

# Journal du Droit International

*Clunet*

*Paraissant tous les trois mois*

Janvier-Février-Mars 2014  
n° 1/2014

**Directeur :** Jean-Michel JACQUET  
Fondé en 1874 par Édouard CLUNET

Continué par André PRUDHOMME (de 1923 à 1948),  
Berthold GOLDMAN (de 1950 à 1993) et Philippe KAHN (de 1985 à 2002).

---

**Sous le haut patronage de :**

J. BÉGUIN †, J.-D. BREDIN,  
J. DEHAUSSY, P. DRAI,  
J. LEMONTEY, M. LONG,  
M. MARTIN, A. PLANTEY †,  
J. VASSOGNE, S. ROZES, P. WEIL

**Journal publié avec le  
concours de la CNUDCI**

# DOCTRINE

---

## 1 La jurisprudence de la Cour internationale de justice dans les sentences CIRDI

---

Lalive Lecture, 5 juin 2013

par

Alain Pellet\*

*professeur à l'université Paris Ouest, Nanterre La Défense,  
ancien membre et ancien président de la Commission du droit international,  
président de la Société française pour le droit international*

---

### Résumé

*Le dialogue entre la Cour internationale de justice et les tribunaux compétents en matière d'investissement est à sens unique. En effet, si ces tribunaux se réfèrent très largement à la jurisprudence de la Cour mondiale dans leurs raisonnements, en revanche, celle-ci a jusqu'ici ignoré les décisions et sentences de ces tribunaux. Cet état de fait n'étonne guère. Le droit des investissements internationaux est, depuis plusieurs décennies déjà, largement investi par le droit international public. Les règles et standards de protection se trouvent aujourd'hui principalement dans des instruments de droit international public, les traités bilatéraux ou multilatéraux de protection des investissements, et les différends se règlent généralement devant des tribunaux arbitraux internationaux. Il est donc logique que ces tribunaux s'appuient sur la jurisprudence de la CIJ pour trancher les nombreuses questions de droit international public tant de procédure, de compétence que de fond qui se posent à eux. Toutefois, de la non-pertinence au suivisme, le poids de la jurisprudence de la CIJ dans le raisonnement des arbitres varie sensiblement en fonction du problème abordé.*

### Summary

*The dialogue between the International Court of Justice and investment tribunals is a one-way dialogue. Indeed, if investment tribunals often refer to the case law of the World Court in their reasoning, the Court, on the other hand, has always ignored the decisions*

---

\* Cette « Lalive Lecture » a été donnée le 5 juin 2013. Elle résulte en partie d'un « cours intensif » donné en mai 2013 dans le cadre du *Master in International Dispute Settlement (MIDS)* à l'Institut des hautes études internationales et du développement à Genève. Le texte ci-après est une version mise à jour et augmentée de la traduction anglaise de cette conférence, publiée avec la permission d'Oxford University Press, dans *l'ICSID Review*, vol. 28, n° 2, 2013, p. 223-240, disponible à l'adresse suivante : <http://icsidreview.oxfordjournals.org/content/28/2/223.extract>.

Je tiens à remercier vivement Benjamin Samson, chercheur au CEDIN, qui a consacré beaucoup de temps et d'efforts à la préparation de ce cours, de cette conférence et du présent article.

and awards of these tribunals. This situation is hardly surprising. International investment law has been, for several decades, largely invested by public international law. The rules and standards of protection are today mainly codified in public international law instruments, the bilateral or multilateral treaties concerning the protection of investment, and the disputes are generally settled before international arbitral tribunals. It is therefore only logical that these tribunals seek support in the case law of the ICJ to settle the numerous questions of public international law that arise. However, from irrelevance to blind conformity, the weight of the ICJ case law in the arbitrators' reasoning varies significantly depending on the problem being addressed.

Le sujet de cette conférence est austère. Mais il a le mérite d'ouvrir des perspectives plus vastes qu'il y paraît à première vue. Par le prisme que j'ai choisi, on peut, je crois, se poser d'intéressantes questions doctrinales qui ne sont pas dépourvues de conséquences pratiques : quelle est la nature du « système CIRDI » ? Un ordre juridique à part entière ? Un « sous-système » du droit international général ? Un OJNI « *sui generis* » – le refuge des *non possumus* doctrinaux... ? Et comment et dans quelle mesure, dans ce « système » (mot auquel je ne donne pour l'instant aucun sens théorique précis), utilise-t-on des éléments relevant du droit international général ? Doit-on raisonner en termes de relations entre ordres juridiques ? De rapports de systèmes ? Ou d'interactions normatives ? Bien que je n'aie pas la prétention de donner des réponses définitives à ces vastes questions, je les aurai en tête en essayant de décrire les domaines dans lesquels les tribunaux CIRDI recourent à la jurisprudence de la Cour mondiale – expression dans laquelle j'englobe la CIJ et son prédécesseur, la Cour permanente – et la manière dont ils s'y prennent.

#### I. – ET LA JURISPRUDENCE CIRDI DANS LES DÉCISIONS DE LA CIJ ?

Au préalable, une question liminaire : pourquoi pas « la jurisprudence CIRDI dans les décisions de la Cour internationale de justice » ?

La réponse pourrait être simplement que ce n'est pas le thème de notre causerie... Certes ! Mais il y a de bonnes raisons à ceci car je ne crois pas que ç'eût été un sujet très porteur :

– d'abord, on peut avoir quelque doute sur l'existence d'une « jurisprudence CIRDI » ; je ne me lancerai pas dans la discussion de ce vaste problème, qui a déjà fait couler beaucoup d'encre<sup>1</sup> ; disons seulement que je pense qu'il y a

1. V. par exemple, K. P. Berger, *The International Arbitrators' Application of Precedents : Transnational Dispute Management*, 2008/3. – A. K. Bjorklund, *The Emerging Civilization of Investment Arbitration*, in T. E. Carbonneau & A. M. Sinopole (ss dir.), *Building the Civilization of Arbitration* : Simmonds & Hill, 2010, p. 247-278. – C. N. Brower, M. Ostolenghi & P. Prows, *The Saga of CMS : Res Judicata, Precedent and the Legitimacy of ICSID Arbitration*, in C. Binder, U. Kriebaum, A. Reinisch & S. Wittich (ss dir.), *International Investment Law for the 21st Century : Essays in Honour of Christoph Schreuer* : Oxford UP, 2009, p. 843-864. – C. Brown, *The Use of Precedents of Other International Courts and Tribunals in Investment Treaty Arbitration* : TDM, 2008/3. – T.-H., Cheng, *Precedent and Control in Investment Treaty Arbitration* : Fordham International Law Journal, 2007, p. 1014-1049. – J. P. Commission, *Precedent in Investment Treaty Arbitration : a Citation Analysis of a Developing Jurisprudence* : Journal of international arbitration, 2007, p. 129-158. – D. di Pietro, *The Use of Precedents in ICSID Arbitration : Regularity or Certainty ?* : International Arbitration Law Review, 2007, p. 92-103. – Z. Douglas, *Can a Doctrine of Precedent be Justified in Investment Treaty Arbitration ?* : ICSID Review : Foreign Investment Law Journal, 2010/1, p. 104-110. – J. Gill, *Is There*

« des » jurisprudences constantes sur un nombre limité de points (dont certains, il est vrai, sont importants (comme la reconnaissance de la qualité pour agir des actionnaires ou la valeur juridique des mesures conservatoires – deux domaines dans lesquelles la jurisprudence de la Cour a joué un certain rôle d'ailleurs) et un regrettable fouillis jurisprudentiel sur beaucoup d'autres (par exemple en ce qui concerne, la définition d'un « investissement »<sup>2</sup>, les conséquences des clauses de

- a Special Role for Precedent in Investment Arbitration ? : ICSID Review, FILJ, 2010/1, p. 87-94. – G. Kaufmann-Kohler, Arbitral Precedent : Dream, Necessity or Excuse ? (The 2006 Freshfields Lecture) : Arbitration International, 2007, p. 357-378. – C. Kessedjian, To Give or Not to Give Precedential Value to Investment Arbitration, in R. P. Alford & C. A. Rogers (ss dir.), The Future of Investment Arbitration : Oxford UP, 2009, p. 43-68. – N. Miller, An International Jurisprudence ? : The Operation of Precedent across International Tribunals : Leiden Journal of International Law, 2002, p. 483-526. – J. Paulsson, The Role of Precedent in Investment Arbitration, in K. Yannaca-Small (ss dir.), Arbitration under International Investment Agreements : a Guide to the Key Issues : Oxford UP, 2010, p. 699-718. – L. Reed, The « De Facto » Precedent Regime in Investment Arbitration : a Case for Proactive Case Management : ICSID Review : FILJ, 2010/1, p. 95-103. – M. Reisman, « Case Specific Mandates » versus « Systemic Implications » : How Should Investment Tribunals Decide ? (The Freshfields Arbitration Lecture) : Arbitration International, 2013/2, p. 131-152. – A. Rigo Sureda, Precedent in Investment Treaty Arbitration, in C. Binder, U. Kriebaum, A. Reinisch & S. Wirtich (ss dir.), International Investment Law for the 21st Century : Essays in Honour of Christoph Schreuer : Oxford UP, 2009, p. 830-842. – G. Sacerdoti, Precedent in the Settlement of International Economic Disputes : the WTO and Investment Arbitration models : Contemporary Issues in International Arbitration and Mediation : the Fordham Papers 2010, 2011, p. 225-246. – S. W. Schill, System-Building in Investment Treaty Arbitration and Lawmaking, in A. von Bogdandy & I. Venzke (ss dir.), International Judicial Lawmaking : on Public Authority and Democratic Legitimation in Global Governance : Springer, 2012, p. 133-177. – C. Schreuer & M. Weiniger, A Doctrine of Precedent ?, in P. Muchlinski, F. Ortino & C. Schreuer (ss dir.), The Oxford Handbook of International Investment Law : Oxford UP, 2008, p. 1188-1206. – Mounir Snoussi, La cohérence de la jurisprudence du CIRDI, in Où va le droit international de l'investissement ? : désordre normatif et recherche d'équilibre : actes du colloque organisé à Tunis, 3-4 mars 2006 : Pedone, 2007, p. 259-282. – V. S. Vadi, Towards Arbitral Path Coherence & Judicial Borrowing : Persuasive Precedent in Investment Arbitration : TDM, 2008/3. – W. M. C. Weidemaier, Toward a Theory of Precedent in Arbitration : William and Mary Law Review, 2010, p. 1895-1958. – J. R. Weeramantry, The Future Role of Past Awards in Investment Arbitration : ICSID Review : FILJ, 2010, p. 111-124. – G. I. Zekos, Precedent and Stare Decisis by Arbitrations and Courts in Globalization : The Journal of World Investment and Trade, 2009, p. 475-510.*
2. V. par exemple : CIRDI, décision sur la compétence, 11 juill. 1997, n° ARB/96/3, *Fedax N. V. / Venezuela*. – CIRDI, décision sur la compétence, 31 juill. 2001, n° ARB/00/4, *Salini Costruttori SpA et Italstrade SpA / Maroc*. – CIRDI, sentence, 10 janv. 2005, n° ARB/03/8, *Consortium Groupement L.E.S.I. – DIPENTA c. Algérie*. – CIRDI, décision sur la compétence, 14 nov. 2005, n° ARB/03/29, *Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi AS / Pakistan*. – CIRDI, décision sur la compétence, 16 juin 2006, n° ARB/04/13, *Jan de Nul N.V. et Dredging International NV / Égypte*. – CIRDI, décision sur la compétence, 2 oct. 2006, n° ARB/03/16, *ADC Affiliate Limited et ADC & ADMC Management Limited / Hongrie*. – CIRDI, décision sur la compétence, 17 oct. 2006, n° ARB/05/19, *Helnan International Hotels A/S / Égypte*. – CIRDI, décision sur l'annulation, 1 nov. 2006, n° ARB/99/7, *Patrick Mitchell / République démocratique du Congo*. – CIRDI, 21 mars 2007, n° ARB/05/07, *Saipem SpA / Bangladesh*. – CIRDI, décision sur la compétence, 17 mai 2007, n° ARB/05/10, *Malaysian Historical Salvors, SDN, BHD / Malaisie et décision sur l'annulation, 16 avr. 2009. – CIRDI, décision sur la compétence, 6 juill. 2007, n° ARB/05/18, Ioannis Kardassopoulos / Géorgie. – CIRDI, sentence, 31 juill. 2007, n° ARB/03/6, MCI Power Group LC & New Turbine, Inc. / Équateur. – CIRDI, sentence, 11 sept. 2007, n° ARB/05/8, Parkering-Compagniet AS / Lituanie. – CIRDI, sentence, 8 mai 2008, n° ARB/98/2, Victor Pey Casado et President Allende Foundation / Chili. – CIRDI, sentence, 24 juill. 2008, n° ARB/05/22, Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. / Tanzanie. – CIRDI, sentence, 15 avr. 2009, n° ARB/06/5, Phoenix Action, Ltd. / République tchèque. – CIRDI, sentence, 8 nov. 2010, n° ARB/07/16, Alpha Projektholding GmbH / Ukraine. – CIRDI, sentence, 7 févr. 2011, n° ARB/08/18, Malicorp Limited / Égypte. – CIRDI, décision sur la compétence, 3 août 2011, n° ARB/07/15, Abaclat et al. / Argentine. – CIRDI, décision sur la compétence, 8 févr. 2013, n° ARB/08/9, Ambiente Ufficio S.p.A. et al. / Argentine.*

la nation la plus favorisée<sup>3</sup> ou encore des clauses parapluies<sup>4</sup> – mais parler de « la » jurisprudence du CIRDI, ce serait très aventureux<sup>5</sup> ;

– ensuite et surtout, le constat peut être rapide : la CIJ ne se réfère tout simplement pas aux décisions du CIRDI.

Certes, la Cour, soucieuse de son prestige fait mine d'ignorer les jurisprudences extérieures car, comme l'a écrit Maurice Mendelson, elle « *regards itself, as the supreme public international law tribunal, and as such would not wish to be seen to rely too heavily on the jurisprudence of other bodies* »<sup>6</sup>. Cette indifférence est, à vrai dire, moins prononcée qu'on le dit<sup>7</sup>. Mais elle est totale s'agissant du CIRDI et, s'il est vrai que les affaires soumises à la Cour ne s'y prêtent guère –

3. V. par exemple : CIRDI, décision sur la compétence, 25 janv. 2000, n° ARB/97/7, *Emilio Augustin Maffezini c/ Espagne*. – CIRDI, décision sur la compétence, 8 févr. 2005, n° ARB/03/24, *Plama Consortium Limited c/ Bulgarie*. – CIRDI, décision sur la compétence, 17 juin 2005, n° ARB/03/10, *Gas Natural c/ Argentine*. – CIRDI, décision sur la compétence, 16 mai 2006, n° ARB/03/17, *Suez Sociedad General de Aguas de Barcelona SA et Inter Aguas Servicios Integrales del Agua SA c/ Argentine*. – CIRDI, décision sur la compétence, 3 août 2006, *Suez Sociedad General de Aguas de Barcelona SA et Vivendi Universal SA c/ Argentine*. – CIRDI n° ARB/04/15, sentence, 13 sept. 2006, *Telenor Mobile Communications AS c/ Hongrie*. – *Wintershall Aktiengesellschaft c. Argentine*, aff. CIRDI n° ARB/04/14, sentence, 8 déc. 2008. – CIRDI, sentence, 11 juin 2012, n° ARB/03/23, *EDF International SA, SAUR International SA et León Participaciones Argentinas SA c/ Argentine*. – CPA, décision sur la compétence, 10 févr. 2012, n° 2010-9, *IGCS Inspection and Control Services Limited c/ Argentine*. – CIRDI, sentence, 22 août 2012, n° ARB/05/1, *Daimler Financial Services AG c/ Argentine*. – CIRDI, décision sur la compétence, 3 juill. 2013, n° ARB/11/20, *Garanti Koza LLP c/ Turkménistan*. – Pour une présentation systématique, V. J. A. Maupin, *MFN-based Jurisdiction in Investor-State Arbitration : Is There Any Hope for a Consistent Approach ?* : *Journal of International Economic Law*, vol. 14/1, 2011, p. 157-190.
4. V. par exemple : CIRDI, décision sur la compétence, 6 août 2003, n° ARB/01/13, *SGS Société Générale de Surveillance SA c/ Pakistan*. – CIRDI, décision sur la compétence, 29 janv. 2004, n° ARB/02/6, *SGS Société Générale de Surveillance SA c/ Philippines*. – CIRDI, décision sur la compétence, 6 août 2004, n° ARB/03/11, *Joy Mining Machinery Limited c/ Égypte*. – CIRDI, décision sur la compétence, 9 nov. 2004, n° ARB/02/13, *Salini Costruttori SpA et Italstrade SpA c/ Jordanie*. – CIRDI, décision sur la compétence, 11 mai 2005, n° ARB/02/16, *Sempra Energy International c/ Argentine*. – CIRDI, sentence, 12 mai 2005 décision sur l'annulation, 25 sept. 2007, n° ARB/01/8, *CMS Gas Transmission Company c/ Argentine*. – et sentence partielle, 19 août 2005, *Eureko B.V. c/ Pologne*. – CIRDI, sentence, 12 oct. 2005, n° ARB/01/11, *Noble Ventures, Inv. c/ Roumanie*. – CIRDI, décision sur la compétence, 27 avr. 2006, n° ARB/03/15, *El Paso Energy International Company c/ Argentine et sentence*, 31 oct. 2011. – CIRDI, décision sur la compétence, 27 juill. 2006, n° ARB/04/8, *BP America Production Company, Pan American Sur SRL, Pan American Fuegoína, SRL and Pan American Continental SRL c. Argentine*. – CIRDI, sentence, 18 août 2008, n° ARB/04/19, *Duke Energy Electroquil Partners & Electroquil SA c/ Équateur*. – CIRDI, sentence, 27 août 2008, n° ARB/03/24, *Plama Consortium Limited c/ Bulgarie*. – CIRDI, sentence, 5 sept. 2008, n° ARB/03/9, *Continental Casualty Company c/ Argentine*. – CIRDI, décision sur la compétence, 12 févr. 2010, n° ARB/07/29, *SGS Société Générale de Surveillance SA c/ Paraguay et sentence*, 10 févr. 2012. – CIRDI, décision sur la compétence, 2 juin 2010, n° ARB/08/5, *Burlington Resources Inv. c/ Équateur*. – CIRDI, sentence, 22 juin 2010, n° ARB/07/14, *Liman Caspian Oil BV & NCL Dutch Investment BV c/ Kazakhstan*. – CIRDI, sentence, 11 juin 2012, n° ARB/03/23, *EDF International SA, SAUR International SA et León Participaciones Argentinas SA c/ Argentine*. – CIRDI, sentence, 25 oct. 2012, n° ARB/08/11, *Bosh International, Inc. et B&P Ltd Foreign Investments Enterprise c/ Ukraine*. – CIRDI, sentence, 31 oct. 2012, n° ARB/09/2, *Deutsche Bank AG c/ Sri Lanka*. – CIRDI, sentence, 11 déc. 2013, n° ARB/05/20, *Ioan Micula, Viorel Micula, SC European Food SA, SC Starmill SRL et SC Multipack SRL c/ Roumanie*.
5. Toutefois, certains tribunaux CIRDI font référence à la « jurisprudence CIRDI » (*JCSID Jurisprudence*). – Pour un exemple récent, V. CIRDI, sentence, 8 avr. 2013, n° ARB/11/23, *Frank Charles Arif c/ Moldavie*, § 385 et 630.
6. M. Mendelson, *The International Court of Justice and the Sources of International Law in V. Lowe & M. Fitzmaurice (ss dir.), Fifty Years of the International Court of Justice : Essays in Honour of Sir Robert Jennings* : Cambridge UP, 1996, p. 83.
7. A. Pellet, *Article 38 in A. Zimmermann, Ch. Tomuschat & K. Oellers-Frahm (ss dir.), The Statute of the International Court of Justice : a Commentary* : OUP, Oxford, 2<sup>e</sup> éd., 2012, p. 858-859, § 317.

quoique les tribunaux d'arbitrage mettent en œuvre des principes généraux dont la portée dépasse le droit de l'investissement. Ainsi, dans une sentence du 17 août 2007, *Occidental Petroleum*<sup>8</sup>, un tribunal CIRDI reprenant d'ailleurs, peut-être sans le savoir, une idée avancée par le juge français de la CIJ, Ronny Abraham<sup>9</sup>, qui s'était lui-même inspiré de la jurisprudence de la CJCE<sup>10</sup>, a subordonné l'indication de mesures conservatoires à l'existence de « *an actual right or a legally protected interest* »<sup>11</sup> ; la Cour ne s'y est pas référée lorsqu'elle a suivi la même voie dans l'ordonnance du 28 mai 2009 par laquelle elle a refusé d'indiquer les mesures conservatoires demandées par la Belgique dans l'affaire *Hissène Habré*<sup>12</sup>. L'affaire *Diallo* aurait pu être l'occasion pour la Cour de s'intéresser plus directement au droit du CIRDI ; or non seulement ça n'a pas été le cas, mais encore l'arrêt du 24 mai 2007 sur les exceptions préliminaires témoigne d'une grande prudence, pour dire le moins, de la Haute juridiction vis-à-vis du système CIRDI.

Après avoir noté « que, en droit international contemporain, la protection des droits des sociétés et des droits de leurs actionnaires, et le règlement des différends y afférents sont essentiellement régis par des accords bilatéraux ou multilatéraux en matière de protection des investissements étrangers », tels les TBI et la convention CIRDI, « ainsi que par des contrats entre les États et les investisseurs étrangers »<sup>13</sup>, la Cour, qui dit avoir « examiné avec soin la pratique des États et les décisions des cours et tribunaux internationaux en matière de protection diplomatique des associés et des actionnaires, est d'avis qu'elles ne révèlent pas – du moins à l'heure actuelle – l'existence en droit international coutumier d'une exception permettant une protection par substitution telle qu'invoquée par la Guinée »<sup>14</sup>. Et peu importe « que différents accords internationaux tels les accords sur la promotion et la protection des investissements étrangers et la convention de Washington aient institué des régimes juridiques spécifiques en matière de protection des investissements, ou encore qu'il soit courant d'inclure des dispositions à cet effet dans les contrats conclus directement entre États et investisseurs étrangers, [ceci] ne suffit pas à démontrer que les règles coutumières de protection diplomatique auraient changé ; il pourrait tout aussi bien se comprendre dans le sens contraire »<sup>15</sup>. Cela se défend dans l'abstrait, mais c'est tout de même assez cavalier pour les milliers de TBI, les plus nombreux milliers de contrats et les centaines de sentences qui forment le

8. CIRDI, *décision sur les mesures conservatoires*, 17 août 2007, n° ARB/06/11, *Occidental Petroleum Corporation et Occidental Exploration and Production Company c/ Équateur*, § 65.

9. CIJ, *ord.*, 13 juill. 2006, *Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay (Argentine c/ Uruguay)*, *mesures conservatoires*, *opinion individuelle de M. le juge Abraham* : *Rec. CIJ* 2006, p. 137-141.

10. CJCE, 19 juill. 1995, *aff. C-149/95, Commission c/ Atlantic Container Line AB c.a.*

11. CIRDI, *décision sur les mesures conservatoires*, 17 août 2007, n° ARB/06/11, *Occidental Petroleum Corporation et Occidental Exploration and Production Company c/ Équateur*, § 65.

12. En ce sens, V. M. Forteau, *La contribution au développement du droit international général de la jurisprudence arbitrale relative aux investissements étrangers* : *Anuário brasileiro de direito internacional*, 2009/1, p. 18.

13. CIJ, 24 mai 2007, *Ahmadou Sadio Diallo (République de Guinée c/ République démocratique du Congo)*, *exceptions préliminaires* : *Rec. CIJ* 2007, p. 614, § 88.

14. *Ibid.*, p. 615, § 89.

15. *Ibid.*, § 90.

droit contemporain de l'investissement et se voient réduits au rang de « régimes spécifiques ». C'est un peu d'arrogance peut-être... En tout cas, il est évident que « *there is no obstacle in international law to the expression of the will of States through treaties being at the same time an expression of practice and of the opinio juris necessary for the birth of a customary rule if the conditions for it are met* »<sup>16</sup> et il faudra bien se résigner à admettre un jour que la masse critique est atteinte. Et l'on ne peut que souscrire à l'observation du Tribunal CIRDI dans l'affaire *Mondev*, selon laquelle « *such a body of concordant practice will necessarily have influenced the content of rules governing the treatment of foreign investment in current international law* »<sup>17</sup>. Quoiqu'en pense la Cour de La Haye, il me semble qu'elle l'est, même s'il m'est difficile d'aller plus loin dans la critique : j'avais développé cet argument au nom de la Guinée<sup>18</sup> et... je n'ai visiblement pas su convaincre la Cour ; il n'est pas séant de maudire ses juges (même quand ils font fausse route !).

Il reste que, si elle ne se montre pas plus attentive aux évolutions profondes du droit des investissements – et du droit international tout court – qui se dessinent ailleurs, la CIJ risque de s'enfermer dans une tour d'ivoire qui pourrait, à nouveau, assécher son rôle et la renvoyer à sa somnolence des années 1970. Comme l'a remarqué le Tribunal *CMS* dans sa décision sur la compétence du 17 juillet 2003, « *the fact is that lex specialis in this respect is so prevalent that it can now be considered the general rule, certainly in respect of foreign investments and increasingly in respect of other matters* »<sup>19</sup>.

Quoi qu'il en soit, vues de La Haye, les relations entre les deux jurisprudences qui nous intéressent ne se prêtent pas à de longs développements même si l'on peut tout de même, peut-être, tirer deux conséquences des rares prises de position de la Cour en la matière :

- 1° il semble qu'elle n'admet pas l'existence d'un « système CIRDI » mais seulement celle d'une série de règles spéciales applicables au cas par cas ; et
- 2° ces règles spéciales sont ancrées dans le droit international public que la CIJ a pour mission d'appliquer.

## II. – LA JURISPRUDENCE : UN « MOYEN AUXILIAIRE DE DÉTERMINATION DES RÈGLES DE DROIT » – DANS LE SYSTÈME CIRDI AUSSI

*Quid* maintenant si on se place dans la perspective non plus de la Cour mais du CIRDI ? (Quand je dis « CIRDI », je vise aussi bien le mécanisme institutionnel « mou » mis en place par la Convention de Washington de 1965, à commencer par les tribunaux arbitraux et les comités *ad hoc*, que les sentences et décisions

16. CIRDI, décision sur la compétence, 11 mai 2005, n° ARB/02/16, *Sempra Energy International c/ Argentine*, § 156.

17. CIRDI, sentence, 11 oct. 2002, n° ARB (AF)/99/2, *Mondev International Ltd. c/ États-Unis d'Amérique*, § 117.

18. *Plaidoirie*, 28 nov. 2006 (matin), CR 2006/51, p. 37-50, en particulier p. 41-43, § 10-12. – *Plaidoirie*, 1<sup>er</sup> déc. 2006 (matin), CR 2006/53, p. 33-42, en particulier p. 37-38, § 11-12.

19. CIRDI, décision sur la compétence, 17 juill. 2003, n° ARB/01/18, *CMS Gas Transmission Company c/ Argentine*, § 48.

rendues par ces instances – toujours le « système CIRDI » considéré empiriquement).

Chacun sait que, pas plus que la CIJ, les tribunaux CIRDI ne sont liés par la règle du *stare decisis*. Vu de Sirius, l'usage qu'ils font de « la jurisprudence » est celui que l'on retrouve au sein toutes les juridictions internationales (et quand je dis « juridictions » je vise aussi bien les juridictions permanentes que les tribunaux arbitraux) : comme la CIJ<sup>20</sup>, le Tribunal du droit de la mer<sup>21</sup>, les panels et l'Organe de règlement des différends de l'OMC<sup>22</sup>, les cours régionales de droits de l'homme<sup>23</sup>, les cours ou tribunaux pénaux<sup>24</sup>, les tribunaux CIRDI (et, plus généralement, tous les tribunaux compétents en matière d'investissement) font appel aux « décisions judiciaires » – il vaudrait mieux dire aux « décisions juridictionnelles et arbitrales » – « comme moyen auxiliaire de détermination des règles de droit » selon la formule célèbre (et à mes yeux admirable) de l'article 38, paragraphe 1.a), du Statut de la Cour internationale de Justice, auquel renvoie implicitement<sup>25</sup> l'article 42, paragraphe 1, de la Convention CIRDI<sup>26</sup>.

Comme l'a dit, en termes excellents la sentence *AWG contre Argentine* :

« [a]lthough this tribunal is not bound by such prior decisions, they do constitute  
“ a subsidiary means for the determination of the rules of [international] law ”  
[c'est la formule de l'article 38.1).b) du Statut de la CIJ] Moreover,

20. V. par exemple : CIJ, 11 sept. 1992, *Différend frontalier terrestre, insulaire et maritime (El Salvador c/ Honduras ; Nicaragua (intervenant))* : Rec. CIJ 1992, p. 589-601, § 386-404. – V. aussi CIJ, 26 févr. 2007, *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c/ Serbie-et-Monténégro)* : Rec. CIJ 2007, p. 131-134, § 214-223 and p. 209, § 403. – CIJ, 30 nov. 2010, *Ahmadou Sadio Diallo (République de Guinée c/ République démocratique du Congo), fond* : Rec. CIJ 2010, p. 663-664, § 64-68. – CIJ, 3 févr. 2012, *Immunités juridictionnelles de l'État (Allemagne c/ Italie ; Grèce (intervenant))*, § 72 ou CIJ, 19 nov. 2012, *Différend territorial et maritime (Nicaragua c/ Colombie)*, § 178-179.
21. TIDM, 14 mars 2012, *Différend relatif à la délimitation de la frontière maritime entre le Bangladesh et le Myanmar dans le golfe du Bengale (Bangladesh/Myanmar)*, § ou TIDM, ord., 22 nov. 2013, *aff. de l'Arctic Sunrise* (Royaume des Pays-Bas c/ Fédération de Russie), *mesures conservatoires*, § 51-52.
22. *Rapp. Organe d'appel*, 30 avr. 2008 (adopté le 20 mai 2008), *États-Unis – Acier inoxydable (Mexique)*, WT/DS344/AB/R, p. 65-68, § 154-162.
23. CEDH, 27 sept. 1990, n° 10843/84, *Cossey c/ Royaume-Uni* : série A, vol. 184, § 35. – CEDH, *gde ch.*, 7 juill. 2011, n° 27021/08, *Al-Jedda c/ Royaume-Uni*, § 107 ou *Cour africaine des droits de l'Homme et des peuples (CADHP)*, 14 juin 2013, *Tanganyika Law Society & The Legal and Human Rights Centre c/ République unie de Tanzanie, Révérend Christopher R. Mtshila c/ République unie de Tanzanie (en particulier, § 82 et 106-107)*.
24. *TPI-Y, jugement*, 14 janv. 2000, *aff. n° IT-95-16-T, Procureur c/ Kupreskić*, § 540. – V. aussi *TPI-Y, Ch. appel*, 24 mars 2000, *aff. n° IT-95-14/1-A, Procureur c/ Zlatko Aleksovski*, § 89-114 (V. aussi § 122-136 et 137-146) ou *CPI, ch. 1<sup>re</sup> instance I, décision relative à la peine*, 10 juill. 2012, *ICC-01/04-01/06, Le Procureur c/ Thomas Lubanga Dyilo*, § 12.
25. Dans une sentence du 22 juin 2010, un Tribunal CIRDI a relevé que : « While Article 38.1.d. of the Statute of the International Court of Justice expressly mandates the Court to also take into account “judicial decisions”, there is no such express rule either in the ECT, the ICSID Convention or other applicable part of international law as to whether, and if so to what extent, arbitral awards are of relevance to the Tribunal's task » (sentence, 22 juin 2010, *ICSID Case n° . ARB/07/14, Liman Caspian Oil BV and NCL Dutch Investments BV v. Republic of Kazakhstan*, § 172 – souligné par le Tribunal). Comme l'établit le Rapport des administrateurs, le renvoi aux principes du droit international vise implicitement l'article 38 du Statut de la CIJ et, donc, les « décisions judiciaires » mentionnées à l'alinéa d) – V. note suivante.
26. *V. Rapp. administrateurs sur la Convention CIRDI*, § 40 : « Le terme « droit international » doit ici être interprété au sens de l'article 38(1) du Statut de la Cour internationale de justice, compte tenu cependant du fait que cet article 38 est destiné à s'appliquer à des différends interétatiques ».



*considerations of basic justice would lead tribunals to be guided by the basic judicial principle that "like cases should be decided alike", unless a strong reason exists to distinguish the current case from previous ones. In addition, a recognized goal of international investment law is to establish a predictable, stable legal framework for investments, a factor that justifies tribunals in giving due regard to previous decisions on similar issues. Thus, absent compelling reasons to the contrary, a tribunal should always consider heavily solutions established in a series of consistent cases»<sup>27</sup>.*

Cette pratique du CIRDI, très proche, finalement, de celle de la CIJ et des autres juridictions que je viens de citer, n'en présente pas moins, sous certains aspects, des traits distinctifs tenant aux caractéristiques particulières du CIRDI, qui exercent inévitablement une influence sur le recours des tribunaux arbitraux et des comités *ad hoc* aux précédents. Résultant d'un mariage, pas toujours harmonieux, entre le droit international public et l'arbitrage commercial<sup>28</sup>, le CIRDI :

1° n'en est pas moins ancré dans le droit international public : créé par un traité, il relève, selon l'expression de Charles Leben, d'une « logique internationaliste »<sup>29</sup> et, comme je viens de le rappeler, faute d'accord entre les parties, les tribunaux CIRDI sont tenus d'appliquer « les principes du droit international en la matière » (une expression que l'on trouve dans la version française et qui traduit de manière fort discutable le texte anglais : « *such rules of international law as may be applicable* ») ;

2° comme la Cour mondiale – mais à la différence de (en tout cas différemment de) l'ORD ou des cours régionales de droits de l'homme – « *the Centre and ICSID tribunals appointed by the Centre, do not have general jurisdiction over States – they are tribunals of limited powers ; and no presumption in favour of their jurisdiction can be made* »<sup>30</sup> ; dès lors, les décisions qu'ils sont amenés à rendre sont « *case-specific* » : « *Unlike a standing adjudicative body which addresses multiple disputes (for example, the Iran-United States Claims Tribunal...), an arbitral panel that is focused on a particular dispute is not confronted with the possibility that it will need to apply an earlier decision in a later proceeding. Likewise, an arbitral tribunal is not confronted with the task of reconciling its later decisions with its earlier ones* »<sup>31</sup> ;

3° plus que les mécanismes d'arbitrage commerciaux, le CIRDI est, chacun le sait, semi-institutionnalisé : un secrétariat développé ; des règles procédurales raisonnablement bien établies ; une publication presque systématique des

27. CNUDCI, *sentence*, 30 juill. 2010, *AWG Group Ltd. c/ Argentine*, § 189. – Dans certains affaires, les tribunaux CIRDI ont fait référence au « *role of judicial decisions as a source of international law in Article 38(1) of the Statute of the International Court of Justice* » (CIRDI, *décision sur la compétence*, 11 mai 2005, n° ARB/03/2, *Camuzzi International SA c/ République Argentine*, § 135. – V. aussi CIRDI, *décision sur la compétence*, 11 mai 2005, n° ARB/02/16, *Semptra Energy International c/ République Argentine*, § 147 ; de telles formulations sont trompeuses).

28. V. A. K. Bjorklund, *The Emerging Civilization of Investment Arbitration*, *préc. note 1*, p. 272.

29. Charles Leben, *La responsabilité internationale de l'État sur le fondement des traités de promotion et de protection des investissements* : AFDI, 2004, p. 708.

30. CIRDI, *sentence*, 8 déc. 2008, n° ARB/04/14, *Wintershall Aktiengesellschaft c/ Argentine*, § 69.

31. CNUDCI, *sentence*, 8 juin 2009, *Glamis Gold, Ltd. c/ États-Unis d'Amérique*, § 3. Pour une analyse plus détaillée de cette sentence, V.M. Reisman, « "Case Specific Mandates" versus "Systemic Implications" ... », *préc. note 1*, p. 131-152.

sentences ; une procédure d'annulation ; mais, aussi discutable que soit la formule, chaque tribunal se prétend « souverain »<sup>32</sup> ce qui les conduit parfois à écarter sans beaucoup de ménagement des précédents qu'ils désapprouvent :

« *Whether the so-called Salini test relied upon by the Respondent has any relevance in the interpretation of the concept of "investment" under Article 25(1) of the ICSID Convention is very doubtful. The test finds its source in a decision on jurisdiction issued by an ICSID tribunal in the case Salini v. Morocco. Assuming arbitral decisions and awards are "judicial decisions" within the meaning of Article 38(d) of the Statute of the ICJ, which is far from being commonly accepted, this would be on condition that they have attained a sufficient degree of publicity and are part of a "jurisprudence constante". As shown hereafter, there is no such a "jurisprudence constante" with respect to acceptance of the Salini test* »<sup>33</sup> ;

et l'intervention des comités *ad hoc*, eux aussi constitués au cas par cas (regrettablement à mon avis), ne contribue que très marginalement à l'uniformisation de la jurisprudence : « *The annulment mechanism is not designed to bring about consistency in the interpretation and application of international investment law* »<sup>34</sup> ; et,

4° le droit applicable par les tribunaux CIRDI est souvent vague et incertain et fourmille de ce que Lucy Reed a appelé des « *elastic legal concepts* »<sup>35</sup> : « traitement juste et équitable », « nation la plus favorisée », clause parapluie – sans parler d'« expropriation indirecte » ou de la définition du mot « investissement » lui-même. Dès lors, « *[t]he core legal concepts of international investment law (...) only assume a more concretized meaning over time because of the interpretations investment treaty tribunals give to them in their decisions* »<sup>36</sup>.

Dans cette fonction d'élucidation, la jurisprudence joue un rôle important, voire décisif : elle apparaît comme un substitut du droit conventionnel déficient – on rencontre là ce que Luigi Condorelli a appelé la « fonction de suppléance législative »<sup>37</sup> : faute de règles – ou de clarté des règles – conventionnelles, les tribunaux recourent à la jurisprudence, facile et rassurant argument d'autorité, qui évite d'affronter les mystères de la formation et de la preuve de la coutume.

Tout en n'y voyant, à juste titre, qu'une aide à l'élucidation, les tribunaux CIRDI ne s'en privent pas – même si, avec tout le respect dû, je crois qu'il ne s'agit pas d'une règle du précédent ni *de jure*, ni *de facto*<sup>38</sup>. Ils discutent la

32. CIRDI, décision sur la compétence, 26 avr. 2005, n° ARB/02/17, AES Corp. c/ Argentine, § 30.

33. CIRDI, décision sur la compétence, 2 juill. 2013, n° ARB/10/7, Philip Morris Brands SARL, Philip Morris Products S.A. & Abal Hermanos SA c/ Uruguay, § 204.

34. CIRDI, décision sur l'annulation, 19 oct. 2009, n° ARB/03/6, M.C.I. Power Group LC & New Turbine, Inc. c/ Équateur, § 24. – V. aussi, CIRDI, décision sur l'annulation, 16 sept. 2011, n° ARB/03/9, Continental Casualty Company c. Argentine, § 83.

35. L. Reed, *The « De Facto » Precedent Regime in Investment Arbitration...*, préc. note 1, p. 96-97.

36. S. W. Schill, *System-building in Investment Treaty Arbitration...*, préc. note 1, p. 1092.

37. V. *Conclusions générales*, in SFDI, colloque de Genève, *La pratique et le droit international* : Paris. Pedone, 2004, p. 305.

38. V. par exemple, L. Reed, *The « De Facto » Precedent Regime in Investment Arbitration...*, préc. note 1, p. 95-103. – V. aussi D. di Pietro, *The Use of Precedents in ICSID Arbitration...*, préc. note 1, p. 92-103. – C. Schreuer & M. Weiniger, *A Doctrine of Precedent?*, préc. note 1, p. 1188-1206. – T. Wälde, *The Specific Nature of Investment Arbitration in P. Khan & T. Wälde, Les aspects nouveaux du droit des investissements internationaux/New aspects of international investment law* : Nijhoff, 2007, p. 42-120. – J. R. Weeramantry, *The Future Role of Past Awards in Investment Arbitration*, préc. note 1, p. 111-124.

jurisprudence – constante ou non – et l'utilisent amplement pour légitimer leurs décisions – de manière très comparable à ce que font l'ensemble des tribunaux internationaux :

- ils invoquent des précédents – et parfois fort abondamment<sup>39</sup> ;
- ils pratiquent l'art de distinguer (*distinguishing*) si caractéristique des tribunaux des pays de *common law*<sup>40</sup>, mais
- sans s'interdire de revenir sur une jurisprudence, même constante ;
- ils appellent, avec une conviction apparemment sincère, à la cohérence et à la continuité de la jurisprudence et au « développement harmonieux du droit des investissements »<sup>41</sup> ; et,
- avec une constance égale, ils la mettent assez constamment en péril – au moins dans certains domaines – en se prévalant haut et fort de leur prétendue « souveraineté »<sup>42</sup> et de l'absence de hiérarchie dans le système CIRDI<sup>43</sup> ;
- en se reposant sur les tribunaux futurs pour assurer une stabilité qu'ils appellent de leurs vœux en même temps qu'ils la compromettent<sup>44</sup>.

Tout cela est fort bien illustré et résumé dans *SGS Philippines* (une sentence pour laquelle j'éprouve par ailleurs une sympathie limitée<sup>45</sup>) :

*« although different tribunals constituted under the ICSID system should in general seek to act consistently with each other, in the end it must be for each tribunal to exercise its competence in accordance with the applicable law, which will by definition be different for each BIT and each Respondent State. Moreover there is no doctrine of precedent in international law, if by precedent is meant a rule of the binding effect of a single decision. There is no hierarchy of international tribunals, and even if there were, there is no good reason for allowing the first tribunal in time to resolve issues for all later tribunals. It must be initially for the control mechanisms provided for under the BIT and the ICSID Convention, and in the longer term for the development of a common*

39. CIRDI, sentence, 8 mai 2008, n° ARB/98/2, *Victor Pey Casado et President Allende Foundation c/ Chili*.

– CIRDI, décision sur la compétence, 8 fév. 2013, n° ARB/08/19, *Ambiente Ufficio SpA et a. c/ Argentine*.

40. V. par exemple : CNUDCI, sentence partielle sur la compétence, 8 sept. 2006, *Mytilineos Holdings SA c/ Serbie-et-Monténégro & République de Serbie*, § 143-146. – CIRDI, décision sur la compétence, 24 sept. 2008, n° ARB/05/20, *Ioan Micula, Viorel Micula, SC European Food SA, SC Starmill SRL et SC Multipack SRL c/ Roumanie*, § 67. – CIRDI, décision sur la compétence, le droit applicable et la responsabilité, 30 nov. 2012, n° ARB/07/19, *Electrabel SA c/ Hongrie*, § 4.12.

41. CIRDI, sentence, 8 mai 2008, n° ARB/98/2, *Victor Pey Casado et President Allende Foundation c/ Chili*, § 119. – V. aussi, CIRDI, sentence, 30 juin 2009, n° ARB/05/07, *Saipem SpA c/ Bangladesh*, § 90. – CNUDCI, sentence finale, 9 oct. 2009, *Austrian Airlines c/ Slovaquie*, § 84. – CIRDI, ordonnance sur la confidentialité, 27 janv. 2010, n° ARB/07/15, *Abaclat et a. c/ Argentine*, § 58. – CIRDI, sentence, 11 juin 2012, n° ARB/03/23, *EDF International SA, SAUR International SA et León Participaciones Argentinas SA c/ Argentine*, § 897. – CIRDI, décision sur la compétence, 27 sept. 2012, n° ARB/06/2, *Quiborax SA, Non Metallic Minerals SA & Allan Fosk Kaplun c/ Bolivie*, § 46.

42. V. *supra* note 32.

43. CIRDI, décision sur la compétence, 29 janv. 2004, n° ARB/02/6, *SGS c/ Philippines*, § 97. – CIRDI, sentence, 30 juin 2009, n° ARB/05/07, *Saipem SpA c/ Bangladesh*, § 90. – CNUDCI, sentence finale, 9 oct. 2009, *Austrian Airlines c/ Slovaquie*, § 84.

44. CNUDCI, sentence, 30 juill. 2010, *AWG Group Ltd. c/ Argentine*, § 189.

45. V. *Adieu Philippines – Remarques sur la distinction entre les réclamations conventionnelles et contractuelles dans le droit de l'investissement international*, in *Le droit international économique à l'aube du XXI<sup>e</sup> siècle*, Mélanges offerts à Dominique Carreau et Patrick Juillard : Pedone, Paris, 2009, p. 97-110.

*legal opinion or jurisprudence constante, to resolve the difficult legal questions discussed by the SGS v. Pakistan Tribunal and also in the present decision* »<sup>46</sup>.

D'une façon générale, les tribunaux CIRDI privilégient la jurisprudence de leurs semblables ou des autres tribunaux compétents en matière d'investissement. Ce n'est que fort naturel – ne fût-ce que parce que, statistiquement, ce sont évidemment eux qui ont eu à connaître le plus souvent de problèmes identiques à celui que le tribunal saisi doit trancher. Toutefois, contrairement à la Cour mondiale, les tribunaux CIRDI n'hésitent pas à invoquer ce que l'on pourrait appeler des jurisprudences « exogènes » – c'est-à-dire des décisions de cours ou tribunaux extérieurs au « système CIRDI » ou au droit international de l'investissement. Ils sont d'autant plus légitimement fondés à recourir à la jurisprudence internationale que celle-ci n'est que « semi-exogène » puisque, je l'ai dit, le système en question est ancré dans le droit international – « *internationally oriented* ». Et cela est vrai qu'il s'agisse aussi bien de la jurisprudence des cours ou tribunaux opérant dans des « sous-systèmes » comme celui de l'OMC<sup>47</sup> ou ceux résultant des conventions régionales de droits de l'homme<sup>48</sup>, ou, si j'ose<sup>49</sup>, de celui de l'Union européenne<sup>50</sup>, voire de la jurisprudence des juridictions pénales internationales<sup>51</sup>, que de celle appelées à

46. CIRDI, *décision sur la compétence*, 29 janv. 2004, n° ARB/02/6, *SGS c/ Philippines*, § 97.

47. V. par exemple : CIRDI, *sentence*, 16 déc. 2002, n° ARB(AF)/99/1, *Marvin Roy Feldman Karpa c/ Mexique*, § 177. – CNUDCI, *décision sur la compétence*, 22 nov. 2002, *United Parcel Service of America Inc. c/ Canada*, § 40. – CIRDI, *sentence*, 5 sept. 2008, n° ARB/03/9, *Continental Casualty Company c/ Argentine*, § 195. – CIRDI, *décision sur la compétence*, 10 juin 2010, n° ARB/07/27, *Mobil Corporation, Venezuela Holdings, B.V., Mobil Cerro Negro Holding, Ltd., Mobil Venezolana de Petróleos Holdings, Inc., Mobil Cerro Negro, Ltd., & Mobil Venezolana de Petróleos, Inc. c/ Venezuela*, § 170 (note 105) et 175.

48. V. par exemple : CNUDCI, *sentence*, 3 sept. 2001, *Ronald S. Lauder c/ République tchèque*, § 200 (CEDH). – CIRDI n° ARB(AF)/99/2, *sentence*, 11 oct. 2002, *Mondev International Ltd. c/ États-Unis d'Amérique*, § 137-138 et 143-144 (CEDH). – CIRDI, *sentence*, 29 mai 2003, n° ARB(AF)/00/2, *Técnicas Medioambientales Tecmed, SA c/ Mexique*, § 116 (CEDH et CLADH). – CIRDI, *sentence*, 26 juin 2003, n° ARB(AF)/98/3, *The Loewen Group, Inc. c/ États-Unis d'Amérique*, § 165 (CEDH). – CIRDI, *sentence*, 14 juill. 2006, n° ARB/01/12, *Azurix Corp. c/ République Argentine*, § 311-312 (CEDH). – CIRDI, *sentence*, 2 oct. 2006, n° ARB/03/16, *ADC Affiliate Limited and ADC et ADMC Management Limited c/ République de Hongrie*, § 497 (CEDH). – CIRDI, *décision sur la compétence les mesures provisoires*, 21 mars 2007, n° ARB/05/7, *Saipem SpA c/ Bangladesh*, § 130 (CEDH). – CIRDI, 23 déc. 2010, n° ARB/03/25, *Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide c/ Philippines* (CEDH). – CIRDI, *sentence*, 27 déc. 2010, n° ARB/04/1, *Total SA c/ République argentine*, § 129 (CEDH). – CIRDI, 31 oct. 2011, n° ARB/03/15, *El Paso Energy International Company c/ Argentine*, § 598 (note 554) (CEDH). – V. aussi : CIRDI, *décision sur la compétence*, 11 sept. 2009, n° ARB/07/12, *Toto Costruzioni Generali SPA c/ Liban*, § 158-160 (PIDCP).

49. Les européenistes sont prompts à dénoncer toute assimilation – voire toute comparaison – entre les juridictions internationales et celles de Luxembourg.

50. V. par exemple : SCC, *sentence partielle*, 27 mars 2007, n° 088/2004, *Eastern Sugar BV (Netherlands) c/ République tchèque*, § 133-135. – CPA, *décision sur la compétence*, 26 oct. 2010, n° 2008-13, *Eureko BV c/ Pologne*, § 274, 276 et 282 (note 201). – CIRDI, 6 juill. 2012, n° ARB/09/16, *Swisslion DOO Skopje c/ Ex-République Yougoslave de Macédoine*, § 261. – CIRDI, *décision sur la compétence, le droit applicable et la responsabilité*, 30 nov. 2012, n° ARB/07/19, *Electrabel SA c/ Hongrie*, § 4.122, 4.136, 4.150, 4.152-4.155, 4.181 and 4.184-4.185.

51. CIRDI, *décision sur la participation d'un conseil (David Milton QC)*, 6 mai 2008, n° ARB/05/24, *Huasska Elektroprivreda, d.d. c/ Slovénie*, § 33 (note 17) (ICT-Y).

mettre en œuvre le droit international général<sup>52</sup> dont la Cour de La Haye s'est définie comme étant « l'organe »<sup>53</sup>.

#### A. – Une révérence un peu superficielle pour la jurisprudence de la CIJ

Et nous voilà enfin arrivés dans le vif du sujet !

Non seulement les tribunaux CIRDI (et les autres tribunaux arbitraux dans le domaine de l'investissement) se réfèrent à la jurisprudence de la Cour mondiale, mais encore ils marquent à son égard une révérence particulière :

« *The Tribunal is required to consider the ordinary meaning of the terms used in the BIT under Article 31 of the Vienna Convention. The findings of other tribunals, and in particular of the ICJ, should be helpful to the Tribunal in its interpretative task* »<sup>54</sup>.

« *Given that States are subject to binding third party dispute settlement procedures only if they so consent and, given the weight of authority referred to earlier, particularly as found in decisions of the International Court of Justice and in the particular ICSID context, the Tribunal considers that its approach should be cautious. In the words of the International Court of Justice in considering the very first challenge made to its jurisdiction, the consent must be "voluntary and indisputable", and in the words of both ICSID tribunals "clear and unambiguous"* »<sup>55</sup>.

Mais, cette révérence trouve assez vite ses limites, que le Tribunal constitué dans *Tulip Real Estate* a fort bien décrites dans sa décision sur la bifurcation du 5 mars 2013. S'interrogeant sur la pertinence des décisions antérieures du CIRDI et de la CIJ en matière d'interprétation invoquées par les parties, le Tribunal estime dans un premier temps, que « *[a]lthough not bound by such citations, (...), it should have regard to earlier decisions of courts (particularly the ICJ [et c'est la révérence – limitée...]) and of other international dispute tribunals engaged in the interpretation of the terms of a BIT* »<sup>56</sup>. Mais, nonobstant les positions (divergentes) des parties, il écarte aussitôt toute idée de hiérarchie en précisant :

« *In this regard, the Tribunal does not find it necessary to engage in an hierarchical analysis of precedent. On one hand, the Tribunal accords deference to relevant statements by the ICJ of general principles as to the construction of the terms of a treaty as those principles may apply to the construction of the BIT. On the other hand, as there is no precedential order in regard to previous decisions on the construction of bilateral investment treaties, the relevant enquiry remains for the Tribunal to interpret and apply the terms of the BIT itself. Prior decisions may inform that enquiry, but it is for this Tribunal to make its own*

52. Y compris à la jurisprudence du TIDM, V. CNUDCI, *sentence finale*, 14 mars 2003, *CME Czech Republic BV c/ République Tchèque*, § 433 se référant à : TIDM, ord., 3 déc. 2001, *affaire de l'usine MOX (Irlande c/ Royaume-Uni)*, mesures conservatoires, § 51.

53. CPJI, 25 août 1925, *Certains intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise (fond)* : série A, n° 6, p. 19. – V. aussi CIJ, 9 avr. 1949, *affaire du Déroit de Corfou* : Rec. CIJ 1949, p. 35.

54. CIRDI, *sentence*, 14 juill. 2006, n° ARB/01/12, *Azurix Corp. c/ République Argentine*, § 391 – souligné par nous.

55. CIRDI, *décision sur la compétence*, 3 sept. 2013, n° ARB/07/30, *ConocoPhillips c/ Venezuela*, § 254, notes de bas de page omises.

56. CIRDI, *décision sur la bifurcation*, 5 mars 2013, n° ARB/11/28, *Tulip Real Estate and Development Netherlands BV c/ Turquie*, § 45.

*interpretation of Article 8(2), informed by the rigor and persuasiveness of relevant analysis and statements by decisions of earlier tribunals »<sup>57</sup>.*

C'est assez bien vu : la jurisprudence de la CIJ est susceptible de guider les tribunaux CIRDI lorsque ceux-ci doivent mettre en œuvre les principes généraux du droit international, comme c'est le cas dans la décision du 5 mars 2013 en matière d'interprétation des traités. La position prise par la Commission de l'IDI travaillant sur les rapports du professeur Giardina relatifs aux « aspects juridiques du recours à l'arbitrage par un investisseur contre les autorités de l'État hôte en vertu d'un traité interétatique » s'inscrit dans cette perspective :

*« In view of the importance of consistency, predictability and unity in the case-law, with particular reference to ICJ precedents, it was agreed that ICJ case-law should be taken into account by tribunals whenever the Court has taken a position on otherwise unsettled issues or in areas where there are lacunae. This would be a way of taking into account a solution which is not addressed at all in the BITs, for instance for compulsory measures in interim awards or with regards to the conditions under which provisional measures are taken. This would help harmonize the solutions »<sup>58</sup>.*

Il reste que, lorsque l'on passe aux choses sérieuses, l'encadrement juridique de l'investissement, l'entre soi est de rigueur – et, indépendamment de toute position théorique, il y a une excellente raison à cela : comme je l'ai rappelé, la Cour n'a été que rarement saisie en matière d'investissements ; moins encore de TBI – et lorsque, exceptionnellement, elle s'est aventurée sur ce terrain, on peut être réticent à l'égard de ses positions frileuses et sans doute peu adaptées aux besoins contemporains en la matière.

Reste que, pour ce qui est des grands principes du droit international, en matière de droit des traités, en particulier en ce qui concerne leur interprétation<sup>59</sup> et, plus généralement de sources du droit, notamment pour constater l'existence d'une règle coutumière<sup>60</sup> la consistance et les limites des compé-

57. *Ibid.*, § 47.

58. IDI, *Les aspects juridiques du recours à l'arbitrage par un investisseur contre les autorités de l'État hôte en vertu d'un traité interétatique*, in *Annuaire de l'Institut de droit international, Travaux préparatoires : Paris, Pedone, 2014 (session de Tokyo, 2013)*, à paraître ; disponible à l'adresse [www.idi-ii.org/idi/FI/navig\\_ann\\_2013.html](http://www.idi-ii.org/idi/FI/navig_ann_2013.html).

59. V. CIRDI, *sentence*, 27 juin 1990, n° ARB/87/3, *Asian Agricultural Products Ltd. c/ Sri Lanka*, § 40 (règle E) (effet utile). – CIRDI, *sentence*, 11 oct. 2002, n° ARB(AF)/99/2, *Mondev International Ltd. c/ États-Unis d'Amérique*, § 111 (note 41) (travaux préparatoires). – CNUDCI, *sentence finale*, 3 août 2005, *Methanex Corporation c/ États-Unis d'Amérique*, § 19-20 (accords ultérieurs). – CIRDI, *sentence*, 12 oct. 2005, n° ARB/01/11, *Noble Ventures, Inc. c/ Roumanie*, § 55 (interprétation stricte). – CIRDI, *sentence*, 8 déc. 2008, n° ARB/04/14, *Wintershall Aktiengesellschaft c/ Argentine*, § 79-84 (sens ordinaire des mots). – CIRDI, *décision sur la compétence*, 8 fév. 2013, n° ARB/08/9, *Ambiente Ufficio S.p.A. et a. c/ Argentine*, § 600 (note 317) (autre règle pertinente de droit international applicable). – V. aussi CIRDI, *décision sur l'Article VII.2 du T.B.I. Turquie-Turkmenistan*, 7 mai 2012, n° ARB/10/1, *Kilic Insaat Ithalat Ihracat Sanayi ve Ticaret Anonim Sirketi c/ Turkmenistan*, § 6.4 (note 34). – CIRDI, *sentence*, 11 déc. 2013, n° ARB/05/20, *Ioan Micula, Viorel Micula, SC European Food SA, SC Starmill SRL et SC Multipack SRL c/ Roumanie*, § 503 (caractère coutumier, *Conv. Vienne sur le droit des traités de 1969*, art. 31 à 33).

60. CNUDCI, *décision sur la compétence*, 22 nov. 2002, *United Parcel Service of America Inc. c/ Canada*, § 84.

tences de l'État<sup>61</sup>, les contours du principe de l'abus de droit<sup>62</sup>, la compétence des juridictions internationales<sup>63</sup>, les questions de procédure devant ces juridictions, comme la jonction des objections préliminaires au fond<sup>64</sup>, l'effet de procédures incidentes comme les mesures conservatoires, sur lesquelles je reviendrai<sup>65</sup>, les exigences procédurales préalables conditionnant la saisine<sup>66</sup>, le fardeau de la preuve<sup>67</sup>, la procédure *in absentia*<sup>68</sup>, ou l'interprétation des sentences<sup>69</sup> – dans tous ces domaines, la jurisprudence de la Cour mondiale est investie, dans les sentences CIRDI d'une autorité certaine. Et il en va de même, bien évidemment, pour ce qui est des principes généraux du droit de la responsabilité internationale. Mais avec un bémol.

61. CIRDI, sentence, 8 mai 2008, n° ARB/98/2, *Victor Pey Casado et President Allende Foundation c/ Chili*, § 255 (note 200) et 258 (en matière de nationalité).
62. CIRDI, décision sur la compétence, 10 juin 2010, n° ARB/07/27, *Mobil Corporation, Venezuela Holdings, BV, Mobil Cerro Negro Holding, Ltd., Mobil Venezolana de Petróleos Holdings, Inc., Mobil Cerro Negro, Ltd., et Mobil Venezolana de Petróleos, Inc. c/ Venezuela*, § 173. – CIRDI, décision sur la compétence, 3 sept. 2013, n° ARB/07/30, *ConocoPhillips c/ Venezuela*, § 273 (note 288).
63. V. par exemple : CIRDI, décision sur la compétence 2, 1<sup>er</sup> déc. 2000, n° ARB/97/4, *Ceskoslovenska Obchodni Banka, AS c/ Slovaquie*, § 31. – CIRDI, sentence, 8 déc. 2008, n° ARB/04/14, *Wintershall Aktiengesellschaft c/ Argentine*, § 65-67. – CIRDI, décision sur la bifurcation, 5 mars 2013, n° ARB/11/28, *Tulip Real Estate and Development Netherlands BV c/ Turquie*, § 61-63. – CIRDI, décision sur la compétence, 2 juill. 2013, n° ARB/10/7, *Philip Morris Brands SARL, Philip Morris Products SA et Abal Hermanos SA c/ Uruguay*, § 141. – CIRDI, décision sur la compétence, 3 juill. 2013, n° ARB/11/20, *Garanti Koza LLP c/ Turkménistan*, § 21 (compétence basée sur le consentement). – CIRDI, décision sur la compétence, 30 déc. 2010, n° ARB/08/15, *Cemex c/ Venezuela*, § 84-87 (déclarations d'acceptation de la juridiction obligatoire). – CIRDI, décision sur la compétence, 27 nov. 1985, n° ARB/84/3, *Southern Pacific Properties (Middle East) Limited c/ Egypte*, § 63. – CIRDI, sentence, 8 déc. 2008, n° ARB/04/14, *Wintershall Aktiengesellschaft c/ Argentine*, § 68-69 (pas de présomption de compétence). – CIRDI, décision sur la compétence, 24 oct. 2011, n° ARB/07/31, *Hochtief AG c/ Argentine*, § 90-96. – CPA, décision sur la compétence, 10 févr. 2012, n° 2010-9, *ICS Inspection and Control Services Limited c/ Argentine*, § 252-262. – CIRDI, décision sur la compétence, 2 juill. 2013, n° ARB/10/7, *Philip Morris Brands SARL, Philip Morris Products SA et Abal Hermanos SA c/ Uruguay*, § 36 (distinction entre compétence et admissibilité). – CIRDI, décision sur la compétence, 14 nov. 2005, n° ARB/97/3, *Compañía de Aguas del Aconquija SA et Vivendi Universal SA c/ Argentine*, § 61-62 (date critique pour apprécier la compétence). – CIRDI, décision sur la compétence, 25 janv. 2000, n° ARB/97/7, *Emilio Agustín Maffezini c/ Espagne*, § 94. – CIRDI, décision sur la compétence, 29 avr. 2004, n° ARB/02/18, *Tokios Tokelés c/ Ukraine*, § 106. – CIRDI, décision sur la compétence, 27 avr. 2006, n° ARB/03/15, *El Paso Energy International Company c/ Argentine*, § 61. – CIRDI, décision sur la compétence, 21 déc. 2012, n° ARB/09/1, *Teinver SA, Transportes de Cercanías SA et Autobuses Urbanos del Sur SA c/ Argentine*, § 119 (existence d'un différend).
64. CIRDI, sentence, 8 mai 2002, n° ARB/98/2, *Victor Pey Casado et President Allende Foundation c/ Chili*, § 83-107.
65. CIRDI, décision sur les mesures conservatoires, 25 sept. 2001, n° ARB/98/2, *Victor Pey Casado et President Allende Foundation c/ Chili*, § 10 (compétence *prima facie*). – CIRDI, décision sur la révocation des mesures provisoires, 13 mai 2008, n° ARB/06/21, *City Oriente Limited c/ La República del Ecuador y Empresa Estatal de Petroleos del Ecuador (Petroecuador)*, § 84 (dommage irréparable).
66. CIRDI, décision sur la compétence, 2 juill. 2013, n° ARB/10/7, *Philip Morris Brands SARL, Philip Morris Products SA et Abal Hermanos SA c/ Uruguay*, § 141.
67. CIRDI, sentence, 31 janv. 2006, n° ARB/02/13, *Salini Costruttori SpA et Italstrade SpA c/ Jordanie*, § 72 et 74. – CIRDI, décision sur la compétence, 8 févr. 2013, n° ARB/08/9, *Ambiente Ufficio SpA et a. c/ Argentine*, § 310-311. – CIRDI, décision sur la compétence, 2 juill. 2013, n° ARB/10/7, *Philip Morris Brands SARL, Philip Morris Products SA et Abal Hermanos SA c/ Uruguay*, § 29. – CIRDI, sentence, 4 oct. 2013, n° ARB/10/3, *Et Metal-Tech LTD c/ Ouzbékistan*, § 237 (*actori incumbit onus probandi*).
68. CIRDI, sentence, 10 févr. 1999, n° ARB/95/3, *Antoine Goetz et crs c/ Burundi*, § 53-57 (conduite du procès en l'absence d'une partie).
69. CIRDI, décision sur l'interprétation, 31 oct. 2005, n° ARB/98/4, *Wena Hotels Ltd. c/ Egypte*, § 81 (note 61) et 82-83 (existence d'un différend) et 103, 105 et 130 (l'interprétation n'est pas un appel).

Toutes catégories confondues, c'est sans aucun doute l'affaire *Usine de Chorzów*<sup>70</sup> qui tient la corde des décisions les plus citées en ce domaine, talonnée par *ELSI*<sup>71</sup> et *Barcelona Traction*<sup>72</sup> (si, du moins, on inclut dans le

70. V. par exemple : CNUDCI, *sentence partielle*, 13 sept. 2001, *CME Czech Republic BV c/ République tchèque*, § 616-618. – SCC, *sentence*, 29 mars 2005, n° 126/2003, *Petrobart Limited c/ Kirghizistan*, p. 30-31. – CIRDI, *sentence*, 12 mai 2005, n° ARB/01/8, *CMS Gas Transmission Company c/ Argentine*, § 400. – CIRDI, *sentence*, 2 oct. 2006, n° ARB/03/16, *ADC Affiliate Limited and ADC & ADMC Management Limited c/ Hongrie*, § 480, 485-486 et 497. – CIRDI, *sentence*, 6 févr. 2007, n° ARB/02/8, *Siemens AG c/ Argentine*, § 351-353. – CIRDI, *sentence*, 28 sept. 2007, n° ARB/02/16, *Semptra Energy International c/ Argentine*, § 400. – CIRDI, *sentence*, 30 juin 2009, n° ARB/05/07, *Saipem SpA c/ Bangladesh*, § 201. – CIRDI, *sentence*, 3 mars 2010, n° ARB/05/18, *Ioannis Kardassopoulos c/ Géorgie*, § 503-504 et 510. – CIRDI, *décision sur l'annulation*, 25 mars 2010, n° ARB/05/16, *Rumeli Telekom A.S. et Telsim Mobil Telekomunikasyon Hizmetleri AS c/ Kazakhstan*, § 141. – UNCITRAL, *sentence*, 31 mars 2010, *Merrill & Ring Forestry LP c/ Canada*, § 141. – CIRDI, *sentence*, 18 mai 2010, n° ARB/08/2, *ATA Construction, Industrial and Trading Company c/ Jordanie*, § 129. – CIRDI, *sentence*, 28 mars 2011, n° ARB/06/18, *Joseph Charles Lemire c/ Ukraine*, § 149. – CIRDI, *sentence*, 21 juin 2011, n° ARB/07/17, *Impregilo SpA c/ Argentine*, § 361. – CIRDI, 31 oct. 2011, n° ARB/03/15, *El Paso Energy International Company c/ Argentine*, § 700. – CIRDI, *sentence*, 16 mai 2012, n° ARB/09/20, *Marion & Reinhard Unglaube c/ Costa Rica*, § 306-307. – CIRDI, *sentence*, 5 oct. 2012, n° ARB/06/11, *Occidental Petroleum Corporation et Occidental Exploration and Production Company c/ Équateur*, § 792. – CIRDI, *sentence*, 8 avr. 2013, n° ARB/11/23, *Franck Charles Arif c/ Moldavie*, § 559. – CIRDI, *sentence*, 11 déc. 2013, n° ARB/05/20, *Ioan Micula, Viorel Micula, SC European Food SA, SC Starmill SRL et SC Multipack SRL c/ Roumanie*, § 917.
71. V. par exemple : CIRDI, *sentence*, 10 févr. 1999, n° ARB/95/3, *Antoine Goetz et cts c/ République du Burundi*, § 99. – CIRDI, *sentence*, 9 janv. 2003, n° ARB (AF)/00/1, *ADF Group Inc. c/ États-Unis d'Amérique*. – CIRDI, *sentence*, 29 mai 2003, n° ARB (AF)/00/2, *Técnicas Medioambientales Tecmed, SA c/ Mexique*, § 119-120 (note 137). – CIRDI, *décision sur la compétence*, 17 juill. 2003, n° ARB/01/8, *CMS Gas Transmission Company c/ Argentine*, § 43 (note 24). – CIRDI, *décision sur la compétence*, 6 août 2003, n° ARB/01/13, *SGS Société Générale de Surveillance SA c/ Pakistan*, § 97. – CIRDI, *décision sur la compétence*, 8 déc. 2003, n° ARB/01/12, *Azurix Corp. c/ Argentine*, § 70-73. – CIRDI, *décision sur la compétence*, 11 mai 2005, n° ARB/03/2, *Camuzzi International SA c/ Argentine*, § 138-142. – CIRDI, *décision sur la compétence*, 11 mai 2005, n° ARB/02/16, *Semptra Energy International c/ Argentine*, § 151-152. – CIRDI, *décision sur la compétence*, 22 févr. 2006, n° ARB/03/9, *Continental Casualty Company c/ Argentine*, § 82 (note 16). – CIRDI, *décision sur la compétence*, 16 mai 2006, n° ARB/03/17, *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona SA et InterAguas Servicios Integrales del Agua SA c/ Argentine*, § 88. – CIRDI, *sentence*, 5 sept. 2008, n° ARB/03/9, *Continental Casualty Company c/ Argentine*, § 281 (note 409). – CIRDI, *décision sur l'annulation*, 1<sup>er</sup> sept. 2009, n° ARB/01/12, *Azurix Corp. c/ République Argentine*, § 144-145. – CIRDI, 31 oct. 2011, n° ARB/03/15, *El Paso Energy International Company c/ Argentine*, § 206. – CIRDI, *décision sur la compétence*, 8 févr. 2013, n° ARB/08/9, *Ambiente Ufficio SpA et a. c/ Argentine*, § 599 (notes 314).
72. V. par exemple : CIRDI, *décision sur la compétence*, 17 juill. 2003, n° ARB/01/8, *CMS Gas Transmission Company c/ Argentine*, § 43 (note 23). – CIRDI, *décision sur la compétence*, 8 déc. 2003, n° ARB/01/12, *Azurix Corp. c/ Argentine*, § 70-73. – CIRDI, *décision sur la compétence*, 14 janv. 2004, n° ARB/01/3, *Enron Corporation and Ponderosa Assets, LP c/ Argentine*, § 38 (note 6). – CIRDI, *décision sur la compétence*, 29 avr. 2004, n° ARB/02/18, *Tokios Tokelés c/ Ukraine*, § 54, 56 et 70 (notes 44-46). – CIRDI, *décision sur la compétence*, 30 avr. 2004, n° ARB/02/1, *LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp., et LG&E International, Inc. c/ Argentine*, § 52. – CIRDI, *décision sur la compétence*, 11 mai 2005, n° ARB/03/2, *Camuzzi International SA c/ Argentine*, § 138-142. – CIRDI, *décision sur la compétence*, 22 févr. 2006, n° ARB/03/9, *Continental Casualty Company c/ Argentine*, § 82 (note 16). – CIRDI, *décision sur la compétence*, 16 mai 2006, n° ARB/03/17, *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona SA, et InterAguas Servicios Integrales del Agua SA c/ Argentine*, § 50. – CIRDI, *décision sur la compétence*, 27 juill. 2006, n° ARB/04/8, *BP America Production Company, Pan American Sur SRL, Pan American Fuegoina, SRL and Pan American Continental SRL c/ Argentine*, § 216-217. – CIRDI, *décision sur la compétence*, 18 avr. 2008, n° ARB/06/3, *The Rompetrol Group NV c/ Roumanie*, § 89-91. – CIRDI, *décision sur l'annulation*, 1<sup>er</sup> sept. 2009, n° ARB/01/12, *Azurix Corp. c/ République Argentine*, § 87. – CIRDI, 31 oct. 2011, n° ARB/03/15, *El Paso Energy International Company c/ Argentine*, § 206. – CIRDI, *sentence*, 22 août 2012, n° ARB/05/1, *Daimler Financial Services AG c/ Argentine*, § 89-91. – CIRDI, *décision sur la compétence*, 8 févr. 2013, n° ARB/08/9, *Ambiente Ufficio SpA. et al c/ Argentine*, § 599 (note 315).



droit de la responsabilité les problèmes liés au *jus standi* de la victime et à la protection des actionnaires), pour ne pas parler de *Gabcikovo-Nagyymaros*, mention obligée dès lors qu'un tribunal s'interroge sur l'existence d'un état de nécessité. Toutefois, et c'est intéressant à noter en passant, s'agissant du droit de la responsabilité, les sentences CIRDI se fondent maintenant bien davantage sur les articles de la CDI que sur la jurisprudence de la Cour, il est vrai moins systématique par la force des choses.

Avant d'essayer de tirer quelques brèves conclusions plus générales de tout ceci, il peut être intéressant de se demander comment s'y prennent les tribunaux CIRDI pour utiliser la jurisprudence de la CIJ, la place qu'ils lui font et la méthode ou les méthodes qu'ils emploient pour établir ou renforcer leur raisonnement.

## B. – Des méthodes diversifiées de recours à la jurisprudence de la CIJ

La première constatation à laquelle conduit un examen un peu plus approfondi à cet égard est l'extrême diversité de l'intensité du recours à la jurisprudence de la Cour et des usages qu'en font les tribunaux CIRDI – qui vont de l'indifférence polie à l'argument péremptoire d'autorité.

### 1° La non-pertinence respectueuse (la protection des actionnaires)

D'abord un exemple d'indifférence polie – ou peut-être plutôt de non-pertinence respectueuse (de *respectful irrelevance*) : les sentences paient formellement tribut – *lip service* – à la jurisprudence de la Cour pour, finalement, n'en point tenir compte, ou guère, au prétexte de non-pertinence. C'est très frappant en ce qui concerne la protection des actionnaires. Comme le relève avec humour Zachary Douglas – qui regrette cette indifférence : « Consider the jurisprudence constante *in relation to the issue of shareholder claims. There are now between 15 and 20 decisions all saying the same thing. They say that there is no limit to the types of claims shareholders can bring in relation to a loss suffered by the company. I would submit that this consensus has been achieved without any real argument about principle* »<sup>73</sup>. Et d'expliquer : « You find a great number of awards saying in one sentence that they can safely ignore Barcelona Traction because it has nothing to do with investment treaty arbitration. The International Court in Barcelona Traction got a number of things wrong, and to the extent that it propounded rules of diplomatic protection it is irrelevant. But one point the International Court and several individual judges addressed is how to approach the concept of a shareholding on the international plane. That is relevant to investment treaty arbitration, for tribunals are required to confront precisely the same question »<sup>74</sup>. Superbement indifférents à ces questionnements pourtant pertinents, les tribunaux CIRDI s'en tiennent à leur jurisprudence constante se désolé le professeur Douglas<sup>75</sup>.

La sentence *CMS* du 17 juillet 2003 constitue un premier exemple de cette attitude un peu dédaigneuse. Les arbitres posent en principe « Barcelona

73. Z. Douglas, « Can a Doctrine of Precedent... », *préc. note 1*, p. 108.

74. *Ibid.*

75. *Ibid.*, p. 108-109.

Traction is therefore not directly relevant to the present dispute, although it marks the beginning of a fundamental change of the applicable concepts under international law and State practice »<sup>76</sup>. Puis, en commettant au passage une belle erreur sur la position (d'alors en tout cas) de la CDI sur la nature de la protection diplomatique<sup>77</sup>, le Tribunal prend en la matière la position radicale selon laquelle dans le cadre de la *lex specialis investissimentorum* tout actionnaire mérite protection, sans égard pour les questions soulevées par la Cour et les juges individuels dans *Barcelona Traction*<sup>78</sup>.

Dans de nombreuses sentences ultérieures, sans se poser plus de questions, les tribunaux CIRDI, neutralisant tant *Barcelona Traction* – définie comme « *the seminal case, in this regard* » par la majorité dans *Tokios Tokelés*<sup>79</sup> – qu'ELSI, expliquent presque rituellement que :

« whatever may have been the merits of Barcelona Traction, that case was concerned solely with the diplomatic protection of nationals by their State, while the case here disputed concerns the contemporary concept of direct access for investors to dispute resolution by means of arbitration between investors and the State »<sup>80</sup>.

Et l'on retrouve la même approche répétitive – chaque nouvelle décision ajoutant la mention des précédentes dans *LG&E* (compétence)<sup>81</sup>, *Gami* (fond)<sup>82</sup>, *Sempra* (compétence)<sup>83</sup>, *Suez et General de Aguas* (compétence)<sup>84</sup>, *BP America* (compétence)<sup>85</sup> et *El Paso* (fond)<sup>86</sup> qui récapitule cette jurisprudence. Les décisions sur l'annulation dans *CMS Gas Transmission*<sup>87</sup> ou *Azurix*<sup>88</sup>, procèdent de la même manière, le raisonnement se trouvant seulement enrichi d'une référence à l'affaire *Diallo*<sup>89</sup>. Ainsi, s'agissant de la protection des

76. CIRDI, décision sur la compétence, 17 juill. 2003, n° ARB/01/8, *CMS Gas Transmission Company of Argentine*, § 42.

77. *Ibid.*, § 45.

78. *Ibid.*, § 48.

79. CIRDI, décision sur la compétence, 29 avr. 2004, n° ARB/02/18, *Tokios Tokelés of Ukraine*, § 54. – Dans son opinion dissidente, P. Weil, président du Tribunal, estime que la question est « beside the point » (§ 21).

80. CIRDI, décision sur la compétence, 11 mai 2005, n° ARB/03/2, *Camuzzi International SA of Argentine*, § 141-142, renvoyant à *LG&E Corp., LG&E Capital Corp. and LG&E International Inc. v. Argentine Republic* (ICSID Case n° ARB/02/1), § 52.

81. CIRDI, décision sur la compétence, 30 avr. 2004, n° ARB/02/1, *LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp., et LG&E International, Inc. of Argentine*, note 3.

82. CNUDCI, sentence finale, 15 nov. 2004, *Gami Investments, Inc. of Mexico*, § 31.

83. CIRDI, décision sur la compétence, 11 mai 2005, n° ARB/02/16, *Sempra Energy International of Argentine*, § 151 et 153.

84. CIRDI, décision sur la compétence, 16 mai 2006, n° ARB/03/17, *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona SA et InterAguas Servicios Integrales del Agua SA of Argentine*, note 35.

85. CIRDI, décision sur la compétence, 27 juill. 2006, n° ARB/04/8, *BP America Production Company, Pan American Sur SRL, Pan American Fuego, SRL et Pan American Continental SRL of Argentine*, § 218.

86. CIRDI, 31 oct. 2011, n° ARB/03/15, *El Paso Energy International Company of Argentine*, § 206.

87. CIRDI, décision sur l'annulation, 25 sept. 2007, n° ARB/01/8, *GMS Gas Transmission Company of Argentine*, § 69 et note 56.

88. CIRDI, décision sur l'annulation, 1<sup>er</sup> sept. 2009, n° ARB/01/12, *Azurix Corp. of République Argentine*, § 87 et 88 ou CIRDI, décision sur la compétence, n° ARB/09/1, *Teinver SA, Transportes de Cercanías SA et Autobuses Urbanos del Sur SA of Argentine*, § 215-221.

89. CIRDI n° ARB/01/8, décision sur l'annulation, 25 sept. 2007, *GMS Gas Transmission Company of Argentine*, § 69 et note 56. – V. aussi : CIRDI, décision sur l'annulation, 1<sup>er</sup> sept. 2009, n° ARB/01/12, *Azurix Corp. of République Argentine*, § 87 et 88.

actionnaires, les tribunaux CIRDI unanimes lancent un coup de chapeau à la jurisprudence de la CIJ, dont ils reconnaissent qu'elle traduit les règles coutumières du droit international général, mais se retranchent derrière la *lex specialis*, pour suivre fidèlement la jurisprudence, constante sur ce point, des tribunaux du droit international de l'investissement.

2° *La jurisprudence de la CIJ comme faire-valoir des articles de la CDI sur la responsabilité*

1 – Dans ce même domaine, du droit de la responsabilité, on pourrait s'attendre à ce que le recours à la jurisprudence de la CIJ soit fréquent en ce qui concerne le critère de l'attribution, sujet sur lequel, comme l'ont relevé certains tribunaux, ni la Convention de Washington, ni, en règle générale, les TBI, ne sont d'aucun secours<sup>90</sup>. Ce n'est que partiellement – ou indirectement – exact : sur ce sujet en particulier, les tribunaux CIRDI recourent beaucoup plus volontiers et systématiquement aux articles de la CDI sur la responsabilité de l'État qu'à la jurisprudence de la Cour. Les articles de 2001, assortis de leurs commentaires<sup>91</sup>, constituent souvent une preuve suffisante du droit applicable en la matière<sup>92</sup>, la jurisprudence (y compris – mais pas exclusivement<sup>93</sup> de la CIJ n'apparaissant que comme un argument d'appui assez secondaire<sup>94</sup>. Ici, ce

90. V. CIRDI, *décision sur la compétence*, 25 janv. 2000, n° ARB/97/7, *Emilio Agustín Maffezini c/ Espagne*, § 76. – V. aussi CNUDCI, *sentence*, 24 mai 2007, *United Parcel Service of America Inc. c/ Canada*, § 58-62 (ALENA). – Pour un exemple de silence d'un TBI concernant la réparation et l'application du « *default standard contained in customary international law* », largement basé sur l'affaire de l'Usine de Chorzów, V. CIRDI, *décision sur la compétence*, 2 oct. 2006, n° ARB/03/16, *ADC Affiliate Limited and ADC & ADMC Management Limited c/ Hongrie*, § 481 et s.
91. CIRDI, *décision sur l'annulation*, 3 juill. 2002, n° ARB/97/3, *Compañía de Aguas del Aconquija SA et Vivendi Universal SA c/ Argentine*, notes 17 et 78. – CIRDI, *sentence*, 9 janv. 2003, n° ARB (AF)/00/1, *ADF Group Inc. c/ États-Unis d'Amérique*, § 166 et note 161. – CIRDI, *sentence*, 29 mai 2003, n° ARB (AF)/00/2, *Técnicas Medioambientales Tecmed, SA c/ Mexique*, note 187. – CIRDI, *décision sur la compétence*, 14 janv. 2004, n° ARB/01/3, *Enron Corporation and Ponderosa Assets, LP c/ Argentine*, § 32 (note 5). – CIRDI, *sentence*, 30 avr. 2004, n° ARB(AF)/00/3, *Waste Management, Inc. c/ Mexique*, § 75. – CIRDI, *sentence partielle*, 19 août 2005, *Eureko BV c/ Pologne*, § 127. – CNUDCI, *décision sur la compétence*, 20 juill. 2006, *Grand River Enterprises Six Nations, Ltd., et al. c/ États-Unis d'Amérique*, note 1. – CNUDCI, *sentence*, 24 mai 2007, *United Parcel Service of America Inc. c/ Canada*, § 58-62. – CIRDI, *sentence*, 27 août 2008, n° ARB/03/24, *Plama Consortium Limited c/ Bulgarie*, § 297-298. – CIRDI, *sentence*, 6 nov. 2008, n° ARB/04/13, *Jan de Nul N.V. et Dredging International NV c/ Égypte*, § 155-174. – CIRDI, *sentence*, 27 août 2009, n° ARB/03/29, *Bayindir Insaat Turizm Ticaret V Sanayi AS c/ Pakistan*, § 119-130. – CIRDI, *sentence*, 8 oct. 2009, n° ARB/05/13, *EDF (Services) Limited c/ Roumanie*, § 188-213. – CIRDI, *sentence*, 18 juin 2010, n° ARB/07/24, *Gustav F W Hamster GmbH & Co KG c/ Ghana*, § 171-256. – CIRDI, *sentence*, 8 nov. 2010, n° ARB/07/16, *Alpha Projektsholding GmbH c/ Ukraine*, § 401-403. – CIRDI, *sentence*, 25 oct. 2012, n° ARB/08/11, *Bosh International, Inc et B&P Ltd Foreign Investments Enterprise c/ Ukraine*, § 163-184. – CIRDI, *décision sur la compétence, le droit applicable et la responsabilité*, 30 nov. 2012, n° ARB/07/19, *Electrabel S.A. c/ Hongrie*, § 6.74.
92. CIRDI, *décision sur la compétence*, 25 janv. 2000, n° ARB/97/7, *Emilio Agustín Maffezini c/ Espagne*, § 78 (citant le projet de 1996). – CIRDI, *sentence*, 6 nov. 2008, n° ARB/04/13, *Jan de Nul NV et Dredging International NV c/ Égypte*, § 158-174. – CIRDI, *sentence*, 18 juin 2010, n° ARB/07/24, *Gustav F W Hamster GmbH & Co KG c/ Ghana*, § 171-256.
93. V. par exemple : CIRDI, *sentence*, 8 oct. 2009, n° ARB/05/13, *EDF (Services) Limited c/ Roumanie*, § 210 (Tribunal irano-américain).
94. CIRDI, *sentence*, 6 nov. 2008, n° ARB/04/13, *Jan de Nul NV et Dredging International NV c/ Égypte*, § 173. – V. aussi CIRDI, *sentence*, 9 janv. 2003, n° ARB (AF)/00/1, *ADF Group Inc. c/ États-Unis d'Amérique*, § 166 et note 161. – CIRDI, *sentence*, 16 sept. 2003, n° ARB/00/9, *Generation Ukraine, Inc. c/ Ukraine*, § 10.3. – CIRDI, *sentence*, 18 juin 2010, n° ARB/07/24, *Gustav F W Hamster GmbH & Co KG c/ Ghana*, § 179.

n'est pas l'indifférence polie, c'est plutôt « la jurisprudence éclipsée » – et par un instrument de droit mou considéré comme étant le droit...

Autre exemple concernant toujours le droit de la responsabilité, le recours à cette circonstance excluant l'illicéité, si particulière et inutilisable, qu'est l'état de nécessité qui est venu sur le devant de la scène du droit international de l'investissement « grâce » à la crise argentine. Et l'on peut faire à cet égard, la même constatation qu'à propos de l'attribution mais avec une nuance : ici aussi, l'article 25 des articles de la CDI a éclipsé l'appel à la jurisprudence de la Cour bien que celle-ci ou plutôt un de ses arrêts, celui de 1997 dans *Gabcikovo-Nagymaros* soit souvent invoqué<sup>95</sup>. Mais la formule retenue au paragraphe 330 de la sentence de 2005 dans l'affaire *CMS c. Argentine* est symptomatique : l'arrêt de la Cour, certes, mais en parallèle avec la position de la Commission :

« There is yet another important element which the Tribunal must take into account. The International Court of Justice has in the *Gabcikovo-Nagymaros* case convincingly referred to the International Law Commission's view that all the conditions governing necessity must be « cumulatively » satisfied »<sup>96</sup>.

À noter que, dans la décision sur l'annulation de 2007, le Comité *ad hoc* ne s'intéresse qu'aux Articles de la CDI (et, bien sûr, à l'article pertinent du TBI).

En matière de réparation le « principe de Chorzów » triomphe, malgré les mises en garde d'une doctrine particulièrement autorisée. Ainsi, James Crawford critique la transposition de l'obligation de réparation intégrale de la sphère des relations interétatiques au droit des investissements<sup>97</sup>. Je ne le suis pas à cet égard : même s'il est exact que « [l]es droits ou intérêts dont la violation cause un dommage à un particulier se trouvent toujours sur un autre plan que les droits de l'État auxquels le même acte peut également porter atteinte »<sup>98</sup>, il me semble que c'est à bon droit que la Cour permanente a qualifié l'obligation de réparer de « conception générale du droit »<sup>99</sup> et je vois mal pourquoi les modalités de sa mise en œuvre devraient varier selon le sujet de droit concerné. On peut donc voir dans la réparation intégrale (avec les tempéraments qui lui sont apportés dans tous les systèmes juridiques) un principe général de droit généralement applicable et considérer par conséquent que les tribunaux de tribunaux

95. V. par exemple : CIRDI, sentence, 22 mai 2007, n° ARB/01/3, *Enron Corporation and Ponderosa Assets, LP c/ Argentine*, § 313. – CIRDI, décision sur l'annulation, 25 sept. 2007, n° ARB/01/8, *CMS Gas Transmission Company c/ Argentine*, § 133. – CIRDI, sentence, 28 sept. 2007, n° ARB/02/16, *Sempra Energy International c/ Argentine*, § 355 et 383. – CIRDI, sentence, 5 sept. 2008, n° ARB/03/9, *Continental Casualty Company c/ Argentine*, note 238. – CIRDI, sentence, 21 juin 2011, n° ARB/07/17, *Impregilo SpA c/ Argentine*, § 347 et note 93. – CIRDI, 31 oct. 2011, n° ARB/03/15, *El Paso Energy International Company c/ Argentine*, § 618. – CIRDI, sentence, 6 juin 2012, n° ARB/04/4, *SAUR International SA c. Argentine*, § 459.

96. CIRDI, sentence, 12 mai 2005, n° ARB/01/8, *CMS Gas Transmission Company c/ Argentine*, § 330. Le Tribunal fait référence à : CIJ, 25 sept. 1997, *Projet Gabcikovo-Nagymaros (Hongrie/Slovaquie)* : Rec. CIJ 1997, p. 40-41, § 51-52.

97. J. Crawford, *Similarity of Issues in Disputes Arising under the Same or Similarly Drafted Investment Treaties*, in Y. Banifatemi (s. dir.), *Precedent in International Arbitration* : Huntington (NY), Juris Publishing, 2008, p. 99. – V. aussi A. Giardina, *Rapp. Les aspects juridiques du recours à l'arbitrage par un investisseur contre les autorités de l'État hôte en vertu d'un traité interétatique*, § 13, in *Annuaire de l'Institut de droit international* : Paris, Pedone, 2014 (session de Tokyo, 2013), à paraître ; disponible à l'adresse [www.idi-iiil.org/idiF/naavig\\_ann\\_2013.html](http://www.idi-iiil.org/idiF/naavig_ann_2013.html).

98. CPJI, 13 sept. 1928, *Usine de Chorzów (fond)*, série A, n° 17, p. 28.

99. *Ibid.*, p. 29.

compétents en matière d'investissement l'invoquent et l'appliquent à bon escient.

Ils le font avec constance (apparemment seulement depuis 2000<sup>100</sup>), tout en jumelant l'appel à la jurisprudence de l'*Usine de Chorzów* avec l'invocation des Articles de la CDI. Ainsi, dans *CME contre République tchèque*, le Tribunal CNUDCI a considéré :

*« The obligation to make full reparation is the general obligation of the responsible State consequent upon the commission of an internationally wrongful act (see the Commentary to the Articles on the Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts adopted by the U.N. International Law Commission as cited above). The general principle of the consequences of the commission of an internationally wrongful act was stated by the Permanent Court in the Factory at Chorzów case :*

*“ It is a principle of international law that the breach of an engagement involves an obligation to make reparation in an adequate form. Reparation therefore is the indispensable complement of a failure to apply a convention itself. Differences relating to reparations, which may be due by reason of failure to apply a convention, are consequently differences relating to its application ” (Factory at Chorzów, Jurisdiction, 1927, P.C.I.J., Series A, n° 9, § 21).*

*In a subsequent decision the Permanent Court in the Factory at Chorzów case went on to specify in more detail the content of the obligation of reparation. [... – suit une longue citation de l'arrêt du 13 septembre 1928]*

*This view has been accepted and applied by numerous arbitral awards (Commentary of the Articles on the Responsibility of States for International Wrongful Acts with further citations). The Respondent is obligated to “ wipe out all the consequences ” of the Media Council's unlawful acts and omissions, which caused the destruction of the Claimant's investment »<sup>101</sup>.*

La référence au principe de Chorzów et aux modalités de sa mise en œuvre fait rapidement tache d'huile. Dès 2006, la sentence *ADC* relève :

*« The customary international law standard for the assessment of damages resulting from an unlawful act is set out in the decision of the PCIJ in the Chorzów Factory case at page 47 of the Judgment which reads : “ reparation must, as far as possible, wipe out all the consequences of the illegal act and re-establish the situation which would, in all probability, have existed if that act had not been committed ”.*

*Moreover, the PCIJ considered that the principles to determine the amount of compensation for an act contrary to international law are :*

*“ Restitution in kind, or, if this is not possible, payment of a sum corresponding to the value which a restitution in kind would bear ; the award, if need be, of damages for loss sustained which would not be covered by restitution in kind or payment in place of it ” (Page 47 of the Judgment).*

100. Dans l'affaire *Metalclad*, le Tribunal a expliqué : *« The award to Metalclad of the cost of its investment in the landfill is consistent with the principles set forth in Chorzow Factory (Claim for Indemnity) (Merits), Germany v. Poland, PCIJ, series A., n° 17 (1928) at p.47, namely, that where the state has acted contrary to its obligations, any award to the claimant should, as far as is possible, wipe out all the consequences of the illegal act and reestablish the situation which would in all probability have existed if that act had not been committed (the status quo ante) ».*

101. CNUDCI, sentence partielle, 13 sept. 2001, *CME Czech Republic BV c/ République tchèque*, § 616-618 (caractères droits en italiques dans le texte original).

*This statement of the customary international law standard has subsequently been affirmed and applied in a number of international arbitrations relating to the expropriation of foreign owned property. Due to the considerable disagreement between the Parties on the continued existence of this standard it is necessary to recite the authorities in this area in some detail.*

(...)

*Finally, the International Court of Justice itself, the PCIJ's successor, in recent years repeatedly has reconfirmed the validity, indeed the primacy, of Chorzów Factory as the standard of compensation for acts by States unlawful under international law. Thus in 1997 in the Case Concerning the Gabcikovo-Nagymaros Project, (Hung. v. Slovakia), 1997 ICJ 7 (Sept. 25), the Court, having found both Hungary and the Slovak Republic to have acted wrongfully in connection with a dam project, had been asked to "indicate on what basis they should be paid", id. §.152, and in answering such petition referred in the first instance to Chorzów Factory, quoting the same phrase from that case as is set forth in paragraph 484 above<sup>102</sup>. In 2001 the Court again, in the LaGrand Case, (Ger. v. U.S.), 2001 I.C.J. 466 (June 27), relied (at § 125) on the Chorzów Factory principle. In its 2002 Judgment in the Case Concerning the Arrest Warrant of 11 April 2000, (Democratic Rep. of Congo v. Belg.), 2002 I.C.J. 3 (February 14), the Court again invoked (at § 76) the very same passage from Chorzów Factory it had cited in the Case Concerning the Gabcikovo-Nagymaros Project as noted above (and which is quoted in paragraph 484 above) in connection with its finding that Belgium had committed an internationally wrongful act and its associated discussion of remedies. Just two years ago, in 2004, the Court twice had occasion to reconfirm Chorzów Factory's principles. First, the Case Concerning Avena and other Mexican Nationals, (Mexico v. US), 2004 I.C.J. 12 (March 31) at § 119-121, relied on the same principle quoted from Chorzów in the Gabcikovo-Nagymaros, LaGrand and Arrest Warrant Judgments (and set forth in paragraph 484 above) in fashioning the relief ordered in its Judgment. Then, in its Advisory Opinion on the Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, 2004 ICJ 136 (July 9), the Court, after finding the "Wall" in question to be in breach of various international obligations incumbent on Israel, "recall[ed] that the essential forms of reparation in customary law were laid down by the Permanent Court of International Justice in the following terms" and then proceeded in paragraph 152 to invoke the same passage from Chorzów Factory (as set forth in paragraphs 484 and 485 above) on which it had relied in the Gabcikovo-Nagymaros, LaGrand, Arrest Warrant and Avena Cases<sup>103</sup>.*

Depuis lors, la jurisprudence est restée fermement établie en ce sens<sup>104</sup>. Comme le relève Mathias Forteau, « l'héritage du passé est ainsi clairement assumé tout autant qu'il est raffermi par le rappel de sa descendance. Aux côtés du juge interétatique et du codificateur international, les tribunaux CIRDI se

102. Toujours ce passage : « la réparation doit, autant que possible, effacer toutes les conséquences de l'acte illicite et rétablir l'état qui aurait vraisemblablement existé si ledit acte n'avait pas été commis » (CPJI, 13 sept. 1928, *Usine de Chorzów (fond)*, série A, n° 17, p. 47).

103. CIRDI, sentence, 2 oct. 2006, n° ARB/03/16, *ADC Affiliate Limited et ADC & ADMC Management Limited c/ Hongrie*, § 480, 485-486, 497 et § 493 (caractères droits en italiques dans le texte original).

104. *V. note 70 supra*.

sentent manifestement non seulement en bonne compagnie, mais aussi en famille »<sup>105</sup>.

La référence au(x) principe(s) de Chorzów ne résout évidemment pas tous les problèmes liés à la réparation et à ses modalités<sup>106</sup>. Mais, ici encore, la tendance naturelle des tribunaux CIRDI et de se tourner vers la jurisprudence de la Cour et les articles de la CDI pour résoudre les problèmes<sup>107</sup>.

### 3° L'art du *distinguishing* (la clause de la nation la plus favorisée)

Si l'on sort du droit de la responsabilité, les références à la jurisprudence de la Cour ne manquent pas – au moins dans certains domaines – et sont peut-être plus significatives du fait qu'elles ne sont pas appuyées sur la « béquille » des Articles de la CDI. Il en va ainsi, s'agissant de la signification et de la portée de la clause de la nation la plus favorisée – ou plutôt *des* CNPF car il est bien difficile de les réduire à l'unité. Et l'usage fait par les tribunaux CIRDI de la jurisprudence de la Cour de La Haye en la matière confirme qu'ils sont souvent passés maîtres, eux aussi, dans l'art du *distinguishing*. Dans la quasi-totalité des affaires dans lesquelles une CNPF a été invoquée, les tribunaux ont discuté trois arrêts rendus par la CIJ, respectivement dans les affaires de l'*Anglo-Iranian*<sup>108</sup>, que, plus tard le Tribunal *Wintershall* a présenté comme ayant une « *seminal theoretical significance* »<sup>109</sup>, dans celle des *Droits des ressortissants des États-Unis d'Amérique au Maroc*<sup>110</sup> et dans l'affaire *Ambatielos*<sup>111</sup> – s'agissant de ce dernier, conjointement avec la décision arbitrale de 1956 qui a mis fin à l'affaire<sup>112</sup>.

Ici, l'affaire de référence est *Maffezini*, par rapport à laquelle, à ma connaissance, la quasi-totalité des autres sentences qui ont abordé la question se sont situées en prenant position pour ou contre. C'est dans la sentence du 25 janvier que le Tribunal *Maffezini* se réfère, pour la première fois autant que je sache, à la jurisprudence citée ci-dessus ; il y présente les arrêts de la Cour comme le contexte – le « *background* » – dans le cadre duquel « *the operation of the most*

105. M. Foreau, *La contribution au développement du droit international général...*, préc. note 12, p. 15-16.

106. Pour une interprétation récente du principe dans un sens restrictif, V. l'opinion dissidente, fortement argumentée, de B. Stern, jointe à la sentence du 5 octobre 2012 dans l'affaire *Occidental Petroleum Corporation et Occidental Exploration and Production Company c/ Équateur*, § 152-159.

107. V. par exemple, pour une hypothèse où le dommage résultait de causes multiples : *CNUDCI, sentence partielle, 13 sept. 2001, CME Czech Republic BV c/ République tchèque*, § 583 (référence à l'arrêt de 1949 de la CIJ dans l'affaire du *Détroit de Corfou*, par le biais de la mention qui en est faite dans les commentaires des articles de la CDI). Pour un autre exemple de recours – fort maladroît – à la jurisprudence de la CIJ en matière de réparation du préjudice, V. le § 77 de cette même sentence, qui s'appuie bizarrement sur l'arrêt de la Cour dans l'affaire du *Golfe du Maine*, qui concerne une délimitation maritime entre le Canada et les États-Unis, à l'appui du raisonnement du Tribunal concernant les limites de la capacité de l'État en matière de réparation.

108. *CIJ, 22 juill. 1952, affaire de l'Anglo-Iranian Oil Co. (compétence)* : *Rec. CIJ 1952*, p. 93.

109. *CIRDI ARB/04/14, sentence, 8 déc. 2008, Wintershall Aktiengesellschaft c/ Argentine*, § 96.

110. *CIJ, 27 août 1952, affaire relative aux droits des ressortissants des États-Unis d'Amérique au Maroc* : *Rec. CIJ 1952*, p. 176.

111. *CIJ, 19 mai 1953, Affaire Ambatielos (fond : obligation d'arbitrage)* : *Rec. CIJ 1953*, p. 10.

112. *The Ambatielos Claim (Greece, United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland), sentence, 6 mars 1956* : *RSANU*, vol. XII, p. 83.

*favoured nation clause in bilateral investment treaties must (...) be considered* »<sup>113</sup> – après quoi, il cite la jurisprudence CIRDI et, en particulier à la sentence *AAPL*<sup>114</sup>. La sentence *Siemens contre Argentine*, de 2004 procède (plus clairement d'ailleurs), de la même manière, en se fondant sur les mêmes précédents de la CIJ pour aboutir à la même conclusion, et renforce celle-ci par un rappel de *Maffezini*<sup>115</sup>. Au contraire, dans *Salini*, le Tribunal mentionne à son tour les trois mêmes arrêts de la Cour (et la sentence *Ambatielos*), mais, cette fois, pour en nier la pertinence : « *The first two judgments mentioned [Anglo-Iranian Oil Co. 1952 et Droits des nationaux des États-Unis au Maroc] do not address the issue thus posed. In the third case [Ambatielos], (...) the Court did not decide on the merits* » de l'argument avancé par la Grèce et fondé sur la CNPF. Mais, en même temps, le Tribunal mentionne les positions de « *judges dissenting from the solution adopted [who] took positions on the submissions of Greece based on the most-favoured-nation clause as incorporated in the 1886 Treaty. Their view was that the clause "cannot be extended to matters other than those in respect of which it has been stipulated". They added that "having regard to its terms", this clause "promises most-favoured-nation treatment only in matters of commerce and navigation" and that, consequently, it cannot be applied to "the administration of justice" (ICJ Reports 1953, p. 34)* » – intéressant exemple de recours aux opinions dissidentes pour interpréter la jurisprudence de la Cour. Et le Tribunal *Salini* de conclure : « *The Tribunal observes that the circumstances of this case are different* »<sup>116</sup>. Dans *Plama*, le Tribunal a suivi la même approche :

« *In Maffezini the tribunal relied on Case Concerning Rights of Nationals of America in Morocco, Anglo-Iranian Oil Co. Case, and Ambatielos Claim. However, the foregoing review of those decisions shows that they do not provide a conclusive answer to the question* »<sup>117</sup>.

Plus récemment, dans une sentence du 10 février 2012, le Tribunal, dans *ICS Inspection*, a pris, j'ai l'impression (la sentence n'est pas un modèle de clarté), la même position mais en payant un petit tribut à l'importance de la jurisprudence de la CIJ car, explique-t-il :

« *These cases [Anglo-Iranian Oil Company and Ambatielos] must therefore be taken into account not only as legal authorities on the proper interpretation of MFN clauses, but also as precedent that informed subsequent treaty drafting* »<sup>118</sup>.

113. CIRDI, décision sur la compétence, 25 janv. 2000, n° ARB/97/7, *Emilio Agustín Maffezini c/ Espagne*, § 51. – dans le même sens UNCITRAL, décision sur la compétence, 20 juin 2006, *National Grid plc v. The Argentine Republic*, § 86-92.

114. *Ibid.*, citant CIRDI, sentence, 27 juin 1990, n° ARB/87/13, *Asian Agricultural Products Ltd. c/ Sri Lanka* : ICSID Reports, vol. 4, p. 246.

115. CIRDI, décision sur la compétence, 3 août 2004, n° ARB/02/8, *Siemens AG c/ Argentine*, § 96, 99, 101-103.

116. CIRDI, décision sur la compétence, 9 nov. 2004, n° ARB/02/13, *Salini Costruttori SpA et Italstrade SpA c/ Jordanie*, § 106, 112 et 117-118.

117. CIRDI, décision sur la compétence, 8 févr. 2005, n° ARB/03/24, *Plama Consortium Limited c/ Bulgarie*, § 210 et 217. – V. aussi CIRDI, sentence, 8 déc. 2008, n° ARB/04/14, *Wintershall Aktiengesellschaft c/ Argentine*, § 172-189.

118. CPA, décision sur la compétence, 10 févr. 2012, n° 2010-9, *ICS Inspection and Control Services Limited c/ Argentine*, § 291-293.



Pour conclure sur la CNPF : *lip service*, discussion, distinction (et – mais ce n'est pas ce qui nous intéresse ici – cafouillage jurisprudentiel des arbitrages investissements, ou pour reprendre la formule sévère mais justifiée du Tribunal *Wintershall*, « *a welter of inconsistent and confusing dicta* »<sup>119</sup> ; un « fatras » qui résulte essentiellement de l'analyse divergente de la jurisprudence de la CIJ par les tribunaux « investissementsaux »<sup>120</sup>.

#### 4° La consécration de la « jurisprudence Higgins » (le standard de la compétence *prima facie*)

Plus curieux (mais moins regrettable) est l'usage qu'ont fait les tribunaux CIRDI d'une opinion individuelle jointe à un arrêt de la CIJ au sujet des conditions auxquelles la compétence des juridictions internationales est subordonnée. Cette saga témoigne de la « fertilisation croisée » qui peut exister entre les deux systèmes et est loin d'être inintéressante. On peut la décomposer en cinq actes<sup>121</sup> :

– acte 1 : dans une opinion individuelle jointe à l'arrêt de la CIJ de 1996 rendu dans l'affaire des *Plates-formes pétrolières*, au stade des exceptions préliminaires, le juge Higgins a explicité (c'est du moins ainsi que la chose est habituellement présentée) une condition à la compétence de la Cour, traitée de manière fort allusive dans l'arrêt lui-même<sup>122</sup> ; selon Dame Rosalyn :

« [L]e seul moyen d'établir en la présente instance si les demandes de l'Iran sont fondées de façon assez plausible sur le traité de 1955 consiste à accepter provisoirement que les faits allégués par l'Iran sont vrais et à interpréter dans cette optique les articles premier, IV et X du traité à des fins juridictionnelles, c'est-à-dire pour voir s'il est possible, sur la base des faits invoqués par l'Iran, qu'il y ait violation de l'une au moins de ces dispositions »<sup>123</sup> ;

Une petite remarque à cet égard : il y avait eu un prologue à cet acte 1, puisque, dès 1983, dans l'affaire *Amco c. Indonésie*, le tribunal CIRDI, présidé par Berthold Goldman avait mis en avant un test similaire<sup>124</sup>, qui n'est cependant que rarement évoqué par les sentences ultérieures<sup>125</sup> ; préférence pour la Cour ou, hypothèse sacrilège, que je n'évoque qu'*horresco referens* !, ignorance des arbitres et/ou des conseils ? ;

119. CIRDI, sentence, 8 déc. 2008, n° ARB/04/14, *Wintershall Aktiengesellschaft c/ Argentine*, § 189.

120. Je suggère qu'il va vraiment falloir se résigner à inventer ce vilain adjectif : il correspond à une réalité (que l'anglais appréhende plus élégamment en parlant d'*investment law* ou d'*investment tribunals*).

121. V. aussi sur cette saga, M. Forteau, *La contribution au développement du droit international général...*, préc. note 12, p.16-17.

122. CIJ, 12 déc. 1996, *Plates-formes pétrolières (République islamique d'Iran c/ États-Unis d'Amérique)*, exception préliminaire : *Rec. CIJ 1996*, p. 809-810, § 16.

123. *Opinion individuelle de la juge Higgins*, *ibid.*, p. 856, § 32 et p. 857-858, § 34. – Le juge Abraham a développé en détails un argument similaire dans l'affaire *Pulp Mills* au stade des mesures conservatoires (V. *supra*, note 9).

124. CIRDI, décision sur la compétence, 25 sept. 1983, n° ARB/81/1, *Amco Asia Corporation et a. c/ Indonésie* : *ICSID Reports*, vol. 1, p. 406.

125. V. cependant : CIRDI n° ARB/04/8, décision sur la compétence, 27 juill. 2006, *BP America Production Company, Pan American Sur SRL, Pan American Fueguina, SRL & Pan American Continental SRL c/ Argentine*, § 46. – CIRDI, décision sur la compétence, 24 sept. 2008, n° ARB/05/20, *Ioan Micula, Viorel Micula, SV European Food SA, SV Starmill SRL & SV Multipack S.R.L. c/ Roumanie*, § 66 (note 1).

– acte 2 : un tribunal CNUDCI, le Tribunal *Methanex*, s’empare de l’arrêt relatif aux *Plates-formes pétrolières*, qu’il présente comme « *a recent and important decision as to how contested issues of fact and legal interpretation can be treated in jurisdictional challenges* »<sup>126</sup> et qu’il interprète à la lumière de l’opinion de la Juge Higgins<sup>127</sup> (et, on peut le relever en passant, en commettant une erreur sur la position qu’il prête à la Cour en ce qui concerne la compétence *prima facie* qu’elle exerce en matière de mesures conservatoires<sup>128</sup>) ;

– acte 3 : c’est la phase de consolidation – par la Cour elle-même qui, dans ses ordonnances du 2 juin 1999 – sur les mesures conservatoires précisément – dans les affaires concernant la *Licéité de l’emploi de la force*, rappelle sa jurisprudence des *Plates-formes pétrolières* mais dans le sens explicité par M<sup>me</sup> Higgins (qu’elle ne cite bien sûr pas)<sup>129</sup> ; de leur côté, les tribunaux CIRDI, suivent ce qu’ils ont l’air de considérer davantage comme « la jurisprudence Higgins/*Methanex* » que celle de la Cour<sup>130</sup> ;

– acte 4 : il est marqué par l’affirmation péremptoire du principe, relevée dans la décision sur l’annulation dans *Duke Energy* :

« *It has become common-place in ICSID jurisprudence for tribunals to invoke a so-called ‘prima facie standard’ as applicable to jurisdictional challenges, and to support their analysis by reference to the decisions of other international tribunals, including the International Court of Justice* », « *a tribunal whose jurisdiction is contested strikes the balance between avoiding pre-judging the merits, on the one hand, and objectively determining the question of jurisdiction on the other* »<sup>131</sup> ;

– acte 5 : la phase (pas complètement détachable du précédent) – qui se poursuit – de raffinement, avec, en particulier, en 2007, la décision sur l’annulation dans l’affaire *Lucchetti*<sup>132</sup> et l’opinion dissidente de Sir Frank

126. CNUDCI, sentence partielle, 7 août 2002, *Methanex Corporation c/ États-Unis d’Amérique*, § 116-119.

127. V. § 118.

128. *Ibid.*

129. CIJ, ord., 2 juin 1999, *Licéité de l’emploi de la force (Yougoslavie c/ Belgique)*, mesures conservatoires : *Rec. CIJ 1999*, p. 137, § 38.

130. V. CIRDI, décision sur la compétence, 8 févr. 2005, n° ARB/03/24, *Plama Consortium Limited c/ Bulgarie*, § 119. – V. aussi CNUDCI, décision sur la compétence, 22 nov. 2002, *United Parcel Service of America Inc. c/ Canada*, § 35-36. – CIRDI, décision sur la compétence, 29 janv. 2004, n° ARB/02/06, *SGS c/ Philippines*, § 26. – UNCITRAL, décision sur la compétence, 27 févr. 2004, aff. LCIA n° UN3481, *EnCana Corporation c/ Équateur*, § 25. – CIRDI n° ARB/02/13, décision sur la compétence, 9 nov. 2004, *Salini Costruttori SpA et Italstrade SpA c/ Jordanie*, § 137-140. – CIRDI, décision sur la compétence, 22 avr. 2005, n° ARB/07/17, *Impregilo SpA c/ Argentine*, § 237-247. – CIRDI, décision sur la compétence, 22 févr. 2006, n° ARB/03/9, *Continental Casualty Company c/ Argentine*, § 63 (notes 4-5). – CIRDI, décision sur la compétence, 27 avr. 2006, n° ARB/03/15, *El Paso Energy International Company c/ Argentine*, § 40-46. – CIRDI, décision sur la compétence, 25 mai 2006, n° ARB/03/20, *Telefónica SA c/ Argentine*, § 56 (notes 21-22). – CNUDCI, décision sur la compétence, 6 juin 2006, *Canfor Corporation c/ États-Unis d’Amérique ; Terminal Forest Products Ltd. c/ États-Unis d’Amérique*, § 167-173. – CIRDI, décision sur la compétence, 16 juin 2006, n° ARB/04/13, *Jan de Nul NV et Dredging International NV c/ Égypte*, § 70. – CIRDI n° ARB/04/8, décision sur la compétence, 27 juill. 2006, *BP America Production Company, Pan American Sur SRL, Pan American Fueguina, SRL et Pan American Continental SRL c/ Argentine*, § 43-51. – CIRDI, décision sur la compétence, 25 août 2006, n° ARB/04/1, *Total SA c/ République argentine*, § 55.

131. CIRDI, décision sur l’annulation, 1<sup>er</sup> mars 2011, n° ARB/03/28, *Duke Energy International Peru Investments n° 1, Ltd. c/ Peru*, § 117-118.

132. CIRDI, décision sur l’annulation, 5 sept. 2007, n° ARB/03/4, *Industria Nacional de Alimentos, SA et Indalsa Perú, SA c/ Peru*, § 117-119.

Berman<sup>133</sup>, puis, en 2008, avec l'affaire *Chevron* contre *Equateur*<sup>134</sup>, ou, en 2012, avec *SGS* contre *Paraguay*<sup>135</sup>, qui toutes précisent – toujours en référence davantage à l'opinion de Dame Rosalyn qu'à celle de la CIJ à proprement parler – les limites dans lesquelles il est possible d'accepter *prima facie* la version des fait donnée par un requérant.

Indépendamment du côté un peu anecdotique de cette primauté à l'opinion individuelle, il y a là un exemple intéressant et assez convaincant de « fertilisation croisée »<sup>136</sup> entre les deux jurisprudences : de la Cour mondiale et des tribunaux « investissements ».

##### 5° *Le suivisme malencontreux (la force obligatoire des mesures conservatoires)*

Autant la jurisprudence relative au « test Higgins » témoigne d'une utilisation intelligente par les tribunaux CIRDI de la jurisprudence de la Cour – ou de celle qui lui est prêtée... ; autant l'usage que font ces mêmes tribunaux de la jurisprudence « haguenoise » quant à la valeur juridique des ordonnances en indication de mesures conservatoires témoigne d'un suivisme aveugle et fort critiquable. Chacun sait que, par son arrêt du 27 juin 2001, la CIJ, dans sa sagesse (c'est une notion relative...), a décidé que les mesures conservatoires qu'elle indique ont un caractère obligatoire<sup>137</sup> – eussè-je été juge, je n'aurais sans doute pas voté avec la majorité mais cette invention prétorienne est maintenant bien ancrée dans le droit positif. Et, malheureusement, les tribunaux CIRDI ont suivi le chemin discutable ainsi tracé.

Cette assez fâcheuse dérive a commencé avec la sentence *Pey Casado* rendue quelques mois après l'arrêt *LaGrand* ; le Tribunal a considéré que la question de l'interprétation de l'article 47 de la Convention CIRDI « peut être considérée aujourd'hui comme résolue, à la lumière notamment de la jurisprudence [le Tribunal cite un peu plus loin la sentence *Maffezini* et celle du Tribunal États-Unis/Iran] et (...) d'un récent arrêt de la Cour internationale de justice »<sup>138</sup> (il s'agit de l'arrêt du 27 juin 2001 dans l'affaire *LaGrand*), dont, affirme le Tribunal *Pey Casado*, la solution « paraît manifestement pouvoir s'appliquer par analogie à l'article 47 de la Convention CIRDI »<sup>139</sup>... Il est vrai que, sans pouvoir s'inspirer du tour de passe-passe de la CIJ, qui assimile sans broncher « indiquer » à « décider », le Tribunal *Maffezini* avait fait pire deux ans plus tôt en identifiant « recommander » à « ordonner » – avec, cependant, l'excuse du texte espagnol de l'article 47 de la Convention CIRDI qui,

133. *Ibid.*, opinion dissidente de Sir F. Berman, § 17. – V. aussi CNUDCI, 3<sup>e</sup> décision sur la compétence, 27 févr. 2012, aff. CPA n° 2009-23, *Chevron Corporation et Texaco Petroleum Corporation c/ Equateur*, § 4.10.

134. CNUDCI, décision sur la compétence, 1<sup>er</sup> déc. 2008, aff. CPA n° 34877, *Chevron Corporation (USA) et Texaco Petroleum Company (USA) c/ Equateur*, § 103, 105 et 109-110.

135. CIRDI, sentence, 10 févr. 2012, n° ARB/07/29, *SGS Société Générale de Surveillance SA c/ Paraguay*, § 47-48 et 50-53.

136. C. Brown, *The Use of Precedents of other International Courts and Tribunals in Investment Treaty Arbitration* : TDM, 2008/3.

137. CIJ, 27 juin 2001, *LaGrand* : Rec. CIJ 2001, p. 502-503, § 102.

138. CIRDI, décision sur la mesures conservatoires, 25 sept. 2001, n° ARB/98/2, *Victor Pey Casado et President Allende Foundation c/ Chili*, § 17.

139. *Ibid.*, § 20.

bizarrement, traduit « recommandation » par « *dictación* »<sup>140</sup>. Il reste, qu'ici encore, on peut noter une « préférence pour la Cour », car il me semble que, même s'ils ne négligent pas complètement ce précédent, les tribunaux CIRDI ultérieurs se fondent plus systématiquement sur *LaGrand* que sur *Maffezini* à cet égard – même si, bien sûr, conformément aux habitudes regrettables d'entassement jurisprudentiel qu'affectionnent les tribunaux CIRDI, ils y ajoutent la jurisprudence *Pey Casado* et la mention de chaque nouveau précédent allant dans le même sens, la solution étant dorénavant présentée comme allant de soi<sup>141</sup>. Seule semble faire exception la (peut-être) courageuse décision sur les mesures conservatoires rendue dans l'affaire *Caratube International Oil Company* contre *Kazakhstan*<sup>142</sup> mais elle est isolée et fort peu limpide pour un esprit cartésien. De toute manière, je ne me hasarderais sûrement pas aujourd'hui à contester que, même si je ne l'approuve pas, la jurisprudence *LaGrand* est pleinement intégrée dans le droit positif du CIRDI. Comme quoi, les juridictions résistent mal à toutes les occasions susceptibles d'asseoir leur pouvoir – à défaut de leur légitimité... et les tribunaux CIRDI ont été trop contents d'abriter leur appétit pour la compétence sous la feuille de vigne de l'autorité de la Cour mondiale.

\*\*\*

L'approche largement casuistique que j'ai retenue dans cette présentation ne débouche pas sur des conclusions évidentes – si bien que je ne puis guère que conclure sur quelques banalités affligeantes. Elles tiennent en cinq rapides propositions :

1° les tribunaux CIRDI se réfèrent à la jurisprudence de la Cour mondiale de manière extrêmement pragmatique, sans recourir à des méthodes prédéterminées ; il ne s'agit jamais de « l'appliquer » purement et simplement, mais elle joue un rôle de moyen (en général auxiliaire) de détermination des règles de droit qu'ils doivent mettre en œuvre, pour reprendre la formule de l'article 38, paragraphe 1. A), du Statut de la CIJ ;

2° ils n'y font pas systématiquement appel, mais, comme c'est naturel, ils se tournent davantage vers elle lorsque sont en jeu des questions de droit international général ou de procédure (*lato sensu*) que s'ils doivent trancher des problèmes plus particulièrement centrés sur le droit de l'investissement ;

3° il reste que, même si elle n'a guère eu l'occasion de s'aventurer sur le terrain du droit de l'investissement, la Cour, comme à l'égard des autres cours et tribunaux internationaux, exerce toujours une magistrature d'influence non

140. CIRDI, ordonnance procédurale n° 2, 28 oct. 1999, n° ARB/97/7, *Emilio Agustín Maffezini c/ Espagne*, § 9.

141. V. notamment, CIRDI, décision sur les mesures conservatoires, 19 nov. 2007, n° ARB/06/21, *City Oriente Limited c/ Équateur et Empresa Estatal de Petróleos del Ecuador (Petroecuador)*, § 92. – CIRDI, décision sur les mesures conservatoires, 8 mai 2009, n° ARB/08/6, *Perenco Ecuador Ltd. c/ Équateur & Empresa Estatal Petróleos del Ecuador (Petroecuador)*, § 75-76. – CIRDI, décision sur les mesures conservatoires, 15 déc. 2012, n° ARB/12/1, *Teehyan Copper Company Pty Limited c/ Pakistan*, § 120.

142. CIRDI, décision sur les mesures conservatoires, 31 juill. 2009, n° ARB/08/12, *Caratube International Oil Company LLP c/ Kazakhstan*, § 67.

négligeable, qui va sans doute au-delà de la simple recherche par les tribunaux investissements du renforcement de leur légitimité ; et il me semble qu'il serait intéressant d'étudier de plus près les hypothèses de « mimétisme »<sup>143</sup>, de « *judicial borrowing* »<sup>144</sup> ou de « fertilisation croisée »<sup>145</sup> avancées par certains auteurs ;

4° cette relative porosité des arbitrages CIRDI à la jurisprudence de la Cour mondiale confirme, s'il en était besoin, l'ancrage du droit international de l'investissement, en dépit de son indéniable spécificité, dans le droit international général ;

5° Comme l'a noté le Tribunal dans l'affaire *AAPL* dès 1990 :

*« it should be noted that the Bilateral Investment Treaty [et cela est vrai, d'une manière plus générale pour l'ensemble du système CIRDI] is not a self-contained closed legal system limited to provide for substantive material rules of direct applicability, but it has to be envisaged within a wider juridical context in which rules from other sources are integrated through implied incorporation methods, or by direct reference to certain supplementary rules, whether of international law character or of domestic law nature »*<sup>146</sup>.

Selon l'heureuse formule utilisée jadis par la Cour de justice des Communautés européennes dans l'affaire *Van Gend en Loos* du 5 février 1963 (malheureusement corrigée un an plus tard dans le funeste arrêt *Costa contre ENEL*<sup>147</sup>, le droit du CIRDI s'affirme comme « un nouvel ordre juridique de droit international »<sup>148</sup> – ni *self-contained regime* vivant en « isolation clinique », ni réductible au droit international général, dont il garde le nord, grâce, notamment (car il ne faut pas exagérer son rôle), à la boussole que constitue la jurisprudence de la Cour mondiale.

*Mots-Clés* : Sentences CIRDI - Jurisprudence CIJ

143. C. Kessedjian, *To Give or Not to Give Precedential Value...*, préc. note 1, p. 61.

144. V.S. Vadi, *Towards Arbitral Path Coherence & Judicial Borrowing...*, préc. note 1.

145. C. Brown, *The Use of Precedents...*, préc. note 1.

146. CIRDI, sentence, 27 juin 1990, n° ARB/87/13, *Asian Agricultural Products Ltd. c/ Sri Lanka*, § 21. – V. aussi CIRDI, 31 oct. 2011, n° ARB/03/15, *El Paso Energy International Company c/ Argentine*, § 131 et CIRDI, sentence, 25 oct. 2012, n° ARB/08/11, *Bosh International, Inc et BOP Ltd Foreign Investments Enterprise c/ Ukraine*, § 113.

147. Aff. 6/64 : Rec. 1963, p. 1161, dans cette affaire, la Cour a omis la référence au droit international. – Pour une critique de cette regrettable évolution, V. A. Pellet, *Les fondements juridiques internationaux du droit communautaire*, in *Académie de droit européen*, Florence : Rec. des cours (1994), Kluwer, Dordrecht, 1997, vol. V, t. 2, p. 193-271, en particulier, p. 205-207.

148. Aff. 26/62, Rec., p. 3.