



**Evolution et apport du droit international des
investissements et du statut de l'investisseur privé
étranger à la qualité des personnes privées en droit
international public général**

Certificat d'Etudes Juridiques Internationales

Rapport de recherche

Léa SARTORIO CARNEIRO

2014-2015

Table des matières

Introduction.....	2
TITRE 1 : L'investisseur privé initialement simple personne privée dans un statut intermédiaire	7
I) Une personne privée considérée comme dépourvue de personnalité internationale ...	7
A) L'investisseur privé : une personne privée non considérée comme destinataire direct des normes de l'ordre juridique international	7
B) Une incapacité d'action des investisseurs privés liée à la prépondérance du mécanisme de protection diplomatique	9
II) Evolution du droit international public et octroi de droits et devoirs : L'investisseur privé, une personne privée dans un statut intermédiaire	12
A) Une évolution doctrinale et jurisprudentielle	12
B) Individus et investisseurs privés : titulaires de droits et obligations de l'ordre juridique international	15
TITRE 2 : Internationalisation du droit des investissements et du statut l'investisseur privé	20
I) L'investisseur privé hissé au statut de sujet du droit international grâce à l'octroi d'une capacité d'action substantielle et processuelle.....	20
A) Un investisseur privé doté de capacité d'action substantielle	21
B) Un investisseur privé doté de capacité d'action processuelle	24
II) L'investisseur privé hissé au statut de sujet du droit international grâce à l'octroi d'une capacité d'action internationale	29
A) L'application du droit international public : élément d'internationalisation du statut de l'investisseur privé étranger	29
B) Exercice de la capacité d'action des investisseurs privés devant des juridictions internationales	34
Conclusion	39
Bibliographie	41

Introduction

« Tout traité qui concède des droits à un individu ne fait pas de celui-ci un sujet. Ce n'est le cas que si le traité concède à cet individu un droit de porter directement un recours devant un organe international, sans l'intercession de son État d'origine »¹.

Du fait de l'évolution constante et de la complexification du droit international public général, on constate que ce dernier tend de plus en plus à s'inspirer des innovations opérées par des branches du droit international plus spécifiques comme le droit de l'environnement ou encore le droit des investissements.

Le but de cette étude est de démontrer que le droit international des investissements au-delà de ses contributions en matière économique fait évoluer le droit international public général, dans ses considérations les plus fondamentales, les plus caractéristiques, concernant le statut de sujet du droit international des individus.

En effet, le développement du contentieux État/investisseur privé étranger a considérablement changé les choses, transformant l'investisseur privé en véritable sujet de droit international, susceptible d'inspirer le droit international public général.

La Cour internationale de Justice définit la personnalité juridique internationale, dans l'avis *Réparations des dommages subis au service des Nations unies* comme la « capacité d'être titulaire de droits et devoirs internationaux et [la] capacité de se prévaloir de ses droits par voie de réclamation internationale »². Charles Leben, reformule cette définition pour la rendre plus précise : « est sujet de droit international toute personne susceptible d'être soumise à des obligations par le droit international ou de bénéficier de droits, quand elle est, en outre, capable d'entre en litige directement avec le sujet premier, plénier et immédiatement du droit international, c'est-à-dire l'État en tant que tel et, éventuellement d'attirer cet État devant une juridiction internationale »³. C'est sur cette définition de la qualité de sujet de droit que l'on va construire notre réflexion et tenter de démontrer que l'investisseur privé est un véritable sujet de droit international, dont la qualité devrait influencer celle de l'individu en droit international public général.

Nous parlerons d'*individu* comme synonyme de *personne privée*, concept englobant aussi bien les personnes physiques et que morales.

¹ I. SEIDL-HOHENVELDERN, *International Economic Law, Général Course on Public International Law, RCADI, vol.198, 1986-III, p.9-264* in *Les cours généraux de Droit international public de l'Académie de la Haye*, R. KOLB, Bruylant, 2003, p.747.

² *Réparations des dommages subis au service des Nations unies*, Avis, CIJ, 11 avril 1949.

³ C. LEBEN, *La théorie du contrat d'Etat et l'évolution du droit international des investissements*, *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, 2003 (vol. 302), §208.

Outre la personne privée, ce mémoire a pour but d'étudier la qualité de l'investisseur privé en droit international. La qualification de cet acteur est fondamentale puisque seul un individu pouvant se réclamer d'« investisseur privé » pourra se prévaloir de la protection, des règles et de la capacité d'agir devant les tribunaux arbitraux que nous allons évoquer. Cette qualité d'investisseur est reconnue aux individus, personnes privées physiques ou morales, ayant réalisé une opération d'investissement. C'est donc la notion d'investissement qui représente la condition essentielle d'identification d'un investisseur. Cependant, « il n'existe aucune définition juridique générale de la notion d'investissement, mais des définitions particulières à chacun des multiples textes internes et internationaux qui appréhendent l'investissement international ». Sans nous étendre sur les raisons d'une telle absence de définition et sur les débats doctrinaux et jurisprudentiels concernant la définition de l'investissement nous reprendrons les tendances générales de définition apportées par Jean Salmon qui relève que l'investissement est considéré « tantôt comme un mouvement de capital transfrontière, tantôt comme un patrimoine localisé à l'étranger, tantôt comme une entreprise fonctionnant à l'étranger »⁴. Généralement, la notion d'investissement est appréhendée de façon très large par les traités d'investissements, et souvent identifiée comme toute forme de possession de « biens, avoirs, droits et actifs divers affectés directement ou indirectement par l'investisseur étranger à une activité de production ou de distribution en vue d'en retirer des bénéfices »⁵.

Le droit des investissements constitue un sujet d'étude particulièrement intéressant en ce qui concerne la qualité de sujet du droit international des individus, étant donné qu'il s'agit d'une branche du droit international ayant conféré aux individus une capacité directe d'action internationale. Car si l'octroi aux individus, de droits et obligations directement issus de l'ordre juridique international est désormais établi, un élément lui manque encore pour parvenir à la qualité de sujet du droit international : la capacité de réclamation internationale.

Le droit international des investissements n'est pas la seule branche à l'avoir fait. Aujourd'hui, les individus disposent également d'une capacité d'action directe sur la scène internationale en matière des droits de l'homme par exemple. En effet, différents instruments permettent des recours individuels devant des juridictions internationales. C'est notamment le cas de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme qui permet à toute personne qui s'estime victime d'une violation d'un des droits reconnus par la Convention de saisir la Cour Européenne des droits de l'homme.

⁴ J. SALMON (dir.), *Dictionnaire de droit international public*, Bruylant, Bruxelles, 2001, p.613.

⁵ *Ibid.*

Ainsi, tout individu qui se trouve sous la juridiction d'un État partie à la CEDH dispose d'un droit d'action contre cet Etat, devant cette juridiction internationale, sans intermédiaire. Cependant, ce recours est limité à l'épuisement des voies de recours internes et autres conditions de recevabilité, sur lesquelles nous ne nous étendrons pas.

Un autre exemple, parmi d'autres, d'instrument international accordant aux individus un droit d'action direct est celui de la Convention de Montego Bay. Cette convention permet à une entreprise de soumettre à la Chambre pour le règlement des différends relatifs aux fonds marins du Tribunal du droit de la mer les éventuels différends pouvant survenir des contrats d'exploitation conclus avec un État⁶.

Sans ignorer l'importance de l'influence de ces différentes branches du droit international, nous allons ici nous pencher sur les apports du droit international des investissements.

Le contentieux mixte, opposant un investisseur privé à un État, a commencé avec le développement de commissions mixtes. L'identification de la première commission mixte varie en fonction des auteurs. D'après A. de Nanteuil, ce serait le traité de Jay signé en 1794 entre les États-Unis et le Royaume-Uni, qui aurait « inaugur[é] la pratique des commissions mixtes »⁷. Ce traité avait en effet donné lieu à la création de commissions mixtes afin de régler les nombreux litiges nés du fait de l'indépendance américaine. A. De Nanteuil fait alors une remarque particulièrement intéressante pour la suite de nos développements : « il est intéressant de constater que ce qui est d'ordinaire considéré comme la première « juridiction » internationale de l'histoire contemporaine avait pour objet, au moins en partie, des droits individuels »⁸.

D'autres auteurs mentionnent, comme première véritable commission mixte, celle instituée par le traité signé entre les États-Unis et le Mexique le 11 avril 1839, permettant aux citoyens américains de présenter leurs réclamations contre le Gouvernement mexicain considéré comme coupable d'avoir violé leurs droits.

Mais, d'après les différentes analyses de la doctrine, il semblerait que la participation de la personne privée dans les commissions mixtes soit encore limitée, encore assez marquée par le mécanisme de la protection diplomatique, que nous allons étudier. Ainsi il était fréquent que, devant les commissions ou tribunaux arbitraux mixtes, la participation des individus se résume à la présentation d'un mémoire et d'un résumé des faits.

⁶ Article 187, alinéa c) de la Convention et article 20 du Statut du Tribunal du droit de la mer.

⁷ A. DE NANTEUIL, *Droit international de l'investissement*, Pedone, Paris, 2014, p.20, §21.

⁸ *Ibid*, p.20, §22

La pratique des commissions mixtes s'est alors renforcée après la Première Guerre Mondiale. Ainsi, le Traité de Versailles et autres traités de paix ayant suivi ce premier conflit mondial ont institué des tribunaux arbitraux mixtes d'après-guerre devant lesquels les ressortissants des puissances victorieuses pouvaient demander réparation pour les dommages causés durant la guerre par l'Allemagne (en ce qui concerne la Première Guerre Mondiale). Mais d'après E. Kaufmann l'intention n'était alors pas de doter les individus d'un statut international. D'après lui, « l'accès des particuliers aux tribunaux arbitraux mixtes d'après-guerre est une exception très limitée, visant à éviter de mettre directement aux prises les États ex-ennemis. Les Gouvernements respectifs gardent un rôle important dans la procédure et peuvent toujours transiger. Il est donc difficile d'y voir une tendance générale. L'accès direct aux tribunaux a divers avantages : (1) l'État se débarrasse d'affaires de moindre importance ; (2) les particuliers peuvent poursuivre leurs droits indépendamment de la situation politique générale (...) »⁹.

Dans notre historique succinct, il convient également d'évoquer le fait que des 1907, le Costa Rica, le Guatemala, le Honduras, le Nicaragua et El Salvador ont constitué par traité la Cour de justice centraméricaine ayant compétence pour connaître de différends entre États mais aussi d'actions intentées par les ressortissants des États contractants contre un autre État contractant, après avoir épuisé les voies de recours internes ou démontré un déni de justice. Cette Cour, établie jusqu'en 1917 et non renouvelée, n'a cependant pas représenté un essai concluant de l'ouverture des juridictions internationales aux individus puisque seulement cinq instances ont engagées par des particuliers et ont fini par être rejetées pour diverses raisons.

Nous pouvons tout de même dire qu'un processus en en marche. D'après D. Burriez, « peu à peu, la procédure « classique » reposant sur l'intervention de l'État fut abandonnée au profit d'une reconnaissance aux personnes privées d'un « droit d'accès direct » aux tribunaux arbitraux »¹⁰.

Il est important de noter que l'investissement international est un phénomène récent, qui ne connaîtra qu'un véritable accroissement à partir des années 1960, période à laquelle vont commencer à se constituer des groupes multinationaux de sociétés, principaux acteurs de l'investissement international. Avant cette période, seules des sociétés minières et pétrolières opéraient à l'étranger (là où se trouvaient les ressources naturelles).

⁹ E. KAUFMANN, *Règles générales du droit de la paix*, RCADI, vol.54, 1935-IV, p.313-613, in *Les cours généraux de Droit international public de l'Académie de la Haye*, R. KOLB, Bruylant, 2003, p.144.

¹⁰ D. BURRIEZ, *Le droit d'action individuelle sur le fondement des traités de promotion et de protection des investissements*, Thèse, Paris II, 2014.

C'est d'ailleurs à partir de 1960 que la Cour Permanente d'Arbitrage ouvrira ses portes aux actions opposant une personne privée à un État.

Si au XIX^e siècle ce phénomène n'est qu'exceptionnel, il se développera de plus en plus pour substituer le mécanisme de protection diplomatique. L'investisseur privé étranger peut désormais entamer lui-même un contentieux directement contre l'État d'accueil de l'investissement accusé de ne pas respecter ses obligations, sans dépendre du bon vouloir de son État de nationalité.

Mais c'est avec l'avènement de la Convention de Washington et du Centre International de Règlement des Différends relatifs aux Investissements (CIRDI) le 18 mars 1965, qui s'est rapidement imposé comme la juridiction principale en la matière, que le droit des investissements et la protection des investisseurs privés étrangers se sont internationalisés.

Le CIRDI n'est cependant pas le seul organe pouvant être saisi par les investisseurs privés, puisque le règlement d'arbitrage de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI) a été adopté en 1976 – puis révisé en 2010, intervenant alors aux côtés de Chambres de commerce internationales et autres juridictions.

Un autre élément essentiel de l'internationalisation du droit des investissements est le fulgurant essor des traités de protection des investissements, aussi appelés traités bilatéraux ou multilatéraux d'investissement, dès les années 1960.

La problématique de ce mémoire sera de savoir quels sont les éléments qui ont conduit à l'internationalisation du statut de l'investisseur privé, pour en faire un sujet du droit international public.

Cependant, avant toute internationalisation du droit des investissements, et de son statut, l'investisseur privé étranger est avant tout une personne privée. Une personne privée certes particulière du fait de son statut d'étranger. Il s'agira tout d'abord de voir dans une première partie comment la personne privée était traditionnellement appréhendée par le droit international public, et comment l'investisseur était considéré avant l'internationalisation de son statut (Titre 1). Ensuite, dans une seconde partie, nous verrons comment le statut de l'investisseur privé a évolué, pour finalement aboutir à la qualité de sujet de droit international public (Titre 2).

TITRE 1 : L'investisseur privé initialement simple personne privée dans un statut intermédiaire

Un investisseur est avant tout une personne privée, un sujet de droit interne. Classiquement, cette personne privée de droit interne n'est pas considérée comme un sujet de droit international, mais comme simple « chose » du droit international (I). Une telle conception, des personnes privées, est la conséquence d'une conception très restrictive et dualiste du droit international public, limité aux rapports strictement interétatiques. Mais comme le souligne parfaitement Charles Leben, « il nous paraît que la conception du droit international comme droit limité aux rapports strictement interétatiques laisse échapper toute l'évolution qui s'est produite au XX^e siècle et tend, dans différentes disciplines, à faire émerger l'individu au niveau du droit international »¹¹. Force est de constater que le développement du droit international a progressivement accordé aux personnes privées la qualité de destinataires directs de droits et d'obligations, les plaçant alors dans une situation intermédiaire (II).

I) Une personne privée comme dépourvue de personnalité internationale

D'après une conception classique, les personnes privées ne seraient, tout au plus, que des objets du droit international public, non dotées de personnalité internationale, par opposition à la qualité de sujets des États. D'après les auteurs de ce courant doctrinal, les individus ne seraient pas bénéficiaires directs des normes internationales, des droits et obligations que pose le droit international public (A) et seraient dépourvus de capacité de réclamation internationale (B).

A) L'investisseur privé : une personne privée non considérée comme destinataire direct des normes de l'ordre juridique international

La personne privée est considérée par de nombreux auteurs comme ne relevant pas de la sphère internationale. L'individu serait exclusivement un sujet de droit interne, soumis à l'État, véritable et unique sujet du droit international public. Cette conception de l'individu est généralement associée à une conception du droit international public très restrictive, qui serait uniquement destiné à régir les relations interétatiques. Ainsi, Triepel affirmait que « le droit international public règle les rapports entre des États et seulement entre des États parfaitement égaux. (...) Le particulier, du point de vue d'une communauté

¹¹ C. LEBEN, *La théorie du contrat d'Etat et l'évolution du droit international des investissements*, op.cit.

de droit liant les Etats en tant que tels, est incapable d'être investi de droits et de devoirs propres, découlant d'un système juridique de cette communauté »¹².

Pour ces auteurs, appliquer le droit international aux relations privées reviendrait à « *apply the matrimonial laws of France or England to relations between cats and dogs* »¹³. Tout comme les animaux en droit interne français, les individus seraient donc strictement limités au statut de « chose » dans l'ordre juridique international (et encore, puisque le statut des animaux en droit interne a bien évolué, ce dernier leur accordant une protection particulière sur laquelle nous ne nous étendrons pas). En effet, en droit interne un sujet non revêtu de la personnalité juridique est considéré comme une chose.

Il est fréquent que les auteurs qualifient alors l'individu d'« objet » du droit international, n'étant pas considéré comme un destinataire direct des normes de l'ordre juridique international. Nous n'emploierons cependant pas ce terme, pourtant communément utilisé, puisque cette notion d'*objet* peut viser dans la doctrine, en fonction des auteurs, soit l'individu en tant que sujet du droit interne, ne bénéficiant pas directement de droits et obligations internationaux, soit l'individu en tant que destinataire et voire même titulaire de droits et obligations émanant de la sphère internationale, mais ne bénéficiant pas de capacité d'action.

Un des arguments avancés par de nombreux auteurs pour soutenir le fait que les individus ne bénéficient pas de droits et d'obligations conférés par l'ordre juridique international est de dire que la *personne* de l'État fait « écran ». C'est par exemple le cas de Patrick Daillier et Alain Pellet qui affirment que : « Il n'est pas douteux que les personnes privées sont concernées par un très grand nombre de règles internationales, soit qu'elles leur accordent des avantages, soit qu'elles leur imposent des sujétions. Mais il n'en résulte pas que, pour autant, les personnes privées soient des sujets du droit international, car, dans la plupart des cas, l'État fait « écran » entre elles et le droit international »¹⁴.

C'est également la position de Sperduti ou encore Politis qui considèrent que si le droit international s'intéresse aux individus, à leurs intérêts, il le fait par l'intermédiaire des Etats, seuls compétents pour en assurer la réalisation.

¹² H. TRIEPEL, *Les rapports entre le droit interne et le droit international*, Recueil des Cours, Tome 1 (1923), pp.77-118

¹³ « Each legal system serves the purpose of regulating the status and relations of social entities for which and among which it exists. An attempt at applying international law to private relations would be tantamount to seeking to apply the matrimonial laws of France or England to relations between cats and dogs », A. P. SERINI, *International Economic Institutions and the Municipal Law of State*, Recueil des cours, Tome 96 (1959), p.210.

¹⁴ P. DAILLIER et A. PELLET, *Droit international public*, L.G.D.J., 7^{ème} édition, p.649.

Toute la question est en effet de savoir si les normes internationales qui *s'intéressent* aux individus leur octroient directement des droits propres ou bien si elles s'adressent aux Etats qui auront alors la possibilité, en tant que sujets souverains, d'octroyer et de mettre en œuvre ces droits pour leurs ressortissants. Les propos de Sperduti traduisent très bien cette hypothèse : « Le droit international se singularise maintenant en ce qu'il ne confère pas lui-même aux individus des droits et des devoirs, puisqu'il tient compte du fait que les individus sont fermement placés sous l'autorité des États et qu'il convient donc de s'adresser à ces derniers pour arriver jusqu'aux individus »¹⁵.

Cet écran entre l'individu et l'État, conséquence logique d'une conception du droit international comme un droit exclusivement interétatique, se traduit également par le mode de protection de la personne privée sur un plan international, qui passait essentiellement par le mécanisme de la protection diplomatique.

B) Une incapacité d'action des investisseurs privés liée à la prépondérance du mécanisme de protection diplomatique

Un autre argument avancé par les auteurs pour contester l'octroi de la qualité de sujet de droit aux individus est de dire qu'ils ne peuvent, conformément à la définition d'un sujet de droit adoptée, faire valoir leurs droits (s'ils en ont), de façon autonome, sans l'intervention de leur État de nationalité.

Si l'on peut valablement considérer qu'un sujet peut n'exercer les droits dont il est titulaire que par l'intermédiaire d'un tiers, sans que cela n'affecte sa qualité de sujet¹⁶, la situation de l'individu en droit international était nettement différente dans la mesure où il était bien plus que représenté. En effet, le principal mécanisme des individus pour faire valoir leurs droits, contre un État dont ils n'avaient pas la nationalité, était la protection diplomatique. Or, ce mécanisme ne permet pas d'élever le différend de l'individu puisque celui-ci est transformé, comme nous allons le voir, en différend interétatique.

¹⁵ SPERDUTI, Cours à l'Académie de droit international de La Haye intitulé *L'individu et le droit international*, RCADI, tome 90, 1956.

Dans le même sens voir : M. VIRALLY, *Sur le pont aux ânes : Les rapports entre le droit international et droits internes, Mélanges offerts à Henri Rolin – Problèmes de droit des gens*, Paris, Pedone, 1964 : « le droit international « n'atteint pas directement les individus – dans l'état actuel de son développement – que de façon exceptionnelle. En règle générale, il laisse au droit interne le soin de prendre les mesures nécessaires à son application ».

¹⁶ D'après J. COMBACAU et S. SUR, « Mais une inaptitude à mener activement ces diverses opérations juridiques est compatible avec la personnalité (...) le sujet incapable d'agir (incapacité d'exercice dirait un civiliste) peut être représenté par un autre sujet, agissant non pas dans l'exercice de ses propres droit mais au nom de celui qu'il représente », *Droit international public*, Paris, Montchrestien, Domat droit public, 11^{ème} édition, p.316.

L'individu pouvait, en tant que sujet de droit interne, accéder aux voies de droit interne, mais devait se tourner vers les organes diplomatiques de son État pour parvenir à faire valoir ses droits dans l'ordre juridique international.

La protection diplomatique relève de la coutume internationale et a fini par être codifiée en 1997 par la Commission du droit international en ces termes : la protection diplomatique consiste en « l'invocation par un État, par une action diplomatique ou d'autres moyens de règlement pacifique, de la responsabilité d'un autre État pour un préjudice causé par un fait internationalement illicite dudit État à une personne physique ou morale ayant la nationalité du premier État en vue de la mise en œuvre de cette responsabilité »¹⁷.

La situation était particulièrement problématique pour l'investisseur privé étranger aux XIX^e et début du XX^e siècles puisqu'il se retrouvait dans une relation déséquilibrée, ne pouvant aller au-delà de la législation de l'État avec lequel il avait contracté et ne bénéficiant que de la protection limitée de son État d'accueil, au travers du mécanisme de la protection diplomatique.

En cas de différend avec l'État d'accueil de son investissement, l'investisseur privé étranger était alors limité au *bon vouloir* de son État pour exercer la protection diplomatique et élever le différend au niveau international, bien qu'au final, le différend élevé soit un différend interétatique, entre l'État d'accueil et l'État de nationalité de l'investisseur, et non le différend entre l'investisseur et l'État d'accueil. En effet, un des principaux désavantages de la protection diplomatique est que « le litige entre les deux États n'est pas exactement le litige qui oppose l'investisseur à l'État d'accueil, mais un litige autonome entre l'État national et l'État d'accueil »¹⁸. La structure du contentieux est alors modifiée, ne permettant pas à l'investisseur de faire respecter, de façon autonome, les droits dont il est titulaire. Cela laisse alors l'investisseur privé à une échelle purement interne.

Un autre problème du mécanisme de protection diplomatique est qu'il s'agit d'un droit discrétionnaire de l'État, raison pour laquelle on affirme que l'investisseur est soumis au *bon vouloir* de l'État.

¹⁷ ONU, Rapport de la Commission du droit international, 58^{ème} session.

¹⁸ C. LEBEN, *La théorie du contrat d'État et l'évolution du droit international des investissements*, op. cit., p. 216.

Ce caractère de droit discrétionnaire de l'État a notamment été confirmé par la Cour permanente de Justice internationale dans l'arrêt *Concessions Mavrommatis en Palestine*¹⁹ ou encore par la Commission du droit international²⁰.

Cela s'explique non seulement parce que chaque État a le droit « de faire respecter en la personne de ses ressortissants le droit international »,²¹ mais également parce que les investissements réalisés par les nationaux, à l'étranger, font partie des ressources économiques de l'État, auxquelles toute atteinte représente une atteinte aux ressources de l'État.

Dire que la protection diplomatique est un droit de l'État implique donc que ce dernier puisse également refuser à un national sa protection. C'est en effet ce qu'a confirmé la Cour Fédérale Suisse dans l'affaire *Gschwind*, en date du 14 octobre 1932²².

Par ailleurs, la protection diplomatique n'est pas ouverte à n'importe quel investisseur, n'importe quel individu. En effet, des exigences de nationalité²³, d'épuisement des voies de recours internes à l'État de territorialité de l'investissement et de « clean hands »²⁴ sont imposées pour la mise en œuvre d'une telle protection.

Comme annoncé plus haut, les désavantages de la protection diplomatique ne s'arrêtent pas là. En effet, au-delà du fait que ce mécanisme de protection soit un droit discrétionnaire de l'État, qui peut très bien ne pas souhaiter mettre en œuvre²⁵, il revendique non pas la réparation de la violation du droit de l'investisseur, mais de celui de son État de nationalité.

¹⁹ CPIJ, *Concessions Mavrommatis en Palestine*, arrêt du 30 août 1924, Série A n°2, p.12 : au travers de la protection diplomatique l'Etat fait valoir « son droit propre à ce que son ressortissant (...) qui aurait été traité par les autorités [d'un autre Etat] d'une manière contraire à certaines obligations internationales, dont le respect s'imposait, obtienne de ce chef une indemnité ».

V. aussi CIJ, Avis consultatif, 11 avril 1949, *Réparation des dommages subis au service des Nations Unies* : « cette qualité appartient à l'Etat ; un Etat peut présenter à un autre Etat une réclamation internationale ».

²⁰ « L'exercice de la protection diplomatique est un droit de l'Etat. Dans l'exercice de ce droit, l'Etat doit tenir compte des droits et intérêts de ses nationaux à l'égard desquels il exerce une protection diplomatique », ONU, *la Commission du droit international et son œuvre*, New York, Nations Unies, 2005, p.227.

²¹ « C'est un principe élémentaire du droit international celui qui autorise l'Etat à protéger ses nationaux lésés par des actes contraires au droit international commis par un autre Etat, dont il n'ont pu obtenir satisfaction par les voies ordinaires », CPIJ, Arrêt *Concessions Mavrommatis en Palestine, Grèce c. Angleterre*, 30 août 1924.

²² Cour Fédérale Suisse, *Gschwind c. Suisse*, 14 octobre 1932, I.L.R., vol. 6 (1931-1932).

²³ CPIJ, *Affaire des Chemins de fer Panevezys-saladutiskis*, 28 février 1939, série A/B n°76, p.16 : « c'est le lien de nationalité entre l'Etat et l'individu qui seul fonde le droit de l'Etat d'agir en protection diplomatique ».

²⁴ « Il sera fait échec à la procédure contentieuse s'il est avéré que le national a commis des infractions à la loi sur le territoire de l'Etat hôte », J. COMBACAU et S. SUR, *Droit international public, op. cit.*

²⁵ SEFERIADES relève que les Etats n'intentent une telle action « que dans les cas où des intérêts politiques plus généraux ne viendraient pas gêner une telle intervention », *Le problème de l'accès des particuliers à des juridictions internationales*, 51 RCADI I, 3, 1935, p.28.

La CIJ a ainsi affirmé, dans l'arrêt *Barcelona Traction*, qu'« une distinction essentielle doit être faite établie entre les obligations des Etats envers la communauté internationale dans son ensemble et celles qui naissent vis-à-vis d'un autre Etat dans le cadre de la protection diplomatique »²⁶. Cela montre bien que ce qui est revendiqué avec la protection diplomatique est bien la violation du droit de l'État de nationalité de l'investisseur, de faire respecter le droit international.

C'est donc logiquement que, si une réparation est octroyée, elle l'est au bénéfice de l'Etat de nationalité de l'investisseur et non pas à ce dernier.

Ainsi, il est clair que la protection diplomatique est un mécanisme qui certes finit par bénéficier au national, mais qui est mis en œuvre au nom et pour le compte de l'État, ne constituant donc pas un moyen d'action internationale propre aux individus.

Cependant, si la protection diplomatique est un droit propre de l'État de voir ses ressortissants traités en conformité avec le droit international, elle atteste du fait que le droit international confère aux individus des droits, dont ils sont titulaires.

II) Évolution du droit international public et octroi de droits et devoirs : L'investisseur privé, une personne privée dans un statut intermédiaire

Dire que l'investisseur est une personne privée dans un *statut intermédiaire*²⁷ signifie que si l'individu et par conséquent l'investisseur privé n'étaient considérés que comme des choses du droit international public, une évolution progressive de la matière va les doter de droits, dont ils seront directement destinataires. Cependant, l'investisseur privé et l'individu ne seront toujours pas dotés de capacité d'action internationale, ne les élevant pas jusqu'au statut de sujet du droit international. Il conviendra donc d'étudier dans cette partie cette évolution doctrinale et jurisprudentielle (A), puis son évolution en pratique (B).

A) Une évolution doctrinale et jurisprudentielle

En 1928, dans l'avis *Compétence des tribunaux de Dantzig*, la Cour permanente de Justice internationale octroya aux personnes privées une première victoire dans leur bataille

²⁶ *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*, C.I.J. Recueil 1970, p. 32, § 33.

²⁷ Parler de statut intermédiaire ne renvoie à aucune doctrine particulière, mais à l'idée que les personnes privées sont dans un processus d'évolution de leur statut : une première étape a été franchie en 1928, les plaçant à mi-chemin du statut de sujets de droit international.

pour que le statut de sujets de droit international leur soit reconnu. En effet, la Cour affirme à cette occasion qu'« on ne saurait contester que l'objet même d'un accord international, dans l'intention des Parties contractantes, puisse être l'adoption par les Parties, de règles déterminées, créant des droits et des obligations pour des individus, et susceptibles d'être appliquées par des tribunaux nationaux »²⁸.

L'individu, la personne privée est donc sacrée titulaire, destinataire directe de droits et d'obligations internationaux et n'est plus seulement « touchée » par les effets des normes de droit international comme le considérait Krylov²⁹.

Charles Leben conclut à cet égard qu'« il n'y a donc rien dans la nature même du droit international, contrairement à ce que soutient la doctrine dualiste, qui l'empêcherait de soumettre directement à ses règles les individus »³⁰.

D'après Christian Dominicé, « si la plus haute juridiction internationale a pu énoncer une telle affirmation, diamétralement opposée à la théorie voulant que l'individu ne soit qu'un objet du droit des gens, c'est notamment parce que, dans la doctrine de cette époque, des auteurs avaient reconnu que la règle internationale pouvait s'adresser à l'individu »³¹.

Ainsi, parmi les thèses les plus remarquées et les plus « extrêmes » se trouvent celles du doyen Duguit qui ne reconnaît pas de personnalité à l'État considérant que la construction de personne morale est une fiction³².

Si cette thèse semble obsolète aujourd'hui, non seulement en raison de la pratique juridique, mais aussi de l'acceptation a priori unanime de cette construction juridique, elle n'en demeure pas moins un argument de réflexion allant dans le sens de la reconnaissance de droits et obligations aux individus voire même du statut de sujet du droit international.

En effet, lorsque l'on s'attarde sur le sens premier de la qualité de *sujet* ou encore de la *personnalité* juridique internationale, on se rend compte que l'on a dû passer par un processus de personnification de l'État, ce qui rend d'autant plus étonnant que l'on ne reconnaisse pas une telle qualité à une personne privée.

²⁸ CPIJ, *Compétence des tribunaux de Dantzig*, série B n°15, avis du 3 mars 1928, pp 17-18.

²⁹ Cité par C. DOMINICE, *L'émergence de l'individu en droit international public, Soixante ans de relations internationales : Contrastes et Parallèles, 1927-1987*, Annales d'études internationales, Association des Anciens Etudiants de l'Institut Universitaire de Hautes Etudes Internationales, Genève, 1988.

³⁰ Ch. LEBEN, *La théorie du contrat d'Etat et l'évolution du droit international des investissements, op.cit.*

³¹ C. DOMINICE, *L'émergence de l'individu en droit international public, Soixante ans de relations internationales : Contrastes et Parallèles, 1927-1987, op.cit.*

³² DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, 1921.

Si l'on s'arrête un instant sur les définitions proposées par Jean Salmon du terme de « sujet », on constate qu'elles concernent anciennement une « personne assujettie à un monarque ou à un prince », « les nationaux indigènes habitant les colonies, par opposition aux citoyens expatriés en métropole » ou encore un « synonyme de national ou citoyen »³³. Si désormais on se penche sur les définitions de l'expression « sujet de droit international », on constate qu'elles ne désignent plus une personne, mais une « entité ». On se rend bien compte ici qu'un véritable processus de personnification a été fait en droit international afin de doter l'Etat d'attributs originellement caractéristiques d'une personne. En effet, en dehors de la construction intellectuelle qui a été faite, et dont nous ne contestons pas le bienfondé, un État, un ensemble corporatif n'est pas doté, par essence, de personnalité, au sens premier du terme, de droits, de sentiments, contrairement aux personnes (physiques).

Enfin, il est également intéressant de mentionner ici qu'avant d'être couramment appelé droit international public, il était d'usage de parler de « droit des gens ». Il ne semblerait pas qu'il y ait une expression qui exprime mieux le caractère actuel du droit international, qui n'a pas (ou plus) seulement pour but de régir des relations strictement interétatiques, mais aussi et avant toutes celles des individus. C'est alors curieux que l'on s'en rende compte maintenant que l'on parle de « droit international public », et non plus de « droit des gens ».

Nous pouvons encore citer l'opinion de George Scelle, qui estime que la société internationale est une société d'individus, que « les individus seuls sont sujets de droit en droit international public »³⁴ ou encore celle de Kelsen qui affirme que « comme tout droit, le droit international est (...), lui aussi, une réglementation de la conduite humaine »³⁵.

Si certains auteurs restent encore sceptiques, le développement du droit international et la consécration de droits et devoirs aux personnes privées rendent désormais incontestable ce *statut intermédiaire* des personnes privées.

En effet, le développement de branches du droit international public comme celles des droits de l'homme, ou encore du droit international pénal, rend impossible aujourd'hui que l'on puisse contester le fait que les personnes privées bénéficient de droits et obligations sur le plan international.

³³ J. SALMON (dir.), *Dictionnaire de droit international public*, Bruylant, Bruxelles, 2001.

³⁴ G. SCELLE, *Précis de droit des gens*, 1932, p.42.

³⁵ H. Kelsen, *Théorie générale du droit international public*, RCADI, 1932/IV (vol.42), p.142.

C'est ainsi que le professeur P.-M. Dupuy constate que « si la possibilité est affirmée de tenir un individu pour responsable des violations graves de normes consacrant des droits essentiels de la personne humaine ou des « principes cardinaux » du droit humanitaire, cela signifie bien qu'il a désormais une personnalité juridique en droit international. Et en effet dans tout ordre juridique, seuls les sujets dotés de la personnalité sont responsables »³⁶.

Si nous ne procédons pas à une conclusion aussi hâtive dans ce mémoire, et que nous nous efforcerons de démontrer que les personnes privées remplissent d'autres critères avant de conclure à leur personnalité juridique internationale, à leur statut de sujet du droit international, il semble néanmoins clair, dans les propos de P.-M. Dupuy que la réalité actuelle du droit international public ne permet plus de nier les droits propres et obligations dont disposent les personnes privées.

B) Individus et investisseurs privés : titulaires de droits et obligations de l'ordre juridique international

Après avoir voulu protéger l'homme contre l'homme, en créant la figure de l'État, l'idée est désormais celle de la protection de l'homme contre l'État, contre son pouvoir souverain voire même discrétionnaire.

« L'adhésion d'un grand nombre d'États à divers instruments internationaux par lesquels ils s'engagent à respecter des droits (...) attachés à la personne humaine (...) rend impossible de décliner en quelques lignes les droits proclamés ou de décrire ne fut-ce que les principaux systèmes de protection des droits de l'homme »³⁷.

Parmi ces instruments de protection des droits de l'homme, on peut citer la Charte des Nations Unies, la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948, la Convention sur prévention et la répression du crime de génocide de 1948, la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales de 1950, la Convention de Genève relative au statut des réfugiés de 1951, la Convention américaine des droits de l'homme de 1978, la Charte africaine des droits de l'homme de 1981, etc.

La consécration de droits de l'homme est désormais incontestable et leur respect s'impose aux États, qu'ils l'aient voulu ou non. C'est ce qu'a affirmé la Cour internationale de Justice, dans son célèbre arrêt *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et*

³⁶ P.-M. DUPUY, Y. KERBRAT, *Droit international public*, Paris, Dalloz, 6^{ème} éd., 2002.

³⁷ D. ALLAND, *Manuel de droit international public*, PUF, 2014

contre celui-ci : « (...) L'inexistence [d'un engagement pris par le Nicaragua envers l'organisation des États américains de respecter ces droits] ne signifierait pas que le Nicaragua puisse violer impunément les droits de l'homme »³⁸.

Mais il ne faut pas oublier que « la personnalité juridique internationale des sujets internes se construit, tant positivement que négativement, par la reconnaissance de devoirs à leur charge »³⁹. En effet, à côté des droits consacrés par le droit international, se sont également développées des obligations, dont le manquement peut engager la responsabilité internationale des individus.

La Cour de Justice des Communautés européennes a en effet admis, dès les années 70 que les règlements communautaires peuvent créer des obligations que les particuliers peuvent faire valoir dans leurs relations mutuelles. Elle l'a fait notamment dans les arrêts *Variola*⁴⁰ ou *Walrave*⁴¹.

Certaines dispositions du Traité de Versailles en date du 28 juin 1919 prévoyaient déjà de mettre l'Empereur Guillaume II en « accusation publique » devant une juridiction internationale pour avoir déclenché la guerre et pour « offense suprême à la morale internationale et l'autorité sacrée des traités » (article 227).

Les grands procès qui ont suivi la Seconde Guerre Mondiale ont, quant à eux, considérablement fait évoluer la responsabilité pénale des individus et établi une sorte de *catalogue* des infractions punissables par le droit international. Se sont alors développés des crimes internationaux, des tribunaux ad hoc, ou encore la Cour pénale internationale avec le Statut de Rome de 1998.

L'interdiction coutumière de la piraterie est un exemple classique de cette facette négative de la qualité des individus de destinataires directs du droit international public⁴².

Le développement de la responsabilité pénale internationale de la personne privée est en effet un argument conséquent allant dans le sens de l'octroi de la qualité de sujet du droit international aux individus. En effet, de nombreuses conventions internationales ont désormais pour destinataires directs les individus, et ce de façon très explicite. Par exemple, la Convention de Montréal de 1971 relative à la répression d'actes illicites dirigés contre la

³⁸ *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*, CIJ, 27 juin 1986, §267.

³⁹ P.-M. DUPUY, Y. KERBRAT, *Droit international public*, Paris, Dalloz, 10^{ème} éd., 2010, p.232.

⁴⁰ *Variola*, CJCE, 10 Octobre 1973, Aff. N° 34/73, Rec. CJCE 1973, p.981.

⁴¹ *Walrave*, CJCE, 12 Décembre 1974, Aff. N°36/74, p. 1420.

⁴² J. BOURGUIGNON, *L'individu, sujet d'obligations en droit international ? L'exemple du pirate chez Hersch Lauterpacht*, in *Les Grandes pages du Droit international*, Volume 1, « Les sujets », Paris, Pedone, 2015.

sécurité de l'aviation civile stipule : « Commet une infraction pénale toute personne qui illicitement et intentionnellement... ».

Il demeure tout de même que certains auteurs considèrent que ces normes internationales ont pour but d'instituer des obligations à la charge de l'État. Nous ne pensons pas que cela soit le cas, étant donné la clarté des énoncés (« toute personne ») conventions. Mais même si cela était vrai, il n'en demeure pas moins qu'en cas de violation de l'une de ces normes, il serait fait grief à l'individu, même condamné par le droit interne, d'avoir violé une disposition internationale.

C'est donc dans ce contexte, brièvement présenté, que les droits des investisseurs privés se sont développés. Mais avant d'être des investisseurs privés, ces opérateurs ont d'abord été considérés comme des étrangers. Or, les droits des étrangers ont *toujours* été protégés.

D'après A. de Nanteuil, « c'est là une préoccupation majeure des relations internationales depuis que l'Etat existe au sens moderne » et avant même que le droit international, au sens où nous l'entendons aujourd'hui, n'existe⁴³. L'auteur rappelle qu'Emer de Vattel affirmait déjà en 1758 que : « Dès qu[e l'État] les reçoit, il s'engage à les protéger comme ses propres sujets, à les faire jouir, autant qu'il dépend de lui, d'une entière sureté »⁴⁴.

Le droit des étrangers est d'ailleurs une des causes les plus anciennes de responsabilité des États.

Étant donné que les investisseurs privés sont des étrangers qui réalisent des opérations économiques, des investissements, un droit spécial s'est développé, leur assurant un standard minimum de traitement.

Les États demeurent globalement assez libres d'admettre ou non sur leur territoire des investissements. Cependant, une fois admis, les États sont bien plus encadrés en ce qui concerne les phases dites d'*exploitation* et de *désinvestissement*.

Sans entrer dans les détails, l'objet de ce mémoire n'étant pas le droit matériel des investissements, nous pouvons mentionner, dans les grandes lignes, les droits garantis par l'ordre juridique international aux investisseurs privés étrangers.

⁴³ A. DE NANTEUIL, *Droit international de l'investissement*, Pedone, Paris, 2014, p.11, §2.

⁴⁴ E. DE VATTEL, *Le droit des gens ou principes de la loi naturelle appliquée à la conduite et aux affaires des nations et des souverains*, 1758, Tome 1, rééd. Paris, Rey & Gravier, 1820, livre II, chapitre 8, §104.

On peut compter parmi les droits développés au fil des décennies le principe de non-discrimination, le droit au respect des biens, l'interdiction du déni de justice, le droit au traitement national ou au traitement de la nation la plus favorisée, le droit à un traitement juste et équitable, le droit à une protection et sécurité pleines et entières, le droit à ne pas être exproprié sans une indemnisation prompte et adéquate, etc.

La plupart des traités bilatéraux ou multilatéraux d'investissement contiennent au moins une clause de *traitement juste et équitable*, une clause de *traitement national* et une clause de *traitement de la nation la plus favorisée*.

Au-delà des divergences doctrinales concernant le principe de *traitement juste et équitable*, nous pouvons dire qu'il garantit aux investisseurs privés étrangers que l'État d'accueil de leur investissement respecte, à leur égard, tant son droit national, que l'ensemble des sources du droit international, permettant ainsi de limiter les contraintes qu'il serait susceptible de leur imposer⁴⁵.

La clause de *traitement national* permet aux investisseurs de bénéficier d'un traitement aussi favorable que celui accordé aux investisseurs nationaux se trouvant dans les mêmes conditions.

Enfin, la clause de *traitement de la nation la plus favorisée* permet aux investisseurs privés étrangers de bénéficier d'un traitement non moins favorable que celui accordé par l'État d'accueil de l'investissement à des investisseurs d'autres nationalités.

Les instruments internationaux de protection des investisseurs privés étrangers peuvent également prévoir une exigence de *pleine et entière sécurité*. Cette clause a, quant à elle, pour intérêt de « réprimer toute atteinte publique à l'existence ou à la consistance de l'investissement »⁴⁶.

Ainsi, nous venons de voir que si initialement le droit international a été créé dans le seul but de régir les relations entre États, il s'est développé de telle sorte que ses normes puissent s'adresser et protéger directement les investisseurs privés, et plus globalement les individus, dans certaines mesures.

Ainsi, si les thèses des auteurs excluant totalement l'individu de l'ordre juridique international pouvaient être valables à une époque, il ne semble plus qu'elles puissent le rester, au vu des développements du droit international public évoqués.

⁴⁵ P. DAILLIER, G. DE LA PRADELLE, H. GHERARI (dir.), *Droit de l'économie internationale*, Pedone, Paris, 2004, pp.679-680.

⁴⁶ *Ibid.*

D'après Christian Dominicé, « on peut observer à ce stade que (...) la doctrine paraît de manière générale voir dans l'individu un sujet de droit des gens dans la mesure où il est destinataire direct des normes de cet ordre juridique, ce qui vaut pour certaines obligations particulières dont la violation est sanctionnée pénalement, alors que, s'agissant des droits, un lien étroit est établi avec la question des moyens de les faire valoir »⁴⁷. En effet, dire que l'individu est doté de droits et d'obligations ne nous semble pas suffisant à démontrer qu'il est sujet du droit international public. Encore faut-il démontrer sa capacité à s'en prévaloir internationalement.

Nous ne nous contenterons donc pas de dire que les individus sont titulaires de droits et obligations issus de normes de droit international malgré le fait que cela soit suffisant pour certains auteurs à établir la qualité de sujet de droit international des individus, considérant que « nul ne peut être titulaire d'un droit sans être sujet de l'ordre juridique »⁴⁸.

Nous suivrons plutôt la position adoptée par la Cour internationale de Justice et par de nombreux auteurs pour qui la qualité de sujet du droit international de l'individu « se heurte à l'objection qu'il ne dispose pas des capacités constituant les attributs caractéristiques de la personnalité juridique internationale »⁴⁹. En effet, ne pas pouvoir user de pouvoirs de réclamation internationale empêche tout sujet de se hisser au niveau international, afin d'y faire reconnaître les droits dont il est titulaire. À l'inverse, conférer une capacité d'action internationale à l'investisseur confirme que les droits dont l'investisseur privé est titulaire sont issus de l'ordre juridique international et donc protégés à cette échelle.

Il conviendra donc voir dans une deuxième partie que « l'écran étatique n'est pas totalement « opaque » et toute technique juridique qui permet de le percer conduit à reconnaître à la personne privée une certaine mesure de capacité juridique internationale »⁵⁰. Il s'agira de savoir comment l'investisseur privé a réussi à percer cet écran afin de se doter d'une capacité d'action internationale, à avoir directement accès à des tribunaux spécialement constitués pour régler leurs différends avec les États d'accueil de leurs investissements.

⁴⁷ C. DOMINICE, *L'émergence de l'individu en droit international public, Soixante ans de relations internationales : Contrastes et Parallèles, 1927-1987*, Annales d'études internationales, Association des Anciens Etudiants de l'Institut Universitaire de Hautes Etudes Internationales, Genève, 1988.

⁴⁸ J. COMBACAU et S. SUR, *Droit international public*, Paris, Montchrestien, Domat droit public, 11^{ème} édition, *op cit*.

⁴⁹ C. DOMINICE, *L'émergence de l'individu en droit international public, Soixante ans de relations internationales : Contrastes et Parallèles, 1927-1987*, *op. cit*.

⁵⁰ P. DAILLIER et A. PELLET, *Droit international public*, L.G.D.J., 7^{ème} édition, p.649.

TITRE 2 : Internationalisation du droit des investissements et du statut l'investisseur privé

« Pour être considérée comme sujet actif d'un ordre juridique, une entité doit certes d'abord être investie par cet ordre de droits et d'obligations clairement définis. Mais cela ne saurait suffire. Il faut aussi pouvoir agir directement par le moyen de procédures appropriées, pour faire respecter l'exercice effectif des droits dont on bénéficie. La capacité d'agir est le critère déterminant de la personnalité juridique »⁵¹.

Si Kelsen reconnaît aux individus la qualité de sujets de droit international public, il la conditionne cependant à l'existence d'une voie de droit⁵².

En effet, pour de nombreux auteurs, mais aussi et surtout pour la Cour internationale de Justice sont sujets de l'ordre juridique les personnes dotées de droits et d'obligations par cet ordre juridique, à condition qu'elles soient également revêtues de la capacité de faire valoir ces droits devant un organe juridictionnel international.

Sur la base de cette définition du sujet de droit international, l'apport du contentieux État/investisseur devient alors évident : si les personnes privées étaient déjà dotées de droits et d'obligations, les constructions du droit international de l'investissement les ont désormais dotées de la « capacité de se prévaloir de [leurs] droits » (I), « par voie de réclamation internationale » (II).

I) L'investisseur privé hissé au statut de sujet du droit international grâce à l'octroi d'une capacité d'action substantielle et processuelle

Si l'arbitrage mixte tel qu'on le connaît aujourd'hui est un phénomène assez récent, datant à peu près des années 1960, les auteurs relèvent tout de même un premier contentieux arbitral transnational en date du 21 avril 1864 : l'affaire opposant la Compagnie universelle du Canal de Suez au vice-roi d'Égypte, ayant donné lieu à une sentence arbitrale rendue par Napoléon III. Cette affaire est doublement intéressante dans la mesure où elle illustre parfaitement les deux volets de la capacité d'action internationale qui va être progressivement octroyée à l'investisseur privé. En effet, non seulement l'investisseur est doté d'une capacité d'action *processuelle* internationale, lui permettant d'agir directement contre l'État d'accueil, mais il le fait dans cette affaire sur la base d'une clause compromissoire introduite dans le contrat de concession dès l'origine, traduisant de sa

⁵¹ P.-M. DUPUY et Y. KERBRAT, *Droit international public*, Paris, Dalloz, 11^{ème} édition, 2012, p.240.

⁵² H. Kelsen, *Théorie générale du droit international public*, RCADI, 1932/IV (vol.42), p.165.

capacité d'action *substantielle* internationale, pour reprendre la distinction faite par les auteurs Jean Combacau et Serge Sur⁵³. En effet d'après ces auteurs, « la capacité internationale (au sens de la « capacité d'exercice ») (...), si elle est reconnue à ces nouveaux sujets, les met en mesure de participer eux-mêmes à l'activité juridique internationale (...) [et] consiste en des « pouvoirs » destinés à leur permettre d'agir à leur tour sur l'ordre juridique international, soit en se créant par leurs engagements de nouveaux droits et obligations (pouvoirs substantiels) (A), soit en poursuivant leurs « actions légales » la réalisation effective des droits dont ils sont titulaires (pouvoirs processuels) (B) ».

A) Un investisseur privé doté de capacité d'action substantielle

D'après J. Combacau et S. Sur, « [Les États] ont nécessairement le pouvoir de s'engager, par leurs actes et à raison des faits qui leur sont attribués. (...) Le pouvoir de création de droit des sujets internes ne déploie ses effets que dans l'ordre juridique des États et, sauf en de très rares exceptions, ils sont incapables de s'engager internationalement, que ce soit par leurs actes juridiques ou par les comportements qui leur sont imputables »⁵⁴.

Il semblerait ici que, soit les investisseurs fassent partie de ces exceptions, soit le point de vue de ces auteurs, à ce sujet, soit dépassé du fait des développements en droit international des investissements. En effet, les investisseurs privés étrangers ont désormais la capacité de contracter directement avec les États d'accueil de leur investissement. Il est important de rappeler dès maintenant que l'État cocontractant, dans les situations que nous allons évoquer, est l'État au sens large du terme, c'est-à-dire sujet originaire du droit international bénéficiant d'une position particulière (et non dans un sens restreint, c'est-à-dire dans le sens d'Etat-Administration)⁵⁵. Nous ne nous étendrons cependant pas sur cette distinction. Ainsi, cette capacité de contracter directement avec l'Etat est assez exceptionnelle pour une personne privée et participe à la singularité du statut de l'investisseur privé.

La capacité d'action substantielle des investisseurs privés étrangers va essentiellement s'observer au travers du mécanisme des « contrats d'État » également appelés « accords de développement économique » ou encore « contrats internationalisés ». D'après Charles Leben, un contrat d'Etat est un « contrat conclu par l'Etat avec une personne privée étrangère pour une opération économique internationale (le plus souvent un investissement, mais pas nécessairement) »⁵⁶.

⁵³ J. COMBACAU et S. SUR, *Droit international public*, op. cit, pp230-321 et 316-323.

⁵⁴ *Ibid*

⁵⁵ H. KELSEN, *Théorie pure du droit* (traduction de Ch. Eisenmann), Paris, Dalloz, 1962, pp.353-354 et 388.

⁵⁶ C. LEBEN, *La théorie du contrat d'Etat et l'évolution du droit international des investissements*, op. cit.

Alors que la révolution industrielle conduit de nombreux opérateurs économiques à investir dans de nouveaux marchés, la sécurité juridique de leurs opérations devint de plus en plus indispensable. En effet, jusqu'à présent, le recours à l'arbitrage ou aux commissions mixtes dépendait bien trop de la bonne volonté des États, puisque la question de la mise en œuvre de ces modes de règlement intervenait uniquement a posteriori. C'est ce qui aurait principalement poussé les investisseurs à conclure des contrats avec les États d'accueil de leur investissement. Les États de leur côté y voyaient un moyen d'encourager les investissements sur leur territoire.

Alors que, comme le fait justement remarquer F. Grisel, la « tradition juridique » exclut la possibilité pour une personne privée de contracter sur un pied d'égalité avec un État souverain⁵⁷, l'idée d'un contrat entre une personne privée et un État est révolutionnaire, ayant, d'autant plus, pour objectif de rétablir un équilibre entre l'investisseur privé étranger et l'État d'accueil de l'investissement.

P.-M. Dupuy considère que « c'est l'Etat qui du fait du « pouvoir créateur conféré par la souveraineté », a le pouvoir de conférer à son tour la subjectivité du droit international, soit en créant des organisations internationales soit même en entrant dans des relations contractuelles d'un certain type avec des personnes privées »⁵⁸.

Pour certains auteurs, cela démontre, comme nous allons le voir, que cette capacité d'action substantielle, cette faculté de contracter, est en réalité un droit de l'État. Cependant, il ne semble pas qu'il faille y voir l'octroi par l'État d'une capacité à son sujet interne, mais plutôt l'octroi par l'État, sujet originaire et créateur du droit international public, d'une capacité à une autre entité, un autre acteur, dans le but de lui conférer une place dans la sphère internationale.

C'est d'ailleurs pour cela que nous ne parlons pas dans ce mémoire de « sujets internes » pour désigner les investisseurs privés ou les individus. Nous croyons qu'il est possible que l'individu soit à la fois sujet de droit interne, régi par un État souverain, et qu'il puisse également revêtir la qualité de sujet de droit international. En effet, nous verrons qu'il peut y avoir différents degrés de sujets du droit international ou qu'en tout cas, il est inutile de vouloir rechercher une forme d'égalité entre eux.

⁵⁷ F. GRISEL, *L'arbitrage international ou le droit contre l'ordre juridique – Application et création du droit en arbitrage international*, Thèse, 2011, Institut Universitaire Varenne, Collection : Thèses.

⁵⁸ J. COMBACAU et S. SUR, *Droit international public*, *op. cit.*, à propos de P.-M. DUPUY, Cour général à l'académie, *l'unité de l'ordre juridique international*, Recueil de cours, tome 297, 2002, pp.102-106.

Ces contrats d'État vont alors permettre aux investisseurs privés non seulement de créer des droits et d'asseoir ceux tirés directement de l'ordre juridique international, mais aussi de pouvoir rendre leur réalisation effective.

Déjà Spiropoulos avait développé l'idée selon laquelle les individus participent à la création de la normativité internationale, ayant la possibilité de contracter avec un État.

Les investisseurs incluent donc dans les contrats les modalités de réalisation de leur investissement et *neutralisent* ainsi le pouvoir normatif arbitraire de l'État cocontractant, qui pourrait avoir recours à une législation nouvelle pour revenir sur ses engagements contractuels⁵⁹. Rappelons que l'objectif des contrats d'État est de rééquilibrer la relation juridique entre l'investisseur privé et l'État, sujet originaire du droit international public.

Les investisseurs privés vont également introduire dans ces contrats d'État, conclus avec l'État d'accueil de leur investissement, des clauses compromissoires leur permettant d'attirer leur cocontractant devant des tribunaux arbitraux, en cas de litige, contournant ainsi les difficultés de la protection diplomatique et faisant échapper le contrat à la compétence des tribunaux de l'État.

Les investisseurs disposent alors d'un droit propre et ne sont plus soumis à un droit discrétionnaire de leur État de nationalité, ne sont plus obligés d'épuiser les voies de recours internes, et peuvent enfin élever sur un plan international leur propre différend avec l'État d'accueil de leur investissement.

Qu'en est-il alors de l'impressionnant développement des traités bilatéraux ou multilatéraux d'investissement ? En effet, on pourrait se dire que les investisseurs privés ont perdu, en pratique, leur capacité substantielle d'action puisque ces traités sont conclus entre États. Nous verrons que le fait que ces traités soient interétatiques bénéficie essentiellement à l'investisseur d'un point de vue de la protection des droits dont il est titulaire et de sa capacité d'action processuelle, notamment depuis la sentence *AAPL c. Sri Lanka*. Cependant, ces traités ne remettent pas pour autant en cause la capacité substantielle des investisseurs qui peuvent toujours conclure des contrats avec l'État d'accueil de l'investissement, qui prévaudront, étant considérés comme *lex specialis*, sur le traité bilatéral d'investissement conclu, quant à lui considéré comme *lex generalis*.

Qu'en est-il de la capacité processuelle de l'investisseur ?

⁵⁹ P. MAYER, *La neutralisation du pouvoir normatif de l'Etat en matière de contrats d'Etat*, Journal du droit international, 1986.

B) Un investisseur privé doté de capacité d'action processuelle

Avoir des droits, la capacité de contracter et de créer des normes représente une première partie de la qualité de sujet du droit international. Mais il faut également pouvoir se prévaloir de ses droits issus du droit international ou de la relation contractuelle dans laquelle l'investisseur privé est engagé. Cette question est essentielle puisque la capacité d'action internationale elle est un critère déterminant de la qualité de sujet du droit international qui manquait à l'investisseur privé. C'est principalement cette capacité qui pourrait déteindre sur les individus en général afin de les doter eux aussi d'une pleine personnalité juridique internationale.

En ce qui concerne l'investisseur privé, nous avons laissé sa capacité processuelle (ou plutôt son incapacité) au stade de la protection diplomatique. La protection diplomatique est encore un mécanisme existant, mais est en recul, du fait de ses désavantages pour l'investisseur. Dans l'affaire *Ahmadou Sadio Diallo, République de Guinée c/République démocratique du Congo*, la Cour internationale de Justice a déclaré que « le rôle de la protection diplomatique s'est estompé, celle-ci n'étant en pratique appelée à intervenir que dans les rares cas où les régimes conventionnels n'existent pas ou se sont révélés inopérants. (...) La protection par substitution constituerait donc le tout dernier recours pour la protection des investissements étrangers »⁶⁰.

Le droit des investissements a donc évolué et permis à l'investisseur privé étranger dont les intérêts ont été atteints de faire valoir ses droits, sans recours à son État de nationalité, contre l'État d'accueil de son investissement. C'est notamment ce qui a été affirmé par le tribunal arbitral CIRDI dans l'affaire *Loewen c. États Unis* de 2003⁶¹. Par ailleurs, l'avènement de la Convention de Washington et du CIRDI a également participé au recul de la protection diplomatique en offrant aux investisseurs la possibilité de saisir le Centre en cas de différends et en interdisant, à l'article 27 de la Convention, à l'État national de l'investisseur d'exercer sa protection diplomatique⁶². Cela va être un argument important allant dans le sens d'un droit d'action propre à l'investisseur.

⁶⁰ *Ahmadou Sadio Diallo, République de Guinée c/République démocratique du Congo*, CIJ 24 mai 2007, Recueil 1989, p.15.

⁶¹ *Loewen c. États Unis*, Affaire CIRDI n°ARB(AF)/98/3, sentence du 26 juin 2003, §§222-223.

⁶² Article 27 de la Convention de Washington : « (1) Aucun Etat contractant n'accorde la protection diplomatique ou ne formule de revendication internationale au sujet d'un différend que l'un de ses ressortissants et un autre Etat contractant ont consenti à soumettre ou ont soumis à l'arbitrage dans le cadre de la présente Convention, sauf si l'autre Etat contractant ne se conforme pas à la sentence rendue à l'occasion du différend ».

En effet, différentes questions se sont posées et différents arguments ont été soulevés pour dire que cette faculté de l'investisseur privé, d'engager la responsabilité d'un État en cas de manquement à ses engagements conventionnels ou sur la base d'un compromis d'arbitrage, ne constituait qu'un *pouvoir* octroyé et non pas un *droit*, et que par ailleurs il s'agissait d'un droit des États en cause et non pas d'un droit propre à l'investisseur.

Il ne semble cependant plus faire débat aujourd'hui que l'investisseur dispose d'un *droit* propre de réclamation internationale et non pas simplement d'un *pouvoir* qui pourrait lui être retiré. La qualification de *pouvoir* de réclamation plutôt que celle de *droit* n'apparaît pas être une question centrale pour les tribunaux arbitraux.

Si l'on devait parler de *pouvoir*, cela serait aujourd'hui afin de « distinguer efficacement [la faculté d'agir] du droit invoqué au fond », qui ne doivent pas se confondre⁶³.

La principale question réside aujourd'hui dans le fait de savoir si ce droit est un droit substantiel propre à l'investisseur privé. En effet, dans la sentence *Corn Products International c. États Unis du Mexique*, l'arbitre ne se contente pas de dire que le droit d'action de l'investisseur est bien un droit et non pas un simple pouvoir. Il va bien plus loin, comme nous allons le voir, en affirmant que l'investisseur dispose d'un droit d'action propre. Verdross constatait déjà que « le droit international ne confie pas aux États le soin d'établir certains droits individuels au moyen de leurs normes, mais confère bien plutôt lui-même ces droits aux particuliers sans addition de mesures d'exécution des États. (...) De sorte que si un Etat interdisait à ses ressortissants de faire valoir leurs droits devant les tribunaux arbitraux mixtes, ceux-ci n'en devraient pas moins accueillir l'action et laisser se dérouler l'instance sans se soucier de la prohibition. Par quoi l'on voit de façon patente qu'il ne s'agit pas de droits de l'Etat, mais bien de droits de particuliers reposant sur le droit international »⁶⁴.

Bien que le tribunal arbitral ait considéré, dans l'affaire *Archer Daniels Midland c. États-Unis du Mexique*, rendue en 2007, que l'investisseur ne faisait valoir que des droits strictement interétatiques quand bien même disposant d'un droit d'action internationale ; que cette position ait été partagée par le Conseil d'État français dans un arrêt du 21 décembre 2007⁶⁵ ; cette position reste néanmoins minoritaire.

⁶³ D. BURRIEZ, *Le droit d'action individuelle sur le fondement des traités de promotion et de protection des investissements*, op. cit., §13

⁶⁴ A. Verdross, *Die Verfassung der Völkerrechtsgemeinschaft*, p.161.

⁶⁵ Arrêt du 21 décembre 2007, n° 280264, inédit au recueil Lebon.

En effet, la position majoritaire peut être illustrée par la sentence précédemment citée *Corn Products International c. États unis du Mexique*⁶⁶ rendue le 15 février 2008, dans laquelle les arbitres ont considéré que l'investisseur disposait de droits substantiels propres et non pas de simples pouvoirs d'exécution de droits qui appartiendraient à son État de nationalité. Ainsi le tribunal relève également que : « l'investisseur peut agir contre l'avis de son État de nationalité, ou en invoquant des prétentions juridiques auxquelles son État de nationalité est opposé, ce qui prouverait que les droits dont il revendique le respect lui appartiennent en propre et qu'il n'est pas le simple agent de son État ». Cette interprétation a par la suite été confirmée par de nombreux tribunaux comme dans l'affaire *Cargill Inc. c. États unis du Mexique*⁶⁷, ou encore dans l'affaire *République d'Italie c. République de Cuba*⁶⁸. Mathilde Frappier remarque alors qu'« il n'est dès lors guère étonnant que certains tribunaux arbitraux d'investissement, à la manière de celui saisi dans l'affaire *Pope&Talbot Inc. c. Canada* (« *the investor is right there urging its rights* »), ne se posent même plus la question de la titularité des droits substantiels protégés par les conventions d'investissement et visent, sans autre forme de discussion, les droits de l'investisseur »⁶⁹. On peut donc dire qu'alors que la protection diplomatique est un droit propre de l'État, les voies de droit directement octroyées aux investisseurs privés par le droit international des investissements constituent bien un droit d'action propre à l'investisseur et sans intermédiaire.

Un autre élément essentiel de la capacité processuelle de l'investisseur privé et qui illustre bien le fait que le pouvoir octroyé à l'investisseur soit un droit qui lui est propre, est le développement de la jurisprudence *AAPL c Sri Lanka*. En effet, alors que les différends n'étaient soumis aux tribunaux arbitraux que sur la base de compromis d'arbitrage ou de clauses compromissoires comprises dans des contrats d'État, les investisseurs se sont vus reconnaître, depuis cette sentence, le droit d'attirer un État avec lequel il n'a pas de relation contractuelle, devant un tribunal CIRDI, à la seule condition que cet État ait signé un traité bilatéral ou multilatéral de protection des investissements avec son État de nationalité prévoyant la compétence du CIRDI.

Cité par M. FRAPPIER, *L'individu, sujet matériel du droit international chez Giuseppe Sperdutti*, in *Les Grandes pages du Droit international*, Volume 1, « Les sujets », Paris, Pedone, 2015.

⁶⁶ *Corn Products International c. États unis du Mexique*, 15 février 2008, Affaire CIRDI, n°ARB(AF)/04/01.

⁶⁷ Affaire CIRDI n°ARB(AF)/05/2, du 18 septembre 2009, §§414-428.

⁶⁸ Arbitrage *ad hoc*, sentence du 15 janvier 2008 : « l'accord crée des droits pour l'investisseur qui peut les opposer directement à l'Etat qui reçoit l'investissement ».

⁶⁹ M. FRAPPIER, *L'individu, sujet matériel du droit international chez Giuseppe Sperdutti*, *op.cit.*

Dans cette affaire, la société Asian Agricultural Products Ltd (AAPL) immatriculée à Hong Kong et ayant réalisé un investissement dans une entreprise sri-lankaise, saisi le CIRDI afin de voir la responsabilité du Sri Lanka engagée en raison de la destruction d'une usine de production au cours d'une opération militaire menée par les forces sri-lankaises contre des rebelles. La société AAPL, qui n'avait pas de contrat avec le Sri Lanka fonde sa demande sur le traité d'investissement conclu avec le Royaume-Uni en 1980 et notamment sur son article 8 prévoyant que « *[e]ach contracting Party hereby consents to submit to the International Center for the Settlement of Investment Disputes (...) any legal disputes arising between the Contracting Party and a national or company of the other Contracting Party concerning an investment of the latter in the territory of the former* ». Le fait que le tribunal arbitral se déclare compétent et accepte, pour la première fois, ce fondement pour engager la responsabilité de l'État sri-lankais va complètement changer la donne.

Désormais l'investisseur peut engager la responsabilité de tout État dans lequel il aurait réalisé un investissement, sans nécessairement avoir conclu avec ce dernier de contrat comprenant une clause d'arbitrage visant la compétence du CIRDI. L'unique condition est que cet État ait conclu un traité bilatéral ou multilatéral d'investissement avec son État de nationalité. Cela signifie donc que la signature d'un tel traité par un Etat le lie à tous les investisseurs privés de nationalité de l'Etat cosignataire et non plus uniquement à ce dernier. Les auteurs parlent alors de droit de saisine *automatique*.

La capacité processuelle de l'investisseur est alors, comme nous l'avons dit, décuplée.

Les auteurs ont beaucoup critiqué cette sentence, notamment en ce qui concerne le consentement des parties à l'arbitrage. En effet, un des grands principes de l'arbitrage est que les parties doivent avoir exprimé leur consentement à l'arbitrage. C'est pour cela que ce mode de règlement des différends était uniquement mis en œuvre sur la base d'une clause d'arbitrage ou d'un compromis d'arbitrage. À partir de cet arrêt, les arbitres vont considérer que le consentement de l'État est exprimé de manière générale dans le traité bilatéral ou multilatéral d'investissement, et que le consentement de l'investisseur est exprimé par la saisine du CIRDI. Cet arbitrage sans convention d'arbitrage va être appelé « *arbitration without privacy* » par J. Paulsson⁷⁰ ou encore « *arbitrage transnational unilatéral* » par W. Ben Hamida⁷¹.

Certains auteurs ont affirmé que cette jurisprudence avait conféré à l'investisseur privé une compétence unique de pouvoir attirer un Etat devant un tribunal arbitral sans son

⁷⁰ J. PAULSONN, *Arbitration without Privacy*, ICSID Rév., 1995, pp.232-257.

⁷¹ W. BEN HAMIDA, *L'arbitrage transnational unilatéral - Réflexions sur une procédure réservée à l'initiative d'une personne privée contre une personne publique*, Thèse, Paris II, 2003, sous la direction de Ph. Fouchard, p.15-22.

consentement. Nous pensons cependant qu'il faut nuancer ces propos et plutôt adopter l'hypothèse selon laquelle le consentement de l'État est dissocié de celui de l'investisseur privé. Mais nous ne nous attarderons pas sur cette problématique du consentement à l'arbitrage relatif à ces différends mixtes, qui demanderait de faire l'objet d'une étude à elle seule, plus approfondie.

Cependant, une chose est sûre, cette jurisprudence *AAPL* a donné une autre dimension au contentieux Etat/investisseur privé, en dotant ce dernier d'une capacité d'action processuelle très étendue (en plus de tous les autres apports de cette jurisprudence notamment en ce qui concerne l'étendue des droits protégés désormais issus du traité en lui-même) étant donné l'incroyable réseau actuel de traités bilatéraux ou multilatéraux d'investissement. Nous verrons également que cette jurisprudence a eu un grand retentissement en ce qui concerne le droit applicable au différend, puisque désormais les investisseurs privés peuvent se prévaloir de dispositions conventionnelles, issues d'un traité, et non plus uniquement de dispositions contractuelles, issues de leurs contrats d'État.

Mais toujours en ce qui concerne le volet de la capacité processuelle de l'investisseur privé, la jurisprudence *AAPL c. Sri Lanka* est à combiner avec la jurisprudence *Maffezini* et *SPP*.

Dans l'affaire *Maffezini c. Espagne* de 2000⁷², le tribunal arbitral avait accepté de faire jouer la clause de la nation la plus favorisée contenue dans un traité bilatéral d'investissement conclu entre l'Espagne et l'Argentine, contenant une clause de compétence du CIRDI, afin de fonder sa compétence dans un différend opposant l'Espagne à un national argentin, malgré le non-respect des conditions d'épuisement des voies de recours et de délai. Ici encore, les traités bilatéraux ou multilatéraux d'investissement et leurs clauses sont utilisés de sorte à étendre considérablement la capacité processuelle des investisseurs privés.

Enfin, dans l'affaire *SPP c. Égypte* en date du 14 avril 1988, le tribunal CIRDI avait considéré que sa compétence pouvait résulter d'une loi nationale⁷³.

Ce sont désormais des développements qui ont été largement confirmés et globalement admis, mais qui ont bouleversé le nombre de différends soumis à l'arbitrage du CIRDI et permis de généraliser le droit d'action processuelle des investisseurs privés étrangers.

⁷² *Maffezini c. Espagne*, n° ARB/97/7, sentence sur la compétence du 25 janvier 2000, ICSID Reports vol.5, p.396, §38 et suiv.

⁷³ *SPP c. Égypte*, ARB/84/3.

L'investisseur privé n'est plus uniquement cantonné à des relations contractuelles avec l'État, mais semble pouvoir se fonder directement, en ce qui concerne ses droits, mais également sa capacité d'action, sur des traités, sur le droit international public.

Cela amène également à considérer que la capacité d'action des investisseurs privés a largement été internationalisée.

II) L'investisseur privé hissé au statut de sujet du droit international grâce à l'octroi d'une capacité d'action internationale

Si l'investisseur privé étranger est désormais doté d'une capacité de réclamation, encore faut-il qu'elle soit internationale, qu'elle soit régie par le droit international public (A) et qu'elle puisse être exercée devant des juridictions internationales (B).

A) L'application du droit international public : élément d'internationalisation du statut de l'investisseur privé étranger

Cette question du droit applicable aux différends relatifs aux investissements entre un État et un investisseur privé étranger a été fondamentale dans les années 1930 à 1960. En effet, des sentences arbitrales en matière minière et pétrolière ont établi l'application du droit international public à des différends opposant des investisseurs privés étrangers à un État d'accueil. On peut ainsi citer les sentences *Lena Goldfields* en date du 2 septembre 1930 ainsi que les sentences *Abu Dhabi* (août 1951), *Ruler of Qatar* (juin 1953), *Aramco* (août 1958) et *Sapphire* (mars 1963).

Dans ces affaires, les arbitres ont été amenés à rechercher le droit applicable au différend, non établi par les parties dans leurs contrats. Si les règles de droit international privé conduisaient les arbitres à faire application du droit de l'État d'accueil, ces derniers l'ont repoussé pour appliquer les « principes généraux du droit, fondés sur la raison et sur la pratique commune des pays civilisés »⁷⁴. En effet, d'après les principes du droit international privé, un contrat international, c'est-à-dire un « contrat qui présente des éléments de rattachement avec plus d'un droit national, est toujours régi par un droit interne (droit national) »⁷⁵. Le droit national est alors soit choisi par les parties, en vertu du principe de l'autonomie de la volonté, soit, à défaut, l'État cocontractant sera présumé avoir contracté sous l'égide de son droit national⁷⁶, soit, le droit national est celui avec lequel le

⁷⁴ Sentence *Sapphire*.

⁷⁵ C. LEBEN, *La théorie du contrat d'Etat et l'évolution du droit international des investissements*, *op.cit.*

⁷⁶ Cela a notamment été le cas dans l'affaire relative au paiement en or des emprunts fédéraux brésiliens émis en France, dans laquelle la Cour Permanente de Justice internationale a affirmé que « un Etat souverain (...) ne

contrat a le plus de contacts, auquel cas il s'agira généralement du droit de territorialité de l'investissement.

Pourquoi donc repousser l'application de ces règles de droit international privé, l'application du droit national ? D'après le professeur Leben, « un tel choix s'expliquait par une volonté de protection des investissements : en effet, accepter l'application de la loi de l'État aurait mis l'investisseur étranger à la merci de celui-ci, qui aurait pu modifier le contrat de concession ou y mettre fin sans assumer aucune obligation financière à l'égard de l'investisseur, si telle était sa volonté »⁷⁷.

L'idée est donc encore une fois de rééquilibrer la relation entre l'investisseur privé étranger et l'État d'accueil et pour ce faire, de soustraire le contrat (et les autres contrats qui étaient passés avec l'État comme les contrats publics d'emprunt par exemple) du droit de l'Etat (et du droit international privé dont les règles ramenaient à l'application du droit de l'Etat).

Beaucoup de sentences arbitrales en la matière vont alors se référer aux principes généraux du droit international public. Ainsi dans l'affaire opposant la société Petroleum Development Ltd au cheikh d'Abu Dhabi, l'arbitre unique rejeta la logique du droit international privé conduisant à l'application du droit d'Abu Dhabi et décida d'appliquer à la place les « *principles rooted in the good sense and common practice of the generality of civilised nationals – a sort “of modern law of nature”* »⁷⁸.

Dans la sentence rendue concernant le différend entre le Gouvernement de l'Arabie Saoudite et l'Arabian American Oil Company, en date du 23 août 1958, si les arbitres concluent à l'application du droit de l'Arabie Saoudite, ils affirment tout de même que ce droit devra être interprété ou complété par les principes généraux du droit international.

Afin d'appliquer de tels principes généraux, tout en repoussant le droit interne normalement applicable d'après les règles traditionnelles du droit international privé, les arbitres se fondent sur des clauses des contrats en jeu posant des principes de bonne foi, de bonne volonté et d'interprétation raisonnable. Ainsi, dans la sentence *Lena Goldfiels* de 1930 les arbitres fondent leur application des principes généraux, constituant « *the proper law* » du contrat de concession, sur l'article 89 de ce dernier prévoyant que « *the basis of*

peut être présumé avoir soumis la substance de sa dette et la validité des engagements pris par lui a ce sujet à une loi autre que sa propre loi », CPIJ, série A n°21, 1929, arrêt 15, p.121.

⁷⁷ C. LEBEN (dir.), *Le contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement, Nouveaux développements*, Anthemis, 2006.

⁷⁸ *Petroleum Development (Trucial coast) Ltd c. cheikh d'Abu Dhabi*, sentence CIRDI, 28 août 1951, in I.C.L.Q., 1952, p247.

the present agreement on the part of both parties is one of goodwill, good faith, as well as desire to interpret its provisions reasonably ».

Dans la sentence *Sapphire*⁷⁹, l'arbitre considère qu'une telle clause, également présente dans le contrat conclu entre les parties de l'espèce, ne peut être compatible avec l'application du droit interne de l'État d'accueil de l'investissement, et implique au contraire « l'application des principes généraux du droit, fondés sur la raison et sur la pratique commune de l'ensemble des pays civilisés. (...) Il se justifie dès lors de voir dans une telle manifestation de volonté des parties de se soustraire à une législation déterminée de droit strict et partant de faire appel aux règles de droit fondées sur la raison commune aux nations civilisées »⁸⁰.

Les principes généraux du droit visés sont donc ceux de l'article 38, § 1, c), du Statut de la Cour internationale de Justice. Plusieurs sentences ultérieures vont cependant préciser qu'il ne s'agit pas de se référer uniquement à cette source, mais aussi à l'ensemble du droit international public⁸¹.

Il convient également de noter que le CIRDI parle de « droit international » et non pas uniquement de « principes généraux de droit international » ou encore que l'article 42 de la Convention de Washington vise l'application de « *rules of international law* ».

Dans les sentences précitées, le droit applicable aux rapports juridiques n'avait pas été défini par les parties. L'application du droit international public a donc été établie par les arbitres. Mais il arrive fréquemment que les parties elles-mêmes insèrent dans leurs contrats d'investissement ou bien dans le traité bilatéral ou multilatéral dont elles bénéficient une clause d'*electio juris*.

L'application du droit international ne pose pas de problème particulier lorsque les contrats contiennent des clauses permettant de faire échapper le contrat à l'ordre juridique de l'État cocontractant, en faisant directement référence aux principes généraux du droit international⁸², au droit international public lui-même ou encore au droit de l'État, mais stabilisé à une certaine date ou bien interprété à la lumière du droit international public.

Dans le cas d'une clause de droit stabilisé, les auteurs considèrent que l'on ne vise plus le droit de l'État, mais un ensemble de règles particulières, n'ayant rien à voir avec l'ordre

⁷⁹ Affaire opposant la société Sapphire International Petroleum Limited à la National Iranian Oil Company, 15 mars 1963.

⁸⁰ Texte dans ASDI, 1962, pp.273-302 et pp. 285-286, commentaire J.-F. Lalive.

⁸¹ C'est notamment le cas des sentences *Texaco c. Gouvernement libyen* ou encore *Aminoil c. Koweït*.

⁸² Article 22, §F du contrat de concession conclu entre le Gouvernement perse et l'Anglo-Persian Company: « *the award shall be based on the judicial principles contained in article 38 of Statute (sic) of the Permanent Court of International Justice. There shall be no appeal against this award* », McNair, *The General Principles of Law Recognized by Civilized Nations*, BYBIL, 1957, pp.7-8.

juridique de l'État cocontractant et plaçant donc le contrat dans une situation d'extériorité, rattachée à l'ordre juridique international. La solution est la même en cas d'insertion dans le contrat de « clauses d'intangibilité », par laquelle l'État s'engage à n'apporter aucune modification au contrat sans l'accord du cocontractant privé. Dans tous les cas, l'État d'accueil ne peut plus utiliser ses prérogatives pour remettre en cause l'équilibre du contrat ou y mettre fin en échappant à toute responsabilité contractuelle.

Qu'en est-il des clauses faisant application du droit national ? Le droit international public est-il inapplicable ? Il est en effet rare que les parties choisissent de se référer au droit international comme seul droit applicable. D'après Charles Leben, « il n'est pas souhaitable de se priver de la plénitude de règles offertes par un ordre juridique interne, en pratique celui de l'État contractant, pour régler tous les problèmes nés du litige entre les parties contractantes »⁸³. Comment les arbitres procèdent donc ils ?

Dans les sentences *Texaco*, *Liamco* et *BP*, relatives aux contrats de concession libyens, les arbitres ont été confrontés à des clauses de droit applicable prévoyant l'application des « principes du droit libyen en ce qu'ils ont de commun avec les principes du droit international » et à défaut de principes communs, l'application des « principes généraux du droit, qui ont pu être appliqués par des juridictions internationales ».

Dans la sentence *Texaco*, l'arbitre R.-J. Dupuy affirma que « si – à titre d'hypothèse – ces contrats devaient être régis par le droit libyen, il en résulterait que leur force obligatoire pourraient a priori être affectée par des mesures législatives ou réglementaires relevant de l'ordre juridique libyen (§22) (...) le recours aux principes généraux ne s'explique donc pas seulement par l'inexistence d'une législation adéquate dans l'État considéré (...). Il se justifie aussi par la nécessité pour le contractant privé de se protéger contre des modifications unilatérales et brutales de la législation de l'État cocontractant : il joue donc un rôle important dans l'équilibre contractuel voulu par les parties (§42) ».

Pour certains, l'application du droit international ne se résumerait qu'à un objectif de protection de l'investisseur privé, faisant donc obstacle à ce qu'on lui attribue une réelle capacité d'action. Mais pensons bien, si l'investisseur privé étranger est dans une situation nécessitant une protection particulière, c'est parce qu'il a pu dans un premier temps contracter avec l'État ; que ce sujet originaire et créateur du droit international public lui a attribué un statut particulier, le hissant dans la sphère internationale.

⁸³ C. LEBEN, *La théorie du contrat d'Etat et l'évolution du droit international des investissements*, *op. cit.*

L'application du droit international public aux contrats d'État, et aux différends entre investisseurs privés étrangers et États a par ailleurs été grandement facilitée par la Convention de Washington du 18 mars 1965, instituant le CIRDI⁸⁴. En effet, la Convention prévoit en son article 42⁸⁵ l'application de l'ensemble des règles de droit d'international public faute d'accord entre les parties.

Comme nous l'avons vu, les parties préfèrent généralement combiner richesse normative du droit de l'État et protection du droit international, en faisant de ces deux ordres juridiques, le droit applicable à leurs relations contractuelles. Mais lorsque le contrat ne fait référence qu'au droit interne de l'État contractant, il sera tout de même soumis à la « logique internationaliste qui découle de la Convention de Washington ».

Ainsi dans l'affaire *Letco c. Libéria*⁸⁶, le tribunal arbitral affirma que « la loi de l'État contractant est reconnue comme étant fondamentale sur son propre territoire, mais n'en est pas moins soumise au contrôle du droit international ».

Les arbitres du CIRDI font généralement toujours application du droit international public, et ce même en présence de clauses de droit applicable visant le droit de l'État contractant, le droit international public ayant alors un rôle soit « complémentaire », soit « correctif »⁸⁷.

C'est ainsi que P. Weil affirme que « sous l'empire de l'article 42 (1), et quelle que soit la manière dont on combine droit interne et droit international, c'est toujours la norme de droit international qui l'emporte et qui s'impose en fin de compte »⁸⁸.

Un autre exemple de l'attachement des arbitres du CIRDI à l'application du droit international public peut être donné à travers l'affaire *Compañia de Desarrollo de Santa Elena c. République du Costa Rica* dans laquelle le tribunal a fait application du droit international public, même étant moins favorable à l'investisseur que le droit de l'État contractant.

Nous voyons là que la fonction première de l'application du droit international pour la protection des investisseurs est désormais largement dépassée. Nous sommes désormais

⁸⁴ D'après Charles Leben, le raisonnement qui va être décrit pour le CIRDI est semblable que celui développé par le Comité d'arbitrage de la Chambre de commerce et d'industrie de Genève ou encore par la Cour internationale d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale.

⁸⁵ Article 42 (1) de la Convention de Washington : « Le Tribunal statue sur le différend conformément aux règles de droit adoptées par les parties. Faute d'accord entre les parties, le Tribunal applique le droit de l'Etat contractant partie au différend - y compris les règles relatives aux conflits de lois - ainsi que les principes de droit international en la matière ».

⁸⁶ Affaire CIRDI, ARB/83/2, sentence du 24 octobre 1984

V. aussi Affaire CIRDI, *SPP c. Egypte*, ARB/84/3, sentence sur le fond du 20 mai 1992 : l'application du droit égyptien « ne pourrait exclure l'applicabilité directe du droit international dans certaines situations » (§80 de la sentence).

⁸⁷ Affaire *Klöckner c. Cameroun*, décision d'annulation, JDI, 1987, p.167

⁸⁸ P. WEIL, *L'Etat investisseur étranger et le droit international : la relation désormais apaisée d'un ménage à trois*, *Ecrits de droit international*, Paris, PUF, 2000.

confrontés à des contrats et des différends internationalisés, en vertu, d'après nous, non seulement de l'objet de ces relations, c'est-à-dire l'investissement international, mais aussi en vertu de ses sujets, sujets du droit international public.

Par ailleurs, depuis la jurisprudence *AAPL c. Sri Lanka* ayant octroyé aux investisseurs la possibilité de le saisir sur le seul fondement de l'existence d'une clause d'attribution de compétence au CIRDI dans un traité bilatéral sur les investissements entre l'État d'accueil et l'État de nationalité de l'investisseur, sans fondement sur une base contractuelle, l'application du droit international public ne fait pas de doute, les prétentions de l'investisseur étant tirées d'un traité international.

Dans tous les cas donc, les investisseurs privés étrangers ont une capacité d'action substantielle, c'est-à-dire la capacité de contracter avec un Etat, sujet originaire de droit international, dont le régime est le droit international public. Et ce, que le droit applicable soit déterminé ou non, qu'il s'agisse du droit interne de l'État d'accueil ou non.

Leur capacité d'action substantielle est donc internationale.

Cette question de l'applicabilité du droit international public à ces différends est non seulement importante pour pouvoir affirmer que la capacité d'action des investisseurs privés est bien internationale, mais aussi pour qualifier les juridictions, devant lesquelles ce droit d'action s'exerce, d'internationale. En effet, « pour qu'on puisse qualifier [les réclamations des sujets internes d'*internationales*], il ne suffirait pas que le droit international ouvre lui-même des « actions » aux sujets lésés ; il faudrait encore qu'elles puissent être portées devant des organes propres à l'ordre juridique international »⁸⁹ ;

B) Exercice de la capacité d'action des investisseurs privés devant des juridictions internationales

Si la capacité d'action processuelle des investisseurs privés étrangers a déjà été démontrée, il faut désormais s'attarder sur les juridictions devant lesquelles leurs actions peuvent être portées, qui doivent être internationales. Cette question n'est pas sans importance, et conditionne même les droits internationaux dont nous avons déjà constaté l'existence. Ainsi Kelsen constatait que « les individus détiennent des droits internationaux seulement s'il existe une Cour internationale auprès de laquelle ils peuvent comparaître à titre de plaignants »⁹⁰.

⁸⁹ COMBACAU (J.) et SUR (S.), *Droit international public, op.cit.*

⁹⁰ H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, Paris, LGDJ, 1996, p.394.

Un élément de réponse est apporté en 1949, par la Cour internationale de Justice qui affirme que « la qualité pour présenter une réclamation internationale c'est, pour qui en est revêtu la capacité de recourir aux méthodes habituelles reconnues par le droit international pour l'établissement, la présentation et le règlement de réclamations. Parmi ces méthodes, on peut mentionner la protestation, la demande d'enquête, la négociation et la demande de soumettre l'affaire à un tribunal arbitral ou à la Cour, dans la mesure où son Statut le permet »⁹¹. Mais il serait insuffisant de s'arrêter là. Il est d'ailleurs étonnant que la Cour résume la qualité de réclamation internationale aux possibles méthodes de résolution des différends du droit international. Il semblerait dans cet arrêt que l'intention de la Cour soit véritablement d'étendre la qualité de sujet du droit international public à d'autres entités que l'État.

Il faudra encore ici se référer à une définition de la juridiction internationale, concept ayant lui aussi fait l'objet de beaucoup de réflexions de la doctrine. En observant la Cour internationale de Justice, juridiction dont le caractère international est incontesté, Charles Leben dégage cinq caractéristiques des juridictions internationales : création par traité, application du droit international, procédure régie par le droit international, différend juridique d'ordre international et jugements sont soustraits aux procédures du droit interne⁹².

Généralement on considère que les juridictions sont internationales si elles sont créées par traité. D'après Charles Rousseau il s'agit du « critère véritable » de la juridiction internationale⁹³. Ainsi, la juridiction CIRDI serait une juridiction internationale, puisque constituée par la Convention de Washington.

Cependant cela ne remet pas en cause la nature internationale des autres tribunaux arbitraux constitués sur la base d'un contrat d'État. En effet, Charles Leben fait remarquer, à juste titre, que « si on regarde (...) les clauses compromissoires dans les contrats d'investissement ou les dispositions sur le règlement des litiges dans les traités bilatéraux ou multilatéraux de protection des investissements, on s'aperçoit qu'elles font référence, très souvent de façon indifférenciée et en laissant le choix aux parties, à l'arbitrage CIRDI ou à l'arbitrage CNUDCI et même (...) à l'arbitrage CCI ou à celui de la chambre de commerce de Stockholm. (...) Faut-il penser qu'en fonction d'un tel choix, fait à partir de

⁹¹ CIJ, *Réparation de dommages subis au service des Nations Unies*, *op. cit.*, Rec, p.177.

⁹² C. LEBEN, *La théorie du contrat d'Etat et l'évolution du droit international des investissements*, *op. cit.*

⁹³ C. Rousseau, *Droit international public*, Paris, Sirey, 1983, tome V, p.382.

circonstances largement contingentes, on aboutit à une distinction de nature entre les sentences CIRDI et les sentences des tribunaux *ad hoc*, qui sont par ailleurs très proches ? On ne le croit pas (...) »⁹⁴. Ce critère de constitution par traité constitue donc une présomption d'internationalité de la juridiction, mais qui demeure simple.

Il ne s'agit pas d'un critère suffisant. En effet, des juridictions constituées par traités peuvent ne pas être des juridictions internationales, mais internes. C'est par exemple le cas de juridictions constituées par des États fédérés. Ainsi, si ce critère permet de qualifier une juridiction d'internationale, il ne demeure pas le seul critère.

Un autre critère dégagé par Charles Leben est celui d'une procédure régie par le droit international. Ce critère découle du précédent puisque généralement le traité de constitution d'une juridiction fixe également ses règles de procédure.

Ainsi, la Cour internationale de Justice voit ses règles de procédure fixées par son Statut. Dans le cas du CIRDI, c'est la Convention de Washington qui fixe ses règles de procédure. Ainsi P. Mayer affirme que « le CIRDI a un caractère indubitablement international, tant structurellement, parce que sa réglementation a pour source une convention internationale entre États et son organisation se voir confiée à un Centre, lui-même institution internationale créée par cette convention, qu'intrinsèquement, car la procédure d'arbitrage elle-même fait l'objet de règles matérielles contenues dans la Convention ou dans le Règlement d'arbitrage adopté par le conseil administratif du Centre »⁹⁵.

Il arrive également que les règles de procédure d'un tribunal arbitral soient celles d'une autre juridiction internationale. C'est le cas de certaines clauses compromissoires ou compromises d'arbitrage ou encore le cas du Tribunal des différends irano-américain, dont les règles de procédure appliquées sont celles de la CNUDCI avec quelques modifications⁹⁶. Mais il n'en demeure pas moins qu'il s'agit là non pas de règles internes, mais bien de règles internationales.

Par ailleurs, il est fréquent que les arbitres désignent des règles internationales comme régissant l'arbitrage. C'est ainsi que l'arbitre unique, dans la sentence relative à l'affaire *Texaco* affirma que « this arbitration (...) is governed by international law »⁹⁷. Cela semble logique, et suivre l'idée selon laquelle la relation juridique entre l'investisseur privé étranger et l'État d'accueil de l'investissement doit être rééquilibrée. Appliquer les

⁹⁴ C. LEBEN, *La théorie du contrat d'Etat et l'évolution du droit international des investissements*, *op. cit.* §§282-283.

⁹⁵ P. MAYER, *Principe d'autonomie et contrats internationaux*, Paris, Economica, 1983, p.130

⁹⁶ B. AUDIT, *Le tribunal des différends irano-américains*, JDI, 1981, pp. 791-863.

⁹⁷ *Texaco Calasiatic v. The Libyan Arab Republic*, Sentence CIRDI, ILM, 1978, p.9, §16.

principes du droit international public tout en appliquant les règles de procédures du droit interne semble en effet incompatible.

Le troisième critère est celui de l'application du droit international par la juridiction. Ainsi, la Cour internationale de Justice applique le droit international conformément à l'article 38 de son Statut.

Partant de ce critère, certains auteurs⁹⁸ considèrent qu'une juridiction internationale ne peut qu'appliquer le droit international et qu'une juridiction interne ne peut qu'appliquer le droit interne, existant une séparation stricte entre les ordres juridiques internes et internationaux. Cependant il ne nous semble pas que cette conception dualiste soit fidèle à la pratique des juridictions internationales qui sont amenées à appliquer, en plus du droit international, les droits internes⁹⁹. Par ailleurs, il arrive que des juridictions internes statuent conformément à des principes ou normes internationales.

Il ne semble donc pas que ce critère de l'application du droit international par les juridictions soit très pertinent pour notre étude, malgré le fait que, comme nous l'avons vu, le droit international public soit largement considéré comme le droit applicable et appliqué aux différends entre États et investisseurs privés étrangers, qu'ils soient soumis au CIRDI ou à des tribunaux arbitraux *ad hoc*.

Par ailleurs, d'après Charles Leben, « quand bien même le CIRDI applique le droit interne, c'est sur le fondement de la règle conventionnelle internationale qui autorise les parties à faire ce choix, et non pas sur le fondement d'une règle interne (...) qui déterminerait l'ordre juridique interne auquel le contrat est rattaché ». Le fait d'appliquer le droit interne d'un État ne fait donc pas échapper le contrat à l'ordre international.

Pour être une juridiction internationale, le tribunal doit statuer sur un différend juridique d'ordre international. Cela signifie-t-il que la sphère dans laquelle s'inscrit le différend doit être internationale ? Que les parties doivent être *internationales* ? D'après Michel Virally, « on voit les frontières entre la juridiction institutionnelle et les autres s'affaiblir de même qu'on voit s'affaiblir aussi la distinction classique entre la juridiction interétatique ou intergouvernementale et les autres formes de juridiction. Celles-ci, on ne peut pas le nier aujourd'hui, sont aussi des juridictions internationales parce qu'elles traitent d'affaires internationales, parce qu'elles le font dans des conditions telles que l'action des

⁹⁸ C. SANTULLI, *Le statut international de l'ordre juridique interne. Etude du traitement du droit interne par le droit international*, Paris, Pedone, 2001 ou encore *Irrégularités internes et efficacité internationale de la nationalité*, Paris, LGDJ, 1996.

⁹⁹ J.-M. SOREL, *Le droit interne dans la jurisprudence de la Cour internationale de Justice*, dans R. BEN ACHOUR et S. LAGHMANI (dir. publ.), *Droit international et droits internes, développements récents*, Paris, Pedone, 1998, pp.133-162.

États se trouve très sérieusement limitée et que l'on ne reste jamais dans le cadre d'un droit national »¹⁰⁰. Si ce critère semble peu convainquant au premier abord, il est parfaitement utile pour justifier de la nature internationale des tribunaux arbitraux *ad hoc*, reposant sur des clauses compromissaires ou compromis d'arbitrage. En effet, si le contrat passé entre l'investisseur privé étranger et l'Etat d'accueil n'est pas considéré comme traité, du fait de la qualité actuelle de l'individu en droit international, on ne peut ignorer qu'il ait un objet international, et que sont en jeu des « affaires internationales », pour reprendre l'expression de Charles Leben.

Enfin, un ultime critère serait celui de la soustraction des jugements aux procédures de droit interne. Charles Leben souligne le fait qu'aucune contestation des arrêts de la Cour internationale de Justice ne peut être formulée, ayant par ailleurs une force obligatoire sans qu'aucune procédure d'exéquatur ne soit nécessaire. Dans le cas du CIRDI, non seulement les sentences rendues sont obligatoires, mais elles sont en plus exécutoires. En effet, l'article 54 de la Convention de Washington va plus loin que ce qui est prévu pour la Cour internationale de Justice, et prévoit que les États partis devront reconnaître les sentences du CIRDI « comme s'il s'agissait d'un jugement définitif d'un tribunal fonctionnant sur le territoire dudit État ». Par ailleurs, l'article 53 de la convention de Washington prévoit que « la sentence est obligatoire à l'égard des parties et ne peut être l'objet d'aucun appel ou autre recours, à l'exception de ceux prévus à la présente convention ». Les exceptions prévues sont celles de demandes d'interprétation, de révision ou d'annulation, sur lesquelles nous ne nous attarderons pas. Les sentences du CIRDI sont donc autant que possible soustraites à tout contrôle de l'ordre interne.

Ce parallèle fait avec les caractéristiques de la Cour internationale de Justice est purement théorique. Il permet cependant de contester certaines thèses ne reconnaissant pas les tribunaux arbitraux évoqués comme des juridictions internationales, niant ainsi que la capacité de réclamation des investisseurs étrangers privés est bien internationale, pour enfin leur nier le titre de sujet du droit international public.

Nous sommes cependant tout à fait d'accord avec les théories, notamment celle de Michel Virally, visant à caractériser ces juridictions de *nouvelles catégories de juridictions internationales* et dont la comparaison avec d'autres semble inutile¹⁰¹.

¹⁰⁰ M. VIRALLY, Colloque SFDI de Lyon, *La juridiction internationale permanente*, Paris, Pedone, 1987, pp.82-83.

¹⁰¹ M. VIRALLY, Colloque SFDI de Lyon, *La juridiction internationale permanente*, *op. cit.*

Conclusion

Tous ces éléments développés démontrent l'internationalisation du statut de l'investisseur privé étranger et de son indéniable qualité de sujet du droit international public. Comme nous l'avons dit initialement, avant même d'être investisseur ou d'être *étranger*, l'investisseur privé est un individu.

L'apport du droit international des investissements, combiné aux apports des autres branches spécialisées du droit international telles que le droit de l'Union Européenne, le droit de l'environnement, le droit de l'homme, le droit humanitaire et autres, laisse en effet présager la future reconnaissance de la personne privée comme sujet du droit international public.

En effet, s'il peut y avoir différents types de sujets de droit, des sujets originaires et des sujets plus secondaires, comme les individus, nous ne pensons cependant pas qu'au sein d'une catégorie il puisse y avoir des sous distinctions. Nous ne sommes pas donc d'avis de P. Cahier qui affirme dans son cours général de droit international public qu'« il est divers individus sujets du droit international : (1) les agents internationaux (qualité pour agir devant les tribunaux administratifs internationaux) ; (2) les individus possédant des recours internationaux en matière de droits de l'homme (...) ; (3) les individus s'exposant à la responsabilité pénale internationale (...) »¹⁰². D'après nous, il ne peut exister des *individus-sujets* uniquement dans le cadre d'une responsabilité pénale internationale ou uniquement lorsqu'ils portent « la casquette » d'investisseur privé étranger, ou encore dans leurs droits les plus fondamentaux. Un individu ne peut pas être dans certaines circonstances considéré comme sujet de droit international public et dans d'autres non.

Pour de nombreux auteurs, outre les différents arguments que nous avons soulevés pour nier aux individus une personnalité juridique internationale, attribuer aux personnes privées le statut de sujet du droit international public reviendrait à amoindrir la personnalité juridique des États. Mais d'après nous, il est tout à fait possible de faire une place aux individus dans l'ordre juridique international sans pour autant remettre en cause celle des États. Et ce pour différentes raisons.

Tout d'abord parce qu'élever l'individu au niveau de sujet de droit international ne signifie pas l'élever au même niveau que l'État, qui aura toujours une place particulière s'agissant

¹⁰² P.CAHIER, *cours général de droit international public : changements et continuité du droit international*, RCADI, vol 195, 1985-VI, p.9-374 in *Les cours généraux de droit international public de l'Académie de la Haye*, R. KOLB, Bruylant, 2003, p.728.

du sujet originaire du droit international, bénéficiant d'une souveraineté indéniable, constituant peut être son caractère intrinsèque. Par ailleurs, il n'est pas question de nier les spécificités du droit international public, qui subsistent malgré les différentes évolutions que la matière connaît. Ainsi l'État pourrait coexister avec d'autres sujets sans pour autant qu'il faille chercher à ce qu'ils soient égaux entre eux, chose qui d'après ce que nous venons d'évoquer nous semble impossible. Cette thèse a notamment été défendue par Bourquin¹⁰³. Il pourrait alors y avoir différents niveaux de sujets du droit international. La Cour internationale de Justice affirma en effet, en 1949, que « les sujets, dans un système juridique, ne sont pas nécessairement identiques quant à leur nature juridique ou à l'étendue de leurs droits »¹⁰⁴.

Par ailleurs, même si, en ce qui concerne le droit des investissements, le but a été de rééquilibrer la relation contractuelle entre les investisseurs privés étrangers et les États d'accueil de leur investissement, cela a été possible grâce aux États, qui ont accepté de contracter avec les investisseurs privés, de neutraliser son pouvoir normatif, de conclure des traités bilatéraux ou multilatéraux d'investissement, ou encore de soumettre leurs différends à des tribunaux arbitraux. Or, rappelons que d'après l'arrêt *Vapeur Wimbledon* de la Cour internationale de Justice de 1923, la faculté de contracter, de s'engager est partie intégrante de la souveraineté de l'État.

Ainsi, il ne semblerait pas y avoir d'impossibilité de principe à ce que les individus soient considérés comme sujets du droit international public. Et d'après nous cela n'entraînerait pas une redéfinition du droit international public, mais une simple extension, une simple « déformation du tronc commun »¹⁰⁵, traduisant de son évolution.

Nous concluons alors sur les mots de Charles Leben, qui affirme à très juste titre que « peu importe, en fait, qu'on accorde ou refuse le label « sujets de droit » : reste la réalité des capacités juridiques dont bénéficient aujourd'hui les individus dans le droit international et, dans notre cas, dans le droit international de l'investissement. Cela seul importe, quelle que soit l'étiquette qu'on colle sur cette réalité »¹⁰⁶.

¹⁰³ BOURQUIN, *Règles générales du droit de la Paix*, RCADI, 1931/I (vol.35), pp.42-45.

¹⁰⁴ *Réparation des dommages subis au service des Nations Unies*, CIJ, Recueil 1949, p.178.

¹⁰⁵ M. VIRALLY, *Droits de l'homme et théorie générale du droit international*, in René Cassin *amicorum discipulorumque liber*, tome 4, Méthodologie des droits de l'homme, Paris, Pedone, 1969

¹⁰⁶ C. LEBEN, *La théorie du contrat d'Etat et l'évolution du droit international des investissements*, *op. cit.*

Bibliographie

Par ordre alphabétique

ALLAND (D.), *Manuel de droit international public*, PUF, 2014.

AUDIT (B.), *Le tribunal des différends irano-américains*, JDI, 1981.

BEN HAMIDA (W.), *L'arbitrage transnational unilatéral - Réflexions sur une procédure réservée à l'initiative d'une personne privée contre une personne publique*, Thèse, Paris II, 2003, sous la direction de Ph. Fouchard.

BOURGUIGNON (J.), *L'individu, sujet d'obligations en droit international ? L'exemple du pirate chez Hersch Lauterpacht*, in *Les Grandes pages du Droit international*, Volume 1, « Les sujets », Paris, Pedone, 2015.

BOURQUIN, *Règles générales du droit de la Paix*, RCADI, 1931/I (vol.35).

BURRIEZ (D.), *Le droit d'action individuelle sur le fondement des traités de promotion et de protection des investissements*, Thèse, Paris II, 2014.

CAHIER (P.), *cours général de droit international public : changements et continuité du droit international*, RCADI, vol 195, 1985-VI.

COMBACAU (J.) et SUR (S.), *Droit international public*, Paris, Montchrestien, Domat droit public, 7^{ème} édition, 2006 / 11^{ème} édition, 2014.

DAILLIER (P.) et PELLET (A.), *Droit international public*, L.G.D.J., 7^{ème} édition.

DAILLIER (P.), DE LA PRADELLE (G.), GHERARI (H.) (dir.), *Droit de l'économie internationale*, Pedone, Paris, 2004.

DE NANTEUIL (A.), *Droit international de l'investissement*, Pedone, Paris, 2014.

DE VATTEL (E.), *Le droit des gens ou principes de la loi naturelle appliquée à la conduite et aux affaires des nations et des souverains*, 1758, Tome 1, rééd. Paris, Rey & Gravier, 1820, livre II.

DOMINICE (C.), *L'émergence de l'individu en droit international public, Soixante ans de relations internationales : Contrastes et Parallèles, 1927-1987*, Annales d'études internationales, Association des Anciens Etudiants de l'Institut Universitaire de Hautes Etudes Internationales, Genève, 1988.

DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, 1921.

DUPUY (P.-M.), *Cours général à l'académie, l'unité de l'ordre juridique international*, Recueil de cours, tome 297, 2002.

DUPUY (P.-M.), KERBRAT (Y.), *Droit international public*, Paris, Dalloz, 6^{ème} éd., 2002.

FRAPPIER (M.), *L'individu, sujet matériel du droit international chez Giuseppe Sperdutti*, in *Les Grandes pages du Droit international*, Volume 1, « Les sujets », Paris, Pedone, 2015.

GRISEL (F.), *L'arbitrage international ou le droit contre l'ordre juridique – Application et création du droit en arbitrage international*, Thèse, 2011, Institut Universitaire Varenne, Collection : Thèses.

IHEI, *Les Grandes pages du Droit international*, Volume 1, « Les sujets », Paris, Pedone, 2015.

KAUFMANN (E.), *Règles générales du droit de la paix*, RCADI, vol.54, 1935-IV.

KELSEN (H.), *Théorie générale du droit international public*, RCADI, 1932/IV (vol.42).

KELSEN (H.), *Théorie pure du droit* (traduction de Ch. Eisenmann), Paris, Dalloz, 1962.

KOLB (R.), *Les cours généraux de Droit international public de l'Académie de la Haye*, Bruylant, 2003.

LEBEN (C.) (dir.), *Le contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement, Nouveaux développements*, Anthemis, 2006.

LEBEN (C.), *La théorie du contrat d'État et l'évolution du droit international des investissements*, Collected Courses of the Hague Academy of International Law, 2003, vol. 302.

M. VIRALLY, *Droits de l'homme et théorie générale du droit international*, in René Cassin amicorum discipulorumque liber, tome 4, Méthodologie des droits de l'homme, Paris, Pedone, 1969.

MAYER (P.), *La neutralisation du pouvoir normatif de l'État en matière de contrats d'État*, *Journal du droit international*, 1986.

MAYER (P.), *Principe d'autonomie et contrats internationaux*, Paris, Economica, 1983.

MCNAIR, *The General Principles of Law Recognized by Civilized Nations*, BYBIL, 1957.

ONU, *la Commission du droit international et son œuvre*, New York, Nations Unies, 2005.

ONU, *Rapport de la Commission du droit international*, 58^{ème} session.

PAULSONN (J.), *Arbitration without Privaty*, ICSID Rév., 1995.

ROUSSEAU (C.), *Droit international public*, Paris, Sirey, 1983, tome V, p.382.

SALMON (J.) (dir.), *Dictionnaire de droit international public*, Bruylant, Bruxelles, 2001.

SANTULLI (C.), *Irrégularités internes et efficacité internationale de la nationalité*, Paris, LGDJ, 1996.

SANTULLI (C.), *Le statut international de l'ordre juridique interne. Etude du traitement du droit interne par le droit international*, Paris, Pedone, 2001.

SCELLE (G.), *Précis de droit des gens*, 1932.

SEFERIADES, *Le problème de l'accès des particuliers à des juridictions internationales*, 51 RCADI I, 3, 1935.

SERINI (A. P.), *International Economic Institutions and the Municipal Law of State*, *Recueil des cours*, Tome 96 (1959).

SOREL (J.-M.), *Le droit interne dans la jurisprudence de la Cour internationale de Justice*, dans R. BEN ACHOUR et S. LAGHMANI (dir. publ.), *Droit international et droits internes, développements récents*, Paris, Pedone, 1998.

SPERDUTI, *L'individu et le droit international*, Cours à l'Académie de droit international de La Haye, RCADI, tome 90, 1956.

TRIEPEL (H.), *Les rapports entre le droit interne et le droit international*, *Recueil des Cours*, Tome 1, (1923).

VIRALLY (M.), Colloque SFDI de Lyon, *La juridiction internationale permanente*, Paris, Pedone, 1987.

VIRALLY (M.), *Sur le pont aux ânes : Les rapports entre le droit international et droits internes*, *Mélanges offerts à Henri Rolin – Problèmes de droit des gens*, Paris, Pedone, 1964.

WEIL (P.), *L'État investisseur étranger et le droit international : la relation désormais apaisée d'un ménage à trois*, *Ecrits de droit international*, Paris, PUF, 2000.