



HAL
open science

“ Les techniques interprétatives du CIRDI ”, Dossier “
Les techniques interprétatives de la norme internationale
”

Franck Latty

► To cite this version:

Franck Latty. “ Les techniques interprétatives du CIRDI ”, Dossier “ Les techniques interprétatives de la norme internationale ”. *Revue générale de droit international public*, 2011, 2. halshs-03783108

HAL Id: halshs-03783108

<https://shs.hal.science/halshs-03783108>

Submitted on 21 Sep 2022

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

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

Franck LATTY, « Les techniques interprétatives du CIRDI », Dossier « Les techniques interprétatives de la norme internationale », *Revue générale de droit international public*, 2011/2, pp. 459-480.

LES TECHNIQUES INTERPRETATIVES DU CIRDI

Rapporteur

FRANCK LATTY

Professeur à l'Université d'Auvergne (Clermont-Ferrand 1)

Les évolutions jurisprudentielles majeures ne sont pas toujours celles qui naissent d'une opposition frontale de thèses juridiques, que le tribunal compétent tranche au terme d'une appréciation audacieuse du droit applicable, elle-même fondée sur la mise en œuvre de techniques interprétatives émancipatrices. Ainsi, la petite révolution née de la sentence *AAPL contre Sri Lanka* de 1990¹ – le fait que l'Etat partie à un traité bilatéral de protection des investissements (TBI) exprime son consentement à l'arbitrage pour les litiges l'opposant aux investisseurs ressortissant de l'autre partie par la simple présence dans le TBI d'une clause de règlement des différends envisageant cette voie de recours, indépendamment de tout lien contractuel avec l'investisseur – n'a-t-elle fait l'objet d'aucun développement argumenté de la part des arbitres. Les parties en litige n'ayant effectivement pas contesté la compétence du Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI) pour résoudre le différend les opposant, le tribunal s'est d'emblée attaché à examiner le fond du litige, après avoir simplement résolu la question du droit applicable. La clause de règlement des différends du TBI a bien fait l'objet, dans cette affaire, d'une interprétation par le tribunal puisqu'il a retenu sa compétence sur son fondement. Mais faute de toute analyse sur ce point, les ressorts de cette « interprétation osée »² demeurent inexprimés, ce qui rend d'autant plus

¹ CIRDI, *Asian Agricultural Products Limited c. Sri Lanka*, aff. n° ARB/87/3, sentence du 27 juin 1990 (sentence partiellement reproduite et traduite in E. GAILLARD, *La jurisprudence du CIRDI*, Paris, Pedone, 2004, pp. 323 et s.). V. aussi P. RAMBAUD, « Des obligations de l'Etat vis-à-vis de l'investisseur étranger : la sentence CIRDI du 27 juin 1990, *société Asian Agricultural Products Ltd (AAPL) c. Sri Lanka* », *AFDI*, 1992, pp. 510 et s. La sentence *AAPL*, ainsi que la plupart des décisions arbitrales citées ci-après, sont accessibles sur le site de la faculté de droit de l'Université de Victoria (Canada) « *Investment Treaty Arbitration* » [<http://ita.law.uvic.ca>].

² A. PELLET, « 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*

Franck LATTY, « Les techniques interprétatives du CIRDI », Dossier « Les techniques interprétatives de la norme internationale », *Revue générale de droit international public*, 2011/2, pp. 459-480.

hasardeuse l'identification de la technique interprétative suivie à cette occasion par les arbitres³. ***460***

Rétrospectivement cette omission ne manque pas de surprendre, tant la sentence *AAPL* a « fait jurisprudence » sur ce qui a été qualifié par la suite d'arbitrage fondé sur des « consentements dissociés »⁴ ou d'« *arbitration without privacy* »⁵. La sentence n'est pas seulement à l'origine d'une explosion, au sens quantitatif du terme, de l'arbitrage transnational depuis les années 1990⁶. Elle a eu pour corollaire la généralisation de l'application des normes internationales dans la résolution de ces litiges (traités bi- ou multilatéraux relatifs aux investissements internationaux, droit des traités ou de la responsabilité etc.), alors même que le recours au droit international était plus accidentel lorsque la compétence du CIRDI reposait sur un contrat d'Etat⁷. Ainsi le débat amorcé à l'occasion de l'affaire *Amco* sur les méthodes d'interprétation ne concernait-il pas une norme de l'ordre juridique international mais la convention d'arbitrage entre l'Indonésie et la société requérante⁸.

Régulièrement saisi sur le fondement de traités de protection des investissements et rendant dans ce cadre quelques dizaines de décisions chaque année⁹, le CIRDI est devenu un interprète incontournable de la norme internationale, qu'elle soit d'origine

l'aube du XXIème siècle - Mélanges offerts à Dominique Carreau et Patrick Juillard, Pedone, Paris, 2009, pp. 101.

³ Au moment d'entamer l'examen de la question du droit applicable, le tribunal s'est contenté de noter que « la présente affaire est la première instance dans laquelle le Centre est saisi par une requête d'arbitrage fondée exclusivement sur une disposition contenue dans un traité et non par application d'une convention d'arbitrage librement négociée conclue entre les parties au différend » (§ 18 de la sentence, traduction libre ; dans la version originale : « *the present case is the first instance in which the Centre has been seized by an arbitration request exclusively based on a treaty provision and not in implementation of a freely negotiated arbitration agreement directly concluded between the Parties among whom the dispute has arisen* »). Pour l'interprétation d'une clause de règlement des différends comparable, fondée sur les méthodes de la Convention de Vienne, v. *Millicom International Operations BV and Sentel GSM SA c. Sénégal*, aff. n° ARB/08/20, décision sur la compétence, 16 juillet 2010, §§ 60 et s.

⁴ E. GAILLARD, *La jurisprudence du CIRDI*, op. cit. note 1, p. 2.

⁵ J. PAULSSON, « Arbitration without privacy », *ICSID Review*, 1995, pp. 232-257.

⁶ V. par ex. C. CREPET DAIGREMONT, « L'extension jurisprudentielle de la compétence des tribunaux arbitraux du CIRDI », in Ph. KAHN / Th. WÄLDE (dir), *Les aspects nouveaux du droit des investissements internationaux*, Leiden/Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2007, pp. 477 et s.

⁷ A noter toutefois, dans un cadre autre que le CIRDI, la récente affaire *Eurotunnel*, dans laquelle le tribunal arbitral a fait siennes les déterminations des parties selon lesquelles le contrat de concession, bien que ne constituant pas un traité, s'apparentait bien à « une convention régie par le droit international, un 'contrat international' », auquel « les principes du droit international en matière d'interprétation doivent donc être appliqués » (CPA, sentence partielle du 30 janvier 2007, § 92).

⁸ *Amco Asia Corporation e.a. c. Indonésie*, aff. n° ARB/81/1, décision sur la compétence, 25 septembre 1983, in E. GAILLARD, *La jurisprudence du CIRDI*, op. cit. note 1, pp. 25 et s. V. aussi le commentaire détaillé de E. Gaillard sur les méthodes d'interprétation mises en œuvre par les arbitres, *ibid.*, pp. 43 et s.

⁹ V. les statistiques présentées par E. Gaillard dans sa chronique annuelle au *Journal de droit international*.

Franck LATTY, « Les techniques interprétatives du CIRDI », Dossier « Les techniques interprétatives de la norme internationale », *Revue générale de droit international public*, 2011/2, pp. 459-480.

conventionnelle (TBI et Convention de Washington pour l'essentiel), coutumière (droit de la responsabilité et standards de traitement en particulier), ou qu'elle soit encore le fruit d'actes unilatéraux étatiques¹⁰. Les « techniques »¹¹ qu'il emploie à cet effet méritent tout autant *****461***** l'analyse que celles mises en œuvre par les « nobles » juridictions interétatiques. La *lex specialis* formée par les normes internationales relatives aux investissements et l'hybridité du contentieux Etat-investisseur emportent-elles pour autant une spécificité des techniques d'interprétation du CIRDI¹² ?

Un quelconque particularisme de la jurisprudence transnationale en la matière est d'autant plus difficile à identifier que les décisions arbitrales rendues dans le cadre du Centre se caractérisent par une absence d'unité méthodologique en matière de techniques interprétatives de la norme internationale (I). Malgré cet obstacle, il n'est pas impossible d'isoler certaines stratégies sous-jacentes qui semblent animer les tribunaux constitués dans le cadre du CIRDI lorsqu'ils font emploi de ces techniques (II).

I. L'ABSENCE D'UNITE METHODOLOGIQUE

Contrairement à certaines juridictions ou quasi-juridictions comme la Cour européenne des droits de l'homme ou l'Organe d'appel de l'Organisation mondiale du commerce,

¹⁰ Récemment, au sujet du consentement à l'arbitrage transnational exprimé dans une loi nationale mais considéré comme un acte unilatéral devant être interprété au regard du droit international, v. *Mobil c. Venezuela*, aff. n° ARB/07/27, décision sur la compétence, 10 juin 2010, § 83 ; *CEMEX Caracas Investments BV c. Venezuela*, aff. n° ARB/08/15, décision sur la compétence, 30 décembre 2010, § 79.

¹¹ Une « interprétation » large du terme « techniques » sera retenue dans le cadre de la présente contribution, sans que de subtiles distinctions soient faites avec les notions de « méthodes », « principes », « procédés » ou « règles » d'interprétation (*contra*, v. J. COMBACAU / S. SUR, *Droit international public*, 8^e éd., Domat, Paris, Montchrestien, 2008, pp. 179-180 ; v. aussi P. DAILLIER / M. FORTEAU / A. PELLET, *Droit international public (Nguyen Quoc Dinh)*, Paris, LGDJ, 2009, p. 284, n° 169, où la distinction est faite entre moyens et règles d'interprétation). Sur « l'imbraglio du vocabulaire utilisé » qui « reflète l'équivoque des notions » en la matière, v. D. SIMON, *L'interprétation judiciaire des traités d'organisations internationales*, Paris, Pedone, 1981, p. 94. Pour une « approche empirique » de la question, v. O. FAUCHALD, « The Legal Reasoning of ICSID Tribunals – An Empirical Analysis », *EJIL*, 2008, vol. 19, n° 2, pp. 301-364.

¹² La réflexion sera ponctuellement étendue aux tribunaux arbitraux compétent en matière d'investissement sur le fondement du règlement d'arbitrage de la CNUDCI et/ou se prononçant dans le cadre d'autres centres d'arbitrage. Leurs techniques d'interprétation de la norme internationale recouvrent *grosso modo* celles déployées par les tribunaux CIRDI.

Franck LATTY, « Les techniques interprétatives du CIRDI », Dossier « Les techniques interprétatives de la norme internationale », *Revue générale de droit international public*, 2011/2, pp. 459-480.

dont l'interprétation des normes repose sur une méthode identifiée¹³, la mise en œuvre des techniques interprétatives au sein du CIRDI relève avant tout du cas par cas. L'absence d'une doctrine de l'interprétation propre au CIRDI tient à des facteurs tant normatifs (A) que systémiques (B).

A. Obstacles normatifs à l'unité méthodologique

Si la Convention de Vienne comporte des règles d'interprétation que le CIRDI s'efforce d'appliquer consciencieusement, elle n'en est pas moins perçue par les tribunaux arbitraux comme un cadre de référence très souple, peu propice à l'unité méthodologique (1). Qui plus est, nombre de normes internationales relatives à l'investissement se caractérisent par une imprécision telle qu'elles laissent à l'arbitre une faculté d'interprétation – et de déploiement de techniques interprétatives – à l'origine de courants contraires (2). ***462***

1. Un cadre de référence très souple

Quand un problème d'interprétation de la norme internationale se pose – ou plus précisément lorsque deux parties avancent des interprétations contradictoires relativement à une norme conventionnelle – le réflexe naturel des arbitres CIRDI est de se tourner vers la Convention de Vienne de 1969. De manière presque systématique¹⁴, les sentences arbitrales font référence à l'article 31 et, le cas échéant, à l'article 32 du « traité des traités », dont il est admis qu'ils sont « largement reconnus comme reflétant le droit international général »¹⁵.

Or, cela est bien connu, les articles 31 et 32 s'apparentent bien plus à des « directives d'interprétation »¹⁶ qu'ils ne constituent un cadre rigide emprisonnant les arbitres dans des rets aux mailles serrées. De fait, si les tribunaux se réfèrent prioritairement au « sens

¹³ Concernant la Cour EDH, v. *infra* la contribution de S. TOUZE. Sur l'OMC, v. E. CANAL-FORGUES, « Sur l'interprétation dans le droit de l'OMC », *RGDIP*, 2001/1, pp. 5-24 ; H. RUIZ FABRI, « Le juge de l'OMC : ombres et lumières d'une figure judiciaire singulière », *RGDIP*, 2006/1, pp. 51-52.

¹⁴ Dans certains cas, les règles d'interprétation de la Convention de Vienne sont appliquées sans que référence explicite y soit faite : v. par ex. *Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi AS c. Pakistan*, aff. n° ARB/03/29, sentence du 27 août 2009, §§ 155 et s., où l'interprétation du TBI est pourtant faite selon le sens ordinaire des termes du traité et son contexte interne (préambule). V. aussi les décisions citées par O. FAUCHALD, *op. cit.* note 11, p. 315, note 67, dans lesquelles référence est faite à la doctrine plus qu'à la Convention de Vienne.

¹⁵ *Bureau Veritas, Inspection, Valuation, Assessment and Control, BIVAC BV c. Paraguay*, aff. n° ARB/07/9, décision sur les exceptions relatives à la compétence, 29 mai 2009, § 59 (traduction libre, « broadly recognised to reflect general international law » dans le texte original). La sentence renvoie aux nombreux arrêts de la CIJ établissant le caractère coutumier de ces règles. Dans le même sens, v. *Noble Ventures c. Roumanie*, aff. n° 01/11, sentence du 12 octobre 2005, in E. GAILLARD, *La jurisprudence du CIRDI*, vol. II, Paris, Pedone, 2010, p. 197, § 50.

¹⁶ F. OST / M. VAN DE KERCHOVE, *Entre la lettre et l'esprit. Les directives d'interprétation en droit*, Bruxelles, Bruylant, 1989, p. 21

Franck LATTY, « Les techniques interprétatives du CIRDI », Dossier « Les techniques interprétatives de la norme internationale », *Revue générale de droit international public*, 2011/2, pp. 459-480.

ordinaire [des] termes du traité », selon les mots de l'article 31, § 1, de la Convention de Vienne¹⁷, il ne s'agit là que d'un point de départ offrant une palette colorée de virtualités¹⁸. Certes, dans certains cas, en présence d'une disposition dont le sens est jugé clair et sans ambiguïté, le tribunal estimera inutile de recourir à d'autres méthodes d'interprétation¹⁹. Mais souvent les arbitres ne se privent pas de puiser assez librement à la source bouillonnante des articles 31 et 32 : référence au contexte « interne » et « externe »²⁰, à l'objet et au but du traité²¹, à l'intention des ***463*** parties²². Dans ce dernier cas, le recours aux travaux préparatoires demeure cependant exceptionnel, non pas tant parce que l'article 32 ne leur accorde qu'un rôle subsidiaire mais parce qu'ils sont en général de peu d'utilité²³. Toutefois, dans un registre proche, l'« histoire

¹⁷ V. par ex. *Waguïh Elie George Siag et Clorinda Vecchi c. Egypte*, aff. n° ARB/05/15, sentence du 1^{er} juin 2009, §§ 178 et s. ; *Hrvatska Elektroprivreda DD c. Slovénie*, aff. n° ARB/05/24, décision sur l'interprétation du traité, 12 juin 2009, §§ 158 et s. ; *Millicom c. Sénégal*, décision sur la compétence précitée note 3, §§ 63 et 70. Sur l'interprétation textuelle d'un acte unilatéral, v. *CEMEX c. Venezuela*, décision sur la compétence précitée note 10, §§ 90 et s.

¹⁸ V. R. DOLZER / Ch. SCHREUER, *Principles of International Investment Law*, Oxford, Oxford UP, 2008, pp. 31 et s. ; I. LAIRD, « Interpretation in International Investment Arbitration : Through the Looking Glass », in *A Liber Amicorum : Thomas Wälde - Law Beyond Conventional Thought*, Cameron May, 2009, pp. 151 et s. ; F. LATTY, « Arbitrage transnational et droit international général », *AFDI*, 2009, pp. 685 et s. ; A. NEWCOMBE / L. PARADELL, *Law and Practice of Investment Treaties*, Kluwer Law International, 2009, pp. 109 et s.

¹⁹ *Global Trading Resource Corp. and Globex International, Inc. c. Ukraine*, aff. n° ARB/09/11, sentence du 1^{er} décembre 2010, § 50 ; *Murphy Exploration and Production Company International c. Equateur*, aff. n° ARB/08/4, sentence sur la compétence, 15 décembre 2010, § 71.

²⁰ 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. Sur le contexte interne, v. par ex. *The Rompetrol Group N.V. c. Roumanie*, aff. n° ARB/06/3, décision sur les exceptions préliminaires, 18 avril 2008, in E. GAILLARD, *La jurisprudence du CIRDI*, vol. II, *op. cit.* note 15, p. 459, § 106. Se référant aux principes du droit international général, v. par ex. *Phoenix Action, Ltd. c. République tchèque*, aff. n° ARB/06/5, sentence du 15 avril 2009, § 77. *Contra* v. Comité *ad hoc*, *Azurix Corp. c. Argentine*, aff. n° ARB/01/12, décision sur la demande d'annulation de l'Argentine, 1^{er} septembre 2009, § 90. Sur l'interprétation des actes unilatéraux au regard du contexte externe, v. *CEMEX c. Venezuela*, décision sur la compétence précitée note 10, §§ 79 et s.

²¹ V. par ex. *MTD Equity Sdn. Bhd. & MTD Chile SA c. Chili*, aff. n° ARB/01/7, sentence du 25 mai 2004, § 113.

²² V. par ex. *Telenor c. Hongrie*, aff. n° ARB/04/15, sentence du 13 septembre 2006, in E. GAILLARD, *La jurisprudence du CIRDI*, vol. II, *op. cit.* note 15, p. 294, § 95.

²³ V. par ex. *Agua del Tunari SA c. Bolivie*, aff. n° ARB/02/3, décision sur les objections du défendeur à la compétence, 21 octobre 2005, § 274 ; *Millicom c. Sénégal*, décision sur la compétence précitée note 3, § 72.

Franck LATTY, « Les techniques interprétatives du CIRDI », Dossier « Les techniques interprétatives de la norme internationale », *Revue générale de droit international public*, 2011/2, pp. 459-480.

législative » d'une disposition nationale peut fournir des renseignements utiles aux arbitres chargés d'interpréter l'acte unilatéral y étant incorporé²⁴.

Aux directives d'interprétation codifiées aux articles 31 et 32, les arbitres n'hésitent pas à adjoindre des techniques plus ciselées. La détermination du sens ordinaire des termes peut ainsi être faite au moyen de dictionnaires juridiques ou de vulgarisation²⁵, ou par l'application de maximes latines telles que *ejusdem generis*²⁶ ou *expressio unis est exclusio alterius*²⁷. De même, l'interprétation *a contrario*²⁸ ou par comparaison avec d'autres instruments²⁹ n'est pas exceptionnelle. A d'autres occasions, les principes d'effet utile³⁰, de bonne foi³¹ ou de légalité³² peuvent secourir les arbitres.

Le silence de la Convention de Vienne sur telle ou telle méthode ou technique, s'il peut être invoqué pour rejeter les arguments des parties en faveur *****464***** d'une interprétation libérale ou, à l'inverse, restrictive qui n'a pas l'heur de convaincre le tribunal³³, n'est en tout cas pas dirimant. A cet égard, la méthode téléologique a beau ne pas être explicitement mentionnée par la Convention³⁴, certains tribunaux n'hésitent pas à en faire usage³⁵, tandis que d'autres expriment leur hostilité à son égard. Dans la décision sur la compétence de l'affaire *Plama*, le tribunal a ainsi semblé refuser de

²⁴ *CEMEX c. Venezuela*, décision sur la compétence précitée note 10, §§ 127 et s.

²⁵ *MTD c. Chili*, aff. n° ARB/01/7, sentence précitée note 21, § 113 ; *CEMEX Caracas Investments BV et CEMEX Caracas II Investments BV c. Vénézuéla*, aff. n° ARB/08/15, décision sur la demande du défendeur de récusation d'un membre du tribunal, 6 novembre 2009, § 35 ; *Alasdair Ross Anderson e.a. c. Costa Rica*, aff. n° ARB(AF)/07/3, sentence du 19 mai 2010, § 57.

²⁶ *Emilio Agustín Maffezini c. Espagne*, aff. n° ARB/97/7, décision du tribunal sur les objections à la compétence, 25 janvier 2000, § 56.

²⁷ *Plama Consortium Ltd c. Bulgarie*, aff. n° ARB/03/24, décision sur la compétence, 8 février 2005, in E. GAILLARD, *La jurisprudence du CIRDI*, vol. II, *op. cit.* note 15, p. 140, § 191. V. aussi CUNDCI, *National Grid plc c. Argentine*, décision sur la compétence, 20 juin 2006, § 82.

²⁸ Comité *ad hoc*, *Patrick Mitchell c. Congo*, décision d'annulation, 1^{er} novembre 2006, in E. GAILLARD, *La jurisprudence du CIRDI*, vol. II, *op. cit.* note 15, pp. 346-347, § 43 ; *Millicom c. Sénégal*, décision sur la compétence précitée note 3, § 65.

²⁹ *Maffezini c. Espagne*, décision sur la compétence précitée note 26, §§ 52 et s.

³⁰ *Noble Ventures c. Roumanie*, aff. n° 01/11, sentence du 12 octobre 2005, in E. GAILLARD, *op. cit.* note 15, pp. 197-198, § 50 et 52 et s. ; *CEMEX c. Venezuela*, décision sur la compétence précitée note 10, §§ 104 et s. et spéc. § 114 (au sujet d'un acte unilatéral).

³¹ *Hrvatska c. Slovénie*, décision sur l'interprétation du traité précitée note 17, §§191 et s.

³² *ATA Construction, Industrial and Trading Company c. Jordanie*, aff. n° ARB/08/2, sentence du 18 mai 2010, § 98.

³³ *Siemens c. Argentine*, aff. ARB/02/8, décision sur la compétence, 3 août 2004, in E. GAILLARD, *La jurisprudence du CIRDI*, vol. II, *op. cit.* note 15, p. 18, § 81 (« Le Tribunal considère que le Traité ne doit être interprété ni de manière libérale, ni de manière restrictive, aucun de ces qualificatifs ne figurant à l'article 31(1) de la Convention de Vienne »).

³⁴ V. J.-M. SOREL, *loc. cit.* note 20, pp. 1325 et s.

³⁵ V. par ex. *SGS Société Générale de Surveillance SA c. Philippines*, aff. n° ARB/02/6, décision sur la compétence, 29 janvier 2004, § 116.

Franck LATTY, « Les techniques interprétatives du CIRDI », Dossier « Les techniques interprétatives de la norme internationale », *Revue générale de droit international public*, 2011/2, pp. 459-480.

considérer que la référence de l'article 31 à l'objet et au but du traité l'autorisait à recourir librement à la méthode téléologique³⁶.

Quoi qu'il en soit, les articles 31 et 32 de la Convention de 1969 tels qu'ils sont mis en œuvre par les tribunaux CIRDI ne permettent pas de dégager une doctrine des techniques d'interprétation. Ils constituent plutôt un « cadre interprétatif »³⁷ regroupant des standards très souples. La Convention fournit une grille d'interprétation qui conduit au cas par cas les arbitres à privilégier une voie interprétative plutôt qu'une autre. Si les tribunaux n'interprètent pas « en roue libre », leur marge de manœuvre demeure donc considérable. La pratique du CIRDI confirme ainsi que « [l]a principale utilité des fameux 'canons' d'interprétation est de rendre l'interprète attentif aux options qui s'offrent à son choix »³⁸.

Cette souplesse des méthodes caractérise à plus forte raison l'interprétation des normes coutumières, non couvertes par les articles 31 et 32 même s'ils peuvent leur être appliqués par analogie³⁹, et dont le contenu est par essence plus évanescent, comme l'est d'ailleurs celui de certains standards conventionnels de traitement ou de protection des investissements.

2. Des normes propices au déploiement des techniques interprétatives

Selon que la norme internationale est plus ou moins précise, l'interprète dispose d'une marge de manœuvre plus ou moins grande. Ainsi l'arbitre sera plus libre face à une norme coutumière non écrite, à laquelle il ne pourra pas appliquer le « sens ordinaire à attribuer aux termes » ; son appréciation devra ***465*** plutôt porter sur un ensemble d'éléments disparates⁴⁰. Dans le domaine de la responsabilité internationale de l'Etat pour fait internationalement illicite toutefois, le travail de codification accompli par la Commission du droit international (CDI) replace l'interprète face à des normes écrites censées refléter le droit coutumier⁴¹. Dans ce cadre, le recours aux commentaires officiels

³⁶ *Plama Consortium Ltd c. Bulgarie*, décision sur la compétence précitée note 27, § 193 (le tribunal se dit « conscient de l'avertissement de Sir Ian Sinclair selon lequel 'le fait de mettre un accent excessif sur l'objet et le but du traité encouragera les méthodes téléologiques d'interprétation qui, dans ses formes extrêmes, aboutiront à dénier la pertinence des intentions des parties' » - traduction de E. Gaillard). Sur l'usage de la méthode téléologique à des fins de politique arbitrale, v. *infra* II, B.

³⁷ *Alpha Projektholding GmbH c. Ukraine*, aff. n° ARB/07/16, sentence du 8 novembre 2010, § 221 (« *interpretive framework* » dans le texte).

³⁸ Ch. DE VISSCHER, *Problèmes d'interprétation judiciaire en droit international*, Paris, 1963, p. 70.

³⁹ Cf., au sujet des actes unilatéraux, *Mobil c. Venezuela*, décision sur la compétence précitée note 10, § 96.

⁴⁰ V. à ce sujet CNUDCI/ALENA, *Glamis Gold, Ltd. c. Etats-Unis d'Amérique*, sentence du 8 juin 2009, §§ 20 et s. et 602 et s.

⁴¹ V., parmi de nombreux ex., CIRDI, *Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. c. Tanzanie*, aff. n° ARB/05/22, sentence du 24 juillet 2008, § 479.

Franck LATTY, « Les techniques interprétatives du CIRDI », Dossier « Les techniques interprétatives de la norme internationale », *Revue générale de droit international public*, 2011/2, pp. 459-480.

de la CDI accompagnant ses *Articles* sur la responsabilité constitue une méthode à part entière d'interprétation⁴² – qui ne prive cependant pas l'arbitre de son pouvoir interprétatif⁴³.

Même lorsque les tribunaux CIRDI sont confrontés à des règles conventionnelles, l'imprécision de certaines dispositions laisse aux parties et aux arbitres la possibilité de déployer des trésors d'interprétation, à l'origine de la mise en place de courants jurisprudentiels auxquels les arbitres se réfèrent immanquablement. Le recours à des décisions arbitrales antérieures tend ainsi à devenir une technique interprétative à part entière⁴⁴. Par exemple, la question lancinante de la définition de l'investissement – absente de la Convention de Washington, alors qu'elle conditionne la compétence du CIRDI – se résout moins par une interprétation propre à chaque tribunal que par son inscription dans un mouvement jurisprudentiel déterminé, en faveur d'une interprétation subjective ou inversement objective de l'investissement. Dans cette dernière tendance, plusieurs sous-courants s'opposent encore quant aux critères constitutifs de la notion⁴⁵.

La question du traitement de la nation la plus favorisée prête tout autant le flanc à des interprétations contradictoires. A partir de l'affaire *Maffezini*, plusieurs tribunaux ont en effet étendu au mécanisme de règlement des différends investisseur-Etat l'application du traitement de la nation la plus favorisée⁴⁶. Tant le principe dit de l'identité de genre (*ejusdem generis*) que l'objet et le but des TBI concernés ainsi que la pratique conventionnelle des Etats parties ont pu être invoqués au moyen de cette interprétation⁴⁷. *****466*****Or, d'autres tribunaux arbitraux ont refusé de considérer que la clause de la nation la plus favorisée permettait à l'investisseur protégé par un TBI de bénéficier de la procédure de règlement des différends plus favorable prévue par un autre TBI, en se fondant sur des techniques interprétatives pourtant partiellement communes⁴⁸. La

⁴² *Id.*, § 785.

⁴³ Au sujet, par ex., de l'attribution des actes de personnes privées à l'Etat, v. *infra* II, B, 2.

⁴⁴ Concernant le traitement juste et équitable, v. par ex. *MTD c. Chili*, sentence précitée note 21, § 114.

⁴⁵ V. par ex. l'affaire *Toto Costruzioni*, dans laquelle le tribunal s'est positionné d'emblée dans le droit fil du « *Salini Test* », avant de lui apporter ses propres retouches (*Toto Costruzioni Generali SpA c. Liban*, aff. n° ARB/07/12, décision sur la compétence, 11 septembre 2009, §§ 67 et s. et le commentaire de W. BEN HAMIDA, in *Gaz. Pal.*, 13-15 décembre 2009, p. 43).

⁴⁶ V. D. CARREAU, « Investissements », *Répertoire international Dalloz*, août 2008, n° 281 ; Z. DOUGLAS, *The International Law of Investment Claims*, Cambridge, Cambridge UP, 2009, pp. 344 et s. ; Ch. LEBEN, « Arbitrage (CIRDI) », *Répertoire international Dalloz*, mars 2010, n°s 139-145 et les références citées.

⁴⁷ V. *Maffezini c. Espagne*, décision sur la compétence précitée note 26, §§ 56 et s. V. aussi *Siemens c. Argentine*, décision sur la compétence précitée note 33, in E. GAILLARD, *La jurisprudence du CIRDI*, vol. II, *op. cit.* note 15, pp. 22-24, §§ 94 et s. En faveur du jeu du traitement de la nation la plus favorisée à l'égard des clauses de règlement des différends, v. E. GAILLARD, obs. sous *Telenor c. Hongrie*, *id.*, pp. 300 et s.

⁴⁸ V. notamment *Salini Costruttori SpA et Italstrade SpA c. Jordanie*, aff. n° ARB/02/132004, décision sur la compétence, 9 novembre 2004, spéc. § 118 ; *Plama Consortium Ltd c. Bulgarie*, décision sur la

Franck LATTY, « Les techniques interprétatives du CIRDI », Dossier « Les techniques interprétatives de la norme internationale », *Revue générale de droit international public*, 2011/2, pp. 459-480.

divergence d'interprétation ne porte donc plus seulement sur la clause de la nation la plus favorisée : elle concerne également les principes interprétatifs dont la mise en œuvre produit des résultats contraires.

De ce foisonnement jurisprudentiel aucune unité méthodologique n'émerge, ce qui ne manque pas de poser des problèmes juridiques en termes de prévisibilité et donc de sécurité juridiques⁴⁹, auxquels l'institutionnalisation de l'arbitrage au sein du CIRDI n'apporte guère de réponse.

B. Obstacles systémiques à l'unité méthodologique

Le « cadre institutionnel »⁵⁰ constitue un élément déterminant dans le déploiement des techniques interprétatives. Or, loin d'assurer une cohérence en la matière, le système CIRDI tel qu'il fonctionne ne permet pas l'émergence d'une unité méthodologique. C'est que le CIRDI n'est pas une juridiction permanente à la méthodologie identifiée (1). Et la Convention de Washington a beau organiser un mécanisme d'annulation des sentences, celui-ci ne permet d'opérer un contrôle qu'exceptionnel de l'interprétation (2).

1. Absence de juridiction permanente et de méthodologie identifiée

Le CIRDI n'est pas une juridiction mais un centre d'arbitrage, qui offre des « moyens [...] d'arbitrage pour régler les différends relatifs aux investissements [...] »⁵¹. Chaque affaire fait naître, à partir de la liste des arbitres fournie par le Centre, son propre tribunal, qui produira sa propre alchimie. Si certaines personnalités sont des habituées du contentieux CIRDI, il n'en demeure pas moins que l'unicité de chaque formation arbitrale n'est pas de nature à favoriser la cohérence dans l'interprétation de la norme internationale, les instruments applicables variant de surcroît au gré des affaires – seule la Convention de Washington s'applique à toutes. Le CIRDI se trouve ainsi dans une situation radicalement différente de la Cour européenne des droits de l'homme : il n'est pas une juridiction permanente appliquant un texte unique ; dans cet environnement

compétence précitée note 27, pp. 138 et s., §§ 183 et s. ; *Wintershall Aktiengesellschaft c. Argentine*, aff. n° ARB/04/14, sentence du 8 décembre 2008, spéc. § 191 (principe *ejusdem generis*).

⁴⁹ Cf. E. CANAL-FORGUES, *loc. cit.* note 13, p. 19 et CIJ, *Ahmadou Sadio Diallo*, arrêt du 30 novembre 2010, § 66.

⁵⁰ F. OST / M. VAN DE KERCHOVE, *op. cit.* note 16, p. 41.

⁵¹ Art. 1^{er} de la Convention de Washington de 1965.

Franck LATTY, « Les techniques interprétatives du CIRDI », Dossier « Les techniques interprétatives de la norme internationale », *Revue générale de droit international public*, 2011/2, pp. 459-480.

*****467***** défavorable, il n'est guère étonnant qu'il ne se soit pas doté d'une décision de principe en matière d'interprétation comparable à l'arrêt *Golder*⁵².

L'éclatement juridictionnel du CIRDI n'a pourtant pas empêché l'écllosion de courants jurisprudentiels, desquels un processus spontané d'unification des techniques interprétatives aurait pu émerger. La sentence *AAPL* avait tout pour constituer une décision de référence sur les techniques interprétatives, eu égard aux longs développements, dont le degré d'abstraction le dispute à l'originalité, qu'elle consacre à cette question. Plutôt que de citer *in extenso* les articles 31 et 32 de la Convention de Vienne, les arbitres ont en effet exposé une série de « maximes d'interprétation »⁵³ fondées sur la jurisprudence arbitrale interétatique, qui ne s'en éloignent guère⁵⁴ mais reposent sur une formulation et une articulation suffisamment distinctes du « traité des traités » pour former un guide méthodologique propre à la jurisprudence transnationale. Or, rares sont les sentences qui prennent la peine de s'y référer⁵⁵, chaque tribunal préférant sélectionner ses propres techniques parmi celles indiquées par la Convention de Vienne.

2. Relative immunité des choix interprétatifs

Le système d'annulation des sentences arbitrales organisé par la Convention de Washington introduit un principe hiérarchique dans le système CIRDI, qui ne permet toutefois pas d'assurer l'unité des techniques interprétatives de la norme internationale.

Parmi les motifs d'annulation prévus par l'article 52, § 1, de la Convention, deux pourraient être de nature à permettre un certain contrôle des techniques interprétatives mises en œuvre par les tribunaux arbitraux : l'excès de pouvoir manifeste et le défaut de motifs. Or, de manière générale, les comités *ad hoc* chargés d'examiner les demandes d'annulation ont une conception restrictive de leur fonction, difficilement compatible avec le contrôle de l'interprétation de la norme internationale et, à plus forte raison, des méthodes déployées à cet effet. Refusant de se présenter comme des organes d'appel des sentences, les comités excluent d'en examiner la « substance »⁵⁶ : leur rôle n'est pas de

⁵² Cour EDH, arrêt du 21 février 1975, *Golder c. Royaume-Uni*, req. 4451/70.

⁵³ *AAPL c. Sri Lanka*, aff. n° ARB/87/3, sentence précitée note 1, pp. 324-325, § 40.

⁵⁴ V. les nuances présentées par E. GAILLARD, *op. cit.* note 1, pp. 338-339.

⁵⁵ V. cependant récemment *ATA Construction c. Jordanie*, sentence précitée note 32, § 121 ; *Alpha Projektholding c. Ukraine*, sentence précitée note 37, § 223 (utilisation de trois « maximes » de la sentence *AAPL* en plus des règles de la Convention de Vienne : i) le tribunal ne peut interpréter ce qui ne requiert aucune interprétation ; ii) il doit être donné effet à chaque clause d'un accord ; iii) une disposition doit être interprétée de façon à lui donner un sens plutôt que de façon à l'en priver).

⁵⁶ Comité *ad hoc*, *MCI Power Group LC and New Turbine Inc. c. Équateur*, aff. n° ARB/03/6, décision sur la demande d'annulation, 19 octobre 2009, § 25.

Franck LATTY, « Les techniques interprétatives du CIRDI », Dossier « Les techniques interprétatives de la norme internationale », *Revue générale de droit international public*, 2011/2, pp. 459-480.

« revoir la décision même à laquelle le tribunal est parvenu et moins encore de substituer [leur] propre appréciation à celle du tribunal »⁵⁷. *****468*****

Dans le cadre de l'examen de l'excès manifeste de pouvoir, le comité *ad hoc* de l'affaire *Soufraki*, par exemple, a refusé de contrôler le choix opéré par un tribunal qui était confronté à plusieurs interprétations possibles d'une même norme⁵⁸ – ce qui exclut *a fortiori* qu'il apprécie les méthodes employées par les arbitres pour parvenir à ce choix. Il ne revient en effet pas aux comités de dégager leurs « propres conclusions sur l'interprétation du TBI applicable et de la Convention de Washington [...] mais de déterminer si, ce faisant, le Tribunal a manifestement excédé ses pouvoirs »⁵⁹. Dans ce cadre néanmoins, certains comités *ad hoc* ont entrepris de vérifier que l'interprétation d'un traité était compatible avec les règles de la Convention de Vienne⁶⁰. D'autres comités ont estimé qu'un excès de pouvoir serait caractérisé dans l'hypothèse où la « malinterprétation » serait « si flagrante ou si importante qu'elle équivaldrait à un manquement à appliquer le droit applicable »⁶¹. Tel a été le cas dans l'affaire *Sempra* : le comité *ad hoc* a estimé que l'interprétation de la clause de sauvegarde du TBI par référence au droit coutumier sur l'état de nécessité était constitutive d'une erreur de droit constitutive d'un tel manquement⁶². Mais, dans ce cas de figure, la censure du comité ne porte pas tant sur la technique d'interprétation utilisée (le recours à la norme

⁵⁷ *Empresas Lucchetti, SA et Lucchetti Perú SA c. Pérou*, aff. n° ARB/03/4, décision d'annulation, 5 septembre 2007, § 97 (traduction libre ; « [...] it is no part of the Committee's functions to review the decision itself which the Tribunal arrived at, still less to substitute its own views for those of the Tribunal » dans le texte). V. le commentaire de l'art. 52 in Ch. SCHREUER *e.a.*, *The ICSID Convention. A Commentary*, 2nd Ed., Cambridge, Cambridge UP, 2009, pp. 901 et s.

⁵⁸ Comité *ad hoc*, *Hussein Nuaman Soufraki c. Emirats arabes unis*, aff. n° ARB/02/7, décision sur l'annulation, 5 juin 2007, §§ 85 et s. Dans le même sens, Comité *ad hoc*, *MCI Power Group*, décision précitée note 56, § 51.

⁵⁹ Comité *ad hoc*, *Enron Corporation et Ponderosa Assets, LP c. Argentine*, aff. n° ARB/01/3, décision sur la demande d'annulation, 30 juillet 2010, § 114 (traduction libre, dans le texte : « It is not the Committee's function to reach its own conclusion on the correct interpretation of the BIT and ICSID Convention in respect of these questions, but to determine whether the Tribunal manifestly exceeded its powers in reaching the conclusion that it did »).

⁶⁰ Comité *ad hoc*, *Azurix Corp. c. Argentine*, décision précitée note 20, § 95.

⁶¹ Comité *ad hoc*, *Soufraki c. EAU*, décision précitée note 58, § 86 (traduction libre, « [m]isinterpretation or misapplication of the proper law may [...] be so gross or egregious as substantially to amount to failure to apply the proper law » dans le texte).

⁶² Comité *ad hoc*, *Sempra c. Argentine*, décision sur la demande d'annulation précitée note 62, §§ 207-208.

Franck LATTY, « Les techniques interprétatives du CIRDI », Dossier « Les techniques interprétatives de la norme internationale », *Revue générale de droit international public*, 2011/2, pp. 459-480.

coutumière⁶³) que sur le résultat auquel elle aboutit (la dénaturation de la clause de sauvegarde).

Concernant le défaut de motifs, il a été jugé que n'était pas vicié l'exposé de motifs inexacts d'un point de vue factuel ou juridique⁶⁴ – dans l'affaire *MCI Power Group*, il s'agissait d'une mauvaise interprétation alléguée de la Convention de Vienne⁶⁵. Il demeure que la jurisprudence sur le défaut de motifs n'est pas non plus fixée, des comités *ad hoc* n'ayant « pas hésité à exercer un *****469***** certain contrôle sur la pertinence des motifs énoncés par les arbitres »⁶⁶. Dans ces hypothèses, il n'est pas définitivement exclu que le contrôle se porte sur les techniques interprétatives du tribunal ; il devrait toutefois concerner moins leur nature que leur mise en avant formelle aux fins de justifier la solution retenue⁶⁷.

Les techniques interprétatives mises en œuvre par les tribunaux CIRDI ne bénéficient donc pas d'une immunité absolue. Pour autant, les comités *ad hoc* n'agissent pas en cour suprême. Ils se sont d'ailleurs abstenus de fixer, par une décision de principe, une méthodologie générale d'interprétation de la norme internationale, apte à guider les tribunaux CIRDI ou les sujets du droit des investissements dans leur pratique. De manière ponctuelle toutefois, certains comités *ad hoc* ont manifesté la volonté d'assurer la cohérence de la jurisprudence transnationale, en posant une méthode d'interprétation de *certaines* normes. L'exemple le moins célèbre de ce positionnement n'est pas la décision du comité de l'affaire *CMS Gas Transmission*, qui, au vu de « l'éclatement »⁶⁸ de la jurisprudence sur l'argument de la nécessité dans les affaires argentines, a précisé la méthode dont devait être appréhendée cette question⁶⁹. L'articulation qu'il a prônée entre la clause de sauvegarde contenue dans le TBI et l'état de nécessité au sens du droit coutumier a fait autorité dans la jurisprudence postérieure⁷⁰, tant est si bien qu'il a permis une unification de l'interprétation de ces questions.

⁶³ Le comité se contente de dire que l'article 25 des Articles de la CDI codifiant l'état de nécessité ne fournit pas un « guide d'interprétation » de l'art. XI du TBI applicable (§ 199 de la décision).

⁶⁴ Comité *ad hoc*, *CMS Gas Transmission c. Argentine*, aff. n° ARB/01/8, décision d'annulation, 25 septembre 2007, §§ 125 et s.

⁶⁵ Comité *ad hoc*, *MCI Power Group*, décision précitée note 56, § 85.

⁶⁶ Ch. LEBEN, « Arbitrage (CIRDI) », *Répertoire international Dalloz*, mars 2010, n° 258 (l'auteur cite les affaires *Klöckner*, *Amco* et *Patrick Mitchell*).

⁶⁷ V. cependant *infra* II, A, 1.

⁶⁸ Th. CHRISTAKIS, « Quel remède à l'éclatement de la jurisprudence CIRDI sur les investissements en Argentine ? La décision du comité *ad hoc* dans l'affaire *CMS c. Argentine* », *RGDIP*, 2007, p. 880.

⁶⁹ Comité *ad hoc*, *CMS Gas Transmission c. Argentine*, décision d'annulation précitée note 64.

⁷⁰ V. *Continental Casualty Company c. Argentine*, aff. n° ARB/03/9, sentence du 5 septembre 2008 (v. E. GAILLARD, *Chronique CIRDI*, in *JDI*, 2009, pp. 341 et s. et M. RAUX, in *Gaz. Pal.*, 16 décembre 2008, n° 351, p. 41) ; Comité *ad hoc*, *Sempra c. Argentine*, décision sur la demande d'annulation précitée note 62, 29 juin 2010.

Franck LATTY, « Les techniques interprétatives du CIRDI », Dossier « Les techniques interprétatives de la norme internationale », *Revue générale de droit international public*, 2011/2, pp. 459-480.

Mais finalement, le système d'annulation empiète bien peu sur la liberté de l'interprète dans le choix de ses techniques. C'est bien une absence d'unité méthodologique qui se dégage de la jurisprudence CIRDI. Cela étant, certaines stratégies sous-jacentes peuvent être identifiées dans la mise en œuvre des techniques interprétatives.

II. L'EXISTENCE DE STRATEGIES SOUS-JACENTES

L'analyse de la jurisprudence du CIRDI reste ouverte à l'interprétation du scrutateur. Sous réserve de cette part inhérente de subjectivité, certaines tendances semblent émerger de l'utilisation par les arbitres des techniques interprétatives de la norme internationale. Leur pratique, loin d'être dénuée d'arrière-pensées, révèle certaines finalités plus ou moins assumées. Tantôt la mise en avant des techniques interprétatives est mise au service de la ***470*** légitimation de la décision arbitrale (A), tantôt leur emploi sert ce qui pourrait être qualifié de « politique arbitrale » (B).

A. La mise en avant des techniques interprétatives à des fins de légitimation de la décision arbitrale

Si, au niveau des juridictions nationales, notamment celles de rang supérieur, il n'est pas rare d'observer un phénomène de « refoulement de l'interprétation »⁷¹ – le droit est dit, comme s'il n'était pas interprété –, le CIRDI, comme nombre de juridictions internationales, se caractérise à l'inverse par une forme d'extraversion en ce domaine. Les tribunaux font à ce titre un recours généralement ostentatoire aux techniques interprétatives. Cette stratégie d'affichage répond sans doute à deux objectifs : assurer la motivation de la sentence (1), et camoufler la part de subjectivité ou de préinterprétation qui anime les arbitres (2)

1. Assurer la motivation de la sentence

Le recours explicite aux techniques interprétatives permet de montrer que l'interprétation est « justifiable en droit »⁷², ce qui répond, dans le cadre du CIRDI, à une double nécessité.

D'une part, l'affichage des techniques contribue à l'acceptation de la décision arbitrale par les parties, en ce qu'elle explicite le cheminement intellectuel du tribunal tout en lui donnant l'apparence de l'objectivité. *Justice must not only be done, but must be seen to*

⁷¹ F. OST / M. VAN DE KERCHOVE, *op. cit.* note 16, p. 252.

⁷² P.-A. COTE, *Interprétation des lois*, Paris, Thémis, 1982, p. 20

Franck LATTY, « Les techniques interprétatives du CIRDI », Dossier « Les techniques interprétatives de la norme internationale », *Revue générale de droit international public*, 2011/2, pp. 459-480.

be done, dit l'adage anglais. Partant, il s'agit de « vider » le différend, en convainquant l'Etat comme l'investisseur en litige du bien-fondé du raisonnement mis en œuvre. Dans cette perspective, la recherche de l'intention commune des parties au traité applicable⁷³, qui peut constituer un facteur apaisant dans le contentieux interétatique⁷⁴, remplira cette fonction de manière cependant plus assourdie dans le contentieux transnational, où seule l'une d'entre elles est partie au différend.

D'autre part, la justification de l'interprétation par la technique employée participe de la viabilité de la sentence au sein du système CIRDI. Les arbitres gardent en effet à l'esprit qu'un « défaut de motifs » constitue selon l'article 52 de la Convention de Washington une cause d'annulation de leur œuvre commune⁷⁵. Cela étant, l'indispensable présentation de motifs n'emporte pas nécessairement la mise en avant des techniques interprétatives mises en œuvre. Comme l'a en effet dit le comité *ad hoc* de l'affaire *Vivendi*, « l'article 52(1) concerne l'absence de toute motivation concernant tout ou partie de la sentence, *****471*****et non l'absence de motivation juste ou convaincante »⁷⁶. Le comité a ajouté que « les motifs peuvent être exposés de façon brève ou approfondie, et différentes traditions juridiques s'opposent dans le mode d'expression de la motivation. Les tribunaux doivent se voir reconnaître une marge d'appréciation discrétionnaire dans l'expression de leur raisonnement »⁷⁷. Dès lors, une motivation bien présente mais reposant sur des techniques interprétatives informulées ne devrait pas justifier l'annulation d'une sentence. De fait, d'autres préoccupations animent les arbitres lorsqu'ils « placardent » les techniques interprétatives dans leurs décisions.

2. Camoufler la part de subjectivité ou de pré-interprétation

On peut douter que l'interprétation donnée à une norme internationale soit toujours l'aboutissement du cheminement interprétatif indiqué dans la décision arbitrale. Comme l'a relevé Serge Sur, « le processus qui conduit à la décision et donc au dispositif n'est pas toujours lié à la motivation formelle qui le justifie. Celle-ci peut être rédigée après coup, et remplit une fonction de justification qui ne décrit pas nécessairement les motifs concrets qui ont guidé la majorité des juges »⁷⁸. L'exposé des techniques interprétative peut en effet remplir une fonction « cosmétique »⁷⁹, destinée à camoufler la subjectivité ou même le préinterprété.

⁷³ V. *supra* I, A, 1.

⁷⁴ V. BORE EVENO, *L'interprétation des traités par les juridictions internationales : étude comparative*, thèse, Paris I, 2004, p. 224.

⁷⁵ V. *supra* I, B, 2.

⁷⁶ Comité *ad hoc*, *Vivendi c. Argentine*, aff. n° ARB/97/3, décision du 3 juillet 2002, in E. GAILLARD, *La jurisprudence du CIRDI*, *op.cit.* note 1, p. 737, § 64.

⁷⁷ *Ibid.*

⁷⁸ J. COMBACAU / S. SUR, *op. cit.* note 11, p. 177.

⁷⁹ V. BORE EVENO, *op. cit.* note 74, p. 261.

Franck LATTY, « Les techniques interprétatives du CIRDI », Dossier « Les techniques interprétatives de la norme internationale », *Revue générale de droit international public*, 2011/2, pp. 459-480.

i) Les tribunaux sont faits d'êtres humains, avec leur part de subjectivité et de « flair ». Confronté à une affaire, et avant même que d'en examiner les ressorts intimes, tout arbitre éprouve un ressenti général qui, consciemment ou non, influencera son interprétation. Le caractère « impressionniste » de la définition de l'investissement (« *you know it when you see it* »)⁸⁰ n'en est pas la moindre manifestation.

La subjectivité des arbitres peut encore s'exprimer dans leur manière de percevoir l'opposition des intérêts en jeu dans le contentieux transnational. Certains arbitres sont spontanément plus sensibles aux intérêts des investisseurs qu'à ceux des Etats, tandis que d'autres ont un ordre de « priorité » inversé – au risque de caricaturer, les premiers se comptent principalement parmi les avocats spécialistes de l'arbitrage commercial international, tandis que les seconds se recrutent plutôt au sein du corps des professeurs de droit ou parmi la caste des juges. Le choix des méthodes interprétatives est alors susceptible de dépendre directement des aspirations majoritaires du tribunal, tout en donnant à la décision arbitrale un habillage juridique ayant l'apparence du bon droit. L'opinion dissidente de l'arbitre Jan Paulsson dans l'affaire *Hrvatska ***472*** Elektroprivreda* peut, à cet égard, être relevée, qui critique la manière dont la majorité du tribunal a mis en œuvre les techniques interprétatives de la Convention de Vienne⁸¹. Plus particulièrement, l'arbitre minoritaire estime que ses collègues ont « postulé un résultat auquel ils ont, de manière forcée, fait correspondre le texte du traité »⁸² ; qu'ils ont suivi « leur intuition toute personnelle selon laquelle la bonne foi devait aboutir un certain résultat qui devait dès lors être justifié par leurs efforts d'interprétation »⁸³.

Une méthode interprétative unique peut même aboutir à des résultats distincts selon la sensibilité de l'interprète. Ainsi en va-t-il de la référence à l'objet et au but du traité, comme la CDI l'a constaté relativement aux clauses sur le traitement de la nation la plus favorisée. Selon elle, « l'interprétation du traité n'intervient pas dans le vide » ; à ce titre « [l]a manière dont l'interprète abordera une clause NPF dépendra en partie de la

⁸⁰ W. BEN HAMIDA, in *Gaz. Pal.*, 13-15 décembre 2009, p. 42

⁸¹ Opinion dissidente de J. Paulsson, jointe à la décision sur l'interprétation dans l'affaire *Hrvatska Elektroprivreda DD c. Slovénie* précitée note 17, §§ 40 et s., spéc. § 44.

⁸² *Id.*, § 47 (traduction libre ; dans le texte : « *postulate an outcome and force-fit it into the actual text* »). L'arbitre ajoute : « la majorité retient de l'article 31 (1) les seuls éléments qui confirment leur approche subjective (leur intuition de la bonne foi, l'objet et le but), tout en ignorant ceux qui sont de nature objective (les termes écrits et le contexte) » (« *the majority retains from Article 31 (1) [...] only the elements that confirm their subjective gloss (perceptions of good faith and object and purpose), ignoring those which are of an objective nature (textual terms and context)* »).

⁸³ *Id.*, § 51 (traduction libre ; dans le texte : « *their own intuition that good faith points to a certain result, and that therefore the efforts of interpretation should consist of seeking to justify it* »).

Franck LATTY, « Les techniques interprétatives du CIRDI », Dossier « Les techniques interprétatives de la norme internationale », *Revue générale de droit international public*, 2011/2, pp. 459-480.

conception qu'il a de la nature de telles clauses »⁸⁴. L'application du traitement de la nation la plus favorisée aux clauses de règlement des différends est alors tributaire des objectifs que l'interprète assigne au TBI⁸⁵. La mise en avant de la méthode interprétative – l'objet et le but du traité – permet seulement de masquer la philosophie profonde du tribunal en donnant l'apparence de la justesse au résultat interprétatif.

ii) Plus que la subjectivité de l'arbitre, l'affichage des techniques interprétatives peut avoir pour fonction de masquer le préinterprété jurisprudentiel. Le contentieux en matière d'investissement draine en effet des questions récurrentes et clivantes, à l'origine de courants jurisprudentiels antagonistes⁸⁶, sur lesquelles tout arbitre a plus ou moins son opinion déjà faite – laquelle peut d'ailleurs être connue des parties et avoir même joué un rôle dans sa désignation en tant qu'arbitre. *****473*****

Dès lors que le tribunal (ou du moins sa majorité) s'inscrit dans un courant jurisprudentiel identifié⁸⁷, l'invocation ostensible des techniques interprétatives ne doit pas faire illusion : ces dernières ne jouent plus qu'un rôle formel, destiné *ex post* à « individualiser » aux yeux des parties l'interprétation faite des instruments applicables. Par exemple, dans l'affaire *Malaysian Historical Salvors*, la majorité des membres du comité *ad hoc* a privilégié une définition subjective de l'investissement en invoquant le TBI applicable et les travaux préparatoires de la Convention de Washington, alors que le membre dissident en a retenu une conception objective, fondée, en apparence, sur l'analyse du préambule de la Convention de Washington, les rapports des administrateurs et le but du traité⁸⁸. En fait, il y a tout lieu de penser que ce dernier s'est inscrit dans le courant jurisprudentiel « objectif », tandis que les membres majoritaires ont privilégié le courant jurisprudentiel inverse exprimé en dernier lieu par la sentence *Biwater Gauff*, que

⁸⁴ Rapport du groupe de travail de la Commission du droit international sur la clause de la nation la plus favorisée, A/CN.4/L.719, 20 juillet 2007, § 29.

⁸⁵ *Ibid.* Le rapport précise : « S'il envisage les clauses NPF comme ayant pour objectif de favoriser la non-discrimination et l'harmonisation, l'interprète d'un traité peut alors considérer que l'objet même de la clause est d'autoriser, et à vrai dire, d'encourager la recherche systématique du traité le plus favorable. Si l'interprète considère qu'une clause NPF a pour objectif économique de permettre une concurrence fondée sur l'égalité des chances, il sera peut-être plus enclin à favoriser une distinction fond/procédure dans l'interprétation d'une clause NPF » (§ 30).

⁸⁶ V. *supra* I, A, 2.

⁸⁷ V. par exemple, au sujet des « *umbrella clauses* », *El Paso Energy International Company c. Argentine*, aff. n° ARB/03/15, décision sur la compétence, 27 avril 2006, in E. GAILLARD, *La jurisprudence du CIRDI*, vol. II, *op. cit.* note 15, pp. 268 et s., spéc. § 82, où le tribunal ne se cache pas de « suiv[re] les importants précédents posés par les tribunaux présidés par le Juge Feliciano, le Juge Guillaume et le Professeur Orrego Vicuña ».

⁸⁸ Comité *ad hoc*, *Malaysian Historical Salvors, SDN, BHD c. Malaisie*, aff. n° ARB/05/10, décision sur la demande d'annulation, 16 avril 2009, spéc. § 57 (opinion dissidente du juge Mohamed Shahabuddeen) ; v. W. BEN HAMIDA, in *Gaz. Pal.*, 13-15 décembre 2009, p. 41 ; E. GAILLARD, *JDI*, 2010/2, pp. 539-549 ; S. LEMAIRE, *Rev. Arb.*, 2009/4, pp. 886-893.

Franck LATTY, « Les techniques interprétatives du CIRDI », Dossier « Les techniques interprétatives de la norme internationale », *Revue générale de droit international public*, 2011/2, pp. 459-480.

la décision cite *in extenso*⁸⁹. Le comité a même précisé qu'il donnait « priorité aux sentences et aux analyses conformes à son approche, qu'il juge en accord avec l'intention des parties à la Convention CIRDI »⁹⁰. Il n'est pas interdit de penser que le cheminement inverse est intervenu : convaincus par l'approche subjective de la sentence *Biwater* et le courant jurisprudentiel qui l'irrigue, le comité a rédigé sa décision en dissimulant, par le recours concomitant aux méthodes officielles de la Convention de Vienne, son alignement sur ce préinterprété jurisprudentiel.

Cette manière de mettre en avant les techniques interprétatives de sorte à légitimer les solutions du CIRDI n'est elle-même pas étrangère à des considérations de politique arbitrale qui animent certaines décisions arbitrales.

B. L'utilisation de techniques interprétatives à des fins de politique arbitrale

Dans l'application du droit, toute juridiction peut être conduite à développer une « politique juridique »⁹¹, au service de laquelle sont mises les techniques interprétatives. Le choix par les arbitres de procédés permettant une ***474*** interprétation extensive (la méthode téléologique et l'interprétation évolutive en particulier) ou au contraire restrictive (l'analyse littérale) est de nature à révéler les ressorts des politiques arbitrales développées au sein du CIRDI. Certes, l'absence d'unité du CIRDI fait obstacle à l'émergence d'un dessein jurisprudentiel d'ensemble. Certaines tendances sont toutefois perceptibles, qui mettent au jour deux objectifs généraux eux-mêmes liés : la préservation du système CIRDI (1) et le développement du droit des investissements (2).

1. La préservation du système CIRDI

La préservation du système d'arbitrage en matière d'investissement mis en place par la Convention de Washington passe par la garantie de l'intégrité des procédures, mais également par le maintien de la confiance des Etats. Le choix de techniques interprétatives appropriées est susceptible de répondre à ces objectifs.

i) Concernant le premier but identifié – l'intégrité de l'arbitrage CIRDI –, peut être relevée la manière relativement stricte dont l'article 52 de la Convention de Washington

⁸⁹ *Id.*, § 79, où sont cités les §§ 310 et s. de la sentence du 24 juillet 2008 *Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. c. Tanzanie*, aff. n° ARB/05/22.

⁹⁰ *Id.*, § 78 (traduction libre ; dans le texte : « *it gives precedence to awards and analyses that are consistent with its approach, which it finds consonant with the intentions of the Parties to the ICSID Convention* »).

⁹¹ S. SUR, « L'interprétation en droit international public », in P. AMSELEK (dir.), *Interprétation et droit*, Bruxelles, Bruylant, P.U.A.M., 1995, p. 180.

Franck LATTY, « Les techniques interprétatives du CIRDI », Dossier « Les techniques interprétatives de la norme internationale », *Revue générale de droit international public*, 2011/2, pp. 459-480.

est interprété, qui a pour effet de limiter les cas d'annulation de sentences arbitrales⁹². Sont ainsi évités les recours systématiques contre les sentences arbitrales, dont l'autorité est au passage préservée, au risque d'ailleurs de privilégier l'efficacité du système de règlement des différends au détriment de la rigueur de la solution juridictionnelle⁹³.

Certes, plusieurs comités *ad hoc* ont jugé que l'interprétation de l'article 52 ne devait être ni extensive ni restrictive, mais bien conforme à l'objet et au but de la Convention⁹⁴. La présomption de validité de la sentence arbitrale posée par la décision *Klöckner*⁹⁵ n'est en outre généralement pas retenue⁹⁶, pas plus que ne convainquent les arguments reposant sur les risques d'atteintes à l'institution qu'emportent des annulations répétées⁹⁷. Toujours est-il que la jurisprudence d'ensemble sur l'article 52 tend à montrer que les comités s'en tiennent à une analyse littérale du texte de la disposition, dont les termes sont eux-mêmes restrictifs⁹⁸, sans chercher à exploiter ses potentialités au service d'une approche plus *****475***** interventionniste. Il y a là une forme d'auto-limitation⁹⁹ imprégnée de considérations de politique juridictionnelle.

Inversement, certaines dispositions de la Convention de Washington ont donné lieu à des interprétations extensives, dans l'objectif palpable de garantir l'intégrité de la procédure arbitrale. Tel est le cas de l'article 47 de la Convention relatif aux mesures conservatoires, dont le caractère obligatoire – loin d'être évident à la lecture de l'article¹⁰⁰ et semblant même exclu à la consultation des travaux préparatoires¹⁰¹ – a été établi au terme d'une interprétation audacieuse de la disposition. Pour ce faire, le tribunal de l'affaire *Maffezini* s'est fondé sur l'article 39 du Règlement d'arbitrage du CIRDI, qui, conformément à

⁹² V. *supra* I, B, 2.

⁹³ V. le commentaire de l'article 52 de la Convention de Washington in Ch. SCHREUER *e.a.*, *op. cit.* note 57, p. 903

⁹⁴ V. par ex. *Klöckner c. Cameroun*, aff. n° ARB/81/2, décision d'annulation, 3 mai 1985, in E. GAILLARD, *La jurisprudence du CIRDI*, *op. cit.* note 1, p. 166, § 62 ; *Maritime International Nominees Establishment (MINE) c. Guinée*, aff. n° ARB/84/4, décision d'annulation, 22 décembre 1989, § 4.05, ou, plus récemment, *Soufraki c. EAU*, décision sur l'annulation précitée note 58, 5 juin 2007, § 21.

⁹⁵ *Klöckner c. Cameroun*, décision d'annulation précitée note 94, p. 165, § 52 (principe *in favorem validitatis sententiae*).

⁹⁶ V. par ex. *Soufraki c. EAU*, décision sur l'annulation précitée note 58, 5 juin 2007, § 22.

⁹⁷ *MINE c. Guinée*, décision d'annulation précitée note 94, § 4.11-4.12.

⁹⁸ V. par ex. *Klöckner c. Cameroun*, décision d'annulation précitée note 94, § 3 ; *MINE c. Guinée*, décision d'annulation précitée note 94, § 4.06.

⁹⁹ V. *Amco Asia Corporation e.a. c. Indonésie*, aff. n° ARB/81/1, décisions sur les demandes d'annulation, 17 décembre 1992 (« AMCO II »), 9 *ICSID Rep.* 3 (2006), § 1.18 : « il incombe aux comités *ad hoc* de résister à la tentation de rectifier les décisions incorrectes ou d'annuler les sentences injustes » (traduction libre, « *It is incumbent upon Ad Hoc Committees to resist the temptation to rectify incorrect decisions or to annul unjust awards* » dans le texte).

¹⁰⁰ « Sauf accord contraire des parties, le Tribunal peut, s'il estime que les circonstances l'exigent, recommander toutes les mesures conservatoires propres à sauvegarder les droits des parties » (it. aj.).

¹⁰¹ Commentaire de l'art. 47 in Ch. SCHREUER *e.a.*, *op. cit.* note 57, p. 896.

Franck LATTY, « Les techniques interprétatives du CIRDI », Dossier « Les techniques interprétatives de la norme internationale », *Revue générale de droit international public*, 2011/2, pp. 459-480.

l'article 47, détaille le pouvoir qu'a le tribunal de « recommander » des mesures conservatoires. Pour faire dire à la disposition ce qu'elle ne dit pas, le tribunal a d'abord fait appel à son contexte interne¹⁰², puis il en a appelé à l'intention des Etats parties à la Convention de Washington, dont il a présumé (plus que démontré) qu'ils n'avaient pas voulu faire de différence substantielle entre les termes « ordonner » et « recommander »¹⁰³. De manière plus argumentée, le tribunal de l'affaire *Pey Casado* a écarté l'« interprétation littérale de l'article 47 de la Convention (ainsi que [...] la méthode, discutable, d'interprétation que constitue le recours aux travaux préparatoires, où le terme 'prescribe' finit par être remplacé par 'recommend') »¹⁰⁴ pour s'inscrire dans le sillage de l'arrêt *Lagrand* de la Cour internationale de Justice, dont il a jugé que la conclusion, fondée sur l'objet et le but du Statut de la Cour, « paraît manifestement pouvoir s'appliquer par analogie à l'article 47 de la Convention »¹⁰⁵. De la démonstration, il transpire que le tribunal a fait de l'article 47 une interprétation téléologique¹⁰⁶ qu'il est aisé de rattacher à des considérations de « politique juridictionnelle »¹⁰⁷. *****476*****

ii) La préservation du système CIRDI passe aussi par la confiance que le tribunal doit inspirer à ses « usagers » que sont les investisseurs mais également, et peut-être surtout, les Etats. Concernant les premiers, il n'est pas exceptionnel que des tribunaux déploient des techniques interprétatives audacieuses destinées à assurer leur protection. En témoigne l'affaire *Tza Yap Shum*, dans laquelle le tribunal a interprété très extensivement la clause de règlement des différends du TBI Chine/Pérou, qui limitait textuellement la

¹⁰² Les paragraphes 1, 3 et 4 de l'article 39 demeurent sur le terrain de la « recommandation ». Le paragraphe 6, auquel fait allusion le tribunal, emploie bien le terme « ordonner », mais il ne vise pas les mesures du tribunal CIRDI : il concerne les mesures que les parties peuvent demander « à toute autorité judiciaire ou autre [...] antérieurement ou postérieurement à l'introduction de l'instance en vue de protéger leurs droits et intérêts respectifs », auxquelles les dispositions de l'article 39 « ne font pas obstacle ».

¹⁰³ *Maffezini c. Espagne*, aff. n° ARB/97/7, décision sur les mesures provisoires, 28 octobre 1999, § 9.

¹⁰⁴ *Victor Pey Casado c. Chili* aff. n° ARB/98/2, décision sur les mesures conservatoires du 25 septembre 2001, § 18.

¹⁰⁵ *Id.*, § 20. Le tribunal s'appuie également sur la décision de l'affaire *Maffezini* (§ 21) et sur la jurisprudence du Tribunal de réclamations irano-américain (§§ 22 et s.).

¹⁰⁶ Le tribunal conclut que « les mesures conservatoires ont, notamment ou principalement, pour but de préserver ou protéger l'efficacité de la décision à intervenir sur le fond, donc d'éviter de 'porter préjudice à l'exécution de la sentence' et/ou d'empêcher que, de façon unilatérale, une Partie par action ou omission porte atteinte aux droits éventuels de la Partie adverse » (*id.*, § 26). Sur le pouvoir du tribunal de protéger sa juridiction, v. *Perenco Ecuador Limited c. Equateur et Empresa Estatal Petróleos del Ecuador*, aff. n° ARB/08/16, décision sur les mesures conservatoires, 8 mai 2009, § 65. Sur l'utilisation de la méthode téléologique relativement aux mesures conservatoires demandées dès le dépôt de la requête (avant la tenue des audiences), v. F. LATTY, *loc. cit.* note 18, p. 714.

¹⁰⁷ V. BORE EVENO, *op. cit.* note 74, p. 363, au sujet de l'interprétation téléologique de l'article 41 de son Statut faite par la CIJ.

Franck LATTY, « Les techniques interprétatives du CIRDI », Dossier « Les techniques interprétatives de la norme internationale », *Revue générale de droit international public*, 2011/2, pp. 459-480.

compétence du tribunal aux « différends relatifs au montant de l'indemnisation pour expropriation ». Pour étendre sa compétence à l'ensemble des questions relatives à l'expropriation, le tribunal s'est appuyé sur les articles 31 et 32 de la Convention de Vienne¹⁰⁸. Il a néanmoins avancé des considérations intertemporelles qui laissent à penser que les arbitres n'ont pas été insensible à la technique de l'interprétation évolutive des traités¹⁰⁹.

Si la confiance des investisseurs envers l'arbitrage transnational ne fait guère défaut, la question de l'équilibre du système a été soulevée depuis la généralisation de la compétence du CIRDI sur le fondement des TBI¹¹⁰. En effet, leurs clauses de règlement des différends n'emportent le consentement à l'arbitrage que des Etats, qui de leur côté, sauf demande reconventionnelle, ne peuvent tenter des recours contre les investisseurs qu'en vertu d'une convention d'arbitrage, tant et si bien que l'Etat se retrouve systématiquement en position de défendeur devant le CIRDI¹¹¹. Au-delà de cette asymétrie contentieuse, la jurisprudence arbitrale interroge sur la « primauté accordée aux intérêts de l'investisseur privé sur les intérêts publics définis par l'État d'accueil »¹¹². L'arbitrage transnational permet en effet à l'investisseur de contester des mesures étatiques, même lorsqu'elles sont prises dans l'intérêt général, au regard des règles conventionnelles de traitement et de protection des investissements étrangers. C'est ainsi que l'Argentine a été condamnée par ***477*** plusieurs tribunaux pour les mesures « anti-crise » qu'elle avait adoptées. Même si le bilan général est à peu près équilibré entre les condamnations des Etats et le rejet des requêtes des investisseurs¹¹³, une désaffection par les Etats du système CIRDI est à craindre¹¹⁴, risque que n'amoindrit pas la « complexité croissante des procédures »¹¹⁵.

¹⁰⁸ *Tza Yap Shum c. Pérou*, aff. n° ARB/07/6, décision sur la compétence et la recevabilité, 19 juin 2009, §§ 144 et s.

¹⁰⁹ *Id.*, § 143. Sur cette question, v. F. LATTY, *loc. cit.* note 18, pp. 690-691.

¹¹⁰ V. P. JUILLARD, « The Law of International Investment : Can the Imbalance be Redressed ? », *Yearbook on international investment law & policy*, vol. 2008-2009, pp. 273 et s.

¹¹¹ V. H. HELLIO, « L'Etat, un justiciable de second ordre ? A propos des demandes étatiques dans le contentieux arbitral transnational relatif aux investissements étrangers », *RGDIP*, 2009/3, pp. 589 et s.

¹¹² P.-M. DUPUY / Y. KERBRAT, *Droit international public*, Précis Dalloz, Paris, Dalloz, 2010, p. 791, n° 634. V. aussi H. GHERARI, « Les acteurs non étatiques et le contentieux économique international : l'exemple des investisseurs étrangers », in *Les acteurs non étatiques et le droit international*, Paris, Pedone, 2007, pp. 337 et s. ; A. PELLET, *op. cit.* note 2, p. 110 (« le système [...] est désespérément déséquilibré en faveur du secteur privé »).

¹¹³ M. RAUX, *La responsabilité de l'État sur le fondement des traités de promotion et de protection des investissements. Etude du fait internationalement illicite dans le cadre du contentieux investisseur-Etat*, thèse, Paris II, 2010, p. 6.

¹¹⁴ Mis en cause dans de nombreuses affaires, la Bolivie et l'Equateur ont récemment dénoncé la Convention de Washington (S. MANCIAUX, « La Bolivie se retire du CIRDI », *Rev. Arb.*, 2007, n° 2, p. 351).

¹¹⁵ P.-M. DUPUY / Y. KERBRAT, *op. cit.* note 112, p. 785, n° 632.

Franck LATTY, « Les techniques interprétatives du CIRDI », Dossier « Les techniques interprétatives de la norme internationale », *Revue générale de droit international public*, 2011/2, pp. 459-480.

Dans ce contexte paraissant hostile aux Etats souverains, quelques décisions arbitrales récentes peuvent être perçues comme des tentatives affichées de contrebalancement, le recours aux techniques interprétatives étant instrumentalisé à cet effet. La référence à l'intention des parties à un TBI permet ainsi de contenir l'étendue de la protection accordée aux investissements¹¹⁶. Dans le même ordre d'idées, la prise en considération de l'objet général du mécanisme international de protection des investissements a été invoqué pour refuser l'élévation automatique et en masse des réclamations contractuelles au niveau des réclamations conventionnelles, laquelle saperait la distinction entre ordres juridiques nationaux et international¹¹⁷. Plus explicitement encore, d'autres décisions arbitrales se sont targuées d'une « approche équilibrée de l'interprétation, permettant [...] de reconnaître les intérêts également légitimes de l'Etat et de l'investisseur »¹¹⁸.

Au reste, ne sont pas étrangères à ces tentatives de rééquilibrage les développements doctrinaux relatifs au « droit administratif global », dont le régime d'arbitrage en matière d'investissement constitue, pour certains auteurs, l'expression la plus patente¹¹⁹. En présentant l'arbitrage transnational sous un jour de droit public¹²⁰ – à l'instar de la juridiction administrative, les tribunaux arbitraux ont pour fonction de contrôler l'exercice de la puissance publique, d'en apprécier la légalité et réparer les excès¹²¹ –, ces propositions laissent la porte ouverte aux méthodes d'interprétation systémiques, susceptibles d'autoriser une *****478***** certaine modération de la responsabilité étatique en vue de préserver le pouvoir d'appréciation des Etats eu égard à des considérations d'intérêt général¹²².

¹¹⁶ V. *Telenor c. Hongrie*, sentence précitée note 22, p. 294, § 95 (« ce qui doit être appliqué n'est pas un vague principe abstrait de protection de l'investissement en faveur d'un investisseur potentiel qui n'est pas partie au traité et qui, au moment de sa conclusion, n'est pas même connu mais l'intention des Etats contractants »).

¹¹⁷ *Gustav FW Hamester GmbH & Co KG c. Ghana*, aff. n° ARB/07/24, sentence du 18 juin 2010, § 349.

¹¹⁸ *Bureau Veritas c. Paraguay*, décision sur les exceptions relatives à la compétence précitée note 15, § 59 (traduction libre ; dans le texte : « *balanced approach to interpretation, one that [...] recognises the equally legitimate interests of the State and of the investor* »). Dans un sens voisin, exprimant des précautions sur l'usage de l'article 31 de la Convention de Vienne qui peut faire pencher facilement l'interprétation en faveur de l'investisseur, v. Chambre de commerce de Stockholm, *Renta 4 SVSA et al. c. Fédération de Russie*, aff. n° 24/2007, sentence sur les exceptions préliminaires, 20 mars 2009, § 55.

¹¹⁹ G. VAN HARTEN / M. LOUGHLIN, « Investment Treaty Arbitration as a Species of Global Administrative Law », *EJIL/JEDI*, 2006/1, pp. 122 et s.

¹²⁰ G. VAN HARTEN, *Investment Treaty Arbitration and Public Law*, Oxford, Oxford UP, 2007, pp. 45 et s.

¹²¹ G. VAN HARTEN / M. LOUGHLIN, *loc. cit.* note 119, p. 146.

¹²² A. NEWCOMBE / L. PARADELL, *op. cit.* note 18, p. 119. Sur le « cadre de droit public » susceptible de guider l'interprétation des arbitres, v. G. VAN HARTEN, *op. cit.* note 120, pp. 143 et s.

Franck LATTY, « Les techniques interprétatives du CIRDI », Dossier « Les techniques interprétatives de la norme internationale », *Revue générale de droit international public*, 2011/2, pp. 459-480.

Les techniques interprétatives servent ainsi l'objectif de préservation du système CIRDI. Elles sont par ailleurs occasionnellement otage d'une autre politique arbitrale : le développement du droit des investissements.

2. Le développement du droit des investissements

L'utilisation des techniques interprétatives à des fins de développement du droit des investissements peut être illustrée à travers trois séries de considérations s'y rattachant : la prise en compte d'intérêts externes, l'adaptation du droit international général aux spécificités des investissements et le développement d'un ordre public transnational.

i) Nonobstant la question du « droit administratif global », l'arbitrage en matière d'investissement soulève de manière régulière des questions qui affleurent l'intérêt général (droit de l'environnement, droits de l'homme par exemple), au sujet desquelles des tiers au litige – des ONG principalement – peuvent manifester leur désir de faire valoir leur point de vue. La prise en compte de ces préoccupations extra-économiques par le recours aux *amici curiae* est de nature à corriger (à la marge...) les effets de certaines normes de droit des investissements et, partant, de contribuer à son évolution dans un sens moins exclusivement « néolibéral ». Originellement absente du système CIRDI, la procédure d'*amicus curiae* a été développée à partir d'une interprétation extensive de l'article 44 de la Convention de Washington. De cette disposition qui donne pouvoir au tribunal arbitral de trancher toute « question de procédure non prévue par [la Convention] ou le Règlement d'arbitrage », le tribunal de l'affaire *Suez-Vivendi* a déduit son pouvoir d'accepter les *amici curiae*, en considérant qu'il s'agissait là d'une « question de procédure » (interprétation selon le sens des mots) et que, contrairement à ce qu'avancait le demandeur, l'*amicus* ne faisait pas du tiers une partie à l'instance (interprétation selon le contexte de la Convention)¹²³. Surtout, le tribunal semble avoir calqué son interprétation sur celle développée par un tribunal CNUDCI (lui même inspiré par l'Organe d'appel de l'OMC)¹²⁴, dont le règlement d'arbitrage contient une disposition similaire à l'article 44¹²⁵. C'est encore en se fondant sur la pratique de l'*amicus curiae* devant d'autres juridictions internationales que le tribunal a fixé une série de critères détaillés tenant à l'opportunité de faire appel à des tiers au regard des problèmes soulevés par l'affaire, à la légitimité de la partie tierce et à la procédure de soumission et *****4479***** d'acceptation des mémoires¹²⁶. A partir de son interprétation de l'article 44 mis en perspective avec la pratique d'autres juridictions, le CIRDI a donc fait œuvre normative à des fins de politique arbitrale. Cette interprétation prétorienne a depuis été

¹²³ *Aguas Argentinas SA, Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona SA et Vivendi Universal SA c. Argentine*, aff. n° ARB/03/19, ordonnance en réponse à la demande de transparence et la participation en tant qu'*amicus curiae*, 19 mai 2005, §§ 11 et s. V. Ch. SCHREUER *e.a.*, *op. cit.* note 57, pp. 704 et s.

¹²⁴ CNUDCI/ALENA, *Methanex c. États-Unis*, Décision sur les *amici curiae*, 15 janvier 2001.

¹²⁵ Ordonnance précitée note 123, § 16.

¹²⁶ *Id.*, §§ 17 et s. V. S. MENETREY, *L'amicus curiae*, Paris, Dalloz, 2010, pp. 161 et s.

Franck LATTY, « Les techniques interprétatives du CIRDI », Dossier « Les techniques interprétatives de la norme internationale », *Revue générale de droit international public*, 2011/2, pp. 459-480.

confirmée par le Règlement d'arbitrage du CIRDI, qui comporte depuis 2006 un article 37, § 2, au terme duquel le tribunal peut autoriser une « partie non contestante » à « déposer une soumission écrite (...) relative à une question qui s'inscrit dans le cadre du différend », ce à des conditions proches de celles dégagées dans l'affaire *Suez-Vivendi*¹²⁷.

Si le CIRDI participe de la sorte au développement d'un droit commun de l'*amicus curiae*, il est d'autres domaines où il entend marquer sa spécificité au regard du droit international général.

ii) Le CIRDI inscrit généralement ses sentences dans le droit de la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite, tel qu'il a été codifié par la CDI. Il arrive cependant qu'il développe une interprétation autonome de ces règles. En porte témoignage la sentence *Bayindir*, dans laquelle le tribunal s'est démarqué des normes – il est vrai mal fixées – relatives à la question de l'attribution à l'Etat des actes des personnes privées. Tout en ayant pris le soin de se référer à l'article 8 des Articles de la CDI et à son commentaire, le tribunal a jugé que les critères d'attribution à l'Etat du comportement de personnes privées sous son contrôle dégagés par la CDI et la jurisprudence internationale n'étaient pas adaptés au droit des investissements. Eu égard aux « réalités du droit international économique », le tribunal s'est reconnu la faculté de dégager des critères plus souples d'attribution¹²⁸. Le « contexte externe » de la norme coutumière paraît donc avoir guidé l'analyse du tribunal, même s'il s'est bien gardé d'en faire état. Toujours est-il que la sentence semble prôner le développement d'une *lex specialis* de la responsabilité internationale en matière d'investissement, ce qui montre que l'unité du droit international fait moins partie des préoccupations du tribunal que le développement du droit des investissements.

iii) Contribue encore à ce dernier l'affirmation par certains tribunaux d'un ordre public transnational. S'appuyant sur les ordres juridiques nationaux, sur une série de sentences arbitrales commerciales et tirant téléologiquement de diverses conventions internationales « la volonté commune des Etats de lutter contre la corruption » et leur « condamnation de celle-ci », le tribunal de l'affaire *World Duty Free* a conclu à son incompétence pour juger un contrat d'Etat conclu à la suite d'un acte de corruption¹²⁹.

¹²⁷ Pour la première mise en œuvre de la disposition, v. CIRDI, *Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. c. Tanzanie*, aff. n° ARB/05/22, ordonnance procédurale n° 5 sur l'*amicus curiae*, 2 février 2007.

¹²⁸ *Bayindir c. Pakistan*, sentence précitée note 14, § 130.

¹²⁹ CIRDI, *Plama Consortium Ltd c. Bulgarie*, aff. n° ARB/03/24, sentence du 27 août 2008, §§ 141 et s., spéc. § 146 (extrait cité, traduit librement ; dans le texte : « *In concluding these Conventions, States have shown their common will to fight corruption, not only through national legislation, as they did before, but also through international cooperation. In doing so, States not only reached a new stage in the fight against corruption, but also solidly confirmed their prior condemnation of it* »). V. M. FORTEAU, « La contribution

Franck LATTY, « Les techniques interprétatives du CIRDI », Dossier « Les techniques interprétatives de la norme internationale », *Revue générale de droit international public*, 2011/2, pp. 459-480.

Peuvent d'ailleurs être *****480***** rattachées à cette jurisprudence, les décisions limitant la compétence des tribunaux CIRDI aux investissements réalisés de bonne foi¹³⁰. Pour dégager ce principe, le tribunal de l'affaire *Phoenix* s'est appuyé sur le « contexte externe » des normes applicables. En prenant pour référence le droit de l'Organisation mondiale du commerce, dont un célèbre rapport a dit qu'il ne devait pas être lu « en l'isolant cliniquement du droit international public »¹³¹, la sentence a estimé que la Convention CIRDI et le TBI applicable devaient être « analysés en prenant dûment en compte les exigences découlant des principes généraux du droit, comme le principe de non-rétroactivité et le principe de bonne foi »¹³².

Pour mettre en œuvre leurs objectifs de politique arbitrale, les tribunaux CIRDI pianotent ainsi sur toute la gamme des procédés interprétatifs. Cette instrumentalisation des techniques interprétatives de la norme internationale n'a néanmoins rien de propre au CIRDI. Malgré les spécificités qui caractérisent le droit des investissements et le contentieux transnational, il s'avère que les tribunaux du CIRDI se comportent finalement comme tout juge confronté au problème de l'interprétation : ils pratiquent « une navigation à l'estime (pas toujours exempte de dérives, cependant) entre les écueils opposés de la sujétion au texte et de la libre invention du droit »¹³³.

au développement du droit international général de la jurisprudence arbitrale relative aux investissements étrangers », *Brazilian Yearbook of International Law*, vol. IV, 2009, pp. 23-26.

¹³⁰ *Phoenix Action, Ltd. c. République tchèque*, sentence précitée note 20, § 142.

¹³¹ Organe d'appel de l'ORD, *États-Unis – Normes concernant l'essence nouvelle et ancienne formules*, WT/DS2/AB/R, rapport du 29 avril 1996, p. 19.

¹³² *Phoenix Action, Ltd. c. République tchèque*, sentence précitée note 20, § 77 (traduction libre ; dans le texte : « analyzed with due regard to the requirements of the general principles of law, such as the principle of non-retroactivity or the principle of good faith »).

¹³³ F. OST / M. VAN DE KERCHOVE, *op. cit.* note 16, p. 11.

Franck LATTY, « Les techniques interprétatives du CIRDI », Dossier « Les techniques interprétatives de la norme internationale », *Revue générale de droit international public*, 2011/2, pp. 459-480.