

SOCIÉTÉ FRANÇAISE POUR LE DROIT INTERNATIONAL

Journée d'études  
de Lille

LA MISE EN ŒUVRE  
DE LA *LEX SPECIALIS*  
DANS  
LE DROIT INTERNATIONAL  
CONTEMPORAIN

sous la direction de  
Muriel UBÉDA-SAILLARD

EDITIONS PEDONE  
13 rue Soufflot  
Paris

2017

## LE POINT DE VUE DU DROIT INTERNATIONAL DES INVESTISSEMENTS

*par*

**Franck LATTY**

Professeur à l'Université Paris Nanterre  
Directeur du Centre de droit international de Nanterre (CEDIN)

L'image retenue pour illustrer l'affiche et le programme de la Journée d'études de Lille sur « La mise en œuvre de la *lex specialis* dans le droit international contemporain » représentait la superposition de dizaines de roues dentées de dimensions diverses qui, situées à des plans distincts, ne s'engrènaient pas malgré l'effet d'accumulation. Le mécanisme qui tourne à vide était-il un hasard de graphisme ou une allégorie du fonctionnement « flottant » de la *lex specialis* ? Toujours est-il que la composition illustre parfaitement la complexité qui caractérise la mise en œuvre de la *lex specialis* au plan international de manière générale et dans le droit international des investissements (étrangers) en particulier.

Cette branche est une terre d'élection de la *lex specialis*. En l'absence d'accord multilatéral à vocation universelle – seule la Convention de Washington sur le CIRDI (1965) et celle de Séoul sur l'AMGI ont cette qualité mais leur objet n'est pas la protection substantielle des investissements étrangers, la discipline repose sur une multitude d'instruments spécifiques, et notamment sur les plus de 3 000 traités internationaux dont l'objet est d'accorder un statut particulier aux investissements provenant des parties contractantes sur le territoire des autres. La figure reine est celle du « traité bilatéral d'investissement » (TBI), mais quelques traités multilatéraux ont été conclus (traité sur la Charte de l'énergie (TCE), traité entre les Etats membres de l'Organisation de la conférence islamique etc.), tandis que s'épanouit – s'épanouissait ? – le modèle du traité de libre-échange comportant un chapitre « spécial » sur les investissements, dont les sigles anxiogènes sont parvenus jusqu'aux oreilles du « grand public » (ALENA, AECG/CETA, projet de TTIP/TAFTA, projet de TTP – traité transpacifique, abandonné par l'Administration Trump dès sa prise de fonctions)<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Tous ces « *International Investment Treaties* » sont recensés et accessibles sur le précieux site de la CNUCED : <http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA>. Toutes les décisions arbitrales citées ci-après sont disponibles sur le non moins précieux site de l'Université de Victoria (Canada) « Investment Treaty Arbitration Law » : <http://www.italaw.com>.

Les dispositions relatives aux investissements étrangers contenues dans tous ces instruments sont souvent fort semblables (clauses de traitement juste et équitable, clauses relatives aux expropriations, voies de recours arbitrales etc.), le phénomène de « modélisation » conventionnelle jouant à plein en ce domaine. Mais il n’y a pas deux traités qui sont identiques, si bien que les tribunaux arbitraux saisis par des investisseurs sur le fondement de ces instruments s’inscrivent par hypothèse dans une logique de *lex specialis* : ils appliquent *avant tout* le traité qui fonde leur compétence et qui renferme les obligations dont la violation est alléguée par l’investisseur étranger<sup>2</sup>.

Pour autant, le droit des investissements, pas plus que le droit international économique, n’est une discipline autonome. Si d’aucuns veulent encore croire que « le droit international général et le droit international économique sont hétérogènes l’un par rapport à l’autre ; [que] le droit international économique ne constitue pas une différence spécifique dans ce genre proche que serait le droit international général »<sup>3</sup>, force est au contraire de constater que le droit des investissements est bien arrimé à l’ordre juridique international. L’observation même superficielle des décisions arbitrales rendues en ce domaine suffit à montrer que le droit international général y occupe une place indispensable. Les instruments de protection des investissements ont en effet besoin des règles générales pour « fonctionner ». Dans la pratique, les règles supplétives du droit des traités et de la responsabilité, par exemple, s’avèrent essentielles dans leur mise en œuvre, notamment devant les tribunaux arbitraux, tant et si bien que le droit des investissements constitue à l’heure actuelle l’un des domaines les plus fertiles de la discipline<sup>4</sup>.

Dès lors que le droit international général imprègne le droit des investissements, le principe *lex specialis derogat generali* est de ceux que les tribunaux arbitraux ont à connaître de manière régulière. Ainsi, lorsqu’une partie au différend se prévaut d’une règle contenue dans le traité d’investissement applicable (ou dans la convention de Washington devant un tribunal CIRDI) quand l’autre invoque à son avantage une norme divergente (non impérative) du droit international général, c’est sans grande surprise que les arbitres choisissent la première au titre de la *lex specialis*<sup>5</sup> – le concept étant d’ailleurs employé davantage au titre de la détermination du droit applicable que de la résolution

<sup>2</sup> V. par ex. : CIRDI, *Camuzzi International SA c. Argentine*, n° ARB/03/2, décision sur les exceptions d’incompétence, 11 mai 2005, § 145 ; CPA (CNUDCI), *EURAM c. Slovaquie*, n° 2010-17, sentence sur la compétence, 22 octobre 2012, § 331 ; CPA (CNUDCI), *Serafin Garcia Armas et Karina Garcia Gruber c. Venezuela*, n° 2013-3, décision sur la compétence, 15 décembre 2014, § 157.

<sup>3</sup> D. CARREAU, P. JUILLARD, *Droit international économique*, 5<sup>e</sup> éd., Paris, Dalloz, 2013, p. 7, n° 18.

<sup>4</sup> V. la chronique « Arbitrage transnational et droit international général » à l’*Annuaire français de droit international* (depuis 2008).

<sup>5</sup> V. par exemple CIRDI, *KT Asia Investment group BV c. Kazakhstan*, ARB/09/8, sentence du 17 octobre 2013, § 129 (non application des règles générales en matière de nationalité tirées du droit de la protection diplomatique dès lors que « they have been varied by the *lex specialis* of an investment treaty »). Cf. CIRDI, *Camuzzi International SA c. Argentine*, n° ARB/03/2, décision sur la compétence, 11 mai 2005, §§ 144-145, où les règles de la protection diplomatique ne sont pas considérées comme la *lex generalis* mais comme des normes à caractère résiduel en droit des investissements.

d'un conflit de normes<sup>6</sup>. Mais inversement, en l'absence de norme spéciale applicable, voire en cas d'incertitude à son sujet<sup>7</sup>, les arbitres se réfèrent sans difficulté aux règles coutumières du droit international. Tel est le cas pour ce qui concerne l'indemnisation des expropriations *illicites*, couramment déterminée selon le « standard » coutumier de l'affaire de l'*Usine de Chorzów* dès lors que les traités d'investissement se contentent de fixer des règles relatives à l'indemnisation des expropriations *licites*<sup>8</sup>.

Derrière ces rouages au fonctionnement somme toute très classique, n'y a-t-il pas matière à identifier un engrenage plus complexe ? Le parti pris, conformément à l'intitulé du deuxième thème de la journée d'études de Lille<sup>9</sup>, sera de prendre du champ avec l'application mécanique du principe *lex specialis derogat generali* pour analyser plus largement, dans le droit des investissements, les rapports entre le droit international spécial et le droit international général. En ce sens, il importe de distinguer la *lex specialis*, expression désignant la norme spéciale, et le principe *lex specialis (derogat generali)*, procédé de résolution de conflits de normes.

S'il n'est guère aisé de déceler une mécanique harmonieuse dans une pratique conventionnelle et contentieuse éclatée, un double mouvement est néanmoins perceptible, qui ne va pas sans produire des effets contraires sur la

<sup>6</sup> En matière procédurale, v. par exemple : Comité *ad hoc* CIRDI, *Tza Yap Shum c. Pérou*, n° ARB/07/6, décision sur la demande d'annulation, 12 février 2015, § 118 (application de la *lex specialis* de la Convention de Washington concernant le motif d'annulation d'une sentence que constitue l'inobservation d'une règle fondamentale de procédure) ; CPA (CNUDCI), *William Clayton e.a. c. Canada*, n° 2009-04, sentence sur la compétence et la responsabilité, 17 mars 2015, § 258 (« priorité » des règles de l'ALENA en tant que *leges speciales* sur les règles du droit international général en matière de délais de recours et leurs conséquences). Au sujet de la dénonciation de la convention de Washington par le Venezuela, régie par la *lex specialis* de cet instrument, v. CIRDI, *Venoklim Holding BV c. Venezuela*, n° ARB/12/22, sentence du 3 avril 2015, §§ 56 et s., 64 et le comm. de B. Rémy in *JDI*, 2016/1, pp. 215 et s.

<sup>7</sup> CPA, *Serafin Garcia Armas et Karina Garcia Gruber c. Venezuela*, n° 2013-3, décision sur la compétence, 15 décembre 2014, § 157.

<sup>8</sup> Parmi de nombreux exemples, v. CIRDI, *ADC Affiliate Limited c. Hongrie*, n° ARB/03/16, sentence du 2 octobre 2006, § 483 (« *Since the BIT does not contain any lex specialis rules that govern the issue of the standard for assessing damages in the case of an unlawful expropriation, the Tribunal is required to apply the default standard contained in customary international law in the present case* ») ; CIRDI, *Compañía de Aguas del Aconquija SA et Vivendi Universal SA c. Argentine*, n° ARB/97/3, sentence du 20 août 2007, § 8.2.3 (le traité applicable « *does not purport to establish a lex specialis governing the standards of compensation for wrongful expropriations* ») ; CIRDI, *Quiborax SA et Non Metallic Minerals SA c. Bolivie*, ARB/06/2, sentence, 16 septembre 2015, § 326 (et les références citées note 351). A noter toutefois que certains tribunaux font le choix de se référer aux règles conventionnelles parfois très détaillées relatives à l'expropriation licite. V. A. DE NANTEUIL, *L'expropriation indirecte en droit international de l'investissement*, Paris, Pedone, 2014, pp. 290 et s.

<sup>9</sup> « *Lex specialis et droit international plus général : concurrence ou complémentarité ?* ». Pour cette raison, on n'examinera pas les rapports entre la Convention de Washington et les traités d'investissement, ces deux catégories de normes conventionnelles relevant du droit spécial des investissements. Le principe *lex specialis* s'avère à cet égard peu opérationnel pour trancher les conflits de normes d'investissement, ainsi que le révèlent les apories autour de la définition de l'investissement (définition du traité d'investissement / définition prétorienne au titre de la Convention de Washington). V. A. DE NANTEUIL, *Droit international de l'investissement*, Paris, Pedone, 2014, pp. 156 et s.

question de l'unité ou de la fragmentation du droit international : un mouvement, attendu, de spécialisation du droit international général (I) ; un autre, à rebours, de généralisation du droit international spécial (II).

## I. LA SPÉCIALISATION DE LA *LEX GENERALIS*

La discipline du droit international des investissements étrangers repose dans une mesure non négligeable sur des normes de droit international général qui ont fait l'objet d'une « spécialisation ». Cette dernière concerne, fort classiquement, certaines normes « primaires », au sens « hartien » du terme<sup>10</sup>, de la discipline (A). Les normes secondaires, notamment du droit de la responsabilité internationale, ne sont pas épargnées par ce phénomène, au risque de grippages ponctuels favorisant la « fragmentation » du droit international (B).

### A. Spécialisation du droit international général primaire : vers l'hyperspécialisation du droit des investissements ?

Parmi les différentes manières de catégoriser les normes conventionnelles de fond en droit des investissements<sup>11</sup>, une distinction pourrait être opérée entre les normes codifiant le droit coutumier, ou du moins directement tirées de ce dernier, et celles dont la source est purement conventionnelle – sans préjudice de leur potentielle « coutumiérisation » subséquente du fait de leur généralisation en pratique. Parmi ces dernières figurent les clauses de traitement national ou de traitement de la nation la plus favorisée, les clauses de prescription de résultat, de libre-transfert des bénéfices, etc. Aux premières ressortissent les clauses de traitement juste et équitable, de protection et sécurité pleine et entière, ou encore les clauses relatives à l'expropriation<sup>12</sup>.

Le droit conventionnel des investissements n'a en effet rien inventé en la matière. Il s'inscrit dans la lignée de règles coutumières patinées apparues à la fin du XIX<sup>ème</sup> siècle, lorsque le standard minimum international de traitement des étrangers a été formulé, « exigeant de l'Etat qu'il traite la personne et les activités personnelles de l'étranger ainsi que ses biens et intérêts patrimoniaux légalement constitués sur son territoire conformément à la pratique moyenne des pays dits 'civilisés' »<sup>13</sup>.

<sup>10</sup> H. L. A. HART, *Le concept de droit*, Bruxelles, Facultés universitaires Saint-Louis, 1976, p. 105 et p. 119 ; N. BOBBIO, « Nouvelles réflexions sur les normes primaires et secondaires », in Ch. PERELMAN (dir.), *La règle de droit*, Bruylant, Bruxelles, 1971, p. 122.

<sup>11</sup> V. par ex. Y. NOUVEL, « Classification cursive des règles de fond issues des traités bilatéraux d'investissement », *RGDIP*, 2015/1, pp. 7 et s. (distinction selon le degré de précision de la norme). Comme cet auteur, on émettra des réserves sur la distinction peu opérationnelle entre les normes « de traitement » et les normes « de protection » retenue dans le manuel de référence de D. CARREAU et P. JUILLARD (*op. cit.*, p. 499).

<sup>12</sup> V. par ex. CIRDI, *Generation Ukraine, Inc c. Ukraine*, n° ARB/00/9, sentence du 16 septembre 2003, § 11.3.

<sup>13</sup> G. CAHIN, « Droit international coutumier et traités d'investissement – aspects méthodologiques », in *Mélanges offerts à Charles Leben. Droit international et culture juridique*, Paris, Pedone, 2015, p. 18.

Selon les instruments et l'interprétation qui en est donnée par les tribunaux arbitraux, la codification se fait à droit constant ou au contraire obéit à une logique de spécialisation. Le premier cas de figure concerne par exemple la clause de traitement juste et équitable de l'ALENA ou du modèle français ou américain de traité bilatéral d'investissement, qui renvoient expressément au droit coutumier<sup>14</sup>. La clause de protection et sécurité pleine et entière, qui lui est fréquemment associée, obéit au même mécanisme<sup>15</sup>. Si *lex specialis* il y a, celle-ci est purement formelle, dans la mesure où la norme conventionnelle est en substance alignée sur la *lex generalis* coutumière<sup>16</sup>. Il n'en demeure pas moins que les tribunaux arbitraux appliquant ces normes peuvent être conduits à enregistrer les évolutions du droit coutumier général, notamment au vu du développement du droit des investissements<sup>17</sup>, ce qui confirme – si besoin était – que la discipline constitue un « véritable laboratoire de la dynamique toujours renouvelée des rapports entre droit conventionnel et droit coutumier »<sup>18</sup>.

La logique de spécialisation, en revanche, est à l'œuvre lorsque que ces normes conventionnelles vont « au-delà » des standards coutumiers. Nombre de tribunaux en ont jugé ainsi au sujet des clauses de traitement juste et équitable<sup>19</sup>, de protection et sécurité pleine et entière<sup>20</sup> ou d'expropriation<sup>21</sup>, dont le contenu a été autonomisé par rapport au droit coutumier. La pratique conventionnelle des Etats a suivi, en réduisant d'autant la marge d'interprétation des arbitres tout en consolidant la spécialisation de la norme conventionnelle. L'Accord économique et commercial global (AECG/CETA) entre l'Union européenne et le Canada, par exemple, aboutit à une hyperspécialisation des standards originellement coutumiers. Ses articles 8.10 (« Traitement des investisseurs et des investissements visés ») et 8.12 (« Expropriation ») déterminent avec force

<sup>14</sup> V. par exemple l'art. 4 du modèle français (2006) : « Chacune des parties contractantes s'engage à assurer [...] un traitement juste et équitable, conformément aux principes du Droit international [...] » (it. aj.).

<sup>15</sup> V. par ex. l'art. 5 du modèle canadien d'accord bilatéral d'investissement (2004) : « 2. Les principes de 'traitement juste et équitable' et de 'protection et sécurité intégrales' visés au paragraphe 1 n'exigeront pas un traitement plus favorable que celui qu'exige la norme minimale de traitement des étrangers en droit international coutumier ».

<sup>16</sup> CIRDI, *Teco Guatemala Holdings LLC c. Guatemala*, ARB/10/17, sentence sur la compétence et sur le fond, 19 décembre 2013, §§ 443 et s.

<sup>17</sup> CIRDI, *Mondev International Ltd. c. Etats-Unis d'Amérique*, n° ARB(AF)/99/2, sentence du 11 octobre 2002, §§ 117 et s.

<sup>18</sup> G. CAHIN, *op. cit.*, p. 19.

<sup>19</sup> CIRDI, *Tecmed SA c. Mexique*, n° ARB(AF)/00/2, sentence du 29 mai 2003, §§ 154 et s. ; CIRDI, *El Paso Energy International Company c. Argentine*, aff. n° ARB/03/15, sentence du 31 octobre 2011, § 348. Sur les « exigences positives » de clarté, de cohérence et de stabilité du cadre juridique tirées du standard de traitement juste et équitable, ainsi que sur la protection des attentes légitimes des investisseurs, v. Y. NOUVEL, « Les standards de traitement : le traitement juste et équitable, la sécurité pleine et entière », in Ch. LEBEN (dir.), *Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational*, Paris, Pedone, 2015, pp. 334 et s.

<sup>20</sup> Trib. CNUDCI, *National Grid c. Argentine*, sentence du 3 novembre 2008, § 189 (inclusion de la sécurité juridique dans le standard).

<sup>21</sup> V. par ex. CPA (CNUDCI), *British Caribbean Bank Limited (Turks & Caicos) c. Belize*, n° 2010-18, sentence du 19 décembre 2014, §§ 260 et s. ; CIRDI, *Antoine Abou Lahoud and Leila Bounafeh-Abou Lahoud c. RDC*, aff. n° ARB/10/4, sentence du 7 février 2014, §§ 555 et s.

détails les obligations des Etats et *a contrario* les comportements qui restent compatibles avec leurs obligations, retenant ou rejetant ainsi diverses options contradictoires tirées de la « jurisprudence » arbitrale, tandis que l'article 8.15 (« Réserves et exceptions ») limite le champ d'application du traité tout en renvoyant à des annexes elles-mêmes fort détaillées.

Le développement de clauses de ce type dans divers instruments conventionnels contemporains, chacun d'entre eux déterminant « à la carte » le contenu précis de chaque obligation (inclusion ou non des attentes légitimes dans le traitement juste et équitable<sup>22</sup>, détermination de critères d'évaluation du bien exproprié, etc.) éloigne d'autant la norme conventionnelle de la *lex generalis*. Cette multiplication des formes de *lex hyper specialis* constitue un obstacle à la généralisation coutumière et renforce d'autant l'autonomisation du droit des investissements.

## B. Spécialisation des règles secondaires : la « self-containisation » du droit des investissements ?

Les règles secondaires du droit international, *i.e.* selon la formule consacrée « les règles sur les règles » (modes de formation, conséquences en cas de violation, etc.), sont de celles qui fondent l'unité de l'ordre juridique international. Pour autant, nombre de ces règles présentent un caractère supplétif – elles souffrent donc des règles plus spéciales, dont la plupart sont, le cas échéant, trouvées dans les traités d'investissement, même si l'activité arbitrale peut aussi s'avérer normative en la matière.

En matière de droit des traités, par exemple, le tribunal de l'affaire *Clayton* a jugé qu'aux règles d'interprétation de la Convention de Vienne de 1969 s'ajoutait la *lex specialis* de l'ALENA « *which go further* » dans la mesure où, selon l'article 1131, § 2, dudit traité, les interprétations authentiques de la Commission de libre-échange s'imposent aux tribunaux arbitraux<sup>23</sup>. Dans un autre registre, celui du droit du contentieux, le tribunal de l'affaire *Renco* s'est abrité derrière la *lex specialis* du traité applicable pour rejeter les arguments du demandeur fondés sur la « doctrine *Mavrommatis* » selon laquelle certains défauts juridictionnels pourraient être corrigés après le dépôt d'une requête<sup>24</sup>. La perspective de la *lex specialis* évite en l'occurrence de discuter le caractère *generalis* d'une pratique imputée à la seule Cour internationale de Justice, qu'elle-même suit de manière aléatoire... L'argument de la *lex specialis* est également celui employé par l'arbitre G. Abi-Saab pour critiquer la décision majoritaire du tribunal arbitral de l'affaire *ConocoPhillips* refusant de se reconnaître un pouvoir de réexamen d'une décision arbitrale rendue avant le

<sup>22</sup> L'AECG/CETA fait du respect des attentes légitimes de l'investisseur non pas une composante à part entière du standard mais un facteur à prendre en compte au moment d'apprécier le respect du traitement juste et équitable (art. 8.10, § 4).

<sup>23</sup> CPA (CNUDCI), *William Clayton e.a. c. Canada*, n° 2009-04, sentence sur la compétence et la responsabilité, 17 mars 2015, § 430.

<sup>24</sup> Trib. CNUDCI, *The Renco Group Inc. c. Pérou*, UNCT/13/1, sentence partielle sur la compétence, 15 juillet 2016, § 157.

prononcé de la sentence. Si les arbitres majoritaires se sont prononcés sur le fondement de la seule Convention de Washington (et non du droit international général), le dissident s'est toutefois employé à démontrer dans son opinion que cet instrument se démarquait justement des autres systèmes juridictionnels internationaux (CIJ, CPI, CEDH etc. – mais constituent-ils vraiment la *lex generalis* ?) en privant d'autorité de la chose jugée les décisions interlocutoires<sup>25</sup>.

La mise en œuvre de la *lex specialis* dans le domaine du droit de la responsabilité internationale illustre les menaces potentielles qui l'accompagnent. La question de l'*attribution* attire en particulier l'attention. Certes, les tribunaux arbitraux d'investissement recourent abondamment aux *Articles* de la CDI (non pas seulement au stade de l'*attribution* des comportements illicites mais dès l'examen de leur compétence *ratione personae*<sup>26</sup>), alors même qu'ils ont été adoptés dans le contexte des rapports *interétatiques* de responsabilité. Mais par ailleurs, le texte même prévoit sa mise à l'écart « dans les cas et dans la mesure où les conditions de l'existence d'un fait internationalement illicite ou le contenu ou la mise en œuvre de la responsabilité internationale d'un Etat sont régis par des règles spéciales de droit international »<sup>27</sup>. En ce sens, certains traités d'investissement comportent des règles d'*attribution* qui semblent déroger aux règles générales codifiées par la CDI<sup>28</sup>. L'article 2 du modèle français de traité bilatéral, par exemple, étend la responsabilité des Etats parties aux comportements des entités sous « tutelle », catégorie supposant un lien de subordination tel que les comportements *de jure gestionis* de l'émanation de l'Etat devraient lui être attribués<sup>29</sup> – ce que la CDI n'a pas retenu au titre du droit international général. Par ailleurs, de certaines normes conventionnelles relatives aux « entreprises d'Etat » (modèle américain de TBI<sup>30</sup>, ALENA<sup>31</sup>), plusieurs tribunaux ont déduit une *lex specialis* de nature à exclure l'application du droit coutumier de l'*attribution* codifié par la CDI<sup>32</sup>. Si une telle interprétation peut être discutée<sup>33</sup>, là ne réside pas le danger pour l'unité du droit international.

<sup>25</sup> Op. diss. Abi-Saab sous CIRDI, *ConocoPhillips Petrozuata BV e.a. c. Venezuela*, aff. n° ARB/07/30, décision sur la demande de réexamen du défendeur, 10 mars 2014, §§ 42 et s. A noter qu'en même temps, l'arbitre s'est fondée sur la *lex generalis* résidant dans la théorie des « pouvoirs inhérents » des juridictions internationales... V. *AFDI*, 2014, pp. 613 et s.

<sup>26</sup> V. par ex. CIRDI, *Toto Costruzioni Generali SpA c. Liban*, aff. n° ARB/07/12, décision sur la compétence, 11 septembre 2009, §§ 44 et s. et *AFDI*, 2009, p. 703.

<sup>27</sup> Art. 55 (« *Lex specialis* ») des *Articles* de la CDI sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite.

<sup>28</sup> V. F. LATTY, « Conditions d'engagement de la responsabilité de l'Etat d'accueil de l'investissement », in Ch. LEBEN (dir.), *Droit international des investissements...*, op. cit., pp. 429 et s.

<sup>29</sup> Y. NOUVEL, « Les entités paraétatiques dans la jurisprudence du CIRDI », in Ch. LEBEN (dir.), *Le contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement. Nouveaux développements*, Paris, Anthemis/LGDJ, 2006, p. 38.

<sup>30</sup> V. CIRDI, *A. Genin c. Estonie*, ARB/99/2, sentence du 25 juin 2001, § 327.

<sup>31</sup> Art. 1503, § 2, et 1503, § 3, a).

<sup>32</sup> Trib. CNUDCI, *UPS Inc. c. Canada*, sentence du 11 juin 2007, §§ 60 et s. ; CPA (CNUDCI), *Mesa Power Group, LLC c. Canada*, n° 2012-17, sentence du 24 mars 2016, § 362.

<sup>33</sup> V. par ex. J. KURTZ, « The Paradoxical Treatment of the ILC Articles on State Responsibility in Investor-State Arbitration », *ICSID Rev.*, vol. 25, n° 1, Spring 2010, pp. 209-210, qui note que l'art. 1503 de l'ALENA sur les entreprises d'Etat ne se situe pas dans le chapitre XI de l'accord (relatif aux investissements), auquel il n'aurait pas à s'appliquer.

En effet, la pratique arbitrale a laissé envisager le développement d'une *lex specialis* en l'absence même de règles conventionnelles spéciales. Dans le silence du traité applicable, la logique voudrait que les règles générales d'attribution s'appliquent, la jurisprudence en la matière des tribunaux internationaux – la CIJ en premier lieu – constituant une source de droit inévitable. Telle n'a pas été l'approche retenue par le tribunal de l'affaire *Bayindir* qui a écarté les critères de contrôle effectif (CIJ) ou global (TPIY) en matière d'attribution au motif que « *the approach developed in such areas of international law [foreign armed intervention or international criminal responsibility] is not always adapted to the realities of international economic law and that they should not prevent a finding of attribution if the specific facts of an investment dispute so warrant* »<sup>34</sup>. Une chose est de discuter la pertinence du critère du contrôle effectif ou global. Une autre est de dire que l'imputation peut s'effectuer sur une base purement factuelle, sans égard pour les standards jurisprudentiels à l'œuvre, que les arbitres présentent comme étant spéciaux (au droit des conflits armés ou au droit international pénal) alors que leur degré élevé d'abstraction les rend aisément applicables à d'autres branches du droit international. Certes, le tribunal prétend tout de même s'inscrire dans le cadre de l'article 8 des *Articles* de 2001, mais en examinant le critère du contrôle au regard des spécificités du droit économique, sa sentence pourrait être interprétée comme une tentative de développement d'une *lex specialis* prétorienne en matière d'attribution. Dans un registre voisin, un tribunal s'est démarqué des conditions générales d'engagement de la responsabilité internationale (desquelles le dommage a été exclu par la CDI) pour considérer que « *an international wrongful act will only be committed in international investment law if there is an act in breach of an international obligation, attributable to the [State] that also results in damages* »<sup>35</sup>. En effet, le tribunal ne dit pas ici que la règle primaire comporte l'obligation de ne pas causer de dommage<sup>36</sup>, mais énonce plutôt une règle secondaire qui serait propre au droit des investissements.

De telles décisions demeurent pathologiques, l'immense majorité des tribunaux arbitraux s'inscrivant dans le droit international général de la responsabilité. Mais force est de constater par ailleurs que la prise en considération des « réalités du droit international économique » évoquées dans l'affaire *Bayindir* a abouti au développement de ce qui s'apparente à un droit coutumier spécial de l'indemnisation, formé à travers l'allocation quasi systématique par les tribunaux arbitraux d'intérêts composés – que le rapporteur spécial de la CDI avait écartés<sup>37</sup> – au motif de la qualité d'acteur économique des bénéficiaires de la réparation<sup>38</sup>. Si ce

<sup>34</sup> CIRDI, *Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi AS c. Pakistan*, ARB/03/29, sentence du 27 août 2009, §§ 130 et s.

<sup>35</sup> CIRDI (ALENA/CNUDCI), *Merrill & Ring Forestry LP c. Canada*, sentence du 31 mars 2010, § 266. V. *AFDI*, 2010, pp. 635-637.

<sup>36</sup> V. le commentaire par la CDI de l'article 2 des *Articles* de 2001, § 9.

<sup>37</sup> V. le commentaire réticent de l'article 38 des *Articles* de 2001 et *AFDI*, 2008, p. 500.

<sup>38</sup> Considérant que le commentaire de l'article 38 « *does not reflect the recent tribunal practice* », v. CIRDI, *Ioan Micula e.a. c. Roumanie*, aff. n° ARB/05/20, sentence du 11 décembre 2013, § 1266. Relevant à son tour « *an evident shift in investment treaty cases in recent years towards awarding*

mouvement de « *self-containisation* » devait être poussé, le droit des investissements pourrait être soumis à ses propres règles secondaires en matière de responsabilité internationale de l'Etat (règles d'attribution, d'indemnisation, circonstances excluant l'illicéité<sup>39</sup> etc.), à rebours de l'approche horizontale des règles secondaires du droit de la responsabilité, que la CDI a suivie sous l'impulsion décisive de Roberto Ago<sup>40</sup>. Et dans cette logique, pourquoi pas un droit des traités (interprétation, application etc.) propre aux traités d'investissement ?

De telles tendances tendent à montrer que la menace que représente la *lex specialis* pour l'unité du droit international n'est pas absente, même si elle résulte moins de la pratique conventionnelle que de la liberté normative arbitrale. Il n'en demeure pas moins que, par l'effet d'un mouvement inverse, la spécialisation du droit des investissements ne rime pas nécessairement avec la fragmentation du droit international général.

## II. LA GÉNÉRALISATION DE LA *LEX SPECIALIS*

La première sentence rendue sur le fondement d'un traité bilatéral d'investissement l'avait déjà établi : un tel instrument « *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>41</sup>. En la matière, le fondement de la généralisation de la *lex specialis* est presque accessoire (renvoi de la norme spéciale au droit international général au titre du droit applicable<sup>42</sup> ou interprétation en fonction du « contexte externe »<sup>43</sup> selon l'article 31, § 3, c, de la

---

*compound interests* », v. CIRDI, *Gold Reserve Inc. c. Venezuela*, aff. n° ARB(AF)/09/1, sentence du 22 septembre 2014, § 854.

<sup>39</sup> V. à cet égard, au sujet des contre-mesures, CIRDI, *Corn Products International, Inc. c. Mexique*, n° ARB(AF)/04/01, décision sur la responsabilité, 15 janvier 2008, §§ 76 et s. et *contra* CIRDI (ALENA), *Archer Daniels Midland Company and Tate and Lyle Ingredients Americas, Inc. c. Mexique*, n° ARB(AF)/04/05, sentence du 21 novembre 2007, §§ 168 et s. et *AFDI*, 2008, pp. 493-495.

<sup>40</sup> A. PELLET, « The ILC's Articles on State Responsibility for International Wrongful Acts and Related Texts », in J. CRAWFORD, A. PELLET, S. OLESON (ed.), *The Law of International Responsibility*, New York, Oxford UP, 2010, pp. 76-77.

<sup>41</sup> CIRDI, *Asian Agricultural Products Ltd. (AAPL) c. Sri Lanka*, n° ARB/87/3, sentence du 27 juin 1990, § 21. L'application du droit interne évoquée par la sentence ne repose pas sur le principe *lex specialis* (qui arbitre les conflits de normes au sein d'un même ordre juridique), mais sur sa pertinence pour régir certains aspects de la relation d'investissement non couverts par le droit international.

<sup>42</sup> Certaines clauses conventionnelles sur le droit applicable prévoient l'application du droit international : V. notamment l'art. 1131, § 1<sup>er</sup>, de l'ALENA (« Droit applicable ») : « Un tribunal institué en vertu de la présente section tranchera les points en litige conformément au présent d'accord et aux règles applicables du droit international » (it. aj.). Dans un sens voisin, v. l'art. 26, § 6, du traité sur la Charte de l'énergie : « Un tribunal constitué selon les dispositions du paragraphe 4 statue sur les questions litigieuses conformément au présent traité et aux règles et principes applicables de droit international » (it. aj.). *Adde* l'art. 42 de la Convention de Washington.

<sup>43</sup> J.-M. SOREL, « Article 31 », in O. CORTEN, P. KLEIN, *Les Conventions de Vienne sur le droit des traités. Commentaire article par article*, Bruxelles, Bruylant, 2006, p. 1319.

Convention de Vienne<sup>44</sup>, la distinction entre les deux n'étant pas toujours marquée en pratique<sup>45</sup>). Sa fonction est en revanche primordiale, en ce qu'elle consiste à ne pas « isoler cliniquement »<sup>46</sup> la norme d'investissement. Il peut notamment s'agir d'en éviter une application « bête et méchante », en l'inscrivant dans un système plus global, non centré sur la seule protection de l'investisseur ; en somme d'ouvrir le droit des investissements à des préoccupations non économiques<sup>47</sup>. A l'heure où les instruments conventionnels en vigueur et les modes de règlement des litiges qu'ils prévoient font l'objet de salutaires interrogations – et de franches remises en cause y compris par les Etats<sup>48</sup> – la généralisation de la norme d'investissement a partie liée avec la question de sa légitimité. Son mode opératoire, sur lequel l'attention sera ici portée, consiste à déterminer le contenu de la norme spéciale (primaire ou secondaire) au vu de la norme générale (A), et dans certains cas à mettre en regard la norme d'investissement avec d'autres normes spéciales (B).

#### A. Détermination du spécial au vu du général

Comme cela a été vu, certaines normes conventionnelles spéciales du droit des investissements renvoient expressément au droit coutumier (par exemple le traitement juste et équitable du modèle français de traité bilatéral). D'autres en étant issues ne peuvent être isolées de la *lex generalis*, à l'instar des normes sur l'expropriation avec lesquelles le droit coutumier est « *intertwined and cannot be treated separately* »<sup>49</sup>, du moins lorsque la norme conventionnelle n'a pas fait l'objet d'une « hyperspécialisation »<sup>50</sup>.

Des normes générales extérieures au droit des investissements sont également susceptibles d'avoir une pertinence dans la mise en œuvre des normes spéciales. Deux décisions arbitrales récentes alimentent ainsi le débat sur la question devenue classique<sup>51</sup> de l'intégration de règles générales du droit international des droits de

<sup>44</sup> Art. 31, § 3 : « Il sera tenu compte, en même temps que du contexte : [...] c) de toute règle pertinente de droit international applicable dans les relations entre les parties ». V. par ex. Trib. CNUDCI, *Saluka c. République tchèque*, sentence partielle du 17 mars 2006, § 254 ; CIRDI, *Urbaser SA c. Argentine*, n° ARB/07/23, sentence du 8 décembre 2016, § 1201. V. aussi V. C. MCLACHLAN, « The Principle of Systemic Integration and Article 31(3)(c) of the Vienna Convention », *ICLQ*, 2005, p. 279.

<sup>45</sup> En ce sens, V. T. GAZZINI, *Interpretation of International Investment Treaties*, Oxford, Portland (OR), Hart Publishing, 2016, pp. 225 et s.

<sup>46</sup> Cf. R. HOFMANN, Ch. TAMS, *International Investment Law and General International Law. From Clinical Isolation to Systemic Integration ?*, Baden-Baden, Nomos, 2011, 275 p. ; C. MCLACHLAN, « Investment Treaties and General International Law », *ICLQ*, 2008, 2008, pp. 361-401.

<sup>47</sup> Cf. au sujet de l'OMC, H. RUIZ FABRI, « Le juge de l'OMC : ombres et lumières d'une figure judiciaire singulière », *RGDIP*, 2006, pp. 60 et s.

<sup>48</sup> V. J. CAZALA, « La défiance étatique à l'égard de l'arbitrage investisseur-Etat exprimée dans quelques projets et instruments conventionnels récents », *JDI*, 2017/1, pp. 30 et s.

<sup>49</sup> CIRDI, *Accession Mezzanine Capital LP e.a. c. Hongrie*, n° ARB/12/3, décision du 16 janvier 2013, §§ 67 et 72.

<sup>50</sup> V. *supra* I, A.

<sup>51</sup> V. par ex. A. PELLET « Notes sur la 'fragmentation' du droit international : Droit des investissements internationaux et droits de l'homme », in *Unity and Diversity in International Law. Essays in Honour of Professor Pierre-Marie Dupuy*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden/Boston, 2014, pp. 757-784 et les références citées note 14.

l'homme dans le contentieux d'investissement. La première n'est pas exempte de critiques dans la mesure où le tribunal a ni plus ni moins incorporé dans le traitement juste et équitable le Pacte de 1966 sur les droits civils et politiques au motif expéditif que ce traité « *is now regarded as 'a part of general international law'* »<sup>52</sup>. Cette approche légère contraste avec la manière argumentée avec laquelle le tribunal de l'affaire *Urbaser* a ouvert le droit des investissements aux droits de l'homme. Il est vrai que le traité de l'espèce mentionnait au titre du droit applicable les « *general principles of international law* », ce dont le tribunal a déduit que le traité ne saurait être « *construed as an isolated set of rules of international law for the sole purpose of protecting investments through rights exclusively granted to investors* »<sup>53</sup>. La référence au droit international dans la clause sur le droit applicable constitue ainsi un moyen d'opérer un certain rééquilibrage entre les droits et obligations des parties à la relation d'investissement (l'investisseur et l'Etat d'accueil). Plus loin, c'est en s'appuyant sur l'article 31, § 3, c, de la Convention de Vienne que le tribunal a déduit que le traité bilatéral applicable « *cannot be interpreted and applied in a vacuum* » mais devait être « *construed in harmony with other rules of international law of which it forms part, including those relating to human rights* »<sup>54</sup>. Si en l'occurrence le tribunal n'a pas retenu l'effet direct horizontal du droit à l'eau, la sentence témoigne de manière remarquable que les arbitres ont entendu prendre du champ par rapport à la norme spéciale pour mieux en fixer le contenu. L'interprétation par le tribunal de l'affaire *Philip Morris c. Uruguay* de la clause relative à l'expropriation du traité bilatéral Suisse-Uruguay au regard du droit coutumier appliqué au titre de l'article 31, § 3, c, de la Convention de Vienne en est un autre exemple<sup>55</sup>.

Dans un registre différent, la fameuse clause de sauvegarde du traité bilatéral liant l'Argentine aux Etats-Unis<sup>56</sup> porte encore trace de l'influence de la norme générale, à travers les interprétations contradictoires auxquelles elle a été sujette. Tel tribunal a vu dans la clause de sauvegarde une *lex specialis* rendant surabondant l'examen de la nécessité coutumière<sup>57</sup>, quand d'autres l'ont assimilée à l'état de nécessité coutumier de l'article 25 des *Articles* de la CDI de 2001<sup>58</sup>, ou ont interprété la clause au vu de la jurisprudence du GATT et de

<sup>52</sup> Trib. *ad hoc* (CNUDCI), *Hesham Talaat M. Al-Warraq c. Indonésie*, sentence finale, 15 décembre 2014, § 558 (le tribunal cite la décision du Tribunal pénal pour le Rwanda du 3 novembre 1999, *Jean Bosco vs. Prosecutor*, § 40). V. *AFDI*, 2015, pp. 551 et s.

<sup>53</sup> CIRDI, *Urbaser SA c. Argentine*, n° ARB/07/26, sentence du 8 décembre 2016, § 1189.

<sup>54</sup> *Id.*, § 1200. V. aussi § 1204 : « *it remains to be examined, in light of the openly framed provision of Article 31 § 3 (c) of the Vienna Convention, whether other parts of international law may be relevant in the instant case* ».

<sup>55</sup> CIRDI, *Philip Morris c. Uruguay*, n° ARB/10/7, sentence du 8 juillet 2016, §§ 290 et s., où le tribunal établit au terme d'une longue démonstration que la doctrine des *police powers* revêt un caractère coutumier.

<sup>56</sup> L'article XI du TBI conclu entre l'Argentine et les Etats-Unis le 14 novembre 1991 dispose : « *This treaty shall not preclude the application by either Party of measures necessary for the maintenance of public order, the fulfillment of its obligations with respect to the maintenance or restoration of international peace or security, or the protection of its own essential security interests.* »

<sup>57</sup> CIRDI, *LG&E Energy Corp. et al. c. Argentine*, ARB/02/1, sentence du 3 octobre 2006, § 245.

<sup>58</sup> CIRDI, *CMS Gas Transmission Company c. Argentine*, n° ARB/01/8, sentence du 12 mai 2005, §§ 309 et s. ; CIRDI, *Enron Corporation and Ponderosa Assets, LP c. Argentine*, n° ARB/01/3,

l'OMC concernant l'article XX du GATT<sup>59</sup>. La manière dont le comité *ad hoc* de l'affaire *CMS* a examiné la question a depuis clarifié les choses sans les résoudre définitivement : soit la clause de sauvegarde (art. XI) et l'état de nécessité (art. 25) sont des normes de même nature (primaires) qui ont pour effet de rendre licite le comportement de l'Etat, et dans ce cas le principe *lex specialis derogat generali* exclut l'application de la nécessité coutumière. Soit, option plus convaincante, l'article XI et l'article 25 se situent à deux plans différents : ce n'est qu'une fois établi que la clause de sauvegarde (règle primaire) ne trouve pas à s'appliquer – la responsabilité de l'Etat étant donc *a priori* engagée – que l'excuse coutumière de nécessité (règle secondaire) pourra être envisagée<sup>60</sup>. Ici, point de *lex specialis* eu égard à la nature différente des normes concernées. Suivant ce raisonnement bien qu'estimant maladroitement que « *Article XI is the lex specialis, Article 25, the lex generalis* », un tribunal n'en a pas moins jugé que la clause de sauvegarde pouvait être interprétée au regard du droit coutumier codifié à l'article 25 des *Articles*<sup>61</sup>.

Cette détermination du spécial en fonction du général s'étend occasionnellement aux règles secondaires du droit international. En matière d'attribution par exemple, l'application au titre de la *lex specialis* de règles conventionnelles n'interdit pas qu'elles soient interprétées au regard des règles codifiées par la CDI – ainsi du critère des « pouvoirs gouvernementaux » envisagé à l'article 1503, § 2, de l'ALENA relatif aux entreprises d'Etat, éclairé à la lumière de l'article 5 des *Articles* de 2001 et son commentaire<sup>62</sup>.

Point n'est besoin de multiplier les exemples pour comprendre que même lorsqu'ils se trouvent dans une logique de *lex specialis*, les tribunaux arbitraux sont conduits à prendre en considération le droit international général, au moins à des fins interprétatives. Un comité d'annulation a ainsi considéré que les tribunaux arbitraux devaient appliquer le droit international « *as a whole to the claim, and not the provisions of the BIT in isolation* »<sup>63</sup>. Pour reprendre la formule employée par le tribunal de l'affaire *Phoenix* qui lui-même paraphrasait l'Organe d'appel de l'OMC<sup>64</sup>, le droit international des investissements étrangers « *cannot be read and interpreted in isolation from public international law, and*

---

sentence du 22 mai 2007, §§ 294 et s. ; CIRDI, *Sempra Energy International c. Argentine*, sentence du 28 septembre 2007, §§ 333 et s.

<sup>59</sup> CIRDI, *Continental Casualty Company c. Argentine*, n° ARB/03/9, sentence du 5 septembre 2008, §§ 192 et s.

<sup>60</sup> Comité *ad hoc* CIRDI, *CMS Gas Transmission Company c. Argentine*, n° ARB/01/8, décision sur la demande d'annulation, 25 septembre 2007, § 133.

<sup>61</sup> CIRDI, *El Paso Energy International Company c. Argentine*, n° ARB/03/15, sentence du 31 octobre 2011, §§ 552 et s.

<sup>62</sup> V. Tribunal *ad hoc* CNUDCI, *United Parcel Service c. Canada*, sentence du 24 mai 2007, §§ 76-78 ; CPA (CNUDCI), *Mesa Power Group, LLC c. Canada*, n° 2012-17, sentence du 24 mars 2016, § 367. Dans un registre comparable en matière d'attribution, v. CIRDI, *Adel a Hamadi Al Tamimi c. Sultanat d'Oman*, ARB/11/33, sentence, 3 novembre 2015, §§ 323 et s.

<sup>63</sup> CIRDI, *MTD Equity Sdn. Bhd. et MTD Chile SA c. Chili*, décision sur l'annulation, n° ARB/01/7, 21 mars 2007, § 61.

<sup>64</sup> Organe d'appel de l'ORD, *Etats-Unis – Normes concernant l'essence nouvelle et ancienne formules*, WT/DS2/AB/R, rapport du 29 avril 1996, p. 19.

*its general principles* »<sup>65</sup>. Cet esprit de système – qui anime certains tribunaux plus que d'autres, la présence en leur sein d'un internationaliste de droit public s'avérant souvent déterminante – trouve encore à s'exprimer lorsque surgissent dans le contentieux d'investissement des normes spéciales qui lui sont exogènes.

## B. Mise en regard avec d'autres normes spéciales

Un certain nombre d'affaires ont conduit des tribunaux d'investissement à examiner des normes ne ressortissant pas au droit international *général* mais à d'autres « spécialités » du droit des gens – la sentence *Continental* précitée au sujet de l'article XX du GATT en est un exemple.

En matière procédurale, la jurisprudence de la CIJ sur l'article 41 de son Statut a inspiré les solutions des tribunaux CIRDI chargés de mettre en œuvre l'article 47 de la Convention de Washington sur les mesures conservatoires – alors même que les deux dispositions ne sont pas identiques<sup>66</sup>. Certes, le Statut de la Cour internationale de Justice, annexé à la Charte des Nations Unies, est *lex quasi generalis ratione personae*, mais il ne régit que cette juridiction. Lorsque les tribunaux arbitraux se réfèrent à l'interprétation de l'article 41 par la CIJ, ils recourent moins au droit international général qu'à une autre *lex specialis*, de nature contentieuse. Dans l'ensemble, néanmoins, la distinction entre le général et le spécial ne s'exprime pas *ratione materiae* (s'agissant des règles primaires, du moins, il n'existe pas de matière relevant par nature du droit international général ou spécial) mais *ratione personae* : soit la norme vaut *erga omnes*, au sens littéral de l'expression, et elle est générale ; soit elle ne lie qu'un nombre limité d'Etats (ou d'autres sujets) et elle est spéciale. C'est dans ce contexte que le phénomène de « mise en regard » des normes du droit des investissements avec d'autres normes spéciales est le plus parlant.

La clause sur le droit applicable de l'ALENA ou du traité sur la Charte de l'énergie renvoyant au droit international<sup>67</sup> a ainsi été le cheval de Troie, respectivement, de la Convention de Bâle sur le contrôle du mouvement transfrontière des déchets dans l'affaire *SD Myers*<sup>68</sup> et du droit de l'Union européenne – assimilé à une forme de droit international – dans les affaires *Electrabel* et *RREEF* par exemple<sup>69</sup>. Même en l'absence de clause de ce type, l'article 42 de la Convention de Washington ou l'article 31, § 3, c, de la Convention de Vienne peuvent fonder l'application d'autres règles spéciales.

<sup>65</sup> CIRDI, *Phoenix Action, Ltd. c. République tchèque*, n° ARB/06/5, sentence du 15 avril 2009, § 78. V. aussi CIRDI, *Urbaser SA c. Argentine*, n° ARB/07/23, sentence du 8 décembre 2016, §§ 1189 et s.

<sup>66</sup> Concernant le caractère obligatoire des mesures conservatoires, l'arrêt *LaGrand* de la CIJ a servi de point de référence pour les premiers tribunaux ayant eu à traiter de la question (v. notamment CIRDI, *Victor Pey Casado c. Chili*, aff. n° ARB/98/2, décision sur les mesures conservatoires, 25 septembre 2001, §§ 17-26, spéc. § 19). V. *AFDI*, 2009, pp. 712 et s. ; 2011, pp. 582 et s.

<sup>67</sup> V. *supra*.

<sup>68</sup> Trib. CNUDCI (ALENA), *S.D. Myers Inc. c. Canada*, sentence partielle du 13 novembre 2000, § 199.

<sup>69</sup> CIRDI, *Electrabel SA c. Hongrie*, n° ARB/07/19, 30 novembre 2012, décision sur la compétence, le droit applicable et la responsabilité, §§ 4.112 et s. ; CIRDI, *RREEF c. Espagne*, n° ARB/13/30, décision sur la compétence, 6 juin 2016, § 73.

Dans l'affaire *Philip Morris* pourtant, la Convention antitabac de l'OMS n'était applicable à aucun de ces deux titres, dans la mesure où la Suisse – dont l'investisseur était ressortissant – n'était pas partie à cet instrument. Le tribunal a pourtant fait de la Convention un « point de référence »<sup>70</sup>, pour établir la bonne foi de l'Uruguay dans la mise en œuvre de ses pouvoirs de police<sup>71</sup>, pour apprécier le caractère raisonnable des mesures prises par cet Etat<sup>72</sup> et pour rejeter l'argument des attentes légitimes de l'investisseur<sup>73</sup>. La pertinence matérielle de la convention antitabac est en l'espèce le seul vecteur juridique de sa prise en compte par les arbitres.

Plus intéressant encore que le fondement de l'application des normes spéciales exogènes est la question de leur articulation avec les normes spéciales endogènes (celles du droit des investissements). En la matière, les tribunaux semblent privilégier la conciliation entre normes spéciales concurremment applicables. C'est ainsi que le tribunal de l'affaire *Myers* a considéré que le droit qu'avait le Canada de fermer ses frontières aux déchets, tiré de la Convention de Bâle, devait être concilié avec ses obligations au titre de l'ALENA. A ce titre, le Canada a engagé sa responsabilité pour n'avoir pas pris des mesures moins nuisibles à l'investisseur<sup>74</sup>. Le tribunal de l'affaire *RREEFF* est allé jusqu'à poser un principe d'interprétation harmonieuse, selon lequel des traités même inégalement applicables devraient être interprétés de manière à ne pas se contredire<sup>75</sup>, quand le tribunal de l'affaire *Electrabel*, plus pusillanime, avait considéré qu'il s'agissait d'un simple objectif souhaitable<sup>76</sup> qui a néanmoins largement guidé sa solution<sup>77</sup>.

La comparaison de ces dernières affaires est également instructive sur la manière de résoudre les antinomies entre deux normes spéciales concurremment applicables devant un tribunal arbitral (en l'occurrence le traité de la Charte de l'énergie et le droit de l'Union européenne). Le tribunal de l'affaire *Electrabel* a ainsi fait application des règles spéciales de conflit de normes prévues par les deux instruments. Celles du TCE ne fournissant pas de solution en l'espèce, le tribunal a mis en œuvre celles du traité sur l'Union européenne, qui l'ont conduit à faire prévaloir le droit de l'UE au titre du principe *lex posterior*<sup>78</sup>. Un tel raisonnement aboutit à donner priorité à la norme originellement « moins spéciale » (le droit de l'UE), après l'avoir mise sur un pied d'égalité, en tant que droit applicable, avec la norme « plus spéciale » (le traité sur la Charte de

<sup>70</sup> CIRDI, *Philip Morris c. Uruguay*, n° ARB/10/7, sentence du 8 juillet 2016, § 401.

<sup>71</sup> *Id.*, § 304.

<sup>72</sup> *Id.*, § 401.

<sup>73</sup> *Id.*, § 432.

<sup>74</sup> Trib. CNUDCI (ALENA), *S.D. Myers Inc. c. Canada*, sentence partielle du 13 novembre 2000, § 215.

<sup>75</sup> CIRDI, *RREEF c. Espagne*, n° ARB/13/30, décision sur la compétence, 6 juin 2016, § 76.

<sup>76</sup> CIRDI, *Electrabel SA c. Hongrie*, n° ARB/07/19, 30 novembre 2012, décision sur la compétence, le droit applicable et la responsabilité, § 4.130

<sup>77</sup> V. A. DE NANTEUIL, « L'application du droit international public dans l'arbitrage transnational », *RGDIP*, 2014/1, p. 30.

<sup>78</sup> CIRDI, *Electrabel SA c. Hongrie*, n° ARB/07/19, 30 novembre 2012, décision sur la compétence, le droit applicable et la responsabilité, §§ 4.186 et s.

## LA MISE EN ŒUVRE DE LA *LEX SPECIALIS*

l'énergie). Plus convaincante est l'option retenue par le tribunal de l'affaire *RREEF*, selon laquelle un tribunal compétent sur le fondement du TCE doit envisager cet instrument comme sa « constitution », tant est si bien qu'en cas de contradiction celui-ci doit prévaloir – au titre du principe *lex superior* croit-on comprendre – sur le droit de l'Union européenne<sup>79</sup>. Ici le débat se déplace insensiblement sur le terrain des rapports entre ordres juridiques et le système de relativité généralisé qui le caractérise, la « relevance » de la norme extérieure au sein d'un ordre juridique donné ne pouvant surpasser les normes fondamentales de cet ordre<sup>80</sup>. Il est vrai que l'Union européenne constitue un ordre juridique dont nul ne discute l'autonomie par rapport au droit international général, quand le traité sur la Charte de l'énergie n'en est qu'une petite excroissance. Mais un tribunal d'investissement confronté à deux normes antinomiques *de l'ordre juridique international* (celle d'un traité d'investissement et celle d'un autre traité applicable, la convention antitabac de l'OMS, par exemple) devrait logiquement considérer, non pas tant au titre du principe *lex superior* que d'une déclinaison du principe *lex specialis*, que la norme spéciale exogène doit s'effacer devant la norme spéciale endogène. *Lex specialis derogat alterae legi speciali*, en somme ! Le principe suffit à écarter un droit de l'UE réduit à une forme de droit international dans le cadre du traité de la Charte de l'énergie

---

<sup>79</sup> CIRDI, *RREEF c. Espagne*, n° ARB/13/30, décision sur la compétence, 6 juin 2016, § 75.

<sup>80</sup> *V. id.*, § 87 : « *EU law does not and cannot 'trump' public international law* ».

## TABLE DES MATIÈRES

<i>Préface</i> Alain PELLET .....	6
--------------------------------------	---

### PREMIÈRE DEMI-JOURNÉE LES CONDITIONS DU RECOURS À LA *LEX SPECIALIS*

#### I. LA SPÉCIALITÉ COMME CRITÈRE DE DÉTERMINATION DE LA NORME APPLICABLE

*Sous la présidence d'Alain PELLET*

<i>Rapport général</i> <i>Les flottements de la lex specialis</i> Mario PROST .....	11
<i>L'adage lex specialis derogat generali</i> <i>Réflexions générales sur sa nature, sa raison d'être et ses conditions</i> <i>d'application</i> Vincent CORREIA .....	29

#### II. LA SPÉCIALITÉ FACE AUX CONTRAINTES CONTEXTUELLES ET SYSTÉMIQUES DES ACTEURS ET INTERPRÈTES

*Sous la présidence de Geneviève BURDEAU*

<i>L'articulation de la lex specialis avec les autres règles de conflit</i> <i>et clauses spéciales</i> Aurélie TARDIEU .....	53
<i>Leges speciales et régimes autonomes</i> Dirk PULKOWSKI .....	73

SFDI – JOURNÉE DE LILLE

**SECONDE DEMI-JOURNÉE**  
**LEX SPECIALIS ET DROIT INTERNATIONAL PLUS GÉNÉRAL :**  
**CONCURRENCE OU COMPLÉMENTARITÉ ?**

**I. DÉROGATION OU CONTRIBUTION**  
**DU DROIT SPÉCIAL AU DROIT PLUS GÉNÉRAL**

*Sous la présidence de Sandra SZUREK*

*Exclusion ou application du droit plus général : les effets ambivalents de la lex specialis*  
Muriel UBÉDA-SAILLARD ..... 85

*L'enrichissement réciproque du droit spécial et du droit plus général : la place du droit spécial dans la codification de la Commission du droit international*  
Concepción ESCOBAR HERNÁNDEZ ..... 99

**II. LES ENSEIGNEMENTS DE LA PRATIQUE -**  
**ASPECTS CHOISIS**

*Sous la présidence de Nicolas MICHEL*

*Le point de vue du droit international des investissements*  
Franck LATTY ..... 117

*La lex specialis à l'épreuve de la pratique du droit international humanitaire*  
Isabelle FOUCHARD ..... 133

*Le point de vue du droit de L'Union Européenne*  
Myriam BENLOLO-CARABOT ..... 163

*Le juge administratif français et la mise en œuvre de la lex specialis pour coordonner les normes internationales*  
Aurélien CAMUS ..... 177

*La lex specialis et la liberté de l'interprète*  
Nicolas ANGELET ..... 195