

CHAPITRE 2

LA JURISPRUDENCE ARBITRALE COMME SOURCE DU DROIT INTERNATIONAL DES INVESTISSEMENTS

MATHIAS AUDIT*

Sur la question de savoir si la jurisprudence est, ou non, une source de droit, l'habitude a été prise d'affirmer que le monde se sépare en deux. Un premier ensemble serait composé de tous les systèmes nationaux inspirés de la *common law*, tandis que le second réunirait les ordres juridiques étatiques dont les fondements sont à rechercher dans le droit romano-germanique. Or, si cette affirmation n'est pas dénuée d'une certaine part de vérité, elle n'en est pas pour autant entièrement juste.

Dans l'ordonnement juridique des systèmes de *common law*, il est incontestable que la jurisprudence bénéficie d'un rôle à la fois central et historique. Tout d'abord, le système juridique anglais, à partir duquel les autres droits de *common law* ont été déclinés, a été entièrement édifié à partir de la jurisprudence. Ensuite, et surtout, la place fondamentale qu'y tient la *rule of precedent* la maintient au centre du système juridique et judiciaire de ces pays¹. Dans la logique de ces systèmes, il faut bien comprendre qu'en application de la doctrine du *stare decisis*, une solution précédemment donnée dans un cas d'espèce similaire constitue un *precedent*, ce qui signifie que la juridiction a créé et appliqué une nouvelle règle de droit². Plus encore, cette règle nouvelle devra ensuite être mise en œuvre dans les cas d'espèce similaires par les autres juridictions appartenant au même système national que l'instance à l'origine de celle-ci. Cette règle du *stare decisis* confère indéniablement, dans les Etats de *common law*, à la jurisprudence le statut de source de droit.

Plus encore, cette règle n'existe pas dans les systèmes juridiques relevant de l'autre grande tradition juridique, c'est-à-dire les droits nationaux d'inspiration romano-germanique. Dans la dogmatique juridique qui leur est propre, investir la jurisprudence de la dénomination de source de droit est traditionnellement considéré comme suspect. Il est vrai que, si l'on s'en tient à l'exemple français,

* Mathias AUDIT, professeur à l'Université Paris Ouest-Nanterre La Défense (Paris X).

¹ J.-A. JOLOWICZ, « La jurisprudence en droit anglais : aperçu sur la règle du précédent », *Arch. phil. dr.* 1985, p. 105 ; C. JAUFFRET-SPINOSI, « Comment juge le juge anglais ? », *Droits*, 1989, p. 57.

² Comme le confirme le *Black Law Dictionary* au V^o « Precedent » : « that creates and applies a new legal rule ».

DROIT INTERNATIONAL DES INVESTISSEMENTS
ET DE L'ARBITRAGE TRANSNATIONAL
PARIS, PEDONE, 2015

Cet ouvrage est en vente chez votre libraire
et auprès des éditions A.Pedone
13 rue Soufflot 75005 Paris France

tel : + 39 (0) 1 43 54 05 97 - Email : librairie@apedone.net - site : www.pedone.info

PARTIE I – CHAPITRE 2

toute la tradition de ce pays, en tout cas en droit privé, trouve sa source dans le Code civil et, avant lui, dans le droit intermédiaire de la période révolutionnaire. Or, le système échafaudé à partir de ces deux événements génésiques l'a été en contrepoint de la méfiance qu'a inspiré à tous ses initiateurs la jurisprudence de l'Ancien Régime. La loi devait être écrite et la loi était tout le droit. L'article 5 du Code civil prohibant les arrêts de règlement est l'une des empreintes toujours visibles aujourd'hui de cette idéologie.

Du reste, lorsqu'elle qualifie la jurisprudence d'« autorité » et non de « source », une certaine doctrine continue à implicitement y adhérer³. Pourtant, en pratique, il n'est guère contestable que les arrêts de la Cour de cassation, sans même parler de ceux du Conseil d'Etat, participent aujourd'hui très activement à l'édification du droit français. Dès lors, en droit français, le statut de la jurisprudence n'y est certes pas identique à celui que lui réservent les systèmes de *common law*, mais il n'en tient pas moins une place fondamentale.

Finalement, si l'on accepte d'adopter un point de vue réaliste sur ce débat, force est de constater qu'une juridiction, quelle qu'elle soit, en énonçant une décision formule une règle qui est obligatoire au moins pour les parties au litige. Dans toute décision de jurisprudence, et quelle que soit la tradition dans laquelle elle s'inscrit, il y a un énoncé qui vient abonder le système juridique auquel appartient la juridiction qui en est à l'origine. Plus encore, si cette décision précise une règle écrite préexistante ou si elle élabore un nouvel énoncé normatif, elle pourra être reprise par d'autres juges saisis de cas d'espèce similaires ou proches. A la formulation de la décision peut venir s'ajouter un effet d'imitation, en ce que l'énoncé pourra être reproduit par d'autres juridictions appartenant au même ensemble.

Or, cette double caractéristique non seulement investit de manière certaine la jurisprudence de la qualité de source de droit, mais en outre elle se retrouve dans tous les systèmes juridictionnels nationaux, indépendamment de la tradition juridique dont ils relèvent⁴. Finalement, ce qui singularise les systèmes de *common law*, c'est qu'au fondement de la règle du *stare decisis*, le statut de source de droit attaché à la jurisprudence y est institutionnalisé ; les tribunaux y créent du droit et leur légitimité dans l'exercice de cette fonction n'est jamais contestée, ni même discutée. En revanche, si la qualité de source de droit de la jurisprudence est évidente à l'observation de la pratique institutionnelle des systèmes romano-germaniques, elle n'est pas – pour des raisons principalement historiques et dogmatiques – ouvertement assumée en tant que telle.

De son côté, le droit international public s'est historiquement inscrit dans un cadre conceptuel plus généralement inspiré de ces systèmes romano-germaniques, et ceci explique certainement que la jurisprudence n'y bénéficie pas d'un statut de source de droit expressément reconnu par les textes. L'article

³ V. not. J. CARBONNIER, *Droit civil*, t. 1, Quadrige, Paris, PUF, n° 144 ; G. CORNU, *Droit civil, Introduction au droit*, 13e éd., Domat droit privé, Paris, Montchrestien, n° 440.

⁴ F. ZENATI, « Nature et rôle de la jurisprudence dans les systèmes juridiques », *RRJ*, 1993, p. 1053 ; *adde*, du même auteur, *La jurisprudence*, Paris, Dalloz, 1991.

LA JURISPRUDENCE ARBITRALE COMME SOURCE DU DROIT

38, d, du statut de la Cour internationale de Justice ne vise ainsi « les décisions judiciaires » qu'au titre d'un « moyen auxiliaire de détermination des règles de droit ». Quant à l'article 59 du même texte, il est encore plus explicite en ce qu'il prévoit que « la décision de la Cour n'est obligatoire que pour les parties en litige et dans le cas qui a été décidé ».

Ces dispositions, dont la portée restrictive est frappante, conduisent la plupart des auteurs à émettre l'idée que ne pourraient exister en droit international public d'authentiques règles jurisprudentielles. Lorsqu'une juridiction internationale, et notamment la CIJ ou avant celle-ci la CPJI, pose un nouveau principe, on lui refuse généralement la qualification de règle de droit d'origine prétorienne ; la doctrine préfère y voir « la formulation et la constatation du droit coutumier ou des principes généraux du droit »⁵. Autrement dit, lorsque le juge international s'exprime, il ne fait que révéler l'existence d'une règle qui lui est extérieure et qui préexiste à sa décision. Du reste, la CIJ l'a affirmé de manière très nette dans l'avis relatif à la *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires* de 1996. La Cour y indique « qu'elle dit le droit existant et ne légifère point », pour préciser ensuite que « cela est vrai même si la Cour, en disant et en appliquant le droit, doit nécessairement en préciser la portée et, parfois, en constater l'évolution »⁶.

Cette analyse est très proche de celle que pourrait développer une juridiction d'un système romano-germanique à propos de sa propre activité jurisprudentielle, mais elle ne dit finalement guère plus que l'inexistence de la règle du *stare decisis* en droit international public⁷. Elle est directement influencée par la formulation de l'article 38, d, du statut de la CIJ. A la lecture de cette disposition, les juridictions internationales ont quelques préventions à affirmer qu'elles énoncent des règles nouvelles dont la seule légitimité est puisée dans leur activité propre⁸. On préférera indiquer qu'une règle coutumière a été identifiée par tel ou tel arrêt. Mais c'est pourtant bien la formulation retenue par ce même arrêt qui sera ensuite reprise par la jurisprudence subséquente. Dès lors, le débat consistant à déterminer s'il s'agit d'une règle authentiquement nouvelle ou de la précision d'une règle préexistante est en dernière analyse un peu stérile : la jurisprudence internationale énonce bien des règles de droit, et c'est là l'essentiel.

⁵ J. COMBACAU, S. SUR, *Droit international public*, 10^{ème} éd., Paris, Domat-Montchrestien, 2012, p. 44. Pour un exposé de ce débat : P. DAILLIER, M. FORTEAU, A. PELLET, *Droit international public*, 8^{ème} éd., Paris, LGDJ, 2009, n° 260. V. ég. E. JOUANNET, « La notion de jurisprudence internationale en question », in *La juridictionnalisation du droit international*, SFDI, Colloque de Lille, Paris, Pedone, 2003, p. 343.

⁶ *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, avis du 8 juillet 1996, *CIJ Rec. 1996*, p. 237, spéc. §18.

⁷ Comme l'indiquent des auteurs, « on ne peut extrapoler la solution anglo-saxonne de l'autorité normative générale de la jurisprudence : celle-ci est fondée sur le principe du *stare decisis* (autorité du précédent juridictionnel), qui n'a pas été transposé en droit international », P. DAILLIER, M. FORTEAU, A. PELLET, *Droit international public*, *op. cit.*, n° 260.

⁸ G. GUILLAUME, « Can Arbitral Awards Constitute a Source of International Law under Article 38 of the Statute of the International Court of Justice? », in *Precedent in International Arbitration*, E. GAILLARD, Y. BANIFATEMI (eds), IAI Series on International Arbitration n° 5, 2008, p. 105.

PARTIE I – CHAPITRE 2

Ce phénomène est d'ailleurs particulièrement marquant en matière de protection des investissements étrangers. La jurisprudence y joue un rôle majeur, à commencer par celle qui a été rendue sous l'égide de la protection diplomatique. On connaît ainsi toutes les grandes affaires portées devant la CIJ ou la CPJI sur ce fondement, depuis le contentieux relatif à l'*Usine de Chorzów*⁹ jusqu'au récent litige ayant opposé la *Guinée à la République démocratique du Congo* à propos de M. Diallo Cravate¹⁰, et en passant par les affaires bien connues de l'*Anglo-iranian Oil Company*¹¹, *Barcelona Traction*¹² ou encore *Elettronica Sicula*¹³. Toutes ces décisions sont constitutives de précédents importants qui ont participé à l'édification de la matière. C'est également le cas pour d'autres contentieux interétatiques moins célèbres où des Etats demandeurs ont également endossé, dans le cadre de procédures *ad hoc*, les réclamations de leurs investisseurs nationaux à l'encontre d'Etats étrangers¹⁴.

Mais si ces précédents ont indéniablement enrichi le droit international des investissements, c'est le développement d'un contentieux direct entre Etats hôtes et investisseurs étrangers qui a permis de conférer à la jurisprudence le rôle central dont elle jouit aujourd'hui dans cette matière. On connaît bien quelques précédents importants jugés par les commissions de réclamation créées dans les années vingt-trente, comme notamment la décision *Neer c. Mexique* prononcée par la Commission instituée en 1926 entre les Etats-Unis et le Mexique¹⁵, mais c'est surtout l'arbitrage qui a joué ici un rôle fondamental.

Comme l'a relevé l'un des grands spécialistes de la matière, « l'essor de l'arbitrage international pour régler les différends relatifs aux investissements, et notamment celui de l'arbitrage CIRDI, est un des événements marquants de la période contem-

⁹ CPJI, *Certains intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise (exceptions préliminaires)*, 25 août 1925, Série A, n° 6, pp. 3-28 ; *Certains intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise (fond)*, 25 mai 1926, Série A, n° 7, pp. 21-81 ; *Usine de Chorzów (compétence)*, 26 juillet 1927, Série A, n° 9, pp. 3-34 ; *Interprétation des arrêts n° 7 et n° 9 (Usine de Chorzów)*, 16 décembre 1927, Série A, n° 13, pp. 3-22 ; *Usine de Chorzów*, 13 sept. 1928, Série A, n° 17, pp. 3-65.

¹⁰ Ahmadou Sadio Diallo (*Guinée c. République démocratique du Congo*), CIJ, arrêt du 30 novembre 2010 (fond).

¹¹ *Anglo-Iranian Oil Co. (exception préliminaire)*, 22 juillet 1952, CIJ Rec. 1952, pp. 93-113.

¹² *Barcelona Traction Light and Power Co. (exceptions préliminaires)*, 24 juillet 1964, CIJ Rec. 1964, pp. 4-48 ; *Barcelona Traction Light and Power Co. (deuxième phase)*, 5 fév. 1970, CIJ Rec. 1970, pp. 2-54.

¹³ *Elettronica Sicula S.P.A.*, 20 juillet 1989, CIJ Rec. 1989, pp. 15-71.

¹⁴ Cf. par ex. : *Martini (Italie c. Venezuela)*, S. Ralston du 8 juil. 1904, RSA, vol. X, p. 644 ; *Cie de navigation de l'Orénoque*, S. CPA du 25 oct. 1910, RGDIP, 1911, p. 186 ; affaire des *Phares de l'Empire ottoman*, S. du 24 juil. 1956, RSA, vol. XII, p. 155.

¹⁵ *Mexico c. USA General Claims Commission*, 15 oct. 1926, L.F.H. *Neer and Pauline Neer (U.S.A.) v. United Mexican States, Rep. Int. Arb. Awards – RSA*, Nations Unies, 2006, p. 60 (obligation internationale incombant à un Etat de protéger juridiquement la sécurité personnelle des étrangers présents sur son sol). Pour d'autres décisions de cette commission : *Illinois Central Railroad Co. v. United Mexican States*, 31 mars 1926, Doc. n° 432 (l'inexécution d'un contrat par l'Etat ne relève du droit international que si celui-ci a usé des pouvoirs en qualité d'autorité publique) ; *North American Dredging Co. of Texas v. United Mexican States*, 31 mars 1926, Doc. n° 1223 (incidence d'une clause Calvo insérée dans un contrat conclu avec le gouvernement) ; *International Fisheries Co. v. United Mexican States*, juillet 1931, Doc. n° 625 (*idem*).

LA JURISPRUDENCE ARBITRALE COMME SOURCE DU DROIT

poraine »¹⁶. Le développement de l'arbitrage comme technique de règlement des différends nés entre Etats d'accueil et investisseurs étrangers a de fait progressivement conféré à la jurisprudence arbitrale un rôle absolument majeur.

A l'évidence, elle est devenue au fil du temps l'une des principales sources du droit international des investissements. Or, il importe de s'interroger sur les motifs qui ont conduit à l'essor de la jurisprudence arbitrale en cette qualité (I). Fort de cette étude, on pourra alors identifier la portée exacte qu'il convient de lui conférer (II).

I. ESSOR DE LA JURISPRUDENCE ARBITRALE
EN TANT QUE SOURCE DE DROIT

L'activité jurisprudentielle participe nécessairement à l'édification du système juridique dont elle relève. Mais, au-delà de cette observation à portée générale, il existe pour le droit des investissements internationaux des spécificités qu'il convient de relever. Si la jurisprudence arbitrale y a acquis un rôle cardinal, c'est au moins en raison de deux motifs qui lui sont propres. Le premier d'entre eux est lié à l'évolution qu'a connue cette matière sur le terrain processuel, passant d'un contentieux contractuel à un contentieux fondé sur des offres générales d'arbitrage (A). Quant au second motif de singularité, il ressortit à la publication des sentences (B).

A. Du contentieux contractuel à l'offre générale d'arbitrage

L'essor d'un contentieux arbitral direct entre les investisseurs étrangers et les Etats d'accueil a constitué, à l'évidence, le premier jalon nécessaire au développement considérable que connaît aujourd'hui la jurisprudence en la matière. Il importe toutefois d'expressément relever que, pendant très longtemps, ce contentieux arbitral était fondé sur un contrat. Autrement dit, les arbitres étaient institués en application d'une clause compromissoire, ou beaucoup plus rarement d'un compromis, afin de juger de la validité ou du respect d'un contrat conclu entre l'investisseur étranger et l'Etat d'accueil ou l'une de ses émanations.

Les premières sentences de ce type ont été prononcées dans l'entre-deux-guerres. De ces tous premiers arbitrages parfois qualifiés de mixtes, on retient encore aujourd'hui l'affaire *Société Rialet et Gouvernement éthiopien* de 1929¹⁷, à propos d'un contrat portant sur l'exploitation en Ethiopie d'un monopole sur les alcools, ou encore l'affaire *Lena Goldfields* de 1930 qui a fait suite à la nationalisation par le gouvernement soviétique d'une mine d'or détenue par une société anglaise¹⁸. Mais c'est indéniablement les grands arbitrages pétroliers et

¹⁶ Ph. KAHN, « Les investissements internationaux, nouvelles données : un droit transnational de l'investissement », in *Les aspects nouveaux du droit des investissements internationaux – New Aspects of International Investment Law*, Ph. KAHN, Th. WÄLDE (eds), Académie de droit international de La Haye, Centre d'étude et de recherche, 2004, pp. 3-41, spéc. p. 14.

¹⁷ *Recueil des décisions des TAM*, VIII, p. 742.

¹⁸ *Annual Digest of International Law Cases*, I, n° 1 et 258. Pour la même période, on peut également mentionner les affaires suivantes : *Administration des postes et télégraphes de Tchécoslovaquie c.*