵⁹⁵ *Consortium RFCC v. Kingdom of Morocco*, ICSID Case No. ARB/00/6, Decision on Jurisdiction, July 16, 2001. "Les demandes du Consortium étant dirigées contre l'État et fondées sur la violation de l'Accord bilatéral, il n'est pas nécessaire, pour la détermination de la compétence du Tribunal, de savoir si ADM est une émanation de l'État"

⁵⁹⁶ *Helnan International Hotels A/S v. The Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No Arb 05/19, Decision of the Tribunal on objection to jurisdiction, October 17 2006, para. 91. "The Arbitral Tribunal does not need to decide on the status of EGOH in order to assess its jurisdiction in this case. It has already found that the Claimant has established the existence of a prima facie dispute directly arising out of an investment and involving EGYPT [...]. However, since the parties have thoroughly discussed this point, it considers *ex abundanti cautela* that it is its duty to solve this disputed issue in this Decision".

⁵⁹⁷ **NOUVEL, Y.**, *op. cit.*, p. 31. "Sur ce point précis, la solution retenue dans l'affaire Salini paraît très formaliste. Certes, elle démontre que l'État est parti à l'instance, mais elle n'établit pas qu'il est parti au différend. De ne suffit pas qu'investisseur introduise une requête contre un État sur la base de la convention bilatérale pour qu'un réel conflit d'intérêt juridiques existe entre les parties".

⁵⁹⁸ **SHIHATA, I. I. F.**, *op. cit.*, p. 87. Voir aussi **ABI-SAAB G.**, *op. cit.*, p. 86.

différents couvertes par la Convention du CIRDI et non réglementer les aspects formels de la Convention renvoi au tribunal.

Comme nous l'avons anticipé, cette approche a récemment montré une sorte de « *renouveau* » dans la décision précitée du comité *ad hoc* de *Tulip Real Estate*, montrant une fois encore comment le sujet en question sous-tend une évolution constante.

§1.4.2) L'approche *prima facie* – aspects théoriques

Les deux lignes de pensée, regroupées dans la seconde approche, peuvent être considérées comme une position « *intermédiaire* » entre l'approche exposée ci-dessus et l'approche plus récente qui semble favorable à une large application des règles d'attribution pour mener l'enquête juridictionnelle. En effet, ces deux lignes de pensée partagent une caractéristique commune : au stade de la compétence, le tribunal se limite à une enquête *prima facie*.

Ceci est facilement vérifiable car de nombreux tribunaux arbitraux ont affirmé que leur refus d'appliquer les règles d'attribution était dû au fait que, selon eux, leur champ d'application était limité au domaine de la responsabilité des États, question à traiter le fonds.

Toutefois, dans cette seconde approche, ou « *zone intermédiaire* », il est possible de distinguer une « *approche précoce* », comme celle qui a été élaborée dans la décision *Maffezini c. Espagne*, d'une approche plus récente, à commencer par les décisions *Noble Venture c. Roumanie* et *Jan de Nul c. Égypte*, dans lesquelles les tribunaux ont appliqué les règles d'attribution telles qu'elles avaient été élaborées par la Commission du droit international pour décider du fonds.

Néanmoins, comme nous l'avons prévu, l'attitude de ces tribunaux consistant à s'abstenir d'appliquer ces règles pendant la phase de compétence demeure inchangée.

La première affaire à être examinée dans ce paragraphe est la décision *Maffezini*, qui est sans doute la sentence la plus citée à ce sujet et représente la première tentative de codification de la méthode d'enquête sur la relation existante entre l'État et l'entreprise publique. Elle servira donc de point de départ de notre enquête. L'affaire en cause opposait un investisseur argentin à l'Espagne et découlait de certaines initiatives d'une société d'État, la *Sociedad para el Desarrollo Industrial de Galicia* (SODIGA).

Le tribunal a reconnu l'importance de vérifier si la SODIGA pouvait être considérée comme une entité étatique, étant donné que les tribunaux du CIRDI ne peuvent trancher ni les

différents entre États, ni les différends qui opposent deux privés. Le tribunal s'est inspiré du *Broches Test* susmentionné, observant que, bien qu'il ait été conçu en tenant compte de la question différente du *jus standi in judicio* d'une entreprise appartenant au gouvernement, il pourrait néanmoins offrir une certaine orientation pour résoudre le problème auquel il était confronté.⁵⁹⁹

Le tribunal a alors élaboré une méthode d'analyse fondée sur deux tests : l'un consacré à l'enquête sur l'existence d'une relation d'agence, le « *test structurel* », et l'autre visant à vérifier si la fonction exercée par la SODIGA pouvait être considérée comme étant « *de nature publique* ». Le Tribunal a toutefois souligné, dans sa décision sur la compétence, qu'il n'appliquait pas les règles d'attribution. À un stade ultérieur de la procédure, les arbitres, après avoir établie leur compétence, devaient se prononcer sur la question de la responsabilité de l'Espagne pour les actes de la SODIGA. À ce moment-là, le Tribunal a été forcé d'admettre qu'il avait déjà réglé une partie importante de cette question.

Ce n'est pas par hasard que le Tribunal a déclaré qu'il devait appliquer « *à nouveau* »⁶⁰⁰ les tests structurels et fonctionnels, afin de déterminer la question de la responsabilité, ce qui laissait entendre qu'il avait déjà employé les règles d'attribution à l'étape juridictionnelle.

Le « *critère Maffezini* » représente une avancée importante dans l'interprétation de l'article 25, alinéa (1), car c'est la première décision dans laquelle les arbitres ont reconnu, au moins implicitement, la nécessité d'une enquête indépendante sur l'existence de leur compétence

⁵⁹⁹ *Emilio Agustín Maffezini v. The Kingdom of Spain*, Decision on Jurisdiction, ARB/97/7, ICSID 25 January 2000, para.79.

⁶⁰⁰ *Emilio Agustín Maffezini v. The Kingdom of Spain*, Final Award 2000, para 51 – 52, “In dealing with these questions, the Tribunal must again rely on the functional test, that is, it must establish whether specific acts or omissions are essentially commercial rather than governmental in nature or, conversely, whether their nature is essentially governmental rather than commercial”. The fact that the tribunal had ruled on attribution at the preliminary stage has been confirmed by some scholars as well. See for example: **HOBBER, K.**, *op. cit.*, in **MUCHLINSKI, P.**, *The Oxford Handbook of International Investment Law*, New York, Oxford University Press, 2008, p.558. “It follows from the foregoing that the Tribunal did in fact rule on the question of attribution already in the jurisdictional decision, notwithstanding its statement that it would deal with that issue together with the merits”. **OLLESON, S.**, *op. cit.*, p. 467. See also **MILANO, E.**, *The Investment Arbitration between Italy and Cuba: The Application of Customary International Law under Scrutiny*, *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, 2012, 11, n. 3, p. 511-520. The author holds that the two operations [of ascertaining State – responsibility and verifying which are the true parties to the dispute for jurisdictional purposes] should be kept conceptually distinct as attribution on the merits “[...] is a mere application of general international law secondary rules to a factual situation in order to draw legal consequences”; whereas in a jurisdictional analysis “[...] the secondary rules are extrapolated from their original context to apply the terms of a convention”. The *Maffezini* test has been employed, albeit exclusively at the merits stage, by the arbitral Tribunal in the *Italy v. Cuba* award of 2008.

ratione personae et, en même temps, le *panel* arbitral a essayé de développer un test clair pour mener cette enquête.⁶⁰¹

L'inconvénient majeur de la décision *Maffezini* réside toutefois dans la volonté des arbitres de cacher la véritable ligne de pensée de leur raisonnement. En effet, le tribunal a ouvertement nié avoir statué sur l'attribution au stade de la juridiction,⁶⁰² perpétuant ainsi le malentendu selon lequel la quête sur l'attribution équivaldrait à établir la responsabilité de l'État alors que, comme cela a déjà été souligné :

« *L'attribution juridique d'un acte particulier par une personne physique ou [...] à un État, [...] est considéré comme l'acte de celui-ci* ». ⁶⁰³

L'autre aspect de la décision *Maffezini*, qui n'est pas tout à fait convaincant, est le choix des arbitres de fonder leur analyse sur un critère de jugement indépendant au lieu de s'en remettre directement aux règles d'attribution.⁶⁰⁴

Cela pourrait être considéré comme un défaut mineur puisque, à ce moment-là, le *Projet d'article de la Commission du droit international sur la responsabilité des États* de 2001 n'avait pas encore été publié et que, de toute façon, l'issue dans le cas d'espèce n'aurait pas été très différente. Cependant, d'un point de vue théorique, ce choix a probablement été inspiré par des décisions prises dans le domaine de l'arbitrage commercial qui, explicitement

⁶⁰¹ L'approche *Maffezini* a ensuite été utilisée par le *Chevron v. Bangladesh* Tribunal, qui a cité directement la décision *Maffezini* comme point de départ de son enquête. Voir *Chevron Bangladesh Block Twelve, Ltd. and Chevron Bangladesh Blocks Thirteen and Fourteen, Ltd. v. People's Republic of Bangladesh*, ICSID Case No. ARB/06/10, Award of 17 May 2010 (*Buergenthal, Beechey and Nariman*), ICSID Review (2011) Sur le même sujet voir "In the *Maffezini* case, the Tribunal concluded that the entity's conduct could be attributed to the Spanish government, because it had been created by government decree; it had been created to carry out governmental functions in the field of regional development and it was 88% State-owned".

⁶⁰² *Emilio Agustín Maffezini v. The Kingdom of Spain*, Decision on Jurisdiction, ARB/97/7, ICSID 25 January 2000, para. 89. "Whether SODIGA is responsible for the specific acts and omissions complained of, whether they are wrongful, whether all these acts or omissions always were governmental rather than commercial in character, and, hence, whether they can be attributed to the Spanish State, are questions to be decided during the proceedings on the merits of the case".

⁶⁰³ **CHENG, B.**, *op. cit.*, 1953.

⁶⁰⁴ **SCHICHO, L.**, « Attribution and State Entities: Diverging Approaches in Investment Arbitration », *The Journal of World Investment & Trade*, 2011, 12, n. 2, p. 289.

ou implicitement, se sont appuyées sur l'*alter ego*⁶⁰⁵ ou sur la doctrine de la *percée du voile social*.⁶⁰⁶

La confiance des arbitres dans ces doctrines montre bien qu'au moment où la décision a été rendue, la nature mixte, commerciale et publique, de l'arbitrage en matière d'investissements était encore ressentie comme pertinente.

§1.4.3) L'approche de l'enquête limitée

Cette approche représente un développement de celle que nous avons dénommée « *formaliste* ». Nous pouvons identifier le prologue de cette nouvelle approche, que nous avons défini comme celle « *de l'enquête limitée* », dans l'affaire *L.E.S.I. Dipenta c. Algérie* qui représente un hybride entre l'approche purement formaliste et l'approche ayant émergée comme la tendance dans les affaires ultérieures à *Jan de Nul c. Égypte* et *Saipem c. Bangladesh*.

Cette dernière approche est en quelque sorte différente de l'enquête purement formaliste de l'affaire *Salini c. Maroc*, parce qu'ici les Tribunaux ont ajouté une sorte de « *emergency brake* ». En effet, dans *L.E.S.I. Dipenta c. Algérie*, le Tribunal a soutenu que, en règle générale, la compétence devait être maintenue, dans la mesure où la demande était dirigée

⁶⁰⁵ **ROMERO, E. S.**, *Are the States Liable for the Conduct of Their Instrumentalities?* In **GAILLARD, E.**, *States Entities in International Arbitration*, IAI series on International Arbitration, 2008, p. 49, "To support such holdings some ICC arbitral tribunals have relied on the theory of the alter ego. In their Awards these tribunals concluded that, although the signatory to the agreement was a legally separate entity distinct from the state, it had acted for the State, which was the signatory's disclosed or undisclosed principal". The alter ego test is a doctrine born in the U.S. judiciary in 1921 and then imported in the field of international commercial arbitration. Its main features are quite similar to the test applied by the Maffezini tribunal. See on this point **VANDEKERCHOVE, K.**, *Piercing the Corporate Veil*, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2007, p. 83. See also **PARK, W.W.**, *an Arbitrator's Dilemma: Consent, Corporate Veil and Non-Signatories*, in *Multiple Party Actions in International Arbitration*, Permanent Court of Arbitration, 2009, p. 1 - 4. Pour des applications pratiques voir par exemple *Bridas v. Turkmenistan*, Affaire CCI N. 9151 Interim Award, June 8, 1999, para. 564 - 569. See also, more recently, *Capital India Power Mauritius I and Energy Enterprises (Mauritius) Company v India*, Award, ICC Case No 12913/MS, International Court of Arbitration, April 27, 2005. "The state had the authority to control the MSEB board by appointing its members, removing them at pleasure, setting and directing its policies, and totally controlling its funding. The commitments made by MSEB in the PPA were, therefore, entirely dependent on the willingness of SOM".

⁶⁰⁶ Voir pour exemple l'affaire CCI n. 8385, 1995, in **ARNALDEZ J.J. et al.**, *op.cit.*, p. 479.

contre l'État,⁶⁰⁷ mais en ajoutant que cette présomption devait être abandonnée lorsqu'il était clair qu'il n'y avait pas d'influence significative de l'État sur l'entreprise publique.⁶⁰⁸

Le Tribunal est allé plus loin en confirmant le critère élaboré dans la décision *Maffezini c. Espagne* comme méthode valable pour mener une telle enquête. Dans les cas suivants, il y a eu un léger mouvement vers une approche plus définie. Dans les décisions *Jan de Nul c. Égypte* et *Saipem c. Bangladesh*, toute référence au « test Maffezini » a été abandonnée, laissant place à l'application des règles d'attribution élaborées dans le *Projet d'article de la Commission du droit international sur la responsabilité des États*.

Cependant, bien que plus nuancé que dans l'approche purement formaliste, le refus résolu d'appliquer ces règles au stade juridictionnel est resté inchangé : en effet, tous ces tribunaux se sont bornés à observer que les arbitres devaient conserver leur compétence, à moins qu'il n'apparaisse clairement que l'entreprise « n'a aucun lien avec l'État ».⁶⁰⁹

§1.4.4) Application des règles d'attribution au stade juridictionnel.

Après les décisions analysées ci-dessus, il y a eu un tournant qui peut être identifié dans les décisions *Toto Costruzioni c. Liban* (décision sur la compétence en 2009) et *Gustav Hamester c. Ghana* en 2010. La première a été émise dans le cadre d'un litige issu d'un contrat de construction signé entre l'investisseur italien et une entité étatique (*CEGP – Conseil exécutif des grands projets – puis CDR Council for Development and*

⁶⁰⁷ *Consorzio Groupement L.E.S.I. – Dipenta v. People's Democratic Republic of Algeria*, ICSID Case No. ARB/03/08, Award, January 10, 2005, para. 19 (i). “To judge from the wording of the provision, it is a necessary and sufficient condition that the action has been brought against a State. This point is purely formal, but it prevents an arbitral Tribunal from entering at this stage into an examination of the merits and from verifying whether it is possible to attribute responsibility to the State”.

⁶⁰⁸ *Ibid.*, para. 19 (ii) “This prima facie approach must nevertheless be abandoned if it becomes clear that the State in question has no connection to the contract and that the action was unjustifiably brought against the State. This would be the case, in particular, if the contract has been negotiated with an enterprise totally removed from its activity and its influence. Case law accepts, however, that the responsibility of the State can be engaged in contracts signed by public enterprises distinct from the State when the State still retains important or dominant influence”.

⁶⁰⁹ *Jan de Nul N.V. Dredging International N.V. v. Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/04/13, Decision on Jurisdiction, June 16, 2006, para. 85. “An exception is made in the event that if it is manifest that the entity involved has no link whatsoever with the State”. See also *Saipem S.p.A. v. The People's Republic Of Bangladesh*, ICSID Case No. ARB/05/07, Decision on Jurisdiction and Recommendation on Provisional Measures, March 21, 2007, para. 144.

Reconstruction). Après quelques difficultés dans le développement du projet, la société italienne a soumis une demande d'arbitrage basée sur le BIT entre l'Italie et le Liban.⁶¹⁰

L'État défendeur a soulevé une objection selon laquelle le différend ne relevait pas de la compétence *ratione personae* du CIRDI, car le véritable conflit n'était pas avec le Liban, mais avec l'entreprise d'État dotée d'une personnalité juridique distincte⁶¹¹ (CEPG/CDR) qui par ailleurs avait signé le contrat contenant une clause différente du règlement des différends. Le tribunal a examiné cette objection immédiatement au stade de sa compétence et a conclu son analyse en déclarant qu'il était compétent parce que les actes de l'entité étatique étaient attribuables à l'État en vertu de l'article 5 du *Projet d'article de la Commission du droit international sur la responsabilité des États*.⁶¹²

Le Tribunal a été extrêmement clair dans sa constatation en observant que selon son analyse, « *le Liban peut être internationalement responsable des actes du CEPG* » et par conséquent, « *le Tribunal a compétence ratione personae* ».

L'emploi du mot « *peut* » est très important parce qu'il retrace le périmètre de la conclusion du Tribunal au stade de la compétence. En effet, le Tribunal n'a pas statué sur la question de la responsabilité à l'étape préliminaire, ce qui aurait conduit le Tribunal à juger également sur la légalité des actes de l'entité de l'État, mais il n'a examiné que la relation entre l'entité et l'État.

Nous pouvons observer que, en règle générale, dans le droit international général, la responsabilité des États se compose de deux éléments : l'élément subjectif, lié à l'attribution, et l'élément objectif de la violation de l'obligation internationale, de sorte que les actes de l'entité étatique étaient attribuables au Liban, les arbitres vérifiant simplement si l'État était impliqué.

⁶¹⁰ *Agreement between the Italian Republic and the Lebanese Republic on the Promotion and Reciprocal Protection of Investments*, signed on November 7, 1997, entered into force on February 9, 2000.

⁶¹¹ *Toto Costruzioni Generali S.p.A. v. The Republic of Lebanon*, ICSID Case No. ARB/07112, Decision on Jurisdiction, September 11, 2009, para. 38, "According to Lebanon, Lebanon is not a party to the Contract because it was entered into between Toto and the CDR, a council with separate legal personality from the State".

⁶¹² *Toto Costruzioni Generali S.p.A. v. The Republic of Lebanon*, ICSID Case No. ARB/07112, Decision on Jurisdiction, September 11, 2009, para. 60, "Based on the foregoing, the Tribunal's view is that the CEPG and thereafter the CDR are exercising in the context of the Contract the governmental authority of the Republic of Lebanon, Therefore, their acts are acts of the State of Lebanon, as also confirmed by Article 5 of the ILC Draft. Lebanon may be internationally liable for the acts of the CEPG and thereafter the CDR. This means that the Tribunal has jurisdiction *ratione personae* pursuant to Article 7 of the Treaty for acts committed by the CEPG and the CDR".

Il est vrai, comme l'a observé Condorelli :

*« Qu'au niveau du discours explicite les propos sur l'imputation précèdent normalement ceux sur l'infraction ne doit pas empêcher de percevoir qu'il existe entre les deux éléments, en arrière-plan, un rapport circulaire de présupposition réciproque »,*⁶¹³

mais ce « rapport circulaire » n'empêche pas d'identifier un ordre logique précis dans l'examen des deux éléments.

Au niveau théorique, pourtant :

« La question de l'imputation desdits comportements actifs se pose parce qu'il s'agit justement des agissements prétendument constitutifs de l'infraction ».

Il est donc parfaitement possible de répondre à la question de l'imputabilité avant d'examiner la question de l'infraction. Au stade de la compétence, l'infraction ne peut pas être seulement « supposée » et, à notre avis, le tribunal *Toto Costruzioni* a parfaitement accompli sa tâche à travers l'emploi du mot « peut », comme nous l'avons déjà observé.

Une approche similaire a été adoptée dans les affaires ultérieures, comme *Gustav Hamester c. Ghana*, *Electrabel c. Hongrie*, et dans la sentence rendue dans l'affaire *Tulip Real Estate c. Turquie*. L'affaire *Gustav Hamester c. Ghana* résulte d'un contrat d'investissement signé entre l'investisseur et une entreprise d'État ghanéenne, Cocobod. Le contrat contenait une clause de règlement des différends selon laquelle tout différend entre l'investisseur et l'entité étatique devait être soumis au CIRDI. Le centre avait refusé d'enregistrer l'affaire et, par conséquent, le demandeur avait « repackaged » sa réclamation en tant que réclamation basée sur le traité bilatéral d'investissement. Par conséquent, l'une des premières questions a été de vérifier si les actes de Cocobod étaient imputables au Ghana.

À cet effet, le tribunal a pris deux mesures, à certains égards contradictoires. Tout d'abord, il s'est tourné vers l'approche suivie par la décision *Toto Costruzioni* en observant que « la question de l'attribution ressemble plus à une question juridictionnelle » puisqu'elle « ne dicte pas elle-même s'il y a eu violation du droit international » mais « plutôt, c'est

⁶¹³ CONDORELLI, L., « L'imputation à l'État d'un fait internationalement illicite : solutions classiques et nouvelles tendances », *R.C.A.D.I.*, 1984, VI, 1988, p. 96 - 97.

seulement un moyen de vérifier si l'État est impliqué ». ⁶¹⁴ Ensuite, le tribunal s'est tourné vers l'approche *Jan de Nul* en disant qu'il n'aurait conservé sa compétence que s'il était clair que l'entreprise d'État n'avait aucun lien avec l'État. Puisqu'il était évident que tel n'était pas le cas, les arbitres ont refusé bifurquer l'instance et ont quitté l'enquête complète sur l'attribution au stade du mérite.

Il semble que le tribunal ait partiellement confondu la question de savoir si l'attribution devait être considérée comme une question de compétence, ou plutôt une question de fond, avec la question différente liée au moment opportun pour que le tribunal s'en occupe. Comme nous l'avons vu précédemment, l'exception de compétence conserve son caractère préliminaire, même si le tribunal, en exerçant sa compétence accessoire, décide de la traiter au stade du fond pour sa propre convenance.

À cet égard, le tribunal a certainement le droit d'examiner la question de la compétence après avoir entendu tous les arguments des parties sur le fond, mais la citation de la décision *Jan de Nul* est trompeuse. Dans l'affaire *Jan de Nul*, en effet, les arbitres n'avaient pas examiné la question de l'attribution au stade de la compétence simplement parce qu'ils la considéraient comme une question de fond. ⁶¹⁵

En revanche, le tribunal *Hamester* a utilisé une approche fondée sur une simple question de « facilité ». Il a maintenu son approche cryptique jusqu'à la fin de sa décision. En effet, dans la partie dispositive, il a déclaré avoir juridiction sur le différend « *as presented by the Claimant* », pour conclure après que les « *the acts of Cocobod [...] are not attributable to the Republic of Ghana* ». ⁶¹⁶

La première affirmation n'est pas convaincante. Nous pouvons admettre que, pour l'examen de la compétence *prima facie*, il soit possible de donner un certain fond à la réclamation présentée par le requérant, mais le devoir d'établir la compétence ne peut pas être rempli

⁶¹⁴ *Gustav F W Hamester GmbH & Co KG v. Republic of Ghana*, ICSID Case No. ARB/07/24, Award, June 18, 2010, para. 143.

⁶¹⁵ *Jan de Nul N.V. Dredging International N.V. v. Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/04/13, Decision on Jurisdiction, June 16, 2006, para. 89, "When assessing the merits of the dispute, the Tribunal will rule on the issue of attribution under international law [...]". The *Hamester* Tribunal observed that, in order to clarify the distinction between jurisdiction and merit, it was useful to take into consideration the issue of the burden of proof: in fact, if at the jurisdictional stage it was sufficient to conduct a *prima facie* enquiry, while at the merit stage the standard of proof should be higher. The *Hamester* tribunal possibly quoted the *Jan de Nul* decision, because this latter upheld a sort of *prima facie* approach, but as it is explained in the text of the present article, there is a deep-seated difference, since the *Jan de Nul* arbitrators regarded the whole issue of attribution as a matter of merit.

⁶¹⁶ *Gustav F W Hamester GmbH & Co KG v. Republic of Ghana*, ICSID Case No. ARB/07/24, Award, June 18, 2010, para. 362.

simplement en prenant connaissance de la présentation du demandeur. Cette question a été abordée par d'autres tribunaux, comme celui de l'affaire *Pan American Energy c. Argentine*, qui, de manière convaincante, a affirmé que si le tribunal devait accepter les déclarations du demandeur telles qu'elles étaient, le pouvoir des arbitres de vérifier leur propre juridiction serait « *reduced to naught* ». ⁶¹⁷

Autrement dit, affirmer la compétence pour trancher le fond de l'affaire tel qu'il est présenté par le demandeur équivaut à renoncer au principe « *Kompetenz – Kompetenz* », ce qui entraîne en vérité une non-application de l'article 41 alinéa (1) de la Convention CIRDI. La décision *Hamester* a été citée dans celle sur l'affaire *Electrabel c. Hongrie* de 2012, un différend sur la tarification de l'énergie électrique en République de Hongrie, basé sur le *Traité sur la charte de l'énergie*. Le tribunal a fait face à une objection à la compétence de l'État défendeur, selon laquelle les actes reprochés étaient attribuables à MVM, entreprise appartenant à l'État et non à la Hongrie. ⁶¹⁸

Apparemment, les arbitres ont suivi le Tribunal *Hamester* en observant que « *as such, the question of attribution looks more like a jurisdictional question* », ⁶¹⁹ mais après avoir joint cette exception préliminaire au fonds, les arbitres ont conclu que :

« *the Tribunal rejects the jurisdictional objection made by Hungary as regards the acts of MVM in relation to this PPA Pricing Claim [...]* ». ⁶²⁰

Le raisonnement du Tribunal est un peu obscur, car il semble suggérer que le Tribunal est pleinement libre de se prévaloir d'une objection à la compétence en tant que question de mérite et libre de procéder à l'analyse de ce dernier sans avoir d'abord statué sur sa compétence. Il convient de noter que, en procédant de cette manière, le Tribunal a forcé la Hongrie à développer l'argument complet sur la question de la légalité pour chaque

⁶¹⁷ *Pan American Energy, LLC et al. v. The Argentina Republic*, ICSID Case No. Arb/03/13, Decision on Preliminary Objections, July 27, 2006, para. 50.

⁶¹⁸ *Electrabel S.A. v. Hungary*, ICSID Case No. ARB/07/19, Decision on Jurisdiction, Applicable Law and Liability, November 30, 2012, para. 7.24 - 7.26 "According to the defendant, although 99% of its capital was owned by the Hungarian State, it was not an organ of this latter, nor was performing public functions and it was not under its effective control".

⁶¹⁹ *Electrabel S.A. v. Hungary*, ICSID Case No. ARB/07/19, Decision on Jurisdiction, Applicable Law and Liability, November 30, 2012, para. 7.61.

⁶²⁰ *Ibid.*

revendication et a conclu sur le fond qu'en tout état de cause, les actes de MVM, à une exception près, n'étaient pas imputables à la Hongrie.⁶²¹

Il semble que cette décision constitue une seconde tentative de rationalisation du traitement des exceptions à la compétence *ratione personae* concernant la question de l'attribution, mais, comme dans l'arrêt *Hamester*, les arbitres ont refusé de suivre leur ligne de raisonnement jusqu'à sa conclusion naturelle.

Plus convaincante est la décision, plus tardive, *Teinver S.A., Transportes de Cercanías S.A. c. Argentina*,⁶²² dans laquelle le tribunal arbitral a admis sans réserve que la question de l'imputation pouvait, et si possible devait, être traitée au stade juridictionnel,⁶²³ bien que, dans le cas d'espèce, la question de l'imputation ait pu être décidée seulement au stade du fond « *given the act intensive nature of Claimants' allegations, the Tribunal must postpone adjudication of this issue until the merits phase* ».⁶²⁴

Un éclaircissement sur cette question a été apporté par la récente affaire *Tulip Real Estate c. Turquie* en 2014. Ce différend est né de certains actes accomplis par une société d'État, *Emlak*, responsable du développement, entre autres, d'un projet de construction. La Turquie a fait valoir qu'il s'agissait d'une entité commerciale indépendante et que, par conséquent, le Tribunal n'était pas compétent pour trancher le litige dont il était saisi.

Comme dans les affaires *Hamester* et *Electrabel*, le Tribunal a confirmé que l'attribution ressemblait davantage à une question de compétence mais que, pour des raisons d'opportunité, il avait décidé de reporter la décision sur cette objection au mérite.

⁶²¹ Cette façon de procéder est confirmée par les arbitres qui ont déclaré que “*accordingly, the Tribunal does not consider MVM's conduct [...] as attributable to Hungary under the ECT*” et que l'analyse ultérieure de la légalité de ces actes visait à clarifier “*what would have been the outcome for the Parties, had some or all of the impugned conduct been considered as attributable to Hungary under international law*”. Ces deux phrases montrent que le Tribunal n'a procédé à une telle analyse que pour effectuer un double contrôle, mais la décision aurait déjà été complète en observant que les actes n'étaient pas imputables. Cette façon de procéder, qui a également été suivie par d'autres tribunaux, comme par exemple le *Tulip Real Estate* un, n'est pas très convaincant, mais il est encore compréhensible lorsque les enjeux sont si complexes.

⁶²² *Teinver S.A., Transportes de Cercanías S.A. v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/09/1, *Decision on Jurisdiction*, December 21, 2012.

⁶²³ *Ibid.*, para. 217 “While Respondent asserts that substantial case law supports its position that the question of attribution is jurisdictional in nature, this case law also recognizes that not all questions of attribution are identical or involve an identical context. Case law on this subject does support the conclusion that matters of state attribution should be adjudicated at the jurisdictional stage when they represent a fairly cut-and-dry issue that will determine whether there is jurisdiction”.

⁶²⁴ *Ibid.* para. 274. Given the fact-intensive nature of Claimants' allegations, the Tribunal must postpone adjudication of this issue until the merits phase.”

Contrairement à *Hamester* et à *Electrabel*, les arbitres ont précisé l'objet de leur analyse : en effet, après avoir constaté que les actes d'*Emlak* n'étaient pas imputables à la Turquie, ils ont - correctement - déclaré que le différend était donc hors de la compétence du tribunal.⁶²⁵

Cette conclusion du tribunal montre que, en l'espèce, les arbitres ont maintenu une ligne de pensée plus claire, plus proche de celle élaborée dans la décision *Toto Costruzioni* sur la compétence, en conservant intacte la qualification de l'exception d'incompétence, même si le Tribunal l'avait jointe au fond. Toutefois, le Tribunal du *Tulipe Real Estate*, à la différence de celui de *Toto Costruzioni*, n'a pas été aussi catégorique pour décrire son raisonnement.

En effet, puisqu'il y avait un désaccord entre les arbitres au sujet du poids à attribuer à un certain élément de preuve, le Tribunal a cherché si les actes d'*Emlak* auraient pu être considérés comme illégaux. Il a conclu que les actes en jeu ne constituaient pas une violation d'une règle de droit international et a rejeté la demande du demandeur sur le fond. La requérante a donc demandé l'annulation de la sentence en constatant que le Tribunal avait manifestement outrepassé sa décision sur une question sur laquelle elle n'était pas compétente.⁶²⁶

Par conséquent, le comité *ad hoc* a eu l'occasion de discuter de tous les aspects du rapport entre l'attribution et la compétence et ses conclusions sont très instructives. Comme nous l'avons déjà vu, le Comité *ad hoc* a admis qu'il y a une tendance croissante⁶²⁷ qui soutient la nécessité de démontrer l'existence de l'attribution pour pouvoir statuer sur la question de la compétence ; toutefois le comité *ad hoc* n'a pas montré beaucoup d'enthousiasme pour

⁶²⁵ *Tulip Real Estate Investment and Development Netherlands B.V. v. Republic of Turkey*, ICSID Case No. ARB/11/28, Award, March 10 2014, para. 327. "In conclusion, the Tribunal therefore determines by majority that Emlak's conduct with respect to the Contract and the Ispartakule III Project is not attributable to the Turkish State and is, on that basis, *outside the remit of the Tribunal*." This statement has been convincingly interpreted by the ad hoc annulment Committee as equivalent to saying that the Tribunal had no jurisdiction over the matter at stake. On this point see *Tulip Real Estate Investment and Development Netherlands B.V. v. Republic of Turkey*, ICSID Case No. ARB/11/28, Decision on Annulment, December 30, 2015, para. 192. "Neither the ICSID Convention nor the BIT uses the term "remit." The English Oxford Dictionary defines the term as "the referring or consignment of a matter to some other person or authority for settlement," "the transfer of a case from one Court or judge to another" or as "an area of authority" frequently used as part of the expression "within (also beyond, etc.) one's remit".

⁶²⁶ *Tulip Real Estate Investment and Development Netherlands B.V. v. Republic of Turkey*, ICSID Case No. ARB/11/28, Application for annulment of the Tribunal's Award, 3 July 2014, para. 134. "put differently, the Majority's determination that Emlak's acts were not attributable to the State, and therefore that the Tribunal had no jurisdiction under the BIT, was at least properly within the Tribunal's competence—competence. By contrast, the Tribunal's purported determination of the merits of the BIT dispute was only permissible if the Tribunal had already satisfied itself that it affirmatively had jurisdiction under the ICSID Convention. As is apparent from the Award, that was not the case here".

⁶²⁷ *Tulip Real Estate Investment and Development Netherlands B.V. v. Republic of Turkey*, ICSID Case No. ARB/11/28, Decision on Annulment, December 30, 2015, para. 174.

cette évolution. Il semble préféré une approche plus proche de la ligne de pensée formelle soutenue dans les affaires *Salini c. Maroc* et *Helnan c. Égypte*.

Nous ne partageons pas cette conclusion. En effet, dans l'arrêt du Tribunal, il est dit que :

« *L'attribution est pertinente dans le contexte actuel pour déterminer s'il existe un différend avec un État contractant, ici la Turquie, aux fins du traité bilatéral d'investissements [...]* ». ⁶²⁸

Le fait que le tribunal ait mis l'accent sur l'expression « *avec un État contractant, ici la Turquie* », suggère que le Tribunal ne souhaitait pas savoir s'il y avait contestation (étant donné les faits de l'affaire).

Mais il souhaitait plutôt savoir si la Turquie était partie à ce différend. Le comité, probablement en raison du libellé elliptique du tribunal, a omis de saisir le véritable objet de l'enquête du Tribunal et a ensuite examiné si, en l'espèce, il y avait un différend, en se fondant à cette fin sur les conclusions de la Cour permanente de Justice concernant la notion de litige, notamment dans l'affaire *Mavrommatis* de 1924. ⁶²⁹

Cette référence n'était cependant pas pertinente puisque le comité avait façonné l'objet de sa lecture en laissant de côté la véritable portée de la thèse. En tant que tel, le problème devant le comité *ad hoc* ne pouvait être résolu par la notion de litige découlant de l'affaire *Mavrommatis*, mais il présentait plutôt certaines analogies avec *l'Affaire de certains emprunts norvégiens (France c. Norvège)* de 1957, qui représente, à bien des égards, une occasion manquée pour la Cour internationale de justice de traiter la question des entreprises publiques. ⁶³⁰

Toutefois, il est possible de recueillir certains éléments intéressants dans l'ordonnance de la Cour de joindre les exceptions préliminaires au fonds et à travers la lecture des opinions des juges. Le différend opposant la France à la Norvège découlait de certains titres émis par le Royaume de Norvège et de deux banques d'État, la Banque hypothécaire de Norvège et la

⁶²⁸ *Tulip Real Estate Investment and Development Netherlands B.V. v. Republic of Turkey*, ICSID Case No. ARB/11/28, Award, March 10 2014, para. 276.

⁶²⁹ *Tulip Real Estate Investment and Development Netherlands B.V. v. Republic of Turkey*, ICSID Case No. ARB/11/28, Decision on Annulment, December 30, 2015, para. 180. "There is no specific definition of the term "dispute" either in the BIT or in the ICSID Convention. When interpreting that term, in accordance with Article 31 (3) (c) of the VCLT, "there shall be taken into account [...] [a]ny relevant rules of international law applicable in the relations between the Parties." As the International Court of Justice ("ICJ") Stated, there is: [...] established case law on that matter, beginning with the frequently quoted Statement by the Permanent Court of International Justice in the *Mavrommatis Palestine Concessions* case in 1924: "A dispute is a disagreement on a point of law or fact, a conflict of legal views or of interests between two persons. *Tulip Real Estate Investment and Development Netherlands B.V. v. Republic of Turkey*, ICSID Case No. ARB/11/28, Decision on Annulment, December 30, 2015, para. 180.

⁶³⁰ **BADIA, A.**, *op. cit.*, 2014, p. 43.

Small Holding and Workers « *Housing Bank* ». La Norvège avait soulevé plusieurs exceptions préliminaires. Selon l'une d'entre elles, la Norvège affirmait qu'elle n'était pas la véritable partie au différend parce que celui-ci opposait la France et les banques publiques qui jouissaient d'une personnalité juridique distincte.⁶³¹

Il est intéressant de constater que si, pour une autre objection comme l'épuisement préalable des voies de recours internes, le gouvernement français a contesté son caractère exclusivement préliminaire en se référant à l'exception d'incompétence, la France n'a pas contesté le caractère juridictionnel de cette objection et avait demandé son rejet.

Néanmoins la Cour a joint toutes les exceptions préliminaires au fonds et demandé aux parties un autre échange de mémoires. Dans sa dernière réponse, la France, en référence à la troisième exception, a identifié cinq indicateurs de l'existence d'un lien juridiquement pertinent entre les banques et le défendeur.⁶³²

Ces cinq critères ressemblaient manifestement au « *test structurel* » élaboré par le tribunal *Maffezini* cinquante ans plus tard et, à un certain égard, ils pourraient être assimilés à l'article 4 du *Projet d'article de la Commission du droit international sur la responsabilité des États*. D'autre part, la France avait souligné que la tâche de ces banques était d'accorder des prêts aux citoyens à faible revenu, ce qui, selon son analyse, était manifestement un objectif public, anticipant ainsi le soi-disant « *critère fonctionnel* » consacré à l'article du 5 du *Projet d'article de la Commission du droit international sur la responsabilité des États*.⁶³³ En conséquence, le gouvernement français a soutenu que les deux banques d'État étaient deux instruments de l'État norvégien pouvant jouir d'une certaine autonomie conformément à son droit interne, mais « *dans l'ordre international impliquait directement la responsabilité du Royaume de Norvège* ». ⁶³⁴

⁶³¹ *Affaire relative à certains emprunts norvégiens, Arrêt du 6 juillet 1957 : C.I.J. Recueil 1957, p. 9, Exceptions préliminaires présentées par le Gouvernement du Royaume de Norvège, 20 avril 1956, para. 31.* « La troisième exception ne concerne qu'une partie de ces demandes : celles qui se rapportent aux emprunts contractés par la Banque hypothécaire de Norvège et par la Banque des propriétés agricoles et habitations ouvrières. Elle est fondée sur le fait que ces deux banques constituent des personnalités juridiques distinctes de l'État norvégien ».

⁶³² *Affaire relative à certains emprunts norvégiens, Arrêt du 6 juillet 1957 : C.I.J. Recueil 1957, affaire, Réplique du Gouvernement de la République française, p. 407.*

⁶³³ Cette tentative de comparer le test structurel et fonctionnel a été faite par le Tribunal dans l'affaire *EDF v. Romania* of 2009. Bien que l'assimilation soit loin d'être entièrement convaincante, elle saisit le but commun du test proposé par les décisions *Maffezini* et les règles établies par le *Projet d'Article de la Commission du droit internationale sur la responsabilité des États*. Voir aussi *EDF (Services) Limited v. Romania*, ICSID Case ARB/05/13, Award 8 October 2009, para. 187.

⁶³⁴ *Affaire relative à certains emprunts norvégiens, Arrêt du 6 juillet 1957, C.I.J. Recueil 1957, p. 9, Exceptions préliminaires présentées par le Gouvernement du Royaume de Norvège, 20 avril 1956, p. 407*

Cette conclusion est très intéressante car elle montre que, devant la Cour internationale de justice, les parties étaient conscientes de débattre de la question de l'attribution et plus généralement de la responsabilité des États tout en discutant d'une exception préliminaire. Dans son avis dissident, le juge Read a été le seul membre de la Cour à aborder cette exception en estimant qu'elle était sans fondement car, bien que les banques :

*« Aient une personnalité juridique distincte », elles « agissent sur la base de l'avis, de l'instruction et de l'approbation du ministre de la Justice de Norvège et du ministre des Finances de Norvège ».*⁶³⁵

Cette dernière affirmation nous amène à conclure que, du point de vue de la forme particulière de l'article 25 alinéa (1) de la Convention CIRDI, l'évolution récente, consistant à appliquer les règles d'attribution afin de déterminer si une entreprise d'État peut être identifiée à l'État lui-même, n'est pas contraire au droit international général, mais représente plutôt l'instrument approprié pour que le Tribunal puisse s'acquitter de son devoir d'établir sa propre compétence.

⁶³⁵ *Affaire relative à certains emprunts norvégiens, Arrêt du 6 juillet 1957, C.I.J. Recueil 1957, p. 9, Exceptions préliminaires présentées par le Gouvernement du Royaume de Norvège, 20 avril 1956, p. 407, Opinion dissidente de M. Read, p. 91.*

§2) *La question de la désignation*

§2.1) *Désignation telle que décrite à l'article 25 alinéa (1)*

Outre les problèmes d'interprétation soulevés par l'expression « *État contractant* », une autre partie de l'article 25 alinéa (1), séparée mais liée, doit être abordée. En effet, le texte de l'article 25 alinéa (1) ne se réfère pas seulement à la notion d'« *État contractant* », mais aussi à : a) toute subdivision ou b) agence.

Une première question à discuter est celle de savoir si les deux parties de cette disposition normative doivent être considérées conjointement ou séparément.

Si l'on suit la première option, il y a alors entre les deux parties une sorte de relation hiérarchique, la première partie étant une déclaration de caractère général identifiant la classe des différends qui peuvent être soumis à la compétence d'un tribunal CIRDI, tandis que la seconde doit être vue comme une spécification de la première. Ainsi, alors que la première partie énonce une exigence objective de la compétence du CIRDI (c'est-à-dire que l'une des parties doit être un « *État contractant* »), la portée de la seconde ne prévoit qu'une option de commodité procédurale,⁶³⁶ elle-même n'ayant pas pour objet d'élargir le champ d'application de l'article 25 alinéa (1). Une autre lecture possible de la relation entre les deux parties est qu'elles doivent être lues séparément, comme la conjonction « ou » pourrait en effet le suggérer. En tant que tel, l'État, par sa désignation, pourrait étendre la compétence du CIRDI selon sa volonté, parce que le tribunal n'aurait aucun pouvoir de vérifier si l'entité respecte des critères objectifs pour être considérée comme un instrument aux fins de la compétence du CIRDI.

La différence entre ces deux lectures est importante lorsque, du côté des défendeurs, il y a une entreprise appartenant à l'État. En effet, bien que l'expression « *subdivision constitutive* » soit assez claire pour désigner les sous-unités territoriales de l'État (régions, provinces ou municipalités, voire États en cas de fédérations),⁶³⁷ le mot « *agence* » est plus

⁶³⁶ SCHREUER, C. H., MALINTOPPI L., REINISCH A., SINCLAIR A., *The ICSID CONVENTION*, *op. cit.*, para. 237.

⁶³⁷ *Ibid.*, p. 153, para. 243: "Therefore it might be concluded that "constituent subdivision or agency covers every territorial entity below the State".

insaisissable, car il peut englober non seulement les organismes publics ou les pouvoirs publics, mais aussi, dans certaines circonstances, des entreprises publiques.⁶³⁸

Ceci dit, si l'on suppose que l'article 25 alinéa (1) établit une condition objective, alors que l'État aurait pu désigner une entreprise d'État comme partie défenderesse, il incombe toujours au tribunal de vérifier si les exigences énoncées par l'alinéa (1) de l'article 25 sont remplies. D'autre part, si les deux alinéas doivent être lus de manière indépendante, alors la désignation par l'État pourrait créer elle-même un terrain de compétence différent et suffisant. Le conflit entre ces deux approches, qui peut apparaître comme un détail mineur, a pourtant des implications importantes, tant du point de vue théorique que pratique.

En effet, si nous suivons la première option, l'article 25 alinéa (1) étant une condition objective, le tribunal arbitral est obligé d'appliquer, *ex officio*, les règles régissant l'attribution, pour vérifier si l'entité désignée par l'État peut être considérée comme une « *agency* » aux fins de l'application de l'article 25 alinéa (1).

Si, en revanche, nous acceptons l'autre approche, nous supposons alors que le tribunal arbitral devrait entreprendre une enquête différente et visant uniquement à vérifier si l'État a explicitement ou (et c'est de loin l'hypothèse la plus intéressante) implicitement désigné l'entreprise à titre de partie à l'instance du CIRDI. Malgré les différences affirmées, nous pouvons encore douter de la pertinence de ces distinctions, au moins du point de vue du devoir des arbitres de vérifier leur compétence. En effet, la doctrine la plus influente a fait observer qu'une désignation ne crée pas, à l'évidence, une certitude quant à l'existence de la compétence *ratione personae* du tribunal, mais plutôt une « *forte présomption* », ⁶³⁹ le dernier mot étant celui du Tribunal.⁶⁴⁰

Toutefois, il est clair que lorsqu'une « *forte présomption* » est en jeu, il est très difficile pour le défendeur de respecter le niveau de preuve élevé nécessaire pour réfuter la présomption. Cette conclusion a été partiellement confirmée par la lecture de l'affaire *Standard Chartered Bank c. Tanzania Electric Supply Company Limited* de 2014,⁶⁴¹ dans laquelle le Tribunal, après avoir confirmé son obligation de vérifier sa propre compétence, en l'absence

⁶³⁸ *Ibid.*, p. 153, para. 243.

⁶³⁹ SCHREUER, C. H., MALINTOPPI L., REINISCH A., SINCLAIR A., *The ICSID CONVENTION*, *op. cit.*, p. 154, para. 244.

⁶⁴⁰ AMERASINGHE C. F., *Jurisdiction of Specific International Tribunals*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2009, p. 461.

⁶⁴¹ *Standard Chartered Bank (Hong Kong) Limited v. Tanzania Electric Supply Company Limited*, ICSID Case No. Arb/10/20, Decision on Jurisdiction and Liability, February 12, 2014.

d'objection du défendeur, a accepté la désignation explicite d'une entreprise appartenant à l'État comme une circonstance décisive, mais seulement après une enquête extrêmement limitée sur la structure de l'entreprise. Comme nous le verrons, cette affaire pourrait faire l'objet de lectures différentes, surtout si nous la comparons à d'autres décisions. En conclusion, ces deux approches reflètent deux façons possibles de comprendre le fonctionnement d'un Tribunal du CIRDI.

La première le considère comme un organe juridictionnel réglementé par le droit international public, suivant la jurisprudence de la Cour permanente de justice internationale⁶⁴² et des enseignements des savants les plus influents,⁶⁴³ est obligé de vérifier de façon autonome l'existence de ses propres compétences.⁶⁴⁴

Sur ce point, cependant, il faut dire que les arbitres sont généralement réticents à procéder *ex officio*, limitant l'examen de l'exception à la compétence seulement en cas de défaut d'une partie. Ce fait montre, avec quelques exemples pris dans la pratique, que les arbitres n'ont pas été très proactifs à cet égard.⁶⁴⁵

La seconde approche, au contraire, accorde une plus grande attention à la volonté des parties et elle est beaucoup plus proche de la pratique de l'arbitrage commercial international, dans lequel les parties jouissent d'une plus grande liberté.⁶⁴⁶

⁶⁴² *Usine de Chorzów (compétence)*, Arrêt du 26 juillet 1927, p. 32.

⁶⁴³ **AMERASINGHE F.C.**, *International Arbitration Jurisdiction*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2011, p.41; **FITZMAURICE G.**, *The Law and the Procedure of the International Court of Justice*, British Yearbook of International Law, 1958, p. 28 - 29. "The failure of the respondent to object to jurisdiction is normally taken as an acquiescence in the validity of the alleged basis of jurisdiction, and is, in itself sufficient to confer jurisdiction on the basis of *forum prorogatum*. However, in such circumstances the power [of ascertain its own jurisdiction] can still be exercised in regard to question beyond the issue of consent such as the ability to appear before the Court and the propriety of exercising the jurisdiction conferred". Pour une vue plus nuancée voir **SHIHATA I. I. F.**, *op. cit.*, p. 301.

⁶⁴⁴ **SCHREUER. C. H., MALINTOPPI L., REINISCH A., SINCLAIR A.**, *The ICSID CONVENTION*, *op. cit.*, p. 529, para. 50 It must be recalled that the most eminent scholars had upheld that the same approach shall be applied because "not all of the Convention's jurisdictional requirement are subject to the parties' disposition".

⁶⁴⁵ See for example *Maritime International Nominees Establishment v. Republic of Guinea*, ICSID Case No. ARB/84/4, Award 6 January 1988, *Mobil Oil Corporation and others v. New Zealand*, ICSID Case No. ARB/87/2, Findings on Liability, Interpretation and Allied Issues, 4 May 1989.

⁶⁴⁶ **SERAGLINI, C., ORTSCHIEDT, J.**, *Droit de l'arbitrage interne et international*, Montchrestien, Paris, 2013, p. 595. "A priori, on pourrait considérer qu'il convient de présumer qu'en demeurant silencieuses sur la question de la compétence arbitrale, les parties ont entendu couvrir les éventuelles causes d'incompétence et qu'en conséquence quand bien même l'arbitre identifierait de lui-même une difficulté éventuelle à cet égard, il n'aurait pas à l'invoquer de son propre fait".

On a souvent dit que l'arbitrage sur les investissements se situait au croisement du droit international public et du droit commercial,⁶⁴⁷ même si, comme il ressort de cette thèse, il est en train de se rapprocher davantage au droit international public.

§2.2) *Décisions arbitrales relatives à la désignation*

Comme nous l'avons déjà suggéré dans le premier paragraphe, une certaine interprétation de l'article 25 alinéa (1) soutient que par la désignation, l'État peut créer un motif indépendant de juridiction. Un moyen de prouver le bien-fondé de cette hypothèse est d'analyser quelques affaires récentes concernant la désignation implicite et explicite et de les juxtaposer aux cas cités ci-dessus. La première est l'affaire *Niko Resources Ltd. c. Bapex et Petrobangla*.⁶⁴⁸ de 2013. L'affaire en cause a opposé une société pétrolière canadienne, *Niko*, à la compagnie pétrolière d'État du Bangladesh *Petrobangla* et sa filiale, *Bapex*.

Les parties avaient conclu un accord de coentreprise (JVA), un contrat qui contenait une clause de règlement des différends par le CIRDI. Après peu de temps certains différends ont surgi entre les parties, l'un lié au prix du gaz extrait des champs de *Bapex* et un autre provoqué par l'explosion de deux puits.

Lorsqu'il a été appelé à se prononcer sur l'existence de sa compétence, le Tribunal a analysé les différents chefs de compétence proposés alternativement par le demandeur. L'argument avancé par la requérante était que *Bapex* et *Petrobangla* devaient être considérés comme des instruments du gouvernement et qu'ils agissaient en tant qu'agents de leur contrôleur, l'État, de sorte que le Bangladesh était la véritable partie au différend.

Le Tribunal a reconnu que, compte tenu du contrôle rigoureux que l'État exerçait sur eux et sur leur fonction, *Bapex* et *Petrobangla* devaient être considérés comme des instruments de l'État,⁶⁴⁹ mais en se fondant sur le libellé du contrat ayant désigné comme parties uniquement *Bapex* et *Petrobangla* (autre que le demandeur), le Tribunal a conclu que

⁶⁴⁷ MOSS G. C., *op. cit.*, p. 782 - 797.

⁶⁴⁸ *Niko Resources Ltd. v. Bangladesh Petroleum Exploration & Production Company Limited ("Bapex") and Bangladesh Oil Gas and Mineral Corporation ("Petrobangla")*, ICSID Case No. ARB/10/18, Decision on Jurisdiction, 19 August 2013.

⁶⁴⁹ *Niko Resources Ltd. v. Bangladesh Petroleum Exploration & Production Company Limited ("Bapex") and Bangladesh Oil Gas and Mineral Corporation ("Petrobangla")*, ICSID Case No. ARB/10/18, Decision on Jurisdiction, 19 August 2013, para. 228.

l'interprétation textuelle de la JVA ne permettait pas l'interprétation prétendue par la requérante selon la quelle ces deux sociétés agissaient en qualité d'agents du Bangladesh.⁶⁵⁰

Le deuxième argument de la partie demanderesse était que les actes de la compagnie pétrolière d'État et de sa filiale étaient attribuables à l'État du Bangladesh. Étant donné que les relations entre *Petrobangla* et l'État du Bangladesh avaient déjà été examinées par deux autres tribunaux du CIRDI, sur la base des règles d'attribution, afin de savoir si elles avaient compétence pour trancher le fond de l'affaire dont elles étaient saisies, le Tribunal *Niko* s'est référé à ces deux précédents.

Le premier précédent pris en considération était *Saipem c. Bangladesh*,⁶⁵¹ mais les arbitres se sont bornés à constater que la décision citée étant fondée sur une violation du traité, la question du consentement était différente et que, dans ce cas, elle n'avait pas été contestée par le Bangladesh. Dans l'autre affaire, *Chevron c. Bangladesh*,⁶⁵² le différend était né d'une série de contrats, dont l'un avait été signé directement par le gouvernement. Le Tribunal a conclu que les deux contrats « [avaient] effectivement constitué un régime contractuel unifié [...] »⁶⁵³ et que dans ce cas, le Tribunal *Chevron* avait pu facilement conclure qu'il avait compétence pour l'ensemble de la réclamation contractuelle.

Le Tribunal *Niko* semble lire la décision *Chevron* comme un appui pour transposer la doctrine du consentement implicite née dans le domaine de l'arbitrage commercial au domaine de l'arbitrage des investissements.⁶⁵⁴ Cette approche doit être considérée avec scepticisme. Les doutes sur l'opportunité d'appliquer les mêmes règles conçues pour traiter les acteurs privés aux entreprises d'État ont également été exprimés par des spécialistes commentant des décisions dans des arbitrages commerciaux internationaux. Par exemple, le professeur Rogers Alford a critiqué la décision de 2006 de la cour d'appel du cinquième

⁶⁵⁰ *Ibidem*, para. 241.

⁶⁵¹ *Saipem S.p.A. v. The People's Republic of Bangladesh*, ICSID Case No. ARB/05/07, Decision on Jurisdiction and Recommendation on Provisional Measures, March 21, 2007.

⁶⁵² *Chevron Bangladesh Block Twelve, Ltd. and Chevron Bangladesh Blocks Thirteen and Fourteen, Ltd. v. People's Republic of Bangladesh*, ICSID Case No. ARB/06/10, Award of 17 May 2010 (Buergethal, Beechey and Nariman), ICSID Review (2011), pp. 256-294

⁶⁵³ *Ibidem*, p. 270.

⁶⁵⁴ Voir par exemple l'affaire CCI n. 8910, 1998, in **ARNALDEZ J.J. et al.**, *op. cit.*, p. 574. Voir aussi **HANOTIAU** *op. cit.*, p. 261 "In the field of commercial arbitration this doctrine has been applied in the ICC Case No. 8910, where the arbitral tribunal identified a group of contracts of which only one contained an arbitration clause, as a valid ground to retain its jurisdiction, because those contracts together formed a unified contractual scheme".

circuit des États-Unis de *Bridas SAPICV Gouvernement du Turkménistan* de 2006⁶⁵⁵ dans laquelle la cour avait invalidée la décision d'un tribunal arbitral de la CPI d'étendre au gouvernement turkmène la clause compromissaire contenue dans l'accord conclu entre Bridas et les entités appartenant au gouvernement turkmène, basant sa décision sur l'*alter ego* et d'autres doctrines nées dans le domaine du droit commercial privé. L'auteur a observé à juste titre que :

« Aussi difficile qu'il puisse être de développer une analyse plus précise des circonstances dans lesquelles un non-signataire souverain devrait être lié par la signature de son instrumentalité, *Bridas* souligne certainement les dangers de la libre transposition des critères établis dans le secteur privé aux contrats gouvernementaux ». ⁶⁵⁶

À la suite de ces considérations générales, le tribunal *Niko* n'a pas expliqué pourquoi, si cette conclusion était suffisante, le tribunal *Chevron* avait néanmoins jugé nécessaire de se fonder sur les règles d'attribution. Ce qui est particulièrement intéressant à cet égard (et ce que le tribunal *Niko* a omis de considérer), c'est que le critère d'attribution identifié par le tribunal *Chevron* était l'article 4 du *Projet d'article de la Commission du droit international sur la responsabilité des États*, le seul article autorisant une attribution indifférenciée de toutes les deux classes des actes, c'est-à-dire ceux *iure imperii* et *iure gestionis*.⁶⁵⁷

Selon nous, en fondant son examen sur l'article 4 du *Projet d'article de la Commission du droit international sur la responsabilité des États*, le Tribunal *Chevron* avait identifié une base de compétence auto-suffisante. Par conséquent, il est quelque peu fourvoyant de la part du tribunal *Niko* de lire la décision du tribunal *Chevron* comme suggérant la possibilité que la désignation implicite contenue dans un contrat puisse représenter une base de compétence autonome. Ce que le Tribunal *Niko* n'a pas reconnu, du moins expressément, c'est que dans sa décision, les règles d'attribution avaient déjà été appliquées lorsque le Tribunal avait reconnu que *Bapex* et *Petrobangla* étaient des organismes de l'État défendeur.⁶⁵⁸

⁶⁵⁵ *Bridas S.A.P.I.C. v. Government of Turkmenistan*, United States Court of Appeals for the Fifth Circuit, No. 04-20842, 21 April 2006.

⁶⁵⁶ ALFORD, R. P., *Binding Sovereign Non-Signatories*, Mealey's International Arbitration Reports, 2004, p. 3

⁶⁵⁷ *International Law Commission, Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, November 2001, Supplement No. 10 (A/56/10), Commentary*, p. 41. "It is irrelevant for the purposes of attribution that the conduct of a State organ may be classified as "commercial" or as "acta iure gestionis".

⁶⁵⁸ *Niko Resources Ltd. v. Bangladesh Petroleum Exploration & Production Company Limited ("Bapex") and Bangladesh Oil Gas and Mineral Corporation ("Petrobangla")*, ICSID Case No. ARB/10/18, Decision on

Cette conclusion est évidente si l'on tient compte de la méthode appliquée par le Tribunal pour arriver à cette déduction : il n'est pas surprenant que la relation entre le gouvernement du Bangladesh et ces deux sociétés d'État consistait à appliquer le critère fonctionnel⁶⁵⁹ élaboré dans la décision *Maffezini*, qui, comme nous l'avons déjà vu, est substantiellement équivalent à celui qui est prévu par l'article 5 du *Projet d'Article de la Commission du droit internationale sur la responsabilité des États*.

Une fois établi que *Bapex* et *Petrobangla* étaient en fait des agences du gouvernement bangladais, le Tribunal a poursuivi en observant que la JVA, qui contenait la clause de règlement des différends, avait été approuvée par le ministère compétent du Bangladesh. Le Tribunal a alors conclu que cette approbation pouvait en fait être interprétée comme une désignation implicite des deux sociétés d'État pour faire partie de la présente instance. Néanmoins, il faut rappeler que le tribunal n'a pu parvenir à cette conclusion qu'après avoir qualifié *Bapex* et *Petrobangla* d'instruments en raison de leurs liens évidents avec l'État. Cette conclusion peut être étayée par une analyse plus approfondie de l'affaire *Hamester c. Ghana* citée plus haut.

Comme nous l'avons déjà observé, la réclamation reposait sur le traité bilatéral d'investissements allemand-ghanéen, mais il convient de rappeler qu'il y avait eu une première tentative de saisine fondée sur l'accord de coentreprise conclu entre l'investisseur et l'entreprise publique, qui contenait une clause de règlement des différends faisant référence au CIRDI.

À un certain moment de la procédure, l'un des arbitres avait demandé pourquoi l'investisseur avait choisi de présenter son cas sur la base d'un contrat et la réponse avait été que :

« *Hamester a tenté de présenter une telle demande, mais le centre a refusé la compétence aux motifs que Cocobod n'était pas une subdivision ou un organisme désigné du Ghana en vertu de l'article 25 alinéa (1) de la Convention* ». ⁶⁶⁰

Ce passage permet deux lectures différentes : la première est que le centre avait décliné sa compétence parce que *Cocobod* n'était pas un instrument du *Ghana*. Si tel avait été le

Jurisdiction, 19 August 2013, para. 228. "The Tribunal concludes that both entities are agencies or instrumentalities of the government of Bangladesh in the sense of Article 25 of the ICSID Convention".

⁶⁵⁹ *Ibid.*, para. 228. "These factors indicate that Petrobangla and BAPEX exercise *functions* which are vested in the Government and which the Government has delegated to them".

⁶⁶⁰ *Gustav F W Hamester GmbH & Co KG v. Republic of Ghana*, ICSID Case No. ARB/07/24, Award, June 18, 2010

raisonnement du centre, cela expliquerait également pourquoi, comme nous pouvions nous y attendre, la tentative de remballage de la rupture des relations contractuelles dans une allégation selon laquelle les actes de *Cocobod* étaient imputables au Ghana était vouée à l'échec du fait que le critère à appliquer pour vérifier si *Cocobod* pouvait être considéré comme un instrument aux fins de l'article 25 alinéa (1) aurait été de toute façon le même. La deuxième interprétation possible est que le centre avait refusé sa compétence tout simplement parce que le Ghana n'avait pas désigné *Cocobod* pour être partie à une instance du CIRDI.

S'il en est ainsi, il est évident que le centre avait inversé les deux problématiques à résoudre : d'une part, savoir si *Cocobod* était une agence du *Ghana* et, d'autre part, si elle avait été désignée par ce dernier. Il est également possible, et cela reste probablement l'hypothèse la plus convaincante, que les arbitres sont passés directement à l'examen du deuxième critère car il était plus facile à prouver. Quoiqu'il en soit, nous suggérons que, même si *Cocobod* avait été expressément désigné par le *Ghana*, le Tribunal aurait encore dû vérifier, avant tout, si cette entreprise publique pouvait être qualifiée d'organe de l'État selon la disposition de l'article 25 alinéa (1) de la *Convention de Washington*.

Un élément en faveur de cette conclusion peut être tiré de l'affaire *Standard Chartered Bank (Hong Kong) Limited c. Tanzania Electric Supply Company Limited* de 2014. Dans cette affaire, le Tribunal a dû s'occuper d'une entreprise appartenant à l'État, l'entité ayant été expressément désignée par l'État de Tanzanie comme faisant partie des procédures du CIRDI. En ce qui concerne la question de la compétence, le Tribunal a jugé, à juste titre selon nous, que même si le défendeur n'avait pas soulevé d'objection, il :

«*Devait examiner sa compétence à la lumière de l'article 25 alinéa (1) de la Convention du CIRDI* ». ⁶⁶¹

Lorsqu'ils se sont penchés sur l'existence de leur juridiction, les arbitres se sont bornés à observer que :

«*TANESCO est une entité détenue à 100% par la Tanzanie et désignée comme agence de la Tanzanie conformément à l'article 25 alinéa (1) de la Convention CIRDI* ». ⁶⁶²

⁶⁶¹ *Standard Chartered Bank (Hong Kong) Limited v. Tanzania Electric Supply Company Limited*, ICSID Case No. Arb/10/20, Decision on Jurisdiction and Liability, February 12, 2014, para. 109.

⁶⁶² *Ibid.*, para. 110.

Cette phrase pourrait être interprétée en faveur de la thèse soutenue, si nous attachons un certain poids au passage dans lequel le Tribunal se réfère à la propriété du gouvernement.

À cet égard, il faut dire que le fait d'une propriété majoritaire a été considéré comme un élément du test structurel. Dans *Cambodia Power Company v. Kingdom of Cambodia Electricité du Cambodge*⁶⁶³ de 2011, le Tribunal arbitral s'est demandé si l'entreprise publique Électricité du Cambodge pouvait être perçue comme une « *agency* » selon l'article 25 alinéa (1) de la Convention de Washington. Le Tribunal n'a pas examiné cette question parce qu'il a conclu que la désignation de cette compagnie n'était pas régulière.

En ce qui concerne notre domaine d'analyse, l'approche des arbitres consistant à considérer la question de la désignation puis de sa nature comme deux problèmes distincts peut en effet suggérer que la désignation, qu'elle soit explicite ou implicite, ne suffit pas à remplir les conditions de l'article 25 alinéas (1) et (3) de la Convention de Washington, mais qu'il s'agit au contraire de deux examens distincts.⁶⁶⁴

Dans l'affaire *Maffezini*, par exemple, les arbitres sont allés très loin dans cette direction en déclarant que la majorité du capital public pouvait « *given rise to a rebuttable presumption of Statehood* », ⁶⁶⁵ une citation qui a été rapportée par de nombreux commentateurs,⁶⁶⁶ apparemment sans contestation.

Il est vrai que l'existence d'une telle présomption a été complètement rejetée seulement un mois après par le tribunal de *Tulip Real Estate*⁶⁶⁷ mais, au moment de la décision dans l'affaire *Standard Chartered Bank c. Tanzania Electric Supply Company Limited*, les arbitres auraient trouvé des précédents judiciaires significatifs et une doctrine étoffée en faveur d'une telle approche.

⁶⁶³ *Cambodia Power Company v. Kingdom of Cambodia Electricité du Cambodge*, ICSID CASE NO. ARB/09/18, Decision on Jurisdiction, 22 March 2011.

⁶⁶⁴ *Ibid.*, para 271 “The Respondents have raised the issue as to whether or not EDC is, in fact, an agency or subdivision of KOC. As the Tribunal has found that no designation pursuant to Article 25 paragraph (1) of the Convention has taken place, there is now no need to decide this issue

⁶⁶⁵ *Emilio Agustín Maffezini v. The Kingdom of Spain*, Decision on Jurisdiction, ARB/97/7, ICSID, 25 January 2000, para. 77. “The question whether SODIGA is a State entity must be examined first from a formal or structural point of view. Here a finding that the entity is owned by the State, directly or indirectly, gives rise to a rebuttable presumption that it is a State entity”.

⁶⁶⁶ Voir par exemple : VOSS, J. O., *op. cit.*, p. 149. DOLZER, R., SCHREUER, C., *Principles of International Investment Law*, Second Edition. Croydon: Oxford University Press, 2012, p. 223.

⁶⁶⁷ *Tulip Real Estate Investment and Development Netherlands B.V. v. Republic of Turkey*, ICSID Case No. ARB/11/28, Award, March 10, 2014, para 289. See also DEBEVOISE & PLIMPTON LLP, *Suing State-Controlled Entities in Investment Arbitration: The Demise of the “Presumption of Statehood”?* Arbitration Quarterly, 2014, April, Issue 5, p. 1 - 22.

Il y a donc de bonnes raisons de conclure que la référence à la participation majoritaire aurait pu être considérée comme une manière extrêmement synthétique pour examiner si *TanESCO* pouvait être qualifié d'organisme et, à cette fin, le Tribunal a appliqué partiellement le même critère que *Maffezini* et d'autres tribunaux avaient employé pour établir l'attribution à des fins juridictionnelles.

Conclusions : les évolutions des méthodes d'analyse employées par les arbitres comme indicateur de l'évolution de la matière

Dans le présent chapitre, les différentes interprétations de l'article 25 alinéa (1), proposées par de nombreuses décisions arbitrales, ont été mises à l'épreuve. Notre impression est qu'il existe un conflit entre deux façons différentes d'identifier la portée de la compétence du CIRDI. À notre avis, l'existence d'une si grande pluralité d'approches divergentes est liée au fait que les arbitres n'exercent pas de façon adéquate leur devoir de déterminer indépendamment leur propre juridiction.

Cela est compréhensible si nous prenons en compte le fait que les Tribunaux, bien que de plus en plus obligés d'appliquer le droit international public, sont encore en bonne partie composés d'arbitres issus de la zone d'arbitrage commerciale, où la volonté des parties représente la pierre angulaire du mécanisme de règlement des différends. Une telle approche, qui prend en considération le caractère spécifique de l'arbitrage international des investissements, ne peut que recommander que les arbitres soient plus proactifs dans l'utilisation de leurs pouvoirs. Comme nous l'avons démontré, il y a eu une tendance croissante vers une approche plus exigeante.

Ceci, à notre avis, est une évolution positive. Le point de vue exprimé par le comité *ad hoc* de *Tulip Real Estate*, bien que hautement autorisé, n'est pas très convaincant. Même si la définition du différend proposée par le Comité est correcte, nous suggérons que cette définition ne saisit pas le véritable enchaînement de la question qui est lié à la nature hybride d'une entreprise appartenant à l'État.

Nous avons démontré que bien qu'il soit vrai que l'article 25 alinéa (1) de la Convention ne fait aucune référence à la question de l'attribution, il est impossible pour les arbitres de vérifier l'existence de leur propre compétence sans - implicitement ou explicitement - appliquer les règles d'attribution.

Tel est le cas, comme nous l'avons vu, lorsque le Tribunal, au lieu de vérifier directement si les actes des entreprises appartenant à l'État sont imputables au défendeur, déplace l'objet de son enquête pour savoir si ces entreprises peuvent être qualifiées d'instruments selon l'article 25 alinéa (1).

En l'espèce, tout en se référant à deux exigences apparemment distinctes, le Tribunal procède essentiellement à la même enquête, appliquant la même méthode aux mêmes fins. Nous avons vu que, lorsque le même problème a été porté devant la Cour internationale de justice, même si la question n'a pas réglé de façon définitive, les deux parties et le juge qui ont discuté de cette question ont estimé raisonnable de soulever d'autres enquêtes juridictionnelles même si elles impliquaient implicitement d'aborder la question de la responsabilité des États. En ce qui concerne le lien entre les deux éléments constitutifs de la responsabilité internationale de l'État, l'attribution et l'illégalité de l'acte, nous pensons que, dans certains cas très complexes, il peut être difficile de les différencier, du moins du point de vue pratique.

En général, la meilleure approche est celle du tribunal *Toto Costruzioni v. Lebanon*⁶⁶⁸ de 2009, plus clairement énoncée dans la décision plus récente *Teinver S.A., Transportes de Cercanías S.A. c. Argentina*⁶⁶⁹ dans laquelle le tribunal arbitral a admis sans réserve que la question de l'imputation pouvait, et si possible devait, être traitée au stade juridictionnel.⁶⁷⁰ Ces deux affaires démontrent qu'il est possible de respecter l'esprit du droit international général même dans le droit des investissements. Par conséquent, les arbitres devraient toujours garder à l'esprit l'opinion du juge Huber selon laquelle la jonction des exceptions de compétence au fond devrait être une approche limitée à des circonstances exceptionnelles pour ne pas forcer un État à rester en justice plus longtemps que nécessaire.

En même temps, un exemple éminent qui devrait inspirer les arbitres est constitué par la pratique de la Cour internationale de justice qui a reconnue l'existence d'un « *vested*

⁶⁶⁸ *Toto Costruzioni Generali S.p.A. v. The Republic of Lebanon*, ICSID Case No. ARB/07112, Decision on Jurisdiction, September 11, 2009.

⁶⁶⁹ *Teinver S.A., Transportes de Cercanías S.A. v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/09/1, Decision on Jurisdiction, December 21, 2012.

⁶⁷⁰ *Ibid.*, para. 217 "While Respondent asserts that substantial case law supports its position that the question of attribution is jurisdictional in nature, this case law also recognizes that not all questions of attribution are identical or involve an identical context. Case law on this subject does support the conclusion that matters of state attribution should be adjudicated at the jurisdictional stage when they represent a fairly cut-and-dry issue that will determine whether there is jurisdiction".

interest » de l'État défendeur pour que certains aspects d'une affaire ne soient pas rendus publics à travers un procès international.

Nous sommes conscients que nos observations touchent le domaine de liberté du Tribunal en ce qui concerne l'utilisation de sa compétence accessoire. Toutefois, nous estimons que l'exigence de statuer sur la compétence avant de passer au fond rendrait les arbitres plus conscients de la différence existant entre les éléments subjectifs et ceux objectifs dans le domaine de la responsabilité des États et des avantages en termes de clarté et de conduite de la procédure en choisissant de statuer, d'une part, sur l'élément subjectif à la phase préliminaire et, d'autre part, sur l'objectif au stade du mérite.

DEUXIÈME PARTIE : QUESTIONS PROCEDURALES LIÉES AU CARACTÈRE PUBLIC DE L'ENTREPRISE

Dans cette partie on ira examiner les questions qui se posent au sujet des demandes, c'est-à-dire les problèmes relatifs à la compétence matérielle des tribunaux arbitrales, à la recevabilité des demandes et celles qui touchent l'exécution de la décision. Il est évident que pour arriver à une compréhension satisfaisante du traitement juridique des entreprises publiques dans le domaine de l'arbitrage d'investissement il faut regarder tous les aspects qui peuvent empêcher à une entreprise publique la possibilité de déclencher un arbitrage contre un État.

Dans le premier chapitre nous irons, préalablement, à vérifier si les investissements des entreprises publiques peuvent être compris dans la notion des investissements protégés par la Convention CIRDI. Ici le problème est de comprendre si la notion d'investissement comprend également celle du but lucratif, parce qu'une large courant doctrinal⁶⁷¹ a soutenu que les entreprises publiques peuvent aussi faire des investissements aussi avec de buts politiques, et par conséquence, leurs actes ne peuvent pas être regardé en tant qu'investissement dans le sens de l'article 25 paragraphe (1) de la Convention CIRDI.

Les questions qui concernent l'admissibilité seront examinées dans le deuxième chapitre de cette partie est celle de savoir s'il y a des autres questions qui peuvent être regardées en tant que questions d'admissibilité. Un autre problème ressort de la question de savoir si les investissements des entreprises publiques ne doivent pas être protégés par l'arbitrage d'investissement parce que, du moment que l'État contrôlant pourrait gérer ses entreprises pour poursuivre des buts politiques, ces activités peuvent représenter un risque par la sécurité nationale du pays hôte de l'investissement.

Les tribunaux arbitraux on pourrait se demander si les investissements réalisés par les entreprises publiques peuvent être considéré parmi ceux qui ne sont pas protégés par l'arbitrage d'investissement. Sur ce point, en envisageant une analogie avec les investissements qui sont réalisées en dépit de la législation nationale, on peut se poser la question de savoir si les tribunaux arbitraux doivent examiner la question d'une possible contraste avec la sécurité nationale en tant qu'une question préliminaire, de compétence, d'admissibilité ou de fond.

⁶⁷¹ **BEUS C.**, *op. cit.*, p. 568. **FELDMAN M.**, *op. cit.*, 2014, p. 637.

L'autre notion qui sera avalisée avec attention sera celle de qualité pour agir, pour vérifier s'il y a des autres bases pour rejeter les demandes des entreprises publiques, si par exemple on peut démontrer que le vrai titulaire de l'action n'est pas l'entreprise publique elle-même, mais, au contraire l'État qui la contrôle, une hypothèse qui transformerait le différend porté devant au CIRDI dans un litige interétatique.

Le troisième chapitre concerne, par contre, les questions qui peuvent revêtir un intérêt particulier pour les entreprises publiques lorsque la décision a été rendue.

CHAPITRE I – LES QUESTIONS DE COMPÉTENCE MATÉRIELLE

Dans ce chapitre on ira examiner les questions qui peuvent se poser au sujet des entreprises publiques en ce qui concerne seulement les questions *ratione materiae*. Dans ce chapitre on pourrait observer comme des questions se posent aussi dans le moment dans lequel il faut comprendre si les actifs gérés par des entreprises publiques peuvent être considérés comme des éléments protégés par le droit international des investissements.

§1) La compétence *ratione materiae* a quand les entreprises d'État agissent en qualité de demanderesse

Comme le Prof. Santulli a observé :

*« La compétence matérielle des tribunaux arbitraux chargés du contentieux de l'investissement dépend essentiellement d'une notion souple, le litige relatif à un investissement international ».*⁶⁷²

Dans ce domaine également, comme on l'a déjà vérifié à propos de la compétence *ratione personae* :

*« [the understanding of the notion of investment] Requires two separate examinations "a double keyhole approach": one under the BIT, the other under Article 25 [de la Convention CIRDI] ».*⁶⁷³

⁶⁷² SANTULLI, C., *op. cit.*, p. 180.

⁶⁷³ DOLZER, R., and SCHREUER, C., *op. cit.*, p. 61.

Dans les prochains alinéas, nous examinerons par conséquent les aspects liés à la compétence matérielle qui peuvent nous donner des renseignements à propos du traitement des entreprises publiques dans le domaine du droit international d'investissement.

§1.1) La définition de l'investissement dans les traités bilatéraux d'investissement

Les traités bilatéraux d'investissements, comme nous l'avons déjà observé, à travers leurs dispositions, élargissent ou réduisent le consentement de l'État au sujet des différends qui peuvent être tranchés par les tribunaux arbitraux. Par conséquent, l'étude de ces instruments peut être utile pour mieux comprendre la possibilité d'inclure non seulement les entreprises publiques parmi les sujets protégés, mais également leurs investissements parmi les activités qui peuvent être protégées à travers ces instruments.

Dans ce champ la question est celle de savoir si les activités réalisées par des entreprises publiques peuvent, ou non, être reconnues entre les activités qui peuvent être reconnues par des investissements ou non. Le problème ressort d'un côté directement de la formulation vague des traités en matière d'investissement et, de l'autre côté, comme on le verra dans le prochain paragraphe, du même manque de netteté de la notion d'investissement dans la convention du CIRDI. Même s'on peut comprendre que les définitions contenues dans les traités bilatéraux et multilatéraux d'investissements sont l'expression de la volonté des États, on peut, néanmoins, examiner la question de savoir si on peut déduire des éléments de caractère général par les décisions des rédacteurs des traités.

Dans ce domaine, comme dans ce de la compétence *ratione personae*, les rédacteurs des traités, ont suivi la tendance vers une rédaction plus détaillée de ces instruments et, à travers une analyse attentive de cette question, on peut chercher de déduire s'il y a des éléments qui peuvent nous aider à comprendre si les actifs des entreprises publiques doivent être considérés parmi ceux protégés. Par conséquent, une grande partie de l'analyse conduite dans ce paragraphe sera fondée d'une part sur l'examen des dispositions des traités bilatéraux d'investissement permettant de comprendre si la nature publique du capital utilisée peut être vue comme un élément significatif pour la protection des investissements réalisés par les entreprises d'État et, d'autre part, sur l'analyse des décisions qui ont examiné les investissements réalisés par ces entités. En donnant la dimension assez limitée des éléments qui on peut trouver spécifiquement référés aux entreprises publiques, une certaine attention

sera consacrée aux dispositions, à l'analyse de la doctrine et aux décisions arbitrales qui se sont occupé de la protection des organisations à but non lucratif, qui, à un certain niveau d'abstraction, peuvent présenter des ressemblances avec les entreprises publiques.

Ce parallélisme est justifié du fait que, comme on l'a vu dans le chapitre préliminaire, que seulement une partie des investissements publique sont motivé par la recherche de profit (on peut par exemple rappeler l'exemple de la Chine, où le gouvernement reçoit une portion très limitée des dividendes à 92 % réinvestis à l'intérieur des compagnies possédées).⁶⁷⁴

Au sujet des organisations à but non lucratif, la formulation vague des traités bilatéraux d'investissement doit nous pousser vers une analyse attentive de la doctrine et de la jurisprudence, qui à travers leur analyse, ont cherché de combler cette lacune. Ces aspects ont été examinés par la doctrine la plus récente et, même si cela a été fait à un niveau plus sommaire, par la jurisprudence contemporaine, sans réussir à comprendre s'il y a une règle applicable dans le droit d'investissement pour résoudre cette question. Les conclusions de cette analyse peuvent être utilisées pour arriver à une compréhension assez limitée, du moment que, on peut identifier des tendances, mais pas des règles consolidées.

La raison de cet échec, comme on l'a anticipé, réside principalement dans le fait que les traités bilatéraux d'investissements sont très imprécis à ce sujet. Des auteurs tels que Nick Gallus et Luke Eric Peterson ont analysé ce sujet dans le 2006,⁶⁷⁵ et ont défendu d'une façon passionnée le droit des organisations à but non-lucratif d'être protégées par le droit international de l'investissement.⁶⁷⁶

Au sujet de la protection qui peut être accordé sur la base des traités bilatéraux des investissements ils ont observé que la majorité des traités relatif aux investissements définissent les avoirs protégés d'une façon très large. Ils ont fondé leur analyse sur le modèle du 2004 des États-Unis, qui, a été la source d'inspiration pour le modèle d'autre pays, tels que le Canada, et de traités multilatérales, tels que l'*ALENA* et l'*ACIA*, et ils ont observé que :

« US BITs and other BITs based on that model also define investment in a broad manner [...] The circularity of the definition – defining investment as every kind of investment – provides some confusion, but the intent appears to be clear: the treaty

⁶⁷⁴ MILHAPUT, C. J., & ZHENG, W., 2016, *op. cit.*, p. 177.

⁶⁷⁵ GALLUS, N., PETERSON, L. E., « International Investment Treaty Protection of NGOs », *Arbitration International*, Vol. 22, n. 4, 2006, p. 527 – 548.

⁶⁷⁶ *Ibid.*, p. 547.

*protects everything that could be described as an investment. There appears to be nothing in the text of such treaties which would exclude capital which have been committed on non-profit basis ».*⁶⁷⁷

En ce qui concerne les considérations de caractère systémique, il est très intéressant la considération reportée dans les conclusions des auteurs citées selon laquelle :

*« Indeed, it is only by protecting such NGO investments that investment treaties can truly fulfil their purpose [...] of fostering development in the state in which they invest. If we accept that development is an ultimate purpose of BITs, then it cannot be accepted that such investment treaties protect shares in companies which construct schools, wells or water sanitization plants, but they would not protect foreign agencies providing those educational services, or basic health services on a not-for-profit basis ».*⁶⁷⁸

Un auteur plus récent, tels que Scott Konrad, n'est allé si loin et s'est limité à observer qu'il était assez normal que les traités bilatéraux d'investissements, surtout les plus récents, incluent une liste plutôt vaste des avoirs pouvant être considérés comme « protégés ».⁶⁷⁹

Par conséquent, l'auteur cité a suggéré que « *the definition of investment is typically quite broad [...]* » et a tiré de cette considération la conclusion que « *by way of example, a hospital or school would certainly be considered as "assets" ».*⁶⁸⁰ Comme on l'a déjà observé à propos des problèmes de compétence *ratione personae*, il n'est nullement démontré que le fait qu'un traité utilise un langage « ouvert » signifie que l'interprétation la plus correcte est la « plus large », mais dans le secteur de la notion d'investissement, il est évident que les rédacteurs des traités bilatéraux d'investissements sont en train de suivre la même tendance que pour le mot investisseur, c'est-à-dire un élargissement progressif des activités protégées.⁶⁸¹

⁶⁷⁷ *Ibid.*, p. 537.

⁶⁷⁸ *Ibid.*, p. 547.

⁶⁷⁹ KONRAD, S., « Protection of Non-Profit Organizations » in BUNGENBERG, M., GRIEBEL, J., HOBE, S., REINSCH, A., *International Investment Law, A Handbook*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2015, p. 560. BARBIERI, M., *op. cit.*, in SACERDOTI, G., ACCONCI, P., VALENTI, A., DE LUCA, A., *General Interests of host States in International Investment Law*, Cambridge University Press, 2014.

⁶⁸⁰ KONRAD, S., *op. cit.*, p. 560.

⁶⁸¹ *Definition of Investor and Investment in International Investment Agreements International Investment Law: Understanding Concepts and Tracking Innovations, OECD 2008*, p. 50 «The broad formula which refers to "every kind of asset" has become a standard definition in most BITs which contain a general statement followed by a non-exhaustive list of categories of covered investments directly or indirectly controlled by investors of either Party».

On peut accepter, donc, que le texte des traitées, en absence des limitations exprès concernant les activités protégées, peuvent être lue comme protégeant presque tous les avoirs, même s'ils sont gérés par des entités qui poursuivent des buts autres que la rémunération du capital investi. Par conséquence ceci ne peut pas être regardé comme un argumentation pour exclure la protection des actives gérées par les entreprises publiques, mais, au contraire, comme un élément qui peut encourager les tribunaux arbitraux à donner une lecture plus large possible des définitions contenues dans les traités bilatéraux des investissements, jusqu'à comprendre les avoirs des émanations de l'État à vocation économique parmi ceux protégés par les traités des investissement, même si il ne poursuivent pas de but lucratif. Les autres questions, liée à des possibles ingérences de nature géopolitique, à notre avis ne doivent pas être présumé, mais, au contraire, devront tomber dans l'analyse de la clause relative à la sécurité national, comme on le verra dans le paragraphe 3 du deuxième chapitre de cette partie.

§1.2) La définition investissement dans l'article 25 alinéa (1) de la Convention CIRDI

Les conditions pour avoir un investissement au sens de l'article 25 alinéa 1) de la Convention CIRDI sont envisagées dans la célèbre décision *Salini*. Selon la jurisprudence *Salini*, l'investissement se caractérise par quatre éléments : 1) l'utilisation d'un capital 2) une certaine étendue d'investissement 3) un élément de risque 4) une contribution substantielle au développement du pays dans lequel l'investissement a été réalisée.⁶⁸² Les auteurs Dolzer et Schreuer, ont confirmé la centralité de cette décision pour l'interprétation du mot « investissement » dans la Convention du CIRDI.⁶⁸³

Aux indicateurs que nous venons d'énumérer, il faut, selon certains tribunaux, comme celui qui a tranché l'affaire *Fedax N.V. v. Republic of Venezuela* du 1997 et ce qui a pris la décision *Joy Mining Ltd. v. Egypt*⁶⁸⁴ du 2004 en ajouter un cinquième, qui est un certain espoir de rendement du capital investi.⁶⁸⁵

⁶⁸² *Salini Construttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. Kingdom of Morocco*, ICSID Case No. ARB/00/4, Decision on Jurisdiction, July 23, 2001.

⁶⁸³ **DOLZER, R., and SCHREUER, CH.**, *op. cit.*, p. 60.

⁶⁸⁴ *Fedax NV v. Republic of Venezuela*, ICSID Case No. ARB/96/3, Decision on Objections to Jurisdiction, July 11, 1997, at para. 43.

⁶⁸⁵ *Joy Mining Machinery Ltd. v. Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/03/11, Award, August, 6 2004.

L'idée que l'investissement doit avoir une nature lucrative a été critiquée par d'autres tribunaux CIRDI⁶⁸⁶ et il n'est pas difficile d'imaginer pourquoi la poursuite de cette incertitude pourrait avoir un impact sur les investissements réalisés par des entités sous contrôle public, qui par leur nature peuvent poursuivre, ne serait-ce qu'occasionnellement, des objectifs sociaux et non pas exclusivement rentables.

Puisqu'il n'y a pas de cas relatifs aux entreprises publiques, comme nous l'avons déjà observé, il faut prendre en considération les organisations à but non lucratif. Puisqu'il y a une seule affaire relative aux entreprises publiques, comme on l'a déjà observé, il faut prendre en considération les organisations à but non lucratif. Les tribunaux CIRDI qui ont traité ce sujet ont maintenu une approche de *self-restraint* sur ce point. En commençant notre analyse par le cas plus représentative, nous devons observer que la question de la compétence *ratione materiae* au sujet d'un investissement réalisé par une entité étatique s'est posée par la première fois dans l'affaire *CDC Seychelles*. Dans cet affaire la demanderesse était une agence gouvernementale britannique fondée en 1948 et visant à investir dans les économies moins développées.

À l'époque, elle était entièrement détenue par le gouvernement britannique et était sous la direction de ce dernier. CDC avait effectué un investissement aux Seychelles destiné à l'élargissement et l'expansion de deux centrales électriques. CDC a poursuivi les Seychelles en alléguant la violation de deux contrats conclus entre la demanderesse et la *Public Utilities Corporation* (PUC, une entité contrôlée par l'État des Seychelles pour la production d'électricité). Le gouvernement des Seychelles a initialement contesté la compétence du tribunal en observant qu'un investissement comme celui - ci ne pouvait être considéré comme entrant dans le champ de la Convention CIRDI. Cependant, lors de l'audience préliminaire, le défendeur a décidé de retirer son objection. Le tribunal a observé qu'en général, le consentement des parties n'était pas suffisant pour établir la compétence du CIRDI, mais il s'est basé sur le retrait de l'objection de la partie du défendeur pour déclarer que sa compétence subsistait pour statuer sur l'affaire.

L'affaire *CDC Group plc v. Republic of Seychelles*,⁶⁸⁷ aurait pu être un véritable arrêt de principe pour comprendre tous les aspects de la question du moment que la CDC était une organisation contrôlée par le gouvernement britannique et avec un but non-lucratif, mais la

⁶⁸⁶ *Malaysian Historical Salvors, SDN, BHD v. The Government of Malaysia*, ICSID Case No. ARB/05/10, May 17, 2007, para. 108.

⁶⁸⁷ *CDC Group plc v. Republic of Seychelles*, ICSID Case No. ARB/02/14, Award, December 17, 2003.

seule considération des arbitres à ce propos ressemble plutôt à une pétition de principe, qu'à une véritable motivation.⁶⁸⁸ Les autres décisions arbitrales qui ont examinés des questions relatives aux entités sans but lucratif n'ont pas accomplie des résultats plus satisfaisantes, mais en vaut la peine de les examiner pour comprendre la grande incertitude existante sur cette question. Une affaire très récente qui a regardé des entités à but non lucratif se trouve dans la décision *PNG Sustainable Development Program Ltd. v. Independent State of Papua New Guinea*⁶⁸⁹ du 28 Octobre 2014 opposant une société sans but lucratif à l'État de Nouvelle-Guinée.

Dans cette affaire, la Nouvelle-Guinée a demandé au tribunal CIRDI de déclarer son incompétence puisque la demanderesse ne pouvait pas être qualifiée d'investisseur étant donné que le but de ses activités avait un but non lucratif. Le défendeur a suggéré que l'absence d'un investissement était suffisamment claire pour justifier le rejet de la requête du demandeur au sens de l'article 41, alinéa (5) du *Règlement d'arbitrage selon la Convention CIRDI*.⁶⁹⁰

Le demandeur a répliqué que la notion d'investissement était très contestée et qu'il était donc impossible pour le tribunal d'émettre une décision sur cette question à un stade préliminaire. Le tribunal arbitral a pleinement accepté l'approche du demandeur sur cette question et a reporté sa décision à un stade ultérieur de la procédure.

Dans la même affaire, le même tribunal a, dans une décision relative aux mesures provisoires du 21 Janvier 2015, partiellement rejeté la déclaration des motifs autres que ceux relatifs à la notion d'investissement.⁶⁹¹

En ce qui concerne cependant la question de l'investissement, le tribunal a noté que le rejet partiel de la demande ne pouvait en aucun cas être considéré comme une décision sur la

⁶⁸⁸ *Ibid.*, para. 19, "Although the Republic initially contested CDC's claim that the Loan Agreements and Guarantees were "investments" within the meaning of Art. 25 (1), the Republic subsequently withdrew its objection to jurisdiction at the oral hearing which took place on 22 - 23 July 2003".

⁶⁸⁹ *PNG Sustainable Development Program Ltd. v. Independent State of Papua New Guinea*, ICSID Case No. ARB/13/33, decision octobre 28, 2014.

⁶⁹⁰ *Ibid.*, "Unless the parties have agreed to another expedited procedure for making preliminary objections, a party may, no later than 30 days after the constitution of the Tribunal, and in any event before the first session of the Tribunal, file an objection that a claim is manifestly without legal merit. The party shall specify as precisely as possible the basis for the objection. The Tribunal, after giving the parties the opportunity to present their observations on the objection, shall, at its first session or promptly thereafter, notify the parties of its decision on the objection. The decision of the Tribunal shall be without prejudice to the right of a party to file an objection pursuant to paragraph (1) or to object, in the course of the proceeding, that a claim lacks legal merit"

⁶⁹¹ *PNG Sustainable Development Program Ltd. v. Independent State of Papua New Guinea*, ICSID Case No. ARB/13/33, January 21, 2015.

question de l'investissement et ne s'est pas prononcé sur cette question dans sa décision finale du 5 mai 2015.

La décision *Beijing Urban Construction Group Co. Ltd. v. Republic of Yemen*⁶⁹² du 2017, n'apporte pas des clarifications, depuis que tous les aspects relatifs à la nature publique de l'investissement ont été regroupés par les arbitres dans le chapitre compétence *ratione personae*. Par rapport à la question de l'existence de l'investissement en particulier, le Tribunal a appliqué le test élaboré par la célèbre décision *Salini v. Morocco*,⁶⁹³ sans se poser la question de savoir si le fait que l'utilisation du capital public pourrait poser d'autres problèmes, par rapport par exemple à la sécurité nationale ou à d'autres éléments pouvant ressortir de l'examen du traité bilatéral d'investissement.⁶⁹⁴

La doctrine la plus récente qui a examiné ce problème a ignoré ces développements jurisprudentiels⁶⁹⁵ et par conséquent, il n'est pas possible de l'utiliser pour arriver à des conclusions satisfaisantes.

§2) La compétence *ratione materiae* quand les entreprises d'État agissent en qualité de défenderesses

Comme on l'a vu dans le second chapitre de la thèse, il y a des situations dans lesquelles l'État peut devenir partie à l'arbitrage pour les actions de ses entreprises. On a vu que dans l'arbitrage des investissements, du moins après le 2006 avec la décision *Jan de Nul*, les critères que les arbitres ont utilisés pour vérifier si l'État peut être responsable pour les actes de ses entreprises sont basées sur le *Projet d'article de la Commission du droit international sur la responsabilité des États*.

On a vu aussi que dans le système du CIRDI il y a l'institut de la désignation, où, à travers le mécanisme de la désignation l'entreprise publique peut être directement partie à la procédure arbitrale. On a vu, aussi, qui, à travers le mécanisme de la désignation implicite certaines influences de l'arbitrage commercial liées à la possibilité d'identifier une sorte de consentement implicite ont survécu au mouvement général de l'arbitrage d'investissement

⁶⁹² *Beijing Urban Construction Group Co. Ltd. v. Republic of Yemen*, ICSID Case No. ARB/14/30, Decision on Jurisdiction, May, 31 2017.

⁶⁹³ *Salini Construttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. Kingdom of Morocco*, ICSID Case No. ARB/00/4, Decision on Jurisdiction, July 23, 2001.

⁶⁹⁴ *Beijing Urban Construction Group Co. Ltd. v. Republic of Yemen*, ICSID Case No. ARB/14/30, Decision on Jurisdiction, May 31, 2017, para. 136 – 138.

⁶⁹⁵ **KONRAD., S.**, *Protection for Non-Profit Organizations*, *op. cit.*, p. 560.

vers le droit public général. Dans ce paragraphe, nous compléterons la partie de l'image des entreprises publiques en ce qui concerne la compétence en matière d'arbitrage international d'investissements. En particulier, nous examinerons les questions liées d'une part à la compétence *ratione materiae*, qui sont principalement liées à la question de l'arbitrabilité objective. Encore une fois, même si notre analyse se focalise surtout sur l'arbitrage d'investissement, nous ferons des comparaisons limitées avec l'arbitrage commercial, surtout pour comprendre la signification des mots.

Cette comparaison est nécessaire parce qu'il n'existe pas une élaboration autonome au niveau doctrinaire du concept de l'arbitrabilité objective dans l'arbitrage d'investissements. En revanche cette question a déjà fait l'objet de plusieurs ouvrages dans l'arbitrage commercial. Dans le système CIRDI on étudiera surtout la portée de l'article 25 (4), qui a une portée générale, mais comme on le verra, peut avoir aussi une application limitée dans le domaine des entreprises publiques.

§2.1) L'arbitrabilité objective dans la Convention CIRDI

La nature question de l'arbitrabilité est préliminaire lorsqu'elle doit être tranchée avant les questions principales. Cela dit il faut distinguer cette question de celles qui ont le même caractère. Le professeur William W. Park a observé qu'il n'y a pas la possibilité d'arriver à une définition satisfaisante. La question n'est pas susceptible d'une solution définitive et doit être évalué au cas par cas, selon l'instrument applicable à chaque différend. Comme dans le cas de l'arbitrabilité subjective la signification de la locution arbitrabilité objective demeure incertaine. Cette incertitude ressort de la différence entre les différents systèmes juridiques. À ce propos il observé que:

*« Jurists from outside the United States may find the terminology unfamiliar. Court decisions speak of the “arbitrability question” in the same way that the rest of the world refers to a jurisdictional issue ».*⁶⁹⁶

Au niveau international nous ne préférons pas épouser une définition si large. Quand on parlera d'arbitrabilité dans ce paragraphe nous ferons référence à la définition donné par

⁶⁹⁶ **PARK, W. W.**, «*The Arbitrator's Jurisdiction to Determine Jurisdiction*», ICCA Congress, Montréal 2006, 13 ICCA Congress Series 55, p. 54.

Andrea Marco Steingruber, qui dans son ouvrage du 2012 consacré au *Consent in International Arbitration* a résumé la question dans la définition qui se lit comme suit :

« *In an international context “objective arbitrability” involves the simple question of what types of disputes may be resolved by arbitration and whether specific classes of disputes are exempted by arbitration proceedings* ». ⁶⁹⁷

La qualification d'une question en tant que celle qui concerne la compétence plutôt que l'admissibilité soulève des problèmes qui ne sont pas rares dans le domaine de l'arbitrage. Comme il a observé le Prof. Carlo Santulli :

« *Dans la jurisprudence internationale, les passages de la recevabilité à la compétence ne sont pas rares. Ainsi, la nationalité, condition de recevabilité des actions en protection diplomatique soumises à la Cour de La Haye, est volontiers analysée au titre de la compétence dans les procédures arbitrales* ». ⁶⁹⁸

Mais, à un niveau plus général la doctrine ⁶⁹⁹ a observé que la question de l'arbitrabilité est nettement distincte de la recevabilité et elle est plutôt liée au domaine de la compétence.

La Cour internationale de justice, dans l'affaire *Ambatielos*, a nettement affirmé ce principe lorsqu'elle a montré les limites à son action au cours du jugement de l'arbitrabilité. « *La Cour doit s'abstenir de décider définitivement de tout point de fait ou de droit touchant à [...] la « validité de la réclamation* ». L'auteur qui a commenté cet arrêt, Philippe Chapal, a conclu que :

« *La Cour de même qu'elle s'était déclarée incompétente pour le fond refuse de se prononcer sur la recevabilité de la requête. On se souvient que l'arrêt de la commission arbitrale a confirmé cette opinion* ». ⁷⁰⁰

⁶⁹⁷ **STEINGRUBER, A. M.**, *Consent in International Arbitration*, Croydon, Oxford University Press, 2012 para. 3.37

⁶⁹⁸ *Ibid.*, p. 266.

⁶⁹⁹ **CHAPAL, P.**, *L'arbitrabilité des Différends Internationaux*, Editions A. Pedone, Paris, 1967, p. 257. Voir **GOUIFFES L., GIRARD P., TAIVALKOSKI P., MECARELLI G.**, « Recherches sur l'arbitrage en droit international et comparé », *Revue internationale de droit comparé*, Vol. 51 N°1, Janvier-mars 1999, p. 198-200 at p. 199 « aussi sur ce point l'arbitrabilité objective, cette dernière concernant la matière dans laquelle l'arbitrage est autorisé ».

⁷⁰⁰ **CHAPAL, P.**, *op. cit.*, p. 258

La raison de cette distinction peut être tirée de la *Réclamation grecque au sujet des forêts du Rhodope Centrale*.⁷⁰¹ M. Oten Undesm a bien distingué le jugement relatif à l'arbitrabilité, rendu dans sa sentence du 4 novembre 1931, des décisions relatives à la recevabilité des réclamations. Celles-ci, comme la question relative au caractère justiciable du litige, ont été jointes au fond et l'arbitre y a répondu dans sa sentence du 29 mars 1933. La doctrine qui a examiné cette problématique a élaboré un schéma théorique de l'analyse opérée par le juge ou l'arbitre dans le sens de la concrétisation croissante de l'adaptation d'un fait.

L'ordre logique identifié par cette doctrine suggère que « *l'arbitre doit trancher un problème* :

- *De compétence pour pouvoir connaître l'affaire ;*
- *De justiciabilité pour savoir si le litige doit être soumis au droit international ;*
- *D'arbitrabilité pour dire si le différend rentre dans la clause d'arbitrage obligatoire ;*
- *De recevabilité pour montrer que la requête présente les conditions requises pour être examinée ;*
- *Enfin, en dernier stade il tranchera le fond du litige* ». ⁷⁰²

Nous sommes d'accord avec l'idée de l'auteur de poser la question de la justiciabilité du litige en la considérant comme une question qui précède celle de la demande. On peut à ce propos reporter l'opinion des auteurs Jean-François Poudret et Sébastien Besson qui a précisément observé que :

« *Hormis de la Convention de Washington, les conventions internationales ne contiennent aucune disposition matérielle sur l'arbitrabilité (objective) des litiges* ». ⁷⁰³

Si on lit à *contrario* l'opinion de l'auteur, il est tout à fait clair que dans le cas de la Convention CIRDI est un des cas dans lequel l'arbitrabilité objective est clairement exposée

⁷⁰¹ *Affaire des forêts du Rhodope central (question préalable) (Grèce c. Bulgarie)* du 4 novembre 1931, in *Recueil Des Sentences Arbitrales*, 4 novembre 1931, vol. III pp. 1389 – 1436, p. 1418. « Dans ses deux premières exceptions, le Défendeur demande à l'Arbitre de 1°) se déclarer incompétent et 2°) dire que la requête du Gouvernement hellénique n'est pas recevable avant l'épuisement préalable des voies et moyens devant les tribunaux bulgares. [...] Bien que ces deux exceptions ne soient pas absolument identiques, elles se recouvrent en partie et s'inspirent évidemment de la même manière de voir : un tribunal international ne doit pas, en règle générale, se charger de l'examen d'un différend appartenant à la compétence normale des tribunaux nationaux. Il convient donc d'examiner les deux exceptions à la fois ».

⁷⁰² **CHAPAL, P.**, *op. cit.*, p. 259

⁷⁰³ **POUDRET, J. F., BESSON, S.**, *Droit comparé de l'arbitrage international*, L.G.D.J., Bruxelles, 2002, p. 300.

par le texte du traité. Comme on le verra dans le paragraphe 2.1.2) de ce chapitre cette disposition est l'article 25 (4) de la Convention de Washington.

§2.1.1) Les questions émergeant des traités bilatéraux d'investissement

Quand on parle de la compétence matérielle par rapport aux entreprises étatiques quand elles sont défenderesses dans la procédure arbitrale, après la question d'être État pour respecter les conditions établies par l'article 25 (1) de la Convention de Washington, nous examinerons les autres problèmes qui peuvent ressortir des traités bilatéraux d'investissement (dans ce paragraphe) et de la Convention CIRDI dans le prochaine. La raison qui justifie le fait d'analyser la question de l'arbitrabilité objective dans une thèse consacrée aux entreprises publiques est que, parfois il y a des limitations par rapport aux questions qui sont arbitrables devant à un tribunal CIRDI qui peuvent avoir des conséquences sur la possibilité de déclencher un arbitrage contre un État pour les actes accomplies par un entreprise sous son contrôle. Ceci pourrait être le cas dans laquelle un traité bilatéral d'investissement limite la possibilité de déclencher un arbitrage par des actions qui ne sont pas classificables en tant que actes de puissance publique.

Dans ce paragraphe, nous verrons de quelle façon, la souplesse du système de droit d'investissement peut dans certains cas nous pousser à nous interroger sur la possibilité d'imaginer d'autres solutions. On peut s'inspirer encore à la réflexion de Carlo Santulli sur ce point qui a soutenu que la « *qualité d'État* » devait être vue comme une question de compétence matérielle,⁷⁰⁴ mais, du moment que nous avons classifié cette question, à un niveau générale, comme un problème de compétence *ratione personae*, à ce point de notre analyse il faut vérifier si, en se fondant sur une analyse conduite au cas par cas, il y a des situations dans le quelle, la possibilité pour l'État d'être partie à l'arbitrage pour des actes accomplies par des entreprises publiques peut être fondée ou niée aussi sur des autres éléments.

Une brève réflexion théorique sur ce point nous est inspirée de la récente affaire *Al Tamini c. Oman* affaire nous avons déjà commenté dans la première partie de la thèse, et à laquelle nous renvoyons.⁷⁰⁵

⁷⁰⁴ SANTULLI C., *op. cit.*, p. 188.

⁷⁰⁵ PARTIE PREMIERE, CHAPITRE II, §1).

L'aspect plus intéressant à remarquer ici est la fluidité de la qualification des objections préliminaires. Le Tribunal de l'affaire *Al Tamini* a examiné la question de l'imputation comme une question de fond. Nous avons soutenu en revanche que les objections limitées à l'imputation devaient être qualifiées d'objections à la compétence *ratione personae*.

En effet, le cas *al Tamini c. Oman* pourrait suggérer qu'en conséquence de la particulière formulation du traité bilatéral d'investissement, nous pouvons qualifier cette question d'une façon différente. Dans ce cas, un des problèmes que les arbitres ont examiné était l'imputabilité des actes à l'entreprise publique O.M.C.O. qui, selon l'analyse du tribunal devait être décidé sur la base de l'article 10.1.2 du traité bilatéral d'investissement entre États-Unis et Oman de 1999, en accord avec lequel :

« *A Party's obligations under this section shall apply to a state enterprise or other person when it exercises any regulatory, administrative, or other governmental authority delegated to it by that Party* ». ⁷⁰⁶

Il est clair, que dans ce cas, la formulation du traité suggère que le problème n'a rien à faire avec les questions de compétence *ratione personae*, mais, par contre, avec la compétence *ratione materiae*. Si en effet, l'entreprise publique O.M.C.O. aurait exercé des actes de puissance publique l'affaire serait tombée dans la compétence du Tribunal.

Le Tribunal a conclu son analyse en disant que selon lui :

« *Simply put, O.M.C.O. does not meet the test under the US – Oman FTA for attribution* ». ⁷⁰⁷

Le tribunal n'a pas considéré la question de l'imputation comme une question de compétence mais l'a en revanche examinée comme un problème de fond. Selon nous en revanche, la formulation de ce traité pourrait suggérer que dans ce cas particulier, il est possible de qualifier l'exception relative à la participation d'une entreprise publique à l'arbitrage en tant que défenderesse, de question de compétence matérielle. On peut soutenir cette idée en s'inspirant du mot « *delegated* » ⁷⁰⁸ qui est compris dans le traité bilatéral d'investissements.

⁷⁰⁶ Art. 10.1.2 of the *Agreement between the Government of the United States of America and the Government of the Sultanate of Oman on the Establishment of a Free Trade Area*, entered into force on 1 January 2009.

⁷⁰⁷ *Adel A Hamadi Al Tamimi v. Sultanate of Oman*, ICSID Case No ARB/11/33, Award, 3 November 2015, para. 316.

⁷⁰⁸ Art. 10.1.2 of the *Agreement between the Government of the United States of America and the Government of the Sultanate of Oman on the Establishment of a Free Trade Area*, entered into force on 1 January 2009.

Cette disposition pourrait être interprétée comme « *une disposition conventionnelle spéciale* »⁷⁰⁹ et peut suggérer qu'en réalité elle est visé à répartir la compétence entre les tribunaux du CIRDI et ceux commerciales. Á ce propos nous pouvons nous pouvons prendre en compte la division entre la notion de service public et celle de puissance publique que nous avons analysée au paragraphe 2.4) du chapitre préliminaire. Dans ce cas, la formulation claire du traité d'investissement bilatéral aurait dû suggérer à l'investisseur que s'il souhaitait être protégé contre une violation possible des contrats par les entreprises publiques, il aurait dû inclure une clause de règlement des différends de nature commercial dans le contrat d'exploitation minière.

§2.1.2) La possibilité de poser des limites ex art. 25 alinéa (4) Convention CIRDI

La Convention prévoit à l'article 25 alinéa (4) que :

« Tout État contractant peut, lors de sa ratification, de son acceptation ou de son approbation de la Convention qu'il considèrerait comme pouvant être soumis ou non à la compétence du Centre ».

Le Rapport des administrateurs sur la Convention explique a propos de cet article que :

*« Pour éviter tout risque de malentendu sur ce point, l'article 25 (4) autorise expressément les États contractants à indiquer au Centre à l'avance, s'ils le désirent, les catégories de différends qu'ils envisageraient ou non de soumettre au Centre. Cette disposition précise que la déclaration par un État contractant qu'il envisagerait de soumettre une certaine catégorie de différends au Centre serait faite à titre d'information seulement et ne constituerait pas le consentement requis pour qu'un différend relève de la compétence du Centre ».*⁷¹⁰

Il existe une autre notion qui peut se distinguer de celle de l'arbitrabilité objective, c'est-à-dire l'arbitrabilité ou l'inarbitrabilité d'un litige. Il s'agit de la possibilité pour un litige à faire l'objet d'un arbitrage, et selon la doctrine la plus récente, il faut considérer l'arbitrabilité au sens propre comme l'arbitrabilité objective, parce que :

⁷⁰⁹ SANTULLI, C., *op. cit.*, p. 188.

⁷¹⁰ **BANQUE INTERNATIONALE POUR LA RECONSTRUCTION ET LE DEVELOPPEMENT**, *Rapport des administrateurs [...] op. cit.*, rédigé le 18 mars 1965, para. 31.

« Il arrive qu'une distinction soit faite entre arbitrabilité *ratione materiae*, c'est-à-dire objective, et *ratione personae*, c'est-à-dire subjective. La seconde ne sera cependant pas retenue, parce que constitutive d'un abus de langage : elle renvoie en réalité à une question de capacité des personnes ». ⁷¹¹

En général le concept de l'arbitrabilité objective « représente l'aptitude d'une cause à faire l'objet d'un arbitrage ». ⁷¹² Dans le domaine de l'arbitrage CIRDI, la notion d'arbitrabilité reviendrait à supposer que certains différends portés à la connaissance des arbitres seraient donc inarbitrables.

A partir du moment où l'investissement est la matière sur laquelle peuvent s'exercer des droits, la question est de déterminer s'il existe des droits afférents à l'investissement qui seraient par essences indisponibles. La Convention de Washington ne tranche pas directement cette difficulté, puisqu'elle n'écarte a priori aucune situation en relation avec un investissement. Par application de cette disposition, un État peut donc parfaitement faire sortir du champ d'application de la Convention des catégories de différends qu'il ne voudrait plus soumettre au Centre. De cette manière, comme l'a observé Gilles, « certains litiges deviendraient inarbitrables, non par nature, mais par la volonté des États ». ⁷¹³ Cette approche doit être nuancée à la lumière des décisions arbitrales rendues à ce sujet.

On peut faire référence à l'affaire *PSEG Global, Inc. v. Turkey* ⁷¹⁴ dans laquelle le tribunal a largement réduit l'importance des notifications par rapport à l'étendue de sa compétence puisque la notification n'a pas été reproduite dans le traité bilatéral d'investissements. Cette décision se pose clairement en contraste avec l'esprit original de l'article 25 (4).

Le Rapport des administrateurs à la Convention CIRDI explique clairement qu'on a mentionné au début de ce paragraphe clarifie que l'article 25 (4) a été introduite « pour

⁷¹¹ GILLES, A., *La Définition de l'Investissement International*, Larcier, 2012, p. 153.

⁷¹² DIALLO, O., *Le consentement des parties à l'arbitrage international*, Presses Universitaires de France, Paris, 2010, p. 43.

⁷¹³ GILLES A., *op. cit.*, p. 153.

⁷¹⁴ *PSEG Global, Inc., The North American Coal Corporation, and Konya Ingin Elektrik Üretim ve Ticaret Limited Sirketi v. Republic of Turkey*, ICSID Case No. ARB/02/5, *Decision on Jurisdiction*, 4 June 2004, para. 139. "In this connection the Tribunal does not share the Respondent's interpretation of the CSOB and Fedax cases. Although the language in CSOB appears to support the interpretation that notifications can limit the scope of the Centre's jurisdiction, that Tribunal concluded that by not making such a declaration the Contracting Party has "submitted itself broadly to the full scope of the subject matter jurisdiction governed by the Convention".

Yet it remains that the "subject matter" jurisdiction is determined by the consent of the Contracting State expressed in a separate instrument and by the definition of investment included in that expression of consent. True, it is governed by the Convention but it is not defined by it. It follows that notifications under Article 25 (4) do not have a life of their own and are wholly dependent on the consent mechanism".

éviter tout risque de malentendu sur ce point »⁷¹⁵ et, par conséquence, nous pouvons discuter beaucoup sur l'interprétation de cette alinéa donnée par le Tribunal.

Il est clair, en lisant la décision du tribunal arbitral que les arbitres ont considérés l'argument avancé par le juge Schwebel selon lequel « *notifications must necessarily have a purpose as otherwise they would be a meaningless exercise* ». ⁷¹⁶

Cette approche nous rappelle le principe interprétatif de l'effet outil, mais le tribunal était bien conscient de faire une interprétation évolutive de l'article 25 (4). A notre avis cette interprétation est assez convainquant : d'un point de vue systématique réduit la décision du tribunal réduise beaucoup l'importance de l'article 25 (4) de la Convention CIRDI, qui, en principe, doit prévaloir sur les textes des traités bilatéral d'investissements.

De l'autre côté on peut penser qui si un État ratifie une instrument international successive avec un contenu différent on peut imaginer qui, si on veut donner une certaine relevance aux principes des atteintes légitimes, il ne serait pas toute à faite correcte d'ignorer tout cour ce changement dans sa politique international.

À notre avis c'est une autre question qu'échappe à une solution radicale. De toute façon il faut observer que dans les affaires *Fedax v. Venezuela*,⁷¹⁷ *CSOB v. Slovakia*,⁷¹⁸ les tribunaux ont interprété l'absence de la notification au titre de l'article 25 (4) comme une raison pour élargir la notion d'investissement.

La décision la plus intéressante sur ce point reste selon nous celle du Comité d'Annulation dans l'affaire *Mitchell v. DR. Congo*, dans laquelle le comité d'annulation a observé que :

⁷¹⁵ **BANQUE INTERNATIONALE POUR LA RECONSTRUCTION ET LE DEVELOPPEMENT**, *Rapport des administrateurs [...], op. cit.*, para. 31.

⁷¹⁶ *PSEG Global, Inc., The North American Coal Corporation, and Konya Ingin Elektrik Üretim ve Ticaret Limited Sirketi v. Republic of Turkey*, ICSID Case No. ARB/02/5, Decision on Jurisdiction, 4 June 2004, para. 138.

⁷¹⁷ *Fedax v. Venezuela*, ICSID Case No. ARB/96/3, *Decision on Jurisdiction*, 11 July 1997, para. 33, "It must also be noted that the Republic of Venezuela has not exercised its right under Article 25 paragraph (4) of the ICSID Convention to notify the Centre of any class or classes of disputes it would or would not consider submitting to the jurisdiction of the Centre. This provision allows Contracting States to put investors on notice as to what class of disputes they would or would not consider consenting to within the broad meaning of investment under the Convention".

⁷¹⁸ *Ceskoslovenska Obchodni Banka, A.S. v. The Slovak Republic*, ICSID Case No. ARB/97/4, *Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction*, 24 May 1999, para. 65 "It is worth noting, in this connection, that a Contracting State that wishes to limit the scope of the Centre's jurisdiction can do so by making the declaration provided for in Article 25 paragraph (4) of the Convention. The Slovak Republic has not made such a declaration and has, therefore, submitted itself broadly to the full scope of the subject matter jurisdiction governed by the Convention ».

*« In doing so, the fact that a State has not made use of the notification option provided for under Article 25 (4) of the Convention may not be understood to mean that that State has taken a certain position regarding the very concept of investment ».*⁷¹⁹

Cette considération peut avoir une valeur très intéressante si elle est comparée avec l'analyse que nous avons développée sur les traités. Encore une fois dans une situation assez difficile la possibilité comparativement meilleure est celle de se fonder sur un principe général du droit d'investissements telles que les atteintes légitimes de l'investisseur, où, plus en général, sur la solution qui mieux respecte le principe de la bonne foi, qui est autant plus facile à respecter si la loi sur laquelle l'investisseur fait confiance est représenté par un environnement stable et prévisible pour l'investissement.

En ce qui concerne les entreprises publiques, la seule considération que l'on peut déduire de notre analyse est relative à la notification effectuée par l'Arabie Saoudite qui, en 1980, a communiqué au Centre qu'elle :

*« Reserves the right of not submitting all questions pertaining to oil and pertaining to acts of sovereignty ».*⁷²⁰

Il est clair que si toutes les activités liées au pétrole sont sous le contrôle de l'entreprise publique *Saudi Aramco*, cette limitation pourrait effectivement avoir une influence sur la possibilité pour cette entreprise publique d'être défenderesse.

En effet, si on peut imaginer qu'un État peut être partie à l'instance arbitrale est parce que les actes de ses entreprises publiques sont lui attribuables, mais cet examen sur la compétence devait s'arrêter devant à la notification de l'article 25 (4). À cet égard, il pourrait être intéressant de faire une comparaison entre la liste des :

*« Notifications concerning classes of disputes considered suitable or unsuitable for submission to the Centre »*⁷²¹

et celle qui concerne les *« Designations by contracting States regarding constituent subdivisions or agencies »*. Encore une fois, le cas de la République de Turquie est intéressant. En effet cet État a désigné la *Turkish Electricity Generation and Transmission*

⁷¹⁹ *Mr. Patrick Mitchell v. Democratic Republic of the Congo*, ICSID Case No. ARB/99/7, *Decision on the Application for Annulment of the Award*, 1 November 2006, para. 25.

⁷²⁰ Document ICSID/8-d : <http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet>.

⁷²¹ *Contracting States and Measures Taken by Them for the Purpose of the Convention.pdf* <https://icsid.worldbank.org/en/Documents/icsiddocs/ICSID>.

Corporation (TEAŞ) et la *Petroleum Pipeline Corporation (BOTAŞ)*, mais au même temps, le même pays a notifié que:

« However, the disputes, related to the property and real rights upon the real estates are totally under the jurisdiction of the Turkish courts and therefore shall not be submitted to jurisdiction of the Center ».

Depuis que la désignation date de 8 octobre 1998, tandis que la limitation des disputes qui peuvent être soumis à la compétence du Centre antedate cette dernière de presque dix ans, nous nous pouvons demander si un différend tomberait, par exemple, sur la propriété d'un oléoduc si on peut imaginer que dans ce cas la limitation contenue dans la notification doit avoir une importance limitée à la lumière de la portée de la désignation suivante où, si la notification pourrait empêcher la possibilité par l'entreprise publique désignée de participer à la procédure arbitrale. Encore plus intéressante pourrait être le cas d'un différend qui porte au même temps sur le secteur du pétrole et sur celui d'un droit de propriété. Dans ce cas le tribunal, si par exemple, la question relative à la propriété est une question préalable, le tribunal devrait arrêter son examen de l'affaire en attendant la décision d'un tribunal national turc. Dans l'absence des exemples pratiques il est impossible de donner une réponse satisfaisante à ces questions.

À côté de la question intertemporelle, cependant, on peut vérifier, et ça représente une question intéressante pour le sujet de notre thèse, comme le caractère hybride des entreprises publiques montre les apories de l'arbitrage d'investissement.

On peut, en effet, se demander si les entreprises publiques désignées sont liées par la notification, qui si on accepte une interprétation restrictive de l'article 25 (4) semble être une déclaration qui regarde seulement l'État lui-même ou aussi les émanations désignées.

Si on le considère des entités distinctes on peut être porté à imaginer que la désignation au sens de l'article 25 (1) et (3). En revanche, si on base notre interprétation sur le mot « delegated » on peut, en revanche, imaginer, que l'État ne peut pas déléguer une possibilité d'être partie à une procédure arbitrale qui ne possède pas lui-même, et parce que la question n'est pas arbitrale tout court.

CHAPITRE II - LES QUESTIONS DE RECEVABILITÉ DES DEMANDES

§1) Les questions de recevabilité de la demande intéressant les entreprises d'État quand elles agissent en qualité de demanderesse : la notion de « *locus standi* »

La doctrine de procédure du début du XXe siècle, énumérait quatre conditions pour la recevabilité des demandes en justice : le droit, l'intérêt, la qualité et la capacité.⁷²² En ce qui concerne les entreprises publiques une autre question qui doit être considéré en donnant la spécificité de ce sujet est celle qui ressort des questions de sécurité national de l'État hôte de l'investissement qui sera analysé dans le paragraphe 3 de ce chapitre.

Dans les prochains paragraphes nous examinerons comment ces questions processuelles peuvent se rapporter au caractère étatique des entités étatiques dans l'arbitrage d'investissements.

Comme nous le verrons, la notion de « *standing* » est parmi les plus controversées, mais c'est en même temps une des notions les plus intéressantes en ce qui concerne les entreprises publiques dans l'arbitrage d'investissements, parce que son analyse permet d'arriver à éclaircir certaines zones grises de ces émanations, d'une côté, et, de l'autre côté, à un niveau plus théorique nous examinerons quelles sont les caractéristiques de l'intérêt pour agir.

Avant de commencer notre examen théorique, certaines précisions de caractère sémantique doivent être faites. Nous examinerons des décisions prises dans divers systèmes arbitraux, par des arbitres provenant de différentes traditions juridiques. Un bon exemple pour donner une idée de ce problème, est la querelle terminologique qui s'est présentée devant le Tribunal fédéral suisse au sujet de la définition du *locus standi*, dans un recours de droit public visant à obtenir l'annulation d'une décision arbitrale. Le tribunal arbitral, dans une décision préliminaire, avait admis que la demanderesse avait *locus standi* pour soutenir ses réclamations. Le jour précédant la dernière audience, le défendeur avait produit le certificat d'incorporation de la demanderesse, en observant qu'en application de la loi de la place d'incorporation de cette dernière, la société demanderesse n'existait pas. Les arbitres ont déclaré que n'était pas possible de trancher le fond de l'affaire, parce qu'il existait un grave vice de procédure.

⁷²² GARSONNET et BRU, C., *Traité théorique et pratique de procédure civile*, troisième édition, Paris, 1898, Tome I, p. 492. LALIGANT, M., « La notion d'intérêt pour agir et le juge administratif », *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l'Étranger*, 1971, p. 69.

La partie perdante avait alors porté l'affaire devant le Tribunal fédéral en observant que la décision finale des arbitres était contraire au principe de la chose jugée. Le Tribunal a été forcé d'effectuer un examen attentif de la notion de *locus standi*. Cette expression, selon la demanderesse, avait été utilisée par les arbitres pour définir en général le cas dans lequel la demanderesse remplissait les conditions pour poursuivre son action.

Le Tribunal a examiné l'expression *locus standi* employée par les arbitres pris par le Black's Law Dictionary selon lequel cette expression :

« Désigne le droit d'agir en justice (standing in the Court), c'est-à-dire la qualité de partie et la capacité d'ester en justice ».

Le tribunal a observé que cette considération était trop générique et qu'il convenait intéressant de suivre l'examen des différents aspects de cette décision parce qu'ils éclairent que dans le domaine de l'arbitrage, il y a des difficultés liées aux différentes expressions sémantiques qui découlent de l'encontre des diverses traditions juridiques. Le tribunal a observé en particulier que :

« [...] L'expression "locus standi", que donne le dictionnaire cité par la recourant, n'évoque en rien la capacité d'être partie et la capacité d'ester en justice ».⁷²³

Le Tribunal a ensuite continué ses considérations en observant que la notion du :

« Locus standi » « se rapproche bien plutôt de celle de légitimation active (ou qualité pour agir) - soit la titularité du droit litigieux - dans la mesure où elle présuppose l'existence d'une certaine relation de proximité entre la partie qui agit en justice et la question soumise au juge (« on a given question »), exigeant, autrement dit, un intérêt suffisant de celle-là à faire trancher celle-ci. Au demeurant, les termes « locus standi » (ou « standing ») ne sont guère parlants, [...] ».

Le Tribunal, après avoir fait cette distinction, a examiné le véritable cœur de la demande proposée, qui n'était pas lié à une question de qualité, mais de capacité.

De cette considération, les juges ont déduit qu'en réalité les arbitres n'avaient jamais statué sur la capacité et par conséquent, ils ont conclu que les arbitres n'avaient pris une décision concernant cette question. Ce cas nous montre comment des notions qui peuvent apparaître

⁷²³ Tribunal Fédéral, première Cour civile, arrêt du 3 avril 2002, 4P.282/2001. X. Inc., contre la sentence finale rendue le 9 octobre 2001 par le Tribunal arbitral à Genève dans la cause qui oppose la recourant à Z Corporation. En ASA Bulletin, 20, 2 Juin 2002, p. 367.

comme des distinctions minutieuses essentiellement doctrinales, peuvent en réalité avoir une conséquence importante sur le déroulement du procès, qui peut s'orienter dans un sens ou dans l'autre sur la base de ces dernières. On comprend bien par conséquent l'opportunité d'une analyse de ces règles de procédure, qui doivent être analysées selon leur transposition au niveau international. Les questions plus intéressantes concernant les entreprises publiques sont liées à la qualité pour agir, qui sera examiné dans le prochaine paragraphe.

§1.1) La qualité pour agir dans l'arbitrage d'investissement.

Au sujet de notre ouvrage la qualité pour agir à une relevance significative pour comprendre les aporiès et les complexités qui se posent dans l'arbitrage d'investissements lorsque une entreprise publique est partie au procès. Il y a des éléments qui nous donnent la possibilité de mieux comprendre la nature substantialiste des tribunaux arbitrales. En particulière, parfois, devant aux tribunaux arbitrales la question de savoir qui était le vrai titulaire de la demande, si l'État où son entreprise.

Il extrêmement intéressant d'examiner les aspects liés au traitement des entreprises publiques au niveau de la procédure en ce qui concerne la titularité de l'intérêt pour agir, mais avant de procéder il faut donner quelque explication d'ordre général. N'est pas possible, en effet, de parler de quelque chose sans avoir avant clarifié de quoi s'agit.

L'expression « *intérêt pour agir* » est la déclinaison processuelle de l'« *intérêt juridique* ». Sur le plan interne, cet notion a été l'objet d'une étude récente sur la qualification de cette notion sur le plan interne et ils ont observé que il est difficile de réconcilier deux aspects de cette notion, un en accord avec lequel l'intérêt pour agir est un pouvoir abstraite et l'autre que cet intéresse doit être personnel. Emmanuel Piwnica a observé que « *il serait vain, ici, de prétendre que cette notion ne génère apas des difficultés* ». ⁷²⁴

L'expression « *intérêt juridique* » est fréquemment utilisée par la Cour international de justice comme synonyme de « *droit* ». Devant la Cour internationale de justice, l'appréciation de l'existence et de la réalité de cet intérêt se fait, selon le cas d'espèce, pas dans des conditions identiques, selon que l'on se situe dans le cadre de l'article 63 ou dans

⁷²⁴ PIWNICA E., « Á propos de l'intérêt à agir devant la juridiction administrative », in TEITGEN-COLLY C., *L'accès au juge : l'intérêt à agir, Actes du Colloque organisé le 20 juin 2014*, Paris, LGDJ, 2016, p. 41.

celui de l'article 62 du Statut, qui représentent les données normatives de bases pour analyser ce concept juridique.

Selon un auteur français, Charles de Visscher :

« Invoquer un intérêt juridique, c'est réclamer à des fins juridiques un titre susceptible d'atteindre ces fins, sans que le bien-fondé en droit de ce titre ne s'en trouve pour autant préjugé »,⁷²⁵

tandis que la même notion a été défini par un auteur de common law, Ian Brownlie comme :

*« The primary requirement for the making of an international claim is the existence of an interest recognized by the law »*⁷²⁶

et un auteur récent, Jean-Pierre Queneudec, a conclu que :

« Il est indispensable de bien marquer la différence qui existe entre les intérêts des Etats, notion de fait et subjective, dont ces derniers sont seuls juges, et l'intérêt pour agir en justice, notion juridique et objective dont la Cour apprécie souverainement l'existence dans chaque cas d'espèce ».⁷²⁷

Même si l'on peut être d'accord avec ces juristes sur le plan de la théorie générale du droit sur l'importance de cette notion, quand on cherche à en donner à une définition satisfaisante dans le droit international public, même les auteurs, tel que par exemple, le juge Mbaye, qui ont consacré un large étude à ce sujet se trouvent en difficulté. Il est certain que l'intérêt pour agir, sur le plan international comme dans le droit interne

« Est une condition de recevabilité de la demande, même si la Cour elle-même, hésite à le dire clairement dans ses arrêts ».⁷²⁸

On comprend bien que ces définitions générales doivent rester souples sur le plan du droit international. Comme l'a observé le juge Mbaye :

« La Cour, qui est une cour mondiale, hésitera toujours à se déterminer à opérer un choix par l'utilisation de termes qui ont déjà cours dans certains droits internes ».⁷²⁹

⁷²⁵ **DE VISSCHER, CH.**, *Aspects récents [...]*, op. cit., p. 63.

⁷²⁶ **BROWNLIE, I.**, « General Course on Public International Law », *R.C.A.D.I.*, n. 225, 1995, p. 103.

⁷²⁷ **QUENEUDEC, J. P.**, « La notion d'État intéressé en Droit International », *R.C.A.D.I.*, 255, 1995, p. 418.

⁷²⁸ **MBAYE, K.**, op. cit., p. 338.

⁷²⁹ *Ibid.*

Cette conclusion, qui est sûrement partageable à un niveau abstrait, ne nous donne aucun instrument efficace pour conduire une analyse satisfaisante dans le domaine de notre thèse. Nous prendrons brièvement en considération deux aspects qui nous semblent plus intéressants. Le premier est la distinction entre qualité et intérêt. Comme nous le verrons en particulier à travers une comparaison avec l'arbitrage commercial, le droit d'investissement sur ce plan est réglé par une approche qui, tout au moins au niveau pratique, n'a rien à voir avec ces règles de droit international général et l'analyse du traitement des entreprises publiques à ce sujet est vraiment significatif.

Comme nous l'avons observé, l'examen du problème de la titularité de l'intérêt pour agir, présuppose des distinctions bien claires entre les deux notions de la titularité et de l'intérêt lui-même. Du point de vue de la loi nationale, il faut observer que cette question a soulevé pendant des années des opinions très différentes parmi les auteurs ayant étudié ce sujet. Il faut également observer que même l'auteur qui a examiné cette question dans les temps plus récent doctrine la plus récente ayant examiné ce problème a conclu que :

*« La distinction entre qualité et intérêt n'est pas très aisée en droit interne ».*⁷³⁰

La même doctrine a fondé ses conclusions sur celles d'auteurs plus anciens qui ont suggéré qu'au niveau international :

*« La qualité qui s'exprime ici a pour fondement la somme globale ou concentration des intérêts d'une collectivité politique organisée. Les intérêts qui fondent la qualité sont ici indifférenciés, en entendant par-là que le droit international les envisage sans autrement distinguer comme des attributs de l'État souverain ».*⁷³¹

Il est raisonnable de supposer que les auteurs en question ont été poussés à prendre cette position par le fait que dans le système qui était l'objet de leur étude, la présence d'un seul type de sujet – l'État. Il est clair que cette création juridique a des caractéristiques et des intérêts, à la fois de nature économique, politique et géopolitique qui ne trouvent pas des ressemblances avec un investisseur privé. La vastité des intérêts que l'État possède réduisent la nécessité à chaque fois, de justifier l'existence d'un droit susceptible de tomber dans la compétence de la Cour internationale de justice. Cette circonstance combinée au fait que la Cour internationale de justice est un Cour de compétence générale, a rendu moins importante l'identification du véritable porteur de l'intérêt sous-jacent au différend, bien que,

⁷³⁰ MBAYE, V. K., *op. cit.*, p. 258.

⁷³¹ VISSCHER, C., *op. cit.*, p. 107.

comme on le verra, certaines circonstances ont porté à des arrêts dans lesquelles ces notions ont été élaborées plus précisément et qui pourraient être utiles comme une sorte d'archétype théorique pour développer notre analyse.

Pour éclairer la notion de qualité, il faut commencer par l'article 34 des Statuts de la Cour, paragraphe 1, qui dit que « *seuls les Etats ont qualité pour se présenter devant la Cour* » et cela signifie (et cela comme nous le verrons, cela reste une distinction importante parce que le mot qualité dans cet alinéa a été source de de nombreux problèmes terminologiques) que du point de vue de la compétence *ratione personae*, la Cour ne peut connaître que des affaires dans lesquelles les États sont partie.

La notion de qualité est distincte, parce qu'elle reste sur le plan de l'admissibilité, en vertu de son lien avec chaque demande spécifique. L'article 34 alinéa (1) indique donc les titulaires du droit d'agir en justice à un niveau abstrait, ce pouvoir légal qui en droit interne est une liberté publique.

Comme l'a synthétisé le juge Mbaye :

*« À l'occasion d'un procès déterminé, il faut se demander parmi tous les Etats titulaires du pouvoir d'agir ceux qui peuvent justifier d'un intérêt juridique afin d'être en mesure de concrétiser le pouvoir qui est leur reconnu par la loi. Puis, parmi tous ceux-ci, il faut sélectionner l'État que le droit interne désigne comme titulaire de l'action en l'espèce, donc celui qui a qualité pour agir ».*⁷³²

La conclusion que nous pouvons tirer de cette analyse est que l'intérêt et la qualité sont deux notions distinctes et que dans le droit international comme dans le droit interne, l'intérêt pour agir est un pouvoir abstrait puisque comme l'a remarqué Ian Brownlie :

*« There is no equation of damage suffered and the existence of a legal interest ».*⁷³³

L'auteur *Abi-Saab*⁷³⁴ a élaboré une notion de qualité pour agir en s'inspirant des différences entre les deux arrêts de la Cour internationale de justice dans l'affaire *Sud-Ouest Africain*.

Dans une première phase, la Cour a brièvement traité cette question. Après avoir analysé le texte de la clause compromissoire, elle est arrivée à la conclusion que :

⁷³² **MBAYE K.**, *op. cit.*, p. 339.

⁷³³ **BROWNLIE I.**, *General Course on [...] op. cit.*, R.C.A.D.I., n. 225, 1995, p. 103.

⁷³⁴ **ABI-SAAB G.**, *op. cit.*, p. 138.

*« La portée et l'objet manifeste des dispositions de cet article indiquent en effet qu'on entendait par là que les Membres de la Société des Nations eussent un droit ou un intérêt juridique à ce que le Mandataire observant ses obligations [...] à l'égard de la Société des Nations et de ses Membres ».*⁷³⁵

La Cour, dans la seconde phase, a distingué la qualité au sens de « *l'aptitude des demandeurs de se présenter devant elle* » - d'invoquer la clause de compétence - et la qualité des demandeurs au sens de :

« leur droit ou intérêt juridique par rapport à l'objet de la demande ». Selon la Cour, ce serait « *une question de fond, mais prioritaire* ». ⁷³⁶

Cette expression est intimement contradictoire et il émerge de cette contradiction un problème juridique déjà bien connu. De ce point de vue, l'opinion du juge Morelli est intéressante. Il a observé que :

*« Par qualité on n'entend pas autre chose en ce cas que l'appartenance à un sujet plutôt qu'à un autre sujet du droit substantiel invoqué dans le procès. Il s'agit par conséquent d'une qualité substantielle et non pas procédurale. Le défaut d'une telle qualité doit justement amener à un rejet au fond et non pas à une déclaration d'irrecevabilité de la demande ».*⁷³⁷

Nous estimons que le juge Morelli est allé trop loin et que la doctrine française en revanche a justement critiqué cette position, estimant qu'en effet, il s'agissait tout à fait d'une question d'admissibilité. Néanmoins l'observation du juge Morelli nous est utile pour démontrer que dans le droit international, au moins au niveau général, la vision qui sépare l'intérêt pour agir du droit substantiel n'est pas entièrement correcte.

Cette contradiction, en effet, a déjà été relevée par la doctrine, qui a justement critiqué la notion de qualité donnée par la Cour, en observant que :

« En qui concerne la qualité en tant qu'aptitude à invoquer la clause juridictionnelle, il ne s'agit pas de la qualité comprise dans son sens technique de condition de

⁷³⁵ *Sud-Ouest africain, deuxième phase, arrêt, C.I.J. Recueil 1966, p.18.*

⁷³⁶ *Ibid.* « [...] il ne s'agit non pas de la question de l'aptitude des demandeurs à se présenter devant la Cour, qui a été tranchée par l'arrêt de 1962, mais de la question de fond de leur droit ou intérêt juridique au regard de l'objet de la demande telle qu'elle a été énoncée dans leurs conclusions finales.

5. En dépit du caractère prioritaire de cette question, la Cour ne pouvait l'examiner avant que les Parties aient présenté leur argumentation sur l'ensemble des points de fond ».

⁷³⁷ *Sud-Ouest africain, deuxième phase, arrêt, C.I.J. Recueil 1966, p.18, Opinion Individuelle de M. Morelli, p. 65, para. 9.*

*recevabilité, mais simplement de la compétence spéciale ratione personae, c'est à dire de l'existence d'un titre de compétence liant les parties en cause ».*⁷³⁸

À travers notre analyse nous sommes réussi à identifier celle qui peut être regardé comme une interprétation correcte de la notion de qualité pour agir en tant que 1) question lié à la titularité de l'intérêt à agir et 2) question d'admissibilité. Par consequence il y a des points de contacts entre les intérêts économiques substantielles et le problèmes de nature processuelle. Ces questions ouvrent de problèmes théoriques et pratiques intéressantes lorsqu'on applique ces notions aux entreprises étatiques et à la possibilité de la cession de leur droit substantiel à l'État. On comprend très bien le sens de cette observation si l'on considère qu'en interprétant la question de la qualité pour agir dans son sens technique, l'organe judiciaire examine la question de l'appartenance de la prétention au demandeur « à la supposer fondée ».⁷³⁹

Car si le demandeur ne peut se prévaloir d'un intérêt direct et personnel, sa demande demeure recevable s'il justifie de sa qualité pour agir en l'espèce. Parce que c'est précisément à défaut d'un intérêt direct et personnel que se posait la question de savoir le demandeur avait la qualité, c'est-à-dire le pouvoir ou le titre l'habilitant à « provoquer la sanction de l'intérêt légitime en cause »,⁷⁴⁰ intérêt qui en l'occurrence ne lui n'appartient pas.

De ce point de vue, il est bien clair que la protection par le demandeur d'un droit subjectif appartenant à un autre sujet de droit ne pose pas de difficultés, dans la mesure où il existe un titre spécifique, conventionnel ou coutumier, autorisant cette représentation.

La lecture d'un autre arrêt de la Cour pourrait donner de meilleures indications. Le problème s'est posé dans l'affaire *Ressortissants des Etats Unis au Maroc*, dans laquelle la Cour a invité l'agent du Gouvernement de la République française à préciser en quelle qualité la République entendait agir et en particulier si elle entendait le faire en son nom propre ou en tant que puissance protectrice du Maroc. En réponse à cette invitation, l'agent déclara que la France agissait en cette double qualité. Réponse qui entraîna le retrait de l'exception préliminaire soulevée à ce sujet par le gouvernement des États-Unis.⁷⁴¹

⁷³⁸ **ABI – SAAB, G.**, *op. cit.*, p. 138.

⁷³⁹ *Ibid.*

⁷⁴⁰ *Ibid.*

⁷⁴¹ **VISSCHER, C.**, *op. cit.*, p.76.

Il est clair que le caractère général de la compétence de la Cour internationale de justice donne aux parties une très grande liberté.

Par conséquent devant la Cour internationale de justice il est possible pour le demandeur de donner une réponse aussi générique au sujet de la qualité pour agir. Cela, comme on le verra, est une question intéressante au but plus ambitieux de notre thèse, c'est-à-dire celui de savoir si en ce qui concerne certaines questions l'arbitrage d'investissement se rapproche plutôt du droit international général public, ou, par contre à l'arbitrage commercial. Comme on le verra, dans la prochaine paragraphe, les entreprises publiques représentent un outil très efficace pour remettre en discussion le mythe suggéré par certains auteurs que l'arbitrage des investissements est simplement un sub-système du droit international public. En revanche, comme on le verra, dans le domaine de la qualité pour agir l'arbitrage d'investissement est beaucoup plus similaire à l'arbitrage commercial international.

§1.1.1) La qualité pour agir dans l'arbitrage international commercial et d'investissements et problèmes connectés

Dans le système du CIRDI, dans le cas d'une action proposée par une société contrôlée par l'État, si le défendeur soulève la question de savoir si l'entreprise propose son instance pour la défense de son propre intérêt ou pour celui de l'État contrôlant, l'attitude du tribunal arbitral, face à une réponse similaire à celle donnée par la France dans l'affaire *Ressortissants des États-Unis au Maroc*, serait probablement de déclarer le recours irrecevable. Cette conclusion ressort directement de la disposition normative, l'article 25 (1) qui comme on la verra dans le premier paragraphe, n'est pas une organisation de règlement des différends avec une compétence générale, mais, au contraire, prévoit des limitations assez strictes en ce qui concerne les limitations aux sujets qui peuvent être partie à l'instance et au différend.

En réalité, la doctrine la plus attentive avait déjà noté que l'application de la règle nul ne plaide par procureur pourrait être à l'origine de certaines complications dans le droit d'investissement, surtout quand une agence étatique est de quelque façon liée à l'affaire.

Cette situation peut se vérifier également dans un cas de cession de crédit ou de contrat, mais aussi dans un cas de subrogation, que la doctrine la plus influente a observé qui peut être vu comme un cas particulier d'assignement ou de représentation, mais en tous les cas, le droit

du sujet qui a indemnisé l'action récursoire contre celui qui a provoqué un dommage au sujet couvert par une assurance découle d'un principe général de droit.⁷⁴²

Il reste à observer que dans le cadre particulier de l'arbitrage CIRDI, l'effectivité de ce principe peut être compliquée par les prévisions qui empêchent l'État d'agir à la place de son ressortissant. Cette hypothèse a été expressément discutée par les rédacteurs de la Convention CIRDI qui, après avoir tenté diverses solutions, ont décidé d'exclure toute possibilité pour un État d'être partie au procès, y compris en qualité de simple collecteur de crédits des entreprises privées.⁷⁴³

Par conséquent, afin que une demande peut être déclaré recevable par un tribunaux arbitral, il est sans doute nécessaire que l'entreprise publique qui agisse en qualité d'investisseur demontre d'avoir une position juridique totalement détaché de celle de l'État, parce que, autrefois les limitations qui ressortissants de l'article 27 de la Convention CIRDI.⁷⁴⁴

Le même problème peut se poser à travers des actes juridiques différents, comme par exemple la cession de crédit ou de contrat, mais l'effet est le même : transférer le droit protégé d'un sujet à un autre. Dans ces situations, il est possible de voir toutes les difficultés rencontrées par les tribunaux arbitraux pour réconcilier les règles juridiques avec l'exigence de ne pas arriver à des conclusions qui pourraient être contraires à la bonne foi.

Pour comprendre quelle effet peut avoir la cession d'un contrat ou d'un credit d'une entreprise publique à un État par rapport à la possibilité de la recevabilité d'une demande de cette dernière, nous nous devons avant tout examiner la question du droit applicable à cette cession. Si l'on suit une qualification substantialiste, serait la loi applicable au fond, qui pourrait être dans le droit des investissements soit le droit international, soit le droit étatique ou procédural, et dans ce cas, ce serait seulement le droit international. Á notre avis, la solution à cette question peut être trouvée uniquement dans une approche composée de deux stades.

⁷⁴² **BROWNLIE, I.**, *Principles of International Law*, Sixth Edition, Oxford University Press, 2003, p. 462.

⁷⁴³ **SCHREURER, CH.**, *op. cit.*, p. 188.

⁷⁴⁴ **ZIADÉ, N. G.**, *News From ICSID International Centre For Settlement Of Investment Disputes*, Vol. 7, No. 2 Summer 1999, p. 4, « this objective is particularly reflected in Article 27 of the ICSID Convention, which prohibits an investor's home State from giving diplomatic protection, or bringing an international claim, in respect of a dispute which the investor and the host State have agreed to submit to ICSID arbitration. Opponents of the subrogation provision argued that it might politicize disputes and the Centre ».

L'approche correcte, à travers l'application du droit substantiel, étatique ou international qui régit la question, est d'identifier en premier lieu la titularité du droit substantiel. Après cette opération, le tribunal devra vérifier s'il y a également la qualité pour agir, c'est à dire la titularité du pouvoir de protéger l'intérêt en question. La raison de cette considération se trouve dans l'élaboration théorique de la notion de qualité pour agir que nous avons développée dans la première partie du paragraphe.

Cette solution trouve un support dans une analogie qui peut être tirée de cette question et de celle de la continuité de la nationalité, qui a eu un rôle importante dans le droit international général public en ce qui concerne la protection des droit des citoyés étrangères dans le domaine de la protèction diplomatique. Cette analogie est justifié parce que la question de la continuité de la nationalité s'est posé également quand les tribunaux internationaux ont dû examiner le cas dans lequel l'intérêt privé a été à la base de la réclamation était passer, entre le jour du dommage et le jour de la décision arbitrale, ou à fortiori le jour du règlement de l'indemnité, soit par négoce entre vivants, soit à cause de mort, entre des ressortissants de nationalités diverses.

En réalité, comme il a observé le Professeur Eric Wyler :

« Les juristes familiarisées avec la protection diplomatique savent bien qu'outre l'expression "continuité de la nationalité" on rencontre fréquemment les termes "nationalité de la réclamation. Cet écart de langage [...] dissimule une ambiguïté qui s'est perpétuée [...]. On a en effet omis de séparer deux éléments suffisamment différents [...]. Le premier a trait à la nationalité de la personne protégée [...] le seconde, lui est lié à la titularité du droit individuel né par l'apparition de l'acte illicite »,⁷⁴⁵ en règle générale « l'ordre juridique interne détermine non seulement la substance du droit, mais règle aussi les modalités du transfert. C'est également lui qui décide de la question de la cessibilité des droits ».⁷⁴⁶

Il est clair, qu'en ce qui concerne notre sujet de thèse c'est le second élément qui est plus intéressant. En effet, l'exploration de la zone grise représenté par les entreprises publiques nous demandes de vérifier si ces entreprises jouissent de la titularité du droit, où par contre ce droit appartient à l'État qui contrôle l'émanation en question. Explorer cette question peut nous aider, à la fois, soit d'examiner si ces entreprises doivent être considéré comme des

⁷⁴⁵ WYLER, E., *La règle dite de la continuité de la nationalité dans le contentieux international*, PUF, Paris, 1990, p. 13.

⁷⁴⁶ WYLER, E., *op. cit.*, p. 142.

organismes détachées par l'État et, au même temp, elles peuvent nous donner des éléments pour mieux comprendre, à un niveau procédural, l'aporie du système du droit d'investissements. On peut vérifier qui, en effet, que dans ce domaine la question est analogue à celle qui nous sommes en train d'analyser dans le domaine de l'arbitrage d'investissements.

Il s'agit dans ce cas :

*« De déterminer quels vont être les différents Etats dont les intéressés successifs se trouvent être ressortissants à celui qui complètera l'action judiciaire internationale et qui aura qualité pour l'exercer ».*⁷⁴⁷

Au sujet de cette question de droit, deux théories se sont développées. La première position doctrinale est celle selon laquelle l'endossement fixerait les qualifications internationales de la réclamation et dans ce cas le problème de la titularité ne se poserait :

*« Que pour les transferts ou cessions opérés avant endossement ».*⁷⁴⁸

Pour la seconde théorie dite de la continuité de la nationalité et qui serait imposée dans la pratique internationale le problème de l'individuation du sujet titulaire de la demande se posera également, dans des termes identiques, aussi pour les cessions ou transferts opérés après l'endossement. Si, au début la règle apparait bien stricte, en admettant la possibilité d'exercer la protection diplomatique en relation aux droits qui avaient été l'objet de Selon la doctrine la plus ancienne ayant traité ce sujet, il parait admis :

*« Transferts ou cessions opérés après perpétration du dommage ».*⁷⁴⁹

James Crawford semble au contraire avoir adopté une vision fondée plus sur une conception de bonne foi que sur une interprétation stricte du droit national, en particulier en observant que :

*« If the insurer interest is established and the principle of continuity is satisfied there would seem to be no very good reason for denial of claim ».*⁷⁵⁰

Quand cette question s'est posée dans le droit d'investissement, bien que devant un tribunal arbitral national, dans l'affaire *Lowen*, les juges ont vérifié quelle personne juridique était le

⁷⁴⁷ WITTEMBERG, J. C., *op. cit.*, p. 71.

⁷⁴⁸ *Ibid.*, p. 72.

⁷⁴⁹ *Ibid.*, p. 72.

⁷⁵⁰ CRAWFORD, J., *Brownlie's Principles of Public International Law*, Oxford University Press, 2012, p. 705

véritable « *beneficial owner* » de la demande proposée. La doctrine qui a examiné le cas an observé que :

« *Although it is said that assignment does not affect the claim if the principle of continuity is observed, great care is required: BITs claims are essentially claims intuitu personae under international law, and this imposes limits on their assignability* ». ⁷⁵¹

On peut noter que malgré les efforts des arbitres, il n'est pas possible de détacher totalement la question de la titularité du droit subjectif de celle du droit procédural. Il est intéressant de noter que ces problèmes se sont effectivement posés, soit dans l'arbitrage des investissements CIRDI, soit dans un arbitrage d'investissement *ad hoc*. Dans les affaires administrées sous les auspices de la Convention de Washington, il y a eu deux tentatives des Etats défendeurs d'obtenir une déclaration d'irrecevabilité pour une demande posée par une entreprise contrôlée par un État, en essayant de prouver que la partie réelle qui détenait un intérêt dans le différend était l'État lui-même.

En effet, les questions ici soulevées étaient atteint au cœur de l'affaire précitée *CSOB c. Slovaquie*. À ce sujet, il est nécessaire d'examiner la seconde objection de la Slovaquie qui était opposée à la Banque d'État tchèque. Le défendeur avait noté en particulier que la banque d'État CSOB avait conclu deux accords d'assignement datés respectivement du 24 avril et du 25 Juin 1998. Ces accords avaient transféré le risque « *the outcome of the judicial proceeding* » au ministère des Finances de la République tchèque.

Avec cet acte, selon la défenderesse, le *locus standi* de la banque avait été cédé à l'État. Le Tribunal a commencé l'examen de l'objection en notant que l'action avait été intentée par la banque CSOB le 17 avril 1997 et que l'affaire avait été enregistrée par le secrétariat du CIRDI le 25 du même mois. Le contrat d'assignement, en revanche, avait été signé l'année suivante. Le Tribunal a observé que selon une règle bien établie en droit international, le *locus standi* de la partie doit être examiné au moment où le recours est présenté, sans que les cessions successives puissent empêcher le pouvoir de la partie cédant d'être partie au procès. ⁷⁵²

⁷⁵¹ *Ibid.*, p. 704.

⁷⁵² *Ceskoslovenska Obschodni Banka, A.S. v. The Slovak Republic, ICSID Case No. ARB/97/4, Decsion on Objections to Jurisdiction, May 24, 1999.*

Le paragraphe suivant de la décision contient une observation générale du Tribunal arbitral selon lequel:

*« It is generally recognized that the determination whether a party has standing in an international judicial forum for purposes of jurisdiction to institute proceedings is made by reference to the date on which such proceedings are deemed to have been instituted».*⁷⁵³

Il est cependant curieux que le tribunal n'ait pas fait d'efforts pour motiver une prise de position si nette. Au contraire, les arbitres, ont constaté que l'accord de transfert ne couvrait pas la totalité du montant dont la banque aurait pu être bénéficiaire, mais qu'une quantité résiduelle comprise entre vingt-cinq et dix pour cent dépendait directement de la décision de l'affaire. Cette dernière considération est reprise dans de termes sensiblement identique dans la décision par le tribunal qui a tranché l'affaire *Rumeli Telekom et Telsimet v. Kazakhstan* en 2003.⁷⁵⁴

Cette dernière affaire avait été portée a par deux sociétés auparavant incluses dans les actifs de la famille Uzan dont les membres, au moment de la décision, étaient recherchés par la justice. Les deux sociétés étaient sous le contrôle de fait de TSDIF, une agence de l'État Turc chargée de la protection des petits titulaires de comptes bancaires.

Les deux demandeurs faisaient partie du même groupe que la banque *Imar* qui avait un passif de cinq milliards de dollars et avaient forcé l'État turc à prendre le contrôle de tous les actifs de la famille Uzan pour rembourser les déposants et les détenteurs d'obligations de la banque. Le défendeur avait tenté de porter à l'attention du tribunal le fait que les deux demandeurs étaient en fait deux entités dont l'existence, au moins d'un point de vue économique, pouvait être sérieusement contestée et que par conséquent, la partie réelle du différend était maintenant l'État Turc.

Le défendeur avait essayé de présenter cette relation spéciale entre les deux sociétés demanderesse et l'État comme un accord d'« *assignment* ». Le défendeur a essayé de nier l'existence mêmes des sociétés *Rumeli Telekom* et *Telsimet* en tant que personnes morales indépendantes, car selon son analyse, elles n'étaient que des « *fantômes* » qui existaient seulement d'un point de vue juridique pour permettre la proposition de l'action. Dans le

⁷⁵³ *Ibid.*, para. 31.

⁷⁵⁴ *Rumeli Telekom AS and Telsim Mobil Telekomikasyon Hizmetleri AS v. Kazakhstan*, ICSID Case ARB/05/16, Award, July 21, 2008.

premier cas, le tribunal a repris le raisonnement déjà développé par le Tribunal *CSOB c. Slovaquie* en observant que les deux sociétés *Tedsi* et *Rumeli* existaient depuis 1993 et qu'elles n'avaient donc pas été créés dans des objectifs commerciaux. La volonté de promouvoir l'action contre le Kazakhstan était déjà évidente en 2003 de la part de la direction alors en charge de la gestion de l'entreprise avant l'intervention du TSDIF.

Le Tribunal cependant, comme dans l'affaire *CSOB*, n'a pas fait de réels efforts pour chercher une raison de principe à ses décisions, préférant au contraire observer que l'État turc ne l'aurait été de toute façon le seul bénéficiaire de l'action, l'intégralité de la somme payée par le Kazakhstan serait utilisée pour liquider tous les créanciers du demandeur en conformité avec la législation turque en vigueur.⁷⁵⁵

Bien que ces questions aient été présentées par les arbitres comme des questions de compétence, nous croyons que le tribunal s'est en réalité interrogé sur le caractère direct et personnel des intérêts sous-jacents aux actions proposées par les entreprises demanderesses. Nous croyons que le sens de cette locution se trouve dans la nécessité pour le tribunal de statuer sur sa compétence en rapport avec les effets pratiques de la demande.

Cette attention portée par les tribunaux au le destinataire des compensations qui pourraient être attribués par le tribunal en cas de victoire nous rappelle l'approche suggérée par Georges Abi-Saab, selon lequel l'examen de la qualité pour agir de chaque demande doit être faite « à la supposer fondée ». Cette dernière considération nous permettra de déduire des considérations systématiques au sujet de la qualité en droit international des investissements dans le paragraphe conclusif de ce chapitre.

En venant aux arbitrages d'investissements non-CIRDI, la qualité pour agir, une affaire intéressant pour examiner la question de la titularité de l'intérêt est celle récente qui a opposé la *State Enterprise « Energorynok »* à la *République de Moldavie* devant à un Tribunal arbitral constitué sur la base des règles de l'Institut d'Arbitrage de la Chambre de Commerce de Stockholm.

Cette affaire prend son origine dans un contrat de fourniture d'énergie qui avait comme parties le Ministère de l'Énergie, de l'Industrie et de l'Électrification de l'Ukraine et le Département d'État de l'industrie énergétique et des ressources énergétiques de la

⁷⁵⁵ *Rumeli Telekom AS and Telsim Mobil Telekomikasyon Hizmetleri AS v. Kazakhstan*, ICSID Case ARB/05/16, Award, July 21, 2008, para. 330.

République de Moldavie sur le Fonctionnement parallèle des systèmes énergétiques de l'Ukraine et de la Moldavie (ci-après l' « APO »).⁷⁵⁶

Selon cet accord, en cas de nécessité, l'énergie produite en excès devait être transférée de l'Ukraine à la Moldavie contre paiement d'un certain prix. D'autres contrats avaient conclu entre les gouvernements et des entreprises d'État pour la gestion technique de l'accord.

Le rôle d'une de cette entreprise ukrainienne, la NCE, était mentionné dans l'accord entre les autorités étatiques,⁷⁵⁷ mais il y a eu des désaccords entre les parties pour savoir si l'entreprise NCC et son successeur *Ukrenergo* pouvaient de quelque façon être parties à l'accord. Suite à des défauts de paiement de la partie moldave, le ministère ukrainien, par une décision administrative, a transféré ses droits dans le bilan d'*Energorynok*,⁷⁵⁸ une nouvelle entreprise d'État qui était auparavant un département de *Ukrenergo*, une des entreprises d'État chargées de mettre en œuvre l'accord. L'*Energorynok* proposait une action contre la Moldavie pour obtenir le paiement de la dette, dont l'existence avait été reconnue également par un tribunal de l'État moldave. La demanderesse fondait sa demande sur le *Traité sur la Charte de l'Énergie*, en alléguant que son investissement avait été exproprié « *de facto* ». Le défendeur soulevait une exception visant à soutenir qu'*Energorynok* ne pouvait pas être partie à l'arbitrage parce qu'elle n'était pas partie de l'« APO ».

Le Tribunal a examiné ce problème comme une question de compétence, en observant que le demandeur ne pouvait pas être considéré comme l'investisseur parce qu'il n'avait aucune influence sur l'activité de distribution de l'énergie. Le problème était en réalité que la partie ayant effectivement accompli l'investissement était le Ministère de l'Énergie.⁷⁵⁹

Bien que le tribunal eût déclaré que selon lui, il n'y avait pas de raisons pour nier à une agence du gouvernement la qualité d'être demanderesse,⁷⁶⁰ n'aurait probablement pas admis

⁷⁵⁶ *State Enterprise "Energorynok" v. The Republic of Moldova*, SCC Arbitration V 2012/175, Final Award, 29 January 2015, para. 14.

⁷⁵⁷ *Ibid.*, "APO Article 10 vests "[t]he performance of the technical and operational conditions" arising from the APO in two state enterprises, the National Control Centre of Ukraine ("NCC") for the Ukrainian Ministry and Moldenergo SC ("Moldenergo") for the Moldovan Ministry", para. 19.

⁷⁵⁸ *Ibid.*, "Transfer to it of the debt due by Moldova for the Overflow under the APO "was separately formalized by the Separation Balance Sheet¹⁰ approved by the Ukrainian party to the APO—the Ministry of Fuel and Energy of Ukraine, the appropriate Separation Protocol¹¹ and by the Order No. 23 of Ukrenergo¹², para. 25

⁷⁵⁹ *Ibid.*, para. 100. "The Claimant cannot be both. The Claimant further stated it saw no need to argue that the Ministry is an investor, or to consider how compensation was handled under the APO "because it is beyond the scope of our specific dispute...because we did not explore so much on the facts which are beyond the scope of October 1998." And yet if the Ministry is not the Investor in the transmission of electricity in Moldova, who is?"

⁷⁶⁰ *Ibid.*, para. 79. "The Tribunal agrees that ECT Article 1(7) does not preclude a government agency from being an Investor".

l'État lui-même, parce que dans ce cas, le caractère interétatique du différend aurait été indéniable.

C'est pour cette raison que l'État avait d'assigné ses droits à l'entreprise *Energorynok* qui pouvait être considérée comme une entité distincte de l'État. Cependant cette opération n'a pas apporté le résultat souhaité parce que le Tribunal dans le fond n'a pas vu « *claim to money* » comme un simple actif librement transférable, mais comme un droit contractuel qui, pour sa cession, aurait requis l'approbation du gouvernement moldave, jamais donné dans le cas d'espèce.

Ce qui est intéressant pour notre thèse est qu'à première vue, dans toute trois affaires examinées tribunaux arbitraux ont présenté le problème de la vraie partie au différend comme une question de compétence. On peut admettre dans la dernière des affaires commentée que la qualification peut être ambiguë : si on suit l'idée qu'*Energorynok* ne pouvait pas être partie au différend parce qu'elle n'avait été simplement pas partie du contrat « *APO* », on pourrait accepter la qualification donnée par le tribunal.

Comme on l'a vu dans les paragraphes précédents, la compétence du CIRDI n'est pas une compétence générale, mais est délimitée strictement par l'article 25 paragraphe (1) de la Convention qui limite les sujets qui peuvent être partie à une procédure d'arbitrage CIRDI et, est une notion très complexe.⁷⁶¹

En même temps, le nombre de sujets pouvant aspirer à être partie d'une affaire CIRDI est beaucoup plus nombreux et varié. De ce point de vue, le système CIRDI présente certaines similitudes avec l'arbitrage commercial et il n'est pas déraisonnable d'imaginer que les problèmes qui peuvent se poser à cet égard peuvent être plus semblables à ceux qui se posent dans ce dernier domaine.

⁷⁶¹ Voie sur ce point **CHAEVA N.**, *Les exceptions préliminaires dans l'arbitrage sur le fondent des traités de promotion et de protection des investissements*, Thèse Soutenue le 5 décembre 2014, p. 180 Une thèse récente qui s'est occupée des exceptions préliminaires dans le cadre du droit international des investissements a soutenu que « la notion de qualité n'est pas facile à distinguer de la notion de compétence *ratione personae* du tribunal. En réalité, la raison de cette difficulté dérive plus d'un problème de nature lexicale (qui imprègne toute la matière, y compris en droit interne) du fait qu'il est possible d'identifier deux notions de qualité. La doctrine plus ancienne qui a examiné ce problème par rapport à la jurisprudence de la Cour internationale de justice peut nous renseigner sur cette notion. Sur les problèmes découlant de la pauvreté "du vocabulaire juridique" au sujet de la problématique de la qualité et de l'intérêt pour agir, cf. par exemple **LALIGANT M.**, « La notion d'intérêt pour agir et le juge administratif », *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l'Etranger*, 1971, p. 69. On peut trouver un explication satisfaisante de ce problème dans l'ouvrage d'abi-Saab, **ABI-SAAB G.**, *op. cit.*, p. 138.

Comme on peut s'en douter, la question de la titularité de l'intérêt pour agir s'est posée également dans le domaine de l'arbitrage commercial. Là encore, la question de la qualité pour agir a été débattue, parce qu'il n'est pas inhabituel qu'une partie d'un contrat cède ses droits, en totalité ou en partie, à un autre. Ces transferts ne sont pas toujours faciles à qualifier. Dans la majorité des instances, la demanderesse suggère que l'acte de transfert soit considéré comme une assignation de crédit parce que c'est un acte qui ne requiert pas le consentement du débiteur. De l'autre côté, le défendeur soutient qu'il doit être qualifié de cession de contrat.⁷⁶²

Nous comprenons très bien que cette question de qualification échappe en partie au du sujet central de notre thèse. L'examen de cette question peut de toute façon être significatif parce qu'il peut nous aider à imaginer quels pourraient être les principes applicables par un tribunal des investissements lorsqu'un problème comparable se pose dans ce domaine, mais surtout de quelle manière ce problème de qualification pourrait influencer le rapport entre un État et une entreprise étatique. Comme nous l'avons vu dans le cas *Energorynok*, la question s'est effectivement posée et le tribunal a donné une réponse peu satisfaisante aussi bien du point de vue dogmatique que du point de vue pratique, mais ces considérations seront traitées dans les conclusions du présent paragraphe. L'analyse de certaines décisions peut être utile pour examiner la solidité de certaines affirmations des arbitres dans le domaine de l'arbitrage des investissements.

Pour l'analyse du sujet de la qualité pour agir, il convient aussi dans le domaine de l'arbitrage privé de se baser sur le cas où les parties se sont confrontées sur la valeur qui doit s'attacher aux actes de cession du contrat qui contenait la clause compromissoire aussi bien qu'à ses conséquences sur le plan procédural. Il est très clair que dans ce domaine, la question de la qualité pour agir se détache plutôt aisément de la question de la compétence des arbitres de trancher le litige.

Pour commencer notre analyse on se penchera sur l'affaire CCI n. 6274 du 1992, qui a opposé une société « A » à l'État appelé « *Republic X* ». La demanderesse était une entreprise privée qu'avait contracté avec la « *Republic X* », mais qui, après des problèmes liés aux paiements, avait transféré la partie de son crédit couvert par une assurance à l'organisme de son État d'origine, avant de commencer l'arbitrage.⁷⁶³

⁷⁶² Voie par exemple CCI, affaire n. 7154 du 1993, in **ARNALDEZ J.J. et al.**, **Vol. III**, *op. cit.*, p. 558 ou CCI, affaire n. 9762, 2001, in **ARNALDEZ J.J. et al.**, **Vol. V**, *op. cit.*, p. 169.

⁷⁶³ CCI, affaire n. 6474, 1992, in **ARNALDEZ J.J. et al.**, **vol. IV**, *op. cit.* p. 341.

La troisième exception soulevée par l'État défendeur était par conséquent qu'à travers cette cession, la demanderesse avait également transféré sa qualité pour agir. Le premier aspect qui doit être remarqué est que le tribunal a exploré la question du rapport entre compétence et recevabilité. En effet, le tribunal a remarqué que la question de vérifier si la demanderesse était le titulaire de l'action était une question d'admissibilité du recours qui ne doit avoir pas être confondue avec la question de savoir si les arbitres ont le pouvoir de trancher l'affaire, un aspect qui, comme on le verra dans les conclusions, peut être intéressant pour remarquer les différentes approches existantes entre les arbitres provenant de différents systèmes juridiques.⁷⁶⁴

Après cette considération de caractère général, le tribunal est entré dans la question bien plus complexe et intéressante du rapport existant entre la titularité du droit d'action (procédural) et du droit subjectif substantiel sous-jacent. Le tribunal a repris la distinction entre la « *quality to act* » (qualité pour agir), liée au domaine de l'admissibilité et la question de la « *legitimacy to act* » (*Aktivlegitimation*), liée au fond de la question.

Par conséquent, dans le premier cas, si c'est la qualité qui fait défaut, le tribunal devrait déclarer l'action irrecevable. Si en revanche c'est la seconde qui manque, l'action est recevable, mais la demande sera déclarée non fondée.⁷⁶⁵

La doctrine moderne du droit, en effet, considère le pouvoir d'agir en justice comme un pouvoir de droit public complètement détaché du droit substantiel que l'action vise à protéger. Comme on le verra, la clarté de cette définition sera mise à dure épreuve par l'impact avec la réalité du cas concret que nous allons examiner. Dans tous ces affaires, la question était plutôt compliquée car les contrats de cession du crédit prévoyaient que la cession devait avoir lieu seulement pour une partie des créances de la demanderesse. Particulièrement, l'accord de cession prévoyait également pour le cédant de s'activer pour tenter de collecter l'argent par ses propres moyens, la clause du contrat « *the insured must take, according to instruction of the insurer and his own name, but with the approval of the insurer and in proportion to the account of the later, all measures that are necessary for the enforcement of the claim and for the realization of the securities* ». ⁷⁶⁶

⁷⁶⁴ *Ibid.* p. 350

⁷⁶⁵ *Ibid.* p. 352

⁷⁶⁶ CCI, affaire n. 6474, 1992, in **ARNALDEZ J.J. et al.**, vol. IV, *op. cit.*, p. 351. "The claims of the insured as well as securities [given] therefore, are transferred to the insurer to the extent of the payment made when the payment is made. Regardless of this, the insured must take, according to instruction of the insurer and his

La qualification de ce contrat peut sembler un véritable cauchemar pour le juriste, car les éléments qui pourraient être utiles dans ce but s'annulent réciproquement.

Il semble que la locution « *his own name* » se réfère au cédant, mais on ne comprend pas pourquoi elle est précédée du mot « *and* ». Même si on accepte que le pouvoir d'action soit détaché du droit subjectif, la question de savoir si une partie agit en tant que représentante d'une autre ou en son propre nom est certainement importante pour vérifier le caractère direct et personnel de l'intérêt juridique que l'action vise à protéger. Le tribunal, dans un long obiter *dictum*, s'est interrogé sur la question de vérifier si le contrat de cession pouvait être qualifié d'acte de rétrocession (« *reassignment* »). Cette qualification était effectivement la plus forte pour soutenir que la société demanderesse devait encore être vue comme le sujet titulaire de l'action. Le tribunal après avoir étagé tous les aspects du problème mais n'a pas répondu à cette question. Il a en revanche porté son attention sur la question de la charge de la preuve.

Selon la défenderesse, en effet, c'est la demanderesse qui devrait prouver sa qualité pour agir. Le tribunal, en s'appuyant sur une approche discutable, a observé que la demanderesse avait démontré sa qualité pour agir « *prima facie* » en alléguant que les demandes étaient fondées sur des contrats signés par le demandeur. En appliquant le principe général de droit « *in excipiendo reus fit actor* » le tribunal a soutenu que la démonstration que l'action avait été transférée à l'organisme étatique responsable pour la récupération des dettes doit être à la charge du défendeur, une tâche que dans le cas d'espèce aurait été très difficile à accomplir. Deux autres considérations du tribunal peuvent être intéressantes. La première est le moment où le tribunal doit photographier le rapport entre les parties au procès et le droit qu'elles essayent de protéger. Les arbitres ont donné une réponse plutôt nette à cette question qui comme on le verra, est plutôt significative : « *at the time of its decision* ». ⁷⁶⁷

L'autre aspect intéressant est qu'après avoir suivi la doctrine largement majoritaire qui suggère que le droit d'action est totalement détaché du droit substantiel qu'il protège, les arbitres n'ont pas résisté à la tentation d'aller vérifier si le destinataire réel du montant demandé par la défenderesse était destiné à elle-même ou à l'entité étatique cessionnaire des crédits.

own name, but with the approval of the insurer and in proportion to the account of the later, all measures that are necessary for the enforcement of the claim and for the realization of the securities".

⁷⁶⁷ ARNALDEZ J.J. et al., vol. IV, *op. cit.*, p. 355.

Cette approche « *substantialiste* » se trouve dans la dernière partie de la décision dans laquelle le tribunal a observé que :

« *It clearly follows from the above-mentioned figures that the totality of the claims could not have been, and were not, transferred to the European Country so that the claimant, at least within those limits, was the owner of the claims and had legal standing to present them* ». ⁷⁶⁸

Un autre cas pour mieux comprendre comme les questions de cessions du contrat peuvent se rapporter à la question de la qualité pour agir dans le domaine de l'arbitrage est l'affaire CCI 7722 de 1999. Dans ce cas également, le tribunal a rencontré des problèmes d'application dérivant de l'application de la règle selon laquelle « *nul ne plaide par procureur* », décrit par le tribunal à travers l'expression anglaise « *[as à] general rule a plaintiff can only recover damages for its own losses* ». ⁷⁶⁹

Dans cette affaire qui opposait une société privée à une société étatique, les questions d'ordre procédural se sont dégagées d'un contrat de cession entre une société nommée « *Old Company* » et une autre nommée « *New Company* ».

La procédure arbitrale avait été engagée par la « *Old Company* » en 1993. En 1995, à la suite d'une réorganisation de l'entreprise, tous les contrats de la demanderesse (y compris les contrats sur lesquels l'arbitrage a été fondé) avaient été cédés à une nouvelle entreprise faisant partie du même groupe. Les aspects les plus intéressants de cette affaire sont liés au fait que comme dans le cas *Energorynok*, le tribunal a refusé la qualification de la cession des droits de la « *Old Company* » en cession de dette, mais a qualifié cet acte lu tant que cession de contrat invalide à défaut de consentement de l'autre partie. Par conséquent, le tribunal s'est posé le problème de comprendre les conséquences d'une situation dans laquelle, d'un côté en rapport avec le lien entre la « *Old Company* » et la « *New Company* », la « *New Company* » était maintenant la véritable propriétaire des droits, mais, de l'autre côté, par rapport aux parties à l'arbitrage, il n'était pas possible de permettre que la « *New Company* » qui n'avait jamais contracté avec l'entreprise étatique défenderesse, puisse participer à l'arbitrage. Le risque redouté par les arbitres était que suite à la cession des contrats, les droits du demandeur « *could disappear in a procedural black hole* ». ⁷⁷⁰

⁷⁶⁸ *Ibid.*, p. 355.

⁷⁶⁹ CCI, affaire n. 7722 du 1999 in **ARNALDEZ J.J. et al.**, vol. V, *op. cit.*, p. 437 et suivantes.

⁷⁷⁰ CCI, affaire n. 7722 du 1999 in **ARNALDEZ J.J. et al.**, vol. V, *op. cit.*, p. 438.

Le tribunal s'est inspiré d'un arrêt de la House of Lord dans lequel s'était posé un problème analogue mais dans lequel l'acte de cession avait été accompli avant le début de la procédure d'arbitrage. Les juges britanniques avaient observé que si la règle qui dit que l'on peut agir seulement pour la défense de ses propres intérêts était appliquée de façon stricte, le résultat serait contraire à la rationalité du système juridique.⁷⁷¹

Dans ce cas-là, le tribunal arbitral a basé son analyse sur une argumentation à fortiori, observant que si la House of Lord avait reconnu le droit d'action à un sujet qui avait commencé un arbitrage après la cession du contrat, dans ce cas où la « *Old Company* » avait déjà intenté son action devant le tribunal arbitral avant la cession, la qualité pour agir de la demanderesse ne pouvait pas être niée.

§1.1.2) La qualité pour agir – la question de la titularité de l'intérêt poursuivi – conclusions

Au terme de notre analyse, il est possible de déduire des considérations aussi bien du point de vue pratique que dogmatique. Sous le premier aspect, il est intéressant d'observer qu'à la suite d'une analyse approfondie, il n'est pas difficile de distinguer les aspects liés à la compétence *ratione personae* et la qualité pour agir. La première en effet, est tout à fait liée au pouvoir du tribunal de trancher le litige. De ce point de vue, il est clair que les limitations du pouvoir de l'arbitre doivent découler soit de la volonté des parties, soit du statut du tribunal. La question de la qualité pour agir est en réalité plutôt liée aux deux aspects de l'intérêt pour agir.

L'intérêt pour agir, comme on vient de le voir a eu une histoire tourmentée. La raison de l'existence d'opinions très différentes au niveau doctrinal sur sa reconstruction théorique doit vraisemblablement être trouvée dans la tâche difficile de cette notion, qui est d'être une sorte de pont entre la réalité des faits et la construction théorique du procès, qui par sa nature, doit être basé sur des principes abstraits.

Nous avons vu que certains auteurs, surtout dans la doctrine la plus ancienne, ont imaginé cet intérêt comme une créature amphibie qui commence sur le plan procédural, comme une

⁷⁷¹ "It is truly a case in which the rule provides a remedy where no other is available to a person sustaining loss which under a rational legal system ought to be compensated by the person who has caused it." p. 460

condition de recevabilité et devient substantielle, parce qu'elle donne aussi la réponse à la question s'il existe aussi le droit subjacent.

Comme on le sait, la doctrine la plus récente a critiqué cette approche en observant que l'intérêt, pour être une condition de recevabilité, doit être bien distinct du droit. Mais comme nous l'avons vu, ce détachement va créer à son tour des complications. Si en effet on veut que l'intérêt accomplisse sa fonction de prévenir des actions légales sans but, il faut qu'il y ait une forme de rattachement avec le droit subjectif qu'il vise à protéger. Parmi ses caractères spécifiques, l'intérêt doit également être « *direct* » et « *personnel* ». ⁷⁷² Parfois, la doctrine a reconstruit la qualité comme la simple somme de ces deux derniers caractères. ⁷⁷³

La doctrine qui a examiné cette notion sur le plan international semble avoir en général accepté cette approche mais elle a distingué le domaine d'application de la notion de qualité aux situations dans lesquelles le sujet n'agit pas pour la protection de ses propres droits. ⁷⁷⁴

Cette doctrine a conclu son analyse avec un *caveat* selon lequel :

« *Une élaboration trop précise de la condition de l'intérêt qui ne s'accompagne pas d'une élaboration parallèle de la condition de qualité là où elle joue un rôle autonome – c'est-à-dire là où elle se substitue à l'intérêt direct et personnel – ne représente qu'une vue partielle de la fonction judiciaire* ». ⁷⁷⁵

On pourrait observer qu'en réalité, dans tous les cas que nous avons examinés, les tribunaux n'ont pas appliqué la notion de qualité parce qu'ils ne se sont pas demandé si la partie avait un intérêt direct et personnel pour agir, ou si la base juridique de l'affaire pouvait être incluse dans une de ces situations, très limitées, qui permettaient à un « *sujet de plaider par procureur* », mais simplement si l'intérêt était direct et personnel.

Bien qu'il ne soit pas possible d'arriver à une conclusion définitive sur ce point-là (parce qu'il y a aussi des cas, comme *Energorynok*, qui ont présenté le problème de la titularité de l'intérêt comme une question de compétence), l'analyse théorique sur la qualité est utile pour mieux isoler les caractères « *direct* » et « *personnel* » de l'intérêt pour agir.

⁷⁷² LALIGANT M., *op. cit.*, 1971, p. 63, PIWNICA, E., *op. cit.*, in TEITGEN-COLLY C., *L'accès au juge : l'intérêt à agir, Actes du Colloque organisé le 20 juin 2014*, Paris, LGDJ, 2016, p. 41.

⁷⁷³ *Ibid.* p. 50. Voir la note 37.

⁷⁷⁴ ABI-SAAB G., *op. cit.*, p. 145.

⁷⁷⁵ *Ibid.* p. 145.

Plus généralement, on pourrait observer que le « *légal formant* » existant dans l'approche des juges était plus proche de celui que l'on peut déduire des droits internes. Cette considération est assez claire si elle se réfère aux arbitres commerciaux qui doivent appliquer le droit national qui règle le contrat. Ces arbitres n'ont pas vraiment eu besoin de vérifier s'il existait également un principe dans la « *lex mercatoria* » pouvant avoir une influence sur le déroulement de cet aspect de la procédure.

Sur ce point, l'affaire CCI 6474 de 1992 est intéressante : dans cette affaire, les arbitres, bien qu'en se réservant « *a wide discretion* »,⁷⁷⁶ ont expressément appliqué la loi qui régissait le contrat entre la compagnie d'assurance étatique et la demanderesse. Une approche semblable a été tenue dans l'affaire CCI 7722 de 1999, où la considération « *équitable* » qui a poussé les arbitres à trouver un système qui évitait que les droits de la demanderesse disparaissent dans un « *procedural black hole* » était fondée sur le droit national.

Dans l'affaire réglée par le droit international, il est plus difficile de comprendre l'approche des tribunaux, parce que leur analyse dans les deux cas CIRDI est un peu apodictique. Dans le cas CSOB par exemple, le tribunal s'est limité à affirmer un principe selon lequel le *locus standi* doit être évalué au moment de la proposition de l'action, un principe qui comme on l'a vu n'est pas, tout à fait un principe de droit international puisque le tribunal CCI n. 6274 de 1992 a appliqué un principe tout à fait différent, en affirmant que la situation qui relève du point de vue juridique était la situation au moment de la décision. Cette dernière approche nous semble plus convaincante, parce qu'une approche libérale comme dans le cas CSOB porte atteinte aux limites posées par la Convention CIRDI sur la participation des États à l'arbitrage.

En réalité, comme la meilleure doctrine l'a observé, le cas CSOB représente plutôt un exemple limite le tribunal arbitral, n'a appliqué aucune règle de droit international. On observe que :

« The Tribunal distanced itself from the rule of customary international law that an alien must have beneficial ownership over contractual claims that provide the factual basis of a diplomatic protection claim by its national state: absence of beneficial ownership by a claimant in a claim or the transfer of the economic risk in the outcome of a dispute should not and has not been deemed to affect that standing of a claimant

⁷⁷⁶ CCI, affaire n. 7722 du 1999, in **ARNALDEZ J.J. et al.**, vol. V, *op. cit.*, p. 439.

in an ICSID proceeding, regardless whether or not the beneficial owner is a State Party or a private party ». ⁷⁷⁷

Dans ce sens, bien que l'on puisse comprendre pourquoi les tribunaux CCI ont douté de l'existence d'un intérêt du défendeur à soulever l'objection sur la titularité du droit d'action dans le système du droit de l'arbitrage commercial qui permet aux Etats d'être demandeurs sans restriction, on ne comprend pas vraiment pourquoi les tribunaux CIRDI n'ont pas développé une analyse plus approfondie, dans un système où cette objection, en vertu de son lien avec les limites à la compétence *ratione personae*, joue un rôle bien plus important.

D'un point de vue plus abstrait et théorique, il est intéressant de noter que tous les tribunaux que nous avons examinés, y compris dans le cas TATNEF, ⁷⁷⁸ après avoir pris des décisions concernant les aspects strictement procéduraux, ont renforcé leurs conclusions en observant que la cession des créances était partielle, et qu'au moins une partie du montant demandé au tribunal était destiné à des sujets divers du cessionnaire. Cette pratique des arbitres représente une évolution assez marquée par rapport à la construction théorique élaborée sur ce point par le père de la Convention de Washington, qui, en commentant l'architecture de cet instrument de solution des controverses internationales avait observé que :

« Le fait que l'État dont ressortit l'investisseur puisse avoir un intérêt financier dans le résultat d'une telle procédure n'affecterait en rien la compétence du centre ». ⁷⁷⁹

§2) Les questions de la recevabilité de la demande qui intéressent les entreprises d'État agissant en qualité de demanderesses ou en qualité de défenderesses

§2.1) Les questions liées à la capacité

⁷⁷⁷ DOUGLAS, Z., *The international Law of Investment Claims*, [...], *op. cit.*, p. 125. Voir aussi *American Security and Trust Company Claim* (1958) 26 ILR 322: "It is clear that the national character of the claim must be tested by the nationality of the individual holding a beneficial interest therein rather than by the nationality of the nominal or record holder of the claim", cité in BROWNLIE, I., *Principles [...]*, *op. cit.*, 2003, p. 462.

⁷⁷⁸ *Cour d'Appel de Paris*, Sentence du 29 novembre 2016, n° 14/17964, p. 6. Cette considération est implicite dans l'analyse du tribunal sur la composition de l'actionnariat de la société : « Considérant, en l'espèce, que TATNEFT est une société anonyme faisant appel public à l'épargne, cotée à la bourse de Moscou et à la bourse de Londres; que son capital, selon la déclaration faite le 10 novembre 2006 auprès de la United States Securities and Exchange Commission (SEC), n'est détenu qu'à hauteur de 36 % par le Gouvernement du Tatarstan, le reste étant dispersé entre plus de 50.000 actionnaires privés » ;

⁷⁷⁹ BROCHES, A., *op. cit.*, p. 167.

La question de la capacité se pose de façon significative au sujet des entités étatiques et paraétatiques qui, dans divers systèmes légaux, ne peuvent pas compromettre. En France par exemple, l'article 2060 du Code Civil exclu la possibilité de compromettre en arbitrage interne.⁷⁸⁰

La question ne se pose pas seulement pour la France, mais elle a un caractère assez général. Pour donner une idée général de la rlevance de cette question on peut s'inspirer à l'exemple donné par le Professeur Lalive a ce propos a observé qu'au début l'importance des lois interdisant à l'État de compromettre. En particulier, en faisant référence à l'affaire Losinger du 1935 il a observé que :

*« Le quatrième moyen mettait en cause la validité même de la clause arbitrale, puisqu'il s'agissait de la loi yougoslave sur la "direction du contentieux de l'État" loi [...] relevant en somme à l'État la capacité de compromettre. Selon une doctrine assez répandue à l'époque [...] suspendant la procédure arbitrale, il a laissé aux parties le soin de soumettre cette question "à l'autorité compétente" ».*⁷⁸¹

Comme nous le verrons, l'examen théorique de cette exception est assez compliqué parce qu'il n'est pas facile à classer. Il faudra avant tout, comme pour les autres exceptions que nous examinerons, examiner comme ces exceptions ont été élaboré au sein du droit international général, après quoi nous vérifierons quelles ont été les applications pratiques dans l'arbitrage.

§2.1.1) Les problèmes liés à la capacité sur le plan théorique

En termes généraux, l'absence de capacité juridique du demandeur l'empêche d'ester en justice.⁷⁸² Les auteurs qui ont étudié cette question dans le domaine de droit international ont basé leurs déductions sur l'article 34 du Statut de la Cour internationale de justice, qui a distingué cet aspect des autres éléments qui sont inclus en revanche dans la compétence *ratione voluntatis* en observant que :

⁷⁸⁰ Article 2060 Code Civil: « On ne peut compromettre sur les questions d'État et de capacité des personnes, sur celles relatives au divorce et à la séparation de corps ou sur les contestations intéressant les collectivités publiques et les établissements publics et plus généralement dans toutes les matières qui intéressent l'ordre public. Toutefois, des catégories d'établissements publics à caractère industriel et commercial peuvent être autorisées par décret à compromettre ».

⁷⁸¹ LALIVE, P. A., « Problèmes relatifs à l'arbitrage international commercial », *R.C.A.D.I.*, 1967, 1, p. 701.

⁷⁸² MABROUK, M., 1966, *op. cit.*, p. 33-35.

« *[the] Fact that a State – [...] – is a party to the Statute means that it is qualified to be a party in litigation. It does not mean that it has agreed to confer jurisdiction to the Court* ». ⁷⁸³

Suivant cette approche, ces auteurs ont évoqué l'exemple, maintenant dépassé dans la pratique, d'un État protégé :

« *L'exception d'irrecevabilité tirée du défaut de capacité d'ester en justice pouvait être opposée si un État protégé, tel le Maroc, avait antérieurement au 2 mars 1956, saisi lui-même une instance internationale : par le Traité de Fez du 20 mars 1912, le droit d'exercer certains pouvoirs souverains au nom et pour le compte du Maroc revenait à la France* ». ⁷⁸⁴

A partir du moment où cet exemple a été employé par d'autres auteurs pour examiner la question de la qualité pour agir, il faudrait ajouter quelques considérations pour comprendre les relations entre ces deux notions. Dans l'exemple des États protégés, la question de la capacité se réfère à l'État protégé tandis que la question de la qualité se pose au sujet de l'État protecteur.

Si l'action avait été proposée par le Maroc, le tribunal l'aurait rejetée pour défaut de capacité, tandis que si l'action avait été entamée par exemple par l'Italie, qui n'avait jamais été une puissance protectrice, la demande aurait été rejetée non pas pour défaut de capacité (car l'Italie est un État souverain), mais parce qu'il n'y avait aucun instrument qui lui donnait la qualité de procureur pour le Maroc.

Si on suit l'intrinsèque rationalité de cette approche, on voit clairement que la question de la capacité doit être examinée non seulement par rapport au lien processuel mais surtout par rapport à la réalité substantielle qui le précède. Par conséquent, la transposition de ces aspects sur le plan du procès est plutôt difficile. Si l'on étudie cette question du point de vue substantiel, en effet, on pourrait observer que l'absence de capacité empêche directement le pouvoir des arbitres de trancher le litige, parce que l'absence de capacité entraîne la nullité de l'instrument qui leur donne la compétence. Si en revanche on adopte une vision strictement procédurale, on pourrait dire que l'absence de capacité processuelle s'attache à la demande qui n'est pas recevable parce que le sujet ne peut pas être partie au procès.

⁷⁸³ ROSENNE, S., *The World Court, what it is and how it works*, A.W. Sythoff – Leydem, New York, 1962, p. 76.

⁷⁸⁴ MABROUK, M., 1966, *op. cit.*, p. 79.

Bien que cela puisse sembler une question mineure, il est clair que cette distinction peut avoir une pertinence significative en ce qui concerne la voie de recours, parce que si l'on qualifie ce vice de question de compétence, on pourrait en principe demander au comité d'annulation (dans le système CIRDI) ou au tribunal étatique d'annuler la décision, tandis que ce même vice n'aura pas la même conséquence si on le qualifie de question d'admissibilité.

Dans tous les cas, la question de la qualification des objections tirées de l'absence de capacité relève sont dans le droit international général (ou certains auteurs l'ont classée comme une question de compétence *ratione personae*)⁷⁸⁵ soit dans l'arbitrage, où certains auteurs ont suggéré que les restrictions imposées aux Etats de compromettre, ne devraient pas être qualifiées de questions de capacité mais de « *subjective arbitrability* ».⁷⁸⁶

On pourrait tenter de tirer des conclusions sur ce sujet après l'analyse des décisions arbitrales sur ce point dans le domaine commercial où cette question s'est posée, surtout dans des affaires ayant vu la participation des entreprises étatiques en tant que défenderesses. Mais comme nous le verrons, les aspects de capacité sont si généraux qu'on peut raisonnablement imaginer que les conclusions que l'on peut tirer de l'examen de ces affaires peuvent être proposées de façon analogue également dans les situations qui voient les entités étatiques parties à l'arbitrage en tant que demanderesses.

§2.1.2) Les problèmes liés à la capacité dans la pratique arbitrale

Un cas intéressant pour examiner la problématique en question est l'affaire CCI n. 2521 de 1975, dans laquelle une entreprise française, en vertu d'une clause compromissoire insérée dans un contrat avec l'établissement public d'un État africain H, avait saisi la Cour d'Arbitrage de la CCI pour diverses prétentions qu'elle entendait faire valoir à l'encontre de cet établissement public. Ce dernier en revanche,

« *Souleva l'incompétence de l'arbitre désigné par la Cour d'arbitrage au motif que son statut d'établissement public lui aurait interdit de compromettre* ».⁷⁸⁷

⁷⁸⁵ **ABI-SAAB G.**, *op. cit.*, p. 131.

⁷⁸⁶ **BLACKABY N., PARTASIDES C., REDFERN A., AND MARTIN HUNTER M.**, *Redfern and Hunter on International Arbitration*, Oxford University Press, 2017 p. 99.

⁷⁸⁷ CCI n. 2521, 1975, in **ARNALDEZ J.J. et al.**, *Vol. I, op. cit.*, p.283.

Le cas n'était pas particulièrement difficile à trancher pour les arbitres parce que le droit étatique applicable à la procédure et au fond du litige permettait aux établissements publics de conclure valablement des accords d'arbitrage. De plus, les arbitres ont eu à leur disposition l'argument à fortiori fondé sur l'ordre public international qui suggérait que :

*« Au surplus, à supposer que (l'Etablissement public) n'eut pas été apte à compromettre, il y aurait lieu de retenir que cette inaptitude devra être considérée comme inopérante en raison de sa contrariété avec l'ordre public international. Donc la mise en jeu ne pourrait être exclue par l'application du droit de l'État H ».*⁷⁸⁸

L'auteur qui a commenté cette décision a observé, bien que la loi régissant le contrat et la procédure arbitrale soit la même que celle de l'État auquel l'établissement était rattaché, que :

*« On ne saurait en déduire que l'arbitre applique cette loi en tant que loi régissant la capacité de l'État, solution écartée en France par l'arrêt Galakis [...]. Il est certainement plus conforme à l'esprit de l'arbitrage d'y voir le souci de l'arbitre de se fonder sur la loi que, d'une façon générale, les parties avaient déclarée applicable tant au fond du litige qu'à la procédure arbitrale ».*⁷⁸⁹

Cette position de la doctrine, nous le verrons dans les conclusions, doit être évaluée avec prudence. Un autre cas qui doit être examiné est l'affaire CCI 3881 de 1984, dans laquelle une entreprise syrienne a soulevé une exception d'incompétence du tribunal arbitral en observant que le droit syrien l'empêchait d'être partie à l'arbitrage. Le tribunal a qualifié cette objection de question de compétence en considérant que :

*« La compétence des arbitres découle de la convention d'arbitrage. Si une des parties à la convention n'avait pas la capacité de compromettre, il n'existe pas de la convention d'arbitrage valable ».*⁷⁹⁰

Le tribunal a tranché en appliquant le droit syrien et, en se basant sur la distinction que ce droit faisait entre les « ministères et les services publiques » et les « établissements publics » il a conclu que la défenderesse étant un établissement, elle était soumise au décret législatif Syrien n. 18 du 15 février 1974, qui permettait aux « établissements, aux sociétés publiques

⁷⁸⁸ *Ibid.*

⁷⁸⁹ *Ibid.*, p. 284.

⁷⁹⁰ CCI, n. 3881, 1984, in **ARNALDEZ J.J. et al.**, Vol. II, *op. cit.*, p. 259.

et aux entreprises de caractère économique », de conclure des contrats sans besoin de l'approbation du Conseil d'État.⁷⁹¹

La doctrine qui a examiné ce cas a remarqué que la décision des arbitres d'appliquer le droit syrien ne découlait pas du fait que celle-ci était une entreprise syrienne, mais du fait que le droit qui régissait le contrat était de ce même droit.

Cette analyse nous aide à compléter notre compréhension, d'un côté du traitement des entreprises publiques dans l'arbitrage international. Si on fait un parallélisme entre les problèmes qui se posent dans le domaine de l'arbitrage commercial international et dans ce d'investissements, il est clair, qui, même si à la suite d'une longue évolution maintenant ils se rapprochent beaucoup en ce qui concerne la relevance résiduelle des lois interne qui empêchent aux entreprises publiques de signer un accord valide d'arbitrage est parfois encore une question ouverte, aussi dans l'arbitrage des investissements. A ce propose il est intéressant l'observation du Professeur Pierre Lalive, selon laquelle ce problème aussi :

*« In the case of State-controlled corporations or entities, similar situations may arise, with additional complications when such a body, sued in arbitration, relies upon its alleged lack of capacity under a charter or by-laws, [...] And this may happen, and has happened, for instance, even in circumstances (a) when the international contract containing the arbitration clause had been concluded within the scope of, pursuant to, or "under the umbrella of" a bilateral treaty between two States, and (b) when the contract had actually been performed in part for some time ».*⁷⁹²

Cette ressemblance des problèmes semble encore une fois justifier le parallélisme qu'on a fait entre arbitrage commercial international et arbitrage d'investissements.

Dans l'arbitrage d'investissement, en considérant la relevance de l'article 42, on peut même dans l'interprétation plus stricte de cet article reconnais au droit international un rôle corrective du droit international par rapport à la loi interne de l'État, comme il a été suggéré aussi par Monique Sasson.⁷⁹³ Il est curieux que si même dans ce champ la comparaison avec l'arbitrage commercial international nous aide à la compréhension des concepts, il est vraie au même temp, qui à côté de la dépolitisation des conflits entre investisseurs et États hôtes

⁷⁹¹ *Ibid.*, p. 261.

⁷⁹² LALIVE, P., « Some Threats to International Investment Arbitration », *ICSID Review, Foreign Investment Law journal*, Vol. I (no. 1), 1986, p. 30.

⁷⁹³ SASSON, M., *Substantive Law in Investment Treaty Arbitration*, Alphen aan den Rijn, Kluwer, 2017, p. 71-73.

le développement de l'arbitrage d'investissement a fourni aux investisseurs un autre système de protection de leurs droits, qui est moins sujet aux risques de la loi interne de l'État.

§3) La clause relative à la sécurité nationale.

Une autre question largement débattue par la doctrine est le rapport entre les investissements des entreprises publiques et la sécurité nationale du pays de destination de l'investissement. Le problème posé a été analysé par plusieurs auteurs, sous des angles différents : d'un côté en ce qui concerne le fait que les États contrôlants peuvent utiliser les Fonds Souverains et les entreprises publiques pour poursuivre des buts politiques, de l'autre côté, pour les risques que ces entités peuvent poser, en donnant leur capacité de dépense économique presque illimitée, pour le bon fonctionnement de leur marché interne. Le problème lié à l'intervention des entreprises publiques peut être résumé dans deux ouvrages, un plus générale du Professeur Stiglitz et l'autre, plus focalisé sur le droit des investissements du Muthucumaraswamy Sornarajah.

Dans son livre « *Government and Markets* », qu'on a mentionné dans l'introduction, le Professeur Stiglitz a observé à propos des fonds souverains que :

*« Most of debate is motivated by fear. It is not that the sovereign funds have taken actions that are objectionable, which are motivated by anything other than profit maximization. It is only that they might do so, and we need to take preventive action ».*⁷⁹⁴

A ce propos il est intéressant d'observer les précisions apportées par l'auteur s'agissant des points susceptibles de justifier un traitement discriminatoire :

*« Ownership conveys information; it may tell us about the likelihood of such actions being undertaken. In some circumstances it may provide an additional rationale for regulatory scrutiny ».*⁷⁹⁵

Une analyse similaire a été proposée par Muthucumaraswamy Sornarajah, qui a observé que :

⁷⁹⁴ STIGLITZ, J. E., *op. cit.*, in BALLEISEN, E. J., MOSS, A. D., *Government and Markets*, Cambridge University Press, p. 39.

⁷⁹⁵ STIGLITZ, J. E., *op. cit.*, in BALLEISEN, E. J., MOSS, A. D., *op. cit.*, p. 41.

*« National security concerns will increase with the current global economic crisis and the penetration of the American and the European markets by sovereign wealth funds from hitherto developing states, principally China ».*⁷⁹⁶

En ce qui concerne le but de notre thèse, c'est-à-dire d'analyser les problèmes posés par les entreprises publiques sur le plan de la procédure internationale une question qu'il faut analyser préalablement est si le problème de savoir si les objections concernant la sécurité nationale doivent être analysées en tant que questions préliminaires, c'est-à-dire de compétence, comme il semble que les auteurs qui se sont occupés de cette question ont suggéré, par contre, comme des questions de recevabilité ou de fond.

Il est intéressant, en effet, d'observer que tous les auteurs ayant examiné la question de la possibilité pour une entreprise publique d'être demanderesse devant un tribunal CIRDI ont critiqué l'absence dans le *Broches Test*⁷⁹⁷ d'une considération fondée sur le but poursuivi par l'investisseur étatique, qui reste l'aspect le plus souvent remarqué par la doctrine afin d'exclure les entreprises publiques des sujets susceptibles d'être demandeurs devant un tribunal arbitral CIRDI.⁷⁹⁸

Ces auteurs, en particulier Christopher Beus, ont justifié la nécessité d'une analyse sur le but poursuivi en fondant leurs observations sur l'exigence de protéger l'intérêt national de l'État hôte de l'investissement, mais, en suggèrent une analyse plus approfondie dans le déroulement de ce test on assez clairement transformé l'analyse sur la sécurité nationale en tant qu'une question de caractère préliminaire. Christopher Beus, a observé que:

*« Because state attribution permits an inquiry into purpose, it helps to close the door to state investors and thus addresses the concerns of Feldman that CSOB's methodology is too inclusive. By inquiring into purpose, state attribution allows a tribunal to look further than the immediate action of an investor entity to identify the larger state scheme to which it belongs. This helps to prevent states from achieving standing behind the facade of an allegedly separate investor entity ».*⁷⁹⁹

La référence faite par l'auteur à la question du *standing*, que comme on l'a vue, c'est un terme très difficile à définir, nous suggère que presque tous les auteurs qui ont analysé cette

⁷⁹⁶ SORNARAJAH, M., *op. cit.*, Third Edition, p. 457.

⁷⁹⁷ PREMIERE PARTIE, §2)

⁷⁹⁸ E.g. BEUS C., *op. cit.*, p. 550.

⁷⁹⁹ BEUS C., *op. cit.*, p. 568.

question, l'ont regardé en tant qu'un problème de caractère préliminaire. Le Professor Mark Feldman, l'autorité académique sur ce sujet a été encore plus explicite, en observant que :

« [...] *When determining, as a legal matter, whether there is jurisdiction over claims by State-owned entities against host countries under investment treaties, consideration of the objectives driving the activities of those entities would complement, rather than undermine, recent developments in international investment policy* ». ⁸⁰⁰

Ces deux analyses suggèrent que ce problème doit être analysé dans le contexte de la compétence. Dans le second chapitre de la première partie, il nous est apparu clair que le *Broches Test* peut être interprété d'une façon plus satisfaisante à travers une analyse comparative avec l'arbitrage commercial qui ne laisse pas de place à des enquêtes sur le but poursuivi.

On peut se demander, à ce point, s'il y a des raisons pour accepter l'analyse de la doctrine dominante sur ce sujet, qui considère ce problème en tant qu'une question préliminaire, ou, par contre, comme une question d'admissibilité ou de fond. Pour répondre à cette question, il peut être intéressant d'élargir notre champ d'analyse aux questions qui ont regardé la question relative au traitement que les tribunaux arbitraux doivent réserver aux investissements illégaux. Le parallélisme peut être justifié sur la base du fait qu'une entreprise publique qui poursuive des buts différents par rapport à ceux commerciales se pose dans une situation pas trop diverse d'un investisseur, publique ou privé, qui investisse dans l'État hôte sans respecter la loi interne de ce pays, une question qui a poussé certains tribunaux arbitraux à traiter cette question comme une question de compétence, en déclinant leur compétence, comme dans l'affaire *World Duty Free Company Limited and The Republic of Kenya*. ⁸⁰¹

Andrew Newcombe, à ce propos, a observé que :

« *There are conflicting statements in investment treaty cases on the power of the tribunal to dismiss a claim as inadmissible [...] [because] [...] in the ICSID*

⁸⁰⁰ FELDMAN M., *op. cit.*, 2014, p. 637.

⁸⁰¹ *World Duty Free Company Limited and The Republic of Kenya*, ICSID Case No. ARB/00/7, Award, 4 October 2006, para. 188, « The Claimant is not legally entitled to maintain any of its pleaded claims in these proceedings as a matter of order public international and public policy under the contract's applicable laws ».

*Arbitration Rules and the UNCITRAL Arbitration Rules do not expressly refer to admissibility or preclusion of claims ».*⁸⁰²

Nous pensons que les auteurs, tels que Mark Feldman et Christopher Beus qui ont, en rattachant la question du but poursuivie à celle du Broches Test ont qualifié cette question en tant qu'un problème de compétence. Par contre, à notre avis, cette question devrait être analysé parmi les questions de recevabilité, qui est aussi la qualification à notre avis plus correcte aussi des problèmes ressortissants de la légalité des investissements.

Sur ce point nous estimons que l'analyse de Andrew Newcombe est très persuasive. L'auteur, en particulier, a observé que:

*« Using admissibility approach appears to be particularly suited for egregious cases where the misconduct at issue should be explicitly denounced. The tribunal in the exercise of its jurisdiction send a very strong message when it says that, despite having jurisdiction, we are unwilling to have the claim to proceed ».*⁸⁰³

À notre avis, alors, la question de la sécurité nationale doit être analysée en tant qu'une question de recevabilité de la demande.

La question a été étudiée par la *Conférence des Nations Unies sur le Commerce et le Développement* dans un rapport intitulé « *The Protection of National Security in IIs* ». Ce rapport a examiné de façon transversale tous les problèmes qui émergent de la formulation des clauses relatives à la sécurité nationale, qui, comme il a été observé par le Professeur Subedi P. Surya :

*« Several recent BITs have started to spell out the exceptions to national treatment and MFN under such treaties ».*⁸⁰⁴

En ce qui concerne en particulier les investisseurs publics, le rapport intitulé « *The Protection of National Security in IIs* » a observé que :

⁸⁰² **NEWCOMBE, A.**, « Investor misconduct: jurisdiction, admissibility or merits », in **BROWN C., MILES K.**, *Evolution in Investment Treaty Law and Arbitration*, Cambridge University Press, Cambridge University Press, 2011, p. 194

⁸⁰³ *Ibid.*, p. 199.

⁸⁰⁴ **SUBEDI, S. P.**, *International Investment Law*, Third Edition, Bloomsbury, Hart Publishing, 2016, p. 225.

« *It has been argued that SWFs are inherently different from private investors, since government - owned entities may have interests that take precedent over profit maximization* ». ⁸⁰⁵

Notre analyse empirique dans le chapitre préliminaire a démontré que, s'il est vrai que le fonctionnement des entreprises publiques et privées n'est pas parfaitement comparable, il n'y a pas lieu de présumer que les *fonds souverains* gèrent leurs actifs en poursuivant des buts autres que la recherche du profit.

Il convient en outre prendre en considération certains aspects liés en particulier aux clauses de sécurité nationale dans la jurisprudence de la Cour internationale de justice et dans le système du CIRDI. Le caractère de ces clauses est un problème assez classique du droit international. Ces clauses, en effet, peuvent être formulées comme « *self - judging* », c'est-à-dire que l'État a une liberté presque illimitée d'invoquer l'application de cette clause, ou limitée par un contrôle judiciaire.

Cette question, naturellement, ne peut pas être analysée à un niveau totalement abstrait, mais elle doit l'être sur la base du traité spécifique. On peut confirmer cette lecture à travers la jurisprudence de la Cour internationale de justice, qui, dans les affaires *Nicaragua* du 1986⁸⁰⁶ et *Plates-formes pétrolières* du 1996,⁸⁰⁷ a fondé ses conclusions sur une lecture très littérale des dispositions sur lesquelles sa compétence a été fondée.

La question, toutefois, a été analysé dans l'affaire très récent de la Cour international de justice, *Djibouti c. France* selon lequel :

⁸⁰⁵ **CNUCED**, *La Protection de la Sécurité Nationale dans les Accords Internationaux d'Investissement (AII), Études de la CNUCED sur les politiques d'investissement international au service du développement*, UNCTAD/DIAE/IA/2008/5, Geneva, 2009, p. 20.

⁸⁰⁶ *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États - Unis d'Amérique)*, fond, arrêt, C.I.J., Recueil 1986, p. 14., p. 14, para. 222. "Cet article ne peut pas s'interpréter comme faisant échapper à la compétence de la Cour le présent différend sur la portée du traité. En effet cette disposition, étant l'une de celles qui constituent le traité. Est régie par l'article XXIV aux termes duquel tout différend sur l'interprétation et l'application du traité est de la compétence de la Cour. L'article XXI définit les cas dans lesquels le traité prévoit lui-même des exceptions au caractère général de ses autres dispositions, mais il ne tend nullement à faire échapper l'interprétation et l'application de ses propres termes à la compétence de la Cour prévue par l'article XXIV. Que la Cour soit compétente pour déterminer si des mesures prises par l'une des Parties relève d'une exception ressort également a contrario de ce que le texte de l'article XXI du traité n'a pas repris le libellé antérieur de l'article XXI de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce. Cette disposition du GATT, prévoyant des exceptions au jeu normal de l'Accord général, précise que celui-ci ne sera pas interprété comme empêchant une partie contractante de prendre toutes mesures qu'elle estimera nécessaires à la protection des intérêts essentiels de sa sécurité.

⁸⁰⁷ *Plates - formes pétrolières (République Islamique d'Iran c. États-Unis d'Amérique)*, exception préliminaire, arrêt, C.I.J. Recueil 1996, p. 803, para. 20.

« [...] Même dans l'exécution de ce qu'il qualifie de « self - judging clause », l'État requis doit agir de façon raisonnable et de bonne foi. Il ajoute que, de toute façon, l'obligation de motiver impose à l'Etat requis d'aller au-delà de la simple référence à l'article 2, alinéa c), et de donner les raisons qui, dans le cas d'espèce, justifient sa décision ; faute de quoi celle-ci ne serait pas valide ». ⁸⁰⁸

Cet arrêt, même, si n'est pas fondé sur un traité des investissements, a une portée générale et, à notre avis, il est à travers ces clauses qu'on doit examiner la question de savoir s'il y a des véritables risques pour les économies nationales ou non.

En portant notre attention sur l'interprétation du champ d'application de la clause de sécurité nationale dans le plus spécifique domaine des investissements, nous devons observer que la question a été au centre de l'attention également dans le système du CIRDI, dans toutes les affaires concernant la crise de la dette publique argentine, sans que les tribunaux arbitraux soient arrivés à des conclusions satisfaisantes.

Les demandeurs ont soutenu que ces mesures avaient nui à leurs investissements dans les secteurs argentins du gaz et des assurances et avait violé le traité bilatéral d'investissements.

Dans les affaires qui opposé des investisseurs des États-Unis et en Argentine, la question la plus difficile pour les tribunaux arbitraux a été de vérifier le champ d'application de l'Article XI du traité bilatéral d'investissements entre l'Argentine et les États-Unis.

Une grande partie de l'analyse s'est focalisée en particulier sur le rapport existant entre la *lex specialis* incluse dans le traité et l'Article 25 du *Projet d'Article de la CDI*.

La décision la plus importante à ce sujet est probablement celle du Comité d'annulation dans le cas *CMS Gas Transmission Company v. The Republic of Argentina* de 2007⁸⁰⁹ qui a durement critiqué l'approche du tribunal arbitral pour ne pas avoir fait prévaloir la *lex specialis* contenue dans le traité et, en revanche, avoir donné une importance excessive à

⁸⁰⁸ *Certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale (Djibouti c. France)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2008, p. 177, para. 135.

⁸⁰⁹ *CMS Gas Transmission Company v. The Republic of Argentina*, ICSID Case No. ARB/01/8, Decision of the ad hoc Committee on the Application for Annulment of the Argentine Republic, 25 September 2007, para. 134. "If, on the contrary, state of necessity in customary international law goes to the issue of responsibility, it would be a secondary rule of international law – and this was the position taken by the ILC.155 In this case, the Tribunal would have been under an obligation to consider first whether there had been any breach of the BIT and whether such a breach was excluded by Article XI. Only if it concluded that there was conduct not in conformity with the Treaty would it have had to consider whether Argentina's responsibility could be precluded in whole or in part under customary international law".

l'article 25 du *Projet d'Article de la Commission internationale sur la responsabilité des États*.

Partant de cette considération, on peut conclure que la lecture des restrictions incluses dans les traités bilatéraux d'investissements ne peut probablement pas être soulevée pour la protection du fonctionnement du marché interne. En effet, un des risques redoutés par la doctrine qui a soutenu la nécessité de limiter l'accès aux marchés des États occidentaux, est qu'à partir du moment où les investisseurs souverains ont une énorme capacité financière, leurs activités pourraient affecter le fonctionnement du marché intérieur, une problématique qui a été soulevée aussi bien dans le droit d'investissements⁸¹⁰ que dans le droit du commerce international, comme on le verra dans la troisième partie.⁸¹¹

Il faut donc probablement accepter la lecture restrictive des clauses sur la sécurité nationale incluses dans les traités bilatéraux d'investissements également en ce qui concerne les investisseurs publics, sans possibilité de discrimination par rapport aux investisseurs privés. Les instruments les plus significatifs pour la protection de la sécurité nationale restent donc les lois nationales de plusieurs États occidentaux comme le Canada, l'Allemagne et les États-Unis et dans ce domaine, il y a des différences intéressantes entre les différents groupes des traités bilatéraux d'investissements.

Comme la doctrine qui a conduit une analyse statistique sur ces instruments :

*« In most investment treaties, states do not undertake any substantial obligation about investment admission. A typical clause provides that each contracting State shall promote as far as possible in its territory investment by investors of the other contracting part State and admit such investments in accordance with its legislation. This type of admission clause exposes the host state to no obligation to revise its domestic laws of admission after the ratification of the bit. However, the US, Canada and Japan take a different approach. The BITs negotiated by these states impose market accession obligations to some extent. Under these BITs, a right of admission is established based on national treatment and MFN ».*⁸¹²

⁸¹⁰ **BASSAN, F.**, *The Law of Sovereign Wealth Funds*, Edward Elgar Publisher, 2011, p. 11.

⁸¹¹ **TAYLOR, M.**, *International Competition Law*, Cambridge University Press, 2006, p. 255. "STEs frequently benefit from competitive advantages resulting from various forms of government support".

⁸¹² **SHAN, W.**, *The Legal Protection of Foreign Investment, A comparative Study*, Hart Publishing, Oxford, 2012, p. 32-33.

Les pays ayant signé des traités bilatéraux d'investissements qui protègent les investissements non seulement lorsque l'investissement a été réalisé, mais également dans la phase de « *pre - establishment* » ont approuvé des lois plus strictes pour « *the monitoring of Sovereign Wealth Funds* ». Cette approche a été suivie, par exemple, par le Canada.⁸¹³

Dans tous les cas, la majorité des traités bilatéraux d'investissements ne fait pas de discrimination entre les placements protégés sur la base de la source du capital de l'investisseur, mais plutôt en raison de leur secteur d'activité. Comme on l'a vu, dans notre étude empirique, les investissements dans des secteurs stratégiques des entreprises publiques et des fonds souverains sont limités au niveau quantitatif. En ce qui concerne l'aspect plus spécifiquement juridique, nous avons vu qu'en ce qui concerne l'interprétation des clauses sur la sûreté nationale, il n'y a pas d'éléments significatifs pour une discrimination nette entre sujets publics et privés. On peut trouver un support à nos conclusions dans la doctrine plus récente qui a examiné cette question, l'article de James Mendenhall du 2016 sur la *ICSID Review*.⁸¹⁴

L'approche de Mendenhall à ce problème en ce qui concerne cette question est particulièrement convaincant parce qu'il s'inspire de la méthode utilisée par le CFIUS (*Committee on Foreign Investment in the United States*) qui a examiné ce problème en examinant d'un côté les aspects liés à une acquisition accomplie par une entreprise étrangère sur le plan de la « *threat* » c'est-à-dire « *the capability or intention to exploit or cause harm* » et de l'autre côté la « *vulnerability* » c'est-à-dire « *its relationship to a weakness or shortcoming in a system, entity, or structure creates susceptibility to impairment of U.S. national security* ».

Il est tout à fait évident que cette distinction est utile pour arriver à un examen objectif des risques posés par les investissements publics par rapport aux investissements des entreprises publiques. En particulier, l'aspect lié à la vulnérabilité qui est très important, se pose sans différenciation aussi bien par rapport à des investisseurs publics que privés. Et selon nous, cette interprétation peut trouver confirmation dans le fait qu'aujourd'hui, aucun tribunal n'a été chargé par l'État défendeur de démontrer qu'il existe un lien entre la nature publique d'un investissement et la protection de sa sécurité nationale.

À notre avis, un examen si complexe ne peut pas être réalisé au stade de la compétence, mais, par contre, les problèmes posés par les entreprises publiques doivent être analysés en

⁸¹³ *Ibid.*

⁸¹⁴ MENDENHALL, J. E., *Assessing Security Risks Posed by State-Owned Enterprises*, *op. cit.*, p. 36 - 44.

tant que question de recevabilité, et par conséquence, en cas de bifurcation de la procédure arbitrale, doivent être rattaché au fond de l'affaire.

CHAPITRE III : LE PRINCIPE DE LA CHOSE JUGÉE ET SON ETENDUE DANS L'ARBITRAGE D'INVESTISSEMENT

Ce dernier chapitre de la deuxième partie a pour but de vérifier s'il y a des conséquences à traiter la décision arbitrale du caractère étatique de l'entreprise dans le domaine de l'arbitrage d'investissement. L'analyse des questions qui se posent lorsque la décision est rendue sont nécessaires pour compléter le cadre de notre analyse dans le domaine de l'arbitrage d'investissement.

Un aspect de caractère plus théorique qui peut avoir une conséquence sur le traitement des entreprises publiques est la question de savoir si l'exception de la chose jugée doit être qualifiée comme une question de compétence ou d'admissibilité. Pour mieux clarifier l'objet de notre analyse nous devons commencer notre analyse en imaginant un cas théorique (mais on a aussi des exemples dans la pratique tels que le cas *Jan de Nul* qui on examinera à côté d'autres affaires dans le domaine d'investissements dans le paragraphe §3), c'est-à-dire la possibilité de déclencher un arbitrage dans un premier moment contre l'entreprise publique et dans un second moment contre l'État.

Si, en effet, on accepte l'idée qu'il s'agit d'une question de compétence cette question va éliminer la possibilité pour le tribunal d'être encore saisie pour l'affaire, mais depuis qu'un jugement rendu sur la compétence ne porte pas en rien sur le fond de l'affaire, cette décision n'empêchera pas la possibilité pour l'investisseur de déclencher un autre arbitrage contre l'État devant à un autre tribunal. La solution n'est pas la même lorsque, par contre, on qualifie l'exception de chose jugée en tant qu'une question d'admissibilité.

Cet examen nous aidera, comme dans la première partie de la thèse à comprendre les apories et la complexité du droit d'investissement. Concernant les questions qui ressortissent de la chose jugée il faut d'abord analyser un des aspects plus intéressants par rapport à un des aspects plus fascinants qui regardent cette question, c'est-à-dire la confluence dans ce système, une caractéristique qui partage avec tout le système du droit international, qui est représenté par la coexistence, et parfois le conflit, entre les deux cultures juridiques différentes, celle des systèmes de droit commun et celle du droit civil.

Cette différence pourrait avoir une conséquence sur le traitement des entreprises publiques. Selon que on accepte l'approche d'origine continental ou de droit de *common law*, le rattachement de l'entreprise publique à l'État qui peut avoir des conséquences en ce qui concerne la relevance de la chose jugée par rapport aux demandes qui peuvent être

déclenchées contre l'État. Pour comprendre la relevance de cette question on peut retourner au cas qu'on a imaginé au début à propos de la question de la qualification de l'exception de la chose jugée en tant que question de compétence ou d'admissibilité. C'est encore le cas d'une première demande fondée sur un contrat entre l'investisseur et l'entreprise publique et une seconde demande fondée, par contre, sur la base des mêmes faits contre l'État.

Si le second tribunal accepte l'approche qui s'est évolué dans le droit civil, concernant l'étendue de la chose jugée, il est clair que la deuxième demande sera considérée comme un différend diverse, même, si, en effet, les deux affaires sont, d'un point de vue substantielle, le même. Par contre, si on accepte une idée plus substantialiste de chose jugée, telle que a été élaboré par les juristes anglosaxonnes l'issue du litige pourrait être divers.

La même question se pose, même si d'une façon assez diverse, dans le contexte spécifique de la délégation. Ici on pourrait imaginer que cette entité, à travers l'instrument prévue par l'article 25 (1) et (3) est séparée de l'État et que la force obligatoire de la chose jugée n'aille pas à l'État défendeur. Ici, c'est la force obligatoire du traité qui peut jouer un rôle important et par conséquence on analysera ce cas spécifique dans un paragraphe divers.

Récemment, dans le cadre de l'arbitrage d'investissement, trois affaires, *Grynberg v. Grenade*,⁸¹⁵ *Apotex v. United States*⁸¹⁶ et *Caratube v. Republic of Kazakhstan*⁸¹⁷ ont porté à l'attention de la doctrine la question de la reconstruction de l'exception de la chose jugée. Ces trois affaires, depuis que semblent représenter une évolution vers un approche beaucoup plus proche au droit de *common law* sont extrêmement intéressantes pour notre analyse à cause de l'influence qu'ils pourraient avoir une conséquence sur le traitement des entreprises publiques dans l'arbitrage d'investissements.

On analysera distinctement les deux questions, l'une liée à la question distincte de la classification de cette exception tel qu'une question de compétence ou d'admissibilité et la différence existence entre l'approche de nature de droit civil et droit du common law et dans les deux paragraphes. Depuis que la question qu'on ira examiner dans ce paragraphe implique beaucoup des notions complexes, avant de nous focaliser sur les aspects plus spécifiques qui regardent le sujet de notre thèse il faut accomplir une analyse plus large sur

⁸¹⁵ *Rachel S. Grynberg, Stephen M. Grynberg, Miriam Z. Grynberg, and RSM Production Corporation v. Grenada*, ICSID Case No. ARB/10/6, December 10, 2010.

⁸¹⁶ *Apotex Holdings Inc and Apotex Inc v. The Government of the United States of America*, ICSID Case No ARB(AF)/12/1 (NAFTA), Award, 25 August 2014.

⁸¹⁷ *Caratube International Oil Company LLP and Mr. Devincci Salah Hourani v. Republic of Kazakhstan*, ICSID Case No. ARB/13/13, Award, September 27, 2017.

la notion de la chose jugée tel qu'élaboré dans le différentes systèmes qui se rencontrent dans l'arbitrage d'investissement, c'est-à-dire, le droit international général public, où le point de référence est la Cour internationale de justice dans le paragraphe 1), pour comprendre la tractation de cette question dans le domaine du droit international général et pour marquer la différence d'approche entre ce système et l'arbitrage commercial international. Cette analyse se justifie parce que comme on l'a soutenue dans l'introduction, le droit d'investissement trouve ses sources soit dans le droit international général public, soit dans celle de l'arbitrage commercial international. Dans ce système juridique, un auteur éminent, Pierre Mayer, a, en effet, soutenu l'idée que l'existence de la chose jugée représente une question liée à la compétence du tribunal et des arbitres ont suivi cette approche aussi dans l'arbitrage d'investissement. Nous commencerons notre analyse à partir du droit international général dans le paragraphe 1), puis dans le paragraphe 2) on fera un examen de l'arbitrage commercial pour arriver à une synthèse dans le paragraphe 3), consacré à l'arbitrage d'investissement où on peut apprécier le syncrétisme (et les divergences) entre ces deux systèmes pour identifier une solution satisfaisante à cette question.

§1) Le principe de la chose jugée dans la jurisprudence de la Cour internationale de justice

§1.1) Le principe de la chose jugée en tant que question d'admissibilité dans le droit international général

Selon les termes de l'article 59 des Statuts de la Cour internationale de justice, « *la décision de la Cour n'est obligatoire que pour les parties en litige et dans le cas qui a été décidé* ».

L'exception de la chose jugée dans le droit international classique a été classée tant par la doctrine la plus ancienne que par la plus récente comme une question d'admissibilité et non pas comme une question de compétence.⁸¹⁸ Cette qualification dans le droit international public ressort directement du cas du *Detroit de Corfou*.

La doctrine qui a commenté cet arrêt, en effet, a observé que :

« It will be noted that the Court refrained from basing itself on Article 36 (6) of the Statute, which had been invoked by the United Kingdom. No reason was given for this. It is possible that one may be found in an expressed desire that the issue of res judicata

⁸¹⁸ MABROUK, M., *op. cit.*, p. 80, KOLB, R., *op. cit.*, p. 220

should remain within the orbit of Chapter III of the Statute, relating to procedure, and not be brought into the scope of Chapter II, which relates to the competence of the Court ». ⁸¹⁹

Dans les années suivantes, cette approche n'a pas changé dans la jurisprudence de la Cour internationale de justice. Un exemple significatif à cet égard peut être tiré de la décision de la Cour internationale de justice dans l'affaire *Nicaragua v. Colombie* du 17 Mars 2016. ⁸²⁰ Dans cette affaire, les tribunaux ont directement abordé la question de la qualification de la chose jugée qui avait été présentée par la Colombie comme une objection à l'existence de la compétence de la Cour, mais les juges que la Cour a requalifiée en tant que exception à la recevabilité de la demande. ⁸²¹

Comme nous le verrons, les tribunaux arbitraux saisis pour une exception relative à une décision préalablement rendue et par conséquent à l'exception soulevée par l'État défendeur relative à l'existence d'une chose jugée, l'ont qualifiée comme question de compétence et non pas d'admissibilité.

On pourrait penser que cette question pose uniquement un problème de caractère terminologique et qu'elle est sans conséquences importantes par rapport au traitement des entreprises publiques, mais se pose également la question plus vaste de comprendre s'il y a des influences sur le droit d'investissement autres que celles qui ont été représentées par le droit international public.

⁸¹⁹ ROSENNE, S., *The International Court of Justice*, Leiden, A. W. Sijthoff's Uitgeversmaatschappij N. V., 1957, p. 434

⁸²⁰ *Question de la délimitation du plateau continental entre le Nicaragua et la Colombie au-delà de 200 milles marins de la côte nicaraguayenne (Nicaragua c. Colombie), exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 2016, p. 100.*

⁸²¹ *Ibid.*, para. 48 « La Cour observe d'abord qu'elle n'est pas liée par la qualification d'une exception préliminaire par la partie qui la soulève et peut, si nécessaire, requalifier une telle exception (*Interhandel (Suisse c. États-Unis d'Amérique), exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1959, p. 26*). La Cour considère que la troisième exception préliminaire de la Colombie présente les caractéristiques d'une exception d'irrecevabilité, qui « revient[t] à affirmer qu'il existe une raison juridique pour laquelle la Cour, même si elle a compétence, devrait refuser de connaître de l'affaire ou, plus communément, d'une demande spécifique y relative » (*Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Croatie c. Serbie), exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 2008, p. 456, para. 120; voir dans le même sens, Plates-formes pétrolières (République islamique d'Iran c. États-Unis d'Amérique), arrêt, C.I.J. Recueil 2003, p. 177, para. 29*). La Cour traitera la troisième exception préliminaire de la Colombie comme une exception d'irrecevabilité ».

§1.2) Le principe de la chose jugée dans le droit international général : les différences entre res judicata et collateral estoppel

Comme on l'a anticipé dans l'introduction de cette partie l'autre question qui peut avoir une relevance pour le traitement des entreprises publiques par rapport à la chose jugée est la distinction entre les différentes notions de *res judicata* et *collateral estoppel*.

Il a en effet été remarqué que dans le droit anglo-saxon, une décision rendue suite à un contradictoire, que ce soit le jugement d'un tribunal de l'État ou une décision arbitrale, constitue surtout un examen définitif des faits déterminé par le tribunal.⁸²² Cette approche a été confirmée par Richard Jacobs QC qui a observé que :

*«In English law, estoppels are sometimes said to be rules of evidence. But it seems clear that they are not ordinary rules of evidence. They often arise out of or affect or define substantive rights ».*⁸²³

En tous les cas « *it may be that some estoppels are properly regarded as substantive, some as procedural* ». Leonardo Nemer Caldeira Brant qui a décrit le principe de l'estoppel de façon générale a observé que :

*« En effet, la règle de l'estoppel, que l'on envisage comme une "rule of evidence" ou bien comme une "rule of substantive law", finit par empêcher que l'une des parties au litige nier devant une déclaration préalablement faite sur la base de laquelle l'autre partie aura agi à son détriment. Comme l'a observé la doctrine, la raison de l'existence du principe d'estoppel est dument exprimée par l'adage allegans contraria non audiendus est. Son but principal est d'empêcher qu'une partie tire bénéfice "by his own inconsistency" au détriment de l'autre partie qui, en bonne foi, s'est attachée aux faits présentés par la partie opposante. Son fondement se trouve donc dans la bonne foi, principe de droit clairement adopté par le droit international ».*⁸²⁴

⁸²² **SCHAFFSTEIN, S.**, *The Doctrine of Res Judicata before International Commercial Arbitral Tribunal*, Oxford University Press, 2016. "Judicial record of what actually happened with regard to the dispute".

⁸²³ **JACOBS, QC., MASTERS, L.S., STANLEY, Q.C.**, *Liability Insurance in International Arbitration*, Hart Publishing, Portland, 2011, p. 39.

⁸²⁴ **BRANT, L. N. C.**, *op. cit.*, L.G.D.J., 2003, p. 51

Nous pouvons distinguer deux formes d'*estoppel*, celle que Antoine Martin a définie comme l'*estoppel by representation* et l'autre qui on peut définir *estoppel by res iudicata*.⁸²⁵

Il faut observer qu'il n'y a pas de raison de douter que la règle de l'*estoppel* aux deux sens a été acceptée dans le droit international. En ce qui concerne l'*estoppel by representation*, on peut citer l'*Affaire du temple de Préah Vihéar*.⁸²⁶

Le fait que la doctrine de l'*estoppel* a été acceptée aussi en ce qui concerne cette notion renforce l'idée que cette notion, quand elle vient transposé sur le plan international perde, comme autres notions, certaines spécificités qu'elle a dans le droit interne. Pour ce qui concerne notre sujet de thèse les aspects les plus intéressantes ressortissent de la notion d'*estoppel by res iudicata*, et en particulier la notion assez complexe à décrire, c'est-à-dire celle de la notion de *collateral estoppel*.

Dans le droit d'origine anglo-saxonne, la distinction n'est pas si nette. Comme l'a observé la doctrine:

« In English and American municipal law the notion of collateral estoppel is used to preclude the claimant from re-raising issues identical to those determined in a previous case between the same parties: the bar is partial, not complete, and the claimant is prevented from re-arguing only certain issues, not his claim as a whole. This notion is one of partial res iudicata and should be so treated by international tribunals. The reason why this notion is treated as estoppel rather than res iudicata in

⁸²⁵ MARTIN, A., *L'estoppel en Droit International Public*, Paris, Pedone, 1979, p. 12. « On peut considérer, avec certain auteurs, que l'*estoppel* revêt aujourd'hui deux formes principales en droit anglais : celle de l'*estoppel by res iudicata*, opérant en matière de décisions judiciaires, et celle de l'*estoppel by representation*, encore en pleine évolution, intervenant dans le domaine des déclarations de volonté ».

⁸²⁶ *Affaire du Temple de Préah Vihéar (Cambodge c. Thaïlande)*, Fond, Arrêt du 15 juin 1962 : C.I.J., Recueil 1962, p. 6, « la Cour n'a pas fait preuve de cohérence dans l'utilisation de la terminologie lorsqu'elle a examiné l'*estoppel*, utiliser des termes comme l'*estoppel*, l'exclusion, l'acquiescement et l'exclusion de façon interchangeable. Ceci, cependant, n'est pas significatif parce que si les éléments mentionnés ci-dessus sont établis, le principe est appliqué en effet. Il est donc hors de propos, en substance, ce qu'il a été étiqueté comme par le tribunal ». Voir, sur ce point l'opinion individuelle du Juge Alfaro p. 39. Dans cet affaire la Cour n'est pas arrivé à prendre une position nette en épousant une précise notion d'*estoppel*. À ce propos la doctrine a observé que : « On peut certes noter que non satisfaite de l'*estoppel latu sensu* invoqué par le Cambodge, elle a tenu à constater l'existence de certains des éléments constitutifs qui caractérisent l'*estoppel by representation* de la common law [...]. Mais on doit constater qu'elle n'a pas recherché avec soin la nature et la portée des avantages en question et qu'elle n'a pas parlé d'un *prejudice subi* par le Cambodge, ou tout au moins d'une modification dans la position respective des parties ». Sur ce point voir MARTIN, A., *op. cit.*, p. 127.

*English and American municipal law is an historical one; it lies in the extreme formalism of the early systems of pleading ».*⁸²⁷

Antoine Martin a suggérée que les :

*« Tribunaux internationaux pourraient fort opportunément admettre le cas échéant, qu'un point de fait (issue of fact) ou une question de droit (question of law) qui constitue précisément un point de fait déjà établi ou une question de droit déjà tranchée précédemment, s'agissant des mêmes Parties en litige, bénéficie de l'autorité de la chose jugée en dépit de la non-identité de la causa petendi dans les deux instances ».*⁸²⁸

Depuis qu'on a éclairci le sujet de notre analyse on peut se focaliser sur la question de la forme qui a été choisi, lorsque que ce sujet a été transposé sur le plan intèratonal. Antoine Martin, à un niveau général, a observé que :

*« Le droit intèrnational ne semble pas avoir établi une distiction aussi claire, la question demeurant posée de savoir dans quelle mesure l'autorité de la chose jugée, qui s'attache au dispositif d'un jugement ou d'une sentence, s'étend égalmet aux motifs de ceux-ci, c'est-à-dire à l'exposé des raisons de fait ou de droit qui déterminent l'arbitre ou le juge à prendre la décision énoncée dans le dispositif de la sentence arbitrale, du jugement ou de l'arrêt ».*⁸²⁹

Même si à un niveau général il est clair que dans le droit international général, cette notion, comme l'autre principe reste assez flou, il nous semble de pouvoir conclure que la notion de caractère dominante est encore celle envisagé par le droit d'origine continental. Cela peut être également confirmé par un auteur de *common law*, Derek William Bowett, qui au sujet de la notion de *res judicata* a observé que :

⁸²⁷ *Ibid.*

⁸²⁸ MARTIN, A., *op. cit.*, p. 250.

⁸²⁹ *Ibid.*, p. 251.

« *The Permanent Court of International Justice has said that “recognition of an award as res judicata means nothing else than recognition of the fact that the terms of the award are definitive and obligatory* ». ⁸³⁰

The rationale of the principle is expressed in the maxim interest rei publicae ut sit finis litium: it is essentially a rule of common sense and public policy that litigation should have finality. It follows, therefore, that, though in its effect of precluding a party from raising certain issues before a court it is remarkably similar to the preclusion of an estoppel, the principle of res judicata is distinguishable from estoppel. The rationale of estoppel is expressed in the maxim allegans contraria non audiendus est; [...]. Res judicata, in contrast, is not concerned with inconsistency in the party's conduct: indeed, there could be nothing more consistent than the attempt to raise before a court the very same issues which had been finally determined by a previous court. The reason for preventing this course of action is based on the necessity to put an end to litigation, not, as with estoppel, to avoid inconsistency ». ⁸³¹

Ces considérations démontrent clairement que la notion d'estoppel élaborée par la doctrine anglaise n'a pas été accueillie par le droit international général et par conséquent, ce nouveau trend des décisions arbitrales constitue en effet un changement de perspective vraiment radical. Avant de tirer des conclusions sur cette évolution, il faut examiner brièvement la notion de chose jugée dans le droit continental.

Dans le système d'origine continentale cependant, le jugement final est avant tout « *le résultat de l'action proposée* » et en tant que tel, le contenu de la décision n'empêche pas le demandeur de proposer une instance sur les mêmes faits si un seul des trois éléments constitutifs de la demande (*parties, petitum et causa petendi*) est différent. ⁸³²

§2) La qualification de l'exception de la chose jugée dans l'arbitrage commercial

§2.1) La qualification de l'exception de la chose jugée comme question de compétence dans l'arbitrage commercial

⁸³⁰ *Société commerciale de Belgique*, P.C.I.J., 1939, Séries A/B, No. 78, p. 175.

⁸³¹ **BOWETT, D. W.**, « Estoppel before International Tribunals and its Relation to Acquiescence », *British Yearbook of International Law*, 1957, p. 177

⁸³² **SCHAFFSTEIN, S.**, *op. cit.*, 2016.

A propos de ce dernier il est intéressant de se pencher sur l'opinion du professeur Pierre Mayer. L'éminent juriste a en effet observé que :

*« Entre tribunaux étatiques, l'existence du pouvoir de juger n'est pas en cause ; tous le possèdent. C'est seulement l'exercice de ce pouvoir qui doit, d'une part, être réparti entre eux, en complément du rôle joué par les règles de compétence, d'autre part être borné par le principe non bis in idem. Ces solutions sont imposées par la loi. Par contraste, les arbitres ne possèdent pas le pouvoir général de juger dont jouissent, en tant qu'organes de l'État, les tribunaux ; ils possèdent seulement le pouvoir spécial de trancher un litige. S'il leur est interdit de l'exercer c'est qu'ils ne le possèdent pas. C'est donc d'abord en termes d'existence du pouvoir de juger et non simplement d'exercice, que le problème se pose pour eux ».*⁸³³

Cette approche a été confirmée aussi par une auteure récente, Silja Schaffstein.⁸³⁴ Il est clair que la conséquence d'une telle conception de la compétence des tribunaux arbitraux sur la qualification de l'exception de la chose jugée est l'incompétence et non pas l'admissibilité. Dans l'affaire CCI 13509 du 2006 les arbitres ont suggéré que :

« L'exception de chose jugée, plus justement qualifiée, selon la doctrine, tel que, fin de non-recevoir à la demande nouvelle »,⁸³⁵

mais il est clair du langage prudent des arbitres que dans l'arbitrage commercial n'existe pas un approche trop définie à cette question.

§2.2) Les questions concernant les notions de la chose jugée et de collateral estoppel dans l'arbitrage commercial

En ce qui concerne notre domaine de recherche, il suffira d'une rapide enquête sur l'arbitrage commercial. Dans ce domaine, il y a une tendance de la part des arbitres tribunaux pour éviter une application indûment mécanique des règles nationales de forclusion adopter des approches pragmatiques qui favorisent les objectifs du convention d'arbitrage des parties.

⁸³³ **MAYER, P.**, « Litispendance, connexité et chose jugée dans l'arbitrage international », in **REYMOND et al.**, *Liber Amicorum Claude Reymond*, Litec, 2004 p. 189.

⁸³⁴ **SCHAFFSTEIN, S.**, *op. cit.*, p. 201.

⁸³⁵ CCI, affaire n. 13509, 2006, in **ARNALDEZ J.J. et al. VI**, *op. cit.*, p. 740.

Comme il a été observé par Gary Born ces tribunaux formulent principes sui generis internationaux de non-recours :

*« Which respect the presumptive desire of the parties to resolve all of their disputes in a single, centralised proceeding ».*⁸³⁶

Stavros L. Brekoulakis, a soutenu, qui dans la pratique arbitral des États – Unies a accepté une approche large à la doctrine du *collateral estoppel*.⁸³⁷ Pour confirmer cette analyse doctrinale on peut regarder la pratique arbitrale sur ce sujet.

Dans l'affaire CCI n. 3383 du 1979, les arbitres ont observé que :

*« Attendu par conséquent que si la ou les Parties intéressées ont, d'ordre public, la faculté de solliciter auprès des juridictions compétentes d'annulation des décisions arbitrales [...] qu'il y a donc lieu pour l'arbitre soussigné de simplement prendre acte des décisions d'un autre arbitre de les mettre en questions de quelque manière que ce soit ».*⁸³⁸

Des autres affaires intéressantes sur ce point sont les affaires CCI, n. 2475 et n. 2762 du 1977. Dans ce deux affaires les arbitres ont également accepté une conception large de la chose jugée. Sur ce point on peut s'appuiera au commentaire proposé par la doctrine sur ce spécifique sujet.

*« Le recours à l'arbitrage présente certaines difficultés lorsqu'un litige intéresse des parties intervenant dans une même opération économique sans être liée par le même contrat. Le caractère contractuel de l'arbitrage s'oppose en principe à ce que toutes les parties en cause soient regroupées dans une même procédure. [...] En effet une telle institution peut se refuser à mettre en place deux procédures parallèles et, dans le souci d'une bonne administration de la justice, décider de le joindre. C'est ainsi qu'avait procédé la Cour d'Arbitrage dans l'affaire qui a donné lieu à la procédure commenté ».*⁸³⁹

⁸³⁶ BORN, G., *op. cit.*, p. 2918.

⁸³⁷ BREKOULAKIS, S., *Third Parties in international commercial arbitration*, Oxford University Press, 2010, p. 254.

⁸³⁸ CCI, affaire n. 3383, 1979, in ARNALDEZ J.J. et al. I, *op. cit.*, p. 397.

⁸³⁹ CCI, affaires n. 2475 et n. 2762 du 1977, in ARNALDEZ J.J. et al. I, *op. cit.*, p. 331.

Un dernier cas qui peut être utile pour compléter notre analyse est l'affaire CCI n. 13509 du 2006, où, les arbitres se sont prononcé directement sur l'étendue de la chose jugée. Le droit français était applicable au fond de l'affaire, mais le Tribunal arbitral :

*« La situation n'est pas la même que celle qu'envisage l'article 1351 de la chose jugée [...] L'autorité négative de la chose jugée paraît proche de l'institution de la common law dénommée cause of action estoppel. C'est d'une façon très artificielle que Y cherchant à s'exprimer dans les termes classiques de l'autorité négative de la chose jugée demande au tribunal arbitral de se "desassir" des demandes de X : [...] Ni la chose demandée, ni la cause de la demande, ne sont pas les mêmes dans les deux instances ».*⁸⁴⁰

Du moment que la décision n'est pas reporté d'une façon intégrale, il faut baser notre analyse aussi sur le commentaire que a observé que les arbitres ont observé que :

*« Le droit français ne constitue qu'une source d'inspiration. [...] On sait que la première interdit à une partie de faire rejurer un litige définitivement tranché et exige une identité de causes et de demandes. Estimant que ces trois conditions d'identité de cause et de demandes ne sont pas remplies de se prévaloir vis-à-vis de l'autre des faits et qualifications retenues dans une autre décision, judiciaire ou arbitrale – et apporte une réponse théorique positive mais prudente à la question ».*⁸⁴¹

De cette brève analyse on peut conclure que dans l'arbitrage commercial international, même lorsque les arbitres sont liés à l'application d'un droit tel que le français qui envisage une notion assez étroite de la notion de la chose jugée, il est en train de se développer une tendance favorable à une conception qu'on pourrait définir substantialiste à l'étendue de la chose jugée. Cette doctrine a été transposée aussi dans le domaine d'investissement, où, en ce qui concerne les entreprises d'État peut avoir des conséquences assez importantes au sujet du traitement de ces entités.

§3) La chose jugée dans l'arbitrage d'investissement

La question de l'étendue de la chose jugée revête une importance assez élevée dans le traitement des entreprises publiques dans l'arbitrage d'investissement. Comme on le sait si l'investisseur a contracté avec une entreprise publique l'État, c'est dernier est exposé au

⁸⁴⁰ CCI, affaire n. 13509, 2006, in **ARNALDEZ J.J. et al. VI**, *op. cit.*, p. 740.

⁸⁴¹ CCI, affaire n. 13509, 2006, in **ARNALDEZ J.J. et al. VI**, *op. cit.*, p. 746.

risque d'une double demande contre l'entreprise publique et contre l'État controlant. Cette situation s'est présentée plusieurs fois et elle a été synthétisée par Alexandra Koutoglidou à propos du cas *Jan de Nul*. Elle a observé que :

« *The fact that the acts of state organs are sanctioned both under national law and international law provisions – since the foreign investor can hold the State responsible for these acts – paves the way for the initiation of parallel proceedings. [...] On this issue, the Jan de Nul and Dredging International case is more than instructive. On June 30, 1992 the two claimant companies [...] commenced proceedings against the SCA before the administrative courts of Port Said [...then] the companies did indeed initiate ICSID proceedings against the Egyptian State* ». ⁸⁴²

Une des questions soulevées par l'État égyptien était le fait que le différend avait déjà été tranché par les tribunaux nationaux. ⁸⁴³ Et une des questions à analyser était le critère qui devait être appliqué par le Tribunal pour analyser les exceptions soulevées par l'État égyptien étaient bien fondées ou non, et cette question sera analysée dans les paragraphes qui suivent.

§3.1) Les questions qui ressortent de la différence entre l'approche du common law et ceux de civil law

Récemment, dans le cadre de l'arbitrage d'investissement, trois cas, *Grunberg v. Grenade* ⁸³⁵ et *Apotex v. United States* ⁸³⁶ et *Caratube v. Republic of Kazakhstan* ⁸³⁷ ont porté à l'attention de la doctrine la question de la reconstruction de l'exception de la chose jugée. Ces trois affaires sont extrêmement intéressantes pour notre analyse en raison de l'influence qu'elles pourraient avoir sur le traitement de la chose jugée au sujet des entreprises publiques.

Les articles de doctrine qui ont traité ces décisions, ont observé que l'aspect le plus intéressant qui se retrouve dans ces décisions est la distinction entre l'approche d'origine continentale, fondée sur l'application des critères formels prédéterminés, tels que l'identité des *parties*, de l'*objet* et de la *causa petendi* ⁸⁴⁴ qui représente l'interprétation jusqu'ici

⁸⁴² KOUTOGLIDOU, A., « Multiple Party investment dispute resolution: who are the proper parties? » in PERMANENT COURT OF ARBITRATION, *Multiple Party Actions in International Arbitration*, Oxford University Press, Oxford, 2009, p. 264.

⁸⁴³ *Jan de Nul N.V. Dredging International N.V. v. Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/04/13, *Decision on Jurisdiction*, June 16, 2006, para. 115.

⁸⁴⁴ BRANT, C. L. N., *L'autorité de la chose jugée en droit international public*, L.G.D.J., 2003, p. 72.

courante dans le droit international classique⁸⁴⁵ et l'approche plus substantialiste, celui du *collateral estoppel* d'origine anglo-saxonne, qui semble avoir été mise en œuvre dans ces deux décisions arbitrales.

Cette évolution de la jurisprudence a été accueillie avec faveur⁸⁴⁶ par une partie de la doctrine qui a observé que cette approche, fondée sur la doctrine anglaise de l'*estoppel*, en se plaçant en discontinuité avec l'orientation jurisprudentielle prise dans les deux affaires *CME v. Czech Republic*⁸⁴⁷ et *Lauder v. Czech Republic*,⁸⁴⁸ pouvait être utile pour limiter les tactiques de procédure visant à harceler l'une des parties.

L'histoire des deux cas susmentionnés, dans lesquels l'approche au sujet de la *res judicata* a été inspirée par le droit continental est en effet intéressante pour comprendre les raisons de cet enthousiasme dans la doctrine.

Dans ces deux affaires relatives à la société CME, les deux tribunaux constitués sur la base des règles CNUDCI respectivement à Londres et à Stockholm,⁸⁴⁹ saisis substantiellement de la même affaire, ont rendu deux décisions contrastant de manière évidente entre elles. Un épisode défini par la doctrine comme « *the ultimate fiasco of international arbitration* ». ⁸⁵⁰ La jurisprudence arbitrale est revenue sur la question de l'étendue de la chose jugée dans le cas très récent *Caratube v. Republic of Kazakhstan*.⁸⁵¹ Cette décision est volontairement ambiguë sur la possibilité d'appliquer la doctrine du *collateral estoppel* dans le droit d'investissement.⁸⁵²

Nous pouvons maintenant focaliser notre attention sur les conséquences que cette approche a sur le traitement des entreprises publiques dans l'arbitrage d'investissement.

⁸⁴⁵ *Request for Interpretation of the Judgment of 11 June 1998 in the Case concerning the Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria (Cameroon v. Nigeria)*, Preliminary objections, Judgment, I.C.J. Reports 1999. Voir aussi KOLB, R., *La Cour Internationale de Justice*, Editions A. Pedone, 2013, p. 289

⁸⁴⁶ KOTUBY, C. T., and EGERTON-VERNON, J. A., *Apotex Holdings Inc and Apotex Inc v. The Government of the United States of America*, ICSID Review, 2015, pp. 486–497.

⁸⁴⁷ *CME Czech Republic B.V. v. The Czech Republic*, UNCITRAL, Award, 14 March 2003.

⁸⁴⁸ *Ronald S. Lauder v. The Czech Republic*, UNCITRAL, Award, 3 September 2001.

⁸⁴⁹ GAILLARD, E., « Abuse of Process in International Arbitration », *ICSID Review*, Vol. 32, No. 1, 2017, p. 29.

⁸⁵⁰ REINISCH, A., « The Use and Limits of Res Judicata and Lis Pendens as procedural Tools to Avoid Conflicting Dispute Settlement Outcomes », *The Law and Practice of International Courts and Tribunals, Koninklijke Brill NV, Leiden, The Netherlands, 2004*, 37–77. « Within ten days two UNCITRAL tribunals reached diametrically opposing results in an investment claim brought against the Czech Republic ».

⁸⁵¹ *Caratube International Oil Company LLP and Mr. Devincci Salah Hourani v. Republic of Kazakhstan*, ICSID Case No. ARB/13/13, Award, September 27, 2017.

⁸⁵² *Ibid.*, para. 464 « Based on the foregoing, the Tribunal is prepared to accept that there may be room for applying the doctrine of collateral estoppel in investment arbitration. This said, the issue ultimately may be left open. Indeed, for the reasons set forth below, the Tribunal finds that the requirements for applying the doctrine of collateral estoppel would in any event not be met in the present case ».

Dans les cas *CSOB v. Slovakia*,⁸⁵³ *Rumeli v. Kazakhstan*⁸⁵⁴ e *State Enterprise "Energorynok" v. Moldavia*,⁸⁵⁵ où les demandeurs étaient toutes des entreprises totalement ou partiellement contrôlées par l'État, les tribunaux eux-mêmes se sont posé la question de savoir si l'on devait parler d'entités distinctes de l'État ou de simples émanations de ce dernier.

Dans les trois cas que nous avons mentionnés, les tribunaux ont avant tout fondé leur analyse sur des critères abstraits tels que les critères relatifs au niveau de contrôle exercé par l'État ou à la nature des actes accomplis par ces sociétés. En même temps, il est important de noter que tous les trois ont alors décidé de vérifier l'exactitude de leurs déductions en examinant le titulaire de l'intérêt effectif, autrement dit le sujet bénéficiaire de l'indemnité.

L'analyse théorique de ces affaires dans la deuxième partie nous a déjà aidé à conclure que le dogme du caractère abstrait de l'intérêt pour agir pouvait-être remis en discussion en conséquence de l'approche des tribunaux. De ce point de vue, on peut arriver à une analogie entre l'approche élaborée au sujet de la doctrine de la chose jugée sur la base des intérêts communs entre les actionnaires et la société développée par les tribunaux arbitraux *Grynberg* et *Apotex*.

§3.2) Les questions qui ressortent de la qualification de la chose jugée en tant que question d'admissibilité ou de compétence - l'influence de l'arbitrage commercial et les conséquences sur le traitement des entreprises publiques

Comme on l'a observé dans l'introduction de ce chapitre, quand une Dans l'affaire *Grynberg v. Grenade*,⁸⁵⁶ le tribunal a accepté l'exception soulevée par le défendeur, en observant que même si la première action avait été décidée sur la base d'une réclamation avancée par la société et non par les actionnaires, la cause d'action était la même. Par conséquent, il s'est déclaré incompétent sur la base de l'article 41 alinéa 5 de la *Convention de Washington*, sans

⁸⁵³ *Ceskoslovenska Obchodni Banka, A.S. v. The Slovak Republic*, ICSID Case No. ARB/97/4, Decision on Objections to Jurisdiction, May 24, 1999.

⁸⁵⁴ *Rumeli Telekom AS and Telsim Mobil Telekomikasyon Hizmetleri AS v. Kazakhstan*, ICSID Case ARB/05/16, Award, July 21, 2008.

⁸⁵⁵ *State Enterprise "Energorynok" v. The Republic of Moldova*, SCC Arbitration V 2012/175, Final Award, 29 January 2015.

⁸⁵⁶ *Rachel S. Grynberg, Stephen M. Grynberg, Miriam Z. Grynberg, and RSM Production Corporation v. Grenada*, ICSID Case No. ARB/10/6, December 10, 2010, para 7.1.2 "It is also not disputed that the doctrine of collateral estoppel is now well established as a general principle of law applicable in the international courts and tribunals such as this one."

préciser si l'exception soulevée était une question de compétence ou de recevabilité.⁸⁵⁷ Dans le deuxième cas cependant, *Apotex v. États-Unis*, le tribunal arbitral s'est expressément déclaré incompétent sur la base de l'exception de la chose jugée.⁸⁵⁸

Les deux cas cités au début, en effet, semblent suivre l'arbitrage commercial dans une vision substantielle de la problématique en question et apparaissent comme une sorte de *turning point*. L'affaire *Caratube v. Republic of Kazakhstan*⁸⁵⁹ montre cependant que la jurisprudence arbitrale CIRDI est très encore flottante et qu'il est particulièrement difficile d'arriver à des conclusions satisfaisantes du point de vue empirique.

La composition du tribunal à ce propos est sûrement significative : les arbitres qui ont décidé les affaires *Grynberg v. Grenade*⁸⁶⁰ et *Apotex v. États-Unis*⁸⁶¹ étaient composées de juristes de « *common law* », ⁸⁶² tandis que l'affaire *Caratube* a été tranchée par des juristes de « *civil law* ». ⁸⁶³

Étant donné que les tribunaux, en particulier dans le cas *Apotex*, ont accepté la qualification donnée par le défendeur comme une question relative à la compétence et non à la recevabilité, on peut se demander qu'elle est l'origine de cette démarche et quelles sont les éventuelles conséquences négatives d'une adhésion inconditionnée à cette approche d'un point de vue théorique. La préférence accordée par les arbitres pour la doctrine du *collateral estoppel* pourrait être un argument en faveur d'une décision consciente de qualifier

⁸⁵⁷ *Ibid.* "9.1 (a) each of Claimants' claims set out in its Request for Arbitration of 15 January 2010, and as further described in Claimants' Opposition of 30 August 2010, and in Claimants' oral submissions made on 25 October 2010, is manifestly without legal merit within the meaning of Rule 41(5) of the ICSID Arbitration Rules and is hereby dismissed".

⁸⁵⁸ *Apotex Holdings Inc and Apotex Inc v The Government of the United States of America*, ICSID Case No ARB(AF)/12/1 (NAFTA), Award, 25 August 2014, para. 12.1. "For the reasons set out above, the Tribunal finally decides and awards as follows: (1) Jurisdiction and Res Judicata: The Tribunal upholds the Respondent's jurisdictional objections against all claims made by the First and Second Claimants under NAFTA's Chapter Eleven as regards approved abbreviated new drug applications ("ANDAs"), pursuant to Article 45 of the ICSID Arbitration (Additional Facility) Rules, on the grounds that, by reason of the Apotex I & II Award of 14 June 2013 operating as res judicata between the Respondent and the Claimants, such claims are not within the jurisdiction ("competence") of the Tribunal in this arbitration;"

⁸⁵⁹ *Caratube International Oil Company LLP and Mr. Devincci Salah Hourani v. Republic of Kazakhstan*, ICSID Case No. ARB/13/13, Award, September 27, 2017.

⁸⁶⁰ *Rachel S. Grynberg, Stephen M. Grynberg, Miriam Z. Grynberg, and Rsm Production Corporation v. Grenada*, ICSID Case No. ARB/10/6, December 10, 2010.

⁸⁶¹ *Apotex Holdings Inc and Apotex Inc v The Government of the United States of America*, ICSID Case No ARB(AF)/12/1 (NAFTA), Award, 25 August 2014.

⁸⁶² Edward W. Nottingham Prof. Pierre Tercier J. William Rowley QC dans l'affaire *Rachel S. Grynberg, Stephen M. Grynberg, Miriam Z. Grynberg, and RSM Production Corporation v. Grenada* et V.V. Veeder J. William Rowley John R. Crook dans la décision *Apotex Holdings Inc and Apotex Inc. v. The Government of the United States of America*.

⁸⁶³ Dr. Laurent Lévy, President Prof. Laurent Aynès, Arbitrator Dr. Jacques Salès, Arbitrator

l'exception de la chose jugée non pas comme une question d'admissibilité relative à la possibilité d'exercer un pouvoir, mais plutôt comme une question de l'existence du pouvoir lui-même et par conséquent comme une problème relatif à la compétence et non pas à la recevabilité.

Cette conclusion, nous l'avons vu à travers l'analyse des deux cas *CME v. Czech Republic* et *Lauder v. Czech Republic*, ouvre la porte à des approches contraires à la bonne foi.

De ce point de vue, ce développement jurisprudentiel est sans doute positif et comme nous le verrons dans le paragraphe suivant, il pourrait avoir des conséquences positives au sujet du traitement des entreprises publiques.

A côté de ces considérations, des problèmes émergent du langage utilisé par les arbitres qui révèle peut-être une influence de l'arbitrage commercial qui doit être critiquée, soit pour des raisons théoriques liées à la nature publique de l'arbitrage d'investissement, soit pour des raisons pratiques concernant la question du traitement des entreprises de l'État.

Les questions que l'on doit se poser à ce sujet sont pourquoi les arbitres qui ont tranché les affaires *Grynberg v. Grenade* et *Apotex v. États-Unis* ont-ils qualifié l'exception de la chose jugée de question de compétence et non pas d'admissibilité ? Y a-t-il des liens entre cette qualification et leur préférence pour la doctrine du *collateral estoppel* ou cette approche est-elle la conséquence de l'influence d'une vision émergente du domaine de l'arbitrage commercial ?

La première est que, comme nous l'avons déjà observé, les arbitres des cas *Grynberg v. Grenade* et *Apotex v. États-Unis* étaient tous juristes de *Common law*, et par conséquent moins sensibles à la distinction entre compétence et admissibilité. Mais la lecture de la décision *Caratube* qui, nous l'avons déjà souligné, a été tranchée par des juristes de « *civil law* »⁸⁶⁴ est à notre avis suffisante pour éliminer cette hypothèse comme étant la seule ou la prédominante.

Plutôt si on met on accompagne l'idée du *collateral estoppel* à l'approche que l'on vient d'examiner née au sein de l'arbitrage commercial, on peut penser que les arbitres, sous ces doubles influences, ont rendu une décision selon laquelle il n'y avait pas de problèmes relatifs à l'exercice de leur pouvoir de juger, mais des problèmes relatifs à l'existence même de ce pouvoir. Cependant approche influencée par l'arbitrage commercial, ne peut pas être accueillie pour des raisons systémiques.

⁸⁶⁴ Dr. Laurent Lévy, President Prof. Laurent Aynès, Arbitrator Dr. Jacques Salès, Arbitrator

Les auteurs qui ont analysé cette question, en effet, n'ont pas manqué d'observer qu'à l'exception de certaines zones grises, l'arbitrage d'investissement devait en général être utilisé pour trancher des situations dans lesquelles l'État utilisait des pouvoirs de puissance publique.⁸⁶⁵ Plus important encore en ce qui concerne notre analyse, lorsque l'arbitrage d'investissement est fondé sur les traités bilatéraux, l'État ne signe pas un compromis concernant une simple question de droit ou de fait, mais il donne son consentement à la solution à travers l'arbitrage d'un nombre presque illimité de questions. La meilleure doctrine a souligné la liberté des arbitres à procéder autonomement à qualifier les exceptions avancées par les parties, suivant l'enseignement de la Cour internationale de justice⁸⁶⁶

Un principe du droit international classique est que le tribunal n'est pas forcé d'accepter sans réserve les qualifications des questions (et a fortiori des exceptions) telles qu'elles sont proposées par les parties.⁸⁶⁷

En se déclarant incompétent, le tribunal n'a pas déclaré qu'il ne serait plus possible de porter cette même question devant une autre juridiction en tant qu'irrecevable puisque le litige en question serait déjà couvert par l'autorité de la chose jugée, bien au contraire une décision d'incompétence ouvre la voie à un renouvellement de l'instance devant une autre juridiction.⁸⁶⁸

§3.3) L'approche substantialiste à la règle de la chose jugée par rapport à la désignation selon l'article alinéa 25 (1) et (3)

⁸⁶⁵ **DE BRABANDERE, E.**, *op. cit.*, p. 50. **VAN HARTEN, G.**, *op. cit.*, p. 48.

⁸⁶⁶ **BANIFATEMI, Y.**, et **JACOMY, E.**, *op. cit.*, p. 803.

⁸⁶⁷ *Affaire Des Zones Franches de la Haute-Savoie et du Pays de Gex Ordonnances, (France c. Suisse), P.C.I.J. Séries A no. 22, du 19 Aout 1929, p. 15.*

⁸⁶⁸ **AUDIT, M.**, « La Coexistence de procédures contentieuses en matière d'investissement étrangères », *Anuario Colombiano de Derecho Internacional (ACDI)*, 2017, 10, p. 333 – 370, at. 362 « On doit sans doute pouvoir en déduire que, sauf disposition contraire applicable, une première sentence d'incompétence rendue entre les mêmes parties ne permet pas de rejeter une seconde requête arbitrale ». **WALTERS L. G.**, « Fitting a Square Peg into a Round Hole: Do Res Judicata Challenges in International Arbitration Constitute Jurisdictional or Admissibility Problems? », *Journal of International Arbitration*, 2012, pp. 651 – 680 « Res judicata falls within the definition of an admissibility objection. When a party raises an admissibility objection, the party objects to the claim itself, asserting that the claim cannot be heard in any forum. This is precisely the objection that a party raises when it objects on res judicata grounds. The party claims that neither the specific arbitral tribunal nor another arbitral tribunal nor any court can decide the claim. Because the claim has been finally resolved once, no other body is competent to hear the claim again. The claim itself is the problem and cannot be admitted in any forum».

Avant de conclure nos considérations, nous devons dire quelques mots sur l'étendue de la chose jugée par rapport à la question très spécifique de la délégation à être partie de la procédure d'arbitrage, conformément à l'Article 25 alinéa (1) et (3) de la Convention CIRDI.

L'analyse que propose la doctrine la plus éminente au sujet de cette question est particulièrement intéressante.

*« An entity thus designated has a separate locus standi in ICSID proceedings. Its consent to ICSID jurisdiction is subject to the approval by the host State. Consent by a constituent subdivision or agency does not amount to consent by the host State itself. Since it is the constituent subdivision or agency that is a party to the proceeding under these circumstances, the effect of the award's binding force under art. 53 would be upon that entity. The host State, not being a party to the proceeding, would not be subject to the obligation of Art. 53. Conversely, a constituent subdivision or agency would not be bound by an award rendered against its parent State ».*⁸⁶⁹

A cet effet, il peut être utile de s'inspirer de l'affaire *Hamester c. Ghana*, dans laquelle l'investisseur avait initialement proposé une action fondée sur le contrat qui le liait à l'entreprise publique COCOBOD puis avait fait resurgir la même action sur la base d'un accord bilatéral entre l'Allemagne et le Ghana.

Avant de procéder, il convient de préciser que le cas *Hamester* présentait une situation très particulière puisque la clause relative au règlement des différends prévue dans le contrat entre l'investisseur et le statut de l'entreprise et celle contenue dans le traité bilatéral entre l'Allemagne et le Ghana se réfèrent toutes deux au CIRDI. Dans ce cas, le problème de la portée d'un jugement précédent ne se posait pas parce que l'affaire fondée sur la demande intentée sur la base du contrat n'avait même pas été enregistrée, l'entreprise publique n'ayant pas été déléguée par l'État conformément à l'article 25 (1).

Cette approche a trouvé support dans l'interprétation du Professeur Charles Leben qui a observé que :

« Pour qu'une "collectivité publique" ou un "organisme dépendant" puissent inclure dans les contrats qu'il concluent avec des investisseurs étrangers une clause

⁸⁶⁹ SCHREUER, C. H., *The ICSID [...]*, op. cit., p. 1101.

*compromissoire renvoyant au CIRDI, ils doivent encore, au préalable, obtenir l'autorisation de l'État (art. 25 3) ».*⁸⁷⁰

Cette approche, selon laquelle pour la possibilité de porter plainte au CIRDI pour les actes d'une entreprises publiques sur la base d'un contrat contenant le CIRDI comme forum pour le règlement des différends n'est pas, à notre avis, une interprétation qui trouve support dans le texte de l'article 25 de la *Convention de Washington*.

Cependant, l'État aurait été exposé au risque d'une double demande, intentée d'une part contre l'entreprise publique sur la base du contrat et d'autre part contre l'État lui-même, fondé sur un traité bilatéral à travers lequel le demandeur avait « *repackaged* » ses actions en tant que demandes conventionnelles (comme c'est d'ailleurs arrivé dans ce cas).

Ce paramètre, même s'il est cohérent du point de vue dogmatique, est incompatible avec l'obligation de tous les États parties à la Convention CIRDI de donner effet aux sentences rendues sous les auspices de la Convention de Washington. En conséquence, la même doctrine a alors dû recourir au principe général de bonne foi.

Si l'on accepte une approche substantialiste de la chose jugée fondée sur le concept d'intérêt communs élaboré par le cas *Grynberg* et *Apotex*, ces constructions théoriques ne seront pas nécessaires.

En conclusion, l'analyse effectuée à un niveau systématique suggère qu'une vision substantielle comme celle qui a été développée dans les cas décidés par les juges de *common law* peut être très utile si elle s'accompagne d'une qualification correcte de l'exception de la chose jugée comme une question d'admissibilité.

⁸⁷⁰ **LEBEN, C.**, « Contrat d'État et droit international des investissements », *R.C.A.D.I.*, 302, 2003, p. 239.

CHAPITRE IV - LES QUESTIONS LIEES A L'EXECUTION DE LA SENTENCE LORSQU'ELLE A ETE RENDUE.

Le dernier chapitre de la deuxième partie de notre thèse sera consacré à l'étude de l'exécution des sentences arbitrales. Aussi dans ce champ, le fait qu'une entreprise est contrôlée par l'État peut ouvrir la porte à des différentes questions surtout en ce qui concerne les biens qui sont protégés par la l'immunité étatique. Dans ce chapitre on consacrera beaucoup d'attention surtout aux banques centrales parce qu'elles représentent un secteur où beaucoup des États ont émanées des nouvelles dispositions qui semblent aller dans la direction d'accorder une protection plus large à ces entités.

§1) Les questions liées à l'exécution dans le domaine de l'arbitrage d'investissement

Parmi l'éventail des arguments que les États invoqueront pour contester les requêtes en reconnaissance et en exécution des sentences, il y a deux argumentations qui peuvent avoir une importance lorsque l'investisseur demande l'exécution d'une décision CIRDI rendue contre l'État et, en particulier, en ce qui concerne notre domaine d'analyse, les émanations de ce dernier. La première, d'un caractère plus général, est relative à l'immunité souveraine. La deuxième, comme nous le verrons, est l'existence d'une personnalité morale distincte, qui s'est affirmée par exemple dans la jurisprudence des États-Unis.⁸⁷¹

L'immunité souveraine est un principe fondamental du droit international. Elle découle du principe de l'égalité souveraine et en substance, constitue un obstacle procédural à la poursuite d'un État souverain devant les tribunaux d'un autre État.⁸⁷²

L'exécution d'une sentence contre une subdivision constitutive ou une agence de l'État hôte comporte une série de problèmes. Seule la propriété appartenant à la subdivision ou à l'agence est susceptible d'exécution. Il n'y a pas d'exécution contre les biens de l'État lui-même. De même qu'il n'y a pas d'exécution contre la propriété d'une subdivision ou agence

⁸⁷¹ GULLAND E., «Can a Party Benefiting from an Award Rendered Against a State Enforce the Award Against an Instrumentality of Such State?» in GAILLARD E., YOUNAN ed., *State Entities in International Arbitration*, IAI Series on international arbitration n. 4, p. 149.

⁸⁷² SEPULVEDA-AMOR B., LAWRY-WHITE M., «State responsibility and the enforcement of arbitral awards, *Arbitration International*», 2017, 33, 53.

constitutive pour satisfaire une dette de l'État. En outre, des problèmes d'immunité risquent de se poser, ceux-ci pouvant être quelque peu différents de ceux qui touchent les pays hôtes.

En principe, l'immunité d'exécution devrait être plus facile à surmonter dans le cas d'entités étatiques distinctes. Mais les règles juridiques nationales sont loin d'être uniformes.⁸⁷³ Différents critères sont appliqués, notamment la question de savoir si l'entité exerce une activité commerciale dans l'État du for, si la réclamation fondée était telle que les tribunaux avaient compétence sur le fond et si les biens en question étaient de nature commerciale.

La doctrine englobe l'immunité à deux moments distincts : immunité de juridiction et immunité d'exécution. L'opinion générale (quoiqu'elle ne soit pas universellement reconnue) est qu'en se soumettant à l'arbitrage, un État donne son consentement à un procès et renonce ainsi à son droit à l'immunité de juridiction.

Dans le système du CIRDI, l'article le plus important à ce propos est le 54 (1) qui oblige les États à reconnaître les sentences du CIRDI comme obligatoires et à « *exécuter les obligations pécuniaires imposées par cette sentence sur son territoire comme s'il s'agissait d'un jugement définitif d'un tribunal de cet État* ».

Toutefois, les articles 54 (3) et 55 clarifient que sans préjudice sur les doctrines de l'immunité d'État en matière d'exécution, limitant ainsi, conformément aux lois du lieu d'exécution, la possibilité d'exécuter une sentence contre les biens d'un débiteur État.

Une émanation de l'État peut devenir partie à l'arbitrage selon la désignation prévue par l'article 25 alinéa (1) de la Convention CIRDI. Selon la meilleure doctrine « *in such a case the obligation to abide by and comply with an award would be incumbent upon the constituent subdivision or agency rather than upon the State* ».⁸⁷⁴

Selon l'analyse conduite par la doctrine italienne, il ne serait en revanche pas possible d'exécuter une décision rendue contre l'État sur une société publique ayant une personnalité distincte.⁸⁷⁵

⁸⁷³ SCHREUER C., MALINTOPPI L., REINISCH A., SINCLAIR A., *The ICSID Convention* [...], *op. cit.*, p. 1183.

⁸⁷⁴ SCHREUER C. H., *The ICSID* [...], *op. cit.*, p. 1182.

⁸⁷⁵ GIARDINA, A., *L'exécution des sentences du Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements*, *Revue Critique de Droit International Privé*, 1982, p. 273

La jurisprudence nationale semble confirmer cette observation. Dans les deux affaires *Benvenuti & Bonfant v. Congo*,⁸⁷⁶ en France et *AIG v. Kazakhstan*⁸⁷⁷ au Royaume-Uni, les juges nationaux ont donné une importance significative au fait que les entités en question jouissaient d'une personnalité morale distincte, mais nous examinerons plus en détails ces questions dans les prochains paragraphes. Comme nous l'avons déjà observé dans l'introduction dédiée à l'étude empirique des entreprises publiques, en ce qui concerne ces dernières, il faut observer qu'il y a des différences entre les divers pays, sauf pour les Banques Centrales qui, étant très proche d'une fonction régaliennne, sont uniformement protégées. Par conséquent, nous avons réservé un paragraphe à ce type d'entités.

§1.1) Une analyse comparative pour mieux comprendre les règles de droit d'investissements – Le pays de common law

Un des aspects les plus intéressants est de savoir si une décision rendue contre un État peut être exécutée sur une entreprise ou une émanation de l'État. La décision prise à ce sujet par la Cour suprême des Etats-Unis est particulièrement intéressante. La Cour a en effet discuté la question de savoir si les entités que la Foreign Sovereign Immunity Act appelle « *instrumentalities* » étaient uniquement les entreprises publiques dans lesquelles l'État possédait une participation directe aussi autres. Cette question, même si elle peut à première vue sembler marginale, est en revanche très importante parce qu'elle nous rapporte à la différence existante entre la lecture juridique d'un phénomène et la réalité empirique.

Nous savons très bien que d'un point de vue économique, l'existence d'une participation indirecte n'a pas nécessairement une importance significative, dans le cas l'actionnaire de l'entreprise contrôlante possède de toute façon la possibilité d'influencer les décisions du dernier sujet de la chaîne d'entreprises. En ce qui concerne la réalité juridique en revanche, la Cour Suprême a donné une interprétation tout à fait différente.⁸⁷⁸

La Cour a observé en particulier que :

« A foreign state must itself own a majority of a corporation's shares if the corporation is to be deemed an instrumentality of the state under the Foreign Sovereign Immunity Act. Israel did not have direct ownership of shares in either of the Dead Sea Companies at any time pertinent to this action. Rather, they were, at

⁸⁷⁶ *Benvenuti and Bonfant v. Banque Commerciale Congolaise*, France, Cour de Cassation, 21 July 1987.

⁸⁷⁷ *AIG Capital Partners Inc and Other v. Republic of Kazakhstan*, High Court, Queen's Bench Division, 20 October 2005.

⁸⁷⁸ *Dole Food Co. v. Patrickson*, 538 U.S. 468, 2003.

*various times, separated from Israel by one or more intermediate corporate tiers. As indirect subsidiaries of Israel, the companies cannot come within the statutory language granting instrumentality status to an entity a “majority of whose shares or other ownership interest is owned by a foreign state or political subdivision thereof».*⁸⁷⁹

La doctrine qui a commenté cet arrêt a observé qu’à travers cette décision, la Cour a « *substantially narrowed the class of entities entitled to use special procedural rules of the Foreign Sovereign Immunity Act by denying “foreign state” status to all but the first tier of government agencies or instrumentalities* ». ⁸⁸⁰

§1.2) Les pays de droit continental

En Chine, la genèse de la loi pour une majeure protection de l’immunité est liée à une demande de la région de Hong Kong pour préserver le cadre juridique en vigueur dans cette région depuis les temps de la domination anglaise et maintenir le statut de Hong Kong comme centre financier international. Cette loi prévoit l’immunité absolue de l’exécution pour la propriété des Banques centrales et s’applique à la Chine continentale ainsi qu’à la région administrative spéciale de Macao et naturellement à la zone de Hong Kong.⁸⁸¹

La loi chinoise garantit l’immunité absolue à tous les biens et à toutes les propriétés de la Banque centrale. Une définition illustrant ce concept figure dans l’article 2 :

*« [...] For the purposes of this Law, the property of foreign central banks includes the cash, notes, bank deposits, securities, foreign exchange reserve and gold reserve of the foreign central banks and the banks’ immovable property and other property ».*⁸⁸²

Le pouvoir exécutif de l’État chinois et la magistrature de Hong Kong se sont démontrés parfaitement en accord avec cette vision législative, même au point de vue rationnel. Dans le cas *Democratic Republic of Congo and Others v. FG Hémisphère Associates LLC*, le

⁸⁷⁹ *Ibid.* para. 2.

⁸⁸⁰ GULLAND, E., *op. cit.*, p. 151.

⁸⁸¹ GAUKRODGER, D., 2010 – 2012, *op. cit.*, p.

⁸⁸² *Law of the People’s Republic of China on Judicial Immunity from Measures of Constraint of the Property of Foreign Central Banks* of 25 October 2005

Ministre des Affaires Etrangères chinois a confirmé l'adhésion de son gouvernement à la théorie de l'immunité absolue.⁸⁸³

En France en revanche, la législation de 2005 garantit aux Banques centrales une immunité plus forte mais pas absolue. Elle s'étend en grande partie à toutes les propriétés « *possédées ou gérées* » par la Banque centrale pour le compte de l'État étranger (« *leurs biens de toute nature [qu'elles] ... détiennent ou gèrent pour leur compte ou celui de l'État ou des Etats étrangers dont elles relèvent* »).⁸⁸⁴

L'immunité, à première vue, devrait donc être appliquée aux réserves d'un fonds souverain géré par une Banque centrale. Ladite loi, toutefois, admet une exception plutôt limitée, liée à la finalité commerciale de chaque bien. L'exécution est en réalité possible si l'auteur peut démontrer que la propriété sur laquelle l'exécution a été demandée, fait partie d'un :

« *Patrimoine utilisé pour une activité essentiellement de droit privé* » (« *Les biens font partie d'un patrimoine affecté à une activité principale relevant du droit privé* »).

La normative relative aux banques centrales s'inspire du texte élaboré par la Cour de cassation française dans l'affaire *Sonatrach* pour évaluer la possibilité d'admettre l'exécution sur les biens possédés par des sociétés contrôlées par l'État.⁸⁸⁵

Toutefois, tandis que dans le cas d'une société commerciale de propriété de l'État comme *Sonatrach*, tous les biens sont normalement détenus dans un but commercial, les fonctions fondamentales de la Banque centrale sont normalement de caractère régalien.

La notion d'« *activité principale relevant du droit privé* », devra donc être interprétée par les tribunaux français lorsqu'ils l'appliquent à la catégorie particulière des Banques centrales. Nous remarquons de toute façon que le processus de renforcement de la défense de ceux qui peuvent être reliés à des activités régaliennes ne s'est pas arrêté.

⁸⁸³ ADINOLFI, G., 2016, *op. cit.*, p. 232.

⁸⁸⁴ Article. 51 loi n. 2005/842 du 26 juillet 2005.

⁸⁸⁵ *Cour de cassation*, Chambre civile 1 84-13.605, 1 octobre 1985 « Mais attendu qu'a la différence des biens de l'État étranger, qui sont en principe insaisissables, sauf exception, notamment quand ils ont été affectés à l'activité économique ou commerciale de droit privé qui est à l'origine du titre du créancier saisissant, les biens des organismes publics, personnalisés ou non, distincts de l'État étranger, lorsqu'ils font partie d'un patrimoine que celui-ci a affecté à une activité principale relevant du droit privé, peuvent être saisis par tous les créanciers, quels qu'ils soient, de cet organisme »;

Attendu qu'en l'espèce, la S.O.N.A.T.R.A.C.H. ayant pour objet principal le transport et la commercialisation des hydrocarbures, activité relevant par sa nature du droit privé, sa créance sur Gaz de France, qui avait pour origine la fourniture de gaz, était saisissable par m. x., sauf si elle démontrait qu'il n'en était pas ainsi, ce qu'elle n'a pas fait selon l'appréciation souveraine des juges du fond; Qu'en aucune de ses deux branches le moyen n'est donc fondé; par ces motifs: rejette le pourvoi ».

Depuis 2016 en effet, un projet de loi est discuté, (loi Sapin II) favorable à un élargissement de l'immunité pour les fonds souverains.

La loi établit en particulier, avec l'intention de transposer sur le plan interne la discipline émergeant de la *Convention des Nations Unies sur les immunités de juridiction des Etats*, pour autant déjà interprétée comme droit international coutumier de la jurisprudence de la Cour de cassation, que « *lorsqu'un jugement ou une sentence arbitrale a été rendu contre l'État* » il est possible de saisir le bien quand :

« *Le bien concerné est spécifiquement utilisé ou destiné à être utilisé par ledit État autrement qu'à des fins de service public non commerciales et a un lien avec l'entité contre laquelle la procédure a été intentée* ». ⁸⁸⁶

L'article 24, comme l'explique la relation ministérielle sur le projet de loi, a pour but de

« *Permettre à la France de préserver les États étrangers de stratégies contentieuses pouvant méconnaître la protection conférée par le droit international à un certain nombre de biens* ». ⁸⁸⁷

Cette tendance qui est en train de se dégager en Chine et en France doit être juxtaposée à l'approche historiquement présente au Royaume-Uni et aux États-Unis.

Dans ces pays domine depuis toujours une lecture au sens large de l'immunité de l'exécution pour les pays étrangers, en particulier en ce qui concerne les Banques centrales. ⁸⁸⁸

⁸⁸⁶ LOI n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, Article 59.

⁸⁸⁷ *Ibid.*

⁸⁸⁸ YANG, X., *State Immunity in International Law*, New York, Cambridge University Press, 2012, p. 17. "A part from some isolated and sporadic notes of discordance, the UK courts generally remained curiously unperturbed by the fundamental changes taking place in the world and, until 1975, "continued to adhere to a pure, absolute, doctrine of State Immunity in all cases".

Généralement, la doctrine est d'accord pour considérer que la loi sur les immunités étrangères du Royaume-Uni, le *State Immunity Act* de 1978, prévoit un très vaste chapitre au sujet des Banques centrales et l'interprétation de la jurisprudence a été très extensive.⁸⁸⁹

L'article 14 alinéa 4 prévoit que de droit, les propriétés d'une Banque centrale ne doivent pas être considérées comme des biens commerciaux. La propriété est donc absolument immune de l'exécution *iuris et de iure*, indépendamment du fait qu'elle est effectivement employée dans le cadre d'une fonction souveraine.⁸⁹⁰

Dans l'affaire *AIG v. Kazakhstan*⁸⁹¹ de 2005 relatif à la tentative d'exécution d'une décision arbitrale CIRDI,⁸⁹² la Cour de justice de Londres a eu l'occasion d'interpréter les dispositions du *State Immunity Act* de 1978 et a opté pour une lecture particulièrement extensive.

La cour a considéré que la gestion du fonds souverain d'un État de la part de la Banque centrale, en qualité de « *manager de confiance* » (« *trust manager* ») selon le droit du Kazakhstan, représentait un élément suffisant pour donner à la Banque un « *intérêt de propriété* » du fonds, selon la disposition *State Immunity Act*.

L'existence de cet « *intérêt* » de la Banque centrale pour les biens faisant l'objet de la querelle les rendait absolument immunes de l'agression des créditeurs, au-delà du fait que le fonds souverain détenait l'intérêt économique complet des biens pour lesquels l'exécution avait été demandée.⁸⁹³

Nous pouvons en déduire, en accord avec la meilleure doctrine, que les fonds souverains jouissent d'une protection spéciale quand ils représentent un ensemble de ressources déferé à la gestion des biens de la Banque centrale.

⁸⁸⁹ **DICKINSON, A., et LINDSAY R.**, *State Immunity*, New York, Oxford University Press, 2004, p. 410. "In *Banco Nacional de Cuba v. Cosmos Trading Corp*, Sir Richard Scott V-C suggested that section 14 (2) of the 1978 Act would operate to bar a winding up petition against the central bank of a State,"

⁸⁹⁰ *AIG Capital Partners, Inc., CJSC Tema Real Estate Company v. The Republic of Kazakhstan*, 2005, para 95, § 2 "Property" has a wide meaning. It will include all real and personal property and will embrace any right or interest, legal or equitable, or contractual, in assets that are held by or on behalf of a State or any "emanation of the State" or a central bank or other monetary authority that comes within sections 13 and 14 of the SIA"

⁸⁹¹ *AIC Limited v. Federal Government of Nigeria and Others*, 2003, England, High Court, Queen's Bench Division. 13 June 2003, "moneys in a bank account of a central bank with another bank are immune from execution irrespective of the source of the funds in the account or the use of the account or the purpose for which the account is maintained".

⁸⁹² *G. Capital Partners, Inc, CJSC Tema Real Estate Company v. The Republic of Kazakhstan*, Case No: 2004/536, Royal Courts of Justice Strand, London, WC2A 2LL, 20 10 2005.

⁸⁹³ *Ibid.*

Même aux États-Unis, la FSIA (*Foreign Sovereign Immunity Act*) garantit une protection spéciale aux Banques centrales, dans le but déclaré par le congrès d'encourager les gouvernements étrangers à déposer une part de leurs réserves en territoire américain.⁸⁹⁴

Sa portée, toutefois, est plus limitée par rapport à celle qui est garantie par la *State Immunity Act* anglaise.

La FSIA, par exemple, exempte de l'exécution toutes les propriétés d'une Banque centrale « *if the property is that of a foreign central bank or monetary authority held for its own account* ». ⁸⁹⁵

Dans le cas *Weston Compagnie de Finance et d'Investissement, S. A. v. La República del Ecuador*⁸⁹⁶ de 1993, les fonds dans un compte de la Banque centrale utilisés pour financer les transactions commerciales des privés n'ont pas été considérés immunes parce qu'ils n'étaient pas considérés « *held for its own account* ». ⁸⁹⁷

En outre, dans d'autres cas récents, les cours américaines ont repoussé diverses tentatives de saisir les biens des Banques centrales étrangères en basant leurs décisions sur la considération qu'une personne juridique (la Banque centrale étrangère) n'était pas responsable des dettes d'une autre entité (l'État étranger).⁸⁹⁸

En ce sens, l'approche de la *Foreign Sovereign Immunity Act* est particulièrement favorable aux Banques centrales : étant considérées « *instrumentalities* » de l'État étranger, celles-ci tombent sous le parapluie de l'immunité de l'État contrôleur. D'autre part, leur caractère indépendant rend leurs biens intouchables pour des dettes contractées par l'État lui-même ou par d'autres organismes publics.⁸⁹⁹

⁸⁹⁴ DELLAPENNA, J., *op. cit.*.

⁸⁹⁵ Article 1611 (b) (1) FSIA.

⁸⁹⁶ *Weston Compagnie v. La Republica del Ecuador*, U.S. District Court for the Southern District of New York 1993.

⁸⁹⁷ HIGHET, K., « *Weston Compagnie De Finance et d'Investissement, S. A. v. La Republica Del Ecuador* », *The American Journal of International Law* 88, 1994, p. 340-342.

⁸⁹⁸ *LNC VS., Inc. v. Banco Central de Nicaragua*. 228 F.3d 423 2d Cir, 2000.

⁸⁹⁹ LEE, P. L., « *Central Banks and Sovereign Immunity* », *Columbia Journal of Transnational Law*, 2003, p. 327 - 396.

§2) Droit international

Du point de vue du droit international des traités, il faut examiner l'article 21 de la *Convention des Nations Unies sur les immunités de juridictions des États*, lequel établit que :

« Les biens de la Banque centrale ou d'une autre autorité monétaire de l'État⁹⁰⁰ [...] ne sont notamment pas considérés comme des biens spécifiquement utilisés ou destinés à être utilisés par l'État autrement qu'à des fins de service public non commerciales [...] ». ⁹⁰¹

La doctrine qui a examiné cette expression n'a pas manqué d'observer que les Banques centrales jouissent d'un traitement tout à fait comparable à celui de l'État⁹⁰² et que le langage de cette disposition est semblable à la *SIA* en vigueur au Royaume-Uni, ce qui, avec le trend susmentionné, suggérerait un accord croissant dans le fait de considérer les Banques centrales comme des entités séparées de l'État, mais pour autant toujours aussi proches de lui, au point de pouvoir lui être assimilé concernant la protection des jurisprudences étrangères. Cette dernière considération va dans le sens où parmi les entités économiques à capital public présentes sur la scène internationale, les Banques centrales et les fonds qui gèrent leurs réserves, sont effectivement, dans une échelle hypothétique de proximité de l'État, celui qui et ont le lien plus étroit avec ce dernier.

La jurisprudence confirme cette observation concernant la question de responsabilité de l'État, qui, face aux tribunaux des investissements, n'a pas hésité à assimiler les Banques centrales à des organismes publics. Pour le confirmer, nous pouvons citer deux décisions prises dans le domaine CIRDI.

Dans la première, remontant à 2001, *Genin v. Estonia*,⁹⁰³ un investisseur d'origine américaine, avait déploré la violation du traité bilatéral entre États-Unis et Estonie à cause d'une intervention d'autorité de la Banque centrale de l'Estonie.

⁹⁰⁰ *Convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens*, Adopté/e le 2 décembre 2004 à New York, Pas encore en vigueur au sens de l'article 30 de ladite convention, article 21 (c).

⁹⁰¹ *Ibid.*, art. 21.

⁹⁰² **KEEFE, R., TAMS, C.**, *op. cit.*, p. 346. **FOX, H.**, *op. cit.*, p. 469

⁹⁰³ *Alex Genin, Eastern Credit Limited, Inc. and A.S. Baltoil v. The Republic of Estonia*, ICSID Case No. ARB/99/2.

Suite à l'acquisition des participations d'une banque locale, l'investisseur étranger avait subi des pertes importantes causées par une fausse représentation des passifs dans les bilans d'une des banques, bilans rédigés sous le contrôle de la Banque centrale de l'Estonie.

À la suite de ces pertes, le capital de la banque étrangère était descendu au-dessous du minimum légal et par conséquent, la Banque centrale de l'Estonie avait annulé la licence bancaire.

L'investisseur avait poursuivi de l'Estonie en alléguant que cette initiative constituait un détournement des pouvoirs publics de la Banque centrale.

Il est intéressant de noter de quelle façon le tribunal, entre autres arguments, a traité succinctement le problème de la légitimation passive de l'Estonie pour des actes accomplis par sa Banque centrale. Le collège arbitral a conclu facilement que l'imputabilité des actes à l'État était sans aucun doute nécessaire, en considérant le fait que l'intérêt de l'investisseur avait été lésé à travers l'utilisation de pouvoirs qui ne pouvaient pas ne pas être publics.⁹⁰⁴

Une approche très semblable a été adoptée par un autre tribunal CIRDI dans le cas *Deutsche Bank AG v. DSR of Sri Lanka* de 2012.

Dans ce cas-là, le collège arbitral dû se confronter au problème de l'imputabilité des actes de certains organes de l'État (comme le Conseil des Ministres, le Ministère du Pétrole et la Cour Suprême) et d'autres entités parmi lesquelles la Banque centrale et la Ceylon Petroleum Corporation (CPC), la compagnie pétrolière contrôlée par l'État.⁹⁰⁵

Il est assez significatif que le tribunal ait décidé d'examiner le problème de l'imputabilité des actes accomplis par la Banque avec celui du Conseil des Ministres et de la Cour Suprême avec un passage qui ne laisse aucun doute sur le fait que les arbitres ont considéré des status

⁹⁰⁴ *Alex Genin, Eastern Credit Limited, Inc. and A.S. Baltoil v. The Republic of Estonia*, ICSID Case No. ARB/99/2, para. 327. "The Bank of Estonia is an agency of a Contracting State. The Estonian central bank is a "state agency", as defined by the BIT, which stipulates in Article II 2 (b) that "Each Party shall ensure that any state enterprise that it maintains or establishes acts in a manner that is not inconsistent with the Party's obligations under this Treaty wherever such enterprise exercises any regulatory, administrative or other governmental authority that the Party has delegated to it, such as the power to expropriate, grant licenses. [...] The Republic of Estonia is therefore the appropriate Respondent to a complaint relating to the conduct of the *Bank of Estonia*".

⁹⁰⁵ *Deutsche Bank AG v. Democratic Socialist Republic of Sri Lanka*, ICSID Case No. Arb/09/02, Award, October 31, 2012, para. 401. "There are two separate issues to be determined here: a) whether the Cabinet of Ministers, the Ministry of Petroleum, the Central Bank and the Supreme Court are organs of the State under Article 4 of the ILC Articles and b) whether CPC is an organ of the State under Article 4 or, alternatively, can its conduct be attributed to the State under Articles 5 or 8 of the ILC Articles".

de la Banque centrale comme une question résolue, celle-ci étant assimilables à un organisme de l'État « *tout court* ». ⁹⁰⁶

La meilleure synthèse jurisprudentielle se trouve toutefois en dehors de l'arbitrage CIRDI, dans l'affaire *Sergei Paushok v. The Government of Mongolia*, de 2011, dans laquelle les arbitres ont élaboré un recueil extensif des décisions arbitraires et nationales et ont discuté le thème de la responsabilité des États pour les actes accomplis par des entreprises d'État.

Le tribunal a noté qu'il existe une vaste casuistique à propos de la responsabilité des États dans les actes accomplis par des Banques centrales et de quelle façon l'accomplissement d'activités de puissance publique⁹⁰⁷ par ces dernières est utile pour les distinguer des autres entreprises d'État. Le tribunal a cité à ce propos la décision du collège arbitral *Jan de Nul*, qui avait assimilé l'entité responsable pour la gestion du canal de Suez à une entreprise commerciale tout court, bien qu'entièrement possédée par l'État égyptien.⁹⁰⁸

Dans ce cas spécifique, le tribunal arbitral a mis précisément en évidence la *ratio decidendi* qui distingue les Banques centrales des autres entreprises publiques, bien que, par respect pour le style de *self-restraint* typique des tribunaux internationaux, après avoir élaboré tout le raisonnement qui conduirait à la reconnaissance de la Banque centrale comme un organe de l'État, il a renoncé à émettre un verdict définitif sur ce point.

Les arbitres se sont en effet limités à observer que pour la décision de l'affaire, il n'était pas nécessaire de s'exprimer d'une façon définitive et qu'il était suffisant de constater que la Banque de Mongolie avait certainement employé des pouvoirs publics suffisants en tant que tels pour définir la responsabilité de l'État de la Mongolie⁹⁰⁹ à la lumière du traité bilatéral

⁹⁰⁶ *Ibid.* para. 402. The first issue is the most straight-forward. Both parties agree that the Cabinet of Ministers, the Ministry of Petroleum (including Minister Fowzie), the Central Bank (including its Governor) and the Supreme Court are organs of the State under ILC Article 4. The Tribunal agrees with this position and therefore that the actions of these bodies/persons are attributable to Sri Lanka. This is important as, as will be seen below, the violations of the Treaty asserted by Deutsche Bank are based principally upon the actions of the Supreme Court and the Central Bank.

⁹⁰⁷ *Sergei Paushok CJSC Golden East Company CJSC Vostokneftegaz Company v. The Government of Mongolia*, Award on Jurisdiction and Liability, UNCITRAL, April 28, 2011, para. 582. “[...] In fact, it fulfils a major State function and the list of its responsibilities clearly demonstrates that it fulfils a role that only a State can fulfil: exclusive right to issue currency, formulation and implementation of monetary policy, acting as the Government’s financial intermediary; supervising activities of other banks; holding and managing the State’s reserves of foreign currencies. [...]”

⁹⁰⁸ *Ibid.*, para. 583. “Such role differentiates MongolBank from other institutions found, in other cases, not to be organs of the State. Thus, in *Jan de Nul N.V., Dredging International N.V. v. Arab Republic of Egypt*, the Tribunal concluded that the Suez Canal Authority (“SCA”) was not an organ of the State. Noting that the SCA was created to take over the management and utilization of the Suez Canal after its nationalization and recognizing that it could be said to carry out public activities, it relied on Articles 4, 5 and 6 of its constitutive law to conclude that it was not part of the Egyptian State”.

⁹⁰⁹ *Ibid.* para. 592.

*Agreement on Encouragement and Reciprocal Protection of Investments between the Government of the Russian Federation and the Government of Mongolia.*⁹¹⁰

Le cas est en effet très significatif, parce que le *ratio decidendi* sous-entendu par la décision, c'est-à-dire que la Banque centrale est en tout et pour tout un organe de l'État à partir du moment où elle est dotée de pouvoirs et de fonctions publiques, comme observé précédemment, émerge de façon plutôt nette et apparaît complètement superposable à ce qui était jusqu'ici obtenu par la lecture comparative de la législation et de la jurisprudence nationales ou de l'article 21 de la *Convention des Nations Unies sur les immunités de juridiction des États*.

Cette conclusion peut également être étendue aux « *shadow funds* », qui, bien que séparés des Banques centrales (pas toujours de façon nette) gèrent une partie de leurs ressources.

La jurisprudence interne anglaise a observé que le rattachement d'un fonds souverain à une Banque centrale était un élément important au point de justifier l'extension à ce dernier de la protection accordée à un organe étatique.

En revanche, en matière d'investissements, la jurisprudence a préféré faire ressortir en particulier les pouvoirs exercés par les banques centrales pour établir l'imputabilité des actes à l'État, plutôt que de se baser simplement sur leur caractère organique.

Il est probable qu'il existe deux interprétations concernant la responsabilité de l'État pour les actes des banques centrales : la première, qui se base sur son rôle d'organe de l'État (parcourant donc le parcours dicté par l'art. 4 du *Projet d'Articles de la Commission internationale* comme dans le cas *Deutsche Bank A.G. v. D.S.R. of Sri Lanka*) et une plus souple, valorisant plutôt la circonstance que la loi nationale confère des pouvoirs de puissance publique à ces entités, mais les considère encore comme des entités distinctes de l'État (qui semble donc plus proche de l'art. 5 du *Projets d'Article de la Commission internationale*).

Selon le parcours que l'on veut entreprendre, facilement exportable même au-delà de la responsabilité quand il s'agit simplement de décider de l'importance à attribuer à l'existence d'une éventuelle personnalité juridique du Fonds, il est tout à fait possible que le traitement de l'entité qui en gère les ressources soit facilement attiré dans l'orbite publique en tant qu'organe d'un organe si se confirme le trend qui considère que les Banques centrales satisfont les conditions de l'art. 4 du *Projet d'Articles de la Commission internationale*.

⁹¹⁰ *Agreement on Encouragement and Reciprocal Protection of Investments between the Government of the Russian Federation and the Government of Mongolia, signed on the 29th of April 1995 entered into force 26th of February 2006.*

Cette imposition serait également cohérente avec la jurisprudence en matière d'immunité qui a tendance à donner une protection extrêmement expansive des biens qui rentrent dans les intérêts de ce membre. La question pourrait être différente si la Banque centrale était considérée comme une entité distincte, dont les actes pourraient être imputés à l'État uniquement quand ils seraient une expression directe des pouvoirs publics.

Dans ce cas, le traitement de la Banque centrale changerait selon qu'elle agirait en qualité de gérante des biens publics ou en qualité d'Autorité.

Il nous semble pouvoir observer que la jurisprudence, en thème d'immunité, tend à voir les Banques centrales comme une réalité unique, dont les biens sont considérés protégés par l'exécution en tant que Banque centrale et non pas en tant que biens liés aux fonctions publiques spécifiques qu'elles exercent.

On peut également trouver une confirmation de ce que l'on a jusqu'ici soutenu dans la pratique suisse en matière de droit international public. La Banque nationale suisse avait opposition arrêt d'un tribunal viennois en se prévalant de son immunité.

Il est intéressant que le Tribunal ait fondé son opinion sur l'arrêt rendu le 3 février 2012 par la Cour internationale de justice⁹¹¹ sur les Immunités juridictionnelles de l'État en appliquant ses conclusions au domaine économique.⁹¹²

Bien que cet argument puisse admettre des exceptions, il nous semble pouvoir conclure que dans les contentieux nationaux et internationaux, les Banques centrales se distinguent pour leur position plus proche de l'État par rapport aux autres entreprises ou entités financières de l'État.

⁹¹¹ *Immunités juridictionnelles de l'État (Allemagne c. Italie ; Grèce (intervenant))*, arrêt, C.I.J. Recueil 2012, p. 99, para. 60, « La Cour considère que les expressions « *jure imperii* » et « *jure gestionis* » n'impliquent en rien que les actes visés soient licites, mais indiquent seulement s'ils doivent être appréciés au regard du droit régissant l'exercice du pouvoir souverain (*jus imperii*) ou du droit régissant les activités non souveraines de l'État, en particulier celles d'ordre privé et commercial (*jus gestionis*) ».

⁹¹² **CAFLISH, L.**, « La pratique en matière de droit international public 2016 », *Swiss Review of International and European Law*, Vol. 27, n. 4, p. 584.

Conclusions sur les demandes et, l'étendu et les effets des décisions concernant les entreprises publiques

Dans le quatre chapitres de la deuxième partie on a examiné une large éventail des questions qui concernent, en synthèse, tous les questions qui regardent les entreprises publiques sur le plan procédural sauf pour ce qui concerne la compétence *rationae personae* qui a été analysé dans la première partie. À travers l'outil interprétatif des entreprises publiques, l'analyse conduite dans première partie de la thèse nous a portée à penser que, sauf en ce qui concerne le *Broches Test* quand les entreprises publiques agissent en qualité de demanderesse, le système de l'arbitrage des investissements est en train de s'approcher de plus en plus au droit international général, la question se fait plus compliquée lorsqu'on porte notre attention sur des autres aspects.

En ce qui concerne la protection des entreprises publiques en tant qu'investisseurs dans par les traités bilatéraux d'investissement on n'a pas des doutes que ces entreprises jouissent une large protection. En ce qui concerne la protection de leurs activités on a vu qu'il a deux obstacles principales. Le premier est celui de savoir si la notion d'investissement couvre aussi des activités réalisées sans chercher le profit. Celle-ci représente une question assez complexe, parce que, si d'un côté nous savons très bien que les entreprises contrôlées par l'État peuvent être créées aussi pour poursuivre aussi des buts de caractère sociale. L'autre obstacle est la question de savoir si leurs investissements peuvent avoir des buts politiques et menacent la sécurité nationale.

En ce qui concerne la première question il faut admettre que les traités d'investissements ne sont pas trop claires en ce qui concerne la protection des activités des organisations qui ne poursuivent pas un but lucratif et, à côté de ça il n'existe pas un ensemble des décisions arbitrales qui ont pris une position nette à cet égard. Seulement la doctrine, en particulier Gallus, a défendu, d'une façon passionnée l'idée que aussi les organisations à but non-lucratif doivent être protégées par le droit d'investissement. Si on accepte cette position doctrinale il est clair que, *a fortiori*, aussi les investissements et les actifs des entreprises publiques, qui ressemblent beaucoup plus aux investisseurs privés doivent être protégés.

En ce qui concerne les questions relatives à la sécurité de l'État hôte de l'investissement on a vu que presque tous les auteurs qui ont analysé cette question ont pensé de reformuler le *Broches Test* en incluant aussi le but poursuivi dans l'examen qui doit être fait par le tribunal

afin de déterminer si les activités des entreprises publiques doivent être considéré parmi celles protégées.

À notre avis, cette idée semble suggérer un parallélisme avec la doctrine qui sanctionne l'illégalité des investissements avec le devoir pour le tribunal arbitral de nier sa compétence. Nous arrivons à cette déduction à partir du fait que le *Broches Test* a été imaginé au début comme un outil, par les tribunaux arbitraux pour statuer sur leur compétence. En réalité, comme on l'a démontré à travers l'analyse empirique dans le chapitre préliminaire les investissements réalisés dans des domaines sensibles représentent une portion extrêmement limitée et, par conséquence, il n'y a pas des raisons pour arriver à formuler quelle qui semble une sorte de présomption que les investissements des entreprises publiques poursuivent des buts politiques et que cette question doit être analysé presque « prima facie » au stade préliminaire. Par contre, à notre avis, la question de savoir si les entreprises publiques posent ou non une menace pour la sécurité de l'État hôte peuvent être bien plus aisément être analysé en tant que question de recevabilité de la demande, qui ne regarde pas le pouvoir général des arbitres de statuer sur leur compétence, mais tel que une question exceptionnelle, qui s'attache à une spécifique demande et qui doit être analysé seulement lorsque l'État défendeur peut vraiment démontrer que l'entreprise pose une véritable menace pour sa sécurité national.

En ce qui concerne les autres questions de recevabilité quelle qui nous semble plus intéressant est celle liée à la qualité pour agir. Dans ce cas on a vu que les tribunaux se sont détachés par une vision strictement dogmatique pour épouser une approche substantialiste, basé sur l'invagine sur le véritable bénéficiaire des sommes allouées à travers leurs décisions.

Cette approche substantialiste se retrouve aussi en ce qui concerne la question de définir l'étendue de la chose jugée et dans les questions qui sont liés à l'exécution des décisions. Concernant l'étendue de la chose jugé il nous semble évident qu'il y a une influence assez fort d'une approche pragmatique qui peut-être, à la fois, être attribué, soit à l'influence des doctrines de common law, soit, par contre à l'influence de l'arbitrage commercial, plus sensible aux atteintes des parties qu'au respect de la dogmatique juridique.

En ce qui concerne l'exécution des sentences, l'aspect plus intéressantes est ce lié à la question de la délégation. Ici, même si la délégation est une figure juridique qui sert à détacher la responsabilité de l'État de la responsabilité de ses entités, il est clair que la

responsabilité de l'État peut retourner sur la base de son devoir, reconnue à un niveau général par le droit international public, de respecter les obligations qui ressortent des traitées.

Nous pensons que l'utilisation des entreprises publiques comme outil interprétatif a répondu aux atteintes énoncées dans l'introduction, où on a déclaré que elles seront utiles pour démontrer les apories du système du droit d'investissement, où, selon la question spécifique semble tendre à la fois vers les règles du droit international général, soit, du moment que les questions qui sont analysé par les tribunaux arbitrales sont fortement influencées par la nature économique des différends sous-jacents, vers le domaine de l'arbitrage commercial international.

TROISIÈME PARTIE : ESSAI DE COMPARAISON AVEC LES ENTREPRISES PUBLIQUES DANS LE CONTENTIEUX DE L'O.M.C.

INTRODUCTION

Après avoir examiné les entreprises d'État dans le sub-système de l'arbitrage d'investissement, nous devons consacrer une dernière partie aux mêmes sujets dans le système de l'O.M.C.

La raison de cette comparaison ressort avant tout des buts déclarés dans l'introduction de notre travail, c'est-à-dire d'utiliser des entités hybrides, telles que les émanations de l'État à vocation économique, pour vérifier les apories du système de droit des investissements et, en même temps de comprendre quels sont les éléments qui sont similaires et qui se distinguent dans deux systèmes consacrés à la résolution des différends de caractère économique.

Comme nous l'avons synthétisé dans les conclusions de la deuxième partie de cette thèse, ces apories sont assez évidentes si nous comparaison avec la première partie, où, sauf en ce qui concerne l'interprétation du *Broches test*, lorsque les entreprises publiques agissent en tant que demanderesse, il semble que tout le système épouse de plus en plus des logiques de droit public pur, soit au niveau des instruments qui règlent le consentement, soit en ce qui concerne la (quasi)-jurisprudence arbitrale, soit par l'interprétation doctrinale dominante. Depuis le début, nous avons montré un certain scepticisme par rapport aux opinions dominantes dans la doctrine, telles que celle d'Éric de Brabandere⁹¹³ et de Gus Van Harten⁹¹⁴ selon laquelle l'arbitrage d'investissement va vers le droit public international dans tout son ensemble.

Nous avons trouvé plus persuasive l'opinion d'Anthea Robert selon laquelle l'étude d'un seul paradigme, où, plus précisément, d'un seul outil interprétatif, peut nous aider à éviter d'arriver à des résultats de recherche trompeurs ou simplistes. Nous devons en même temps nous demander comment regarder les émanations étatiques à vocation économiques dans un seul système.

⁹¹³ DE BRABANDERE, E., *op. cit.*, 2014.

⁹¹⁴ VAN HARTEN, G., *op. cit.*, 2007.

À notre avis, une solution assez efficace pourrait être de faire une brève comparaison de l'arbitrage d'investissement avec celui de l'O.M.C. En ce qui concerne la structure de cette dernière partie, il faut modifier l'approche qui nous avons suivie dans la première partie. Dans le droit des investissements, en effet, il existe des différences assez significatives, d'un côté, en ce qui concerne les entreprises publiques par rapport à la compétence *ratione personae* des tribunaux arbitraux qui se rapporte aux questions liées à l'imputation et, de l'autre côté, comme nous l'avons vu, il existe des questions assez diverses lorsque nous nous posons la question de la compétence matérielle des tribunaux arbitraux.

En revanche, dans le système de l'O.M.C., d'un point de vue technique, même s'il y a des problèmes relatifs à l'application des règles sur l'imputation qui rappellent les questions *ratione personae* que nous avons examinées à travers l'analyse de l'arbitrage d'investissements, la question de la compétence des panels dans le système de l'O.M.C. se rapporte toujours à la notion de « *mesure* » qui représente l'objet du différend.

En particulier, concernant les entreprises publiques, la question est toujours de savoir si l'entreprise publique peut être qualifiée comme un organe gouvernemental ou non. Même si, du point de vue conceptuel, il y a une différence significative entre l'approche des panels de l'O.M.C. et celle des tribunaux arbitraux, à notre avis, depuis que l'approche des tribunaux arbitraux d'investissements est plus claire et plus directe, nous pouvons conclure qu'il existe des similitudes entre les deux systèmes, notamment depuis qu'également dans le contentieux de l'O.M.C. les règles relatives à l'imputation ont un rôle à jouer.

Pour mieux comprendre ce rapport, nous consacrerons un paragraphe dans l'introduction à l'analyse de la définition de la notion d'entreprise publique dans le droit de l'O.M.C.. Dans le premier chapitre, nous analyserons, en revanche, les dispositions normatives contenues dans l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce qui concernent directement les entreprises publiques. Dans le deuxième chapitre, nous analyserons toutes les questions procédurales concernant les entreprises publiques relatives à la compétence de l'O.R.D. et celles regardant la recevabilité des demandes. Dans le troisième chapitre, nous analyserons enfin les questions qui regardent les entreprises publiques dans le système de l'O.M.C. lorsque la décision a été rendue.

§1) Les raisons qui justifient une comparaison entre le système de l'arbitrage d'investissement et celui de l'O.M.C.

À un certain niveau d'abstraction, la comparaison entre ces deux systèmes est justifiée par leur similitude concernant les différends traités devant les tribunaux arbitraux qui sont, dans les deux systèmes, de caractère économique et, comme cela a été démontré dans les dernières affaires, il existe parfois des superpositions en ce qui concerne le sujet analysé. Si nous analysons ces deux systèmes à un niveau d'abstraction plutôt élevé, nous devons reconnaître l'origine commune de ces deux systèmes qui doit être trouvée dans les *Traités d'amitié, de coopération et de navigation*.

Cette ressemblance a déjà été remarquée par plusieurs auteurs : à un niveau très général par Sandra Fredman⁹¹⁵ et, à propos de sujet plus spécifiques, tels que le principe de non-discrimination, par des auteurs tels que, par exemple, Nicholas DiMascio and Joost Pauwelyn,⁹¹⁶ le traitement national qui a été examiné par David Collins,⁹¹⁷ ou Andrew Mitchell et Caroline Henckels concernant l'état de nécessité.⁹¹⁸

Tous ces auteurs semblent partager l'idée que le substrat économique des différends implique au moins une certaine ressemblance entre ces deux systèmes, qui justifie une comparaison entre les deux. Cependant, en même temps, ils convergent vers l'opinion selon laquelle, même si certains outils interprétatifs peuvent être utiles pour mieux comprendre le fonctionnement du système d'investissement, les différences entre ces deux systèmes limitent beaucoup les possibilités d'une fertilisation croisée.⁹¹⁹ Plus récemment, un auteur,

⁹¹⁵ **FREDMAN, S.**, *Discrimination Law*, Oxford University Press, Oxford, 2011, p. 5 « It was with the advent of mercantile capitalism and the loosening bonds of feudalism that equality began to emerge as an organizing social principle ».

⁹¹⁶ **DIMASCIO, N., and PAUWELYN J.**, « Nondiscrimination in Trade and Investment Treaties: Worlds apart or two sides of the Same coin? », *The American Journal of International Law*, Vol. 102, p. 48 – 89, at. 51, « Thus, modern legal principles governing trade, investment and human rights share the same origin: the protection and the treatment of aliens ».

⁹¹⁷ **COLLINS, D.**, « National treatment in emerging investment treaties », in **SANDERS, A. K.**, *The Principle of National Treatment in International Economic Law*, Edward Elgar Cheltenham, UK, p. 164 - 165 « It has been argued that the finding of a national treatment violation with respect to a trade-oriented measure under WTO law by a panel or Appellate Body could potentially strengthen an investor's claim that the same measure undermined its national treatment entitlement under an IIA ».

⁹¹⁸ **MITCHELL, A., and HENCKELS, C.**, « Variations on a Theme: Comparing the Concept of "Necessity" in International Investment Law and WTO Law », *Chicago Journal of International Law*, Vol. 14, n. 1, p. 93 - 164.

⁹¹⁹ **DIMASCIO, N., and PAUWELYN J.**, *op. cit.*, p. 48, « Companies trade to supply their foreign investments; they invest to facilitate and diversify their trade. In contrast international law address trade and investment separately and regulates them in ways that are dramatically different ». **COLLINS, D.**, *op. cit.*, in **SANDERS, A. K.**, *The Principle of National Treatment in International Economic Law*, Edward Elgar Cheltenham, UK, p. 165, « Clearly the conceptual link between the national treatment standard in the trade and

Jurgen Kurtz,⁹²⁰ a essayé de démontrer une convergence plus complète entre ces deux systèmes, mais cette opinion est, à notre avis, trop audacieuse.

En ce qui concerne les différences entre ces deux systèmes, la plus claire, du point de vue de la procédure contentieuse, concerne les cas où seuls les États peuvent être parties au procès.

En revanche, il existe des dispositions normatives qui présentent des ressemblances assez significatives et qui sont pertinentes à notre sujet de thèse. Les entreprises publiques, en effet, représentent une question obscure dans les deux systèmes.

Cette ressemblance est surtout claire en ce qui concerne l'article XVII de l'Accord général sur les tarifs douaniers et certaines dispositions contenues dans les traités des investissements ou dans les règles sur l'attribution telles que codifiés dans le *Projet d'article de la commission internationale sur la responsabilité des États* qui ont été utilisées dans les deux systèmes. En ce qui concerne les questions sur l'interprétation de certaines dispositions contenues dans les traités d'investissement ou la possibilité pour l'État d'être évoqué devant le tribunal arbitral ou devant l'Organe de règlement des différends de l'O.M.C. les deux systèmes posent des questions tout à fait comparables. Á un niveau plus général les dispositions concernant les entreprises publiques, comme il a été observé par Robert D. Anderson :

*« Another important issue that has been receiving increasing attention in international policy circles concerns application of competitive neutrality to the economic activity of State-Owned enterprises ».*⁹²¹

Comme dans le droit d'investissement on peut se demander si ces dispositions doivent être lues comme des éléments d'une forme « embryonnaire du droit international de la concurrence ». Ces questions peuvent être significatives en ce qui concerne les entreprises

investment contexts remains controversial. A full discussion of this issue is however outside the scope of this chapter ». MITCHELL, A., and HENCKELS, C., *op. cit.*, p. 158 « Any comparison between WTO law and international investment law must be sensitive to the differences of these two regimes ».

⁹²⁰ KURTZ J., *The WTO and International Investment Law: Converging Systems*, Cambridge University Press, 2015.

⁹²¹ ANDERSON, R. D., « Making law in “new” WTO subject areas », in MARCEAU, G., *A History of Law and Lawyers in the GATT/WTO*, World Trade Organization, Cambridge University Press, 2015, p. 284 « This discussion recognizes that a competitive advantage provided to SOEs may also distort international trade, for example to the extent that the SOE in question may be a significant exporter of goods or services or that international importers of competing goods are affected by SOEs ».

d'État, qui, par conséquent, constituent l'outil interprétatif idéal pour une comparaison entre ces deux systèmes.

Avec cette comparaison, nous chercherons à comprendre si la nature purement publique du système de l'O.M.C.⁹²² a des conséquences sur le traitement des entreprises publiques et, en parallèle, quels sont les éléments qui peuvent distinguer un système de caractère pur, tel que celui de l'O.M.C., par rapport à un système de nature hybride tel que celui de l'arbitrage d'investissement.

§2) La notion d'entreprise publique dans le droit de l'O.M.C. - La possibilité d'enquêtes comparatives

Avant de conclure notre analyse de la définition des entreprises d'État, il nous faut examiner les aspects plus proprement juridiques dans le domaine de l'O.M.C. En effet, ces derniers aident à éclaircir les problèmes qui se sont posés aux rédacteurs de l'accord lorsqu'ils ont essayé de transposer leur connaissance des entreprises publiques empiriques dans une définition juridique. Il faut d'abord observer que, normalement, l'Accord général sur les tarifs douaniers « *ne s'applique qu'aux membres de l'O.M.C.* » et n'impose :

*« En principe aucune obligation aux opérateurs économiques dont les activités ne sont pas directement contrôlées, dirigées ou tout au moins encouragées par les pouvoirs publics ».*⁹²³

À notre avis, il est par conséquent intéressant de conduire une brève analyse de la définition d'entreprise publique dans le droit de l'O.M.C. et une rapide comparaison avec les définitions dans le droit des investissements.

Pour arriver à une définition des entreprises publiques dans le système de l'O.M.C., il faut commencer notre analyse par l'article XVII de l'Accord général sur les tarifs douaniers qui étend les obligations de l'Accord général sur les tarifs douaniers aux entreprises commerciales d'État. Celles-ci sont définies comme étant :

⁹²² PAUWELYN, J., *Conflict of Norms in Public International Law*, Cambridge University Press, New York, 2003, p. 25, « With one possible exception, no academic author, WTO decision or document disputes that WTO rules are part of the wider corpus of public international law ».

⁹²³ LUFF, D., *op. cit.*, p. 131.

*« Toutes les entreprises publiques ainsi que les entreprises privées qui ont la capacité d'acheter ou de vendre et auxquelles un État a accordé, en droit ou en fait, des privilèges exclusifs ou spéciaux ».*⁹²⁴

Comme nous l'avons déjà souligné, le problème relatif à la signification du mot « entreprise » a été largement débattu au moment de la rédaction de la *Charte de La Havane*. Nous pouvons par exemple regarder le premier rapport selon lequel :

*« For the purposes of this Article, a State enterprise shall be understood to be any enterprise over whose operations a Member government exercises, directly or indirectly, a substantial measure of control ».*⁹²⁵

Les règles actuelles concernant les entreprises commerciales d'État présentent deux caractéristiques remarquables. Tout d'abord, y compris dans le système du commerce international, ce n'est pas la propriété en soi qui importe, mais la mesure dans laquelle une organisation a reçu des droits exclusifs ou spéciaux du gouvernement. Ensuite, ce sont les droits exclusifs et la manière dont l'exercice de ces droits exclusifs a une incidence sur le commerce qui constituent la préoccupation centrale de la question du commerce d'État. Ces questions ne se posent pas vraiment sur le plan normatif, mais plutôt de façon empirique à propos de questions telles que celles des subventions cachées ou d'autres avantages inaccessibles aux entreprises privées, et le fait que les entreprises commerciales d'État ne peuvent pas être mises en faillite.

Selon l'Accord de l'Uruguay de 1994, l'article XVII « *was maintained but an attempt was made to define precisely what was meant by a « State Trading Enterprise »*. Plus précisément la définition qui a été élaborée par le groupe de travail se lit comme suit :

« Entreprises gouvernementales et non gouvernementales, y compris les offices de commercialisation, auxquelles ont été accordés des droits ou privilèges exclusifs ou spéciaux, y compris des pouvoirs légaux ou constitutionnels, dans l'exercice desquels

⁹²⁴ *Ibid.*

⁹²⁵ *Text of Article XVII, Interpretative Note Ad Article XVII and Uruguay Round Understanding on Interpretation of Article XVII*, p. 473.

*elles influent, par leurs achats ou leurs ventes, sur le niveau ou l'orientation des importations ou des exportations ».*⁹²⁶

Petros Mavroidis a proposé de regrouper les entreprises publiques en sept catégories, puis il a proposé une définition tout à fait superposable avec celle proposée par le groupe de travail.⁹²⁷ Comme nous le verrons, les entreprises publiques telles que définies par l'Accord général sur les tarifs douaniers sont un ensemble de sujets qui, à côté du contrôle public, exercent également certaines formes de pouvoir public.

Le seul élément qui distingue les entreprises publiques qui relèvent de la loi dans le droit du commerce international et dans le droit des investissements est la circonstance que, dans le domaine du droit de l'O.M.C.:

*« Public enterprises only become relevant to the WTO legal framework when they are involved in imports or exports; hence the name of State « trading » enterprises ».*⁹²⁸

Les discussions qui se sont succédé au cours des années suivantes n'ont pas conduit à des conclusions satisfaisantes, comme en témoignent les fluctuations de la jurisprudence.

À ce propos, il est intéressant d'observer comment cette question a été analysée par un groupe spécial dans l'affaire relative à *Spain's measures concerning domestic sales of Soybean Oil*⁹²⁹ du 17 juin 1981, dans un *obiter dictum*, une réponse concernant la qualification d'une entreprise publique comme entreprise contrôlée par l'État ou au contraire comme un organisme de droit public. Il est opportun de rappeler ici une partie de l'*obiter dictum* parce qu'il représente une bonne synthèse de toutes les questions rencontrées par la jurisprudence, aussi bien celle de l'O.M.C. que celle des tribunaux arbitraux d'investissement à propos de cette qualification :

⁹²⁶ *Mémoire d'Accord sur l'interprétation de l'article XVII de l'Accord Général Sur Les Tarifs Douaniers et le Commerce de 1994*, p. 31. Voir aussi **MCCORRISON, S., MACLAREN, D.**, *State Trading, the WTO and GATT Article XVII*, Blackwell Publisher Ltd 2002, Oxford, p. 110. Voir aussi **VAN DEN BOSSCHE, P., ZDOUC, W.**, *The Law and Policy of the World Trade Organization*, Third Edition, Cambridge University Press, 2013, p. 513.

⁹²⁷ **MAVROIDIS, P.C.**, *The Regulation of International Trade*, Volume 1, The MIT Press, 2016, p. 405.

⁹²⁸ **DONATO, A.**, « Public enterprises as policy instruments in the intersection of the EU and the WTO legal frameworks on state aid », *Queen Mary Law Journal*, 2016, p. 39. See also "Article XVII does not define State trading enterprises, but it clearly does not limit the concept to actual public ownership of the undertaking, extending its scope to enterprise upon which public authorities have bestowed exclusive or special privileges, much like Article 106.1 of the Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU)".

⁹²⁹ *Spain - Measures Concerning Domestic Sale of Soybean Oil*, Recourse to Article XXIII:2 By The United States (L/5142)

« [...] The Panel decided to examine whether the CAT should be considered a State enterprise for the purpose of Article XVII of the General Agreement [...] CAT had been set up by the Spanish Government. [...] CAT according to the Spanish legislation was an autonomous agency attached to the Ministry of Trade and governed by the rules regulating autonomous State institutions. [...] CAT had certain functions and powers with regard to control and marketing of inter alia vegetable oils. [...]. Moreover, certain of CAT's functions and powers could be exercised only after approval by Spain's Council of Ministers. [...] In view of the above, the Panel found that although it was undeniable that [...] it had not been established to the satisfaction of the Panel that the purchases or sales effectuated by CAT involved "either imports or exports". Consequently, the Panel concluded that CAT could not be considered to be an enterprise of the kind referred to in Article XVII thus excluding the activities of the CAT from the provisions of that Article ». ⁹³⁰

La lecture de ce rapport nous permet de confirmer que les points de départ et d'arrivée de la jurisprudence ont toujours été la loi interne de l'État qui a créé l'organisme que l'on veut qualifier, ainsi que d'autres questions de fait telles que la participation publique au capital social ou le pouvoir de l'État de nommer les administrateurs.

À travers l'analyse du rapport de l'O.M.C. dans l'affaire *États-Unis – Droits antidumping et droits compensateurs définitifs visant certains produits en provenance de Chine*⁹³¹, cette conclusion est confirmée par le rapport de l'O.R.D. dans l'affaire *Canada – Certaines mesures affectant le secteur de la production d'énergie renouvelable*.⁹³²

Le premier des deux rapports qu'il est opportun de prendre en considération est celui qui a considéré la notion d'organisme public à propos de l'interprétation de l'article 1.1⁹³³ de l'Accord sur les subventions et les mesures compensatoires. Ce rapport a conclu que :

⁹³⁰ *Ibid*, para 4.8 et para. 4.9.

⁹³¹ *États-Unis – Droits antidumping et droits compensateurs définitifs visant certains produits en provenance de Chine*, WT/DS379/AB/R, Rapport de l'Organe d'appel, 11 mars 2011.

⁹³² *Canada – Certaines mesures affectant le secteur de la production d'énergie renouvelable*, WT/DS412/R, WT/DS426/R, Rapport du Groupe spécial, 19 décembre 2012.

⁹³³ *Accord sur l'application des mesures sanitaires et phytosanitaires, entré en vigueur le 1er janvier 1995* : « 1. Le présent accord s'applique à toutes les mesures sanitaires et phytosanitaires qui peuvent, directement ou indirectement, affecter le commerce international. Ces mesures seront élaborées et appliquées conformément aux dispositions du présent accord ».

« [...] L'expression "organisme public". Conformément aux règles coutumières d'interprétation du droit international public, nous examinons le sens ordinaire de l'expression "organisme public" figurant à l'article 1.1 a) 1) de l'Accord SMC. [...]. Le mot "public" est défini, entre autres choses, comme "of or pertaining to the people as a whole; belonging to, affecting or concerning the community or nation" (du peuple ou relatif au peuple dans son ensemble ; qui appartient à la collectivité ou à la nation, qui l'affecte ou qui la concerne), "carried out or made by or on behalf of the community as a whole" (exécuté ou effectué au nom de la collectivité ou de l'État), ou "authorized by or representing the community" (autorisé par la collectivité ou la représentant) ». ⁹³⁴

Le rapport *Canada – Certaines mesures affectant le secteur de la production d'énergie renouvelable* a élevé la décision que nous venons d'analyser en un principe général, même s'il fait référence à un accord spécifique. Cette approche peut suggérer que, même si la première décision citée se réfère à un accord spécifique, elle représente une idée qui peut être généralisée à l'ensemble du sujet.

Le groupe spécial en particulier a observé que :

« *Hydro One est un mandataire des pouvoirs publics de l'Ontario. Comme nous l'avons noté plus haut, le gouvernement de l'Ontario décrit un "mandataire" des pouvoirs publics comme étant "un organisme du gouvernement provincial : [I] qui est établi par le gouvernement mais qui ne fait pas partie d'un ministère ; [II] qui est redevable au gouvernement ; [III] dont le gouvernement choisit la majorité des personnes nommées ; et [IV] auquel le gouvernement a attribué ou délégué autorité et responsabilités, ou qui autrement possède le pouvoir légal et la responsabilité d'effectuer une fonction ou un service collectif"». ⁹³⁵*

⁹³⁴ États-Unis – Droits antidumping et droits compensateurs définitifs visant certains produits en provenance de Chine, WT/DS379/AB/R, 11 mars 2011, para. 285.

⁹³⁵ *Canada – Certaines mesures affectant le secteur de la production d'énergie renouvelable*, WT/DS412/R, WT/DS426/R, 19 décembre 2012, para. 7.234. Voir aussi 7.233 « Dans l'affaire États-Unis – Droits antidumping et compensateurs (Chine), l'Organe d'appel a expliqué que le terme « government » (« pouvoirs publics ») était défini comme signifiant: « [the] continuous exercise of authority over subjects; authoritative direction or regulation and control (exercice continu d'un pouvoir sur des sujets; action d'ordonner ou de réglementer et de contrôler, émanant de personnes habilitées à cet effet) », rappelant que dans l'affaire *Canada – Produits laitiers*, il avait constaté que « l'élément essentiel qui caractérisait les pouvoirs publics était que ceux-ci avaient le pouvoir effectif de soumettre les individus à des règles, à un contrôle, à une supervision ou

Cette définition est à notre avis extrêmement intéressante parce qu'elle constitue un résumé harmonieux de tous les concepts examinés jusqu'à présent. Comme nous l'avons vu dans la première partie de notre ouvrage, l'idée de rechercher la nature publique d'une entreprise possédée par l'État a également été appliquée par les tribunaux d'investissement.

Cette convergence peut suggérer une ressemblance des deux systèmes de règlement des différends dans le domaine économique, une thèse qui a été suggérée par la doctrine la plus récente en ce qui concerne le principe du traitement national.⁹³⁶

Cela ne signifie pas que nous sommes déjà arrivés à un niveau de fertilisation croisée. À ce propos, la décision *Mesa Power Group, LLC v. Government of Canada*⁹³⁷ est particulièrement intéressante. Cette affaire représente un point de vue extrêmement privilégié pour l'analyse du rapport entre le système du droit d'investissements et celui du commerce international. En effet, dans ce cas, que nous analyserons également à propos de l'application de l'article 1503 de l'ALENA, le tribunal arbitral avait été chargé de la même mission que le panel de l'O.M.C. dans l'affaire *Canada – Certain measures affecting the renewable energy generation sector Canada*, c'est-à-dire vérifier si les entreprises publiques OPA, IESO et Hydro One pouvaient être considérées comme des entreprises publiques ou non.

Le Tribunal a conclu son analyse en observant que :

« Accordingly, nothing in the WTO Panel and Appellate Body's characterization of OPA, IESO and Hydro One as public bodies under the General Agreement on Tariffs and Trade ("GATT") and SCM Agreement changes the Tribunal's conclusion with respect to these entities ». ⁹³⁸

La décision des arbitres d'utiliser le mot « *nothing* » ne ressemble pas à une considération limitée au seul problème de la qualification des entreprises publiques, mais plutôt à une véritable déclaration de principe. L'analyse empirique nous permet de démontrer encore une fois comment, au-delà de certaines affirmations abstraites, les deux systèmes du droit du

à d'autres disciplines par l'exercice d'un pouvoir légal ». Il a constaté ensuite que l'expression « organisme public » devait être comprise comme signifiant « une entité qui possède ou exerce un pouvoir gouvernemental, ou en est investie ».

⁹³⁶ KURTZ, J., *op. cit.*, p. 291.

⁹³⁷ *Mesa Power Group, LLC v. Government of Canada*, UNCITRAL, PCA Case No. 2012-17, Award 24 March 2016.

⁹³⁸ *Ibid.*, para. 347.

commerce international et des investissements sont encore deux sous-systèmes séparés par des barrières liées à la diversité des instruments applicables.

CHAPITRE I – LES DISPOSITIONS DE L’O.M.C. QUI CONCERNENT LES ENTREPRISES PUBLIQUES – SIMILITUDES ET DIFFÉRENCES ENTRE DROIT DE L’O.M.C. ET DROIT D’INVESTISSEMENT

La première question méritant une comparaison entre les deux systèmes est liée à l’interprétation des dispositions normatives concernant directement les entreprises publiques et pouvant être pertinentes sur la compétence des panels lorsque le litige dont le groupe spécial est saisi implique les actes d’une entreprise d’État. Cette question implique l’analyse de deux questions : l’une relative à l’interprétation des traités qui, dans le système de l’O.M.C. joue un rôle encore plus crucial que dans le système d’investissement et l’autre relative au rôle joué par les règles du droit international général, surtout en ce qui concerne les règles du *Projet d’article sur la responsabilité internationale de l’État*.

Avant tout, donc, il faut analyser le rapport entre le contentieux de l’O.M.C. et le droit international général à un niveau général (§1) puis d’analyser spécifiquement les dispositions concernant les entreprises publiques dans ce système (§2).

§1) Les questions concernant les entreprises publiques dans les textes des traités conclus au sein de l’O.M.C., le rôle joué par les règles sur la responsabilité internationale de l’État – Similitudes et différences avec le droit d’investissements

Un premier domaine de comparaison est celui relatif à l’interprétation des traités. L’analyse de cette question représente un aspect intéressant pour l’analyse de notre sujet de thèse, parce que les articles qui se réfèrent aux entreprises d’État ne sont pas faciles à interpréter et, par conséquent, la possibilité de se fonder sur des instruments autres que les traités eux-mêmes peut être un outil pour atteindre une meilleure compréhension de ces sujets.

À un niveau assez général, en ce qui concerne l’interprétation des traités, la différence entre le système de l’O.M.C. et celui du droit d’investissement est assez claire. Dans le domaine des investissements, comme nous l’avons vu dans le premier chapitre, le recours aux principes interprétatifs que nous pouvons déduire par des sources autres que les règles propres seulement au domaine d’investissements est accepté.

En revanche, dans le système de l'O.M.C., se sont développées des lectures assez restrictives. Comme il est bien connu,⁹³⁹ la question est particulièrement significative dans le domaine de l'O.M.C., à cause de la formulation de l'article 3.5 du *Mémoire d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends*.⁹⁴⁰

En particulier, la doctrine a élaboré la doctrine des « *four corners* », ⁹⁴¹ c'est-à-dire, comme l'ont observé plusieurs auteurs, l'aspiration à résoudre tous les différends seulement sur la base d'un seul instrument ou, dans le cas de l'O.M.C d'un seul groupe d'instruments, sans la possibilité, au moins du point de vue théorique, de laisser de l'espace pour l'utilisation d'autres sources.

D'un point de vue lexical, mais aussi d'un point de vue extrêmement conceptuel, nous pouvons envisager une ressemblance avec l'arbitrage commercial et, sur certains aspects, celui d'investissements. Nous savons très bien que nous tirons ici une comparaison extrêmement audacieuse, puisqu'il s'agit d'instruments de nature très différente entre eux, mais il est clair que, à la base de ces doctrines, il y a une ambition commune dictée par l'aspiration à l'efficacité et à la prévisibilité des solutions des différends.

En réalité cette aspiration reste paDans le système d'O.M.C., nous pouvons par exemple prendre en considération la décision *Communautés européennes — Mesures affectant l'approbation et la commercialisation des produits biotechnologiques*, dans laquelle le panel s'est interrogé sur la portée de l'article 31 (3) (c) comme un moyen pour appliquer le principe de précaution enchâssé dans le *Protocole de Cartagena sur la prévention des risques biotechnologiques*.⁹⁴²

Le panel sur ce point a préféré une interprétation plutôt large du terme :

⁹³⁹ MUNIN, N., *Legal Guide to GATTs*, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2010, p. 50, « [the expression between the parties] is to be understood as referring only to those rules of international law which are legally binding on all O.M.C. members (which would effectively preclude most of these rules from being taken into account) or only to rules of international law which are legally binding on the parties to the dispute, or rather to international law rules which reflect the “common intentions” of the parties to the agreement ».

⁹⁴⁰ *Mémoire d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends, Annexe 2 de l'Accord de l'O.M.C. Article 3.5.* « Toutes les solutions apportées aux questions soulevées formellement au titre des dispositions des accords visés relatives aux consultations et au règlement des différends, y compris les décisions arbitrales, seront compatibles avec ces accords et n'annuleront ni ne compromettent des avantages résultant pour tout Membre desdits accords, ni n'entraveront la réalisation de l'un de leurs objectifs ».

⁹⁴¹ PAUWELYN, J., *op. cit.*, p. 269.

⁹⁴² *Protocole de Cartagena sur la prévention des risques biotechnologiques*, entré en vigueur le 11 Septembre 2003.

« Textuellement, cette référence semble suffisamment large pour englober toutes les sources de droit international public généralement acceptées, c'est-à-dire I) les conventions internationales (traités), II) la coutume internationale (droit international coutumier) et III) les principes généraux de droit reconnus »

et que par conséquent

« Nous partagerions l'avis selon lequel si le principe de précaution est un principe général du droit international, il pourrait être considéré comme une "règle de droit international" au sens de l'article 31 3) c). ».⁹⁴³

Cette considération doit de toute façon être nuancée parce que le panel ne s'est pas détaché complètement de l'interprétation restrictive donnée par la Cour internationale de justice dans l'affaire *Wimbledon*, étant donné qu'il a accepté d'utiliser un traité pour en interpréter un autre, mais seulement pour examiner la possibilité de l'existence d'une règle coutumière comme le *principe de précaution*. À la fin d'une longue analyse, le groupe spécial n'a pas pris position sur la question, en observant que :

« L'analyse que nous faisons plus loin indique clairement qu'afin de nous prononcer sur les allégations juridiques portées à notre connaissance nous n'avons pas à prendre position sur le point de savoir si le principe de précaution est ou non un principe reconnu de droit international général ou coutumier. Par conséquent, nous nous abstenons d'exprimer un point de vue sur cette question ». ⁹⁴⁴

Par conséquent, du moins en ce qui concerne le système de l'O.M.C., il n'est pas possible d'épouser complètement la lecture libérale faite par un auteur récent.⁹⁴⁵

Dans une affaire de 2015, *Pérou – Droit additionnel visant les importations de certains produits agricoles*, l'organe d'appel de l'O.M.C. s'est demandé si une obligation naissant d'un accord de libre-échange pouvait changer la portée des obligations des États membres du système de l'O.M.C en donnant une réponse négative.⁹⁴⁶

⁹⁴³ *Communautés Européennes – Mesures affectant l'approbation et la commercialisation des produits biotechnologiques* WT/DS291/R WT/DS292/R WT/DS293/R, 29 Septembre 2006, Reports du Panel, para. 7.67.

⁹⁴⁴ *Ibid.* para 7.89

⁹⁴⁵ ROSENRETER, D., *op. cit.*, p. 109.

⁹⁴⁶ *Pérou – Droit additionnel visant les importations de certains produits agricoles Ab-2015-3, Rapport de l'Organe d'appel*, WT/DS457/AB/R, 20 juillet 2015, para. 5.111.

De cette approche élaborée dans le droit de l'O.M.C. nous pouvons aisément comprendre que, lorsque que nous devrions nous demander quel peut être le rôle des dispositions concernant les entreprises publiques, au moins du point de vue théorique, nos considérations devraient être fondées seulement sur les règles pouvant être déduites du système des règles dans le droit de l'O.M.C.

Cette approche n'est pas possible lorsque, par exemple, il faut identifier les parties au procès, une situation dans laquelle la majorité des panels a basé ses décisions sur des règles qui trouvent leur origine en dehors du droit de l'O.M.C.

Une attention particulière a été accordée à la question de savoir si le système de l'O.M.C. équivaut à un régime autonome ou tout au moins s'il incorpore des règles spéciales (*lex specialis*) excluant l'application des normes du droit international général sur l'imputation.

L'ensemble des obligations relatives au principe de non-discrimination et aux restrictions quantitatives s'impose ainsi, non seulement aux États membres de l'O.M.C., mais également à toutes les entreprises entrant dans la catégorie des entreprises commerciales d'État.

En termes d'attribution, cela implique que les comportements desdites entreprises seront considérés, en cas de différends, comme des faits de l'État. Ce n'est pas une question relative uniquement à l'attribution, mais également à la qualification de la « mesure » réalisée. Le rapport entre le contenu de ces dispositions et la compétence des panels sera analysé dans le deuxième chapitre. Notre attention se focalisera avant tout sur l'analyse de l'article XVII.⁹⁴⁷

⁹⁴⁷Article XVII - *Entreprises commerciales d'Etat*

a) Chaque partie contractante s'engage à ce que, si elle fonde ou maintient une entreprise d'Etat, en quelque lieu que ce soit, ou si elle accorde à une entreprise, en droit ou en fait, des privilèges exclusifs ou spéciaux, cette entreprise se conforme, dans ses achats ou ses ventes se traduisant par des importations ou des exportations, aux principes généraux de non-discrimination prescrit par le présent Accord pour les mesures d'ordre législatif ou administratif concernant les importations ou les exportations qui sont effectuées par des commerçants privés.

b) Les dispositions de l'alinéa a) du présent paragraphe devront être interprétées comme imposant à ces entreprises l'obligation, compte dûment tenu des autres dispositions du présent Accord, de ne procéder à des achats ou à des ventes de cette nature qu'en s'inspirant uniquement de considérations d'ordre commercial telles que le prix, la qualité, les quantités disponibles, les qualités marchandes, les transports et autres conditions d'achat ou de vente, et comme imposant l'obligation d'offrir aux entreprises des autres parties contractantes des possibilités adéquates de participer à ces ventes ou à ces achats dans des conditions de libre concurrence et conformément aux usages commerciaux ordinaires.

c) Aucune partie contractante n'empêchera les entreprises (qu'il s'agisse ou non d'entreprises visées à l'alinéa a) du présent paragraphe) ressortissant à sa juridiction d'agir conformément aux principes énoncés aux alinéas a) et b) du présent paragraphe.

2. Les dispositions du paragraphe premier du présent article ne s'appliqueront pas aux importations de produits destinés à être immédiatement ou finalement consommés par les pouvoirs publics ou pour leur compte et non à être revendus ou à servir à la production de marchandises, en vue de la vente. En ce qui concerne ces

§1.1) L'article XVII : 1 (a) et (b) – « Le principe du traitement non-discriminatoire » et les « considérations d'ordre commercial ».

Le paragraphe 1 a) de l'article XVII aborde le problème du comportement discriminatoire des entreprises commerciales d'État en exigeant des membres qu'ils s'engagent à ce que leurs entreprises agissent d'une manière compatible avec les principes fondamentaux de traitement non discriminatoire prescrits dans l'Accord général sur les tarifs douaniers. Cette disposition a été définie :

*« Oddly worded in that Members undertake that enterprises shall act in a given way ».*⁹⁴⁸

En général, les obligations de l'O.M.C. ne concernent que le comportement du gouvernement. À cet égard, il est intéressant de noter que le paragraphe 1 c) de l'article XVII dispose que les membres n'empêcheront aucune entreprise d'agir conformément aux principes énoncés aux paragraphes 1 a) et 1 b) de l'article XVII.

importations, chaque partie contractante accordera un traitement équitable au commerce des autres parties contractantes.

3. Les parties contractantes reconnaissent que les entreprises du genre de celles qui sont définies à l'alinéa a) du paragraphe premier du présent article pourraient être utilisées de telle façon qu'il en résulterait de sérieuses entraves au commerce; c'est pourquoi il est important, pour assurer le développement du commerce international, d'engager des négociations sur une base de réciprocité et d'avantages mutuels, afin de limiter ou de réduire ces entraves.

4. a) Les parties contractantes notifieront aux PARTIES CONTRACTANTES les produits qui sont importés sur leurs territoires ou qui en sont exportés par des entreprises du genre de celles qui sont définies à l'alinéa a) du paragraphe premier du présent article. b) Toute partie contractante qui établit, maintient ou autorise un monopole à l'importation d'un produit sur lequel il n'a pas été octroyé de concession au titre de l'article II devra, à la demande d'une autre partie contractante qui a un commerce substantiel de ce produit, faire connaître aux PARTIES CONTRACTANTES la majoration du prix à l'importation dudit produit pendant une période représentative récente ou, lorsque cela n'est pas possible, le prix demandé à la revente de ce produit. c) Les PARTIES CONTRACTANTES pourront, à la demande d'une partie contractante qui a des raisons de croire que ses intérêts dans le cadre du présent Accord sont atteints par les opérations d'une entreprise du genre de celles qui sont définies à l'alinéa a) du paragraphe premier, inviter la partie contractante qui établit, maintient ou autorise une telle entreprise à fournir sur les opérations de ladite entreprise des renseignements concernant l'exécution du présent Accord. d) Les dispositions du présent paragraphe n'obligeront pas une partie contractante à révéler des renseignements confidentiels dont la divulgation ferait obstacle à l'application des lois ou serait d'une autre manière contraire à l'intérêt public ou porterait préjudice aux intérêts commerciaux légitimes d'entreprises.

⁹⁴⁸ MAVROIDIS, P. C., COTTIER, T., *State Trading in the Twenty-First Century, op. cit.*, [...] « Article XVII GATT: An Overview », p. 26.

Cependant, le plus important est le désaccord sur le fait que l'expression « *principes généraux de traitement non discriminatoire* » ne se réfère qu'au traitement de la nation la plus favorisée (NPF) et non au traitement national.

L'historique de rédaction peut être interprété comme suggérant que seul le traitement NPF est requis. Par exemple, dans la proposition initiale des États-Unis, seul un traitement NPF était requis. Petros Mavroidis et Thomas Cottier ont observé que :

« *A U.S. proposal in the Uruguay Round to explicitly subject state trading to the national treatment obligation was not accepted, although the 1994 Understanding does state in its preamble that “Members are subject to their GATT 1994 obligations in respect of those governmental measures affecting state trading enterprises”* ». ⁹⁴⁹

Le paragraphe 1 b) de l'article XVII précise qu'il est entendu que les dispositions du sous-alinéa exigent que les entreprises commerciales d'État effectuent leurs ventes et leurs achats conformément à des considérations d'ordre commercial. Cette disposition semble tenir compte de la possibilité que les entreprises commerciales d'État puissent annuler les résultats des négociations tarifaires en imposant de manière restrictive des restrictions quantitatives dans leurs décisions d'achat ou en imposant l'effet d'une consolidation tarifaire par leurs politiques de prix. A propos de la signification de l'expression « *consideration d'ordre commercial* » Hans Van Houtte à ce propos a observé que :

« *The rules of the GATT also apply to the import and the export transactions of State Trading Enterprises. Purchases and sales may only be based on commercial consideration such as price, quality quantity availability, marketability and transport. Enterprises of other GATT States must have adequate opportunities to enter into contracts of sale with State enterprises* ». ⁹⁵⁰

Cette approche nous semble suggérer que la possibilité mentionnée par l'auteur que l'article XVII garantie une adéquat opportunité par les entreprises étrangères de contracter avec les entreprises publiques peut insuffler dans le lecteur l'impression que l'article XVII a une pertinence assez significative, mais, nous partagerons, plutôt pour l'opinion que le champ d'application de cette disposition peut être plus étroit qu'il n'apparaît à première vue. Cependant, un groupe spécial a noté que cette prescription était interprétée comme une

⁹⁴⁹ *Ibid.*

⁹⁵⁰ VAN HOUTTE, H., *The Law of International Trade*, London, Sweet & Maxwell 1995, p. 77

interprétation des dispositions non discriminatoires de l’alinéa a) et, par conséquent, le groupe spécial a considéré qu’elle n’était applicable que si l’action en cause entrait dans le champ d’application des principes généraux du traitement non discriminatoire.⁹⁵¹

Cette interprétation, comme l’a observé la doctrine, réduit manifestement le potentiel de l’article XVII pour empêcher les entreprises commerciales d’État de se livrer à des activités de limitation de l’accès au marché. Les rapports plus récents, en revanche, ont adopté une interprétation plus large de cette notion. Mitsuo Matsushita a ainsi observé que :

*« Article XVII : 1 lit. (a) includes at least the most favored nation (MFN) obligation of GATT article I. However, the national treatment (NT) clause is the second major manifestation of the non-discriminatory principle, and thus, the Panel Korea Beef rightly assumed that the national treatment obligation is referred to in article XVII: 1 (let. a) ».*⁹⁵²

Quant au sens de l’expression :

« Considérations d’ordre commercial », « the interpretative notes and the drafting history indicate that Article XVII : 1(b) would not preclude the charging by a state

⁹⁵¹ *Canada – Administration of The Foreign Investment Review Act Report of the Panel adopted on 7 February 1984 (L/5504 -30S/140)* «5.15 Article XVII:1 (c). The United States requested the Panel to find that the purchase undertakings obliging investors to give less favorable treatment to imported products than to domestic products prevent the investors from acting solely in accordance with commercial considerations and that they therefore violate Canada’s obligations under Article XVII:1 (c).

5.16 The Panel takes the view that, through its reference to sub-paragraph (a), paragraph 1 (c) of Article XVII of the General Agreement imposes on contracting parties the obligation to act in their relations with state-trading and other enterprises “in a manner consistent with the general principles of non-discriminatory treatment prescribed in this Agreement for Governmental measures affecting imports for exports by private traders”.

This obligation is defined in sub-paragraph (b), which declares, inter alia, that these principles are understood to require the enterprises to make their purchases and sales solely in accordance with commercial considerations. The fact that sub-paragraph (b) does not establish a separate general obligation to follow enterprises to act in accordance with commercial considerations, but merely defines the obligations set out in the preceding sub-paragraph, is made clear [that] “The provision on sub-paragraph (a) of the paragraph shall be understood to require...”. For these reasons, the Panel considers that the commercial considerations criterion becomes relevant only after it has been determined that the governmental action at issue falls within the scope of the general principles of non-discriminatory treatment [...]. The Panel saw great force in Canada’s argument that only the most-favored-nation and not the national treatment obligations fall within the scope. Of the general principles referred to in Article XVII: 1 (a). However, the Panel did not consider it necessary to decide in this particular case whether the general reference to the principles of non-discriminatory treatment referred to in Article XVII: 1) also comprises the national treatment principle since it had already found the purchase undertakings at issue to be inconsistent with Article III: 4) which implements the national treatment principle specifically in respect of purchase requirements».

⁹⁵² **MATSUSHITA, M., SCHOENBAUM, T. J., MAVROIDIS, P., HAHN, M.**, *«The World Trade Organization, Law, Practice, and Policy»*, Third Edition, The Oxford International Law Library, 2015, p. 246.

*trading enterprise of different prices in different export markets, nor consideration of the advantages of receiving a tied loan in connection with a purchase ».*⁹⁵³

Nous devons observer encore que les conditions établies par l'article XVII ne s'appliquent pas aux marchés publics.⁹⁵⁴

L'un des domaines dans lequel les problèmes liés aux entreprises publiques ont été le plus discutés est celui des subventions. Cette question, bien qu'elle puisse être considérée comme plus substantielle, peut avoir certains rapports avec la question procédurale en ce qui concerne sa compétence.

Dans le context de:

*« WTO dispute settlement Articles 6 and 7 of the DSU are provisions that governs a panel's « term of reference » : Article 6 provides that the complainant's request for the establishment of a panel shall, among other things, identify the specific measure at issue and the legal basis of the complainant sufficient to present the problem clearly; Article 7 then provides that a panel term of reference are to examine in light of the relevant provisions in the WTO « covered agreement(s) cited by the parties to the dispute, the matter referred to the complaint's request. [As it has been noted] the DSU does not contain the term jurisdiction ».*⁹⁵⁵

En ce qui concerne notre domaine d'analyse, dans le système de l'O.M.C. la question est de savoir si les actes des unités territoriales, des entreprises publiques et des entreprises privées sont attribuables à l'État. Dans ce domaine également, comme nous l'avons vu, la doctrine majoritaire considère que cette question ne concerne pas la compétence de l'Organe de règlement des différends mais plutôt le fond de l'affaire.

Mais, comme nous l'avons déjà dit, la question n'est pas si simple. Le problème a déjà été posé (sans vraiment être examiné de près) par Santiago M. Villalpando, qui a observé que :

« In theoretical terms, there can be no doubt that the establishment that the Member has failed to carry out its obligations under the covered agreements shall presuppose

⁹⁵³ MAVROIDIS, P. C., COTTIER, T., *State Trading in the Twenty-First Century, op. cit., [...] Article XVII GATT: An Overview, p. 27.*

⁹⁵⁴ VAN HOUTTE, H., *op. cit., p. 77*

⁹⁵⁵ COOK, G., *op. cit., 2015, p. 20, n. 42.*

the determination that the relevant act or omission is indeed to be considered one of the Member's ». ⁹⁵⁶

Le même auteur a expliqué, à notre avis de manière convaincante, que :

« Their reasoning is then centered on an interpretation of substantive provision, in search of elements that make it possible to conclude that there is, in casu, a violation by the State. In so doing, the WTO dispute settlement bodies seem to focus only on the second constitutive element of an international wrongful act (i.e. the breach of an obligation) without dealing separately with the distinct conceptual problem of attribution ». ⁹⁵⁷

Son interprétation de l'article XVII, que nous avons déjà examinée dans la première partie, est que, à partir du moment où :

« The scope of article XVII goes beyond the general rule [for attribution enounced in article 5 of ARSIWA [...]] it could be argued that here the criterion for attribution is not racione materiae (the exercise of elements of the governmental authority) as provided for under the general rules of State responsibility, but racione personae (the entity having adopted such a conduct) ». ⁹⁵⁸

Nous avons raison d'estimer que cette approche est assez floue. Nous ne comprenons pas pourquoi le fait que le champ d'application de l'article XVII de l'Accord général sur les tarifs douaniers soit plus large devrait transformer le critère d'imputation de *racione materiae* à *racione personae*. Même si nous considérons que l'éventail des initiatives imputables à l'État est plus large par rapport à ce que prévoit l'article 5, les critères que les panels doivent appliquer pour conclure qu'un sujet est compris dans la catégorie des entreprises commerciales d'État sont les mêmes et, à cet égard, il existe un faisceau d'indices qui vont de la participation de l'État au capital de l'entreprise au pouvoir de nommer les administrateurs.

Si nous considérons les conséquences de la qualification de cette question sur le plan processuel, surtout en ce qui concerne la compétence des panels, cette approche théorique doit être rejetée. Dans le domaine de l'O.M.C., c'est surtout le caractère gouvernemental ou non de la mesure qui établit la compétence de l'Organe de règlement des différends. À notre

⁹⁵⁶ VILLALPANDO S. M., *op. cit.*, p. 396.

⁹⁵⁷ *Ibid.* p. 397.

⁹⁵⁸ VILLALPANDO S. M., *op. cit.*, p. 406.

avis, si dans l'arbitrage d'investissement CIRDI l'imputation doit être considérée comme une question de compétence *ratione personae* en raison de la formulation de l'article 25 alinéa (1) de la Convention de Washington, dans le domaine du contentieux de l'O.M.C., il serait préférable d'adopter une approche qui poserait au centre la notion de « *measure* » et, par conséquent, de considérer la question de l'imputation dans ce domaine comme une question de *rationae materiae*.

Pour mieux éclaircir notre point de vue, un aspect clé doit être expliqué avant tout : c'est la notion de « *mesures* » dans le droit de l'O.M.C.. Cette notion a une importance significative du point de vue de la compétence *ratione materiae* de l'Organe de règlement des différends.

Cette considération peut être tirée de la doctrine qui a remarqué que « *the WTO agreements are treaties between sovereign States* »⁹⁵⁹. Elle a été confirmée à travers les décisions de l'Organe de règlement des différends, même si dans des décisions relativement anciennes les membres des panels ont observé que :

« *Il y a cependant eu un certain nombre de différends commerciaux à propos desquels des groupes spéciaux se sont trouvés devant des appréciations parfois difficiles à porter sur la mesure dans laquelle des actions qui se présentent en apparence comme privées peuvent néanmoins être imputables à un gouvernement parce que celui-ci a un certain lien avec elles ou les a entérinées* ». ⁹⁶⁰

Dans le cas d'espèce, le groupe spécial faisait référence à des entreprises privées. Cependant, il est clair que la question de l'imputation se pose aussi au sujet des entreprises publiques, qui représentent le cœur de notre analyse.

À notre avis, comme nous l'avons déjà observé dans la première partie, les panels de l'O.M.C., en tant que tribunaux internationaux, ont également le devoir de soulever *motu proprio* les questions qui relèvent de la compétence. La doctrine la plus récente a confirmé que ce principe était respecté systématiquement par la jurisprudence de l'O.M.C..⁹⁶¹

La question de savoir si la nature gouvernementale ou non gouvernementale d'une mesure doit être considérée comme une question de compétence *ratione materiae* a déjà été décrite par la doctrine, qui a observé que :

⁹⁵⁹ Voie par exemple **COOK G.**, *op. cit.*, p. 38 et **CANAL-FORGUES, E.**, *Le règlement des différends à l'O.M.C.*, Bruylant, 2004, p. 18.

⁹⁶⁰ *Japon - Mesures affectant les pellicules et papiers photographiques destinés aux consommateurs Rapport du Groupe spécial*, WT/DS44/R, 31 mars 1998, para. 10.52.

⁹⁶¹ **COOK G.**, *op. cit.*, p. 25

*« A complaining party refers a « matter » to the Dispute Settlement Body and this becomes the subject of a panel's terms of reference. A matter consists of two elements: (1) the measure at issue, such as a law or regulation and (2) the legal basis in a covered agreement of the complainant's claim. Taken together, the "measure" and the claims made concerning that measure constitute the "matter referred to the DSB, which forms the basis for a panel's terms of reference. The word "matter" has the same meaning in Article 17 of the Agreement of Article VI of the General Agreement on Tariffs and Trade 1994 (The Antidumping Agreement) as it has in article 7 of the DSU. The measure that is part of the "matter" must, of course be a governmental measure».*⁹⁶²

Si nous prenons en considération cette reconstruction doctrinale, il est clair que la question de savoir si les actes des entreprises commerciales d'État peuvent être considérés comme des questions préliminaires ou pas n'est pas simple à trancher.

Cette question a trouvé un support dans l'opinion de la jurisprudence qui a observé que :

*« L'Accord sur l'O.M.C. est un accord intergouvernemental conclu entre des États ou des territoires douaniers distincts. Pour faire prévaloir son argumentation, le Brésil doit démontrer que le paiement allégué est une mesure gouvernementale, ce qu'il n'a pas fait. Nous rejetons donc l'allégation du Brésil quant à une violation de l'article II :1 b) du GATT ».*⁹⁶³

En ce qui concerne notre domaine d'analyse, la principale préoccupation est d'identifier ce qui peut constituer une mesure gouvernementale lorsque l'État n'est pas directement impliqué, mais qu'il agit plutôt sous le manteau d'une entreprise d'État.

Selon la jurisprudence, nous suivons la signification suivante :

*« Dans les cas où une "directive administrative" crée pour des parties privées des incitations ou des désincitations à agir d'une manière particulière qui dépendent dans une large mesure d'une action du gouvernement, elle peut être considérée comme une mesure gouvernementale. »*⁹⁶⁴

⁹⁶² PALMETER D., MAVROIDIS P. C., *op. cit.*, p. 24.

⁹⁶³ Communautés Européennes - Mesures affectant l'importation de certains produits provenant de volailles, Rapport du Groupe spécial, WT/DS69/R, 12 mars 1998, para. 272.

⁹⁶⁴ Japon - Mesures affectant les pellicules et papiers photographiques destinés aux consommateurs, Rapport du Groupe spécial, WT/DS44/R, 31 mars 1998, para. 10.54.

La jurisprudence plus récente a confirmé cette approche en observant que :

*« Pour ce faire, commençons par examiner la notion de "mesure". L'article 3 : 3 du Mémorandum d'accord fait référence à la "situation dans laquelle un membre considère qu'un avantage résultant pour lui directement ou indirectement des accords visés se trouve compromis par des mesures prises par un autre Membre". [...] [cette partie de la disposition en question] identifie le lien pertinent, aux fins des procédures de règlement des différends, entre la "mesure" et un "membre". En principe, tout acte ou omission imputable à un Membre de l'O.M.C. peut être une mesure de ce membre aux fins d'une procédure de règlement des différends. Les actes ou omissions qui lui sont ainsi imputables sont habituellement les actes ou omissions des organes de l'État, y compris ceux du pouvoir exécutif ».*⁹⁶⁵

Cette dernière définition est intéressante parce qu'elle semble suggérer que la question de l'imputation se rattache aux problèmes liés à la compétence. En effet, la déclaration selon laquelle « *tout acte ou omission imputable à un Membre de l'O.M.C. peut être une mesure de ce Membre* », à côté de la considération selon laquelle l'existence d'une mesure est une condition pour l'existence de la compétence, nous semble confirmer que cette question doit être examinée au stade préliminaire et que ceci peut être vu comme un principe commun au droit d'investissement et au droit du commerce international.

Cela représente en outre une conséquence directe du fait que, dans les deux systèmes, la qualité d'être État, au moins du côté passif, est une condition indispensable pour l'existence de la compétence du panel. En revanche, il est admis dans les deux systèmes que l'État peut être partie à un différend même si ce n'est pas lui qui accomplit directement les actes mais les entités de nature hybride que sont les entreprises publiques.

Concernant notre domaine d'analyse, notre principale préoccupation est d'identifier les éléments qui, dans les différents accords de l'O.M.C., peuvent être perçus comme des mesures gouvernementales.

De plus, dans l'Accord général sur les tarifs douaniers, la doctrine a également envisagé la possibilité d'identifier une mesure gouvernementale dans la définition de l'article 13 de l'Accord sanitaire et phytosanitaire de l'O.M.C. qui prévoit que :

⁹⁶⁵ États-Unis – Réexamen à l'extinction des droits antidumping appliqués aux produits plats en acier au carbone traité contre la corrosion en provenance du Japon, WT/DS244/AB/R, Rapport de l'Organe d'appel, 15 décembre 2003, para. 81.

« Les Membres sont pleinement responsables au titre du présent accord du respect de toutes les obligations qui y sont énoncées. Les Membres élaboreront et mettront en œuvre des mesures et des mécanismes positifs pour favoriser le respect des dispositions du présent accord par les institutions autres que celles du gouvernement central. [...] En outre, ils ne prendront pas de mesures qui aient pour effet, directement ou indirectement, d'obliger ou d'encourager ces entités régionales ou non gouvernementales, ou les institutions publiques locales, à agir d'une manière incompatible avec les dispositions du présent accord ».⁹⁶⁶

1.2) Le droit de l'O.M.C. concernant les subventions

Une question particulièrement intéressante en ce qui concerne notre sujet de thèse est représentée par le droit relatif aux subventions. Nous pouvons nous demander quand une mesure prise par une entreprise publique peut être considérée comme une subvention, c'est-à-dire quand une contribution va au-delà de la pratique commerciale normale pour se transformer en une atteinte au fonctionnement du marché international. En ce qui concerne les subventions, une certaine importance de leur qualification dans le cadre de l'accord peut être pertinente pour le ressort de la juridiction de l'O.M.C.

Afin d'examiner si et dans quelle mesure les activités des entreprises d'État seront couvertes par l'accord de subvention, la meilleure doctrine a suggéré d'examiner « 1) *the definition of subsidies and 2) the methods by which governments operate STEs* ».⁹⁶⁷

En ce qui concerne ce deuxième aspect, l'importance de l'analyse empirique effectuée dans notre introduction apparaît clairement. La question la plus intéressante concerne le fait de savoir si les actions de l'entreprise publique peuvent être considérées comme une « *specific measure* » et par conséquent être liées à la compétence *ratione materiae*, qui sera traitée dans la suite. Les dispositions relatives au règlement des différends devraient garantir que des moyens de défense trop techniques de cette nature ne sont pas possibles.

⁹⁶⁶ *Accord sur l'application des mesures sanitaires et phytosanitaires*, article 13.

⁹⁶⁷ HORLICK, G. N., and MOVRY, K. H., *State Trading Enterprise under the WTO Subsidies Rules* in MAVROIDIS, P. C., COTTIER, T., *State Trading in the Twenty-First Century*, Michigan University Press, 1998, p. 102.

La doctrine⁹⁶⁸ qui a examiné cette problématique a commencé son analyse par la définition de subvention donné par l'Accord sur les subventions et les mesures compensatoires. En accord avec cette définition :

*« In order to be a subsidy under the Subsidies Agreement a law or program must provide a financial contribution as described in article 1.1 (a) 1 or a price income support. In either case, it must provide a benefit. [...] Nevertheless, other measures under article 1.1. e.g. direct transfer of funds such a loan guarantees or foregone revenue in the form of uncollected levies should not be ignored ».*⁹⁶⁹

Pour mieux comprendre ce que la doctrine cherche à décrire, l'exemple suivant est parfaitement adapté pour décrire l'hypothèse à l'étude.

*« In the most straightforward case a grain board could purchase a domestically produced product at a higher rate than for which it could sell it on the international market. Therefore, if a STE in country X buys from its farmers at \$ 1 per bushel and sells for 95 cents per bushel in country Y, country Y, on behalf of its growers, may be able to challenge this under the Subsidies Agreement or start a countervailing duty (CVD) case and/or an antidumping (AD) case (as long as there is no double counting). Country Y will claim that the government of country X did not receive adequate remuneration from the customer for that product. The difference in price is a financial contribution and the benefit is the difference between the price the domestic producer gets from the STE and the price at which it could sell on the world market if it had to act on its own».*⁹⁷⁰

Nous pouvons confirmer notre déduction par rapport au régime des subventions accordées par des personnes privées.

Comme l'a observé la doctrine, il n'y a :

« Pas de spécificité non plus à l'article 9.1a) de l'Accord sur l'agriculture qui concerne l'octroi, par les pouvoirs publics ou leurs organismes de subventions directes. La notion d'organisme s'applique ici aussi bien aux entités publiques que

⁹⁶⁸ HORLICK G. N. and MOVRY K. H, *State Trading Enterprise under the WTO Subsidies Rules* in MAVROIDIS P. C., COTTIER T., *op. cit.*, p. 100.

⁹⁶⁹ HORLICK G. N. and MOVRY K. H, *State Trading Enterprise under the WTO Subsidies Rules* in MAVROIDIS P. C., COTTIER T., *op. cit.*, p. 105.

⁹⁷⁰ HORLICK G. N. and MOVRY K. H, *State Trading Enterprise under the WTO Subsidies Rules* in MAVROIDIS P. C., COTTIER T., *op. cit.*, p. 105.

privées, dès lors qu'elles ont, conformément aux constatations de l'Organe d'appel, le pouvoir effectif de soumettre les individus à des règles ».

Cette hypothèse correspond au droit international général qui attribue aux États le comportement des personnes privées, physiques ou morales qui sont habilitées par le droit interne à exercer des prérogatives de puissance publique. Rien d'étonnant donc à ce qu'une subvention accordée par une telle entité soit attribuable à un État membre de l'O.M.C.

CHAPITRE II – LA COMPÉTENCE MATÉRIELLE DES PANELS ET LA RECEVABILITÉ DES DEMANDES LORSQU’UN PANEL JUGE DES ACTES D’UNE ENTREPRISE COMMERCIALE D’ÉTAT

Dans le domaine de l’O.M.C, plusieurs aspects peuvent donner certains renseignements sur l’arbitrage d’investissements.

Dans le premier chapitre, nous avons examiné les règles spécifiques dans le domaine de l’O.M.C. qui regardent la compétence des panels lorsque les actes d’une entreprise publique sont au cœur d’un différend. Or, encore une fois, comme l’État peut être partie à l’instance, il doit démontrer que les actes de l’entreprise publique sont imputables à l’État et, par conséquent, il est évident que ces règles, au moins selon une partie de la jurisprudence transversale au CIRDI et à l’O.M.C, sont d’accord sur cette approche. Dans ce paragraphe, nous examinerons la même question du caractère hybride des entreprises publiques et leurs conséquences sur le plan procédural. Nous avons déjà analysé la question d’un point du droit applicable ; maintenant, nous devons analyser le rapport entre ces dispositions et le déroulement du contentieux au sein du droit de l’O.M.C..

Ici, comme nous le verrons, l’idée du professeur Santulli d’analyser cette question comme un problème *ratione materiae* est importante : c’est l’unique idée acceptable, parce que, pour vérifier si un État peut être partie à un différend pour les actes d’une de ses entreprises, nous devons consacrer notre attention, pas seulement au rapport existant entre l’entreprise et l’État contrôlant, mais surtout sur la nature de l’acte accompli par cette entreprise. En ce qui concerne notre analyse, il est clair que, dans le droit des investissements, il est assez facile de distinguer les questions qui touchent la compétence *ratione personae* de celles qui, en revanche, touchent celle *ratione materiae*. Pour clarifier notre exposé, et pour mieux éclaircir les questions qui sont le point de contact entre le système du droit d’investissement et celui de l’O.M.C., nous devons mettre en garde le lecteur : dans le système de l’O.M.C., en conséquence de la construction des dispositions qui règlent le sujet, la différence entre ces deux systèmes n’est pas aussi nette que dans l’arbitrage d’investissement.

§1) Les questions de compétence et les entreprises publiques dans l'O.R.D. et les entreprises publiques – Les questions concernant les dispositions normatives

Les engagements de l'O.M.C. sont de nature générale. Par conséquent, il serait inapproprié de donner une définition trop restrictive du type de comportement gouvernemental pouvant être contesté.

La plupart des auteurs se sont concentrés sur la spécificité du système de règlement des différends de l'O.M.C. qui englobe non seulement le non-respect par un membre des obligations qui lui incombent en vertu des accords, mais également les plaintes dites de non-violation. Sur cette question, Santiago de Villalpando a soutenu que :

*« Les solutions de l'O.M.C. au problème de l'attribution apparaissent comme étant intrinsèquement confiants avec des principes généraux, soutenant ainsi la conclusion qu'il n'y a pas de lex specialis importante sur l'attribution en droit commercial international sauf quelques sujets très limités ».*⁹⁷¹

En particulier, l'article XVII de l'Accord général sur les tarifs douaniers de 1994 vise à réglementer les activités des entreprises commerciales d'État. Le premier but de cet article est de s'assurer du respect de la transparence. La transparence des affaires réalisées par des entreprises d'État est essentielle pour garantir un accès équitable et compétitif aux marchés dans le domaine de leur engagement commercial.

Comme Rafiqul Islam l'a observé :

*« Many governmental and non-governmental enterprises and their marketing boards are granted exclusive or special rights, statutory privileges and constitutional authority to carry out their trading activities. They are in a position to influence the level and the type of imports and exports, through their massive and exclusive right to sell or buy ».*⁹⁷²

Comme nous l'avons déjà vu en partie dans le premier chapitre et dans l'introduction, le Mémoire d'accord sur l'interprétation de l'article XVII de l'Accord général sur les

⁹⁷¹ VILLALPANDO, S. M., *op. cit.*, p. 397.

⁹⁷² ISLAM, M. R., *International Trade Law of the WTO*, Oxford University Press, 2006, p. 45.

tarifs douaniers de 1994 prescrit à ces entreprises d'État de commercer de manière transparente et introduit à cette fin des règles de procédure.

Curieusement, nous sommes d'accord avec l'analyse de la doctrine citée, mais nous ne sommes pas d'accord avec sa conclusion. Il est intéressant que l'auteur cité observe que la formulation de l'article XVII montre que le critère d'attribution n'est pas *ratione materiae* (l'exercice d'éléments de l'autorité gouvernementale), comme prévu par les règles générales de la responsabilité des États, mais *ratione personae* (l'entité ayant adopté un tel comportement) : il adopterait un critère d'attribution plus large que celui de la loi générale de responsabilité.⁹⁷³

À partir de ces prémisses logiques, il nous semble impossible de conclure que les critères de l'article XVII sont superposables à ceux de l'article 5 du *Projet d'article de la Commission du droit international sur la responsabilité des États*. En particulier, si nous acceptons que l'article XVII représente une *lex specialis* par rapport aux articles du *Projet d'article de la Commission du droit international sur la responsabilité des États*, il faut considérer que son application dépend de son rôle dans le plus grand contexte des règles de l'O.M.C. qui doivent être interprétées dans ce contexte.

L'article XVII, qui représente la disposition la plus pertinente sur cette question, traite expressément des activités commerciales. Ainsi, la portée de l'article cité va bien au-delà de la règle générale contenue dans l'article 5 du *Projet d'article de la Commission du droit international sur la responsabilité des États* :

« *Puisqu'il couvre des activités qui ne relèvent pas de l'autorité gouvernementale, comme l'achat ou la vente dans des relations commerciales ordinaires* ». ⁹⁷⁴

Il faut souligner, en effet, que l'objet et le but de l'article XVII sont de :

« *Faire en sorte qu'un Membre ne puisse pas, en fondant ou en maintenant une entreprise d'État ou en accordant des privilèges exclusifs au spéciaux à une entreprise quelconque, faciliter un comportement qui serait condamné comme étant discriminatoire au titre du GATT de 1994, si ce comportement était directement le fait*

⁹⁷³ *Ibid.*, p. 406.

⁹⁷⁴ *Ibid.*

*du membre lui-même. En d'autres termes, l'alinéa a) est une disposition "anti-contournement" ».*⁹⁷⁵

Lesaffre que nous avons déjà mentionné sur ce point a conclu que :

*« Une certaine tendance de la jurisprudence à limiter les possibilités d'attribuer à l'État les comportements de ses organes subalternes, [...] il est difficile d'y voir un principe général du droit de l'O.M.C. qui dérogeât au droit commun de la responsabilité ».*⁹⁷⁶

Bien qu'il soit difficile d'identifier un « *principe général* », nous pouvons considérer que le débat sur ce point présente des parallélismes avec ce que nous avons déjà examiné au sujet de l'article 1503 de l'ALENA et 22 de la Charte européenne de l'énergie.

Le but de l'article XVII, clairement, est plus large que celui de l'article 5 et, dans ce système, nous pouvons également considérer que ces dispositions représentent peut-être une forme « *embryonnaire* » de « *Global competition law* ».

Par conséquent, la doctrine que nous venons d'examiner sur ce point⁹⁷⁷ nous semble peu audacieuse dans ses conclusions. Sur ce point, il est intéressant de constater que la jurisprudence a observé que :

*« En revanche, en vertu de l'engagement pris à l'article XVII : 1 a), un Membre est responsable du comportement de ses entreprises commerciales d'État même s'il ne les empêche pas d'agir d'une manière compatible avec les principes énoncés à l'article XVII :1 a) et b). En d'autres termes, l'article XVII :1 a) va plus loin que l'article XVII : 1 c) en ce sens que, dans le cadre de l'article XVII : 1 a) un comportement non conforme d'une entreprise commerciale d'État d'un Membre engage la responsabilité de ce Membre au regard du droit international, même si le Membre lui-même n'intervient pas ».*⁹⁷⁸

⁹⁷⁵ Canada – Mesures concernant les exportations de blé et le traitement des grains importés, WT/DS276/AB/R, 30 août 2004, p. 29, § 85.

⁹⁷⁶ **LESAFFRE, H.**, *Le règlement des différends au sein de l'O.M.C. et le droit de la Responsabilité Internationale*, L.G.D.J., 2007, p. 166

⁹⁷⁷ *Ibid.*

⁹⁷⁸ Japon - Restrictions à l'importation de certains produits agricoles rapport du groupe spécial Adopté, le 2 Février 1988 (L/6253 - 35s/180), VI.43.

Nous ne pouvons pas ne pas voir dans cet aspect une différence suffisamment importante avec le droit de la responsabilité de l'État élaboré par les tribunaux des investissements.

Ce qui est clair, sans aucun doute, c'est que, si « *le comportement non conforme* » d'une entreprise publique est suffisant pour engager la responsabilité de l'État, le *locus standi* du côté passif de ce dernier sera presque « *in re ipsa* » parce que la possibilité de soulever des défenses du côté de l'État – qui peut par exemple soutenir qu'il n'est pas la véritable partie au différend (comme dans le cas *Tulip Real Estate*) sur le plan contentieux – est extrêmement réduite.

La même question se présente pour les unités territoriales de l'État. Dans le contexte du droit commercial international, l'ancien article XXIV de l'Accord général sur les tarifs douaniers de 1949 semble s'écarter du principe général d'attribution consacré dans les articles de la *Projet d'article de la Commission du droit international sur la responsabilité des États*, dans la mesure où il établit que l'État (partie contractante) veille à ce que les gouvernements régionaux et locaux et les autorités de son territoire respectent les dispositions de l'Accord général en prenant des « *mesures raisonnables* ».

En effet, sur la base de cette disposition, nous pourrions affirmer que l'État est dispensé de toute responsabilité concernant le comportement illicite de ses autorités locales s'il démontre qu'il a pris les mesures raisonnables disponibles (vraisemblablement dans son droit interne) pour assurer le respect des obligations du Accord général sur les tarifs douaniers.

Cette interprétation littérale de l'alinéa 12 de l'article XXIV était manifestement incompatible avec les règles du droit international général, aussi bien dans le droit des traités (article 29 de la Convention de Vienne de 1969) que dans l'article 4 du *Projet d'article de la Commission du droit international sur la responsabilité des États*.

Il a été mis de côté par les groupes spéciaux de l'Accord général sur les tarifs douaniers eux-mêmes, même si cette considération ne peut pas être vue comme conclusive. Sur ce point, l'auteur John Hh. Jackson a limité l'importance de cette prévision. Il a observé que :

« *The language of Article XXIV (12) of the GATT still applicable as part of WTO Annex 1A), there is the chance of some exception for subordinate government actions that could be a breach of international obligations. The language of Article XXIV (12) can provide for an exception in cases where, under the national or federal constitution, reasonable measures are not available to the highest level of national government to*

ensure observance of international norms by regional and local governments and authorities within his territory », ⁹⁷⁹

Cependant, il a également observé que :

« A declaration at the ministerial Conference concluding the Uruguay Round negotiations refers to this provision, and tries to clarify the situation so that it is understood that the national or federal level government is nevertheless responsible for the breaches by lower level government units ». ⁹⁸⁰

Les dispositions de l'Accord général sur les tarifs douaniers de 1994 et le Mémorandum d'accord parlent respectivement de différends entre « *parties contractantes* » et « *Membres* ».

Les notes explicatives de l'Accord général sur les tarifs douaniers de 1994 indiquent que la référence aux « *parties contractantes* » dans les dispositions de l'Accord général sur les tarifs douaniers devra être lue comme synonyme du « *membre de l'accord* ».

Ainsi, l'accord prévoit que le cas normal comprendra une plainte déposée par un ou plusieurs membres, contre des mesures imposées par un autre membre. Les réclamations ne pourront pas être intentées contre des non-membres, même avec leur autorisation.

Graham Cook, qui a examiné cette question dans un ouvrage très récent, a observé que, même dans le domaine de l'O.M.C. :

« A State is responsible for all acts or omissions of State organs acting in that capacity. It is not an excuse to assert that one branch of the government was unaware of activities of another branch ». ⁹⁸¹

Jeffrey Waincymer, en revanche, a observé que :

« The primary question is whether there is a question in any responsibility on a national government for sub-national behavior [...] This will determine whether the Member has a liability per se, or only if it has failed to take reasonable measures to ensure sub-national compliance. The Member's obligation is not technically a

⁹⁷⁹ JACKSON, J. H., *Sovereignty, The WTO, and Changing Fundamentals of International Law*, Cambridge University Press, 2006, p. 128.

⁹⁸⁰ *Ibid.*

⁹⁸¹ COOK G., *A Digest of WTO Jurisprudence on Public International Law Concepts and Principles*, Cambridge University Press, June 30, 2015, p. 123.

jurisdictional question, *but rather, a question of the substantive contentment of the obligation as expressed in any covered agreement*». ⁹⁸²

Dans le deuxième chapitre, nous pourrions démontrer que les problèmes relatifs à la responsabilité de l'État pour des actes accomplis par des entreprises publiques ne peuvent pas être considérés comme une simple question de fond. En revanche, il nous semble possible que, dans le domaine de l'O.M.C. nous ayons un problème comparable à celui que nous avons examiné dans la quasi-jurisprudence CIRDI dans laquelle, bien que la majorité des arbitres aient défendu l'idée que la question de l'imputation doit être vue comme une question de fond, il n'en reste pas moins qu'il s'agit d'une problématique ayant également des conséquences sur le plan de l'existence de la compétence matérielle du panel.

Les engagements nationaux peuvent être minés par un comportement discriminatoire infranational. Bien que les réclamations ne puissent être portées que contre les membres, il est nécessaire de déterminer quand les membres doivent être tenus responsables du comportement des autres personnes. Cette section examine la responsabilité des membres à l'égard du comportement des gouvernements infranationaux.

Il est important que les règles juridictionnelles existantes permettent autant de « *couvertures* » que ce qui est concevable selon les notions traditionnelles du droit international. Dans le cas contraire, il existerait de sérieuses différences d'obligations entre les Membres en raison de différences dans la répartition nationale du pouvoir législatif et de la responsabilité entre les niveaux de gouvernement. Cependant, étant donné que les accords de l'O.M.C. sont conclus en tant qu'obligations conventionnelles entre les gouvernements, il est difficile d'identifier un critère permettant de comprendre quels sont les actes pris à un niveau infranational qui pourraient être regardés comme des mesures.

Concernant notre sujet de recherche, il est intéressant de noter que la distinction entre les mesures gouvernementales et non gouvernementales est également floue en ce qui concerne les économies planifiées. Les gouvernements peuvent opérer efficacement par l'intermédiaire de maisons de commerce séparées sur le plan technique qui sont soumises à leur direction et à leur contrôle, mais qui ne sont pas directement soumises aux obligations conventionnelles internationales.

⁹⁸² **WAINCYMEYER, J.**, *WTO Litigation, Procedural Aspects of Formal Dispute Settlement*, Cameron May, International Law and Policy, 2002, p. 125.

Ceci est partiellement couvert par une partie de l'accord visé, y compris l'article XVII de l'Accord général sur les tarifs douaniers de 1994 concernant les entreprises commerciales d'État, l'Accord sur la gestion des marchés publics et les dispositions relatives aux achats.⁹⁸³

Après l'analyse des dispositions qui concernent directement les entreprises publiques dans l'Accord général sur les tarifs douaniers, nous verrons dans ce chapitre les critères que la jurisprudence a identifiés comme facteurs de contrôle. Nous pouvons anticiper que, dans ce domaine également, les panels ont basé leur analyse sur ce que la doctrine appelle un « *faisceau d'indices* » et ont rencontré des problèmes similaires à ceux affrontés par les tribunaux arbitraux du CIRDI.

Dans ce domaine, il n'est toutefois pas facile d'identifier un parallélisme entre le droit d'investissement et le droit du commerce international. La différence est surtout présente dans la formulation différente de la lettre des articles identifiant la compétence dans les deux systèmes.

Si, dans le droit du CIRDI, l'aspect « *qualité d'être État* » ressort clairement de la définition de l'article 25 alinéa (1), en revanche, dans le domaine de l'O.M.C, il n'y pas de référence directe à la compétence.

Toutefois, les panels de l'O.M.C. sont particulièrement attentifs à la question de savoir si l'affaire est couverte ou non par les accords de l'O.M.C. Pour cette raison, savoir si un État peut être perçu comme le véritable défendeur dans une affaire portée devant l'O.M.C. pour des actes accomplis par une entreprise publique, semble n'être pas très différent, du point de vue de l'analyse substantielle conduite par les panels, de la question qui se pose dans la quasi-jurisprudence du CIRDI.

Dans le contentieux de l'O.M.C., bien que nous ne puissions pas parler clairement de l'application d'un test fonctionnel selon l'approche développée par la quasi-jurisprudence *Maffezini* de 2000 ou, au contraire, de l'application directe des règles de droit international comme dans la quasi-jurisprudence *Jan de Nul*, nous ne pouvons pas ignorer que, à plusieurs occasions, les panels de l'O.M.C. ont cherché des indicateurs similaires, tels que la participation publique au capital de l'entreprise ou le pouvoir de nommer les administrateurs.

⁹⁸³ WAINCYMEYER, J., *op. cit.*, p. 123.

§2) Les questions relatives concernant les entreprises publiques examinées dans les décisions rendues par l'O.R.D.

Comme nous l'avons vu dans la partie de notre travail dédiée au droit d'investissement, à travers l'analyse des dispositions par les auteurs, il n'est pas possible d'arriver à une compréhension satisfaisante du traitement des entreprises publiques. En revanche, il est nécessaire d'analyser les décisions rendues sur cette question. Les panels, comme les tribunaux arbitraux, face aux problèmes concrets posés par des dispositions, ont élaboré des critères plus satisfaisants pour savoir si l'État est responsable pour les actes des entreprises publiques et, par conséquent, s'ils sont compétents pour trancher le différend. Nous pouvons anticiper que, comme dans la quasi-jurisprudence de l'arbitrage CIRDI, les tribunaux ont élaboré une série de critères que nous devons examiner singulièrement.

§2.1) Les critères utilisés pour l'identification du véritable défendeur : la participation de l'État au capital social et le pouvoir et le pouvoir de nommer les administrateurs

La question de l'identification des éléments qui peuvent permettre d'identifier une entreprise liée à l'État comme une « *entreprise commerciale d'État* » est un problème assez controversé, comme nous l'avons vu dans l'introduction.

Avant d'analyser les questions dans les décisions de l'O.R.D. nous devons dépenser quelques mots sont nécessaires sur l'analyse proposée par le groupe de travail des entreprises commerciales d'État, à propos de la relation existant entre :

« a) Un service de l'administration ou une entreprise qui appartient en totalité (ou en partie) à l'État ; ou b) un organisme entièrement distinct des pouvoirs publics [...], établi soit pour mettre en œuvre des politiques prescrites par les pouvoirs publics ou des programmes soumis à des contrôles législatifs, soit à des fins commerciales ; cela

comprend des entités qui existent en vertu de lois et sont financées et contrôlées par les producteurs du produit qu'elles sont chargées de commercialiser ». ⁹⁸⁴

Dans son document, le groupe de travail a expliqué que celui-ci devait être lu comme un indicateur et ne pouvait pas représenter une sorte d'interprétation authentique de l'article XVII, et que :

« Il peut exister d'autres relations ou activités pouvant présenter un intérêt pour l'application de l'article XVII. Inversement, aucun des éléments énumérés n'est nécessairement la marque d'une entreprise commerciale d'État, car certaines des relations/activités énumérées pourraient être le fait d'entités qui ne remplissent pas les critères énoncés dans les définitions convenues d'« entreprise commerciale d'État ». 4. Il appartient et il incombe à chaque Membre de déterminer si une entreprise qui est de son ressort correspond aux définitions convenues de l'O.M.C. [...] De même, tout Membre qui a des raisons de croire qu'un autre Membre n'a pas satisfait de manière adéquate à son obligation de notification a le droit de procéder conformément aux dispositions du paragraphe 4 du Mémoire d'accord ». ⁹⁸⁵

Concernant l'élément de la participation étatique au capital de l'entreprise dans l'affaire *États-Unis – Droits antidumping et droits compensateurs définitifs visant certains produits en provenance de Chine* de 2011, ⁹⁸⁶ le panel a cherché à savoir si la présence d'une participation de l'État au capital de l'entreprise pouvait être vue comme un élément décisif pour soutenir que la mesure avait été prise par un organisme public.

Le panel a décrit le problème d'une façon générale en observant que :

« Une même entité peut posséder certaines caractéristiques donnant à penser qu'il s'agit d'un organisme public et d'autres caractéristiques donnant à penser qu'il s'agit d'un organisme privé ». ⁹⁸⁷

⁹⁸⁴ *Groupe de travail des entreprises commerciales d'État, Liste Exemplative Des Relations Entre Pouvoirs Publics Et Entreprises Commerciales d'État Et Des Types d'activités Auxquelles Se Livrent Ces Entreprises, G/STR/4 30 juillet 1999.*

⁹⁸⁵ *Groupe de travail des entreprises commerciales d'État, liste exemplative des relations entre pouvoirs publics et entreprises commerciales d'État et des types d'activités auxquelles se livrent ces entreprises, G/STR/4 30 juillet 1999*

⁹⁸⁶ *États-Unis – Droits antidumping et droits compensateurs définitifs visant certains produits en provenance de Chine, WT/DS379/AB/R, 11 mars 2011.*

⁹⁸⁷ *Ibid.*, para. 318.

À propos de l'existence d'une participation publique au capital social, il a observé que :

*« Par exemple, le simple fait que des pouvoirs publics sont l'actionnaire majoritaire d'une entité ne démontre pas que les pouvoirs publics exercent un contrôle significatif sur le comportement de cette entité »*⁹⁸⁸

Aussi, dans l'affaire plus récente *États-Unis – Mesures compensatoires visant certains produits plats en acier au carbone laminés à chaud en provenance d'Inde* de 2014, le panel a observé que :

« De même, la participation des pouvoirs publics au capital d'une entité, tout en n'étant pas un critère décisif, peut constituer, conjointement avec d'autres éléments, des éléments de preuve ».⁹⁸⁹

Dans le système de l'O.M.C., comme dans les deux systèmes que nous venons de comparer, le pouvoir de nommer les administrateurs a été pris en considération, ce que la jurisprudence a nommé les « *indices formels de contrôle* » comme l'Organe d'appel dans *l'Affaire États-Unis – Mesures compensatoires visant certains produits plats en acier au carbone laminés à chaud en provenance d'Inde* de 2014 l'a bien expliqué :

« L'U.S.D.O.C. a examiné des éléments de preuve qui seraient, à notre avis, considérés de façon plus appropriée comme des éléments de preuve qu'il existait de simples "indices formels de contrôle" tels que la participation des pouvoirs publics indiens au capital de la NMDC et le pouvoir dont ils disposaient pour la désignation ou la présentation des administrateurs ».⁹⁹⁰

Dans ce système également, l'existence de ce pouvoir n'a pas été vue comme un facteur conclusif. En revanche, l'existence des pouvoirs publics a toujours été perçue comme un élément très significatif par la jurisprudence de l'O.M.C..

Un cas très intéressant à ce propos est la décision *Canada – Mesures visant l'importation de lait et l'exportation de produits laitiers* dans laquelle les juges composant l'organe d'appel ont observé que :

⁹⁸⁸ *Ibid.*

⁹⁸⁹ *États-Unis – Mesures compensatoires visant certains produits plats en acier au carbone laminés à chaud en provenance d'Inde*, Ab-2014-7, Rapport de l'organe d'appel, WT/DS436/B/R, 8 Décembre 2014, para. 4.20.

⁹⁹⁰ *États-Unis – Mesures compensatoires visant certains produits plats en acier au carbone laminés à chaud en provenance d'Inde*, AB-2014-7, Rapport de l'Organe d'Appel, WT/DS436/AB/R, 8 décembre 2014, para. 4.54.

*« Le groupe spécial, toutefois, ne s'est pas fondé uniquement sur le fait de la délégation de pouvoirs. [...] Le caractère "gouvernemental" des fonctions des offices provinciaux, ainsi que l'étendue de leur pouvoir réglementaire, est mis en évidence par le fait qu'il est possible de recourir aux tribunaux pour faire appliquer leurs arrêtés et règlements ».*⁹⁹¹

⁹⁹¹ *Canada – Mesures visant l'importation de lait et l'exportation de produits laitiers, WT/DS103/AB/R WT/DS113/AB/R, Rapport de l'Organe d'Appel, 13 octobre 1999, para. 100.* « [...] Ainsi, les pouvoirs des offices provinciaux sont renforcés par les rouages de l'État lui-même, et les offices peuvent recourir à la force publique pour l'exécution de leurs fonctions et décisions réglementaires. Bien que les offices provinciaux aient une grande marge de manœuvre dans l'exercice de leurs pouvoirs, les pouvoirs publics assurent “en dernier ressort le contrôle” de leurs activités. Le Groupe spécial a, par conséquent, conclu à juste titre que les offices provinciaux de commercialisation du lait étaient des “organismes publics” ».

§2.2) *Le moment approprié pour l'identification du « véritable défendeur » dans le contentieux de l'O.M.C.*

Le système de l'O.M.C. n'échappe pas aux problématiques qui se posent dans l'arbitrage des investissements du point de vue de l'identification du véritable défendeur. Le point de départ de notre analyse est l'article 3.3 du *Mémoire d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends*, qui régit le règlement des différends dans le cadre de l'O.M.C.⁹⁹²

La question a été définie par la doctrine comme *ratione materiae*⁹⁹³ et sera par conséquent traitée dans la deuxième partie de cette thèse. Toutefois, nous ne pouvons pas, dans cette partie, ne pas considérer que, bien que nous acceptons cette qualification, par rapport au droit écrit, la notion de mesure est relative uniquement à la compétence *ratione materiae*, mais elle a aussi des conséquences sur la compétence *ratione personae*. Ceci est évident en ce qui concerne les mesures prises par les « *Regional and local government measures* ».

Cette question a été examinée par la doctrine déjà mentionnée qui a observé que :

« *With one exception the DSU itself does not refer specifically to measures taken by regional or local governments. That exception is contained in a footnote to Article 4.2 of the DSU and [...] specifies that where the provisions of any other covered agreement concerning measures taken by regional or local governments or authorities within the territory of a Member contain provisions different from the provisions of this paragraph, the provision of such covered agreement shall prevail* ».⁹⁹⁴

Savoir si une mesure doit être perçue comme gouvernementale ou non n'est facile à trancher par rapport aux entreprises publiques et en particulier par rapport aux économies planifiées.

Comme Graham Cook l'a déjà observé :

⁹⁹² Article 3.3. du *Mémoire d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends*
« 3. Le règlement rapide de toute situation dans laquelle un Membre considère qu'un avantage résultant pour lui directement ou indirectement des accords visés se trouve compromis par *des mesures* prises par un autre Membre est indispensable au bon fonctionnement de l'O.M.C. et à l'existence d'un juste équilibre entre les droits et les obligations des Membres ».

⁹⁹³ PALMETER D., MAVROIDIS C. P., *Dispute Settlement in the World Trade Organization*, Second Edition, Cambridge University Press, p. 24.

⁹⁹⁴ *Ibid.* p. 30.

*« The distinction between governmental and non-governmental measures is also blurred where centrally planned economies are concerned. [...] This is partially addressed by some of the covered agreements including Article VII of GATT 1994 dealing with state trading enterprises, the agreement on Government Procurement dealing with purchasing decisions and the indirect provisions of subsidies as referred to in Article 1 of the Agreement on Subsidies and Countervailing Measures ».*⁹⁹⁵

Pour conclure nos observations sur la compétence d'un panel de l'O.M.C. lorsqu'une entreprise publique est impliquée dans un différend, nous ne pouvons qu'observer que la formulation normative ne met pas le rattachement de l'entreprise publique à l'État contrôlant au centre de l'analyse des panels, mais la nature de la mesure qui a été prise ; ce qui représente une différence assez importante en ce qui concerne la qualification des questions de compétence relatives aux entreprises publiques. Il faut donc admettre que, du point de vue procédural, il existe une différence assez remarquable entre le système du droit des investissements et celui de l'O.M.C. au moins d'un point de vue dogmatique. En revanche, si nous considérons l'analyse qui a été effectuée par les décisions des panels, la question devient plus compliquée. En effet, dans toutes les décisions citées, les panels n'ont pas évité d'examiner, à côté de la nature de la mesure qui a été prise, la question du rattachement de l'entreprise à l'État. Il est assez évident que, pour arriver à cet objectif, ils ont adopté une approche tout à fait similaire à ce qui avait été élaboré par les tribunaux d'investissements. À ce propos, l'analyse qui a été effectuée sur la base du critère dit du « faisceau d'indices » ne semble pas trop loin de l'approche structurelle/fonctionnelle élaborée par le tribunal *Maffezini* et ceux qui l'ont suivi.

§3) Les questions concernant les entreprises publiques relatives à la recevabilité des demandes et la question des dispositions concernant la sécurité nationale

Dans ce paragraphe, nous ferons une analyse assez brève des questions concernant la recevabilité des demandes et la question de la sécurité nationale. Il est assez évident que ces questions ont une pertinence plus significative lorsque les entreprises publiques agissent en qualité de demanderesse, mais il est approprié, à notre avis, de consacrer un bref paragraphe à cette question pour éclaircir les différences au niveau théorique entre les systèmes de l'arbitrage d'investissement et le contentieux de l'O.M.C. Notre intérêt pour cette notion

⁹⁹⁵ COOK G., *op. cit.*, 2015, p. 123 n. 10.

dans le système de l'O.M.C. est plutôt lié à la possibilité que, avec le progressif développement de l'arbitrage d'investissements, il y ait une possibilité majeure de chevauchement entre ces deux systèmes. Dans ce cas, pour le moment seulement concevable à un niveau théorique, la possibilité existe que cette notion joue également un rôle en ce qui concerne les entreprises publiques dans le contentieux de l'O.M.C.

§3.1) La qualité pour agir dans le système de l'O.M.C.

Dans le droit de l'O.M.C. la doctrine, a observé que la jurisprudence avait élaboré une notion très souple de la notion de qualité pour agir.

Dans ce système, nous pouvons également observer les problèmes linguistiques qui opposent la notion d'origine du *common law* du « *locus standi* » et la notion française de qualité pour agir. Nous pouvons affirmer que, dans le droit du commerce international, l'idée que l'intérêt pour agir est un pouvoir abstrait a été acceptée par la jurisprudence et par la doctrine,⁹⁹⁶ qui a affirmé qu'« *il n'existe aucune règle implicite permettant d'imposer aux parties plaignantes de démontrer l'existence d'un "intérêt juridique" ou même d'un "intérêt commercial substantiel" »* pour le dépôt d'une plainte à l'Organe de règlement des différends.⁹⁹⁷

La doctrine qui a examiné cette question a observé que « *l'intérêt à agir et la qualité pour agir sont, dans la perception et dans le vocabulaire juridique anglais, tous deux couverts indistinctement par la notion de "standing" »*. Une confrontation des versions linguistiques le fait apparaître clairement, lorsque l'organe d'appel a clarifié ce qu'il voulait dire à travers le mot « *standing* » : « *the right to bring an action in a dispute* ».

Or, la notion à laquelle correspond cette définition dans la version française est : le « *droit d'engager une procédure dans le cadre d'un différend est la notion de qualité* ».⁹⁹⁸

Nous voyons ainsi que, au moment de la traduction, la notion de *standing* a été ramenée à un seul de ses deux composants dans le langage juridique français et nous ne savons pas si c'est l'Organe d'appel lui-même qui a fait ce choix.

Dans tous les cas, il nous semble que c'est la version anglaise qui représente la véritable opinion du panel. En effet, si nous acceptons que, pour avoir un intérêt pour agir, « *l'intérêt objectif du respect de la légalité* »⁹⁹⁹ et :

« *C'était dire clairement qu'un membre peut introduire une affaire uniquement pour faire établir la situation juridique par le juge. En d'autres termes, tous les membres*

⁹⁹⁶ LUFF D., *op. cit.*, p. 794.

⁹⁹⁷ Communautés Européennes – Régime applicable à l'importation, à la vente et à la distribution des bananes, Rapport de l'Organe d'appel WT/DS27/AB/R, 9 septembre 1997, para. 131.

⁹⁹⁸ Communautés européennes - Régime applicable à l'importation, à la vente et à la distribution des bananes - AB-1997-3 - Rapport de l'Organe d'appel, WT/DS27/AB/R, 26 novembre 2008.

⁹⁹⁹ HAMANN A., *op. cit.*, p. 309.

*ont droit au respect de la légalité internationale commerciale, mais ils ont également droit à agir en justice afin que la légalité soit préservée ou rétablie ».*¹⁰⁰⁰

Nous comprenons bien que la notion de qualité n'aura pas un grand rôle à jouer dans le contentieux de l'O.M.C.

Comme un auteur l'a déjà observé, ceci est la conséquence directe du fait que :

*« La théorie du préjudice juridique n'a finalement pas été retenue par la CDI. Cette dernière a plutôt limité la qualité d'État lésé aux seuls États "atteints spécialement" par la violation du traité multilatéral nécessitant donc l'existence d'un préjudice spécifique et rejetant l'idée voulant que l'existence du simple préjudice juridique soit suffisante ».*¹⁰⁰¹

Dans le droit du commerce international en revanche, nous remarquons que les panels ont élaboré une approche différente. L'auteur qui a examiné cette question est arrivée à la conclusion que :

*« Une actio popularis existe donc en pratique en droit international économique, qui rappellerait à certains égards le préjudice juridique, puisqu'il cesse d'exister avec la cessation de la violation ».*¹⁰⁰²

Si nous comparons cette notion de la qualité pour agir entre le système de l'arbitrage des investissements (Deuxième partie, Chapitre II, §1) et celle que nous venons d'examiner dans le droit de l'O.M.C. il est tout à fait clair que nous ne pouvons pas concevoir une approche plus diverse entre les deux systèmes. Mais cette différence dogmatique n'empêche pas la nécessité d'une comparaison. Si, en effet, une entreprise publique portait plainte devant un tribunal d'investissement pour les mêmes faits et que l'État contrôlant portait plainte pour la même question devant l'O.R.D., l'élaboration théorique de cette notion si générique dans le domaine de l'O.M.C. empêcherait alors le panel de vérifier que les deux différends sont, en réalité, fondés sur les mêmes questions. Nous pourrions douter de l'importance de cette

¹⁰⁰⁰ **HAMANN A.**, *Le contentieux de la mise en conformité dans le règlement des différends de l'O.M.C.*, Brill, 2014, p. 307. La doctrine anglaise a elle-aussi confirmé cette approche : « The term « legal » interest was used in Bananas to mean "economic" interest in the sense of an existing economic interest. However, as noted above, the WTO benefits may be nullified or impaired even without an existing economic interest. This was later confirmed in a later panel Korea Dairy, which held "under the DSU there is no requirement that parties have an economic interest" » **PALMETER D., MAVROIDIS C. P.**, *op. cit.*, p. 33.

¹⁰⁰¹ *Projet d'Article de la Commission du droit internationale sur la responsabilité des Etats*, Documents Officiels De L'assemblée Générale, Cinquante-Sixième Session, Supplément N° 10 (A/56/10), Art. 42 B. Voir aussi **COTE C.**, *op. cit.*, p. 133.

¹⁰⁰² **COTE C.**, *op. cit.*, p. 130.

analyse parce qu'il existe d'autres éléments procéduraux qui peuvent être employés. Cependant, à notre avis, une analyse substantialiste de la qualité pour agir telle qu'élaboré par les arbitres commerciaux et d'investissement serait beaucoup plus efficace. Il reste à vérifier si cette question est restée seulement au niveau théorique ou aura des conséquences sur le plan pratique.

§3.2) *La question de la sécurité nationale dans le contentieux de l'O.M.C.*

Nous avons examiné la question du rapport entre la sécurité nationale dans l'arbitrage des investissements dans la deuxième partie de la thèse (Deuxième Partie, Chapitre II, §3) et nous avons conclu que les tribunaux qui ont examiné la même question de droit – surtout quand les investissements des entreprises publiques peuvent être regardés comme une menace pour la sécurité de l'État hôte de l'investissement – n'ont pas réussi à trouver des conclusions satisfaisantes.

Au contraire, l'impossibilité d'utiliser des règles de droit coutumier comme des outils interprétatifs empêche d'arriver à des conclusions générales en ce qui concerne le droit des investissements. La doctrine qui a déjà examiné cette question a suggéré en effet la possibilité de tirer des analogies avec la discipline de l'O.M.C..¹⁰⁰³

La limite la plus significative de l'application de cette approche a été identifiée par la doctrine, c'est-à-dire que :

*« In the first place, these are general principles that are objectively difficult to apply to the specific subject of investments. Secondly, the lack of a specific discipline in this sense in the reference treaty (TRIMs) makes it difficult to refer to the general discipline for interpretation purposes, as it is supposed to have a merely residual relevance from an interpretation standpoint. Thirdly, GATT agreements relate to the trading of goods and therefore GATT rules – including those that provide for general principles – would apply only indirectly to investments. So, this approach is also controversial ».*¹⁰⁰⁴

En effet, dans ce secteur, les analogies avec les articles spécifiques du GATT comme l'article XXI concernant la protection de la sécurité nationale peuvent être intéressantes à un niveau

¹⁰⁰³ BASSAN, F., *Host States and Sovereign Wealth Funds, between National Security and International Law*, European Business Law Review, 2010, p. 172.

¹⁰⁰⁴ *Ibid.*, p. 173

très abstrait. Certains auteurs ont soutenu en se fondant sur les rapports des organes d'appel que :

« *L'examen de la validité d'une mesure au regard de l'article XX du GATT implique d'abord un examen de sa compatibilité au titre des exceptions spécifiques et ensuite, lorsque cette compatibilité est constatée, un examen de son application au titre de la règle de bonne foi incluse dans le "chapeau".* »¹⁰⁰⁵

La doctrine la plus récente est arrivée à des conclusions tout à fait semblables.¹⁰⁰⁶

Par ailleurs, nous pourrions nous inspirer de l'interprétation des décisions prises sur la base de l'article XVII du GATT. Il est clair que cette approche demande un effort majeur du point de vue de l'imagination, parce que cet article a été rédigé en prenant en considération l'hypothèse selon laquelle l'État est défendeur pour les actions d'une de ses entreprises et, à première vue, il n'a rien à voir avec une situation dans laquelle l'entreprise publique est demanderesse. Si nous prenons en considération le *ratio* de cet article, nous pouvons en revanche imaginer que, à un niveau plus abstrait, il est source de renseignements. Ainsi, une partie de la doctrine a imaginé que l'article XVII du GATT¹⁰⁰⁷ ainsi que les articles 1503 de l'ALENA et l'article 22 de la Charte européenne de l'énergie pouvaient être considérés comme des dispositions normatives représentant ce qui a été appelé « *le proto-droit international de la concurrence* ». ¹⁰⁰⁸

Nous pouvons alors nous demander si, sous le concept de sécurité nationale, nous pourrions également considérer la protection du fonctionnement du marché interne. Dans ce cas en effet, le fait d'admettre la protection des investissements d'entités qui ont une capacité de dépense presque illimitée pourrait effectivement porter atteinte à la libre concurrence dans le marché interne d'un pays. La prévention d'un tel risque pour la liberté souveraine de chaque nation pourrait être considérée comme un but légitime à poursuivre.

D'un certain point de vue, cet argument rappelle *a contrario* ce qui a été avancé par les États-Unis dans l'affaire *Canada – Mesures concernant les exportations de blé* de 2004, affaire dans laquelle le demandeur avait suggéré que l'alinéa b de l'article XVII soit interprété « *in*

¹⁰⁰⁵ LUFF D., *op. cit.*, p. 147.

¹⁰⁰⁶ MATSUSHITA M., SCHOENBAUM T. J., MAVROIDIS P., HAHN M., *The World Trade Organization, Law, Practice, and Policy*, Third Edition, The Oxford International Law Library, 2015, p. 551

¹⁰⁰⁷ NSOUR, M. F. A., *Rethinking the World Trade Order Towards a Better Legal Understanding of the Role of Regionalism in the Multilateral Trade Regime*, Sidestone Press, 2009, p. 150 - 151.

¹⁰⁰⁸ COTE, C., E., *La participation des personnes privées au règlement des différends internationaux économiques : l'élargissement du droit de porter plainte à l'O.M.C.*, Bruylant, p. 359.

a way so as to allow competition with the state trading enterprise in question ». ¹⁰⁰⁹ Il faut observer, en même temps, que cette argumentation a été refusée par le panel. ¹⁰¹⁰

Conclusions

En ce qui concerne la comparaison entre l'arbitrage d'investissements et le contentieux de l'O.M.C., notre analyse est claire sur les questions de compétence et de recevabilité : elle nous démontre que les différences et les ressemblances entre ces deux systèmes peuvent beaucoup changer si nous focalisons notre attention sur les aspects théoriques/dogmatiques ou, au contraire, sur ceux qui ont une pertinence plus pratique. À un niveau plus abstrait, il est évident que la construction des dispositions montre, par conséquent, que de nombreuses questions qui sont analysées en tant que problèmes *rationae personae* dans l'arbitrage d'investissement devraient être qualifiées en tant que problèmes *ratione materiae* dans le contentieux de l'O.M.C. De plus, d'un point de vue théorique, il y a une remarquable différence entre l'arbitrage et le contentieux de l'O.M.C. en ce qui concerne l'élaboration de la qualité pour agir et la question de la sécurité nationale.

Si nous regardons les aspects plus pratiques, nous voyons clairement que ces différences ne sont pas aussi fortes. Il faut en fait admettre que, lorsqu'un panel doit juger si un État peut être partie à l'instance pour les actes d'une entreprise contrôlée par ce dernier, il doit appliquer une notion de faisceau d'indices qui est tout à fait comparable à celle élaborée par les arbitres d'investissements.

Nous pouvons arriver aux mêmes conclusions par rapport à la qualité pour agir et à l'interprétation de la sécurité nationale. Aussi, en ce qui concerne ces deux aspects, il est important d'observer que, même si l'élaboration théorique de ces concepts est assez lointaine, surtout en ce qui concerne la qualité pour agir, il est tout à fait évident que ces interprétations peuvent changer quand, comme il est raisonnable de penser, ces entreprises seront plus souvent devant les tribunaux arbitraux en tant que demandresses et cette circonstance, à côté du développement de l'arbitrage d'investissement, pourra multiplier les

¹⁰⁰⁹ MATSUSHITA M., SCHOENBAUM T. J., MAVROIDIS P., HAHN M., *op. cit.*, p. 246

¹⁰¹⁰ Canada – Mesures concernant les exportations de blé et le traitement des grains importés, WT/DS276/AB/R, Rapport de l'Organe d'appel, 30 août 2004 para. "100. Pour toutes ces raisons, nous sommes d'avis que l'alinéa a) de l'article XVII : 1 du GATT de 1994 énonce une obligation de non-discrimination¹⁰⁶, et que l'alinéa b) clarifie le champ de cette obligation. Nous ne partageons donc pas l'avis des États-Unis selon lequel l'alinéa b) établit des prescriptions distinctes qui sont indépendantes de l'alinéa a)."

situations dans lesquelles nous pourrions envisager une superposition entre l'arbitrage d'investissement et le contentieux de l'O.M.C.

CHAPITRE III – LES ENTREPRISES D’ÉTAT ET LA DÉCISION RENDUE DANS LE CONTENTIEUX DE L’O.M.C.

La question que nous avons examinée dans le domaine du droit d’investissement relative à la chose jugée se pose également dans le domaine du contentieux de l’O.M.C. Dans ce dernier chapitre, nous comparerons le contentieux d’investissement avec celui de l’O.M.C. Dans ce domaine, c’est encore une fois la question de la nature hybride des entreprises publiques qui pose des problèmes, surtout lorsqu’il existe des superpositions entre les instruments qui règlent le droit d’investissement et celui de l’O.M.C.

§1) La question de la chose jugée dans le contentieux de l’O.M.C.

Dans le domaine du contentieux de l’O.M.C, une question similaire à celle que nous avons examinée à propos de la reconstruction de la véritable extension de la chose jugée et sa reconstruction dogmatique s’est présentée. Dans ce paragraphe, nous examinerons avant tout ce sujet à un niveau général puis nous étudierons le problème par rapport aux entreprises publiques.

En termes généraux, il peut être difficile pour les membres des panels de l’O.M.C. de décider quelle version du principe appliquer. En effet, les différences entre les résultats d’application des différents modèles ne sont pas insignifiantes, et les tribunaux de l’O.M.C. peuvent difficilement justifier de manière convaincante leur préférence pour un modèle plutôt que pour un autre.

En ce sens, le problème que nous examinons dans le domaine de l’O.M.C. est exactement le même que celui que nous avons analysé dans le domaine de l’investissement et de l’arbitrage commercial.

Il ne fait aucun doute que le même problème se pose dans le domaine de l’O.M.C. parce qu’il y a une forte pression sur les membres des panels pour qu’ils ne s’éloignent pas de la « *black letter* » des accords plutôt que la liberté implicitement accordée aux arbitres dans le domaine de l’arbitrage d’investissement CIRDI qui, étant donné l’ouverture de l’article 42 de la Convention du CIRDI jouissent d’une plus grande liberté pour décider des principes généraux qui pourraient être adoptés pour trancher l’affaire.

Il est tout à fait évident que les arbitres qui tranchent des disputes en dehors de la Convention CIRDI sur des instruments *ad hoc* jouissent d’une liberté encore plus large, impensable dans le domaine de l’O.M.C.

À ce propos, la doctrine plus récente a observé que:

*« As a result, it appears that WTO tribunals would not apply res judicata, since such an application requires a far-reaching decision as to which version of the principle is applicable ».*¹⁰¹¹

*«As a technical matter, it is unlikely that the principle of res judicata would be applied by a WTO Panel/Appellate body, [...]. Even in that case, one might expect a Panel to simply rely on notions of finality or precedent to dispose of the case. [...] Even though the same parties would be involved, the underlying issue would be different – in one case, a WTO violation would be claimed. [...] Hence, it seems unlikely that the conditions for res judicata would ever arise».*¹⁰¹²

La question s'est posée dans une des affaires décidées par le groupe spécial :

*« Compte tenu de ce qui précède, le groupe spécial conclut en outre que la question qui lui est soumise dans la présente procédure n'est pas la même que celle qui a été tranchée dans l'affaire Inde – Restrictions quantitatives. C'est pourquoi le groupe spécial estime que le principe de la chose jugée ne pourrait pas s'appliquer aux faits en l'espèce. Il ne se prononce pas sur le point de savoir si ce principe pourrait éventuellement s'appliquer au règlement des différends dans le cadre de l'O.M.C.»*¹⁰¹³

En termes plus généraux, en ce qui concerne la possibilité d'appliquer le principe de l'« estoppel » dans son acception plus générale dans le domaine de l'O.M.C., un auteur a observé que :

¹⁰¹¹ NGUYEN S. T., «The applicability of Res Judicata and Lis Pendens in World Trade Organization dispute settlement», *Bond Law Review*, p. 149.

¹⁰¹² HORN H., MAVROIDIS P.C., *The WTO Case Law of 2006 – 7*, Cambridge University Press 2009, p. 15.

¹⁰¹³ *Inde – Mesures Concernant Le Secteur Automobile Rapport Du Groupe Spécial WT/DS146/R WT/DS175/R* 21 Décembre 2001, para. 7.103.

« *Recognizing a well-established general principle of customary international law in the exercise of inherent jurisdiction would involve no infringement of Article 3.2 or 19.2. If anything, the Panel abdicated its judicial function in failing to do so* ». ¹⁰¹⁴

Dans ce système, où seuls les États peuvent être partie à une instance, deux demandes présentant le même objet, la même cause et surtout les mêmes parties ne sont pas vraiment imaginables. En effet, même si la demande est directe dans une première phase contre l'État lui-même pour les actes accomplis par une entreprise publique et dans une seconde contre l'État en qualifiant la demande d'une façon différente, il serait tout à fait impossible que les trois éléments soient les mêmes. Il est raisonnable de présumer que, si l'article sur lequel le demandeur porte plainte est le même que celui du demandeur, l'objet de la requête est différent, ou l'inverse. Par conséquent, le risque de demande « *abusives* » n'existe pas.

Pour développer un parallélisme, il faut donc poser l'hypothèse selon laquelle une demande a été portée soit devant l'Organe de règlement des différends, soit devant un autre forum. Ceci pourrait être le cas quand le demandeur a déjà porté plainte contre l'entreprise publique dans un autre forum et demande ensuite à son gouvernement de porter plainte contre l'État contrôlant sur la base d'une violation des accords qui composent le système de l'O.M.C..

Dans une hypothèse de ce type, il est difficile d'imaginer que le défendeur puisse demander l'application du principe de la *res judicata* comme un moyen efficace pour prévenir une duplication de l'affaire. Cette conclusion est assez facile à déduire si nous considérons l'approche restrictive à l'application des principes ou des règles qui ne sont pas expressément inclus dans l'article 3.2 du *Mémoire d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends*. ¹⁰¹⁵ Par conséquent, il est difficile d'imaginer que l'effet négatif de l'autorité de la chose jugée puisse être appliqué sans se baser sur une vision très large de cette règle, une hypothèse qui marque la différence entre ce système et celui de l'arbitrage.

¹⁰¹⁴ MITCHELL A. D., *op. cit.*, p. 133.

¹⁰¹⁵ *Mémoire d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends*, article 2.3. « Le système de règlement des différends de l'O.M.C. est un élément essentiel pour assurer la sécurité et la prévisibilité du système commercial multilatéral. Les Membres reconnaissent qu'il a pour objet de préserver les droits et les obligations résultant pour les Membres des accords visés, et de clarifier les dispositions existantes de ces accords conformément aux règles coutumières d'interprétation du droit international public. Les recommandations et décisions de l'O.R.D. ne peuvent pas accroître ou diminuer les droits et obligations énoncés dans les accords visés ».

§2) Les questions liées à l'exécution dans le contentieux du commerce international

Selon les règles établies à l'O.M.C., la partie perdante est tenue de mettre en œuvre les décisions ou recommandations du panel. La mise en conformité des mesures des États parties de l'O.M.C. est soumise à un contrôle et à l'exécution sous la forme d'une suspension par la partie dominante de ses concessions dans le cadre de l'O.M.C. ou à d'autres obligations envers la partie défenderesse.

Dans le domaine de l'O.M.C., l'exécution d'un *report* est tout à fait différente par rapport au contentieux international général et au contentieux d'investissement. À ce propos, comme Mitsuo Matsushita et Petros Mavroidis l'ont observé :

*« Pursuant to DSU Article 21.3, « losing » members have to inform the DSB of their intention in respect of implementation of the recommendations and rulings of the DSB. Pursuant to DSU Articles 21.1 and 3.7, a « losing party » must promptly bring its measures into compliance with its WTO obligations – not less, no more. In contrast to the general law of State responsibility, no compensation is due, that is WTO law does not establish the obligation to undo the economic consequences of internationally wrongful act that is the breach of the WTO agreement ».*¹⁰¹⁶

Les contremesures doivent avoir une portée équivalente au niveau de l'annulation des avantages accordés à l'O.M.C. par la partie plaignante du fait de la mesure prise par la partie défenderesse. Cela peut être mis en contraste avec l'arbitrage d'un État investisseur dans lequel les réclamations sont généralement fondées sur la prétendue violation d'un traité d'investissement.

La mise en œuvre des accords de l'O.M.C. visés ne peut être imposée que conformément aux procédures d'application du *Mémoire d'accord sur le règlement des différends*. Les mécanismes de recours et d'exécution dans l'arbitrage des traités d'investissement et le règlement des différends de l'O.M.C. sont fondamentalement différents, à la fois en termes de fondements conceptuels et d'application pratique. Premièrement, le recours disponible en matière d'arbitrage d'investissement, à savoir la réparation, est de nature rétrospective et la forme de réparation la plus fréquemment recherchée est la compensation monétaire.

¹⁰¹⁶ MATSUSHITA M., SCHOENBAUM T. J., MAVROIDIS P., HAHN M., *The World [...]*, op. cit., p. 112.

En revanche, les suspensions des concessions dans le cadre de l'O.M.C. sont des ajustements temporaires des relations commerciales qui ne comportent pas de paiements pécuniaires. Cela s'explique par le fait que les parties impliquées dans l'arbitrage d'investissement sont des acteurs privés (entités ou individus) ou contrôlés par un État d'un côté et des États de l'autre, tandis que le règlement des différends de l'O.M.C. est exclusivement entre États.

Dans l'arbitrage d'investissement, les tribunaux nationaux sont chargés de l'exécution des décisions arbitrales tandis que le différend sur le règlement des différends de l'O.M.C. prévoit son propre mécanisme d'exécution. Le respect des règles de l'O.M.C. est contrôlé et rendu public par l'Organe de règlement des différends alors qu'aucun mécanisme de surveillance institutionnalisé de ce type n'existe en ce qui concerne l'octroi des traités d'investissement. De plus, les contremesures de l'O.M.C. ne ciblent pas l'actif de l'État défendeur et n'entraînent donc pas la question de l'immunité souveraine, contrairement à l'exécution des traités d'investissement. Ces différences concernent des domaines dans lesquels les deux systèmes d'application peuvent se croiser. À titre d'exemple, les contremesures de l'O.M.C. peuvent avoir des répercussions sur les traités d'investissement.

Cela peut être illustré par le scénario hypothétique suivant : le pays A l'emporte dans un différend O.M.C. contre le pays B et met en œuvre contre celui-ci une rétorsion croisée dûment autorisée sous forme de majoration tarifaire des fruits produits dans le pays B. Les pays A et B ont un traité bilatéral d'investissement en place.

Il est concevable que dans ces circonstances, les producteurs réclament au pays A des violations du traité bilatéral d'investissement telles que l'expropriation indirecte illégale et le refus d'accorder le traitement préférentiel et qui pourrait recourir à l'arbitrage international pour recouvrer les pertes subies. Le fait que les mesures de rétorsion soient conformes à l'accord de l'O.M.C. ne suspend pas automatiquement le pays A de ses responsabilités en vertu du traité bilatéral d'investissement. Les États peuvent donc vouloir prendre en compte leurs traités d'investissement pour décider de quelle façon structurer les contremesures en vertu du *Mémoire d'accord sur le règlement des différends* et, de la même façon, les entreprises touchées par les contremesures de l'O.M.C.

De plus, l'expérience avec les deux systèmes peut être une source d'inspiration quant aux réformes possibles. Par exemple, la surveillance institutionnalisée de la mise en œuvre des décisions de pourrait avoir contribué aux bons résultats de l'O.M.C. en matière d'efficacité de ses décisions.

Il n'existe pas de système institutionnalisé de ce type en ce qui concerne le respect des conventions d'investissement. Nous pourrions envisager l'utilité d'ajouter ce contrôle aux tâches de l'institution arbitrale concernée.

Par exemple, le Règlement d'arbitrage du CIRDI pourrait prévoir que l'une ou l'autre des parties au différend puisse informer le CIRDI du statut de la mise en œuvre de la décision et que son secrétariat soit tenu de publier cette information sur son site web et de transmettre au conseil d'administration du CIRDI les présidents du conseil : le président de la Banque mondiale et le personnel responsable de la région. S'il est vrai que des pays tels que l'Argentine n'ont pas été inquiétés par la publication de leur non-respect du traité d'investissement, la création d'une plate-forme institutionnelle pour le contrôle du respect des traités d'investissement pourrait renforcer les impacts de la non-conformité.

Enfin, comme l'ont observé Petr Polášek et Sylvia Tordova :

*« On pourrait envisager des réformes plus radicales visant à interconnecter les deux systèmes, par exemple autoriser les membres de l'O.M.C. à exercer des représailles contre un membre qui n'a pas honoré un traité d'investissement, jusqu'à concurrence du montant restant dû ; il est cependant peu probable que ces réformes recueillent le soutien politique nécessaire pour modifier les traités pertinents ».*¹⁰¹⁷

En conclusion, malgré les différences fondamentales entre l'application dans les contextes de et des traités d'investissement, les deux systèmes d'application peuvent se croiser et fournir une source d'inspiration. Dans tous les cas, le système d'exécution des décisions des *Panel Reports* laisse peu de place à une action contre une entreprise publique. Les entreprises publiques, pénalisées par les mesures prises par l'O.M.C., pourraient, compte tenu de leur capacité à accéder à un arbitrage CIRDI, être parmi les sujets pouvant bénéficier de ce système pour se protéger des contre-mesures prises par un autre membre de l'O.M.C..

Une question posant un parallélisme entre le droit d'investissement et celui du commerce international peut être trouvée dans le rapport particulier existant entre la nature publique de la responsabilité de l'État qui ressort d'un traité et la nature de la responsabilité publique de la responsabilité de son entreprise de droit privé. En ce qui concerne son côté passif, le devoir d'exécuter la décision rendue contre lui est de la même nature. Nous comprenons bien que,

¹⁰¹⁷ POLÁŠEK P., TONOVA S T., «Enforcement against States: Investment Arbitration and WTO Litigation», in JORGE HUERTA-GOLDMAN J. H., ANTOINE ROMANETTI A., AND FRANZ X. STIRNIMANN, F. X., *WTO Litigation, Investment Arbitration, and Commercial Arbitration*, Kluwer Law International p. 385.

dans ce cas également, le système d'exécution des obligations du système de l'O.M.C. laisse peu de marge pour une comparaison avec l'arbitrage d'investissements.

CONCLUSIONS

Nous voici donc à la fin de notre analyse sur les entreprises publiques dans le domaine du contentieux international à caractère économique. C'est le moment de tirer des conclusions sur la nature de ces entités et, plus généralement, sur les conséquences systématiques de cette étude sur la nature de l'arbitrage international des investissements tout comme sur le contentieux en matière d'arbitrage commerciale et de l'O.M.C. Mais les aspects les plus intéressants sont probablement les éléments que l'on nous pouvons déduire au niveau général à travers l'utilisation de cet outil interprétatif représenté par les entreprises publiques. Comme nous l'avons anticipé dans l'introduction, il est effectivement possible à travers cet outil de donner quelques déductions de caractère systémique qui représentent le but le plus ambitieux de notre thèse. Partons du traitement des entreprises publiques.

Nous l'avons étudié aussi bien sur le plan empirique que dans la phase du procès qui concerne l'individuation des parties du différend, soit au sujet des questions liées à la recevabilité des demandes, soit, dans la troisième partie, au sujet de l'exécution de la décision arbitrale.

Il est évident que l'étude des traités dans la première partie suggère qu'il y a une évolution vers une tutelle majeure des investisseurs publics par rapport aux instruments de la première génération.

La possibilité envisagée par de nombreux traités s'inspirant des modèles appelés par la doctrine américaine « *NAFTA - plus models* » couvre aussi l'État lui-même en tant qu'investisseur.

Ce développement peut suggérer que, à un certain niveau, les rédacteurs sont prêts à accepter l'idée selon laquelle le droit des investissements peut également régler les questions interétatiques qui, même si elles restent exclues de la compétence du CIRDI, représentent un rapprochement au niveau de la fonction jouée par le droit international général par excellence.

Au sujet des entreprises publiques, leur caractère hybride, à plusieurs occasions, a mis la doctrine en difficulté. En effet, elle est systématiquement tiraillée, d'une part, par le respect de leur personnalité morale distincte, d'autre part, par l'exigence de donner la juste importance au principe opposé de l'unité de l'État, afin d'éviter que ce dernier n'échappe à ses responsabilités.

Cette question n'est pas uniquement évidente dans le domaine du contentieux international : elle l'est également à travers l'analyse de l'individualisation de régimes spéciaux de responsabilité de l'État, comme celui qui est prévu par l'article 22 de la *Charte européenne de l'énergie* et par l'article 1503 de l'*Accord de libre-échange nord-américain*.

Dans le droit du commerce international, en particulier dans l'article XVII de l'Accord général sur les tarifs douaniers, mais aussi dans d'autres prévisions, nous pouvons observer l'effort des rédacteurs pour envisager un système qui ne permette pas aux États d'échapper à leur obligation en déléguant des pouvoirs à des entreprises ayant une personnalité morale distincte.

L'élément le plus frappant de notre analyse est que la décision d'élargir le champ d'application du domaine de la responsabilité de l'État, y compris hors du périmètre prévu par le *Project d'article sur la responsabilité de l'État*, peut suggérer que, dans le droit international de l'économie, *in statu nascendi*, nous pouvons envisager une sorte de « *global competition law* ».

L'étude de la jurisprudence arbitrale confirme l'existence d'une tendance favorable aux entreprises publiques.

Quand les sociétés de l'État sont des investisseurs, il est tout à fait évident que les tribunaux arbitraux leur permettent d'agir en tant que demanderesse. D'un autre côté, les tribunaux d'investissement, en appliquant les règles sur la responsabilité d'un État selon l'interprétation stricte donnée par la Cour internationale de justice, ont permis à de nombreuses occasions de protéger un État des conséquences des actions de ses entreprises.

Au-delà de cette observation préliminaire, l'étude de l'application de l'article 25 alinéa (1) de la Convention CIRDI et l'utilisation massive des règles sur la responsabilité de l'État telles qu'elles sont codifiées dans le *Projet d'article de la Commission internationale sur la responsabilité des États*, démontrent que, depuis la décision *Maffezini*, le droit d'investissement s'est rapproché du droit international général.

Il est tout à fait évident que le droit d'investissement est un sous-système qui, s'il est vraiment dans l'orbite du droit international général public, est en pleine évolution. Si, comme nous l'avons vu dans la première partie sur l'individuation des parties au procès, le droit d'investissement s'inspire du droit international public, il est tout à fait évident en revanche qu'en ce qui concerne les questions liées à la recevabilité des demandes d'un côté

et à la question de l'étendue de la chose jugée de l'autre, il existe de nombreuses raisons pour soutenir la thèse de la nature hybride de l'arbitrage d'investissement.

Il est évident que, dans le déroulement pratique de la procédure arbitrale, à côté de la grande « *transparence* » soulignée par certains auteurs, l'arbitrage d'investissement reste avant tout un système d'arbitrage qui applique certaines règles de droit international public mais d'une façon peu satisfaisante et contradictoire.

En ce qui concerne la question de la chose jugée, le succès de la doctrine du collatéral estoppel démontre encore une fois une approche extrêmement pragmatique qui n'a rien à voir avec l'approche qui s'est consolidée dans la jurisprudence de la Cour internationale de justice.

Pour ce qui est de la comparaison avec le droit du commerce international, il existe probablement des différences assez significatives, mais aussi des similitudes qui donnent l'idée de significativité et de l'utilité d'utiliser les entreprises publiques en tant que paradigme.

Dans les deux systèmes, il existe une tension entre la recherche par la jurisprudence d'un moyen pour appliquer le droit international général et la nature économique des différends, qui pose à chaque fois des problèmes tout à fait particuliers. L'élément le plus intéressant est certainement le rapport difficile entre la phase des exceptions préliminaires et le fond.

Dans les deux systèmes, nous ne pouvons pas ignorer la nécessité de savoir si les organes judiciaires ont le pouvoir de trancher le fond de l'affaire ou non. À ce sujet, la tension est évidente entre la nécessité de respecter l'article 25 alinéa (1), qui prévoit la qualité d'être État, et l'interprétation des dispositions relatives à l'imputation que la doctrine majoritaire voit comme des questions de fond.

Nous avons vu que, dans la jurisprudence du CIRDI en particulier, une évolution favorable considère la question de l'imputation comme une question préliminaire afin de combler une lacune : la possibilité de démontrer que le défendeur est en effet l'État, même s'il agit sous le manteau d'une entreprise publique.

Dans le droit de l'O.M.C., nous observons presque le même effort, c'est-à-dire que les panels ont essayé de vérifier à un niveau préliminaire s'il était possible de considérer les actes d'une entreprise publique comme des actes d'État.

Même dans ce domaine, nous constatons que le principe selon lequel un tribunal doit juger *motu proprio* de sa compétence a porté les tribunaux à accepter que la question de l'imputation doive être également appréciée comme une question de compétence, même si elle a un lien avec le fond de l'affaire.

Dans la recherche du respect de ce principe, le caractère des organismes de droit international et, en même temps, la tension existant entre le devoir de respecter ce principe sont très clairs, en lien avec l'approche de self-restraint dominante dans les organes juges de droit international et l'exigence d'éviter de respecter le principe de non-liquet.

Sur un plan plus général, il est intéressant d'observer la relation entre ces deux systèmes. Chacun à travers son paradigme fondamental – respectivement la protection des droits de l'investisseur et la protection du fonctionnement du marché mondial – a des dispositions concernant les entreprises publiques qui peuvent être considérées comme une forme embryonnaire du droit de la concurrence mondiale. Malgré ces petits développements visibles, dans le Traité sur la Charte de l'énergie et dans l'article XVII de l'Accord général sur les tarifs douaniers, nous ne pouvons soutenir ni les dispositions normatives, ni les décisions des arbitres ou de l'Organe de règlement des différends qui ont déjà élaboré un système aussi raffiné.

À travers les termes de la récente affaire *Mesa Power Group, LLC v. Government of Canada*¹⁰¹⁸ selon lequel « *accordingly, nothing in the WTO Panel and Appellate Body's characterization of OPA, IESO and Hydro One as public bodies under the General Agreement on Tariffs and Trade ("GATT") and SCM Agreement changes the Tribunal's conclusion with respect to these entities* », ¹⁰¹⁹ nous voyons très clairement qu'il n'est pas vraiment possible de parler d'un droit de l'économie unitaire au niveau général.

Cette approche, même à un niveau très abstrait, peut être confirmée à travers la lecture du récent arrêt *Pérou – Additional Duty On Imports Of Certain Agricultural Products*.¹⁰²⁰

Nous ne pouvons pas demander aux arbitres et aux membres de l'organe d'appel de l'O.M.C. une prise de position plus nette sur l'absence d'une *cross - fertilization* entre ces deux systèmes. La recherche d'une approche unitaire à la notion d'entreprise publique reste

¹⁰¹⁸ *Mesa Power Group, LLC v. Government of Canada*, UNCITRAL, PCA Case No. 2012-17, Award 24 March 2016.

¹⁰¹⁹ *Ibid.*, para. 347.

¹⁰²⁰ *Peru – Additional Duty On Imports Of Certain Agricultural Products*, AB-2015-3 Report of the Appellate Body WT/DS457/AB/R, 20 July 2015

aujourd'hui encore un effort essentiellement doctrinaire, qui ne réussit pas forcément de façon satisfaisante. Nous avons vu, à travers l'examen des différents aspects du procès, que leur nature hybride échappe à la capacité des rédacteurs des traités et reste sans solutions, y compris au niveau jurisprudentiel.

Il est évident – que ce soit une question de compétence ou une question de recevabilité ou de fond – que la nature hybride des entreprises publiques pose toujours des difficultés aux membres des organes judiciaires.

L'analyse de la jurisprudence a démontré toutes les limites dans la recherche de réponses aux problèmes posés par les entreprises publiques à travers les dogmes classiques du droit, toujours difficiles à respecter quand il s'agit de gérer des sujets qui, par leur nature, ne sont pas aisément classifiables et peuvent être analysés à travers les règles des rapports existant entre des sujets de droit public ou à travers l'application d'un droit développé pour régler les rapports entre des sujets privés. Nous pourrions conclure, avec un jeu de mots, que le fait de réglementer les sujets de nature hybride nécessite une approche hybride.

BIBLIOGRAPHIE

Ouvrages généraux :

ABI-SAAB, G., *Les Exceptions Préliminaires dans la Procédure de la Cour Internationale*, Paris, A. Pedone, 1967.

AMADIO, M., *Le Contentieux International de l'investissement privé*, Paris, Libraire Générale de Droit et de Jurisprudence, 1967.

AMERASINGHE, C. F., *Jurisdiction of Specific International Tribunals*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2009.

APPLETON, E., PLUMMER, M. G., *The World Trade Organization: Legal, Economic and Political Analysis*, New York, Springer US, 2005.

BALTAG, C., *The Energy Charter Treaty, The Notion of Investor*, Alphen aan den Rijn, Wolters Kluwer, 2012.

BANTEKAS, I., *An Introduction to International Arbitration*, Cambridge, Cambridge University Press, 2015.

BASSAN, F., *Research Handbook on Sovereign Wealth Funds and International Investment Law*, Glos, Edward Elgar Publishing Limited, 2015.

BASSAN, F., *The Law of Sovereign Wealth Funds*, Cheltenham, Edward Elgar Publisher, 2011.

BILLET, J., *International Investment Arbitration, A Practical Handbook*, Antwerp, Maklu, 2016.

BLACKABY, N., PARTASIDES, C., REDFERN, A., AND MARTIN HUNTER, M., *Redfern and Hunter on International Arbitration*, Oxford, Oxford University Press, 2017.

BLACKABY, N., PARTASIDES, C., REDFERN, A., HUNTER, M., *Redfern and Hunter on International Arbitration*, Fifth Edition, Oxford, Oxford University Press, 2009.

BREAKOULAKIS, S. L., *Third Parties in International Commercial Arbitration*, New York, Oxford University Press, 2010.

BROWN, C., *A Common Law of International Adjudication*, New York, Oxford University Press, 2009.

BROWN, C., *Commentaries on Selected Model Investment Treaties*, Oxford, Oxford University Press, 2013.

BROWNLIE, I., *Principles of International Law*, Sixth Edition, New York, Oxford University Press 2003.

BROWNLIE, I., *System of the Law of Nations, State Responsibility*, part. 1, Oxford, Clarendon Press, 1983.

CAMERON, P. D., *International Energy Investment Law*, Oxford, Oxford University Press, 2010

CANAL-FORGUES, E., *Le règlement des différends à l'O.M.C.*, Bruxelles, Bruylant, 2e édition, 2004.

CHAEVA, N., *Les exceptions préliminaires dans l'arbitrage sur le fondement des traités de promotion et de protection des investissements*, Thèse Soutenue le 5 décembre 2014.

CHANG, Y., *The Interpretation of Treaties by Judicial Tribunals*, London, Columbia University Press, 1933.

CHENG, B., *General Principles of Law as applied by International Courts and Tribunals*, London, Stevens and Sons Limited, 1953.

COMMONS, J. R., *The Legal Foundation of Capitalism*, New York, The Macmillan Company 1924.

COOK, G., *A Digest of WTO Jurisprudence on Public International Law Concepts and Principles*, Cambridge, Cambridge University Press, 2015.

CORTEN, O., KLEIN, P., *Les Conventions de Vienne sur le Droits des Traités*, Bruylant, Bruxelles, 2006.

COTE, C., E., *La participation des personnes privées au règlement des différends internationaux économiques : l'élargissement du droit de porter plainte à l'O.M.C.*, Bruxelles, Bruylant, 2007.

- CRAWFORD, J.**, *Brownlie's Principles of Public International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2012.
- CRAWFORD, J.**, *Brownlie's Principles of Public International Law*, 8th edition, Oxford, Oxford University Press, 2008.
- CRAWFORD, J.**, *State Responsibility, The General Part*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013.
- DAOUDI, R.**, *La représentation en droit international public*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1980.
- DAVEY, W. J.**, *Enforcing world trade rules: essays on WTO dispute settlement and GATT obligations*, London, Cameron May, 2006.
- DE BRABANDERE, E.**, *Investment Treaty Arbitration as Public International Law, Procedural Aspects and Implications*, Cambridge, Cambridge University Press, 2014.
- DEBBASCH C., COLIN, F.**, *Droit Administratif*, Paris, 11^e édition, Economica, 2014.
- DEL VECCHIO, A.**, *Le Parti nel Processo Internazionale*, Milano, Giuffré, 1975.
- DELACOUR, C. B.**, *Les fonds souverains*, Eyrolles, Les Echos, Paris, 2009.
- DELLAPENNA, J.**, *Suing Foreign Governments and Their Corporations*, Ardsley, Transnational Publisher, 2002.
- DIALLO, O.**, *Le consentement des parties à l'arbitrage international*, Paris, Presses Universitaires de France, 2010.
- DICKINSON, A., et LINDSAY, R.**, *State Immunity*, New York, Oxford University Press, 2004.
- DJEFFAL, C.**, *Static and Evolutive Treaty Interpretation*, Cambridge, Cambridge University Press, 2016.
- DOLZER, R. and SCHREUER, C.**, *Principles of International Investment Law, Second Edition*, Croydon, Oxford University Press, 2012.
- DOLZER, R., STEVENS, M.**, *Bilateral Investment Treaties*, The Hague, Martinus Nijhoff, 1995.
- DORR, O., SCHMALENBACH, K.**, *Vienna Convention on the Law of Treaties, A commentary, Second Edition*, Heidelberg, Springer, 2018.
- DOUGLAS, Z.**, *The international law of investment claims*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009.
- ESCARCENA, S. L.**, *Indirect expropriation in International Law*, Cheltenham, Edward Elgar Publishings, 2014.
- FOX, H.**, *The Law of State Immunity*, New York, Oxford University Press, 2008.
- GAILLARD, E.**, *Legal Theory of International Arbitration*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, Boston, 2010.
- GALLAGHER, N., W. SHAN W.**, *Chinese Investment Treaties*, Oxford, Oxford University Press, 2009.
- GARDINER, R.**, *Treaty Interpretation*, Oxford, Oxford University Press, 2008.
- GARSONNET et BRU C.**, *Traité théorique et pratique de procédure civile*, troisième édition, Paris, 1898, Tome I.
- GAZZINI, T.**, *Interpretation of International Investment Treaties*, Oxford and Portland, Hart Publishing, 2016.
- GROSSEN, J.**, *Les Présomption en Droit International*, Neuchâtel, Delachaux et Niestlé, 1954.
- HAMANN, A.**, *Le contentieux de la mise en conformité dans le règlement des différends de l'O.M.C.*, Leiden et Boston, Brill, 2014.
- HANOTIAU, B.**, *Complex Arbitration Multiparty, Multicontract, Multi-issue and Class Actions*, The Hague, Kluwer, 2006.

- HIGGINS R.**, *Problems and Process, International Law and How we use it*, Oxford, Clarendon Press, 1994.
- HORN H., MAVROIDIS P.C.**, *The WTO Case Law of 2006–7*, Cambridge, Cambridge University Press 2009.
- ICSID.**, *History of the Convention: documents Concerning the Origin and the Formulation of the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States*, Washington DC: ICSID, 1968.
- ISLAM, M. R.**, *International Trade Law of the WTO*, Oxford, Oxford University Press, 2006.
- JACKSON, J. H.**, *Legal Problems of International Economic Relations, Cases, Materials and Text*, St. Paul, Minn, West Publishing Co, 1977.
- JACKSON, J. H.**, *Sovereignty, The WTO, and Changing Fundamentals of International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006.
- JACOBS, Q.C., MASTERS, L.S., STANLEY, Q.C.**, *Liability Insurance In International Arbitration*, Portland, Hart Publishing, 2011.
- JESSUP, P.**, *Transnational Law*, New Haven, Yale University Press, 1956.
- KEEFE, R., TAMS, C. J.**, *The United Nations Convention on Jurisdictional Immunity of States and their property*, a Commentary, Oxford, Oxford University Press, 2013.
- KIOS, H. E.**, *Applicable Law in Investor State Arbitration*, Oxford, Oxford University Press, 2013.
- KOLB, R.**, *La Cour internationale de Justice*, Paris, A. Pedone, 2013.
- KULICK, A.**, *Global Public Interest in International Investment Law*, New York, Cambridge University Press, 2012.
- LANDRY, P. F.**, *Decentralized Authoritarianism in China: the Communist Party's control of local elites in the post-Mao era*, New York, Cambridge University Press, 2008.
- LESAFFRE, H.**, *Le règlement des différends au sein de l'O.M.C. et le Droit de la Responsabilité*, Paris, L.G.D.J., 2007.
- LOUKAS A., MISTELIS & STAVROS L. BREKOULAKIS**, *Arbitrability*, Alphen aan den Rijn, Wolters Kluwer Arbitration, 2009.
- LOWENFELD, A. F.**, *International Economic Law*, 2nd ed., Oxford, Oxford University Press, 2008.
- LUFF, D.**, *Le Droit de l'Organisation Mondiale du Commerce*, Ed. Bruylant L.G.D.J., Bruxelles 2004.
- MABROUK, M.**, *Les exceptions de procédure devant les Juridictions Internationales*, Paris, Libraire générale de Droit et de Jurisprudence, 1966.
- MALINVERNI, G.**, *Le règlement des différends dans les organisations internationales économiques*, Leiden, Sijthoff, 1974.
- MAREK, K.**, *A Digest of the Decisions of the International Court*, La Haye, Martinus Nijhoff, 1957.
- MARESCA, A.**, *Il Diritto dei Trattati*, Milano, Giuffré, 1971.
- MARTIN, A.**, *L'estoppel en Droit International Public*, Paris, Pedone, 1979.
- MATSUSHITA, M., SCHOENBAUM, T. J., MAVROIDIS, P., HAHN, M.**, *The World Trade Organization, Law, Practice, and Policy*, Third Edition, The Oxford International Law Library, 2015.
- MAVROIDIS, P.C.**, *The Regulation of International Trade*, Volume 1, Cambridge, The MIT Press, 2016.
- MCCORRISON, S., MACLAREN, D.**, *State Trading, the WTO and GATT Article XVII*, Oxford, Blackwell Publisher Ltd 2002.

- McMAHON, J.**, *The WTO Agreement on Agriculture*, A commentary, Oxford University Press, 2006.
- MERKOURIS, P.**, *Article 31 (3) (c) VCLT and the Principle of Systemic Integration*, Leiden, Normative Shadows in Plato's Cave, Brill, 2015.
- MITCHELL, A. D.**, *Legal Principles in WTO Disputes*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008.
- MONTT, S.**, *State Liability in Investment Treaty Arbitration*, Oxford and Portland, Hart Publishing, 2009.
- MOURI, A.**, *The International Law of Expropriation as Reflected in the Work of the Iran-U.S. Claims Tribunal*, Leiden, Martinus Nijhoff, 1994.
- MUCHLINSKI, P. T.**, *Multinational Enterprises & the Law*, Oxford, Oxford International Law Library, 2007.
- MUNIN, N.**, *Legal Guide to GATTs*, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2010.
- NIKIEMA, S. H.**, *L'expropriation indirecte en droit international des investissements*, Seconde Edition, Genève, Graduate Institute Publications, 2015.
- NSOUR, M. F. A.**, *Rethinking the World Trade Order Towards a Better Legal Understanding of the Role of Regionalism in the Multilateral Trade Regime*, Leiden, Sidestone Press, 2009.
- OMALU, M. K.**, *NAFTA and the Energy Charter Treaty*, Boston, Kluwer Law Arbitration, 1999.
- PALMETER, D., MAVROIDIS, C. P.**, *Dispute Settlement in the World Trade Organization*, Second Edition, Cambridge, Cambridge University Press.
- PARK, W.W.**, *Arbitration of the International Business Disputes*, Second Edition, Oxford, Oxford University Press, 2012.
- POMERANZ, K. TOPIK S.**, *The World That Trade Created*, London, Sharpe, 2013.
- POSNER E. A., O SYKES A.**, *Economic Foundations of International Law*, Cambridge MA, London, Harvard University Press, 2013.
- ROE T., HAPPOLD M.**, *Settlement of Investment Disputes under the Energy Charter Treaty*, Cambridge University Press, 2011.
- ROSENNE, S.**, *The International Court of Justice*, Leiden, A. W. Sijthoff's Uitgeversmaatschappij N. V., 1957.
- ROSENRETER, D.**, *Article 31 (3) (c) of the Vienna Convention on The Law of Treaties and the Principle of Systemic Integration in International Investment Law and Arbitration*, Nomos, 2015.
- SALACUSE, J. W.**, *The Law of Investment Treaties*, New York, Oxford University Press, 2010.
- SALACUSE, J., W.**, *The Law of Investment Treaties*, New York, II ed., Oxford University Press, 2015.
- SANTULLI, C.**, *Droit du contentieux international*, 2e édition, Paris, L.G.D.J, 2015.
- SASSON, M.**, *Substantive Law in Investment Treaty Arbitration*, Alphen aan den Rijn, Kluwer, 2017.
- SAVARESE, E.**, *La nozione di Giurisdizione nel sistema ICSID*, Napoli, Editoriale Scientifica S.r.l., 2012.
- SCHILL, S. W.**, *The Multilateralization of International Investment Law*, New York, Cambridge University Press, 2009.
- SCHREUER. C. H., MALINTOPPI L., REINISCH A., SINCLAIR A.**, *The ICSID CONVENTION, a Commentary*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009.
- SCHWARZENBERGER, G.**, *The Inductive Approach to International Law*, London, Stevens & Sons, 1965.
- SELIVANOVA, Y.**, *The Energy Charter and the International Energy Governance*, **SELIVANOVA, Y.**, *Regulation of Energy in International Trade Law, WTO, NAFTA and ENERGY CHARTER*, Alphen aan den Rijn Wolters Kluwer, 2011
- SHANY, Y.**, *Questions of Jurisdiction and Admissibility before International Courts*, Cambridge, Cambridge University Press, 2016.

- SHIHATA, I. I. F.**, *The power of the International Court of Justice to determine its own jurisdiction*, The Hague, Martinus Nijhoff, 1965.
- SPIERMANN, O.**, *International Legal Argument in the Permanent Court of International Justice*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005.
- STEGER, D. P.**, *The Jurisdiction of the World Trade Organization*, ASIL Proceeding, 2004.
- STEINGRUBER, A. M.**, *Consent in International Arbitration*, Croydon, Oxford University Press, 2002.
- STEINGRUBER, A. M.**, *Consent in International Arbitration*, New York, Oxford University Press, 2012.
- SUBEDI, S. P.**, *International Investment Law*, Third Edition, Bloomsbury, Hart Publishing, 2016.
- TANZI, A., CRISTIANI, F.**, *International Investment Law and Arbitration*, Padova, Cedam, 2013.
- TAYLOR, M.**, *International Competition Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006.
- TOLHURST, G.**, *The Assignment of Contractual Rights*, Second Edition, Oxford, Hart Publishing, 2016.
- TOOPE, S. J.**, *Mixed International Arbitration*, Cambridge, Grotius Publications Limited, 1990.
- TWEEDDALE, A., TWEEDDALE, K.**, *Arbitration of Commercial Disputes*, Oxford, Oxford University Press, 2010.
- VADI, V.**, *Analogies in International Investment Law and Arbitration*, Cambridge, Cambridge University Press, 2016.
- VAN DEN BOSSCHE P., ZDOUC W.**, *The Law and Policy of the World Trade Organization*, Third Edition, Cambridge, Cambridge University Press, 2013.
- VAN HARTEN, G.**, *Investment Treaty Arbitration and Public Law*, Oxford, Oxford University Press, 2007.
- VANDEKERCHOVE, K.**, *Piercing the Corporate Veil*, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2007.
- VANDEVELDE, K. J.**, *U.S. International Investment Agreements*, New York, Oxford University Press, 2009.
- VEDIE, H.**, *Les Fonds Souverains - Une Puissance financière insensible aux crises*, Paris, Eska, 2010.
- VILLIGER, M. E.**, *Commentary on the Vienna Convention on the Law of Treaties*, Martinus Nijhoff, Boston 2009.
- VISSCHER, C.**, *Aspects Récents du droit Procédural de la Cour Internationale de Justice*, Paris, A. Pedone, 1966.
- VISSCHER, C.**, *Problèmes d'Interprétation Judiciaire en Droit International Public*, Paris A. Pedone, 1963.
- VOSS, J. O.**, *The Impact of Investment Treaties on Contracts between Host States and Foreign Investors*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2011.
- WANG, G.**, *International Investment Law: A Chinese Perspective*, New York, Routledge, 1st Edition, 2015.
- WEBSTER, H. T.**, *Handbook of Investment Arbitration*, London, Sweet & Maxwell, 2012.
- WEERAMANTRY, R.**, *Treaty Interpretation in Investment Arbitration*, Croydon, Oxford University Press, 2012.
- WYLER, E.**, *La règle dite de la continuité de la nationalité dans le contentieux international*, Paris, P.U.F., 1990.
- YANG, X.**, *State Immunity in International Law*, New York, Cambridge University Press, 2012.
- YANNACA-SMALL, K.**, *Arbitration Under International Investment Agreements: A Guide to the Key Issues*, Oxford, Oxford University, 2018.

Courses de la Haye:

BROCHES, A., «The Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of other states », *R.C.A.D.I.*, vol. II – 136, 1972, p. 331 – 410.

CONDORELLI, L., « L'imputation à l'État d'un fait internationalement illicite : solutions classiques et nouvelles tendances », *R.C.A.D.I.*, vol. – VI, 189, 1984, p. 19 - 221.

DENDIAS, M., « Les Principaux Service Internationaux administratifs », *R.C.A.D.I.*, 1938, vol.-I, 63, p. 247-358.

FRANCOIS, M.J.P.A., « La Cour Permanente d'Arbitrage, son origine, sa jurisprudence, son avenir », *R.C.A.D.I.*, vol. 88 - II, 1955, p. 457- 575.

LALIVE, P. A., « Problèmes relatifs à l'arbitrage international commercial », *R.C.A.D.I.*, vol. 120-I, 1967, p. 573 – 711.

LEBEN, C., « Contrat d'État et droit international des investissements », *R.C.A.D.I.*, vol. 302-II, 2003, p. 201 – 376.

MBAYE, V. K., « L'intérêt Pour agir devant la Cour International de Justice », *R.C.A.D.I.*, vol. 209-II, 1988, p. 223 - 345.

QUENEUDEC, J. P., « La notion d'État intéressé en Droit International », *R.C.A.D.I.*, vol. 255 -VI, 1995, p. 343 – 461.

RIAD F., A. M., « L'entreprise Publique et Semi-publique en droit international privé », *R.C.A.D.I.*, vol.-I, 1963, p. 561 - 691.

SALVIOLI, G., « Les règles générales de la paix », *R.C.A.D.I.*, vol. IV - 46, 1933, p. 95 - 422.

SALVIOLI, G., « Problèmes de procédure dans la jurisprudence internationale », *R.C.A.D.I.*, vol. - 91, 1957, p. 553 - 617.

TRUYOL Y SERRA, A., « Cours général de droit international public », *R.C.A.D.I.*, vol. - IV, 1981, p. 13 – 421.

WITENBERG, J. C., « La recevabilité des réclamations devant les Juridictions Internationales », *R.C.A.D.I.*, vol. – III, 1932 p. 5 - 134.

Articles de doctrine:

ANDERSON, R. D., « Making law in “new” WTO subject areas », in **MARCEAU, G.**, *A History of Law and Lawyers in the GATT/WTO*, World Trade Organization, Cambridge, Cambridge University Press, 2015, p. 275 – 290.

ARATO, J., « Accounting for Difference in Treaty Interpretation Over Time », in **BIANCHI, A., PEAT, D., WINDSOR, M.**, *Interpretation in International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2015, p. 205 – 228.

ASCENSIO, H., « Article 31 of the Vienna Conventions on the Law of Treaties and International Investment Law », *ICSID Review*, Vol. 31, No. 2, 2016, p. 366 – 387.

AUDIT, M., « La Coexistence de procédures contentieuses en matière d'investissement étrangères », *Anuario Colombiano de Derecho Internacional (ACDI)*, 2017, 10, p. 333 – 370.

BÖCKSTIEGEL, K. H., « Commercial and Investment Arbitration: How Different are they Today? », *Arbitration International*, 2012, p. 577 – 590.

BOWETT D. W., « Estoppel before International Tribunals and Its Relation to Acquiescence », *British Yearbook of International Law*, 1957, p. 176 - 202.

- BOYD A. H. et al.**, « The Emergency Economic Stabilization act and responses to the Credit Crisis - An Interim Report », *Banking Law Journal*, 2009, p. 3 – 35.
- BROCHES, A. M.**, « La Convention et l'Assurance – Investissements », in *Investissements Etrangers et Arbitrage entre Etats et personnes privées*, Paris, Pedone, 1969, p. 161 - 176.
- BROWER C. N. and KUMAR S. P.**, « Investcommercial Arbitration: Whence Cometh It? What Is It? Whither Goeth It? », *ICSID Review*, 2015, p. 35 – 55.
- CHEN, R.**, « A Contractual Approach to Investor-State regulatory disputes », *The Yale Journal of International Law*, 2015, p. 295 – 336.
- COLLINS, D.**, « National treatment in emerging investment treaties », in **SANDERS, A. K.**, *The Principle of National Treatment in International Economic Law*, Edward Elgar Cheltenham, UK, p. 161 – 182.
- CRAWFORD, J. S. C.**, « Investment Arbitration and the ILC Articles on State Responsibility », *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*, 2010, p. 127 - 199.
- CRAWFORD, J.**, « The ILC's Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts: A retrospect », *The American Journal of International Law*, 2002, p. 874 – 890.
- CRAWFORD, J., OLLESON, S.**, «The application of the Rules of State Responsibility», in **BUNGENBERG, M., GRIEBEL, J., HOBE, S., REINSCH, A.**, *International Investment Law, A Handbook*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2015, p. 411 - 441.
- DANIEL-HENRI, V.**, « L'arrêt de la C.I.J. du 28 novembre 1958 (affaire relative à l'application de la Convention de 1902 pour régler la tutelle des mineurs, Pays-Bas c. Suède) », *Annuaire français de droit international*, 1958, p. 250 – 256.
- DE LA PADRELLE, P.**, « La Notion de Service public », *Revue Critique de Législation et de Jurisprudence*, 1934, p. 516 – 539.
- DEBLOCK C., LEBULLENGER J. et PAQUIN S., DIR**, « Un Nouveau Pont sur l'Atlantique : l'Accord Economique et Commercial Global entre l'Union Européenne et le Canada », *Québec, Presses de l'Université du Québec*, 2015, p. 223 – 228.
- DEL MAR, K.**, « The ICJ and the Standard of Proof », in **BANNELIER, K. et al.**, *The ICJ and the Evolution of International Law, the enduring impact of the Corfu Channel Case*, Suffolk, Routledge, 2012, p. 98 - 123.
- DIMASCIO, N., and PAUWELYN J.**, « Nondiscrimination in Trade and Investment Treaties: Worlds apart or two sides of the Same coin? », *The American Journal of International Law*, 2008, p. 48 – 89.
- DOUGLAS, Z.**, « The Hybrid Foundations of Investment Treaty Arbitration », in *British Yearbook of International Law*, 2004, p. 151 - 289.
- FEIT, M.**, « Responsibility of the State Under International Law for the Breach of Contract Committed by a State-Owned Entity », *Berkeley Journal of International Law*, 2010, p. 142 -173.
- FORTIER, L. Y.**, « Canadian Approach to Investment Protection », in **BINDER, C.**, *International Investment Law for the 21st Century*, Oxford, Oxford University Press, 2008, p. 515 – 536.
- GAILLARD, E.**, « Abuse of Process in International Arbitration », *ICSID Review*, 2017, p. 17 – 37.
- GAILLARD, E.**, « Identify or Define? Reflection on the evolution of the concept of investment in ICSID practice », in **BINDER, C. et al.**, *International Investment Law for the 21st Century, Essay in Honour of Christoph Schreuer*, Oxford University Press, New York, 2009, p. 403 – 416
- GALLUS, N., PETERSON, L. E.**, « International Investment Treaty Protection of NGOs », *Arbitration International*, 2006, p. 527 – 548.
- GARCIA, F. J. et al.**, « Reforming the International Investment Regime: Lessons from International Trade Law », *Journal of International Economic Law*, 2015, p. 861 – 892.
- GARDINER, R.**, « The Vienna Convention Rules on Treaty Interpretation », **HOLLIS B. D.**, *The Oxford Guide to Treaties*, Oxford University Press, 2012, p. 479 – 490.

GIARDINA, A., « L'exécution des sentences du Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements », *Revue Critique de Droit International Privé*, 1982, p. 273 - 293.

GULLAND, E., « Can a Party Benefiting from an Award Rendered Against a State Enforce the Award Against an Instrumentality of Such State? » in **GAILLARD E., YOUNAN ed.**, *State Entities in International Arbitration*, IAI Series, Juris Publishing, Huntington, New York 2008, p. 97 – 195.

GUZMAN, A. T., « Explaining the popularity of Bilateral Investment Treaties », in **SAUVANT K. P. SACHS L.E.**, *The Effect of Treaties on Foreign Direct Investment*, Oxford University Press, p. 73 - 97.

HANOTIAU, B., « What Law Governs the Issue of Arbitrability », *Arbitration International*, 1996, p. 391 – 403.

HANOTIAU, B., « What Law Governs the Issue of Arbitrability », *Singapore Academy of Law Journal*, 2014, p. 874 – 885.

HANOTIAU, B., « L'arbitrabilité des litiges en matière de droit des sociétés », in **BERNARDINI, P.**, *Liber amicorum Claude Reymond : autour de l'arbitrage : mélanges offerts à Claude Reymond*, Lexis Nexis, 2004, p. 97- 109.

HENRY, M., « Théorie du Groupe de Sociétés Appliquée aux Arbitrages Impliquant un État », *International Business Law Journal*, 2006, p. 297 - 318.

HOBER, K., « State Responsibility and Attribution », in **MUCHLINSKI P.**, *The Oxford Handbook of International Investment Law*, New York, Oxford University Press, 2008, p. 552 – 582.

HUBERT, T., « L'affaire du Cameroun septentrional (Cameroun c./ Royaume Uni) devant la Cour internationale de justice », *Annuaire français de droit international*, 1963, p. 358 – 360.

JARROSON, C., « La Notion d'Arbitrabilité », *Revista Brasileira de Arbitragem*, 2003, p. 173 – 180.

KOH, H. H., « Transnational Legal Process », in **SIMPSON, G.**, *The Nature of International Law*, Ashgate, Burlington, 2001, p. 311 - 337.

KOTUBY, C. T. and EGERTON-VERNON, J. A., « Apotex Holdings Inc and Apotex Inc v. The Government of the United States of America », *ICSID Review*, 2015, p. 486 – 497.

KOUTOGLIDOU, A., « Multiple Party investment dispute resolution: who are the proper parties? » in **PERMANENT COURT OF ARBITRATION**, *Multiple Party Actions in International Arbitration*, Oxford University Press, Oxford, 2009, p. 255 - 278.

KRIEBAUM, U., « The PCIJ and the Protection of Foreign Investments », in **TAMS, C., FITZMAURICE, M.**, *Legacies of the Permanent Court of International Justice*, Nijhoff, Boston, 2013, p. 145 - 173.

LALIGANT, M., « La notion d'intérêt pour agir et le juge administratif », *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l'Etranger*, 1971, p. 43 - 82.

LALIVE, P., « Some Threats to International Investment Arbitration », *ICSID Review, Foreign Investment Law journal*, 1986, p. 26 – 40.

MAYER, P., « Litispendance, connexité et chose jugée dans l'arbitrage international », in **REYMOND et al.**, *Liber Amicorum Claude Reymond*, Litec, 2004, p. 185 - 204.

MCLACHLAN, C., « Investment Treaties and General International Law », *International and Comparative Law Quarterly*, 2008, p. 361 – 401.

MILANO, E., « The Investment Arbitration between Italy and Cuba: The Application of Customary International Law under Scrutiny », *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, 2012, p. 499 – 524.

MITCHELL, A., and HENCKELS, C., « Variations on a Theme: Comparing the Concept of "Necessity" in International Investment Law and WTO Law », *Chicago Journal of International Law*, p. 93 - 164.

- MOSS, G. C.**, « Commercial Arbitration and Investment Arbitration Fertile Soil for False Friends? » in **BINDER, C. et al.**, *International Investment Law for the 21st Century, Essay in Honour of Christoph Schreuer*, New York, Oxford University Press, 2009, p. 782 – 797.
- NEWCOMBE, A.**, « Investor misconduct: jurisdiction, admissibility or merits », in **BROWN C., MILES K.**, *Evolution in Investment Treaty Law and Arbitration*, Cambridge University Press, Cambridge University Press, 2011, p. 187 - 200.
- NGUYEN, S. T.**, « The applicability of Res Judicata and Lis Pendens in World Trade Organization dispute settlement », *Bond Law Review*, 2013, p. 123 – 165.
- PARK, W. W.**, « *The Arbitrator's Jurisdiction to Determine Jurisdiction* », ICCA Congress, Montréal 2006, 13 ICCA Congress Series 55, p. 3 – 148.
- PELLET, A.**, « International Court of Justice case law in ICSID », *ASA Bulletin*, 31, September, 3/2013, p. 684 - 690.
- PERERA, S. M.**, « State Responsibility, Ascertaining the Liability of States in Foreign Investment Disputes », *The Journal of World Investment e Trade*, 2005, p. 500 - 529.
- PETROCHILOS, G.**, « Bosh International Inc. and B&P Ltd Foreign Investment Enterprise v. Ukraine. When is Conduct by a University Attributable to State? », *ICSID Review*, 2013, p. 262 - 272.
- PIWNICA, E.**, « À propos de l'intérêt à agir devant la juridiction administrative », in **TEITGEN-COLLY C.**, *L'accès au juge : l'intérêt à agir, Actes du Colloque organisé le 20 juin 2014*, Paris, L.G.D.J., 2016, p. 35 - 46.
- POLÁŠEK, P., TONOVA, S. T.**, « Enforcement against States: Investment Arbitration and WTO Litigation », in **JORGE HUERTA-GOLDMAN J. H., ANTOINE ROMANETTI A., AND FRANZ X. STIRNIMANN F. X.**, « *WTO Litigation, Investment Arbitration, and Commercial Arbitration* », Kluwer Law International, 2013, p. 357 – 388.
- RADI, Y.**, « International investment law and development: A history of two concepts », in **SCHILL, S. W., TAMS, C. J., HOFMAN, R.**, *International Investment Law and development*, Elgar, 2015.
- ROBERT, A.**, « Clash of Paradigms: Actors and Analogies shaping the investment treaty system », in *The American Journal of International Law*, 2013, p. 1 - 51.
- ROBERTS, A.**, « Power and Persuasion in investment treaty arbitration », *The American Journal of International Law*, 2010, p. 179 – 225.
- SACCO, R.**, « Legal Formants: A Dynamic Approach to Comparative Law », *American Journal of Comparative Law* 39, 1991, p. 1 - 34.
- SALACUSE, J. W., SULLIVAN, N. P.**, « Do BITs Really Work: An Evaluation of Bilateral Investment Treaties and Their Grand Bargain », *Harvard International Law Journal*, p. 67-130.
- SALERNO, F.**, « Treaties Establishing Objective Regimes », in **CANNIZZARO E.**, *The Law of Treaties, Beyond the Vienna Convention*, Oxford, Oxford University Press, 2011, p. 225 - 243.
- SANTULLI, C.**, « Observations sur les exceptions de recevabilité dans l'affaire du Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c. Belgique) », *Annuaire Français de Droit International*, 2002, p. 257 – 328.
- SAUVANT, K. P. and NOLAN, M. D.**, « China's Outward Foreign Direct Investment and International Investment Law », *Journal of International Economic Law*, 2015, p. 893 – 934.
- SEPULVEDA-AMOR, B., LAWRY-WHITE, M.**, « State responsibility and the enforcement of arbitral awards », *Arbitration International*, 2017, p. 35 – 61.
- STIGLITZ, J. E.**, « Government Failure v. Market Failures: Principles of Regulation », in **BALLEISEN E. J., MOSS A. D.**, *Government and Markets*, New York, Cambridge University Press, 2012, p. 13 - 51.

TAMS, C. J., HOFMANN, R., « International Investment Law: Situating an Exotic Special Regime within the Framework of General International Law », in **TAMS, C. J., HOFMANN, R.**, *International Investment Law and General International Law*, Nomos 2011, p. 9 - 16.

THOMAS, J.C., DHILLON, H. K., « *The Foundations of Investment Treaty Arbitration: The ICSID Convention* », *Investment Treaties and the Review of Arbitration Awards*, ICSID Review, 2017, p. 459 – 502.

WAEDELDE, T.W. and WOUTERS, P. K., « State Responsibility in a liberalized world economy: “State privileged and Subnational Authorities” under the 1994 Energy Charter Treaty, an Analysis of article 22 and 23 », in *Nederlands Yearbook of International Law, Volume XXVII*, 1996, p. 143 - 191.

WALDE, T., « Interpreting Investment Treaties experiences and examples », in **BINDER, C., et al.**, *International Investment for the 21st Century*, Oxford University Press, 2009, p. 725 -781.

WALTERS, L. G., « Fitting a Square Peg into a Round Hole: Do Res Judicata Challenges in International Arbitration Constitute Jurisdictional or Admissibility Problems? », *Journal of International Arbitration*, 2012, p. 651 – 680.

WILLIAMS, M., « Adopting a competition law in China », in **CASS D. Z., WILLIAMS B. G., BARKER G.**, *China and the World Trading System: Entering in the New Millennium*, Cambridge University Press, 2003.

WITTICH, S., « The Limits of Party Autonomy in Investment Arbitration », in **KNAHR, C., KOLLER, C., RECHBERGER, W., REINISCH, A.**, *Investment and Commercial Arbitration – Similarities and Divergences*, Eleven International Publishing, Utrecht, 2010, p. 47 -71.

WOLFKE, K., « Treaties and Custom: Aspects of Interrelation », in **JAN KLABBERS J., LEFEBER R.**, *Essays on The Law of Treaties*, Nihoff, The Hague, 1998, p. 31 - 39.

ZIADÉ, N. G., *News from ICSID International Centre for Settlement of Investment Disputes*, Vol. 7, No. 2 Summer 1999, 2- 28.

Ouvrages Spéciaux : (entreprises publiques).

ALFORD, R. P., « Binding Sovereign Non-Signatories », *Mealey’s International Arbitration Reports*, 2004, p. 24 – 68.

BACKER, L.C., « Sovereign Investing in Times of Crisis: Global regulation of Sovereign Wealth Funds, State-Owned Enterprises, and the Chinese Experience », *Transnational Law & Contemporary Problems*, 2010-2011, p. 1 - 144.

BADIA, A., « Attribution of Conduct of State-Owned Enterprises Based on the Control by the State », in **BALTAG, C.**, *ICSID Convention after 50 years Unsettled Issues*, Kluwer Law International, p. 187 – 199.

BARBIERI, M., « Sovereign wealth funds as protected investors under BITs and safeguard of the national security of host States », in **SACERDOTI, G., ACCONCI, P., VALENTI, A., DE LUCA, A.**, *General Interests of host States in International Investment Law*, Cambridge University Press, 2014, p. 141 – 149.

BEUS, C., « Sovereign Wealth Funds in The ICSID - A New Approach to Standing », *The Indonesian Journal of International & Comparative Law*, 2014, p. 544 – 571.

BLYSCHAK, P., « State Owned Enterprises and International Investment Treaties », *Journal of International Law and International Relations*, 2011, p. 1 – 52.

BORTOLOTTI B. et PEROTTI E., « From Government to Regulatory Governance: Privatization and the Residual Role of the State », *World Bank Research Observer*, 2007, p. 1 - 14.

BURGSTALLER, M., « Sovereign wealth funds and international investment law » in **BROWN C. et MILES K.**, *Evolution in Investment Treaty Law and Arbitration*, New York, Cambridge University Press, 2011, p. 163 – 186.

- BUTT, S., SHIVDASANI, A., STENDEVAD, C., WYMAN, A.,** « Sovereign Wealth Funds: A Growing Global Force in Corporate Finance », *Journal of Applied Corporate Finance*, 2008, p. 73 – 83.
- CHEN, S. Y.,** « Positioning Sovereign Wealth Funds As Claimants In Investor-State Arbitration », *Contemporary Asia Arbitration Journal*, 2013, p. 299 – 328.
- DE STEFANO, C.,** « Adel A Hamadi Al Tamimi v. Sultanate of Oman: Attributing to Sovereigns the Conduct of State-Owned Enterprises: Towards Circumvention of the Accountability of States under International Investment Law», *ICSID Review*, 2017, p. 267 – 274.
- DONATO, A.,** « Public enterprises as policy instruments in the intersection of the EU and the WTO legal frameworks on state aid », *Queen Mary Law Journal*, 2016, p. 37 - 52.
- DUPUI, P. M.,** « Les émanations engagent-elles la responsabilité des Etats ? », *EUI Working Paper LAW No. 2006/7*, 2006.
- FELDMAN, M.,** « State Owned Enterprises as Claimant in International Investment Arbitration», *ICSID Review*, 2016, p. 24 - 35.
- FELDMAN, M.,** « The Standing of State-Owned Entities Under Investment Treaties », in **K. P., SAUVANT,** *Yearbook on International Investment Law & Policy 2010-2011*, New York, Oxford University Press, 2012, p. 616 – 637.
- GALLUS, N.,** « State Enterprises as Organs of the State and Bit Claims», *Journal of World Investment and Trade*, 2006, p. 761-779.
- KONRAD, S.,** « Protection of Non-Profit Organizations » in **BUNGENBERG, M., GRIEBEL J., HOBE S., REINSCH, A.,** *International Investment Law, A Handbook*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2015, p. 555 - 566.
- LOUVARIS, A.,** « Puissance Publique, Service Public et droit administrative : éternel retour ou fin de l'histoire ? », in **DUFFAU J., LOUVARIS, A., et MELLA, E.,** *Mélanges en l'honneur du professeur Alain-Serge Mescheriakoff*, Bruylant, 2013, p. VIII-282
- MENDENHALL, J. E.,** « Assessing Security Risks Posed by State-Owned Enterprises in the Context of International Investment Agreements », *ICSID Review*, 2016, p. 36 - 44.
- MOORTHY, V. K.,** « Malaysian National Oil Corporation - Is It a Government Instrumentality », *International and Comparative Law Quarterly*, 1981, p. 638 – 659.
- NOUVEL, Y.,** « Les entités paraétatiques dans la jurisprudence du CIRDI », in **LEBEN C.,** *Le Contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement*, Anthemis – L.G.D.J., Paris, 2006, p. 25-51.
- PETERSMANN, E. U.,** « GATT Law on State Trading Enterprises: Critical Evaluation of Article XVII and Proposal for Reforms, in State Trading in the Twenty- First Century, Studies in International Economics », *The World Trade Forum*, p. 71 - 96.
- PIRNESS, A., OLFERT, M. R., PARTIDGE, M. D., FURTAN, H.,** « Assessing the Impact of State Trading Enterprises », *International Economic Journal*, 2012, p. 587 – 608.
- POULSEN, L. N. S.,** « States as Foreign Investors: Diplomatic Disputes and Legal Fictions », *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, 2016, p. 12 - 23.
- REEDT, B. J.,** « Sovereign Wealth Funds: The New Barbarians At The Gate? », *Virginia Law and Business Review*, 2009, p. 97- 137.
- ROMERO, E. S.,** « Are the States Liable for the Conduct of Their Instrumentalities ? », **GAILLARD E.,** *States Entities in International Arbitration, IAI series on International Arbitration*, 2008, p. 31 - 54.
- ROSE, P.,** « Sovereigns as Shareholders », *North Carolina Law Review*, 2008, p. 84 - 149.
- SCHICHO, L.,** « Attribution and State Entities: Diverging Approaches in Investment Arbitration», *The Journal of World Investment & Trade*, 2011, p. 283 – 298.

SHAPIRO, D. M., GLOBERMAN, S., «The international Activities and impacts of State Owned Enterprises», in **SAUVANT, K. P.,** *Sovereign Investment: concerns and policy reactions*, New York, Oxford University Press, 2012, p. 98 – 141.

VIGIDAL, G., « Attribution in the WTO: The limits of “Sufficient Government Involvement»», *Journal of International Trade and Arbitration Law* 2017, p. 133 - 160.

Travaux des organisations internationales :

Definition of Investor and Investment in International Investment Agreements International Investment Law: Understanding Concepts and Tracking Innovations, OECD 2008.

DUGARD, M. J.R., *Premier rapport sur la protection diplomatique, par, rapporteur spécial, DOCUMENT A/CN.4/506 et Add. 7 mars et 20 avril 2000.*

GAUKRODGER, D., « Foreign State Immunity and Foreign Government Controlled Investors», *OECD Working Papers on International Investment, Paris, OECD Publishing, 2010/02.*

Groupe de travail des entreprises commerciales d'État, Liste Exemplative Des Relations Entre Pouvoirs Publics Et Entreprises Commerciales d'État et Des Types d'activités Auxquelles Se Livrent Ces Entreprises, G/STR/4, 30 juillet 1999.

INTERNATIONAL WORKING GROUP OF SWFS., « International Forum of Sovereign Wealth Funds' generally Accepted Principles and Practices», “Santiago Principles”, 2008.

KOWALSKI, P. et al., « State-Owned Enterprises: Trade Effects and Policy Implications», *OECD Trade Policy Papers, No. 147, Paris, OECD Publishing, 2013.*

KOWALSKI, P. et al., *State-Owned Enterprises: Trade Effects and Policy Implications*, OECD Trade Policy Papers, No. 147, Paris, OECD Publishing, 2013.

Mémorandum d'accord sur l'interprétation de l'article xvii de l'accord général sur les tarifs douaniers et le commerce de 1994, p. 31

OCDE, *Lignes directrices de l'OCDE sur la gouvernance des entreprises publiques*, Édition 2015, OCDE, Paris.

OECD, *Corporate Governance of State Owned Enterprises: A survey of OECD Countries*, 2005.

OECD, *Discussion Draft on the application of Tax Treaties to State Owned Entities Including SWFs*, 25 November 2009.

OECD, *OECD Guidelines on Corporate Governance of State-Owned Enterprises*. Paris, OECD Publishing, 2015.

OECD, *OECD Model Tax Convention on Income and Capital, Condensed Version*, 2010.

OECD, *OECD working Paper on Insurance and Private Pensions*, 1 January 2008.

Rapport de la Commission du droit international Soixante – huitième session (2 mai - 10 juin et 4 juillet -12 août 2016), A/71/10 Nations Unies Rapport de la Commission du droit international Soixante - huitième session (2 mai - 10 juin et 4 juillet - 12 août 2016) Assemblée générale Documents officiels Soixante et onzième session Supplément n. 10 (A/71/10).

Autres sources :

PETERSON, L.E., « Eric Peterson, Oman's Sovereign Wealth Fund is the Latest Claimant to try to hold a sovereign state – This time is Bulgaria – Liable for Losses in a Bank Failure», *IAI reporter*, Oct. 2015.

BUTT, S., et A. SHIVDASANI., « Sovereign Wealth Fund: A Growing Global Force in Corporate Finance», *Appl. Corp Finance*, 2008, p. 73 – 83.

DEBEVOISE & PLIMPTON LLP., « Suing State-Controlled Entities in Investment Arbitration: The Demise of the “Presumption of Statehood”? », *Arbitration Quarterly*, 2014, p. 1 - 22.

Traités :

UNITED STATES OF AMERICA:

Treaty Between the United States of America and Ukraine Concerning the Encouragement and Reciprocal Protection of Investment, signé le 04 mars 1994, entré en vigueur le 16 novembre 1996.

Treaty between the Government of the United States of America and the Government of Romania Concerning the Reciprocal Encouragement and Protection of Investment, Signed May 28, 1992; Entered into Force January 15, 1994.

FRANCE:

Accord entre le Gouvernement de la République française et le Gouvernement de la République islamique d'Iran sur l'encouragement et la protection réciproques des investissements signé le 12 mai 2003, entrée en vigueur le 12 novembre 2004.

Accord entre la République française et l'État du Koweït sur l'encouragement et la protection réciproques des investissements, signé à Paris le 27 septembre 1989, entrée en vigueur le 16 mai 1991.

Accord entre le Gouvernement de la République Française et le Gouvernement du Royaume d'Arabie Saoudite sur l'encouragement et la protection réciproques des investissements, signé le 26 juin 2002 et entré en vigueur le 18 mars 2004

Accord entre le Gouvernement de la République française et le Gouvernement de la République arabe du Yémen sur l'encouragement et la protection des investissements (ensemble deux échanges de lettres), signé le 27 avril 1984, entrée en vigueur le 19 juillet 1991.

Accord entre le Gouvernement de la République Française et le Gouvernement de la République Islamique d'Iran sur l'encouragement et la protection réciproques des investissements, signé le 12 mai 2003, entrée en vigueur le 12 novembre 2004.

UNITED KINGDOM:

Agreement between the Government of the United Arab Emirates and the Government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland for the Promotion and Protection of Investments, signed on the 08th of December 1992 entered into force on the 15th of December 1993.

Agreement between the Republic of Senegal and The Government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland for the Promotion and Protection of Investments, signed on the 07 May 1980 entered into force on the 9 of February 1984.

Agreement between the Republic of Panama and The Government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland for the Promotion and Protection of Investments, signed on the 7 October 1983 and entered into force on the 7 november 1985.

CANADA:

Agreement between the Government of Canada and the Government of the Republic of Poland for the Promotion and the Reciprocal Protection of Investment, signed on the 06th of April 1990 entered into force on the 22th of November 1990.

Agreement between the Government of Canada and the Government of the URSS (now binds the Russian Federation) for the Promotion and the Reciprocal Protection of Investment Signed on the 20th of November 1989 entered into force on the 27th of June 1991.

Agreement between the Government of Canada and the Government of the Czech and Slovak federal Republic for the Promotion and the Reciprocal Protection of Investment, signed on the 15th of November 1990 and entered into force on the 09 March 1992. (now terminated).

Agreement between the Government of Canada and the Government of the Republic of Argentina for the Promotion and the Reciprocal Protection of Investment, signed on the 05th of November 1991, entered into force on the 29th of April 1993.

Agreement between the Government of Canada and the Government of the Republic of Hungary for the Promotion and the Reciprocal Protection of Investment (1993).

Agreement between the Government of Canada and the Government of the Republic of Eastern Uruguay for the Promotion and the Reciprocal Protection of Investment signed on the 29/10/1997 signed on the 02/06/1999),

Agreement between the Government of Canada and the Government of the Republic of Trinidad and Tobago for the Promotion and the Reciprocal Protection of Investment signed on the 11 September 1995 and entered into force on the 08 July 1996.

Agreement between the Government of Canada and the Republic of Philippines for the Promotion and the Reciprocal Protection of Investment signed on the 10th of November 1995 and entered into force on the 1st of November 1996

Agreement between the Government of Canada and the Government of the Republic of Armenia for the Promotion and the Reciprocal Protection of Investment signed on the 08th of May 1997 and entered into force on the 29 of March 1999;

Agreement between the Government of Canada and the Government of the Republic of Panama for the Promotion and the Reciprocal Protection of Investment, signed on the 12 September 1996 et entered into force on the 13th February 1998.

UNITED KINGDOM:

Agreement between the Government of the United Arab Emirates and the Government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland for the Promotion and Protection of Investments, signed on the 08th of December 1992 entered into force on the 15th of December 1993.

Agreement between the Republic of Senegal and The Government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland for the Promotion and Protection of Investments, signed on the 07 May 1980 entered into force on the 9th of February 1984.

Agreement between the Republic of Panama and The Government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland for the Promotion and Protection of Investments, signed le 7 October 1983 et entered into force on the 7th of November 1985.

CHINA:

Agreement between the Governments of the People's Republic of China and the Government of the State of Qatar Concerning the Encouragement and Reciprocal Protection of Investments, 09th April 1999, entered into force on the 1st of April 2000.

TRAITES MULITILATERAUX:

North American Free Trade Agreement, signed on the 17th of December 1992, ratified on the 1st of January 1994

Traité sur la Charte européenne, signé en décembre 1994, entré en vigueur en avril 1998.

ASEAN Comprehensive Investment Agreement, an agreement signed by ten ASEAN countries on the 26th of February 26, 2009.

Lois nationales:

Legislation on Foreign Relations Through 2002 – As amended - 87–164 CC, Sec. 231. Creation, Purpose and Policy

Ministero dell'Economia et delle Finanze, Decreto del 22 gennaio 2010, Autorizzazione alla Cassa depositi e prestiti S.p.A. a fornire, alle banche italiane e alle succursali di banche estere comunitarie ed extracomunitarie operanti in Italia, la provvista per effettuare operazioni di finanziamento a sostegno dell'internazionalizzazione delle imprese, G.U. n. 82 del 9 – 4 – 2010.

Circular of the Ministry of Foreign Trade and Economic Cooperation and China Export Credit Insurance Corporation on Issues Concerning Further Promoting Export Credit Insurance, Wai Jing Mao Ji Cai Han, No. 521 October 29, 2002.

Legislation on Foreign Relations Through 2002 – As amended – 87 – 164 CC, Sec. 231.

Republic of South Africa, Government Gazette, Vol. 448, Cape Town, 4 October 2002, No. 23911.

Export and Investment Guarantees Act, Act wholly in force at 23 October 1991.

Nueva Ley DOF 02-01-1992 1 de 3, Ley Sobre la Celebración de Tratados Texto Vigente, Nueva Ley publicada en el Diario Oficial de la Federación, el 2 de enero de 1992, art. 2.

Federal Law No. 317-FZ on the State Atomic Energy Corporation Rosatom, article 14, alinéa 2.

Affaires :

Cour internationale de Justice :

Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique), fond, Arrêt, C.I.J. Recueil 1986, p. 14.

Affaire Ambatielos (fond : obligation arbitrage), Arrêt du 19 mai 1953, C.I.J. Recueil 1953, p. 10.

Affaire de l'Interhandel (Suisse c. Etats-Unis d'Amérique), arrêt, du 21 mars 1959, C.I.J., Recueil 1959, p. 6.

Affaire du Cameroun Septentrional (Cameroun c. Royaume-Unie, Exceptions préliminaires), Arrêt du 2 décembre 1963, C.I.J., Recueil 1963, p. 15, Opinion séparée du juge Sir Gerald Fitzmaurice.

Affaire du Detroit de Corfou, Arrêt du 9 avril 1949, C.I.J. Recueil 1949, p. 4.

Affaire du Temple de Préah Vihear (Cambodge c. Thaïlande), Fond, Arrêt du 15 juin 1962, C.I.J., Recueil, 1962, p. 6.

Affaire relative à certains emprunts norvégiens, Arrêt du 6 juillet 1957, C.I.J., Recueil 1957, p. 9.

Ahmadou Sadio Diallo (République de Guinée c. République démocratique du Congo), exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J., Recueil 2007, p. 582.

Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro), Arrêt, C.I.J. Recueil 2007, p. 43.

Barcelona - Traction, Light and Power Company, Limited, exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1964, p. 4.

Demande en interprétation de l'arrêt du 11 juin 1998 en l'Affaire de la Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria (Cameroun c. Nigéria), exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J., Recueil 1999, p. 31.

Licéité de l'emploi de la force (Serbie-et-Monténégro c. Belgique), exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 2004, p. 279.

Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c. Belgique), arrêt, C.I.J. Recueil 2002, p. 3, Opinion Individuelle Commune de M. Higgins, M. Koloiymans et M. BuergelInthal.

Certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale (Djibouti c. France), arrêt, C.I.J. Recueil 2008, p. 177.

Personnel diplomatique et consulaire des Etats-Unis à Téhéran, (Etats - Unis d'Amérique c. République Islamique d'Iran.), arrêt, C.I.J., Recueil 1980, p. 3.

Plates-formes pétrolières (République islamique d'Iran c. Etats- Unis d'Amérique), arrêt, C.I.J. Recueil 2003, p. 161.

Projet GabCikovo-Nagymaros (Hongrie c. Slovaquie), arrêt, C.I.J., Recueil 1997, p. 7.

Question De La Délimitation Du Plateau Continental Entre Le Nicaragua Et La Colombie Au-Delà De 200 Milles Marins De La Côte Nicaraguayenne (Nicaragua c. Colombie), Exceptions Préliminaires, arrêt du 17 Mars 2016.

Cour permanente de justice internationale :

Affaire Des Concessions Mavrommatis En Palestine Publications of The Permanent Court of International Justice. Séries A – At, August 30 th, 1924

Affaire Des Zones Franches De La Haute-Savoie Et Du Pays De Gex Ordonnances, (France c. Suisse), P.C.I.J. Séries A no. 22, du 19 Aout 1929.

Appels Contre Certains Jugements Du Tribunal Arbitral Mixte Hungaro-Tchécoslovaque, Séries A/B, n. 61, 1933 P.C.I.J. (sert. A/B) No. 6.

Certains intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise (fond) (Allemagne c. Pologne), Arrêt du 25 mai 1926, Série A No. 7.

Décrets de nationalité promulgués en Tunisie et au Maroc, (France c. Royaume Uni), Avis consultatif du 7 février 1923, Série B, n. 4.

Emprunts brésiliens (France c. Brazil), Arrêt du 12 juillet 1929, Série A No. 21.

Interprétation de l'Accord gréco-turc du 1er décembre 1926, C.P.I.J., Série B, n. 16

Juridiction territoriale de la Commission internationale de l'Oder Série A, n. 23.

Société commerciale de Belgique, P.C.I.J.,1939, Séries A/B, No. 78

Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements :

Adel A Hamadi Al Tamimi v. Sultanate Of Oman, ICSID Case No. ARB/11/33, Award, November 3 2015.

Aguas del Tunari, S.A. v. Republic of Bolivia, ICSID Case No. ARB/02/3, Decision on Jurisdiction, October 21, 2005.

Alex Genin, Eastern Credit Limited, Inc. And A.S. Baltoil v. The Republic of Estonia ICSID Case No. ARB/99/2, Award, June 25, 2001.

Antoine Abou Lahoud et Leila Bounafeh-Abou Lahoud v. La République Démocratique Du Congo, Affaire CIRDI Arb/10/4, Sentence, 7 février 2014.

Asian Agricultural Products Ltd v. Republic of Sri Lanka, ICSID Case No. ARB/87/3, Award, June 27, 1990.

Azurix Corp. and The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/01/12, Award, July 14, 2006.

Azurix Corp. v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/01/12, Annulment Proceeding, Decision on the Application for Annulment of the Argentine Republic, September 1, 2009.

Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi A.S. v. Islamic Republic of Pakistan, ICSID Case No. ARB/03/29, Decision on Jurisdiction, November 14, 2005.

Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi A.Ş. v. Islamic Republic of Pakistan, ICSID Case No. ARB/03/29, Award, August 27, 2009.

Beijing Urban Construction Group Co. Ltd. v. Republic of Yemen, ICSID Case No. ARB/14/30, Decision on Jurisdiction, 31 May 2017.

Bosh International, Inc and B & P Ltd Foreign Investments Enterprise v. Ukraine ICSID Case No ARB/08/11, Award, October 25, 2012.

Cambodia Power Company v. Kingdom of Cambodia Electricité du Cambodge, ICSID CASE NO. ARB/09/18, Decision on Jurisdiction, 22 March 2011.

Cambodia Power Company v. Kingdom of Cambodia Electricité du Cambodge, ICSID CASE NO. ARB/09/18, Decision on Jurisdiction, 22 March 2011.

Caratube International Oil Company LLP and Mr. Devincti Salah Hourani v. Republic of Kazakhstan, ICSID Case No. ARB/13/13, Award, September 27, 2017.

CDC Group PLC v. Republic of the Seychelles, ICSID Case No. ARB/02/14, Award, December 17, 2003.

Ceskoslovenska Obschodni Banka, A.S. v. The Slovak Republic, ICSID Case No. ARB/97/4, Decision on Objections to Jurisdiction, May 24, 1999

City Oriente Limited v. The Republic of Ecuador Empresa Estatal Petróleos del Ecuador, ICSID Case No. ARB/06/21, Decision on provisional measures, November 19, 2007 - (Décret de prise de notes sur le désistement de l'instance 12 septembre 2008).

CMS Gas Transmission Company v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/01/8, Decision on objections to jurisdiction of July 17, 2003, 42 ILM 788, 2003.

Compañía de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal S.A. v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/97/3, Decision on the Argentine Republic's Request for Annulment of the Award, August 20, 2007

Compañía de Aguas del Aconquija, S.A. & Compagnie Générale des Eaux v. Argentine Republic, (ICSID Case No. ARB/97/3) Award, 21 November 2000.

Compañía de Aguas del Aconquija, S.A. & Compagnie Générale des Eaux v. Argentine Republic, (ICSID Case No. ARB/97/3), Decision on Annulment, July 3, 2002

Conoco Phillips Petrouzata B.V., Conoco Phillips Hamaca B.V. Conoco Phillips Gulf of Paria B.V. and Conoco Phillips Company v. Bolivarian Republic of Venezuela, ICSID Case No. ARB/07/30, Decision on Respondent's Request for Reconsideration, March 10, 2014.

Consortium RFCC v. Kingdom of Morocco, ICSID Case No. ARB/00/6, Award, December 22, 2003.

Consortium RFCC v. Kingdom of Morocco, ICSID Case No. ARB/00/6, Decision on Jurisdiction, July 16, 2001.

Conorzio Groupement L.E.S.I. – Dipenta v. People's Democratic Republic of Algeria, ICSID Case No. ARB/03/08, Decision on Jurisdiction, January 10, 2005.

Continental Casualty Company v. Argentina, ICISD Case No. ARB/03/09, Decision on Jurisdiction, April 27, 2006.

Deutsche Bank AG v. Democratic Socialist Republic of Sri Lanka, ICSID Case No. ARB/09/02, Award, October 31, 2012.

EDF (Services) Limited v. Romania, ICSID Case No. ARB/05/13, Award, October 8, 2009.

Electrabel S.A. v. Hungary, ICSID Case NO. ARB/07/19, Award, November 25, 2015.

Electrabel S.A. v. Hungary, ICSID Case No. ARB/07/19, Decision on Jurisdiction, Applicable Law and Liability, November 30, 2012.

Emilio Agustín Maffezzini v. The Kingdom of Spain, ICSID Case, ARB/97/7, Decision on Jurisdiction January 25, 2000.

Emilio Agustin Maffezzini v. The Kingdom of Spain, ICSID Case, ARB/97/7, Final Award, November 13, 2000.

Garanti Koza LLP v. Turkmenistan, ICSID Case No. ARB/11/20, Dissenting Opinion of Prof. Laurence Boisson de Chazournes, July 23, 2013.

Gustav F W Hamester GmbH & Co KG v. Republic of Ghana, ICSID Case No. ARB/07/24, Award, June 18, 2010.

Hrvatska Elektroprivreda d.d. v. Republic of Slovenia, ICSID Case No. ARB/05/24, Decision on the Treaty Interpretation Issue, June 12, 2009.

İçkale İnşaat Limited Şirketi v. Turkmenistan, ICSID Case No. ARB /10/24, Award, March 8, 2016.

Impregilo S.P.A. v. Islamic Republic of Pakistan, ICSID Case No. ARB/03/3 Decision on Jurisdiction, April 22, 2005.

Jan de Nul N.V. Dredging International N.V. v. Arab Republic of Egypt, ICSID Case No. ARB/04/13, Decision on Jurisdiction, June 16, 2006.

Jan de Nul N.V. Dredging International N.V. v. Arab Republic of Egypt, ICSID Case No. ARB/04/13 Award, November 6, 2008.

Joy Mining Machinery Ltd. v. Arab Republic of Egypt, ICSID Case No. ARB/03/11, Award, August 6 2004.

Malaysian Historical Salvors, SDN, BHD v. The Government of Malaysia, ICSID Case No. ARB/05/10 del 17 maggio 2007.

Noble Ventures, Inc. v. Romania, ICSID Case No. ARB/01/11, Award, October 12, 2005.

PNG Sustainable Development Program Ltd. v. Independent State of Papua New Guinea, ICSID Case No. ARB/13/33, Decision on Respondent's Objections under Rule 41(5), October 28, 2014.

PNG Sustainable Development Program Ltd. v. Independent State of Papua New Guinea, ICSID Case No. ARB/13/33, Decision on the Claimant's Request for Provisional Measures January 21, 2015.

PNG Sustainable Development Program Ltd. v. Independent State of Papua New Guinea, ICSID Case No. ARB/13/33, Award, May 5 2015.

Rumeli Telekom AS and Telsim Mobil Telekomikasyon Hizmetleri AS v. Kazakhstan, ICSID Case ARB/05/16, Award., July 21, 2008.

Saipem S.p.A. v. The People's Republic of Bangladesh, ICSID Case No. ARB/05/07, Award, June 30 2009.

Saipem S.p.A. v. The People's Republic of Bangladesh, ICSID Case No. ARB/05/07, Decision on Jurisdiction and Recommendation on Provisional Measures, March 21, 2007.

Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. Kingdom of Morocco, ICSID Case No. ARB/00/4, Decision on Jurisdiction, July 23, 2001.

Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. The Hashemite Kingdom of Jordan, ICSID Case No. ARB/02/13, Decision on Jurisdiction, November 9, 2004.

Sempra Energy International, Camuzzi International, S.A. v. Republic of Argentina, ICSID Case, Case No. ARB/03/02, Decision on objections to jurisdiction, para. 145

Talta-Trading e Marketing Sociedade Unipessoal LDA v. Bolivarian Republic of Venezuela, ICSID Case No. ARB/11/26, Award, January 29, 2016.

Teinver S.A., Transportes de Cercanías S.A. v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/09/1, Decision on Jurisdiction, December 21, 2012

Telenor Mobile Communications A.S. v. The Republic of Hungary, ICSID Case No. ARB/04/15, Award, September 13, 2006.

Toto Costruzioni Generali S.P.A. v. The Republic of Lebanon, ICSID Case No. ARB/07112, Decision on Jurisdiction, September 11, 2009.

Toto Costruzioni Generali S.P.A. v. The Republic of Lebanon, ICSID Case No. ARB/07112, Award, June 7, 2012.

Tulip Real Estate Investment and Development Netherlands B.V. Republic of Turkey, ICSID Case No. ARB/11/28, Application for annulment of the Tribunal's Award, July 3, 2014.

Tulip Real Estate Investment and Development Netherlands B.V. v. Republic of Turkey, ICSID Case No. ARB/11/28, Decision on Bifurcated Jurisdictional Issue, March 5, 2013.

Tulip Real Estate Investment and Development Netherlands B.V. v. Republic of Turkey, ICSID Case No. ARB/11/28, Award, March 10, 2014

Tulip Real Estate Investment and Development Netherlands B.V. v. Republic of Turkey, ICSID Case No. ARB/11/28, Decision on Annulment, December 30, 2015.

Vacuum Salt Limited v. Government of the Republic of Ghana, ICSID Case No. ARB/92/1, Award, February, 16 February, 1994.

Waste Management Inc. v. United Mexican States, ICSID Case No. ARB(AF)/00/3, April 30, 2004.

Wena Hotels Limited v. Arab Republic of Egypt, ICSID Case No. ARB/98/4, Award, December 8, 2000.

Fedax NV v. Republic of Venezuela, ICSID Case No. ARB/96/3, Decision on Objections to Jurisdiction, July 11, 1997.

World Duty Free Company Limited and The Republic of Kenya, (ICSID) Case No. (ARB/00/7), Award, 4 October 2006.

Chambre de commerce internationale (ICC) :

Bridas v. Turkmenistan, ICC Case No 9151, Interim Award., June 8, 1999.

Capital India Power Mauritius I and Energy Enterprises (Mauritius) Company v. India, Award, ICC Case No 12913/MS, IIC 43, International Court of Arbitration. 2005

CCI, Affaire non publié, Kaliningrad v. Lithuania,

CCI, affaire n. 6474 du 1992

CCI, affaire n. 7154 du 1993

CCI, Affaire n. 8385 du 1995

CCI, Affaire n. 8910 du 1998

CCI, Affaire n. 9762 du 2001

CCI, affaire n. 3383, 1979

CCI, affaires n. 2475 et n. 2762 du 1977

CCI, affaire n. 13509, 2006

The Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce (SCC):

Limited Liability Company AMTO v. Republic of Ukraine, SCC Arbitration n. 80/2005, March 26 2008.

Renta 4 S.V.S.A, Ahorro Corporación Emergentes F.I., Ahorro Corporación Eurofondo F.I., Rovime Inversiones SICAV S.A., Quasar de Valores SICAV S.A., Orgor de Valores SICAV S.A., GBI 9000 SICAV S.A. v. The Russian Federation, S.C.C. No. 24/2007, Award on Preliminary Objections, 20 March 2009

State Enterprise "Energorynok" v. The Republic of Moldova, S.C.C. Arbitration V 2012/175, Final Award, 29 January 2015

Affaires US-IRAN-CLAIM TRIBUNAL

Schering Corporation v. Islamic Republic of Iran, Case no. 38, Award 122-38-3, Award no. 122-38-3, 23 April 1984, in **PIRRIE S. R., ARNOLD J. S., LAUTERPACHT E., Iran – U.S. Claims Tribunals Reports** 5 1984 - 1, Cambridge Grotius Publications Limited, 1985.

United States v. Iran, Case A-16, 5 in **PIRRIE S. R., ARNOLD J. S., LAUTERPACHT E., Iran – U.S. Claims Tribunals Reports** 57 at. 71, 1984 - 1, Cambridge Grotius Publications Limited, 1985.

AD HOC:

Alabama Claims (United States v. Britain), *I More, Arbitrations*, 495-682. (1872).

United Parcel Service of America Inc. v. Government of Canada, Award on Jurisdiction, November 22, 2002

Sergei Paushok CJSC Golden East Company CJSC Vostokneftegaz Company v. The Government of Mongolia, Award on Jurisdiction and Liability, UNCITRAL, April 28, 2011.

United States v. Iran, Case A-16, 5 *Iran-US Claims Tribunals Reports* 57.

Haji Mohamend Harrej, (Tanger Horses), 2 UNRIAA, 1924.

O.M.C. :

Canada – Certaines mesures affectant le secteur de la production d'énergie renouvelable, Canada – mesures relatives au programme de tarifs de rachat garantis, WT/DS412/R, WT/DS426/R, Rapport du Groupe spécial, 19 décembre 2012.

Canada – Mesures concernant les exportations de blé et le traitement des grains importés, WT/DS276/AB/R, Rapport de l'Organe d'appel, 30 Août 2004.

Canada – Mesures concernant les exportations de blé et le traitement des grains importés, WT/DS276/AB/R, Rapport de l'Organe d'appel, 30 août 2004.

Canada – Mesures visant l'importation de lait et l'exportation de produits laitiers, WT/DS103/AB/R WT/DS113/AB/R, Rapport de l'Organe d'Appel, 13 octobre 1999.

Communautés Européennes – Mesures affectant l'approbation et la commercialisation des produits biotechnologiques, WT/DS291/R WT/DS292/R WT/DS293/R, Rapport du Panel, 29 Septembre 2006.

Communautés Européennes - Mesures affectant l'importation de certains produits provenant de volailles, WT/DS69/R Rapport du groupe spécial, 12 mars 1998.

Communautés Européennes - Régime applicable à l'importation, à la vente et à la distribution des bananes, WT/DS27/AB/R - AB-1997-3 - Rapport de l'Organe d'appel, 26 novembre 2008.

Communautés Européennes – Régime applicable à l'importation, à la vente et à la distribution des bananes, WT/DS27/AB/R - Rapport de l'Organe d'appel, 9 septembre 1997.

États-Unis – Droits antidumping et droits compensateurs définitifs visant certains produits en provenance de Chine, WT/DS379/AB/R, Rapport de l'Organe d'appel, 11 mars 2011.

États-Unis – Droits antidumping et droits compensateurs définitifs visant certains produits en provenance de Chine, WT/DS379/AB/R, Rapport de l'Organe d'appel, 11 mars 2011.

États-Unis – Mesures compensatoires visant certains produits plats en acier au carbone laminés à chaud en provenance d'Inde, Ab-2014-7, WT/DS436/AB/R Rapport de l'organe d'appel, 8 décembre 2014.

États-Unis – Réexamen à l'extinction des droits antidumping appliqués aux produits plats en acier au carbone traité contre la corrosion en provenance du Japon, WT/DS244/AB/R, Rapport de l'Organe d'appel, 15 décembre 2003.

Inde – Mesures Concernant Le Secteur Automobile Rapport Du Groupe Spécial WT/DS146/R WT/DS175/R 21 décembre 2001

Japon - Mesures affectant les pellicules et papiers photographiques destinés aux consommateurs WT/DS44/R, Rapport du Groupe spécial, 31 mars 1998.

Japon - Restrictions l'importation de certains produits agricoles rapport du groupe spécial adopté, le 2 février 1988 (L/6253 - 35s/180), VI.43.

Mexique – Enquête antidumping concernant le sirop de maïs à haute teneur en fructose (shf) en provenance des Etats-Unis, WT/DS132/AB/RW, 22 octobre 2001.

Peru – Additional duty on imports of certain agricultural products, AB-2015-3, WT/DS457/AB/R, Report of the Appellate Body, 20 July 2015

Spain - Measures concerning domestic sale of soybean oil, Recourse to Article XXIII: 2 by the United States (L/5142).

ITLOS:

Mox Plant Case, Ireland v. United Kingdom, Provisional Measures, Order of 3 December 2001, ITLOS Reports 95, 2001.

Jurisprudence national:

Royaume Unie

AIG Capital Partners, Inc., CJSC Tema Real Estate Company vs The Republic of Kazakhstan, Royal Courts of Justice Strand, London, Case No. 2004/536, October 20

G. Capital Partners, Inc, CJSC Tema Real Estate Company v. The Republic of Kazakhstan, Case No: 2004/536, Royal Courts of Justice Strand, London, WC2A 2LL, 20 10 2005.

AIC Limited v. Federal Government of Nigeria and Others, 2003, England, High Court, Queen's Bench Division. 13 June 2003, 2005).

France

Affaire S.O.N.A.T.R.A.C.H., Cour de cassation, Chambre civile 1 84-13.605. (1 octobre 1985).

Benvenuti and Bonfant v. Banque Commerciale Congolaise, France, Cour de Cassation, 21 July 1987.

Cour d'Appel de Paris, Sentence du 29 novembre 2016, n° 14/17964.

Suisse

Tribunal Fédéral, première Cour civile, arrêt du 3 avril 2002, 4P.282/2001. *X. Inc., contre la sentence finale rendue le 9 octobre 2001 par le Tribunal arbitral à Genève dans la cause qui oppose la recourant à Z Corporation*. En ASA Bulletin, 20 Asa Bulletin 2 Juin 2002.

UNCITRAL Arbitration / Zurich – Art. 192 PIL Act – Exclusion agreement, in Tribunal Fédéral, 1ère Cour civile, arrêt du 4 février 2005, 4P.236/2004, publié dans *ASA Bulletin* n. 3, 2005.

États Unis

Weston Compagnie v. La Republica del Ecuador. U.S. District Court for the Southern District of New York, November 06, 1993.

BRIDAS S.A.P.I.C. v. Government of Turkmenistan, U.S. Court of Appeals, Fifth Circuit., No. 04-20842. April 21, 2006.

Josefina Najarro De Sanchez v. Banco Central De Nicaragua, Fifth Circuit , 770 F.2d 1385, 1985.

RIASSUNTO IN ITALIANO: LE ENTITÀ PARASTATALI A VOCAZIONE ECONOMICA NELL'ARBITRATO DEGLI INVESTIMENTI

L'idea di una tesi sulle imprese pubbliche nel diritto internazionale degli investimenti ha preso le mosse dall'impressionante sviluppo economico di queste entità nell'ultima decade, che conferisce una notevole attualità a questo tema, da un lato, dall'altro dall'interesse delle problematiche giuridiche che queste creature aprono.

Già la dottrina più datata (e.g. RIAD, SEIDL-HOHENVELDERN) aveva individuato nel carattere ibrido di queste entità un fenomeno di grande interesse giuridico. Le imprese pubbliche sono infatti una creazione dello Stato che le istituisce, le finanzia, ne stabilisce, almeno in principio, gli obiettivi e le funzioni e talvolta le dirige in maniera piuttosto precisa. Da questo complesso di situazioni discende quel carattere ibrido che pone queste realtà in una posizione intermedia tra una società privata ed un ente pubblico.

Alla trattazione di queste relazioni dal punto vista empirico è stato dedicato un ampio capitolo preliminare che ha analizzato la forma giuridica di questi enti sia in chiave comparatistica, che dal punto di vista del diritto internazionale applicabile alla materia. Questo studio preliminare, condotto trasversalmente su tutte le entità a vocazione economica nell'orbita dello stato realizzato attraverso un'analisi mista, basata ora sulla letteratura più recente nell'ambito del diritto internazionale dell'economia (e.g. VEDIE, BASSAN, SAUVANT K. P.) ora sui testi più classici relativi al tema dell'immunità ha permesso di verificare (e. g. FOX H.; KEEFE R. e TAMS C. J.) con una profondità e un dettaglio non ancora raggiunto nella raccolta di contributi sin qui esaminati come alcune delle questioni giuridiche relative alle imprese di stato non siano davvero affrontabili senza uno studio veramente analitico del diritto dell'economia. Questo ad esempio è emerso con chiarezza a proposito dei fondi sovrani.

Le diverse categorizzazioni proposte di queste entità, infatti, aiutano a comprendere come sotto la generica locuzione "Sovereign Wealth Fund", si nascondano una pluralità di enti con strutture e funzioni tutt'affatto diverse, tra loro e rispetto ad altre entità pubbliche a vocazione economica. Di grande interesse, per esempio, è lo studio proposto di quelle entità denominate dalla dottrina "Shadow Funds" (BUTT & SHIVDASANI) ossia dei fondi sovrani sotto il controllo più o meno diretto (la dottrina anglosassone di è riferita ad una nozione di difficile ricostruzione di "interest in") delle banche centrali. Queste entità, che

oggi più che in passato stanno investendo intensamente in Paesi esteri, potrebbero aprire problematiche giuridiche estremamente complesse che il nostro studio preliminare aiuta a chiarire.

Il corpo più strettamente giuridico della tesi è composto dalle tre parti successive ed ha due principali poli d'interesse: il primo, più evidente, legato alla comprensione del trattamento giuridico da riservare a questi enti e un secondo di più ampio respiro, volta a comprendere cosa il trattamento di questi enti possa dirci a livello sistemico sul diritto internazionale degli investimenti, cosa che come si vedrà a richiesta una comparazione mirata con l'arbitrato commerciale e con il diritto del commercio internazionale, alla trattazione del quale è stata riservata la terza parte.

Muovendo dal primo aspetto è stata svolta un'analisi sul diritto sostanziale e si è cercato ad ogni passo di comprendere come esse rifluiscono nel diritto processuale. Per meglio chiarire il metodo di analisi impiegato è utile seguire la struttura ripartita in tre aree della tesi.

La prima parte denominata l'impresa pubblica come parte nell'arbitrato degli investimenti ha come obiettivo l'individuazione delle effettive parti del processo che oppone un'impresa pubblica allo stato ospite. Le problematiche trattate in questo primo capitolo attengono alle questioni giurisdizionali.

Com'è noto la sussistenza della giurisdizione di un tribunale ICSID dipende sia dal consenso delle parti sia dalla possibilità di ricomprendere la disputa tra le questioni rientranti nella previsione dell'articolo 25 della Convenzione di Washington. Dunque, in una prima fase di questa parte si è analizzata la tematica dei trattati bilaterali d'investimento per verificare se da un'analisi delle previsioni di questi trattati fosse ricavabile una regola generale per interpretare questi strumenti quando essi non dicano nulla a proposito della possibilità per le imprese pubbliche di iniziare un arbitrato. A questo scopo si è affiancata un'indagine statistica che mostra come negli strumenti più recenti vi sia un generale favore verso la protezione degli investimenti pubblici e un'analisi interpretativa di alcuni degli strumenti più rappresentativi per mostrare come interpreti e tribunali abbiano sempre teso ad allargare le previsioni silenti a questo proposito nel senso di ricomprendere anche le imprese di Stato. Anche se non vi è prassi sufficiente per concludere che si tratti di una consuetudine interpretativa, anche in stato nascente, non si può nascondere che se il trend proseguisse sulla strada individuata gli sviluppi del diritto internazionale degli investimenti saranno certamente favorevoli alla protezione degli investimenti delle imprese pubbliche. La

questione della giurisdizione è poi stata esaminata, sempre con riguardo alla situazione in cui l'impresa pubblica agisca in qualità di attrice, con riferimento alla previsione dell'articolo 25 (1), il quale non specifica se le imprese pubbliche possano o meno essere tutelate. La locuzione "a national of a contracting state", su questo punto, infatti è del tutto generica. Il punto di partenza per quest'analisi interpretativa ha preso le mosse da quello che la dottrina di questo ambito conosce come il cd. "Broches Test", ossia un metro di analisi secondo il quale l'impresa pubblica è legittimata ad agire in giudizio salvo che essa abbia agito "come agente dello stato" o "esercitando funzioni di natura pubblicistica". Se questo secondo ambito di analisi ha posto relativamente pochi problemi, la giurisprudenza anche recentissima ha messo in luce come, in realtà l'interpretazione del termine "agent" sia lungi dall'aver raggiunto una sistemazione consolidata e razionale. La nostra tesi, in questo discostandosi dalla dottrina maggioritaria, ha condotto un'analisi del rapporto di agenzia nel diritto internazionale generale come descritto dalla dottrina più autorevole (ANZILLOTTI) ha permesso di escludere che si debba guardare al rapporto di agenzia per come descritto dal diritto internazionale classico. La mi tesi suggerisce quindi, discostandosi dalla dottrina maggioritaria sul punto (FELDMAN, BLYSCHAK) suggerisce che si debba guardare al rapporto di agenzia come elaborato nell'arbitrato commerciale, che a nostro avviso descrive molto meglio il tipo di rapporto che il cd. Broches Test intende descrivere. Se questa soluzione, come si vedrà nella seconda parte, evita alcune problematiche relative per esempio all'individuazione di un interesse ad agire distinto, questo approccio eclettico (che è poi quello che – silenziosamente – è stato seguito da diversi tribunali arbitrali degli investimenti) è uno dei vari sintomi che l'impostazione secondo la quale il diritto degli investimenti sia un sistema interamente racchiudibile nel diritto internazionale pubblico è un problema ancora in parte aperto, come per altro testimoniato da recente e autorevole dottrina (BROWER C. N. e KUMAR S. P.) e la cui eccessiva semplificazione suggerita da recente dottrina che ha condotto un controesame empirico limitato (DE BRABANDERE, E.) può portare in sede applicativa, come mostra bene il recente caso Beijing Urban Construction Group Co. Ltd. v. Republic of Yemen del 31 maggio 2017, ad esiti chiaramente paradossali. Nella stessa prima parte si è poi esaminato il problema processuale della partecipazione delle imprese di stato all'arbitrato degli investimenti sul lato passivo. Anche in questo ambito esistono delle previsioni di origine pattizia nei trattati bilaterali e multilaterali degli investimenti, tra cui particolare interesse pratico e teorico rivestono gli articoli 22 della Carta Europea dell'Energia e l'articolo 1503 NAFTA. La dottrina che ha studiato con particolare

attenzione queste norme (OMALU M. K.) ne ha esaltato la somiglianza dal punto di vista teleologico con l'articolo XVII del GATT, che impone obblighi di vigilanza sulle imprese pubbliche sul Paese parte del trattato in una forma, che per altro riecheggia l'articolo del TFUE. In questa tipologia di disposizione parte della dottrina (WAELDE T.W. e WOUTERS P. K.) ha intravisto le possibilità, in nuce, di una "global competition law".

La seconda parte relativa alla trattazione della competenza dei tribunali arbitrali *ratione materiae*, alla ricevibilità delle domande ed alla trattazione della cosa giudicata e dell'esecuzione di una decisione quando un'impresa pubblica è parte al procedimento è volta ad analizzare tutte le altre questioni che possono sorgere dalla natura pubblica di un'impresa al di fuori di quelle *ratione personae*.

Essa abbraccia una serie selezionata di questioni che aiutano a comprendere come le peculiarità delle imprese di Stato rifluiscono in aspetti processuali diversi. In questo ambito, infatti, si vede bene come le relazioni esistenti tra l'impresa pubblica e lo stato controllante pongono problematiche tutt'affatto particolari, quali ad esempio l'individuazione dell'esistenza dell'interesse ad agire e della sua titolarità. Questa è una problematica che si pone in maniera identica (e curiosamente trova identica soluzione) nell'arbitrato degli investimenti e in quello commerciale, dove l'analisi empirica dimostra che i tribunali hanno adottato un approccio fortemente sostanzialista, concentrato non tanto sull'utilità astrattamente perseguita dall'attore, quanto piuttosto un'impostazione volta a individuare il soggetto che otterrebbe effettivamente il vantaggio economico della causa. Più in generale lo studio dell'interesse ad agire nel diritto internazionale generale è una tematica che è stata largamente trascurata dalla dottrina più recente con l'unica eccezione del corso de l'Academie de la Hague di MBAYE, V. K., che tuttavia non ha analizzato i settori dell'economia del diritto. Anche in questo senso i risultati di ricerca raggiunti attraverso la comparazione dell'arbitrato commerciale e quello degli investimenti sin qui realizzati, pur nella loro modestia, rappresentano una novità nel panorama delle ricerche su questo punto e questo incoraggia a guardare anche possibili parallelismi e divergenze presenti in altri sistemi. L'ultimo capitolo della seconda parte è relativo alle questioni che attengono all'ambito di efficacia delle decisioni e alle questioni relative all'esecuzione. In ambito ICSID le problematiche più complicate, ma anche più interessanti, si pongono a proposito dell'istituto della designazione ai sensi dell'articolo 25 (1) e (3) della Convenzione di Washington e l'estensione della cosa giudicata, che stante la previsione dell'art. 54 dello stesso trattato, può dispiegare i suoi effetti diversamente a seconda degli sviluppi processuali

precedenti alla decisione. Anche in questo ambito lo studio della giurisprudenza recente ha rivelato delle sorprese relativamente all'estendersi anche a questo ambito di un approccio fortemente sostanzialista come testimoniato dalle decisioni *Apotex v. United States* e *Rachel S. Grynberg v. Grenada* e *Caratube v. Republic of Kazakhstan*.

La terza parte della tesi è relativa ad una comparazione generale del trattamento delle imprese pubbliche nel diritto degli investimenti e in quello del commercio internazionale. L'unico testo che ha cercato di affrontare il tema dello State Trading in maniera trasversale in tutti gli strumenti che compongono il sistema del diritto del commercio internazionale hanno ravvisato una simile potenzialità, sia pure evidenziandone le criticità (PETERSMANN E. U.) allo stato la dottrina che se n'è occupata sia ormai datata (1998) e manchi uno studio organico aggiornato e trasversale di questo soggetto, che per altro acquista una nuova attualità con l'accesso della Cina e del suo immenso complesso di imprese pubbliche nell'O.M.C.. Ed è sicuramente qui che si apre lo spazio per uno studio comparatistico molto approfondito sul diritto del commercio globale e la sua comparazione con il sistema degli investimenti per vedere come questi, pur nelle profonde differenze strutturali, si avvicinino dal punto vista funzionale nella protezione dell'interesse di un mercato globale, il che aiuterebbe a comprendere le somiglianze, ma anche le divergenze a livello sistemico tra il diritto internazionale degli investimenti, di origine pubblicistica, ma per struttura e funzioni molto più legato agli interessi privati, al punto che, come si diceva in apertura, ha una natura senz'altro meno limpida rispetto al diritto del commercio internazionale.

Nell'ambito del GATT la dottrina francese (LUFF, D.) ha sostenuto come la questione della dimostrazione di un interesse ad agire da parte dello Stato abbia un'importanza più limitata rispetto ad altri sistemi, sebbene vi siano delle limitazioni con riguardo alle dispute in materia antidumping, quelle relative ai sussidi e per quanto concerne l'applicazione dell'art. 14.4 OTC, dove sebbene le parti della disputa siano formalmente sempre due stati membri si apre una situazione dove la parte attrice deve fornire la dimostrazione dell'equivalenza dell'attività di un ente non governativo o di una sub-unità amministrativa dello Stato a quella di un Paese membro. Questo tipo di dimostrazione potrebbe, ad un livello di astrazione piuttosto elevato, presentare delle similitudini speculari con gli ostacoli incontrati da un soggetto agente dinnanzi ad un tribunale degli investimenti quando richiesto di dimostrare che il titolare dell'azione è l'impresa pubblica e non lo stato controllante. Nel caso del sistema del diritto del commercio, quando l'attore deve sostanzialmente fornire la prova

opposta, dimostrando l'equivalenza dell'iniziativa di un soggetto diverso da quello dello stato allo stato stesso.

CONCLUSIONI

Dagli studi sin qui condotti c'è ragione d'immaginare che lo studio delle imprese di stato nel diritto internazionale dell'economia apra importanti spunti di riflessione. Per quanto concerne il loro trattamento dal punto di vista del diritto internazionale degli investimenti non c'è dubbio che dal punto di vista empirico esse debbano, nella larghissima maggioranza dei casi, essere considerate come le loro omologhe private. Nell'ambito della responsabilità dello Stato e aspetti connessi, la giurisprudenza a partire dal caso Jan de Nul del 2006 ha virato con decisione verso gli standard di responsabilità individuati dalla Corte internazionale di giustizia nel caso Nicaragua, tant'è vero che dal punto di vista pratico, con una singola eccezione, tutte le azioni intentate dagli investitori contro gli stati per attività compiute da imprese pubbliche sono sistematicamente fallite. Anche l'interpretazione degli strumenti di origine pattizia, in linea di principio non hanno portato ad un significativo allargamento dell'ambito della responsabilità dello Stato. In maniera piuttosto simmetrica si può dire che, anche attraverso delle forzature piuttosto significative dal punto di vista dogmatico, i tribunali, sia nell'ambito del diritto commerciale che degli investimenti hanno riconosciuto l'autonomia delle imprese pubbliche. Per quanto concerne i riflessi sul sistema generale si può dire che il regime della responsabilità dello Stato per gli atti compiuti dalle entità parastatali si sia empiricamente avvicinato alle regole ricavabili dal progetto di articoli sulla responsabilità dello stato, con ciò dimostrando un certo avvicinamento al diritto internazionale pubblico, rispetto all'arbitrato commerciale. Non si può dire tuttavia che il nostro studio confermi questa evoluzione in tutti gli aspetti trattati. È vero invece che in altri ambiti processuali sembrano prevalere soluzioni effettivamente ispirate al diritto pubblico, ma che a nostro avviso non hanno dato buona prova o altre, surrettiziamente, ispirate all'arbitrato commerciale, che pur rappresentando una frazione limitata di tutta la giurisprudenza nell'ambito degli investimenti, rappresentano un elemento significativo per supporre che il viaggio dell'arbitrato degli investimenti verso il diritto internazionale puro sia ancora in parte da compiere e, in parte, potrebbe richiedere dei ripensamenti. I risultati sin qui raggiunti incoraggiano comunque a guardare oltre, cercando di conferme delle ipotesi sin qui formulate nella comparazione mirata con altri settori del diritto internazionale dell'economia.