



**HAL**  
open science

## Préface

Franck Latty, Alain Pellet

► **To cite this version:**

Franck Latty, Alain Pellet. Préface. in Benjamin SAMSON, Les clauses parapluie des traités de promotion et de protection des investissements, Dalloz; Nouvelle Bibliothèque de thèses, vol. 227, pp. XVII-XIX, 2023, 978-2-247-22327-5. halshs-04237868

**HAL Id: halshs-04237868**

**<https://shs.hal.science/halshs-04237868v1>**

Submitted on 12 Oct 2023

**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.

## PRÉFACE

Les familiers du droit international des investissements, discipline exigeante qui mêle technicité juridique et controverses doctrinales voire idéologiques, ne s'arrêtent guère sur la métaphore à la Brassens qu'évoque l'expression « clauses parapluie ». Quoiqu'en ait dit Giraudoux, le droit laisse peu de place à l'imagination. Et pourtant, l'image du parapluie, qui protège des intempéries, est parlante.

Les intempéries sont en l'occurrence et de prime abord, même s'il ne s'agit pas que de cela, les mauvais comportements de l'Etat d'accueil de l'investissement étranger, y compris d'éventuelles manipulations du droit applicable. Quant au parapluie, il s'agit de la disposition du traité de protection des investissements étrangers en cause, par laquelle l'Etat s'engage à respecter l'ensemble des engagements, principalement contractuels, qu'il a pris au bénéfice de l'investisseur. Ce type de stipulations, répandu dans les traités d'investissement, sans y être généralisé, prend aussi la dénomination de « clauses de couverture » (la métaphore est moins poétique) ou de manière encore plus terre-à-terre de « clauses de respect des engagements ».

Simple en apparence, les clauses parapluie ont donné lieu à des interprétations divergentes dans la jurisprudence arbitrale et suscité des débats doctrinaux nourris.

La thèse de doctorat de Benjamin Samson, dont le présent ouvrage est la version publiée, ne se contente pas de dresser un bilan des querelles sur les clauses parapluie : elle a vocation à solder les disputes en tentant d'apporter *la* réponse à la question de la nature et des effets de ces clauses.

Le projet initial de Benjamin Samson était de traiter des rapports entre les traités de promotion et de protection des investissements et les contrats investisseur-Etat. Vaste ambition, qui risquait de le conduire à labourer des terrains en grande partie déjà défrichés. En centrant sa recherche sur ces clauses parapluie qui, aussi étrange que cela puisse paraître, n'avaient jamais été l'objet d'une étude générale, il s'attaquait à un « mystère » discuté du droit des investissements. Autant dire que l'ouvrage que l'on va lire vient combler une lacune doctrinale, même si innombrables sont les écrits de moindre ampleur sur la question.

Si elle n'est pas complètement isolée, la thèse soutenue par Benjamin Samson s'inscrit à contre-courant de la jurisprudence et de la doctrine dominantes selon lesquelles les clauses parapluie mettent à la charge de l'État l'obligation de respecter les engagements pris dans le cadre de son droit interne *sans internationaliser ceux-ci*. Ici réside l'apport principal de son ouvrage. S'émancipant des idées généralement reçues, l'auteur soutient une vraie et forte *thèse*, en prenant pour point de départ – et, bien qu'inattendu, c'est fort convaincant – la distinction entre normes primaires et normes secondaires développée par Hart. A rebours de l'approche généralement suivie, démonstration est faite, notamment dans le chapitre 4 qui est au cœur de la thèse, que les clauses parapluie sont des règles secondaires de reconnaissance, en ce que, ancrées dans l'ordre juridique international, elles **\*\*\*XVIII\*\*\*** reconnaissent le caractère internationalement obligatoire du devoir de l'Etat de se conformer à ses engagements envers

les investisseurs, sans que le contenu de ses obligations, fixé dans le contrat, change de nature. Partant, les clauses, « normes internationales renvoyant à des normes internes », actionnent un « mécanisme d'internationalisation » des engagements étatiques auxquels correspondent d'authentiques obligations internationales, et qui produit ses effets bien au-delà de la seule extension de l'extension de la compétence des tribunaux arbitraux à laquelle elles sont parfois réduites. C'est le fond du droit même qui est en cause, « le droit interne est écarté au profit du droit international ».

Qu'on ne s'y trompe pas : cette qualification qui, seule, donne un effet utile à la clause, n'obéit pas à des considérations de pure esthétique juridique – Benjamin Samson se montre d'ailleurs très sensible aux contextes économique et politique dans lesquels la clause a fait son apparition et s'applique, et à ses effets concrets. Cette thèse n'est pas non plus liée à un vain désir de se singulariser. Elle est le fruit d'une réflexion théorique approfondie, fondée sur un recensement très impressionnant de la pratique, qu'il s'agisse des clauses elles-mêmes ou de la jurisprudence, et est nourrie par une totale maîtrise des principes et méthodes du droit international général. Des effets en découlent, qui sont de nature à fixer le régime des clauses parapluie. L'application du droit international plutôt que du droit interne aux engagements de l'Etat le prive de la possibilité de contrôler ou de modifier les normes applicables ; mais par ailleurs, le devoir pour l'Etat de s'acquitter de ses obligations est encadré par les règles du droit international. Car, si l'on se rallie à la thèse de Benjamin Samson, le parapluie déployé par la clause ne protège pas seulement l'Etat ; elle déploie aussi ses effets en faveur de l'Etat hôte. D'un point de vue juridictionnel, il n'est plus exposé aux risques de recours abusifs devant de multiples fora relatifs à la violation d'un même engagement, et celle-ci engage la responsabilité *internationale* de l'Etat. Le moindre mérite d'un tel régime n'est pas de trouver un point d'équilibre acceptable entre les intérêts des investisseurs, auxquels il garantit une meilleure mise en œuvre des engagements de l'Etat, et les intérêts de ce dernier, en limitant les risques de saisines de multiples organes de règlement, ce que ne permet pas la thèse majoritaire de la non-internationalisation des engagements de l'Etat hôte.

L'auteur n'assène pas ; il ne postule pas ; il prouve, et il le fait sans se laisser intimider ni par l'écrasante majorité des vues opposées, ni par l'éminence de leurs partisans, mais en tenant pleinement et adroitement compte de la diversité, dans le détail, tant de la pratique que de la doctrine, dont il fait son miel. Notant que « le quasi-consensus » autour de la qualification des clauses parapluie de règles primaires n'a réglé aucune des controverses relatives à cette protection, il tire impeccablement les conséquences de ces contradictions et de ces inaboutissements pour établir le bien-fondé de leur qualification comme règles secondaires et souligner les grandes vertus pratiques de cette détermination.

Le sujet est à la fois austère et utile. Sans jamais le perdre de vue, Benjamin Samson sait l'exposer avec un grand sens didactique, dans une langue simple et claire et en accompagnant le lecteur par d'utiles résumés à chaque étape du raisonnement. Ses fermes positions doctrinales, rigoureuses, novatrices et stimulantes, peuvent intéresser tous les internationalistes et les théoriciens du droit (même s'il ne s'agit pas d'un livre de théorie du droit), en particulier tous ceux \*\*\*XIX\*\*\* qui s'intéressent aux rapports de systèmes. Quant aux praticiens du contentieux de l'investissement, ils gagneront beaucoup à la lecture – d'abord en éléments de réflexion féconde qui pourraient faciliter l'adoption de décisions plus équilibrées qu'elles le sont souvent dans ce domaine ; mais, aussi, tout simplement, en informations, à commencer par la consultation de l'impressionnante liste des traités contenant des clauses parapluie, figurant en annexe, dont les textes n'ont pu être reproduits – ç'eût été passablement indigeste – mais qui sont largement utilisées tout au long de l'ouvrage, ainsi que des extraits des très nombreuses

Franck LATTY et Alain PELLET, Préface, in Benjamin SAMSON, *Les clauses parapluie des traités de promotion et de protection des investissements*, Nouvelle Bibliothèque de thèses, vol. 227, Paris, Dalloz, 2023, pp. XVII-XIX.

décisions arbitrales pertinentes, dont la seule liste s'étend sur quinze pages. Nous pouvons attester qu'elles ont été effectivement dépouillées.

Même si l'inclusion de clauses parapluie dans les nouveaux traités d'investissement tend à se raréfier, elles demeurent nombreuses à être en vigueur et la réflexion théorique qu'offre le présent ouvrage ne devrait pas manquer d'irriguer, en les éclairant, d'autres questions importantes du droit de l'investissement.

Reste à ce que les tribunaux d'investissement se saisissent de l'interprétation convaincante des clauses parapluie proposée par Benjamin Samson, ce qui passe par la diffusion de sa thèse (aux deux sens du mot thèse : le contenant et le contenu).

Cette thèse, préparée dans le cadre du Centre de droit international de Nanterre (CEDIN), a été soutenue le 2 décembre 2021 à l'Université Paris Nanterre (à vrai dire, en ligne, pandémie de covid-19 oblige) devant un jury composé des professeures Sarah Cassella, Arnaud de Nanteuil, Sabrina Robert Cuendet et Hélène Ruiz Fabri (présidente), en plus des signataires de cette préface, co-directeurs de la recherche.

Benjamin Samson a dans la foulée été qualifié aux fonctions de maître de conférences. Son travail a par la suite été récompensé, et c'est mérité, du prestigieux Prix Suzanne-Bastid de la Société française pour le droit international et sélectionné pour être publiée dans la « Nouvelle Bibliothèque des thèses » des Editions Dalloz. Gageons qu'il ne s'agit que d'une étape dans la carrière d'enseignant-chercheur en droit que Benjamin Samson entend poursuivre. Les pages qui suivent témoignent de manière éclatante du bien-fondé de cette saine ambition.

Franck LATTY  
*Professeur à l'Université Paris Nanterre  
Membre et ancien directeur CEDIN  
Président de la Branche française de l'Association de droit international (ADI/ILA)*

Alain PELLET  
*Professeur émérite de l'Université Paris Nanterre  
Membre et ancien directeur du CEDIN  
Président de l'Institut de droit international  
Ancien président de la Commission du droit international des Nations Unies*