UNIVERSITÉ DE GENÈVE

Archive ouverte UNIGE
https://archive-ouverte.unige.ch

Thèse 2019

Open Access

This version of the publication is provided by the author(s) and made available in accordance with the copyright holder(s).

Le consentement étatique à la compétence des juridictions internationales

Marquet, Clément

How to cite

MARQUET, Clément. Le consentement étatique à la compétence des juridictions internationales. Doctoral Thesis, 2019. doi: 10.13097/archive-ouverte/unige:129386

This publication URL: https://archive-ouverte.unige.ch/unige:129386
Publication DOI: 10.13097/archive-ouverte/unige:129386

© This document is protected by copyright. Please refer to copyright holder(s) for terms of use.

LE CONSENTEMENT ÉTATIQUE À LA COMPÉTENCE DES JURIDICTIONS INTERNATIONALES

Clément Marquet

Thèse de Doctorat

Sous la direction du Professeur Makane Moïse Mbengue

(Références à jour au 1er avril 2019)

Faculté de droit de l'Université de Genève

Imprimatur No 981

Remerciements

La liste de personnes à remercier ne pourra jamais être exhaustive. Ce travail s'est construit en apprenant au contact de tous les gens m'ayant entouré. Néanmoins, je vais m'essayer à une ébauche.

En premier lieu, je souhaite bien évidemment remercier mon directeur de thèse. Makane a été l'instigateur de ce projet, à la fois dans le choix du sujet et dans la volonté de le mener à bien. C'est notamment lors de ses cours que j'ai pu me familiariser avec le sujet, et ses commentaires ont grandement participé au développement de mon propos. De même, je lui suis reconnaissant pour le temps pour le temps investi, en lectures et relectures.

Deuxièmement, c'est à Gabrielle Marceau que mes remerciements vont. Elle a non seulement su me donner ma chance, mais m'a également poussé et offert des opportunités incroyables, permettant de développer ma réflexion. En cela, elle a grandement contribué au raisonnement présenté ci-dessous. De même, les réunions avec son groupe de doctorant ont été autant d'occasions d'avancer dans mon travail.

S'agissant également du fond de la thèse, ma reconnaissance va également à Guillaume. Si j'aurai du mal à être aussi original que les différents remerciements découverts au hasard des thèses lues en 4087, je tiens à souligner combien nos discussions plus ou moins philosophiques ont participé à former la compréhension de mon sujet.

D'un point de vue plus personnel, un grand merci à La Meute, puis ses itérations suivantes, pour le soutien que j'ai pu recevoir sur tous les plans. C'est notamment parce que le contexte était si chaleureux que l'écriture de cette thèse a été possible. Ces remerciements doivent également s'étendre à l'entier de la Faculté, notamment au PAT, qui a participé à me faire sentir chez moi.

Merci également à tout mon entourage, mes amis, ma famille, Ersatz, Morgan, Stéphane, pour avoir rendu ces quelques années aussi riches qu'agréables, en offrant des périodes de répits nécessaires. L'absence de « Tu la finis quand ta thèse ? » a été très appréciée.

Mes remerciements s'adressent aussi à toi Opapa, pour le goût de l'indignation que tu m'as transmis. C'est sur cela que s'est construite cette recherche, sur ce besoin de comprendre l'injustice.

Enfin, merci à Toi. Pour ton soutien indéfectible, pour ta disponibilité, pour ta curiosité. Pour tout.

Sommaire

Le consentement étatique à la compétence des juridictions internationales 1

Remerciements 3

Sommaire 5

Liste des abréviations 11

Introduction 13

Prolégomènes 13

Délimitation du sujet 14

Méthodologie 17

État de la recherche 19

Intérêt du sujet 22

Idées générales et objet de ce travail 24

Structure 25

Première partie : L'ontologie du consentement étatique 27

Introduction 27

Chapitre 1er : Le consentement comme droit strictement personnel des États 31

Section I Obligation de don du consentement ou don réel ? 31

Section II Le don du consentement pour des tiers 39

§ I. L'action directe par un tiers sur la juridiction 39

A) La recommandation du Conseil de Sécurité 39

B) Le consentement par résolution sous Chapitre VII de la Charte ONU 41

§ II. La substitution au consentement étatique 43

Conclusion 45

Chapitre 2 : Le consentement étatique à la compétence à travers l'Histoire 47

Section I Antiquité : naissance et premières leçons 48

Section II Moyen Âge et Renaissance : une alternative au consentement ? 55

Section III Redéfinition westphalienne 60

Section IV Premiers développements juridictionnels modernes : l'émancipation du juge 63

Section V Institutionnalisation et diversification 67

Conclusion 78

Chapitre 3 : L'épistémologie du consentement 80

Section I Approche externe : les fondements philosophiques du système . 82

§ I. Approche bottom-up : l'état de nature et le volontarisme . 84

A) La doctrine libérale et le consentement 84

B) Le XXe siècle : mêmes problématiques, autres approches . 89

§ II. Approche top-down : une idée de la Justice ? 91

A) La morale et le droit 92

B) La justice et le consentement..... 93

Section II Approche interne : la juge et sa fonction 94

Section III Le consentement à la compétence : expression ou cession de la souveraineté ? 99

§ I. De la souveraineté 100

§ II. La souveraineté lors du don du consentement 103

Conclusion 106

Chapitre 4 : Le formalisme du consentement 108

Section I Le mode d'expression du consentement : quand le réalisme prime 108

§ I. De l'obligation de forme 109

§ II. Du consentement oral 111

§ III. Du consentement tacite ou implicite..... 113

Section II La notification du consentement 115

Conclusion de la première partie..... 123

Deuxième partie : L'impact du consentement sur la compétence 125

Introduction 125

Chapitre 1er : La nature préliminaire du consentement : une porte d'accès à la juridiction 128

Section I La distinction théorique entre compétence et recevabilité : entre ombre et lumière 129

Section II La casuistique : distinctions pratiques entre compétence et recevabilité 136

§ I. Les cas relevant clairement de la compétence 136
§ II. Les cas particuliers 138
A) L'obligation de négociation préalable 138
B) Le délai de carence avant action 143
C) L'épuisement des voies de recours internes 147
D) La recevabilité : une catégorie résiduelle ? 151
Conclusion *154*
Chapitre 2 : Les modulations du consentement 156
Section I Les pouvoirs ancillaires des juridictions *157*
§ I. Compétences ancillaire, implicite et inhérente : une distinction 158
§ II. La distinction en pratique : la foire d'empoigne 162
A) Les compétences potentiellement implicites 162
1) Les mesures provisionnelles 163
a) Un pouvoir implicite ou inhérent ? 163
b) La compétence *prima facie* dans les mesures provisionnelles 168
2) L'intervention 174
3) Les demandes reconventionnelles 176
a) Un pouvoir implicite ou inhérent ? 177
b) La connexité et le consentement dans les demandes reconventionnelles 182
c) La temporalité et le consentement dans les demandes reconventionnelles 184
4) Les réparations 187
5) L'interprétation des arrêts 192
6) La révision des arrêts 195
B) La compétence de la compétence : un pouvoir réellement inhérent 201
§ III. Conclusion 211
Section II Les limitations à l'objet du litige *213*
§ I. La réciprocité 214
§ II. Les limitations ratione temporis : un voyage dans le temps 218

A) Le début et la fin de la compétence : naissance facile, mort difficile 219
a) Le *dies a quo* 220
b) La *perpetuatio fori* 222
c) Le *dies ad quem* 229
B) Le délai dans la réciprocité 237
C) La date de naissance du litige 238
D) Conclusion 246
§ III. Les limitations ratione materiae : ne parlons pas de ce qui fâche 247
A) Les limitations quant au champ de compétence des juridictions 248
B) Les clauses subjectives 250
C) Les réserves invalides 253
D) Conclusion 258
§ IV. L'effet des réserves invalides 258
Conclusion de la deuxième partie 265
Troisième partie : L'interprétation du consentement et les tendances actuelles 267
Introduction 267
Chapitre 1er : Typologie du consentement à la compétence 269
Section I Le don du consentement unilatéral 270
§ I. La déclaration faite en vertu de l'article 36 §2 du Statut de la CIJ 272
§ II. L'offre ouverte en droit national 274
§ III. Le forum prorogatum 276
A) Le forum prorogatum : définition et limites 276
B) Le forum prorogatum dans l'établissement de la compétence 285
§ IV. Une catégorie résiduelle ? 287
Section II Le don du consentement multilatéral 288
§ I. La clause compromissoire 289
A) La clause compromissoire dans les litiges interétatiques . 290
B) La clause compromissoire dans les litiges asymétriques .. 291

§ II. L'accord spécial ou compromis 292
§ III. Le contrat d'investissement 293
Conclusion *295*
Chapitre 2 : L'interprétation du consentement à la compétence 297
Section I L'interprétation du consentement unilatéral *297*
§ I. L'interprétation restrictive du consentement unilatéral ... 298
§ II. L'importance de l'intention dans le don du consentement unilatéral 301
§ III. Les spécificités du CIRDI 307
§ IV. L'interprétation évolutive du consentement unilatéral 310
Section II L'interprétation du consentement multilatéral *311*
§ I. L'interprétation restrictive du consentement multilatéral 312
§ II. L'importance de l'intention dans le don du consentement multilatéral 315
§ III. Les spécificités du CIRDI 320
§ IV. L'interprétation évolutive du consentement multilatéral. 321
Conclusion *323*
Chapitre 3 : Tendances actuelles dans l'interprétation du consentement : la *Fashion Week* des juges, arbitres et avocats 325
Section I La participation de tiers à la procédure *326*
§ I. Le tiers indispensable et la compétence 326
§ II. Le tiers indispensable et l'intervention 331
§ III. Les autres juridictions : un problème peu abordé 335
Section II Les avis consultatifs *339*
Section III La clause de la nation la plus favorisée et le consentement ... *350*
§ I. L'« importation » du consentement : réflexion de principe 352
§ II. Au-delà du principe : les possibilités 361
Section IV Les clauses parapluie (umbrella clauses) et le consentement : pour les jours pluvieux *365*
Section V Les litiges de masse et le consentement *371*
Conclusion de la troisième partie 376
Conclusion générale 379

Bibliographie 385
Index des cas 406

Liste des abréviations

AG	Assemblée générale
AGCS	Accord général sur le commerce des services
CDI	Commission du droit international
CEDH	Cour européenne des droits de l'homme
CIEDR	Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale
CIJ	Cour internationale de justice
CINU	Commission d'indemnisation des Nations Unies
CIRDI	Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements
CNUCED	Conférence des Nations unies sur le commerce et le développement
CNUDM	Convention des Nations unies sur le droit de la mer
CNUDCI	Commission des Nations Unies pour le droit commercial international
CPA	Cour permanente d'arbitrage
CPJI	Cour permanente de justice internationale
CS	Conseil de Sécurité
CVDT	Convention de Vienne sur le droit des traités
GATT	Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce (*General Agreement on Tariffs and Trade*)
OA	Organe d'appel de l'Organisation mondiale du commerce
OMC	Organisation mondiale du commerce
ONU	Organisation des Nations Unies
ORD	Organe de règlement des différends de l'OMC
NPF	Nation la plus favorisée
SdN	Société des Nations
TBI	Traité bilatéral d'investissement
TIDM	Tribunal international du droit de la mer
TPIR	Tribunal pénal international pour le Rwanda
TPIY	Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie

Introduction

Siobhan said that when you are writing a book you have to include some descriptions of things. I said that I could take photographs and put them in the book. But she said the idea of a book was to describe things using words so that people could read them and make a picture in their own head.[1]

Prolégomènes

En 1984, de manière très controversée, les États-Unis annoncent qu'ils retirent leur consentement à la compétence de la Cour internationale de justice (CIJ). Par ce geste, l'administration Reagan souhaite empêcher le Nicaragua de lancer une procédure à son encontre. Le Nicaragua dépose sa demande trois jours plus tard.

Pour les États-Unis, le retrait du consentement est justifié par le fait qu'ils ne veulent pas que le Nicaragua puisse « détourner l'attention des vrais problèmes de la région et troubler le processus de paix régional en cours, par le biais d'un long contentieux fait de demandes et de demandes reconventionnelles »[2]. Si le lien fait entre le refus de participer à un processus juridictionnel et la construction de la paix peut surprendre, que dire du moment choisi par les États-Unis ? La conjonction des deux évènements est pour le moins curieuse.

La même année et malgré cette stratégie, la Cour rend un premier jugement dans lequel elle exprime clairement que ce type de tentative de dévoyer son fonctionnement ne peut être accepté. Elle affirme sa compétence dans l'affaire, en dépit de la démarche des États-Unis visant à l'en priver. Ceux-ci font part de leur mécontentement en refusant purement et simplement de participer à la procédure.

Cette affaire fait date dans l'histoire de la CIJ et des juridictions internationales, tant elle exprime les enjeux traversant l'idée de consentement à compétence. À cheval entre la souveraineté étatique et la notion de justice, elle incarne la tension du droit international.

---

[1] HADDON M., *The Curious Incident of the Dog in the Night-Time*, Croydon, Vintage, 2004, 85.

[2] "to divert attention from the real issues in the region and to disrupt the on-going regional peace process by a protracted litigation of claims and counter-claims' ULLMAN R. H., *World Court Evasion* in *The New York Times*, 11 April 1984 (traduction libre).

Délimitation du sujet

Cette recherche porte sur le consentement étatique à la compétence des juridictions internationales, plutôt que sur le consentement étatique en général, tel que celui permettant l'adhésion à un traité. Dès lors, il est légitime de s'interroger sur la pertinence de se restreindre à l'analyse de cette manière. Quelles considérations rendent nécessaire cette distinction ? Un raisonnement s'applique-t-il *mutatis mutandis* aux les deux types de consentement ?

Une première raison de cette distinction réside en l'impact d'une absence de consentement lors de l'examen de sa compétence par une juridiction internationale. Le stade auquel cet examen intervient peut changer selon qu'il s'agit d'un consentement à la compétence ou d'un consentement plus général. Ainsi, si l'objet du litige porte sur le consentement général à la signature ou ratification d'un traité, la cour ou le tribunal examine la question dans le contexte du fond. En revanche, le consentement à la compétence est examiné dans le contexte d'une exception préliminaire.[3] Le consentement à la compétence peut ici être conçu comme une porte d'entrée nécessaire vers la suite du processus. C'est dans un second temps que se pose la question de savoir si l'État est lié par les obligations matérielles en cause dans la procédure, et ainsi de savoir s'il a donné son consentement au traité.[4] Procéduralement parlant, une distinction est faite dans le traitement de ces deux types de consentement.

Cela étant, deux *caveats* importants peuvent être apportés à ce raisonnement. Premièrement, il n'est pas rare que les deux consentements mentionnés ci-dessus soient contenus dans le même traité. Une clause compromissoire peut être incluse dans un traité comportant d'autres obligations au fond.[5] Ainsi, la distinction n'est pertinente que dans des cas dans lesquels le consentement à la compétence se donne par un acte distinct de la soumission à des obligations de fond (par exemple dans le contexte de la clause facultative de compétence obligatoire de la CIJ). Deuxièmement, il est tout à fait possible qu'une question de consentement à la compétence soit traitée dans le cadre du fond d'une affaire. L'affaire *Ambatielos* ayant occupé la CIJ porte précisément sur ceci. Ce cas de protection diplomatique concerne un litige au sujet d'un armateur hellène souhaitant obtenir, par le biais de son gouvernement, un arbitrage contre le

[3] *Avena et autres ressortissants mexicains (Mexique c. États-Unis d'Amérique)*, Arrêt, CIJ Recueil 2004, 12, para 24.

[4] L'affaire *Mavrommatis* devant la CPJI est un exemple de ceci. La Cour se prononce dans un premier temps sur sa compétence en lien avec le consentement à la compétence, avant de se pencher sur une éventuelle erreur essentielle des parties, qui entacherait son consentement concernant les obligations matérielles en cause, *Affaire des concessions Mavrommatis en Palestine*, Exception d'incompétence, Arrêt, CPJI, Série A, No 2, 1924, 16 ; *Affaire des concessions Mavrommatis en Palestine*, Arrêt, CPJI, Série A, No 5, 1925, 30-31.

[5] C'est par exemple le cas de l'article IX de la Convention pour la prévention et la répression du crime du génocide. *Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, Paris, 9 décembre 1948, Nations Unies, *Recueil des Traités*, Vol. 78, No 1021, 277.

Royaume-Uni. La CIJ est dans un premier temps saisie par le gouvernement grec qui souhaite soit que les prétentions de l'armateur soient jugées par la Cour, soit que la Cour déclare compétente la Commission arbitrale prévue dans le traité de 1926.[6] Si la CIJ nie sa compétence concernant le premier volet[7], elle considère néanmoins qu'elle est compétente pour le second, et détermine que le Royaume-Uni a donné son consentement à la résolution du litige devant la Commission.[8] Cependant, comme le souligne VERZIJL :

> *This second judgement, if any and if favourable to Greece, thus to be delivered by the Court on the 'merits', was again, to a certain extent, only preliminary to further proceedings before the Commission of Arbitration itself, dealing with other merits, chiefly as to the validity of Ambatielos' complaint […].*[9]

Le consentement à la compétence pouvant ici être traité comme une question de fond, la distinction entre celui-ci et le consentement général doit être plus nuancée. Le simple rôle d'exception préliminaire l'explique, mais ne suffit pas à lui seul.[10]

Il est donc nécessaire d'élargir le champ de réflexion à ce sujet. La distinction ne porte pas tant sur la nature du consentement (consentement général opposé au consentement à la compétence) que sur son rôle dans le processus juridictionnel. Le consentement à la compétence traité dans le cadre du fond, tel qu'il l'est dans l'affaire *Ambatielos* par exemple, n'aura pas la même pertinence que celui traité dans le contexte d'une exception préliminaire.[11] Sa spécificité se définit notamment par rapport à son impact sur la compétence du tribunal et, de manière corollaire, sur l'obligation pour l'État de respecter sa décision. La nature de juridictions d'attribution des cours et tribunaux internationaux rend nécessaire un examen séparé du consentement à la compétence.[12]

Une autre distinction entre le consentement en général et le don du consentement à la compétence se retrouve dans les sources de ce dernier. Comme présenté plus loin, la forme exacte du don du consentement à la compétence n'est pas un élément crucial.[13] Cela étant, à l'heure actuelle, il est

---

[6] *Ambatielos (Grèce c. Royaume-Uni)*, Exception préliminaire, Arrêt, CIJ Recueil 1952, 28, 33.

[7] *Ibid.*, 39.

[8] *Ibid.*, 46.

[9] VERZIJL J. H. W., *Problems of Jurisdiction : Reflections on some Puzzling Aspects of the Ambatielos Case* in *Netherlands International Law Review*, Vol. 1/1953, 58-77, 60.

[10] La Cour reconnaît d'ailleurs explicitement cette distinction dans son arrêt au fond de l'affaire : *Ambatielos (Grèce c. Royaume-Uni)*, Fond : obligation d'arbitrage, Arrêt, CIJ Recueil 1953, 10, 14.

[11] L'impact de ce jugement au fond sur la compétence de la commission arbitrale est évoqué plus bas, voir *infra* 208.

[12] Sur la notion d'exception préliminaire, voir ABI-SAAB G., *Les exceptions préliminaires dans la procédure de la Cour internationale*, thèse, Université de Genève, 1967.

[13] Voir *infra* 108.

difficile d'imaginer un don du consentement basé sur du droit coutumier. La « fiction de don du consentement » mise en évidence par KELSEN dans le contexte du droit coutumier ne trouve, dans les faits, pas application pour le consentement à la compétence.[14] Ce don exige un consentement qualifié par rapport au don du consentement parfois présumé pour la création d'une règle coutumière.[15] Ainsi, une source du droit international n'est pas pertinente s'agissant du consentement à la compétence.

Enfin, un dernier point, certes quelque peu éloigné de considérations purement juridiques, souligne la différence entre les deux types de consentement. L'aspect contractuel du consentement aux traités internationaux peut être facilement compris par les personnes peu familières avec le droit international. Il reflète le consentement nécessaire en droit interne pour créer une relation contractuelle avec un autre particulier. Le système de consentement à la compétence est toutefois instinctivement plus choquant. La société promeut (avec plus ou moins de succès) une forme de responsabilité dans le droit interne, en incluant des sanctions pour la non-apparition ou la non-coopération devant un tribunal.[16] Il peut donc être surprenant qu'un État puisse être à la fois une forme d'« accusé » et décider de son apparition ou non devant le tribunal pouvant le juger.

Chevauchant la frontière souvent floue entre la souveraineté des États et le concept de justice, lui-même intrinsèquement lié à l'autonomie des juges, à leur fonction judiciaire[17], le consentement à la compétence ajoute une strate au « simple » consentement général. Il ne s'agira plus simplement de déterminer la manière dont le pouvoir souverain de l'État s'est exprimé. La réflexion portera plus précisément sur l'interaction de celui-ci avec les limites qui peuvent lui être imposées, car nécessaires à un exercice légitime de la justice.

Corollaire d'une analyse excluant le consentement général aux traités, la présente recherche ne se penche pas sur la question du droit d'ester. Celui-ci, prévu notamment à l'article 35 du Statut de la CIJ, est une question indépendante.[18] Il s'agit d'une condition préalable à l'exercice par la Cour de sa

---

[14] KELSEN H., *Principles of International Law*, 2nd ed., New York, Holt Rinehart and Winston Inc., 1966, 448.

[15] Le simple fait que la CIJ affirme : « Le consentement des États parties à un différend est le fondement de la juridiction de la Cour en matière contentieuse » ou encore « La Cour ne se départit pas du principe bien établi en droit international et accepté par sa jurisprudence ainsi que par celle de la Cour permanente de Justice internationale, d'après lequel un État ne saurait être obligé de soumettre ses différends à arbitrage sans son consentement » met en évidence la nécessité de consentement direct des parties, plutôt qu'une forme de consentement présumé de type coutumier, *Interprétation des traités de paix conclus avec la Bulgarie, la Hongrie et la Roumanie*, Avis consultatif, Première phase, CIJ Recueil 1950, 65, 71 ; *Ambatielos*, Fond, *supra* note 10, 19.

[16] Voir notamment AMERICAN LAW INSTITUTE & UNIDROIT, *Principles of Transnational Civil Procedure*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006, 86.

[17] À ce sujet, voir *infra* 105.

[18] *Licéité de l'emploi de la force (Serbie-et-Monténégro c. Belgique)*, Exceptions préliminaires, Arrêt, CIJ Recueil 2004, 279, para 46.

compétence, et non d'un élément dépendant directement du consentement à la compétence.[19]

Il est également important de mentionner ici que le champ d'étude n'inclut pas les juridictions pénales internationales. Qu'il s'agisse de la Cour pénale internationale, du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie (TPIY), du Tribunal pénal international pour le Rwanda (TPIR), ou de toute autre juridiction de ce type, l'enjeu est distinct. D'une part, la cible de l'action de la cour ou du tribunal est l'individu, et non l'État.[20] D'autre part, corollaire du point précédent, il n'existe pas de chevauchement entre la personne (physique ou morale) donnant son consentement et celle pouvant faire l'objet d'une procédure juridictionnelle.

Au vu de ce qui précède, il existe des particularités notables justifiant la différence de traitement du consentement à la compétence. Nombre d'enseignements, notamment l'histoire philosophique, sont pertinents pour les deux types de consentement. Néanmoins, d'autres développements ont eu lieu spécifiquement en lien avec le consentement à la compétence. Cette étude propose donc de se pencher avant tout sur le consentement étatique à la compétence.

Méthodologie

Trois points de méthodologie méritent d'être ici abordés : le choix des juridictions étudiées, la méthode de raisonnement et l'importance donnée à la doctrine.

Concernant le premier aspect, c'est essentiellement quatre systèmes juridiques qui sont présentés : la Cour internationale de Justice, les juridictions tirant leur compétence de la Convention des Nations unies sur le droit de la mer (CNUDM), celles de l'Organisation mondiale du commerce (OMC) et les tribunaux établis sous les auspices du Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI).

Le choix de ces quatre systèmes n'est pas anodin. Il s'explique par la conjonction de deux facteurs. D'une part, un *corpus* de jurisprudence non négligeable permet de tenter de tirer des règles générales pour chacune des juridictions étudiées. Il serait vain d'essayer de raisonner de manière inductive sur la base d'un unique arrêt d'un seul tribunal. Au contraire, c'est le nombre qui permet de donner du poids aux synthèses ou hypothèses finales. D'autre

[19] Voir notamment *Compétence en matière de pêcheries (République fédérale d'Allemagne c. Islande)*, Compétence de la Cour, Arrêt, CIJ Recueil 1973, 49, para 11.

[20] *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro)*, Arrêt, CIJ Recueil 2007, 43, para 403.

part, la variété de ces juridictions est cruciale. Ce travail présente une analyse comparative du consentement à la compétence. Le but n'est pas de raisonner dans une bulle, au sein d'un unique système, mais plutôt de réfléchir au rôle de la notion de consentement à la compétence des juridictions. Dès lors, le choix de systèmes légaux ayant des cultures juridictionnelles radicalement différentes n'est pas qu'une coïncidence, c'est une nécessité.

Il est important de signaler que, çà et là, référence est faite à des décisions sortant du cadre strict de quatre juridictions. En particulier, la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) et des arbitrages *ad hoc* sont parfois mentionnés. Le but n'est pas de biaiser l'échantillon représentatif, mais plutôt de l'éclairer. Il arrive que les systèmes légaux choisis ne traitent pas d'un point, et lorsqu'une approche est particulièrement unique ou novatrice, il serait regrettable de la passer sous silence en raison d'une rigidité méthodologique déplacée.

La raison pour laquelle cette démarche élargissant parfois l'échantillon représentatif est adoptée est liée au second point de méthodologie. Comme mentionné plus haut, c'est un raisonnement essentiellement inductif qui est adopté. Une étude exhaustive de la jurisprudence permet d'identifier des tendances, avant de formuler une tentative de règle générale. Cette approche est intimement liée au sujet d'étude de ce travail. À l'inverse des sciences dites « dures », le droit peut difficilement avoir pour objet la découverte d'une vérité, existant indépendamment de l'intervention humaine. Au contraire, le droit est créé par le législateur et l'interprétation des juges. Dès lors, c'est avant tout par l'étude de la jurisprudence que l'état actuel des règles peut être présenté. Il serait vain de tenter de prévoir une règle de manière abstraite, tant le constructionnisme du droit international est important. C'est la raison pour laquelle le raisonnement inductif est préféré au raisonnement hypothético-déductif.

Enfin, le dernier point de méthodologie concerne l'utilisation de la littérature. Comme la lectrice avisée pourra le constater, la doctrine est omniprésente dans la première partie, avant de s'estomper dans les deux suivantes au profit de la jurisprudence. Cela s'explique par un désir de coller au plus près des sources primaires. Dans la première partie, en particulier dans le chapitre concernant la philosophie, la littérature est à la fois la source secondaire et la source primaire. Les penseurs politiques décrivent un phénomène autant qu'ils le créent par sa description. Dans les deux parties suivantes, en revanche, les sources primaires sont avant tout les traités internationaux et la jurisprudence, qui éclaircissent, voire créent les règles. Dès lors, un recours trop important à la doctrine équivaudrait à déléguer une large partie de la réflexion personnelle qui doit caractériser le travail de thèse. Une tentative de compréhension sur cette base permet la construction d'une théorie sans risquer des fondations branlantes, car appartenant à d'autres.

Cela étant, cet éloignement de la doctrine n'empêche pas une proximité avec certains auteurs. En particulier, comme il est apparent tout au long de ce travail, les idées d'ABI-SAAB sont dans une large mesure partagées. Cela ne signifie pas que ses écrits sont considérés comme des textes sacrés, mais plutôt que le processus inductif décrit plus haut a mené à des conclusions similaires, et qu'il est inutile d'éluder ce fait. L'école de pensée de ce travail est proche de la sienne, et cette proximité est assumée.

Deux remarques stylistiques supplémentaires s'imposent ici quant à la manière dont ce travail est rédigé. S'il ne s'agit pas directement de questions de méthodologie, elles sont néanmoins des clefs de lecture utiles. Ainsi, en premier lieu, une forme de langage épicène est adoptée. Cela étant, pour éviter la lourdeur accompagnant la mention des deux mots de manière systématique (« le juge ou la juge »), c'est une utilisation aléatoire qui est préférée. En d'autres termes, là où la question se pose, c'est parfois le terme féminin et parfois le terme masculin qui sont utilisés. Il n'y a pas de raisonnement particulier à tirer de l'utilisation du terme « la juge » en lieu et place de « le juge ».

Deuxièmement, il est utile de souligner qu'un choix délibéré du présent narratif est fait ici. Cela heurtera peut-être les habitudes de certains, mais ce temps permet l'aération du texte. En lieu et place d'une concordance des temps respectée à la lettre et pouvant mener à l'utilisation du subjonctif plus-que-parfait d'une légèreté douteuse, le présent narratif s'impose. De même, le présent a ceci d'intéressant qu'il rend intemporelles certaines considérations. Dès lors, la lectrice ne s'étonnera pas de lire qu'en 1962, la CIJ *rend* son avis consultatif *Certaines dépenses*. Le passé n'est utilisé que lorsque la clarté du propos l'exige.

État de la recherche

Ce n'est un secret pour personne, la question du consentement à la compétence en droit international fait l'objet d'une littérature fournie – et c'est un euphémisme. Peu de sujets en droit international public font couler autant d'encre. Néanmoins, ce travail vise à combler un manque non négligeable dans la doctrine, francophone comme internationale.

La doctrine pouvant être rattachée à ce sujet découle de différents angles d'approche. Le premier consiste en l'analyse très générale du système. À ce titre, la thèse récemment publiée de PERGANTIS peut être citée, traitant du

consentement en droit des traités[21], l'étude d'ELIAS et LIM sur la question[22], ou encore celle du Conseil de l'Europe et du *British Institute of International and Comparative Law*[23]. Cela étant, ces approches doivent être distinguées du présent travail par leur ambition généraliste. Or, comme déjà précisé, une distinction importante doit être faite entre le consentement aux traités de manière générale et le consentement à la compétence d'une juridiction internationale.

Concernant spécifiquement la question du consentement à la compétence, trois ouvrages peuvent être évoqués. Le premier, en allemand par SCHORER, aborde de manière intéressante la question, mais de manière trop étroite. En effet, elle se concentre de exclusivement sur la CIJ, qui ne représente qu'une partie de l'histoire.[24] De la même manière, LAMM se penche sur la notion de compétence obligatoire et les clauses facultatives, mais uniquement au sein du système de la CIJ et de sa prédécesseure.[25] Plus récemment, la thèse de STEINGRUBER porte sur le consentement à la compétence. Cela étant, cet ouvrage s'intéresse avant tout sur le droit international privé, avec comme axes principaux l'arbitrage commercial, l'arbitrage d'investissement et l'arbitrage du sport.[26] Ainsi, si un recoupement avec le présent travail est envisageable au regard de l'arbitrage d'investissement, la démarche fondamentale liée au consentement *étatique* est absente de sa recherche.

La catégorie suivante de littérature sur le sujet du consentement à la compétence englobe les ouvrages généralistes en lien avec la notion de compétence, mais ne touchant qu'incidemment à la notion de consentement. Dans ce cadre, les différents ouvrages d'AMERASINGHE peuvent être évoqués.[27] Si la couverture jurisprudentielle de ceux-ci est particulièrement intéressante, ils renferment néanmoins un certain nombre de préconceptions ou généralisations problématiques au sujet du consentement. Celles-ci sont mises en évidence à quelques occasions dans ce travail. Par ailleurs, malgré l'analyse de la jurisprudence de différentes juridictions, AMERASINGHE se contente essentiellement d'une description de chacune d'entre elles en isolation clinique des autres. Par ailleurs, l'amalgame qu'il fait entre le consentement à la compétence et le consentement aux tribunaux pénaux internationaux est problématique et démontre qu'une analyse plus poussée du consentement à la

---

[21] PERGANTIS V., *The Paradigm of Consent in the Law of Treaties*, Cheltenham, Edward Elgar, 2017.

[22] ELIAS O. & LIM C. L., *The Paradox of Consensualism in International Law*, The Hague, Kluwer Law International, 1998.

[23] CONSEIL DE L'EUROPE & BRITISH INSTITUTE OF INTERNATIONAL AND COMPARATIVE LAW, *Treaty Making: Expression of Consent by States to be bound by a Treaty*, The Hague, Kluwer Law International, 2001.

[24] SCHORER S., *Das Konsensprinzip in der internationalen Gerichtsbarkeit*, Frankfurt am Main, Peter Lang, 2002.

[25] LAMM V., *Compulsory Jurisdiction in International Law*, Cheltenham, Edward Elgar, 2014.

[26] STEINGRUBER A. M., *Consent in International Arbitration*, Oxford, Oxford University Press, 2012.

[27] AMERASINGHE C. F., *Jurisdiction of International Tribunals*, The Hague, Kluwer Law International, 2003; AMERASINGHE C. F., *Jurisdiction of Specific International Tribunals*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2009; AMERASINGHE C. F., *International Arbitral Jurisdiction*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2011.

compétence est nécessaire.[28] Toujours dans le cadre de l'analyse de la compétence elle-même, l'ouvrage de SHANY peut être mentionné.[29] S'il aborde la question de la compétence et de sa distinction avec la recevabilité, le problème du consentement n'occupe qu'une place marginale.

La catégorie suivante d'ouvrages pouvant traiter du présent sujet concerne les livres généralistes sur l'une ou l'autre des juridictions, et traitant du consentement en passant, parmi les multiples caractéristiques de la cour ou du tribunal étudié. À titre d'exemple, les sommes de KOLB ou SCHREUER, MALINTOPPI, REINISCH et SINCLAIR sur la CIJ et le CIRDI, respectivement, peuvent être citées.[30] La part belle y est faite au consentement à la compétence, mais un travail ayant pour cœur et axe de réflexion la notion revêt une utilité distincte.

Enfin, la dernière catégorie de littérature sur le consentement consiste en la pléthore d'articles parus depuis la moitié du XXe siècle. Qu'il s'agisse d'articles très généraux ou plus pointus, nombre d'auteurs se sont essayés à définir les contours du consentement. Il est difficile d'être exhaustif ici, mais la majeure partie de ces articles apparaissent à un moment ou à un autre en note de bas de page de ce travail.[31]

---

[28] AMERASINGHE, *Jurisdiction of International Tribunals*, *supra* note 27, 89.

[29] SHANY Y., *Questions of Jurisdiction and Admissibility Before International Courts*, Cambridge, Cambridge University Press, 2016.

[30] KOLB R., *The International Court of Justice*, Oxford, Hart Publishing, 2013; SCHREUER C. H., MALINTOPPI L., REINISCH A. & SINCLAIR A., *The ICSID Convention : A Commentary*, 2nd ed., Cambridge, Cambridge University Press, 2009.

[31] À titre d'exemple il est possible de citer LAWSON R. C., *The Problem of the Compulsory Jurisdiction of the World Court* in *American Journal of International Law*, Vol. 46/1952, 219-238; WALDOCK C. H. M., *Decline of the Optional Clause* in *British Yearbook of International Law*, Vol. 32/1955, 244-287; DOBBS D. B., *The Decline of Jurisdiction by Consent*, in *North Carolina Law Review*, Vol. 40/1961, 49-80; COT J. P., *L'arrêt de la Cour internationale de Justice dans l'affaire du temple Preah Vihear (Cambodge c/Thaïlande). Exceptions préliminaires* in *Annuaire Français de Droit International*, Vol. 7/1961, 229-251 ; MERRILLS J. G., *The Optional Clause Today* in *British Yearbook of International Law*, Vol. 50/1980, 87-116; D'AMATO A., *Modifying U.S. Acceptance of the Compulsory Jurisdiction of the World Court* in *American Journal of International Law*, Vol. 79/1985, 385-405; SCOTT G. L. & CARR C. L., *The ICJ and Compulsory Jurisdiction: The Case for Closing the Clause* in *American Journal of International Law*, Vol. 81/1987, 57-76; SCHREUER C., *Denunciation of the ICSID Convention and Consent to Arbitration* in *The Backlash against Investment Arbitration: Perceptions and Reality* [WAIBEL Michael/KAUSHAL Asha/CHUNG Kyo-Hwa Liz/BALCHIN Claire ed.], Austin, Wolters Kluwer, 2010, 353-368; AUST A., *Advisory Opinions* in *Journal of International Dispute Settlement*, Vol. 1/2010, 123-151; POTESTÀ M., *The Interpretation of Consent to ICSID Arbitration Contained in Domestic Investment Laws* in *Arbitration International*, Vol. 27/2011, 149-170; DOUGLAS Z., *The MFN Clause in Investment Arbitration: Treaty Interpretation Off the Rails* in *Journal of International Dispute Settlement*, Vol. 2/2011, 97-113; SCHILL S. W., *Allocating Adjudicatory Authority: Most-Favoured-Nation Clauses as a Basis of Jurisdiction – A Reply to Zachary Douglas* in *Journal of International Dispute Settlement*, Vol. 2/2011, 353-371; PAPARINSKIS M., *MFN Clauses and International Dispute Settlement: Moving beyond* Maffezini *and* Plama*?* in *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*, Vol. 26/2011, 14-58 ; YEE S., *The South China Sea Arbitration (The Philippines v. China): Potential Jurisdictional Obstacles or Objections* in *Chinese Journal of International Law*, Vol. 13/2014, 663–739; HEISKANEN V., *Ménage à trois ? Jurisdiction, Admissibility and Competence in Investment Treaty Arbitration* in *ICSID Review*, Vol. 29/2014, 231-246

Au vu de la quantité d'écrits sur le sujet, qu'est-il possible d'apporter à ce domaine ? Il manque pour l'heure une approche réellement axée sur le consentement à la compétence. Nombre d'auteurs en traitent comme si le fonctionnement sous-jacent de la notion était une évidence. Or, comme présenté tout au long de ce travail, c'est loin d'être le cas, même pour une seule juridiction. Dès lors, l'approche historique, philosophique et comparative adoptée permet de confronter les différentes communautés épistémiques liées à une juridiction donnée, pour parvenir à une présentation novatrice du consentement, de son rôle et de ses enjeux .

Intérêt du sujet

Si la quantité de textes déjà écrits au sujet du consentement à la compétence ne suffisent pas à démontrer l'intérêt du sujet, d'autres aspects peuvent également être soulignés.

En premier lieu, des enjeux particulièrement importants entourent la question du consentement à la compétence. S'agissant d'un point conditionnant l'accès à une juridiction donnée, il est une condition *sine qua non* pour qu'une cour ou un tribunal se prononce sur le fond d'une affaire. Ainsi, de manière transversale, tous types de questions peuvent dépendre du consentement. Qu'il s'agisse, en arbitrage d'investissement, de montants financiers pouvant se chiffrer en milliards de dollars[32] ou de questions de souveraineté sur une région donnée dans le contexte interétatique, des problèmes parfois lourds de conséquences politiques sont en jeu. Dès lors, une compréhension plus fine de la notion, à la fois dans ses aspects évidents comme dans ses zones plus grises peut jouer un rôle important. L'appréhension correcte du consentement à la compétence par la juge ou les conseils peut faire la différence entre la perte ou non de la souveraineté sur une zone, ou la validité ou non de la créance d'un investisseur. Si les questions les plus politiques sont souvent réglées de manière purement diplomatique, sans recours à un tiers adjudicateur, divers exemples présentés tout au long de ce travail[33] mettent en évidence que ce n'est pas toujours le cas. De même, s'agissant de l'arbitrage d'investissement, les particuliers ont là un type de *forum* unique dans lequel ils peuvent faire entendre leurs revendications. Afin d'éviter les abus, dans un sens comme dans l'autre, le consentement à la compétence doit être étudié.

[32] On pensera notamment à l'affaire *Tethyan Copper v. Pakistan*, dans laquelle le Pakistan s'est vu condamner à dédommager l'entreprise pour un montant dépassant 5 milliards de dollars (intérêts compris), *Tethyan Copper Company Pty Limited v. Islamic Republic of Pakistan,* ICSID Case No ARB/12/1, Award, July 12th 2019, para 1858.

[33] Comme l'affaire *Nicaragua* évoquée en prolégomènes.

Ce consentement est également un sujet important en raison de la manière dont il caractérise les relations entre États. Il est à la fois révélateur de la perception qu'un État a de lui-même, et de son ouverture sur le monde. Ainsi, il n'est pas anodin de constater que la majorité des membres du Conseil de Sécurité a tendance à éviter de donner un consentement général à la CIJ. À l'inverse, nombre de petits États le font. En cela, la question du consentement à la compétence se place au centre d'une problématique de souveraineté. Que celle-ci soit comprise de manière formelle (un État est, par définition, souverain) ou néoréaliste (un État n'est pas réellement souverain en raison de sa dépendance économique, de la puissance militaire du voisin, etc.), le consentement à la compétence peut être révélateur du rôle qu'un État a dans la communauté internationale. Un petit État pourrait n'avoir d'autre option pour faire respecter son bon droit que de passer par la résolution juridictionnelle d'un litige, tandis qu'un plus grand pourrait utiliser d'autres moyens de pression. Ces différents points rendent le consentement particulièrement intéressant dans l'analyse des relations interétatiques. Si ces points ne sont pas tous débattus dans ce travail, la recherche présentée ici peut néanmoins servir à une meilleure compréhension de ces questions.

Par ailleurs, le sujet du consentement tel qu'abordé est également intéressant dans ce qu'il présage des relations interétatiques futures. L'approche de ce travail fait la part belle à une compréhension de la notion à travers son évolution. En d'autres termes, plutôt que de se contenter d'observer l'état des lieux à l'heure actuelle, les différentes transitions sont mises en avant. Dans cela, une dynamique internationale est perceptible.

De plus, comme évoqué plus haut, la notion même peut paraître choquante. Il s'agit là d'un point plus politique que juridique, mais qui participe néanmoins à l'intérêt du sujet. Certes, une thèse de doctorat doit chercher à développer une nouvelle connaissance d'un sujet. Cela étant, il ne faut pas non plus négliger le rôle de dissémination de la connaissance auprès du grand public. Dans cette perspective, l'étude d'un domaine pouvant intriguer, contrarier, voire réjouir les personnes peu familiarisées avec le sujet est utile.

Enfin, le consentement étatique à la compétence est une question tentaculaire. Comme présenté dans ce travail, une notion en apparence simple comporte, en réalité, une quantité impressionnante de sous-questions. Il n'est pas possible de se contenter d'un raisonnement superficiel, et une compréhension poussée des différents enjeux peut avoir un réel impact sur la manière dont le droit international se façonne. Ce travail permet, de manière plus globale, une réflexion plus fondamentale sur les principes sous-tendant l'existence même des juridictions internationales.

Idées générales et objet de ce travail

Le droit international est construit autour du principe cardinal de la souveraineté. De celui-ci découle une multitude de caractéristiques de la société internationale. S'agissant du sujet de ce travail, le consentement à la compétence des juridictions est une incarnation particulièrement claire de la manière dont chaque État conserve un jardin privé, représentatif de sa souveraineté.

Le consentement à la compétence consiste en l'acte par lequel un État accepte qu'une juridiction donnée se prononce de manière obligatoire sur la licéité de ses actes. Loin d'être une évidence, cette approche s'est formée par des millénaires d'évolution. Depuis environ deux siècles, le contenu de la notion de consentement à la compétence des juridictions s'est toutefois considérablement développé, à la fois dans la profondeur de l'analyse que de la quantité de cours ou tribunaux s'y intéressant.

Ce consentement fonctionne comme une porte d'entrée vers la juridiction. Il conditionne non seulement le principe de l'accès à celle-ci, mais aussi son étendue. En d'autres termes, c'est par le consentement qu'une juridiction peut déterminer non seulement *si* elle peut se prononcer, mais également *sur quoi*. À ce sujet, les États disposent d'une marge de manœuvre particulièrement large, s'agissant des limites qu'ils posent à une juridiction. Ils ne disposent toutefois pas d'une liberté absolue. En particulier, ils ne peuvent aller à l'encontre de la fonction judiciaire d'une cour ou d'un tribunal dans leur modulation du consentement.

À noter que ce consentement peut être donné de différentes manières. Qu'il s'agisse d'un accord bilatéral, d'une déclaration unilatérale ou encore d'un traité regroupant une multitude d'États, il n'existe pas réellement de limites conceptuelles à la manière dont un consentement est donné. Cela étant, le mode de don du consentement peut influencer fortement son interprétation. Les États ne peuvent donc pas s'attendre aux mêmes conséquences selon la méthode choisie.

À l'heure actuelle, diverses tendances apparaissent. Ainsi, en arbitrage d'investissement, le consentement est lu de manière particulièrement large. Dans le cadre interétatique, à l'inverse, il peut être constaté que plutôt qu'une nouvelle lecture, c'est une forme de contournement du consentement qui a lieu, à travers les avis consultatifs de la CIJ. Toutes ces modes façonnent, peut-être de manière durable le consentement à la compétence du futur. De la même manière dont les réflexions d'arbitres au XIX^{e} siècle forment la compréhension actuelle, les considérations propres aux XX^{e} ou XXI^{e} siècles pourraient faire date.

Dans ce cadre, et en vue d'offrir une étude du sujet aussi complète que possible, l'essentiel de cette recherche tourne autour d'un fil rouge. Dressant un état des lieux dynamique, la problématique centrale est la suivante : « Quel est

le rôle de la notion de consentement dans la construction intellectuelle asseyant la compétence des juridictions internationales ? »

Structure

Cette question n'est pas aussi simple qu'elle y paraît. Elle renferme de multiples sous-problématiques, selon la manière dont elle est interprétée. En effet, le consentement à la compétence peut être déterminé de manière positive ou négative. Il est le fruit d'une histoire, factuelle comme philosophique, mais il est aussi une absence. Il est ce qui se trouve à la limite d'autres notions, car c'est en définissant ce qu'il n'est pas qu'on peut déterminer ce qu'il est. Il est une action, car c'est parfois uniquement à travers ses effets qu'il est perceptible. Enfin, il est un dogme, une croyance, toujours en mouvement. C'est à travers ces approches que ce travail s'articule.

Plus précisément, lapremière partie est consacrée à une définition. De quoi, historiquement puis philosophiquement, le consentement à la compétence est-il l'héritage ? Il convient ensuite de se pencher sur une question plus concrète, la forme du consentement. De quoi s'agit-il en réalité ? Est-ce un bloc de foie gras ? Est-ce un coup de téléphone ? Est-ce un document ? La question peut sembler absurde, mais elle est loin d'être aussi simple qu'on pourrait le penser.

Dans sa deuxième partie, ce travail porte sur le consentement en tant qu'action. Il est cette fois défini à travers son impact, soit la manière dont il influence la compétence des juridictions. En particulier, la nature de l'interaction est d'abord présentée, pour qualifier le consentement de porte vers la compétence. À la suite de cela, il est possible de se tourner vers les pouvoirs s'attachant au consentement sans qu'ils soient explicités. Le consentement à la compétence peut être assimilé à un cheval de Troie. Si le principe du consentement est le cheval, nombre de compétences s'y rattachant peuvent être représentées par les Grecs cachés dans celui-ci. Une fois la porte passée, c'est non seulement le cheval qui est entré, mais également ce qu'il contient. De la même manière, si le consentement général est donné sans autres précisions, les pouvoirs du tribunal vont au-delà du simple pouvoir de déclarer qui a raison et qui a tort.

Enfin, dans la troisième partie, c'est le consentement et ses expressions qu'il s'agit d'examiner. Une catégorisation est proposée, en vue d'analyser la manière dont il doit être interprété. À la suite de cela, il devient clair combien la théorie interprétative peut être appliquée ou au contraire ignorée. Cela est présenté à travers les tendances actuelles de compréhension du consentement, qu'il s'agisse des questions de participation de tiers à la procédure, d'avis consultatif ou d'autres problèmes découlant à la résolution des litiges liés aux investissements.

Ces trois parties forment un tout visant à la cohérence, pour offrir une compréhension générale de la notion de consentement étatique à la compétence.

Première partie : L'ontologie du consentement étatique

Introduction

Définir, c'est savoir. Aussi la définition juste est-elle la plus rare des denrées.[34]

Cette étude portant sur le consentement à la compétence, il serait absurde de discuter de son utilisation par les cours et tribunaux internationaux sans l'avoir préalablement défini. C'est ce que propose de faire cette partie en répondant à une question simple : « qu'est-ce que le consentement étatique à la compétence ? ». Sans prétention de parvenir à la définition *juste*, il s'agit à tout le moins d'essayer de tendre vers elle, pour autant qu'elle existe.

Pour ce faire, une importante distinction préalable, permettant de mieux comprendre l'objet d'étude, est proposée. Plus précisément, quelques explications quant à la différence entre le don du consentement à la compétence et l'obligation de don du consentement sont nécessaires. À la suite de cela, il est possible de définir le consentement de manière plus complète.

Une possibilité aurait été d'établir une définition en tant que postulat de départ[35], mais cette approche, fondamentalement biaisée, néglige un point crucial du droit international : son constructivisme. C'est notamment le propos de cette partie : le droit international n'est pas un système dans lequel la théorie réaliste hégélienne de l'épistémologie est applicable.[36] Il n'existe pas de vérité vers laquelle le droit tend. Au contraire, le droit international, et plus spécifiquement le consentement à la compétence, est un système construit par ses acteurs et constellé de leurs choix politiques. Une lecture noétique du phénomène insisterait sur la distinction nécessaire entre le concept abstrait de

[34] BLANQUI A., *Critique sociale*, Vol. 1, Paris, Felix Alcan, 1885, 53.

[35] Comme le fait DE TAUBE en affirmant que l'arbitrage papal n'est pas un arbitrage, car il ne relève pas d'une « juridiction librement consentie par les parties et fondée sur un traité (compromis d'arbitrage) », DE TAUBE M., *Les origines de l'arbitrage international : Antiquité et Moyen Âge* in *Recueil des cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, Tome 42, Leiden, Brill, 1932, 1-116, 75. Voir également *infra* 56.

[36] À ce sujet, voir notamment WESTPHAL K. R., *Hegel's Epistemological Realism*, Dordrecht, Kluwer Academic Publishers, 1989, 8.

« consentement » et la manière dont il est pensé par les juges, qui influencera sa compréhension concrète.

Comme tout concept juridique, le consentement étatique ne peut être pensé hors de son contexte. La situation actuelle est avant tout le résultat d'une évolution politico-philosophique. HART, s'interrogeant sur les théories basées sur le consentement en droit international, arrive au constat suivant :

> *these theories fail completely to explain how it is known that states 'can' only be bound by self-imposed obligations, or why this view of their sovereignty should be accepted, in advance of any examination of the actual character of international law. Is there anything more to support it besides the fact that it has often been repeated?*[37]

De ce constat découle le besoin de revenir aux origines du consentement pour en déterminer les contours exacts. La définition du consentement à la compétence a des constructions sociales différentes, qu'il s'agisse d'une perspective historique, philosophique ou purement juridique. Dès lors, cette partie propose de partir des fondements historiques du consentement, pour se tourner vers les doctrines philosophiques dont la notion relève. Pour clore cette partie, l'analyse porte sur la manière dont ce consentement se présente de manière concrète, par l'étude du formalisme qui s'y attache.

Dans un premier temps, un point de vue historique est adopté. L'Antiquité pose les prémices de développements à venir. En Grèce, dès l'époque archaïque[38], la pratique de l'arbitrage international et inter-cités pose les premières pierres du règlement juridictionnel des différends moderne. L'approche de l'époque reste néanmoins embryonnaire, en particulier concernant le consentement, et souffre, entre autres, du manque de sources précises.

À la suite de cela, le Moyen Âge voit perdurer le système grec, conjointement à l'apparition d'un nouveau système juridictionnel. L'arbitrage papal permet désormais la résolution de différends entre les souverains, sans pour autant passer par un don explicite du consentement de ceux-ci. Une partie du Moyen Âge souffre également du même problème de sources, mais il est possible de fournir une étude plus poussée à partir du XII^{e} siècle.

En 1648, c'est la paix de Westphalie qui vient rebattre les cartes et redéfinir les contours du règlement international des différends entre États. Résultats des guerres ayant ensanglanté l'Europe durant les XVI^{e} et XVII^{e} siècles, les traités signés donnent naissance au système dit westphalien de relations internationales. Ce nouveau paradigme implique notamment la naissance des

[37] HART H. L. A., *The Concept of Law*, 2nd ed., Oxford, Clarendon Press, 1995, 224.

[38] Cette époque court du VIII^{e} au V^{e} siècle avant notre ère.

États-nations, ainsi que l'égalité souveraine de ceux-ci.[39] C'est dans ce cadre que le règlement juridictionnel des litiges se développe réellement, notamment au XVIII^e siècle, avec les premiers arbitrages interétatiques modernes. La notion de consentement s'y développe et devient rapidement l'un des points d'achoppement principaux de ces litiges.

Enfin, au XX^e siècle, notamment en réaction aux deux guerres mondiales, le règlement juridictionnel des litiges prend son envol avec la création de multiples cours et tribunaux, en plus des arbitrages *ad hoc* ayant toujours lieu. Le consentement à la compétence se diversifie dans ses formes et dans ses limites.

Ces développements permettent de mettre en perspective l'approche adoptée aujourd'hui, parfois présentée comme une évidence. Cette vision du consentement à la compétence est le résultat d'une longue évolution, pas toujours rectiligne, et proposant d'autres options que celle choisie dans la société internationale actuelle. Là où des axiomes devenus presques transparents existent, il est crucial de rendre visible ce que la pratique du droit international tend à escamoter, volontairement ou non.

Dans un deuxième temps, cette partie passe en revue les conceptions philosophiques qui non seulement participent activement à la création du concept de consentement à la compétence tel qu'actuellement compris, mais également sont en toile de fond de toute l'évolution de la notion. Pour ce faire, une approche inspirée de la philosophie hartienne est adoptée, distinguant l'approche externe de l'approche interne. En d'autres termes, la question de l'existence du système basé sur le consentement doit être dissociée de la compréhension de ce système de l'intérieur, par ses acteurs.

Dans le premier cas, l'étude porte sur les postulats *bottom-up* et *top-down* présents dans la conception actuelle du consentement à la compétence. En lien avec les philosophies positiviste et iusnaturaliste, cette démarche permet comprendre le consentement actuel par opposition aux autres théories politiques. La vision du consentement à la compétence comme l'exception à la règle n'est pas anodine et est également le résultat d'un choix politique. À nouveau, comme si un pochoir était utilisé, l'ontologie du consentement est dessinée par l'exclusion de certaines idées.

Pour l'approche interne, une fois admis le système du droit international tel qu'exposé ci-dessus, l'analyse porte sur la manière dont la juge perçoit le consentement à la compétence. Précisément en raison du constructivisme du droit international, il est nécessaire de s'intéresser aux filtres que la juge peut

[39] Le fait de savoir si les traités visaient effectivement à cette refondation du système des relations internationales (ce qui peut légitimement être mis en doute à la lecture de ces traités) n'est pas tant important que la manière dont ils ont inspiré l'imaginaire collectif sur le sujet, BEAULAC S., *The Power of the Westphalian Myth in International Law* in *Paz de Westphalia/Peace of Westphalia (1648-2008)* [GAMA R.V.P.S./MENEZES W. ed.], Sao Paulo, University Press, 2013.

appliquer dans ses décisions sur le sujet. Ils participent tout autant à définition de la notion. Il est constaté à cette occasion que l'idée de *justice* intrinsèque à la juge n'est pas étrangère à l'interprétation des points ambigus liés au consentement.

Enfin, pour clore cette partie, un point plus concret est abordé, le formalisme du consentement. Cette question s'éloigne passablement des considérations des deux chapitres précédents, mais participe également à la définition du consentement. Une fois abordées les questions d'idéaux sous-tendant la notion, il est légitime de s'interroger sur la forme sous laquelle un don du consentement se présente. Les juridictions ont tendance à laisser une grande marge de manœuvre aux États quant à la forme du don du consentement, tout en tentant de maintenir un équilibre entre les parties. À ce titre, la conclusion logique s'impose qu'il est davantage lié à un transfert de compétences qu'à un document concret. Une fois tous ces éléments en main, une vue générale de l'ontologie du consentement est possible.

Chapitre 1er : Le consentement comme droit strictement personnel des États

County library? Reference desk, please? Hello? Yes, I need a word definition. Well, that's the problem. I don't know how to spell it and I'm not allowed to say it.[40]

Une différence importante entre le don effectif du consentement et l'obligation de consentir doit être abordée. Cette nuance est en lien avec la distinction présentée plus haut[41], s'agissant du consentement à la compétence et du consentement à un traité. La question débattue ici mérite néanmoins un traitement séparé tant elle est cruciale à la compréhension du sujet. Les diverses juridictions internationales ne traitent pas de la même manière un consentement effectivement donné et celui simplement promis.

De ces développements découle le constat selon lequel l'approche jurisprudentielle du consentement à la compétence comporte également une composante spécifique. Celle-ci peut être apparentée à un *droit strictement personnel*. Cette expression, issue du droit civil[42], souligne l'impossibilité pour une autorité autre que l'État concerné de procéder au don valable du consentement. Les différentes manières par lesquelles un contournement de ce système peut être envisagé sont évoquées, pour conclure qu'elles ne sont pas réalistes.

Section I Une obligation de don du consentement ou un don réel ?

Comme évoqué dans le cadre du développement historique du consentement[43], l'un des problèmes ayant longtemps perduré consiste en l'effectivité limitée des clauses compromissoires. Un traité indiquant la volonté des parties de se soumettre à l'arbitrage en cas de litige peut être inapplicable en pratique. À titre d'exemple, les parties peuvent laisser la constitution du tribunal à leur discrétion dans une situation future. Elles peuvent également inclure

[40] WATTERSON B., *Calvin and Hobbes : The Days Are Just Packed*, Kansas City, Andrews & McMeel, 1993.

[41] Voir *supra* 14.

[42] En droit civil, il s'agit d'un droit ne pouvant être exercé par autrui que la personne concernée, même en cas de mise sous tutelle. À ce sujet, voir notamment MEIER P. & DE LUZE E., *Droits des personnes*, Zürich, Schulthess, 2014, 257-264.

[43] Voir *infra* 47.

uniquement une obligation de donner son consentement en cas de litige futur. Il ne s'agit toutefois que d'une seule et même situation, celle de l'absence de consentement à la compétence.

Cette considération est basée sur la définition du consentement à la compétence adoptée dans ce texte. Le don du consentement à la compétence correspond à rendre effective une juridiction donnée, sans qu'une action supplémentaire du défendeur soit nécessaire. Plus précisément, il s'agit du moment auquel naît pour le défendeur l'obligation de se conformer à la décision qui serait rendue. C'est donc une question de dévolution du pouvoir de juger.[44] Dans ce contexte, le don du consentement ne correspond pas à une action prédéfinie, mais plutôt à la dernière action d'un ensemble nécessaire pour rendre une juridiction effective, en ce sens que la décision de cette dernière est pourvue d'un caractère obligatoire. En d'autres termes, lorsque plusieurs éléments doivent être réunis pour qu'une cour ou un tribunal soit à même de se prononcer, c'est l'accomplissement du dernier qui équivaut au don du consentement. À titre d'exemple, si l'existence d'une juridiction dépend de la nomination de ses juges ou arbitres et d'une déclaration selon laquelle les États acceptent de se soumettre à la compétence, c'est lorsque les deux sont réunis qu'un consentement est effectivement donné. Faute de cela, soit il n'y a pas de tribunal du tout pour se prononcer, soit il doit se déclarer incompétent faute d'acceptation de sa compétence.

Dans le premier cas, le problème est que, faute de volonté en ce sens de l'un ou l'autre des États concernant constitution du tribunal, celui-ci ne peut pas être créé. Il suffit que l'un des deux refuse de participer à la création du tribunal (malgré son engagement à cet effet) pour que la clause compromissoire reste lettre morte. C'est le problème principal de ne pas prévoir de système automatique de constitution du tribunal (qu'il s'agisse d'une nomination par un tiers ou de la précision explicite de l'autorité qui est chargée de trancher le litige). Le manque d'effectivité de cette démarche amène à la conclusion que le consentement n'est pas contenu dans le premier accord, mais bien dans l'acte de constitution du tribunal, qui est la dernière brique nécessaire à l'édifice du consentement. C'est au moment de la cession du pouvoir à la juridiction que le don du consentement à la compétence a lieu. Or, le tribunal n'étant pas créé, même si un accord antérieur lui octroie compétence, il n'existe pas sous une forme lui permettant de rendre une sentence obligatoire. Il n'est donc pas effectif, même si un consentement de principe peut exister. Dans cette situation, le consentement à la compétence n'est pas donné, car l'éventuel demandeur est suspendu à l'action du défendeur qui doit nommer un juge ou un arbitre avant qu'une sentence obligatoire pour toutes les parties ne puisse être rendue.

[44] Voir *infra 99.*

Le corollaire de ceci est une distinction fondamentale entre le don du consentement et l'obligation d'un tel don. Il est possible que les parties à un traité prévoient une clause compromissoire par laquelle elles s'engagent explicitement à donner leur consentement à un arbitrage en cas de litige. Si un litige naît, malgré l'obligation de procéder à ce don, il n'est pas possible de forcer l'un des États à le faire. C'est là toute la nature du droit strictement personnel. Il n'est pas possible de forcer un État à donner son consentement, quand bien même il y serait obligé.

Les avis consultatifs portant sur *Interprétation des traités de paix* établissent clairement la distinction entre l'obligation de don du consentement et son don effectif, et mettent en avant l'absence de consentement lorsque le défendeur doit encore nommer un arbitre. Lors de la première phase, la CIJ parvient à la conclusion que

> *les Gouvernements de la Bulgarie, de la Hongrie et de la Roumanie sont tenus d'exécuter les clauses des articles mentionnés à la question 1 qui sont relatifs au règlement des différends, notamment celles qui les obligent à désigner leurs représentants aux commissions prévues par les traités*[45]

Ces gouvernements sont soumis à une obligation de se soumettre à l'arbitrage, en le rendant, en pratique, possible. Cela étant, dans la deuxième phase de cette affaire, la CIJ constate que « lesdits Gouvernements ont persisté dans leur attitude purement négative ».[46] La Cour ne peut que constater son impuissance :

> *Ainsi que la Cour l'a constaté, dans son avis du 30 mars 1950, les Gouvernements de la Bulgarie, de la Hongrie et de la Roumanie sont tenus de désigner leurs représentants aux commissions prévues par les traités, et il est clair que le refus de s'acquitter d'une obligation conventionnelle est de nature à engager la responsabilité internationale. Un tel refus n'autorise cependant pas à modifier les conditions d'exercice du pouvoir de désignation conféré au Secrétaire général telles qu'elles ont été prévues par les traités. […] L'inefficacité d'une procédure de règlement des différends, en raison de l'impossibilité de fait de constituer la commission prévue par les traités, est une chose ; la responsabilité internationale en est une autre. On ne répare pas les conséquences d'un manquement à une obligation conventionnelle en créant une commission qui ne serait pas celle que*

[45] *Interprétation des traités de paix*, Première phase, *supra* note 15, 77.

[46] *Interprétation des traités de paix conclus avec la Bulgarie, la Hongrie et la Roumanie*, Avis consultatif, Deuxième phase, CIJ Recueil 1950, 221, 228.

> *les traités ont eue en vue. La Cour est appelée à interpréter les traités, non à les réviser.*[47]

Dans ces circonstances, le transfert effectif de pouvoir au tribunal n'a pas lieu au moment de la signature d'un traité par lequel l'État défendeur accepte le principe du règlement des différends. Cet État n'a pas procédé à l'acte donnant naissance à l'obligation de se conformer à un jugement. Ce transfert de compétence au tribunal a plutôt lieu au moment où l'État perd le pouvoir d'enrayer validement le processus juridictionnel (dans ce cas précis, après de la nomination des arbitres). C'est à cet instant qu'a lieu le don du consentement. En l'espèce, la juridiction n'ayant pas la possibilité de se prononcer de manière obligatoire faute d'être correctement constituée, aucun consentement n'est donné.

Ce type de problème réapparaît de manière concrète dans le cadre de l'affaire *Ambatielos*, trois ans plus tard. Comme mentionné ci-dessus[48], le gouvernement grec souhaite notamment faire constater l'obligation du Royaume-Uni de se soumettre à l'arbitrage.[49] La Cour admet cet argument et affirme que le Royaume-Uni « est tenu de soumettre à l'arbitrage, conformément à la déclaration de 1926, le différend relatif à la validité, aux termes du traité de 1886, de la réclamation Ambatielos »[50]. Néanmoins, malgré ce jugement, l'arbitrage qui prend place par la suite n'est pas basé sur cette simple obligation, car elle ne peut prendre effet sans action additionnelle du Royaume-Uni. Au contraire, l'arbitrage est basé sur un nouvel accord auquel sont parvenus les gouvernements après la fin de la procédure devant la CIJ, qui spécifie les conditions de création du tribunal.[51] L'existence d'une obligation d'arbitrage ne suffit pas, en elle-même, à l'arbitrabilité du différend. Un acte subséquent de constitution ou de choix de la juridiction internationale est nécessaire.

De manière plus récente, et concernant d'autres juridictions, le problème réapparaît. Dans le contexte du CIRDI tout d'abord, il est possible de trouver des décisions allant dans les deux sens. Dans un premier temps, le tribunal dans l'affaire *Millicom v. Sénégal* annonce :

> *In the most restrictive version, the use of the verb 'devra' ('shall') ('*devra consentir*') ('shall assent') may be understood as meaning that it would certainly afford the Contracting State the power to specially decide, in view of '*la demande*' ('the request') that the party*

[47] *Ibid.*, 228-229.

[48] Voir *supra* 15.

[49] *Ambatielos*, Exception préliminaire, *supra* note 6, 33 ; voir *supra* 15.

[50] *Ambatielos*, Fond, *supra* note 10, 23.

[51] *The Ambatielos Claim (Greece, United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland)*, 1956, UNRIAA XII, 83-153, 87-89.

> *which intends to act would make to it. Even in such hypothesis, however, it is prescribed that the State not only '*pourra*' ('may') but '*devra*' ('shall') give its consent. Nothing in the wording leads to the conclusion that such decision could be left up to the discretion of the State*[52]

Il en conclut :

> *It is more reasonable to view this as a unilateral offer and a commitment by Senegal to submit itself to ICSID jurisdiction; the request of Claimant 1 constitutes the 'demande' ('request') and amounts to acceptance of the offer made by the State; it does not create such consent, it consummates it*[53]

Il est difficile de voir comment cette approche ne va pas directement à l'encontre de celle préconisée par la CIJ. Les deux étapes explicitement prévues par le texte du traité bilatéral d'investissement (TBI) sont transformées en une seule. Il s'agit là davantage d'un processus de « révision » du traité, exclu par la CIJ.[54]

Cette jurisprudence est d'ailleurs explicitement remise en question dans l'affaire *Churchill Mining v. Indonesia*. Face à une problématique similaire, le raisonnement est clair :

> *In any event, the Tribunal could not accept jurisdiction on the ground that Indonesia's refusal to give consent is illegal, as this would 'put the cart before the horse'. Indeed, the Tribunal must have jurisdiction to be able to rule on the legality of Indonesia's omission*[55]

C'est la seule manière de respecter la distinction faite en droit international entre l'existence d'une obligation et sa justiciabilité.[56]

Toujours dans le cadre du CIRDI, l'affaire *Menzies v. Sénégal* reprend, sans la mentionner, l'approche développée dans *Churchill Mining v. Indonesia*. À cette occasion, l'investisseur cherche à faire naître la compétence du tribunal sur la base de la clause de la nation la plus favorisée (NPF) contenue dans l'Accord général sur le commerce des services (AGCS). En d'autres termes, il argue que d'autres fournisseurs de services sont mieux traités que lui, car au bénéfice

---

[52] *Millicom International Operations B.V. and Sentel GSM SA v. The Republic of Senegal*, ICSID Case No ARB/08/20, Decision on Jurisdiction of the Arbitral Tribunal, October 16th 2010, para 63.

[53] *Ibid.*, para 63.

[54] *Interprétation des traités de paix*, Deuxième phase, *supra* note 46, 228-229.

[55] *Churchill Mining Plc v. Republic of Indonesia*, ICSID Case No ARB/12/14 & ARB/12/40, Decision on Jurisdiction, February 24th 2014, para 115.

[56] Voir notamment *Impregilo S.p.A. v. Argentine Republic*, ICSID Case No ARB/07/17, Award (Stern Concurring and Dissenting), June 21st 2011, para 53.

d'une clause compromissoire donnant compétence à un tribunal CIRDI.[57] Sans se prononcer sur la validité de la théorie sous-jacente, les arbitres examinent néanmoins le raisonnement :

> *le Tribunal arbitral estime que, même dans l'hypothèse où l'article II de l'AGCS s'appliquerait à l'arbitrage d'investissement (ce qui n'a pas été démontré), il serait seulement de nature à créer une obligation pour les États signataires d'offrir l'arbitrage dans le futur et ne représente pas un consentement à l'arbitrage ou à l'extension d'une offre d'arbitrage*[58]

Le tribunal fait ici une distinction claire entre l'obligation de don du consentement et un don effectif.[59]

La question de l'AGCS permet de s'aventurer sur le terrain du droit de l'OMC. Dans ce cadre, le problème se présente à l'inverse. Plutôt qu'un don du consentement incomplet, c'est d'un retrait du consentement qu'il s'agit. Ainsi, en raison de la crise secouant l'Organe d'appel (OA) depuis 2016, un retrait du consentement est en cours, à travers le non-renouvellement des juges.[60] Il s'agit de la même problématique. Un ensemble de critères nécessaires doit être réuni pour qu'une juridiction soit à même de remplir sa mission. Parmi ceux-ci, la présence de juges valablement nommés, ou l'existence d'une expression de cession du pouvoir de juger à ceux-ci peuvent être mentionnées. Le consentement à la compétence est un château de cartes, constitué d'éléments nécessaires. Si l'un d'entre eux manque, quel qu'il soit, le château s'écroule et le consentement n'est pas donné.

Le don du consentement ne peut être résumé à une seule catégorie d'action. Dans une séquence chronologique, le consentement n'est donné qu'à partir du moment auquel tous les éléments sont réunis. C'est donc la réalisation du dernier acte nécessaire qui équivaut au don effectif du consentement. Plus précisément, c'est à partir du moment auquel un État peut saisir une juridiction à l'encontre d'un autre, sans qu'une quelconque action supplémentaire de ce dernier soit nécessaire, que le consentement est donné.

Une réserve à ce raisonnement peut découler de la jurisprudence de la CIJ, en lien avec le *jus cogens*. Selon la Cour :

---

[57] *Menzies Middle East and Africa S.A. and Aviation Handling Services International Ltd. c. République du Sénégal*, Affaire CIRDI No ARB/15/21, Sentence, 1er Août 2016, para 131.

[58] *Ibid.*, para 140.

[59] Cette affaire est à nouveau évoquée dans le cadre de l'analyse plus poussée des clauses NPF, voir *infra* 360.

[60] MARQUET C., *The Appellate Body in Dire Straits: Taking a Step Back on Consent to Jurisdiction* in *Society of International Economic Law (SIEL) – Sixth Biennial Global Conference – Working Papers Series*, 2018.

> *Dans la mesure où la RDC a en outre soutenu que la réserve du Rwanda est en conflit avec une norme impérative du droit international général, il suffit à la Cour de constater qu'il n'existe actuellement aucune norme de cette nature qui imposerait à un État de consentir à la compétence de la Cour pour régler un différend relatif à la convention sur le génocide. La réserve du Rwanda ne saurait donc être regardée comme dépourvue d'effets juridiques sur une telle base*[61]

Une compréhension de cette citation serait que dans les cas dans lesquels le consentement découle d'une norme impérative du droit international, les États n'ont plus à leur disposition la possibilité de refuser de consentir. Dans ces circonstances, l'obligation équivaudrait au consentement effectif. C'est une approche raisonnable, mais applicable uniquement au *jus cogens*. Une autre compréhension serait de considérer que la création éventuelle d'une norme de ce type est d'ores et déjà un don du consentement.[62] Dans tous les cas, la question est très théorique, car une norme de *jus cogens* impliquant le consentement à la compétence est peu réaliste à l'heure actuelle, et son applicabilité reste discutable, notamment en lien avec le problème pratique de constitution du tribunal.

De manière plus philosophique, cette définition n'est pas sans soulever une question traditionnelle du droit international. En particulier, le dilemme austinien de l'existence du droit international est pertinent.[63] Si le consentement n'existe qu'à travers son effectivité, n'est-ce pas là dire que l'existence du droit n'est qu'une question de factualité ? En d'autres termes, l'existence du droit international est-elle subordonnée à son application ? Le droit n'est-il droit qu'à partir du moment où une obligation est respectée, ce qui revient à dire que le droit n'existe pas ?

Ce n'est pas l'approche mise ici en avant. En particulier, à travers la question de l'effectivité du consentement c'est bel et bien la question de savoir si une obligation contractée qui est examinée. Plus précisément, l'effectivité du consentement équivaut à savoir si un État s'est engagé pour donner naissance à son obligation de respecter un futur jugement de la juridiction en question. Au risque d'énoncer une évidence, un État n'est pas lié par un jugement rendu par une juridiction incompétente ou mal constituée.[64] L'obligation de respecter le

---

[61] *Activités armées sur le territoire du Congo (Nouvelle requête : 2002) (République Démocratique du Congo c. Rwanda)*, Compétence et recevabilité, Arrêt, CIJ Recueil 2006, 6, para 69.

[62] De manière plus générale sur cette idée, voir *infra* 93.

[63] Au début du XIX^e^ siècle, Austin considère que le droit international n'est pas du droit à proprement parler, en raison de l'absence de centralisation de son édiction, et surtout de l'absence de sanctions autres que morales, AUSTIN J., *The Province of Jurisprudence Determined*, Cambridge, Cambridge University Press, 1995, 123, 171

[64] Ce point est reconnu explicitement dans la Convention CIRDI, mais peut également découler de l'interprétation des avis consultatifs portant sur l'*Interprétation des traités de paix*. Le fait que la Cour

jugement n'existe qu'à partir du moment auquel la juridiction est compétente et correctement constituée. En conséquence, le consentement est effectivement donné à partir du moment auquel cette obligation naît. Dans les faits, ceci peut s'exprimer de plusieurs manières différentes. Il peut s'agir du moment à partir duquel un État accepte la compétence d'une juridiction préexistante (de manière unilatérale ou multilatérale[65]), ou de celui à partir duquel le tribunal est effectivement constitué de manière conforme aux traités l'encadrant. Dans tous les cas, le consentement de l'État est donné à partir du moment auquel la juridiction est habilitée à rendre une décision le liant. C'est donc le dernier acte de la construction juridique autour du tribunal qui parachève le consentement. De manière concise, le consentement correspond à la naissance d'une nouvelle obligation pour l'État émetteur, celle de respecter le jugement rendu par le tribunal concerné.

Il est ici important de souligner que placer le consentement en aval de cette chaîne d'actions nécessaires n'est pas synonyme de l'inexistence d'une quelconque obligation avant cela. De la même manière que le consentement final donne naissance à l'obligation de se conformer au jugement du tribunal, les actes précédents peuvent également donner naissance à d'autres obligations. C'est précisément le cas dans les avis portant l'*Interprétation des traités de paix*.[66] À cette occasion, les traités de paix ne contiennent pas, tels quels, le consentement à la compétence d'une commission. Ils contiennent plutôt le consentement à l'obligation de nommer un commissaire. C'est seulement cette nomination qui donne ensuite naissance à l'obligation de respecter la décision de la commission. De manière similaire, le non-renouvellement des membres de l'Organe d'appel de l'OMC peut équivaloir à un retrait du consentement.[67] Dans ce contexte, l'adhésion à l'organisation donne naissance à l'obligation de négocier la nomination des membres de l'Organe d'appel. Néanmoins, cette obligation est distincte de celle de se conformer aux décisions de l'Organe d'appel. Celle-ci ne naît qu'à partir de la constitution effective de cet organe selon l'article 17 du Mémorandum d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends. Faute de cela, le Membre a rejoint l'OMC, mais n'est pas lié par les décisions de l'OA. Si une approche distincte était retenue, rien n'empêcherait tout un chacun de prétendre être adjudicateur pour n'importe quelle affaire. C'est, au contraire, le respect des procédures

exclue la possibilité que la commission se prononce en l'absence des commissaires non nommés sous-entend que la bonne constitution du tribunal a un impact sur la licéité de leur décision et, partant, sur l'obligation pour les États concernés de s'y conformer. Par ailleurs, il peut également être argumenté que l'absence d'effet obligatoire d'un jugement rendu par un tribunal mal constitué correspond à un principe général du droit. Voir article 52 de la Convention CIRDI ; *Interprétation des traités de paix*, Deuxième phase, *supra* note 46, 228-229.

[65] Pour la suite de ce travail, l'utilisation du terme « multilatéral » est à comprendre comme incluant également les accords bilatéraux. Lorsqu'une distinction entre ces deux catégories s'impose, cela est précisé.

[66] *Interprétation des traités de paix*, Deuxième phase, *supra* note 46, 228-229.

[67] MARQUET, *The Appellate Body*, *supra* note 60.

juridiques, dont celle de création et de mise en place de la juridiction, qui octroie son caractère obligatoire à une décision. À noter que le consentement final est constitué de l'ensemble des éléments pertinents. Ainsi, la compétence de l'OA ne naît pas uniquement de la nomination de ses membres, mais plutôt de la conjonction entre l'adhésion à l'OMC et la mise en application de certaines de ses règles (comme la nomination des membres de l'OA). Séquentiellement parlant, c'est la dernière action qui donne le consentement à la compétence, mais celui-ci est constitué de différents actes juridiques.

En ceci, la distinction proposée entre l'obligation de consentement et le consentement réel est importante. Elle ne remet pas en question l'existence du droit international ni ne le soumet à une exigence d'effectivité ou de sanction. Le consentement réel correspond à la naissance d'une obligation distincte, plutôt qu'une question purement factuelle. Ce n'est pas pour autant qu'il convient d'adopter une présomption qu'un problème survient et que les États ne se conforment pas à leurs obligations.[68] Au contraire, le raisonnement adopté dans ce travail est, sauf précision contraire, celui de l'action de bonne foi des États.

Section II Le don du consentement pour des tiers

Ayant établi la nature personnelle du consentement en lien avec la décision souveraine d'accepter d'être lié par un jugement obligatoire, c'est vers l'éventualité du don du consentement pour un tiers qu'il convient de se tourner. La question prend une dimension supplémentaire dans le cadre du Conseil de Sécurité (CS) de l'Organisation des Nations Unies (ONU). À ce sujet, deux volets distincts méritent d'être soulevés. Le premier concerne la possibilité qu'il existe pour le Conseil de Sécurité de recommander la soumission d'une affaire à une cour ou un tribunal en vue du règlement pacifique d'un différend. Le second concerne une éventuelle action sous le Chapitre VII de la Charte de l'Organisation des Nations Unies, permettant au Conseil de Sécurité de prendre des décisions obligeant les membres de l'organisation.

§ I. L'action directe par un tiers sur la juridiction

A) La recommandation du Conseil de Sécurité

Il existe dans la Charte ONU une possibilité pour le Conseil de Sécurité de recommander diverses méthodes de règlement pacifique des différends. Parmi

[68] Rapport de l'Organe d'appel *Communautés européennes — Désignation commerciale des sardines*, WT/DS231/AB/R, adopté le 23 octobre 2002, para 278.

celles-ci, un éventuel recours à la CIJ est explicitement prévu aux articles 33 et 36. Dès lors, il est légitime de s'interroger sur la portée d'une telle recommandation.

La Cour a déjà l'occasion de se prononcer à ce sujet dans sa toute première affaire, celle du *Détroit de Corfou*. La recommandation du Conseil de Sécurité, basée sur l'article 36, est ainsi rédigée :

> *Le Conseil de Sécurité […] recommande aux Gouvernements du Royaume-Uni et de l'Albanie de soumettre immédiatement ce différend à la Cour internationale de Justice, conformément aux dispositions du Statut de la Cour*[69]

La Cour est amenée à se déterminer sur la portée de cette recommandation, et plus spécifiquement sur la possibilité de faire de celle-ci un substitut valable au consentement d'un État. Cependant, comme elle l'indique elle-même :

> *La Cour estime n'avoir pas à prendre position sur ce point, attendu que, comme il va être dit, la lettre du 2 juillet 1947, adressée par le Gouvernement albanais à la Cour, constitue une acceptation volontaire de sa juridiction*[70]

La CIJ choisit de renoncer à se prononcer sur cette question, pour préférer une construction juridique encore peu courante, le *forum prorogatum*. On ne peut tirer de conclusion claire de ce choix, mais il est possible d'inférer que la Cour trouve soit le fondement de sa compétence dans la recommandation du Conseil de Sécurité trop faible, soit trop compliqué à établir, au point de lui préférer le *forum prorogatum*.[71]

Deux arguments militent néanmoins en défaveur de la compétence basée sur ce type de résolution. D'une part, les termes de la Charte ONU sont relativement explicites. L'utilisation du mot « recommander » à l'article 36 §1 équivaut difficilement à une quelconque forme d'obligation, même de négocier le consentement. D'autre part, dans une opinion concordante jointe à l'arrêt dans l'affaire du *Détroit de Corfou*, sept juges s'expriment en défaveur d'une telle lecture « selon laquelle cet article aurait introduit, sans le dire, d'une manière en

---

[69] *Détroit de Corfou (Royaume-Uni c. Albanie)*, Exception préliminaire, Arrêt, CIJ Recueil 1948, 15, 17 ; ORGANISATION DES NATIONS UNIES, Doc ONU S/RES/22, 6 avril 1947.

[70] *Détroit de Corfou*, Exception préliminaire, *supra* note 69, 26.

[71] Ceci peut être mis sur le compte d'une application du principe d'économie de procédure. La Cour à l'occasion d'y recourir, indiquant « La compétence de la Cour est contestée pour les deux motifs et la Cour est libre de baser sa décision sur le motif qui, selon elle, est plus direct et décisif. », *Certains emprunts norvégiens (France c. Norvège)*, Arrêt, CIJ Recueil 1957, 9, 20 ; voir également, PALOMBINO F. M., *Judicial Economy and Limitation of the Scope of the Decision in International Adjudication* in *Leiden Journal of International Law*, Vol. 23/2010, 909-932, 909.

quelque sorte subreptice, un cas nouveau de juridiction obligatoire ».[72] Ce type de décision n'aurait même pas le statut d'obligation de don du consentement, mais effectivement de simple suggestion.

B) Le consentement par résolution sous Chapitre VII de la Charte ONU

Seconde possibilité à envisager, le Conseil de Sécurité pourrait agir au titre du Chapitre VII de la Charte ONU et imposer le recours à une cour ou un tribunal international en vue de résoudre un différend. Dans ce cas se pose la question de savoir s'il est possible de valablement exclure une éventuelle exception préliminaire de la part de l'État défendeur, qui invoquerait un défaut de consentement.

Cette question n'est pour l'heure pas traitée par une juridiction internationale, mais n'est pas une pure fiction politique. Le Conseil de Sécurité a déjà créé divers tribunaux internationaux par simple résolution sous Chapitre VII, article 41 de la Charte ONU, comme le TPIY ou le TPIR.[73] Cela étant, il faut souligner la différence majeure existant entre ces tribunaux et la présente discussion. Dans le cas des Tribunaux pénaux internationaux, le Conseil de Sécurité n'a jamais besoin de substituer sa décision au consentement à la compétence d'un État, dans la mesure où ce n'est pas l'objet de la résolution. Le but n'est pas d'attraire un État en tant que tel, mais bien de permettre la justice pénale en jugeant des individus pour leurs actions propres (même si elles prennent place par le biais de l'action gouvernementale).[74]

Sur le principe, il n'est pas impossible que le Conseil de Sécurité décide d'imposer à l'un ou l'autre des États-membres de l'ONU que celui-ci soumette le règlement de son litige à une juridiction internationale. Cela étant, on ne peut déduire de cette éventualité que l'acte serait licite. Ici encore intervient la séparation entre l'obligation imposée à l'État et un don effectif du consentement de sa part. La question résiduelle consiste donc à déterminer si un État à l'encontre duquel une telle résolution serait prononcée pourrait ou non valablement opposer une absence de consentement en cas d'action d'un autre État.

La réponse à cette question se décline en deux volets. D'une part, touchant à la portée des résolutions du Conseil de Sécurité, il faut se demander dans quelle mesure une telle décision est de nature à modifier le raisonnement

---

[72] *Détroit de Corfou (Royaume-Uni c. Albanie)*, Exception préliminaire, Opinion individuelle de MM. Basdevant, Alvarez, Winiarski, Zoricic, De Visscher, Badawi Pacha, Krylov, CIJ Recueil 1948, 31, 32.

[73] ORGANISATION DES NATIONS UNIES, Doc ONU S/RES/827, 25 mai 1993 ; ORGANISATION DES NATIONS UNIES, Doc ONU S/RES/955, 8 novembre 1994.

[74] ORGANISATION DES NATIONS UNIES, Doc ONU S/RES/827, 25 mai 1993, para 2 ; ORGANISATION DES NATIONS UNIES, Doc ONU S/RES/955, 8 novembre 1994, para 1.

juridique d'une juridiction internationale. Le Conseil de Sécurité peut-il imposer à une cour ou un tribunal de se saisir d'une affaire sans qu'un consentement direct de l'État soit donné ? Il est ici argumenté que la fonction judiciaire exclut cette possibilité. Autre option, l'argument d'un consentement général donné à l'action du Conseil de Sécurité par l'adhésion à l'ONU est analysé. Ce don de compétence au CS par la ratification de la Charte ONU englobe-t-il le principe au consentement à la compétence ? Dans ce cas de figure, plutôt que d'imposer une obligation directement à la juridiction internationale, le Conseil de Sécurité se substitue à l'État dans le don du consentement.

La première option évoquée concerne l'applicabilité d'une telle résolution à un tribunal. Pour répondre à cette question, il est nécessaire de se pencher sur la portée des résolutions du Conseil de Sécurité. Leur application directe à la CIJ et à d'autres organisations internationales (type OMC, CIRDI) ou simplement à un tribunal *ad hoc* n'est pas sans soulever quelques problèmes. Dans cette analyse, il est crucial de garder en toile de fond de la réflexion l'indépendance de la fonction judiciaire, qui ne peut et ne doit pas faire les frais d'une telle décision par le Conseil de Sécurité.

Concernant la portée des résolutions du Conseil de Sécurité, la question ici pertinente est de savoir si une juridiction internationale peut se voir imposer une résolution la forçant à se déclarer compétente. La question doit être scindée en deux, entre les juridictions internationales externes à l'ONU et la CIJ, organe de l'organisation. Concernant les juridictions internationales externes à l'ONU, la réponse est assez claire. Il paraît inconcevable que le Conseil de Sécurité de l'ONU impose à une juridiction externe de se déclarer compétente. La séparation entre les ordres juridiques des différentes organisations internationales ne permettrait pas la prise en compte d'une telle décision. À titre d'exemple, la compétence des juridictions de l'OMC est limitée aux textes spécifiés par le Mémorandum d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends[75] (lequel n'inclut pas les résolutions du CS). Les tribunaux tirant leur compétence de la CNUDM sont, eux, limités aux « dispositions de la Convention et les autres règles du droit international qui ne sont pas incompatibles avec celle-ci ».[76] De manière générale, il est possible de conclure sans trop d'hésitation qu'une juridiction externe à l'ONU ne se sentirait pas obligée par une résolution l'intimant à se déclarer compétente.

---

[75] Articles 1 et 3 du *Mémorandum d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends* in *Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce*, Marrakech, 15 avril 1994, Nations Unies, *Recueil des Traités*, Vol. 1869, No 31874, 426 [Mémorandum d'accord sur le règlement des différends].

[76] Article 289 §1 de la *Convention des Nations Unies sur le droit de la mer*, Montego Bay, 10 décembre 1982, Nations Unies, *Recueil des Traités*, Vol. 1839, No 31363, 3 [CNUDM]. On pourrait arguer que la résolution du CS entrerait dans le droit applicable à travers la seconde partie de la phrase. Toutefois, même à admettre que cette résolution serait une « règle du droit international », elle serait incompatible avec l'article 288 §4 : « En cas de contestation sur le point de savoir si une cour ou un tribunal est compétent, la cour ou le tribunal décide ».

Concernant la CIJ, la jurisprudence existant à l'heure actuelle tend avant tout vers un effet des résolutions du Conseil de Sécurité dirigé sur les États.[77] Cela étant, en pratique, le Conseil de Sécurité dispose d'un certain pouvoir sur l'organisation elle-même, et non uniquement sur ses États-membres. À titre d'exemple, la création des Tribunaux pénaux internationaux pour le Rwanda et l'ex-Yougoslavie, organes de l'ONU, est basée sur des résolutions du Conseil de Sécurité.[78] On ne peut donc exclure *ex ante* la possibilité d'une immixtion de cet organe dans la prise de décision de la CIJ portant sur sa compétence.

Un autre obstacle, en lien avec l'indépendance de la fonction judiciaire empêche néanmoins le Conseil de Sécurité de forcer la CIJ, comme toute autre juridiction, à se déclarer compétente. Le Statut de la Cour fait intégralement partie de la Charte ONU.[79] Or, l'article 36 §6 de ce Statut indique explicitement qu'« [e]n cas de contestation sur le point de savoir si la Cour est compétente, la Cour décide ». Le fait que le Conseil de Sécurité puisse se substituer à la CIJ dans la décision de savoir si elle est compétente n'est pas compatible avec cette disposition. De plus, les deux organes tirent leur compétence d'une même source, excluant une prévalence du CS. On ne saurait donc admettre une perte d'indépendance de la Cour à ce sujet. Le raisonnement s'applique d'ailleurs *mutatis mutandis* aux autres juridictions, car la compétence de se prononcer sur sa propre compétence est une caractéristique de la fonction judiciaire de toute juridiction.[80] Une résolution du Conseil de Sécurité obligeant une juridiction à se déclarer compétente resterait lettre morte.[81]

§ II. La substitution au consentement étatique

La seconde option d'un don du consentement passant par une résolution du Conseil de Sécurité n'est cette fois pas d'intimer à la juridiction de rendre une décision donnée. Il est plutôt question de substituer au don du consentement de l'État une résolution du CS. En d'autres termes, le CS n'agirait pas directement

[77] Voir ÖBERG M. D., *The Legal Effects of Resolutions of the UN Security Council and General Assembly in the Jurisprudence of the ICJ* in *The European Journal of International Law*, Vol. 16/2006, 879-906, 884 et ses références.

[78] ORGANISATION DES NATIONS UNIES, Doc ONU S/RES/827, 25 mai 1993, para 2 ; ORGANISATION DES NATIONS UNIES, Doc ONU S/RES/955, 8 novembre 1994, para 1.

[79] L'article 92 de la Charte ONU indique : « La Cour internationale de Justice constitue l'organe judiciaire principal des Nations Unies. Elle fonctionne conformément à un Statut établi sur la base du Statut de la Cour permanente de Justice internationale et annexé à la présente Charte dont il fait partie intégrante ».

[80] En ce sens, voir SHIHATA I. F. I., *The Power of the International Court to determine its own Jurisdiction: Compétence de la Compétence*, Martinus Nijhoff, La Haye, 1965, 47, et références. Voir également *infra* 201.

[81] De manière anecdotique, on pourrait également suggérer que ce n'est pas le rôle du Conseil de Sécurité de prendre ce type de décision, dans la mesure où l'AG de l'ONU dispose du pouvoir de demander des avis consultatifs à la CIJ.

sur la cour ou le tribunal, mais créerait une fiction de consentement de l'État, laissant la juridiction libre de se prononcer.

La jurisprudence de la CIJ laisse peu de place à ce type de construction :

> *Sa compétence dépend en effet du consentement des États et, par voie de conséquence, elle ne saurait contraindre un État à se présenter devant elle, même en qualité d'intervenant*[82]

Cette citation n'offre pas d'autres options que l'expression directe de l'État concerné. Il faudrait comprendre la résolution du Conseil de Sécurité comme une forme de consentement de l'État pour le permettre. La seule construction juridique paraissant envisageable est de présumer, en raison du consentement à l'adhésion à l'ONU, que l'État consent à l'exercice absolu des pouvoirs du CS. Sachant l'étendue des pouvoirs de cet organe, l'État renoncerait à la possibilité de disposer de son consentement par la suite, et autoriserait le don du consentement par le CS.

Cette option porte une atteinte importante à la souveraineté de l'État. Si cette théorie était applicable au consentement, elle le serait aussi de manière plus générale. L'État serait réputé avoir volontairement délégué l'exercice de tous les pouvoirs liés à sa souveraineté. La CIJ adopte une position ambiguë sur le sujet :

> *Il est naturel d'accorder le premier rang à la paix et à la sécurité internationales, car les autres buts ne peuvent être atteints que si cette condition fondamentale est acquise. Certes, ces buts sont très vastes, mais ils ne sont pas illimités, non plus que les pouvoirs conférés pour les atteindre. Sauf dans la mesure où ils ont confié à l'Organisation la mission d'atteindre ces buts communs, les États Membres conservent leur liberté d'action. Mais, lorsque l'organisation prend des mesures dont on peut dire à juste titre qu'elles sont appropriées à l'accomplissement des buts déclarés des Nations Unies, il est à présumer que cette action ne dépasse pas les pouvoirs de l'organisation.*[83]

Ainsi, pour autant que le don du consentement entre dans l'objectif de « maintenir la paix et la sécurité internationales »[84], une telle situation n'est pas exclue. Il reste néanmoins extrêmement douteux qu'une juridiction considère comme approprié d'interpréter les termes « consentement de l'État » comme

[82] *Demande en révision et en interprétation de l'arrêt du 24 février 1982 en l'affaire du Plateau continental (Tunisie/Jamahiriya arabe libyenne) (Tunisie c. Jamahiriya arabe libyenne)*, Arrêt, CIJ Recueil 1985, 192, para 43.

[83] *Certaines dépenses des Nations Unies (article 17, paragraphe 2, de la charte)*, Avis consultatif, CIJ Recueil 1962, 151, 168.

[84] Article 1 §1 de la Charte ONU.

incluant une résolution du Conseil de Sécurité. Le sens des mots peut être étiré, mais dans certaines limites.

Parmi les juridictions internationales, un seul cas reflète cette possibilité, la Commission d'indemnisation des Nations Unies (CINU). Celle-ci est mise en place au sortir de l'invasion du Koweït, en vue d'indemniser les pertes liées à ce conflit.[85] Étant précisément établi par le Conseil de Sécurité, il est légitime de se demander à quel point son existence peut remettre en question l'argumentaire soutenu ici. Il n'existe pas de contradiction fondamentale entre les deux pour une raison essentielle, touchant à la nature même de la CINU. En effet, l'Irak n'est pas invité à participer à la procédure. Au mieux, il peut soumettre des commentaires généraux aux rapports du Secrétaire exécutif, mais il n'a pas un statut de partie à part entière.[86] Il est donc particulièrement discutable de considérer la CINU comme une réelle juridiction internationale. La CINU ressemble davantage à une simple extension du bras répressif du Conseil de Sécurité qu'à une quelconque juridiction internationale.

En conclusion, deux considérations se dégagent de ce chapitre. D'une part, le don du consentement doit être distingué d'une obligation de le faire. Le simple fait d'être obligé de donner son consentement à une juridiction ne se substitue pas valablement à un don effectif par l'État. D'autre part, il est peu envisageable qu'une autorité internationale se substitue à l'État dans le don de ce consentement. Une délégation explicite des compétences est envisageable, mais sans cela, on ne doit pas présumer légèrement de la perte du pouvoir décisionnel de l'État sur le sujet.

Conclusion

L'idée centrale de ce chapitre concerne la distinction entre obligation et don effectif du consentement. Dans ce cadre, il est important de définir le consentement par rapport à une cession des pouvoirs à un tribunal. Pour être effectif, le don du consentement correspond au moment où une dévolution de certains pouvoirs a lieu envers une juridiction internationale. Une simple promesse de don du consentement non assortie d'une quelconque manière de le rendre effectif en cas de refus subséquent d'une partie n'a pas d'impact. Certes, l'acte peut être qualifié d'internationalement illicite. Il est néanmoins

[85] ORGANISATION DES NATIONS UNIES, Doc ONU S/RES/687, 8 avril 1991 ; ORGANISATION DES NATIONS UNIES, Doc ONU S/RES/692, 20 mai 1991.

[86] Article 16 §2 de la Décision No 10 du Conseil d'administration de la CINU, UNITED NATIONS COMPENSATION COMMISSION GOVERNING COUNCIL, Decision taken by the Governing Council of the United Nations Compensation Commission at the 27th Meeting, Sixth Session held on 26 June 1992, Doc ONU S/AC.26/1992/10, 26 juin 1992; HUTH W. E., *Iraq Claims Tribunal: A New Approach to Settlement of International Commercial Disputes* in *International Business Lawyer*, Vol. 9/1995, 430-436, 432.

d'une nature différente d'un acte par lequel un tribunal peut se saisir d'une affaire malgré le refus d'un État de participer à la procédure.[87] Le don du consentement à la compétence correspond au moment où l'État perd le pouvoir de mettre fin à la procédure unilatéralement, en raison de la naissance d'une obligation de respecter la future décision de la juridiction.

Dans ce cadre, la possibilité pour le Conseil de Sécurité de forcer un État à se soumettre à au règlement des litiges devant une juridiction internationale est évaluée. Une telle situation est peu réaliste, tant elle empiète à la fois sur la fonction judiciaire de la juridiction et sur la souveraineté de l'État contraint. C'est pour cette raison qu'il convient de considérer le don du consentement étatique à la compétence internationale comme un « droit strictement personnel de l'État ».

[87] C'est le cas dans l'affaire *The South China Sea Arbitration (Philippines c. Chine)*, Award on Jurisdiction and Admissibility, Affaire CPA No 2013-19, 2015. Après avoir signé la CNUDM, prévoyant un mécanisme d'établissement de l'arbitrage, la Chine refuse de participer à la procédure. Malgré tout, la procédure suit son cours en l'absence de la Chine et le tribunal se considère comme compétent.

Chapitre 2 : Le consentement étatique à la compétence à travers l'Histoire

Il faut éclairer l'Histoire par les loix, & les loix par l'Histoire.[88]

Le développement par incrément des règles liées au consentement à la compétence fait de ce chapitre sur l'histoire plus qu'un simple passage obligé. L'origine des règles est à chercher dans l'Histoire, et il est difficile de les utiliser sans en comprendre la *ratio legis*.

L'étude de l'histoire de la notion de consentement touche nécessairement à l'histoire du droit international. Un choix est ici nécessaire, quant à l'étendue de ce qui peut être considéré comme du « droit international ». Comme le souligne KINTZINGER, l'histoire du droit international peut être appréhendée de deux manières : soit en se référant au phénomène tel que formellement conçu, et impliquant notamment l'existence de « nations », soit en se référant à la réalité historique changeante et le rôle d'une ébauche de droit international.[89] Cette distinction n'est pas qu'abstraite, en ce qu'elle a pour conséquence concrète de définir si la période avant la paix de Westphalie de 1648 peut être prise en considération ou non.[90]

En l'occurrence, la présente recherche porte avant tout sur la définition du consentement à la compétence tel qu'actuellement conçu. Cependant, on ne peut faire abstraction du développement de la notion. L'époque à laquelle certains éléments que l'on considère comme essentiels à la conception contemporaine du consentement sont absents est instructive. Elle permet non seulement de souligner les évolutions subies par ce concept, mais également de dresser petit à petit la toile de fond au regard de laquelle le consentement se développe. L'approche est donc structuraliste, s'intéressant aux blocs de construction de la juridiction internationale, plutôt qu'au contexte dans lequel ils s'inscrivent.[91]

L'histoire du droit international est riche en enseignements divers. CASSESE souligne par exemple l'évolution graduelle à la fin du Moyen Âge en Europe vers le concept d'État tel qu'actuellement compris. Partant de petites unités, la

[88] MONTESQUIEU, *De l'esprit des loix, Tome troisième*, Genève, Barillot et Fils, 1750, 420.

[89] KINTZINGER M., *From the Late Middle Ages to the Peace of Westphalia*, in *The Oxford Handbook of the History of International Law* [FASSBENDER Bardo/PETERS Anne ed.], Oxford, Oxford University Press, 2012, 607-627, 607-608.

[90] Voir *infra* 61.

[91] Sur la question du structuralisme, voir KENNEDY D., *Critical Theory, Structuralism and Contemporary Legal Scholarship* in *New England Law Review*, Vol. 21/1986, 209-289, 248-249.

souveraineté et la subjectivité internationale se déplacent vers des entités plus larges, les États.[92] Il est intéressant de souligner le processus inverse qui se met en place depuis le début du XXe siècle, dans lequel on peut observer une poussée vers la subjectivisation en droit international de plus en plus petites entités. Les problématiques de droit de l'investissement ne sont que la plus récente itération de la question. Le développement du système de relations internationales passe ainsi par une phase de centralisation progressive des sujets du droit international avant d'inverser la tendance, pour parvenir à une phase de décentralisation.[93] Comme il est constaté ici, le consentement étatique à la compétence est également influencé par cette dynamique.

L'objet de ce chapitre, à travers l'analyse de l'histoire, est la compréhension du système actuel de consentement à la compétence. Cette étude est nécessairement partielle, se concentrant avant tout sur les cas marquants de nouveaux développements dans la formation de ce système. Le but est également de démontrer que la majeure partie des grandes approches du consentement ne sont pas des inventions récentes. Le raisonnement derrière ces décisions précise la manière dont elles doivent être lues aujourd'hui, non pas avec un respect religieux, mais avec un œil critique. Pour ce faire, il s'agit dans un premier temps d'analyser la pratique des cités grecques dans l'Antiquité, avant de se tourner vers le changement de paradigme ayant lieu au Moyen Âge. Puis arrive l'ère moderne, avec le développement du rôle du juge à la fin du XVIIIe au XIXe siècle. Enfin, il convient de se pencher sur la « prolifération » prétendue[94] des juridictions au XXe siècle, et les révolutions qu'elles peuvent apporter au regard du consentement à la compétence.

Section I Antiquité : naissance et premières leçons

L'histoire commence dans la Grèce antique, ou plus précisément son époque archaïque.[95] Certains auteurs grecs prétendent faire remonter la culture de

[92] CASSESE A., *States : Rise and Decline of the Primary Subjects of the International Community* in *The Oxford Handbook of the History of International Law* [FASSBENDER Bardo/PETERS Anne ed.], Oxford, Oxford University Press, 2012, 49-70.

[93] Le terme « sujet » est utilisé au sens large. Le propos n'est pas de soutenir que les particuliers sont des sujets de droit international, mais plutôt que leur interaction directe avec des États devant des juridictions internationales est en hausse, principalement au travers des tribunaux asymétriques de type CIRDI ou CEDH.

[94] Voir notamment ROMANO C. P. R., *The Proliferation of International Judicial Bodies: The Pieces of the Puzzle* in *New York University Journal of International Law and Politics*, Vol. 31/1999, 709-751 ; OELLERS-FRAHM K., *Multiplication of International Courts and Tribunals and Conflicting Jurisdiction – Problems and Possible Solutions* in *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, Vol. 5/2001, 67-104.

[95] SHAPIRO H. A., *Introduction* in *The Cambridge Companion to Archaic Greece* [SHAPIRO Harvey Alan ed.], Cambridge, Cambridge University Press, 2007, 1-9, 1.

l'arbitrage à des temps immémoriaux, parfois même aux dieux eux-mêmes.[96] Une approche plus pragmatique amène à une période mieux définie, mais oscillant entre le VIII^e^ et le VII^e^ siècle avant J.-C. selon les auteurs.[97] Érigé en institution fondamentale à l'époque déjà, l'arbitrage se veut un substitut aux conflits ouverts, les souverains préférant la décision d'un tiers à la guerre. La portée de cette approche doit toutefois être relativisée. Si les Grecs admettent et encouragent l'arbitrage inter-cités, soit entre eux, ils ne connaissent pas, à l'instar des Romains, la possibilité de l'utiliser avec des souverains tiers.[98] Ceux-ci, considérés comme des barbares, respectivement de futurs vassaux, ne sont pas invités à régler les litiges de cette manière.[99] On retrouve ici déjà les jalons d'une problématique qui gangrène toujours les questions relatives au consentement. Les souverains sont réticents à se soumettre à la décision d'un tiers, en particulier lorsqu'une autre possibilité, moins aléatoire, d'imposer sa volonté existe. En effet, les Grecs et les Romains peuvent, en général imposer leur volonté envers les étrangers par la force.[100]

Le contexte de l'arbitrage entre les cités grecques offre une vision partielle, mais néanmoins pertinente du règlement des litiges internationaux. Les proto-nations[101] ne se livrent pas à un arbitrage international *stricto sensu*, notamment parce que l'arbitrage a lieu dans le cadre de sous-groupes géographiques prédéterminés. Comme le souligne LAUTERPACHT, la distinction entre arbitrage national et international est difficile à établir.[102] Les similitudes entre les ligues grecques et une forme d'État fédéral doivent nécessairement amener à regarder avec du recul les enseignements tirés de cette époque. On y retrouve quoi qu'il en soit un élément primordial au futur développement du droit international,

---

[96] GAURIER D., *Histoire du droit international : De l'Antiquité à la création de l'ONU*, Rennes, Presses Universitaires de Rennes, 2014, 64 ; RALSTON J. H., *International Arbitration from Athens to Locarno*, Stanford, Stanford University Press, 1929, 153.

[97] WESTERMANN W. L, *Interstate Arbitration in Antiquity* in *The Classical Journal*, Vol. 2/1907, 197-211, 199 ; GAURIER, *supra* note 96, 64 ; AGER S., *Interstate Arbitrations In The Greek World – 337-90 B.C.*, Berkeley, University of California Press, 1997, 19 ; FRASER H. S., *Sketch of the History of International Arbitration* in *Cornell Law Review*, Vol. 11/1926, 179-208, 186.

[98] NUSSBAUM A., *A Concise History of the Law of Nations*, New York, The Macmillan Company, 1947, 14 ; MÉRIGNHAC A., *Traité théorique et pratique de l'arbitrage international*, Paris, L. Larose Éditeur, 1895, 19. À noter que les souverains extérieurs sont volontiers pris comme médiateurs ou arbitres. Voir notamment AGER, *supra* note 97, 165-167, 194-196, 211-215, 238-248, 267-270, 275-277, 304-309, 372-374.

[99] MÉRIGNHAC, *supra* note 98, 19, 21-22 ; GAURIER, *supra* note 96, 34-35 ; RÆDER A., *L'arbitrage international chez les Hellènes*, Paris, Felix Alcan, 1912, 3-4.

[100] La problématique existe même au sein de la Grèce, voir notamment l'attitude générale de Sparte dans RÆDER, *supra* note 99, 246.

[101] Ce terme est à comprendre dans son sens étymologique, soit comme marquant les prémices du concept de nation, une nation primitive, rudimentaire, ZIEGLER J., *La Terre qu'on a*, EDI, Paris, 1989, 89.

[102] LAUTERPACHT H., *The Function of Law in the International Community*, Oxford, Oxford University Press, 2011, 447.

soit la relation entre deux puissances publiques, largement indépendantes[103] (malgré parfois une souveraineté limitée[104]). Cette approche comporte d'ailleurs un élément additionnel intéressant, en ce que les puissances grecques pratiquent l'arbitrage principalement entre elles, refusant aux seigneurs extérieurs la titularité d'une souveraineté équivalente à la leur.[105] Ce refus d'une égalité des parties sur le plan international, qu'on peut qualifier d'asymétrie, n'est pas sans évoquer une problématique réapparue au XX^e^ siècle dans le contexte des tribunaux s'occupant des droits humains ou dans le cadre de l'arbitrage d'investissement.[106] La possibilité de résoudre un litige devant une juridiction « internationale » est alors refusée par une partie à l'autre, soit en raison du rapport de force existant entre les deux, soit en raison de la nature de l'autre, perçue comme différente par l'un des protagonistes. Néanmoins, l'élément relatif au consentement à la compétence ici pertinent concerne donc une situation dans laquelle une entité proto-nationale accepte volontairement[107] de se soumettre à un règlement juridictionnel des différends. La présence d'un rapport de force déséquilibré ne fait pas obstacle à cette réflexion.

Sous toutes les réserves liées à l'éventuelle disparition des sources antérieures, les premiers indicateurs d'un besoin de consentement dans les arbitrages inter-cités peuvent être situés dans le contexte de la première guerre de Messénie aux alentours de 740 avant J.-C.. PAUSANIAS raconte qu'à la suite de divers assassinats et demandes d'extraditions, les Messéniens cherchent à éviter une guerre avec les Spartiates en leur proposant un arbitrage *ad hoc*, une fois le litige déjà déclaré. Ceux-ci le refusent, avant de gagner la guerre quelques années plus tard.[108] Si la véracité du récit peut être remise en question par certains[109], il souligne néanmoins, dès les premiers embryons d'arbitrage inter-cités, le rôle crucial du consentement. Au risque de formuler une lapalissade, force est de constater que l'essence même de ce mode de règlement des différends, par opposition à la guerre, est qu'à un moment donné, les deux parties sont d'accord sur le principe de l'arbitrage. Faute de consentement,

---

[103] ANTONACCIO C. M., *Colonization: Greece on the Move, 900-480* in *The Cambridge Companion to Archaic Greece* [SHAPIRO Harvey Alan ed.], Cambridge, Cambridge University Press, 2007, 201-224, 205 ; *contra* NUSSBAUM, *Concise History*, *supra* note 98, 15.

[104] Sur la notion de souveraineté limitée, voir *infra* 99. Cette notion est particulièrement pertinente ici, en raison de l'inexistence de la définition westphalienne de souveraineté durant l'Antiquité, *a contrario* CASSESE, *supra* note 92, 50.

[105] MÉRIGNHAC, *supra* note 98, 19 ; RALSTON, *supra* note 96, 168.

[106] Voir *infra* 73.

[107] La question de savoir si, au vu des circonstances politiques, l'entité en question est réellement libre de choisir ne fait pas l'objet de la réflexion présentée ici. Sur cette question, notamment de la liberté et de la souveraineté de l'État par rapport aux pressions extérieures, voir JACKSON R., *Sovereignty : Evolution of an Idea*, Polity Press, Cambridge, 2007, 16-17.

[108] RÆDER, *supra* note 99, 14 ; PICCIRILLI L., *Gli arbitrati interstatali greci*, Vol. I, Cuneo, Edizioni Marlin Pisa, 1973, 2-4.

[109] RÆDER, *supra* note 99, 14 ; PICCIRILLI, *supra* note 108, 2-4.

aucun arbitrage ne peut avoir lieu. Le présupposé à ce moment-là est déjà que le consentement est nécessaire.

La nature plus précise du consentement dans le cadre des arbitrages intercités est difficile à établir et il est tout aussi ardu de déterminer la portée de ce type de clause. D'une part, les sources sont parfois des récits lyriques, pouvant être rapportés plusieurs siècles après les faits et découlant de multiples transmissions orales.[110] D'autre part, dans les rares cas rapportés par des historiens contemporains de l'arbitrage, l'accent n'est pas mis sur les termes du consentement, mais plus sur des questions de droit de fond.[111] Dès lors, il est rare d'avoir accès aux termes de l'accord lui-même. Enfin, une autre problématique, de nature plus juridique, limite l'analyse pouvant être faite ici. Les arbitres choisis ne remettant jamais réellement en question leur compétence[112], le consentement a une portée juridique vague. Il est peu envisageable de procéder à un arbitrage si l'une des parties s'y refuse au moment de la constitution du tribunal. C'est notamment pour cette raison qu'il n'est pas réellement possible de s'intéresser au texte des compromis (ou accords spéciaux). Lesdits textes n'étant pas étudiés par les arbitres aux fins d'examiner en profondeur leur compétence, ils ne sont pas parvenus jusqu'à l'époque actuelle.

Quelques cas méritent néanmoins une attention particulière. En effet, plusieurs litiges apparus entre des cités ou des ligues grecques sont au bénéfice d'une clause de règlement pacifique des différends préexistante.[113] Ainsi, THUCYDIDES rapporte qu'en l'an 445 avant J.-C., Sparte et Athènes signent un traité mettant fin à une guerre les opposant et prévoyant une paix de trente ans.[114] Afin d'assurer cette paix, une clause compromissoire générale est intégrée au traité, précisant que les litiges survenant entre les deux cités sont réglés par voie arbitrale.[115] Cependant, lorsqu'un litige survient, il est nécessaire de confirmer la volonté des deux parties de se soumettre à l'arbitrage, ce que les Spartiates refusent de faire.[116] Le don effectif du consentement à l'arbitrage n'est donc pas contenu dans le premier traité, malgré les apparences. Il est au

---

[110] Voir les cas cités dans RÆDER, *supra* note 99, notamment 14-17, 22-23. Pausanias vivant vécu au II^e^ siècle après J.-C., la précision de ses récits, remontant au VIII^e^ siècle avant J.-C., peut laisser songeur. Il en va de même pour Plutarque qui vit aux I^er^ et II^e^ siècles après J.-C., et dont les récits remontent au VII^e^ siècle avant J.-C..

[111] Une étude des différentes sources citées dans cette partie démontre l'absence d'analyse approfondie par les arbitres de leur propre compétence.

[112] Aucun des cas mentionnés dans les sources utilisées dans cette partie n'en fait état. Le cas le plus proche est le refus de Scipion-Emilien de fonctionner comme arbitre en l'an 151, mais il n'est pas fondé sur un manque de consentement, mais plutôt sur l'occupation de l'arbitre potentiel, RÆDER, *supra* note 99, 102.

[113] Voir notamment TOD M. N., *International Arbitration Amongst the Greeks*, Oxford, Oxford University Press, 65-69.

[114] FRASER, *supra* note 97, 186 ; PICCIRILLI, *supra* note 108, 106.

[115] PICCIRILLI, *supra* note 108, 106 ; RÆDER, *supra* note 99, 26-27 ; TOD, *supra* note 113, 67.

[116] RÆDER, *supra* note 99, 27 ; PICCIRILLI, *supra* note 108, 107 ; TOD, *supra* note 113, 60.

contraire toujours à la disposition des parties au moment auquel le litige se déclare. Cette situation s'apparente plus à une obligation de don du consentement contenue dans le traité initial[117] qu'un don effectif du consentement.[118] Elle souligne également l'importance, afin de rendre concret un don du consentement, de prévoir le mode de constitution du tribunal *ex ante*.

De manière similaire, en l'an 418 avant J.-C., Sparte et Argos concluent un traité de paix pour cinquante ans.[119] Celui-ci prévoit un règlement des litiges survenant ultérieurement par la voie arbitrale. La clause compromissoire générale, dont le texte nous est parvenu, se lit en ces mots :

> *si un désaccord surgit entre deux des villes alliées, l'affaire sera poursuivie devant une troisième ville, dont les deux parties conviendront comme arbitre impartial.*[120]

Si cette clause semble univoque, elle comporte à nouveau la limite de la nomination d'un arbitre. Les parties doivent, au moment de la survenance du litige, encore une fois faire acte de bonne volonté (et donner leur consentement) en vue de la résolution du litige. De manière pragmatique, ce type de clause est plus programmatoire que concrète, engageant la cité au principe de l'arbitrage, mais lui ménageant une possibilité (qu'elle soit licite ou non) de refuser la constitution d'un tribunal arbitral par la suite.

Résolvant ce litige, la clause compromissoire prévue par Hierapytna et Prianse, probablement durant la seconde moitié du IIe siècle,[121] prévoit une manière créative de se passer de la confirmation des deux parties pour la nomination d'un arbitre. Chaque année, les deux cités choisissent une ville tierce à laquelle elles peuvent avoir recours en cas de litige durant l'an à venir :

> *À l'égard du lieu où sera le tribunal commun, les cosmes établis dans les deux villes constitueront tous les ans la ville que les deux parties auront jugé bon de choisir et dans laquelle doivent être pris les arbitres pour la décision du litige […].*[122]

Le don du consentement est ici effectivement renouvelé chaque année, permettant si nécessaire à une partie de saisir un arbitre sans avoir besoin d'une

[117] La réaction des Athéniens à l'apparent refus des Spartiates de se soumettre à l'arbitrage laisse peu de doute quant à leur sentiment que les deux parties sont obligées par cet arbitrage, RÆDER, *supra* note 99, 27.

[118] Concernant cette nuance, voir *supra* 31.

[119] RÆDER, *supra* note 99, 40.

[120] *Ibid.*, 41 ; MÉRIGNHAC, *supra* note 98, 21-22.

[121] RÆDER, *supra* note 99, 124 ; TOD, *supra* note 113, 60 ; MÉRIGNHAC, *supra* note 98, 22.

[122] RÆDER, *supra* note 99, 123.

nouvelle expression du consentement de l'autre. Aucune information ne permet toutefois d'affirmer qu'un cas d'application se présente.[123]

Une autre clause d'arbitrage résout également ce même problème, mais avec une toute autre approche. Éphèse et Sardes concluent en l'an 98 avant J.-C. un traité d'amitié contenant une disposition visant à la résolution arbitrale des litiges. Afin d'assurer l'effectivité de ces dons réciproques de consentement, elles prévoient que la ville de Pergame est nommée de manière pérenne. Celle-ci, une fois saisie par l'une ou l'autre des parties, tirerait au sort une tierce ville au sein une liste, qui devrait fonctionner comme arbitre. Des points procéduraux déjà très précis sont convenus d'avance (les délais, le caractère obligatoire du jugement, les conséquences du défaut).[124] Cette convention, pourtant conclue entre une cité grecque et une ville sous joug romain, apparaît particulièrement avant-gardiste. Tant sa précision que son anticipation des problèmes pouvant survenir lorsqu'une simple obligation de donner son consentement est prévue en lieu et place d'un réel don du consentement sont remarquables.

D'autres cas de clauses d'arbitrage prévues à l'avance existent.[125] Cependant, les lacunes des textes et surtout l'absence apparente de contestation de la compétence du tribunal ne permettent pas de tirer d'autres enseignements au sujet du consentement.

Les cités et ligues grecques tentent également à plusieurs reprises de mettre en place un système de juridiction arbitrale permanente. La première itération est le Conseil amphictyonique de Delphes, au sein de la Ligue du même nom, qui englobe « la plupart des peuples grecs »[126]. Cette autorité est chargée de l'application du droit amphictyon (notamment entre les cités indépendantes faisant partie de cette ligue) et du droit divin.[127] En cas de non-respect des décisions du Conseil, la ligue peut prendre les armes contre la cité fautive.[128] La manière exacte par laquelle un don du consentement s'effectue n'est pas détaillée dans les sources. On peut néanmoins raisonnablement inférer qu'une forme de consentement est donnée par l'adhésion à la ligue.[129] La compétence

---

[123] *A contrario*, AGER, *supra* note 97, 179-181 ; RÆDER, *supra* note 99, 124 ; TOD, *supra* note 113, 36.

[124] Pour les stipulations procédurales exactes, voir TOD, *supra* note 113, 78 ; voir aussi RÆDER, *supra* note 99, 136-137.

[125] À titre d'exemple, on peut citer la clause d'arbitrage Panhéllenique de l'an 375 avant J.-C., celle entre Teos et Lebedos de l'an 303 avant J.-C., celle entre Naxos et Archésine du III^e^ siècle avant J.-C., celle entre Athènes et la Ligue béotienne du III^e^ siècle avant J.-C. également, celle entre quatre villes lesbiennes du II^e^ siècle, celle entre la ligue magnésienne et la ligue perrhébienne du II^e^ siècle, voir RÆDER, *supra* note 99, 51, 65, 76, 77, 91, 107, 135.

[126] *Ibid.*, 165.

[127] *Ibid.*, 169.

[128] « L'assemblée était en droit d'armer contre elle toute la fédération », CALVO C., *Le droit international théorique et pratique*, 6^ème^ ed., Vol. 3, Paris, Guillaumin et Cie, 1888, 492.

[129] C'est également la conclusion à laquelle parvient RAEDER dans RÆDER, *supra* note 99, 165.

de ce Conseil reste toutefois limitée aux membres de la ligue, et l'effectivité de ce quasi-tribunal est remise en doute par certains auteurs.[130]

Ce bref historique souligne la progression qui s'effectue concernant le don du consentement. Partant, au VII[e] siècle avant J.-C., d'un arbitrage inter-cités pour lequel le consentement est donné *ad hoc* et lié à un litige déjà survenu, l'institution se développe progressivement. Devenant préventive, elle s'illustre dans un premier temps par son manque potentiel d'effectivité, en raison de la nécessité d'obtenir un réel don du consentement par les deux parties une fois le litige survenu. Cette situation n'est, somme toute, pas fondamentalement différente de celle qui prévaut sous l'empire des accords *ad hoc*. Dans un second temps, néanmoins, les cités tentent de résoudre ce problème en prévoyant progressivement des clauses obligatoires de règlement des différends de plus en plus précises. Celles-ci permettent d'aller vers une automatisation de la constitution du tribunal arbitral. Le don du consentement est ici effectif dans le premier traité et ne nécessite pas de confirmation ultérieure. La tentative d'institutionnalisation trouvée dans le Conseil amphictyonique de Delphes est une autre tentative de résoudre le problème. Plutôt que de prévoir un mécanisme de constitution du tribunal dans le traité, les cités ont recours à une institution déjà existante.

Concernant les aspects formels de l'arbitrage à cette époque, RÆDER mentionne un mode probable de conclusion du compromis. Selon lui, si la pratique (et les preuves de celle-ci) semblent favoriser l'écrit, il ne serait pas incongru qu'un tel accord soit passé en la forme orale.[131] Néanmoins, ces accords requièrent un entérinement par l'assemblée populaire des états s'y engageant.[132] Il est intéressant de constater que, pour certains des compromis dont le texte est encore disponible, les parties soulignent que le don de leur consentement résulte de leur « volonté libre ».[133] Cette démarche pose les prémices d'un consentement vu comme un droit strictement personnel de la partie le donnant. Ainsi, la validité d'un don du consentement auquel une cité aurait été forcée peut être remise en question.[134]

Enfin, quant à la portée matérielle de ces clauses compromissoires ou de ces compromis, il est également intéressant de constater que les cités prévoient

---

[130] FINLAY R., *International Arbitration* in *The North American Review*, Vol. 179/1904, 659-670, 661 ; RÆDER, *supra* note 99, 164.

[131] RÆDER, *supra* note 99, 269.

[132] *Ibid.*, 271.

[133] *Ibid.*, 271.

[134] Dans le même ordre d'idée, le « don » du consentement du Venezuela dans l'arbitrage de 1899 est particulièrement discutable, JOSEPH C. L., *The Venezuela-Guyana Boundary Arbitration of 1899 : An Appraisal: Part I* in *Caribbean Studies*, Vol. 10/1970, 56-89, 56.

parfois expressément dans l'accord l'obligation de respecter la sentence une fois émise.[135] Faute de sources, il est néanmoins difficile de savoir s'il s'agit de dispositions superfétatoires ou réellement utiles. En outre, les parties impliquées prennent habituellement le soin de préciser l'étendue matérielle du don du consentement. Dans les cas d'accords spéciaux, elles limitent en général la compétence du tribunal au litige en cours, mais peuvent parfois l'exprimer de manière large, couvrant l'entier des points litigieux jusqu'à la date de conclusion de l'accord.[136]

L'arbitrage des cités grecques est un passage incontournable dans la compréhension du consentement actuel. On y découvre les jalons les plus importants du développement de la notion. De nombreux problèmes actuels trouvent leurs prémices à cette époque. Si cette ère met en avant le développement de l'arbitrage sur la base des traités, la section suivante met en évidence combien le Moyen Âge amène à une diversification des sources de consentement à la compétence.

Section II Moyen Âge et Renaissance : une alternative au consentement ?

La période du Moyen Âge se démarque avant tout par un changement de paradigme concernant l'arbitrage international. L'Antiquité voit se développer l'institution de manière spectaculaire, tant d'un point de vue quantitatif que qualitatif, soit dans la fréquence du recours à ce mode de règlement des différends et dans la volonté de démocratisation et d'automatisation du processus.[137] Si certains auteurs avancent une diminution du recours à l'arbitrage au Moyen Âge[138], l'étude poussée de NOVACOVITCH tend vers la conclusion inverse.[139] Ces occurrences n'entraînent pas une modification de l'importance du consentement dans l'arbitrage international, mais plutôt une scission dans le mode d'usage. D'un côté, l'arbitrage tel qu'étudié à l'Antiquité continue à être utilisé, et de l'autre, l'arbitrage « divin » du pape prend une importance non négligeable dans les conflits entre souverains. Avec un postulat de départ fondamentalement différent, il est instructif d'étudier comment ces deux systèmes opèrent en parallèle.

---

[135] RÆDER, *supra* note 99, 272.

[136] TOD, *supra* note 113, 65 ; RÆDER, *supra* note 99, 274.

[137] Pour une représentation du nombre d'occurrences, voir la quantité de cas référencés dans PICCIRILLI, *supra* note 108 puis dans AGER, *supra* note 97.

[138] GAURIER, *supra* note 96, 113-114 ; FRASER, *supra* note 97, 191.

[139] NOVACOVITCH M., *Les compromis et les arbitrages internationaux du XIIe au XVe siècle*, Paris, A. Pedone, 1905, 100-159.

À titre préliminaire, les mots de FRASER, écrits en 1926, restent d'actualité : « *The study of arbitration in the Middle Ages is beset with difficulties* »[140]. D'une part, le système féodal en place durant la majeure partie du Moyen Âge[141] rend la délimitation entre arbitrage international et arbitrage fédéral encore plus ardue que durant l'Antiquité.[142] D'autre part, divers auteurs soulignent la fiabilité douteuse de certaines études[143] et la rareté des sources primaires.[144] Des sources éparses permettent néanmoins de se faire une idée générale de la pratique de l'époque.

Une catégorie particulière d'arbitrage fait son apparition au Moyen Âge : l'arbitrage par le pape. À ce sujet, il est intéressant de constater que DE TAUBE lui refuse expressément la dénomination d'*arbitrage international,* car il ne s'agit, selon lui, pas d'une « juridiction librement consentie par les parties et fondée sur un traité (compromis d'arbitrage) »[145]. Ce raisonnement paraît faible, son auteur utilisant simplement un postulat de départ pour exclure cette catégorie de son étude. Parce que l'arbitrage, pour être considéré comme tel, *doit* être lié à un type de consentement exprès trouvé dans un traité, il ne s'agirait ici pas de cela. Diverses questions, qui sont abordées au cours de ce travail, découlent de ceci : l'absence de consentement exclut-elle d'office la notion d'arbitrage ? Dans l'affirmative, ne peut-on pas néanmoins considérer que les souverains concernés donnent leur consentement, que ce soit de manière implicite ou explicite ? S'agit-il d'un consentement à la compétence ou d'une autre forme de consentement ?[146]

S'agissant de cette nouvelle approche de l'arbitrage, GOSSELIN résume le pouvoir des papes ainsi :

> *Depuis cette époque, tous les États catholiques de l'Europe formèrent, pendant plusieurs siècles, une espèce de république, dont le pape était regardé comme le chef. En cette qualité, il prononçait, soit dans les conciles, soit hors des conciles, comme arbitre ou juge suprême, dans les débats qui s'élevaient entre les princes et leurs sujets, ou entre les princes eux-mêmes ; il citait les souverains à son tribunal ; et, non content d'infliger aux princes scandaleux des peines spirituelles, il*

[140] FRASER, *supra* note 97, 190.

[141] TRUEBLOOD B. F., *International Arbitration at the Opening of the Twentieth Century* in *The Advocate of Peace*, Vol. 67/1905, 80-85, 80-81.

[142] Voir à ce sujet les commentaires faits plus hauts, *supra* 49.

[143] FRASER, *supra* note 97, 190 ; STRUPP K., *Le droit du juge international de statuer selon l'équité* in *Recueil des cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, Tome 33, Leiden, Brill, 1930, 357-481, 365 et citations.

[144] DE TAUBE, *supra* note 35, 57.

[145] *Ibid.*, 75.

[146] Ces questions sont à nouveau évoquées plus bas, voir *infra* 93.

> *privait de leur dignité ceux qui persévéraient opiniâtrement dans leurs désordres.*[147]

L'ouvrage en question s'articulant comme une ode à la gloire des papes et de l'Église catholique en général, il est légitime de remettre en cause son objectivité. La réflexion reste néanmoins utile, car elle souligne un état de fait avéré : les papes arbitrent des différends entre souverains, sur la base de leur *mission divine*.[148] MÉRIGNHAC leur prête même le pouvoir de se saisir spontanément des litiges, sans qu'il soit besoin que les souverains concernés se plaignent auprès d'eux.[149] Ce pouvoir est cristallisé, au sein de l'Église catholique, dans la bulle *Unam sanctam* :

> *Porro subesse Romano Pontifici omni humanae creaturae declaramus, dicimus, definimus, et pronunciamus omnino esse de necessitate salutis.*[150]

Ce type de compétence est intéressant à deux titres. D'une part, il représente une forme relativement aboutie d'institution permanente de justice internationale. Comme établi plus haut, les Grecs s'y essaient.[151] La version papale, quant à elle, ne pose plus le problème de savoir s'il s'agit d'un état fédéral, la souveraineté des parties impliquées pouvant être assez clairement établie (par exemple dans l'arbitrage entre Philippe IV de France et Édouard I d'Angleterre, sous l'égide de Boniface VIII en 1298[152]). D'autre part, ce type de compétence met en évidence une problématique également discutée dans le cadre de la réflexion philosophique liée au consentement.[153] Deux manières d'aborder la validité du consentement sont envisageables, et on peut ici se demander si le pape considère qu'un consentement — même implicite — à sa compétence est donné, ou au contraire si le pouvoir du pape découle d'un *état de nature* dans lequel la justice doit s'imposer aux parties.

Cette juridiction, qui se veut universelle, trouve sa limite dans la réalité de sa compétence. Malgré sa prétention, elle ne s'applique *de facto* qu'à un nombre limité de souverains, soit ceux acceptant de la reconnaître. Deux options pour comprendre la juridiction papale s'offrent donc. En partant du présupposé, comme DE TAUBE, que le consentement est une composante nécessaire de l'arbitrage international il convient soit de refuser le statut de tribunal arbitral

---

[147] GOSSELIN J. E. A., *Pouvoir du pape au Moyen Âge*, Paris, Librairie classique de Perisse Frères, 1845, 326.

[148] NUSSBAUM, *Concise History*, *supra* note 98, 25.

[149] MÉRIGNHAC, *supra* note 98, 32.

[150] BONIFACE VIII, *Unam Sanctam*, 18 novembre 1302, para 9. Traduction libre : « En outre, nous déclarons, disons, définissons et prononçons qu'il est absolument nécessaire pour le salut que toute créature humaine soit soumise au pontife romain ».

[151] Voir *supra* 53.

[152] NUSSBAUM, *Concise History*, *supra* note 98, 25. C'est d'ailleurs en réaction au refus français de se conformer à la sentence que la bulle *Unam Sanctam* est rédigée.

[153] Voir *infra* 93.

au pape, soit de considérer que le consentement est donné implicitement à un moment ou à un autre. À l'inverse, en suivant le postulat selon lequel une loi supérieure au simple consentement des mortels est applicable, la juridiction papale ne dépend pas de celui-ci. La question se pose donc de deux manières distinctes, en fonction du postulat de départ choisi. Un élément permet-il de considérer l'affirmation de sa compétence par le pape comme licite ? Ou, dans la seconde option, un élément permet-il de considérer l'affirmation de sa compétence par le pape comme illicite ? La situation par défaut, l'*état de nature* choisi devient la clef de voûte du système.[154]

Certains arbitrages prennent également place auprès du pape, mais découlent d'une attribution explicite de compétence. MÉRIGNHAC relève le cas d'un traité entre Gènes et Venise prévoyant la clause compromissoire suivante :

> *S'il surgissait entre lesdites cités un différend qui ne pût être facilement aplani par elles, il devra être tranché par l'arbitrage du Souverain Pontife.*[155]

Cette clause a l'avantage de prévoir immédiatement la constitution du tribunal arbitral, à l'inverse, par exemple, du Traité de Fribourg[156] signé en 1516 entre les treize cantons suisses et François 1er, Roi de France. Ce traité prévoit uniquement la nomination de deux arbitres par chacune des parties au moment de la survenance d'un conflit.[157] Comme développé ci-dessus[158], il s'agit davantage d'une obligation de donner son consentement que d'un don du consentement effectif.

D'autres arbitrages prennent également place hors du champ papal. Un exemple, perpétuant la tradition de clauses compromissoires s'étant progressivement installée durant l'Antiquité, est parfois déduit du Pacte du Grütli de 1291.[159] À cette occasion, les trois cantons suisses auraient inséré dans leur accord confédéral une clause visant à résoudre les futurs litiges survenant entre les communautés par le biais d'un arbitrage. Cette lecture est néanmoins sujette à caution, au vu des diverses controverses quant à l'origine réelle du texte.[160] En l'admettant, il s'agit d'une clause compromissoire relativement

---

[154] Ce point est développé dans le chapitre sur l'épistémologie du consentement, voir *infra* 81. Voir également NEFF S. C., *Justice among Nations : A History of International Law*, Cambridge, Harvard University Press, 2014, 58.

[155] MÉRIGNHAC, *supra* note 98, 21-40.

[156] Aussi connu sous le nom de « Paix perpétuelle ».

[157] MÉRIGNHAC, *supra* note 98, 21, 40-41.

[158] Voir *supra* 31.

[159] DE TAUBE, *supra* note 35, 64 ; GAURIER, *supra* note 96, 114 ; NOVACOVITCH, *supra* note 139, 60-61.

[160] VEILLETTE J., *Récit national et imaginaires identitaires au double prisme du « bilinguisme » et de la « migration »*, Berne, Peter Lang, 2015, 34.

faible, en ce qu'elle ne fait que prévoir le principe de l'arbitrage. Elle laisse aux parties le soin de nommer des arbitres une fois le litige survenu.[161]

Ce problème de consentement pour les litiges futurs, déjà présent à l'Antiquité, n'est pas résolu au Moyen Âge. FRASER relève que les accords de ce type semblent motivés davantage par les intérêts contemporains qu'une volonté plus large d'arriver à une paix générale. Il en veut pour preuve l'absence de source mentionnant la constitution effective d'un tribunal sur la base d'une telle clause compromissoire.[162] Il est clair que peu de progrès sont faits par rapport à l'Antiquité concernant les arbitrages séculaires. Il est toutefois intéressant de constater que la présence de sources plus détaillées permet de se pencher sur l'étendue du pouvoir des arbitres. De manière générale, NOVACOVITCH considère qu'il « [va] de soi que l'objet du litige et les noms des arbitres fussent désignés dans le compromis ».[163] Aucune source n'est toutefois fournie, et il n'est pas clair si l'auteur parle des compromis au sens strict (accords spéciaux) ou s'il inclut également les clauses compromissoires dans sa réflexion.

Au-delà du mode de don du consentement, il est également intéressant de se pencher sur l'étendue du consentement donné. Si les contours exacts sont en général le sujet d'âpres discussions dans les procédures actuelles, le problème ne se pose pas réellement à l'époque. À titre d'exemple, un compromis de 1441 entre certaines provinces des Pays-Bas et des villes vandales prévoit que les arbitres « auront le pouvoir de recevoir les demandes, plaintes, & prétentions des deux parties, & de terminer ces affaires et tout ce qui en dépend de la manière qu'ils trouveront le plus utile & convenable »[164]. Le litige est circonscrit très vaguement et les affaires connexes y sont incluses. Un consentement à la compétence très large est donné, laissant peu de place à une éventuelle contestation de la compétence des arbitres. Résumant la tendance générale, NOVACOVITCH indique que « le plus souvent, on ne fixait aucune limite aux pouvoirs des arbitres »[165]. La limite principale qui leur est imposée est un délai pour rendre leur sentence.[166] De même, l'idée de procédure préliminaire visant à déterminer la compétence ne se développe pas encore.[167]

---

[161] « Si d'autre part un conflit surgit entre quelques-uns, les plus sages des confédérés doivent intervenir en médiateurs pour apaiser le différend de la façon qui leur paraîtra efficace ; et les autres confédérés doivent se tourner contre la partie qui repousserait leur sentence. », *Pacte fédéral des trois cantons* (www.admin.ch/dam/gov/de/Bundesrat/Staatskunde/Franz%C3%B6sische%20%C3%9Cbersetzung.pdf.download.pdf/Franz%C3%B6sische%20%C3%9Cbersetzung.pdf) (1.4.2019).

[162] FRASER, *supra* note 97, 193 ; NOVACOVITCH, *supra* note 139, 62.

[163] NOVACOVITCH, *supra* note 139, 68.

[164] DU MONT J., *Corps universel du droit des gens*, Vol. III, Partie I, La Haye, P. Husson et Charles Levier, 1726, 101.

[165] NOVACOVITCH, *supra* note 139, 78.

[166] *Ibid.*, 79-80.

[167] *Ibid.*, 82-83. Il est toutefois utile de noter que l'absence de mention par les différents auteurs étudiant cette période peut également découler du fait qu'ils ne sont pas sensibilisés à la problématique.

Plutôt qu'une chronologie, une approche avant tout thématique est adoptée pour ce chapitre. Le Moyen Âge se distingue en effet par ses deux branches dans l'arbitrage, celle quasi divine et celle plus séculaire. Dans le premier cas, différentes lectures du phénomène juridique peuvent être proposées, en fonction du présupposé de départ. Une lecture moderne, à l'aune des théories actuelles sur le consentement, incite à y lire un consentement implicite, voire explicite, dans les actes en lien avec l'arbitrage papal. Cependant, il est crucial de se remettre dans le contexte prévalant à l'époque pour comprendre les fondements réels du système. Si le présupposé est celui d'une toute-puissance de l'Église catholique, en raison de sa proximité avec le Divin, un consentement n'est pas nécessaire, il s'impose par les règles de l'institution (voire directement les règles divines). Cette théorie peut sembler absurde à certains, mais il est important de garder à l'esprit que c'est peut-être la manière dont les protagonistes conçoivent la compétence du pape. Sa compétence ne souffre d'aucune limite ou contestation. Ce choix (ne soit-il pas perçu comme un réel choix par les acteurs de l'époque) met en évidence la manière dont une compétence universelle peut se développer. Un consentement à la compétence n'est plus nécessaire. Si consentement il y a, il se déplace en amont du processus, dans l'adhésion au système de pensée ou de croyance, au dogme, ici de l'Église catholique.

En parallèle, l'arbitrage interétatique continue à se développer dans la droite ligne de l'Antiquité. Certes, les progrès ne sont pas particulièrement notables, mais l'institution reste d'actualité. Les États, villes, provinces ou autres entités publiques donnent explicitement leur consentement, soit en avance, soit *ad hoc*, et octroient par là une compétence à une juridiction « internationale ». Si peu de progrès ont lieu durant cette époque, c'est néanmoins cette institution maintenant millénaire qui perdure et se développe.

Section III Redéfinition westphalienne

Une nouvelle ère des relations internationales débute à la fin du Moyen Âge et est cristallisée en 1648 avec la signature de la paix de Westphalie. Constituée de plusieurs traités[168], elle met fin aux guerres ayant ravagé le continent européen depuis presque un siècle. À cette occasion, l'Espagne, les Provinces-Unies des

MÉRIGNHAC, DE TAUBE, NOVACOVITCH ou GOSSELIN écrivant leurs ouvrages entre XIX^e^ et le début du XX^e^ siècle, la question n'y est pas aussi cruciale qu'elle peut l'être actuellement.

[168] *Traité de Paix entre Philippe IV, Roi catholique d'Espagne, & les Seigneurs Etats Généraux des Provinces-Unies des Pais-Bas ; Par lequel lesdits Etats sont reconnus Libres & Souverains, avec Renonciation de la part dudit Roi, pour lui & ses Successeurs, à toutes les prétentions qu'il y avoit auparavant*, du 30 janvier 1648 ; *Traité de Münster*, du 24 octobre 1648 ; *Traité d'Osnabrück*, du 24 octobre 1648 ; *Traité de Nuremberg*, du 2 juillet 1950.

Pays-Bas, la France, le Saint Empire romain germanique et la Suède signent quatre accords de large portée, concernant notamment la cessation des hostilités et le partage territorial.

Si la pacification du continent est un élément primordial des accords[169], un autre point reste dans l'histoire comme l'héritage principal des traités de Westphalie : sa (re)définition de la souveraineté.[170] Celle-ci porte à conséquence de manière non négligeable dans le contexte du consentement. Comme souligné plus haut[171], la souveraineté et l'inégalité des protagonistes sont les *caveats* principal concernant l'analogie entre l'arbitrage interétatique de l'Antiquité et celui pratiqué actuellement. Le Moyen Âge voit cette distinction entre les différents degrés de souveraineté s'effacer progressivement, mais rester néanmoins présente, en raison du féodalisme. La paix de Westphalie, quant à elle, affirme la souveraineté égale des États, faisant suite aux développements philosophiques du siècle précédent.[172] Ce n'est pas une coïncidence que la paix de Westphalie, considérée comme une étape cruciale dans le développement du droit international, soit signée dans le contexte d'une ébullition intellectuelle concernant les relations internationales. VITORIA, SUAREZ, GENTILI et GROTIUS écrivent tous leurs *opera magna* entre 1532 et 1625.[173] Les traités de Westphalie s'inspirent largement des thèses qui y sont défendues, en particulier concernant la souveraineté.[174] Leur conception, si elle peut évoluer et se préciser, reste celle prévalant à l'époque actuelle. C'est celle-là, sur laquelle il convient de revenir plus bas[175], qui forme désormais le canevas idéologique et juridique de la notion de consentement à la compétence.

Curieusement toutefois, la pratique de l'arbitrage perd de son importance au cours du siècle et demi suivant la paix de Westphalie.[176] Cette période est d'ailleurs souvent passée sous silence dans les ouvrages consacrés à ce mode de règlement des différends.[177] NUSSBAUM cite l'exemple des Pays-Bas, qui ont une

---

[169] BLIN A., *1648, la paix de Westphalie ou la naissance de l'Europe politique moderne*, Bruxelles, Éditions Complexe, 2006, 131-164.

[170] *Ibid.*, 56.

[171] Voir *supra* 48.

[172] OPELLO W. C. & ROSOW S. J., *The Nation-State and Global Order : A Historical Introduction to Contemporary Politics*, Londres, Lynne Rienner Publishers, 1999, 69-71.

[173] Pour Francisco de VITORIA, on retiendra *De Indis* et *De iure belli Hispanorum in barbaros* en 1532, pour Francisco SUAREZ, on retiendra *De bello et de Indis* en 1584, pour Alberico GENTILI, on retiendra *De iure belli libri tres* en 1598, et pour Hugo DE GROOT ou GROTIUS, on retiendra *De iura belli ac pacis libri tres* en 1625.

[174] BLIN, *supra* note 169, 56.

[175] À ce sujet, voir *infra* 99.

[176] NUSSBAUM, *Concise History*, *supra* note 98, 90.

[177] Voir ROELOFSEN C. G., *International Arbitration and Courts* in *The Oxford Handbook of the History of International Law* [FASSBENDER Bardo/PETERS Anne ed.], Oxford, Oxford University Press, 2012, 145-169, 159. Voir également *a contrario* MÉRIGNHAC, *supra* note 98 ; FRASER, *supra* note 97 ; GAURIER, *supra* note 96.

tendance certaine à prévoir des clauses compromissoires dans leurs traités[178], mais le recours concret à des arbitrages sur cette base n'est pas développé. Il en découle une certaine difficulté dans l'analyse des éventuels arbitrages de l'époque.

Les hypothèses quant à la raréfaction de ce mode de règlement des différends sont variées. Il est possible, par exemple, de supposer que la mise à niveau des États désormais souverains a pour effet de limiter l'importance de prévoir explicitement un règlement pacifique des différends. En effet, comme constaté dans l'Antiquité, l'arbitrage permet notamment d'éviter l'invasion par une puissance militaire plus forte. Cette théorie prête toutefois le flanc à une critique importante, car elle idéalise les relations internationales. Les États les plus forts restent les plus forts, et la paix de Westphalie ne met, de toute évidence, pas fin aux guerres en Europe.[179] Autre possibilité, le nouvel ordre européen institué par ces traités garantit aux petits États une certaine protection en raison de l'équilibre des forces en présence.[180] Enfin, ROELOFSEN souligne un fort développement de la diplomatie, qui peut mener à désamorcer les litiges en amont.[181]

Quoi qu'il en soit, la diminution du recours à l'arbitrage après la paix de Westphalie est avérée. Une exception notable dans cette tendance est *l'impetus* lancé par l'abbé de Saint-Pierre en vue d'une paix universelle. À cette fin, il suggère la création d'une « Union générale de l'Europe »[182]. Visionnaire, il développe ce projet en prônant la nécessité d'une juridiction permanente et obligatoire chargée du règlement des litiges entre les membres de cette union.[183] L'abbé de Saint-Pierre théorise ainsi une forme de cour qui n'a, à ce moment-là, été mise en place que partiellement par les Grecs et l'Église. Dans ce cadre, l'adhésion à cette juridiction passe par la signature du traité d'union, pour lequel « il suffit que les Parties donnent leur consentement »[184]. Ce projet ne rencontre pas le succès escompté par son auteur, mais il se profile néanmoins comme une vision surprenante dans son anticipation du développement du continent européen et des juridictions internationales.

---

[178] NUSSBAUM, *Concise History*, *supra* note 98, 90.

[179] Parmi tant d'autres, deux exemples sont la guerre de Sept Ans (1756-1763) et les guerres napoléoniennes (1803-1815).

[180] DE VISSCHER C., *Théories et réalités en droit international public*, 4ème ed., Paris, A. Pedone, 1970, 17 ; WALLERSTEIN I., *The Politics of World-Economy*, Cambridge, Cambridge University Press, 1984, 49.

[181] ROELOFSEN, *supra* note 177, 156.

[182] CASTEL DE SAINT-PIERRE C. I., *Mémoires pour rendre la paix perpétuelle en Europe*, Vol. 1, Cologne, Jaques le Pacifique, 1712, 5.

[183] CASTEL DE SAINT-PIERRE C. I., *Projet pour rendre la paix perpétuelle en Europe*, Vol. 1, Antoines Schouten, Utrecht, 1713, 326-327.

[184] CASTEL DE SAINT-PIERRE C. I., *Projet pour rendre la paix perpétuelle en Europe*, Vol. 1, Antoines Schouten, Utrecht, 1713, 279-280.

Section IV Premiers développements juridictionnels modernes : l'émancipation du juge

Après la diminution de la fréquence du recours à l'arbitrage après la paix de Westphalie, il faut attendre la fin du XVIII[e] siècle et le XIX[e] siècle pour assister à son renouveau. Il est généralement admis que les débuts de l'arbitrage moderne remontent au traité de Jay de 1794 entre le Royaume-Uni et les États-Unis d'Amérique, nouvellement indépendants.[185] Préalablement, il est toutefois utile de définir le sens d'« arbitrage moderne ». Le renouveau de l'arbitrage coïncide avec la conscientisation de la fonction judiciaire. Les manières principales de donner son consentement n'évoluent pas particulièrement. En revanche, la fonction judiciaire (qui est explorée plus en profondeur ci-dessous[186]) marque un tournant important dans la conception de la résolution juridictionnelle des litiges. Le développement de la *compétence de la compétence* est crucial concernant le consentement, car il met en évidence la manière dont les adjudicateurs[187] perçoivent leur rôle dans la procédure.[188] Le statut de l'arbitre évolue progressivement et marque de plus en plus clairement la distinction entre l'arbitrage et une forme de médiation. Le don du consentement commence à impliquer le don de pouvoirs pouvant aller au-delà de ce qui est initialement prévu.

Un premier jalon de l'évolution du statut des tribunaux internationaux est posé par l'affaire *Betsey* en 1796. À cette occasion, la Commission chargée de l'arbitrage est face à un problème nouveau. Une « soudaine et violente agitation »[189] cause un délai dans la réponse des Commissaires chargés d'arbitrer l'affaire. Ils sont confrontés au fait qu'une cour nationale anglaise s'est déjà prononcée sur l'affaire. Un questionnement plus large quant à la compétence de la Commission de se prononcer sur l'étendue de sa propre compétence en naît.[190] Contrairement à la croyance découlant de l'affaire *Nottebohm*[191], il s'agit ici du premier cas de remise en question par un tribunal

---

[185] RIVKIN D. W., *The Impact of International Arbitration on the Rule of Law* in *Arbitration International*, Vol. 29/2013, 327-360, 334 ; FRASER, *supra* note 97, 198 ; SCHWEBEL S. M., *Foreword* in *International Mass Claims Processes* [HOLTZMANN Howard M./KRISTJÁNSDÓTTIR Edda ed.], Oxford, Oxford University Press, 2007, v ; AMERASINGHE, *Jurisdiction of International Tribunals*, *supra* note 27, 35.

[186] Voir *infra* 105.

[187] Le terme « adjudicateur » est utilisé dans ce travail pour désigner une personne chargée de juger un cas. Cela englobe donc les juges, arbitres, commissaires ou membres de l'Organe d'appel.

[188] En ce sens également, voir BOISSON DE CHAZOURNES L., *The Principle of Compétence de la Compétence in International Adjudication and its Role in an Era of Multiplication of Courts and Tribunals* in *Looking to the Future: Essays in Honor of W. Michael Reisman* [ARSANJANI Mahnoush H./SLOANE Robert/COGAN Jacob/WIESSNER Siegfried ed.], Leiden, Martinus Nijhoff, 2010, 1027-1064.

[189] MOORE J. B., *International Adjudications Ancient and Modern: History and Documents – Modern Series*, Vol. 4, New York, Oxford University Press, 1931, 82.

[190] *Ibid.*, 82.

[191] *Nottebohm (Liechtenstein c. Guatemala)*, Exception préliminaire, Arrêt, CIJ Recueil 1953, 111, 119.

de sa propre compétence quant à l'examen de sa compétence.[192] Cette problématique, plus tard nommée *Kompetenz-Kompetenz*[193], pose les jalons d'une prise de conscience du rôle et de la fonction du juge international.[194] Ne se contentant plus d'être strictement la bouche de la loi à travers la volonté des parties à l'arbitrage, l'adjudicateur développe un statut inédit dans la procédure. Il devient titulaire d'une nouvelle indépendance, qui n'est plus limitée à son simple statut intermédiaire entre les parties. Au contraire, l'arbitre développe un rôle qui se détache d'un raisonnement purement ascendant et devient, d'une certaine manière, juge créateur.[195] En l'espèce, les Commissaires abandonnent rapidement la question de la compétence de la compétence, pour se tourner vers le fond de la contestation de leur compétence, soit un problème de *res judicata*.[196] Comme le souligne SHIHATA, ce ne sont pas les Commissaires qui décident de leur compétence de la compétence, mais les gouvernements eux-mêmes, afin de débloquer l'affaire.[197]

En 1798, l'affaire *Sally* confronte les mêmes Commissaires au même problème de compétence de la compétence. Réfléchissant à la manière de le résoudre, le Commissaire PINKNEY relève :

> *a forebearance on our part to determine on our powers […] would reduce the article from which we derive our own appointment to a dead letter, leave it without inherent capacity to operate or become effectual, and make the board rely in every stage of progress (if indeed it could make any progress at all) upon the occasional instructions of the contracting parties, which neither is obliged to give or the uncertain event of suppletory negotiations over which we can have no control, and for which the article contains no provisions.*[198]

La solution à cette affaire est là encore toutefois trouvée diplomatiquement.[199] Dans ces deux cas, les arbitres soulèvent certes la problématique, mais ne répondent pas, en tant que tribunal, à la question. Les parties prennent le questionnement à leur compte et y apportent une solution,

---

[192] En ce sens, AMERASINGHE, *Jurisdiction of International Tribunals*, *supra* note 27, 121.

[193] La paternité du terme est disputée entre JELLINEK et BÖHLAU, voir BOUCARON M., *Le principe compétence-compétence en droit de l'arbitrage*, thèse, Nice – Sophia Antipolis, 2011, 10.

[194] Pour des développements relativement récents sur la notion, voir BOISSON DE CHAZOURNES, *supra* note 188.

[195] Voir *infra* 95.

[196] MOORE, *International Adjudications*, Vol. 4, *supra* note 189, 82-86 ; *contra* SHIHATA, *supra* note 80, 12-13.

[197] SHIHATA, *supra* note 80, 14.

[198] MOORE J. B., *History and Digest of the International Arbitrations to which the United States has been a Party*, Vol. 3, Washington, Government Printing Offices, 1898, 2311.

[199] *Ibid.*, 2312.

amendant ou précisant leur consentement initial, et ôtant ainsi une épine du pied des Commissaires. Ceux-ci n'en sont pas moins conscients du problème.

En 1866, l'affaire *La Constancia* est jugée entre les États-Unis et le Venezuela. À cette occasion, une question de compétence de la Commission est soulevée, mais les Commissaires ne s'attardent pas outre mesure sur la question. Seul l'un d'eux mentionne qu'il se considère comme obligé de se déterminer sur la compétence (ou son absence) de la Commission.[200] Entre les lignes, il est possible d'y lire que ce Commissaire considère la compétence de la compétence non pas comme un éventuel droit, mais bien comme une nécessité pour la juridiction saisie. Il ne s'agit toutefois là que d'une opinion individuelle.

Enfin, la fameuse affaire *Alabama* se présente. Jugée à Genève en 1872, dans une salle désormais officiellement appelée « salle de l'Alabama »[201], cette affaire reste symbolique comme le point d'affirmation de la compétence de la compétence.[202] Dans cette affaire, les États-Unis réclament réparation au Royaume-Uni pour les pertes économiques subies en raison des raids menés par le sloop-of-war *CSS Alabama* sur la marine marchande. Si le navire est sous le contrôle des confédérés, il a néanmoins été commandé à un chantier naval situé à Liverpool. Les États-Unis accusent donc le Royaume-Uni de manque de diligence dans le respect de leur obligation de neutralité durant la guerre de Sécession.[203] Dans ce cadre, la question se pose de savoir si la compétence du tribunal ne couvre que le dommage direct subi par les États-Unis, ou également le dommage indirect.[204] Souhaitant exclure ce point de la compétence des arbitres, le Commissaire anglais formule le principe suivant :

> *That any expression on the subject would not be binding upon either of the two governments unless assented to by both.*[205]

S'interrogeant encore en amont, les arbitres en viennent à se demander s'ils ont la compétence de se déterminer à ce sujet, et parviennent à cette conclusion :

> *the indirect claims […] should […] be wholly excluded from the consideration of the tribunal in making its award, even if there were*

---

[200] *Ibid.*, 2342-2343.

[201] GENEVA TOURISM, *Hôtel-de-Ville — Salle Alabama* (www.geneve.com/fr/efficy-object-detail-fr/hotel-de-ville-salle-alabama-641.product/) (1.4.2019).

[202] Notamment grâce à la CIJ, *Nottebohm*, Exception préliminaire, *supra* note 191, 119 ; MOORE, *International Adjudications*, Vol. 4, *supra* note 189, ix.

[203] Le navire est finalement coulé au large de Cherbourg en 1864, PAINE L. P., *Warships of the World to 1900*, Boston, Mariner Books, 2000, 90.

[204] Le dommage indirect concerne ici les pertes subies non pas par le gouvernement américain lui-même, mais par les privés dans leurs activités commerciales, notamment en raison des raids du *CSS Alabama* sur la marine commerciale. MOORE J. B., *History and Digest of the International Arbitrations to which the United States has been a Party*, Vol. 1, Washington, Government Printing Offices, 1898, 628ss.

[205] *Ibid.*, 644.

> *no disagreement between the two governments as to the competency of the tribunal to decide thereon.*[206]

La portée de cette affaire est minimisée par différents auteurs arguant du fait que là encore, la décision ne découle pas du tribunal lui-même, mais bien des parties.[207] Cette affaire se distingue néanmoins des précédentes par la source de l'affirmation de la compétence de la compétence. Ce ne sont plus les parties qui sont maîtresses de la procédure, mais bien les juges. En ce sens, il faut rejoindre la CIJ qui affirme :

> *Depuis l'affaire de l'Alabama, il est admis, conformément à des précédents antérieurs, qu'à moins de convention contraire, un tribunal international est juge de sa propre compétence et a le pouvoir d'interpréter à cet effet les actes qui gouvernent celle-ci.*[208]

L'affaire *Alabama* n'est pas la première à discuter de la compétence de la compétence, mais elle est la première dans laquelle le tribunal s'approprie explicitement cette compétence, sans qu'elle ait besoin de découler d'une solution trouvée par les parties. Certes, les arbitres prennent une décision basée directement sur l'accord entre le Royaume-Uni et les États-Unis. Toutefois, l'affirmation selon laquelle l'accord des parties est la source de cette décision ne doit pas éclipser l'acte fort par lequel le tribunal indique ne pas se sentir lié par le consentement des parties. Cette affaire est non seulement une étape quant à la source de la compétence de la compétence, mais marque également un jalon important au regard du consentement à la compétence. Les parties peuvent se voir imposer la décision d'un tribunal sur un point qui ne fait pas explicitement partie de leur don du consentement. L'accord des parties n'est plus l'alpha et l'oméga de la procédure devant un tribunal international, et d'éventuelles limitations à leur capacité de disposer librement de leur consentement deviennent possibles.

Ces cas sont également instructifs quant au mode exact de don du consentement. Les jugements plus anciens étant, de manière générale, très sommaires, la somme rédigée par MOORE donne accès aux détails de ces procédures. En l'espèce, il s'avère qu'à l'époque, le don du consentement n'est pas un acte unique. Dans son rôle hybride, chargé non seulement d'appliquer la loi, mais aussi de parvenir à une forme de paix[209], l'arbitre permet un processus plus dynamique qu'aujourd'hui. Le compromis arbitral, par lequel les parties

---

[206] *Ibid.*, 646.

[207] SHIHATA, *supra* note 80, 18 ; AMERASINGHE, *Jurisdiction of International Tribunals*, *supra* note 27, 122-123.

[208] *Nottebohm*, Exception préliminaire, *supra* note 191, 119.

[209] MÉRIGNHAC, *supra* note 98, 42.

donnent leur consentement, n'est pas uniquement l'accord initial, mais est affiné et nuancé par l'interaction avec le tribunal.[210] Le consentement est ainsi composé de plusieurs accords, déclarations ou mémos, à travers lesquels les parties gardent un contrôle serré sur le champ de compétence du tribunal. Loin du pouvoir extrêmement large qui devient possible par le biais de l'article 36 §2 du Statut de la CIJ, la compétence octroyée fait ici l'objet de minutieuses tractations, même après le début de la procédure, ne laissant pas la liberté au tribunal d'en déterminer par lui-même la portée exacte. Ce contrôle dans la portée exacte du consentement commence à s'estomper avec l'affaire *Alabama*, et ce processus s'étend progressivement. Les tribunaux commencent à s'arroger certains pouvoirs, de sorte à remplir leur fonction judiciaire de manière effective. Cette transition marque une brèche importante dans l'utilisation du consentement au sein des juridictions internationales. Bien évidemment, le principe de l'adjudication reste du ressort des États concernés. Cela étant, les tribunaux s'arrogent désormais certains pouvoirs, même en l'absence du consentement exprès des parties.

Section V Institutionnalisation et diversification

La conception moderne de juridiction internationale s'ancrant petit à petit, un processus de diversification prend place à la fin du XIX^e^ et au cours du XX^e^ siècle. Loin de se contenter du recours à un arbitrage *ad hoc* standard, les États développent, au fur et à mesure, un arsenal d'outils juridictionnels de règlement des différends. On peut assister à une institutionnalisation des litiges interétatiques (CPA, CPJI, CIJ, OMC, TIDM), à la réapparition des cours ou tribunaux asymétriques, voire leur institutionnalisation (CEDH, CIRDI), ainsi qu'à la création de tribunaux chargés de litiges de masse (ou *mass claims*).

Le processus d'institutionnalisation, déjà tenté par les Grecs[211] puis par l'Église catholique[212], est relancé à la fin du XIX^e^ siècle lors de la création de la Cour permanente d'arbitrage (CPA). Il va de pair avec la tendance à l'affirmation progressive du rôle du tribunal dans la procédure. Il est difficile de ne pas voir de liens entre le renforcement des pouvoirs de l'arbitre et l'institutionnalisation du règlement juridictionnel des différends, donnant un statut pérenne au juge. La juridiction devient une actrice à part entière dans le jeu politique international, plutôt qu'une représentation abstraite, comme c'est

[210] Voir notamment la manière dont la procédure est menée dans l'affaire *Betsey*, MOORE J. B., *International Adjudications Ancient and Modern : History and Documents – Modern Series*, Vol. 4, New York, Oxford University Press, 1931, 81-90.

[211] Voir *supra* 53.

[212] Voir *supra* 56.

le cas d'un éventuel tribunal *ad hoc*. De plus, la considération dont bénéficie une institution permet un rayonnement plus large du rôle du juge.[213]

À la suite des conférences de La Haye de 1899 et 1907, la CPA est créée.[214] Elle ne représente toutefois pas une évolution particulièrement notable concernant le consentement. L'institutionnalisation se limite à la création d'un lieu au sein duquel des litiges pourraient être portés, plutôt que d'avoir recours à des arbitrages purement *ad hoc*, qui impliquent une redéfinition des règles de procédure à chaque nouveau litige.[215] Les États ne peuvent pas consentir directement auprès de la CPA comme c'est plus tard le cas auprès de la CPJI/CIJ. La CPA n'est donc pas tant un tribunal international permanent qu'un *forum* dans lesquels les arbitrages peuvent s'inscrire. Les arbitres sont toujours nommés *ad hoc* en fonction des affaires soumises à la Cour. Cette institution marque néanmoins une étape, aussi minime soit-elle, dans le développement du rôle du juge international. En plus de la tentative d'institutionnalisation, elle prévoit, explicitement cette fois, la compétence de la compétence. L'article 48 de la Convention de 1899 pour le règlement pacifique des conflits internationaux indique :

> *Le Tribunal est autorisé à déterminer sa compétence en interprétant le compromis ainsi que les autres traités qui peuvent être invoqués dans la matière, et en appliquant les principes du droit international.*[216]

On assiste ici à la cristallisation d'une règle développée au cours du siècle précédent.[217]

Dans la foulée de la création de la CPA, le déclenchement de la Première Guerre mondiale souligne les lacunes évidentes du système de règlement des différends internationaux. Les discussions à ce sujet ont déjà lieu depuis un certain temps[218], mais la Première Guerre mondiale souligne le besoin urgent d'un mécanisme juridictionnel pacificateur plus global et disposant de plus

---

[213] HERNÁNDEZ G. I., *The International Court of Justice and the Judicial Function*, Oxford, Oxford University Press, 2014, 4-5.

[214] Pour des ouvrages détaillant le processus de création, voir notamment LAMM, *Compulsory Jurisdiction*, *supra* note 25, 6-11 ; HUDSON M. O., *The Permanent Court Of International Justice : A Treatise*, New York, The Macmillan Company, 1934, 3-29.

[215] Voir par exemple les situations mentionnées par MOORE dans MOORE, *History and Digest*, Vol. 1, *supra* note 204, 367, 383, 406, 537, 648, 728, 907, 1224, etc.

[216] *Convention pour le règlement pacifique des conflits internationaux*, La Haye, 29 juillet 1899.

[217] Voir *supra* 63.

[218] Selon le point de vue choisi, la source d'une telle juridiction peut être trouvée en 1305 ou, de manière plus concrète, en 1907, HUDSON M. O., *The Permanent Court of International Justice* in *Harvard Law Review*, Vol. 35/1922, 245-275, 245-246 ; SCOTT J. B., *Editorial Comment : A Permanent Court of International Justice* in *The American Journal of International Law*, Vol. 14/1920, 581-590, 581.

d'autorité.[219] Cette réflexion mène à la fondation de la Société des Nations (SdN), qui elle-même entraîne la création de la Cour permanente de justice internationale (CPJI).[220] Le processus aboutissant à cette création met en exergue les deux écoles s'opposant concernant le consentement.[221] Cette nouvelle institution doit-elle avoir une compétence obligatoire ou, au contraire, se construire sur la base du volontariat des États ? D'un côté, le Comité consultatif de juristes, soutenu par nombre de petits États, présente un projet incluant la compétence obligatoire de la CPJI.[222] De l'autre, en réponse, les grandes puissances ôtent ce principe du projet.[223] En fin de compte, force est de constater que l'horreur de la Première Guerre mondiale ne lance pas un *impetus* politique suffisamment fort pour exiger une compétence obligatoire de la CPJI. Un changement important a toutefois lieu : l'article 36 du Statut de la Cour permet d'accepter sa compétence de manière générale par le biais d'une clause facultative de compétence obligatoire. Intermédiaire entre les deux positions opposées quant à la compétence obligatoire de la Cour, cette approche permet de ne pas nécessairement circonscrire son pouvoir à des litiges précis. Au contraire, par un acte volontaire, les États peuvent accepter de manière générale la compétence de la CPJI. C'est ici la création d'une nouvelle forme de don du consentement, rendue possible par l'institutionnalisation du mécanisme de règlement des différends. Il était auparavant envisageable de prévoir une clause générale, comme dans un traité d'amitié entre deux États, visant à donner son consentement au règlement juridictionnel de tout litige survenant entre les deux parties.[224] Cependant, le système créé par la CPJI cherche la multilatéralisation de cette idée. Les États déposent une forme d'offre ouverte d'arbitrage (*standing offer to arbitrate*) auprès de la Cour, menant progressivement à la création d'un réseau de clauses d'acceptation générale de la compétence, plutôt qu'un réseau d'accords bilatéraux ou multilatéraux sur la question. La création de la CPJI est certes un progrès sur ce plan, mais la souveraineté étatique reste malgré tout l'alpha et l'oméga des relations internationales. Le choc de la Première Guerre mondiale ne permet pas la création d'une cour internationale compétente de manière obligatoire.

---

[219] HUDSON M. O., *The Permanent Court of International Justice* in *Harvard Law Review*, Vol. 35/1922, 245-275, 246.

[220] La création de la CPJI est prévue par l'article 14 du Traité de Versailles : « Le Conseil est chargé de préparer un projet de Cour permanente de justice internationale et de le soumettre aux membres de la Société. Cette Cour connaîtra de tous différends d'un caractère international que les parties lui soumettront. Elle donnera aussi des avis consultatifs sur tout différend ou tout point, dont la saisira le Conseil ou l'Assemblée ». À noter qu'à la différence de la CIJ et de sa relation avec l'ONU, la CPJI n'est pas un organe de la SdN, KOLB, *International Court of Justice*, *supra* note 30, 52.

[221] LAMM, *Compulsory Jurisdiction*, *supra* note 25, 12-22.

[222] HUDSON, *A Treatise*, *supra* note 214, 110.

[223] *Ibid.*, 112.

[224] Voir notamment le traité de Jay, voir *supra* 63.

La création de la CIJ ne résout pas non plus ce problème. Comme le souligne l'historique des négociations, la même opposition entre partisans du consentement obligatoire et consentement facultatif a lieu[225], avec le même résultat.[226] Tout comme la CPJI, créée au terme de la Première Guerre mondiale, la naissance de la CIJ fait suite à l'un des conflits majeurs du XXe siècle. Malgré l'insistance de certains auteurs, dont KELSEN[227], les États ne parviennent pas, là encore, à s'accorder sur une compétence obligatoire de la Cour. En particulier, les États-Unis et l'Union soviétique, les deux grandes puissances au sortir de la guerre, refusent catégoriquement une juridiction à compétence obligatoire.[228] Les négociations mènent à nouveau à une solution intermédiaire, soit la clause facultative de compétence obligatoire.

La ratification du Statut de la Cour n'est, par elle-même, pas constitutive d'un don du consentement. Un deuxième acte est nécessaire, comportant, lui, ce don. Une panoplie complète de modes de don du consentement s'offre aux États par le biais l'article 36 du Statut de la Cour. Ils peuvent conclure un compromis *ad hoc* pour la résolution d'un litige donné, prévoir la compétence de la CIJ à travers une clause compromissoire ou encore déclarer unilatéralement à la Cour accepter sa compétence de manière générale. Cette dernière option, située à l'article 36 §2, reprend le principe développé sous l'empire de la CPJI. Les États sont libres de donner leur consentement à l'avance sur la base d'une déclaration. Cette déclaration peut être générale ou comporter des limites, comme analysé ci-dessous[229], permettant une grande flexibilité. La Cour est compétente dans les litiges entre deux États sur tous les sujets couverts par leurs deux déclarations. Une réciprocité est ici exigée.[230] Ce mode de don du consentement pourrait, à terme, déboucher sur le développement d'un réseau amenant *de facto* à une compétence de la CIJ dans les relations entre tous les États.

La permanence de la CPJI puis de la CIJ permet l'émergence d'un nouveau type de don du consentement, le *forum prorogatum*. Cas impossible devant un tribunal *ad hoc*, il est désormais envisageable d'entamer une action auprès de ces

---

[225] LAMM, *Compulsory Jurisdiction*, *supra* note 25, 24-32.

[226] Comme le souligne l'article 36 §1 et 2 du Statut de la Cour, sa compétence s'étend soit « à toutes les affaires que les parties lui soumettront, ainsi qu'à tous les cas spécialement prévus dans la Charte des Nations Unies ou dans les traités et conventions en vigueur », soit aux cas pour lesquels les parties ont « déclar[é] reconnaître comme obligatoire de plein droit et sans convention spéciale, à l'égard de tout autre État acceptant la même obligation, la juridiction de la Cour sur tous les différends d'ordre juridique ». Il n'existe donc pas de compétence automatique, même en cas de ratification de la charte ONU à laquelle le Statut de la Cour est annexé.

[227] KELSEN H., *Compulsory Adjudication of International Disputes* in *The American Journal of International Law*, Vol. 37/1943, 397-406, 397.

[228] LAMM, *Compulsory Jurisdiction*, *supra* note 25, 24. Pour un historique plus précis de la CIJ, voir notamment la somme de ROSENNE sur la CIJ, en particulier ROSENNE S., *The Law and Practice of the International Court : 1920-2005 : The Court and the United Nations*, Vol. 1, 4th ed., Leiden, Martinus Nijhoff, 2006, 43-96.

[229] Voir *infra* 218, 247.

[230] Voir *infra* 214.

cours malgré l'absence de consentement préalable de l'État défendeur. Cela ne signifie pas que la Cour a une compétence obligatoire, mais simplement que la procédure n'est pas automatiquement vouée à l'échec. Dans le premier cas de figure, après réception de la demande, l'État actionné peut décider de néanmoins procéder au fond, sans soulever d'objections préliminaires.[231] Dans le second cas de figure, l'État peut explicitement émettre une déclaration d'acceptation destinée à la Cour, par laquelle il indique accepter de se soumettre à sa compétence.[232] La typologie exacte du *forum prorogatum* est sujette à débat, et est abordée plus en profondeur ci-dessous.[233] Ce nouveau mode de don du consentement marque une étape dans l'histoire des juridictions internationales. D'une part, il met en évidence l'importance de la permanence des cours et tribunaux internationaux. La fin de l'*ad hoc* systématique ouvre de nouvelles possibilités. D'autre part, le *forum prorogatum* démontre la flexibilité dont ces juridictions peuvent faire preuve, en facilitant la procédure concernant le consentement, ne s'attachant pas à des points purement formels.

Un quart de siècle plus tard apparaît une nouvelle juridiction institutionnelle internationale, le Tribunal international du droit de la mer (TIDM). Dans le cadre des négociations de la CNUDM, la question du règlement des litiges est particulièrement débattue. Nombre d'États soutiennent le règlement obligatoire des différends par voie juridictionnelle, mais ils ne s'accordent pas forcément sur l'étendue exacte de celui-ci.[234] Le résultat final de la Convention adoptée est le don du consentement obligatoire. Il est toutefois modulable et garde une certaine souplesse. Ainsi, selon que le litige concerne les fonds marins[235], des mesures provisionnelles[236], la mainlevée d'un navire[237] ou l'application et l'interprétation de la Convention en général[238], le consentement est donné à différentes juridictions. Dans le premier cas, une chambre spéciale au sein du TIDM nouvellement créé est compétente. Dans le

---

[231] On peut par exemple citer l'affaire de l'*Interprétation de l'arrêt No 3*, Interprétation, Arrêt, CPJI, Série A, No 4, 1925, 5-7 ou encore des *Droits de minorités en Haute-Silésie (Écoles minoritaires)*, Arrêt, CPJI, Série A, No 15, 1928, 24.

[232] Ce type de compétence est basé sur l'article 38 §5 du Règlement de la Cour. À titre d'exemple, on peut citer l'affaire *Certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale (Djibouti c. France)*, Arrêt, CIJ Recueil 2008, 177, para 60-95.

[233] Voir *infra* 70, 269.

[234] Voir notamment STEVENSON J. R., OXMAN B. H., *The Third United Nations Conference on the Law of the Sea: The 1974 Caracas Session* in *The American Journal of International Law*, Vol. 69/1975, 1-30, 29-30 ; OXMAN B. H., *The Third United Nations Conference on the Law of the Sea: The 1977 New York Session* in *The American Journal of International Law*, Vol. 72/1978, 57-83, 78 ; OXMAN B. H., *The Third United Nations Conference on the Law of the Sea: The Eighth Session (1979*) in *The American Journal of International Law*, Vol. 74/1980, 1-47, 5-6, 42 ; OXMAN B. H., *The Third United Nations Conference on the Law of the Sea: The Ninth Session (1980)* in *The American Journal of International Law*, Vol. 75/1981, 211-256, 242-243.

[235] Article 187 de la CNUDM.

[236] Article 290 §5 de la CNUDM.

[237] Article 292 §1 de la CNUDM.

[238] Article 287 §3 de la CNUDM.

deuxième et le troisième cas, le TIDM est compétent, tandis que dans le quatrième, un tribunal arbitral l'est. La spécificité est toutefois que la marge de manœuvre des États est préservée autant que possible. Tous ces articles prévoient le droit des parties de s'entendre sur un for différent. En particulier, l'article 287 instaure un système similaire aux déclarations faites en vertu de l'article 36 §2 du Statut de la CIJ. Un tribunal arbitral est compétent par défaut, mais les États parties peuvent déclarer accepter d'autres juridictions (précisées au paragraphe 1). Conséquence logique, lorsqu'une même juridiction est couverte par les déclarations de deux États, cette juridiction est compétente dans les litiges les opposant. Si les déclarations faites en vertu de l'article 36 §2 du Statut de la CIJ exigent une réciprocité essentiellement *ratione materiae* et *ratione temporis* pour que la Cour soit compétente, c'est ici un recoupement *ratione judicis* qui donne compétence une autre juridiction que celle prévue par défaut.

Cette innovation de la CNUDM ne doit néanmoins pas obscurcir un point non négligeable relatif au consentement obligatoire. L'approche concernant le TIDM est radicalement différente de celle suivie pour la CPJI puis la CIJ. Dans ce cas, les États ne cherchent pas à créer une juridiction internationale permanente générale. Au contraire, le point de départ est la volonté de résoudre des problèmes spécifiques liés au droit de la mer.[239] La résolution juridictionnelle des différends n'est ici qu'un instrument au service de ce but.[240] Par comparaison, l'essence même de la création de la CPJI puis la CIJ est la recherche directe de la création d'une juridiction internationale en tant que telle.[241] L'aspect « obligatoire » du consentement donné par le biais de la CNUDM est donc peu comparable à celui absent dans le cadre de la CIJ.

Autre grande institution de règlement des différends interétatiques, l'Organisation mondiale du commerce est créée en 1995.[242] Comme c'est le cas pour la CNUDM, la résolution des litiges est avant tout sectorielle, portant sur le commerce. L'aspect juridictionnel de l'institution n'est toutefois pas nouveau, l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce (GATT)[243] qui la précède permettant également un système similaire de résolution des litiges. Le GATT est cependant grevé d'un défaut majeur, en lien avec le consentement. Les membres de l'époque peuvent retirer leur consentement à différents stades de la procédure. Il est par exemple possible de refuser l'établissement du groupe spécial chargé de se prononcer sur l'affaire ou de bloquer l'adoption du

---

[239] STEVENSON J. R., OXMAN B. H., *The Preparations for the Law of the Sea Conference* in *The American Journal of International Law*, Vol. 68/1974, 1-32, 2.

[240] *Ibid.*, 8.

[241] LAMM, *Compulsory Jurisdiction*, *supra* note 25, 12 ; ROSENNE, *Law and Practice*, Vol. 1, *supra* note 228, 46-52.

[242] *Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce*, Marrakech, 15 avril 1994, Nations Unies, *Recueil des Traités*, Vol. 1867, No 31874, 3 [Accord de Marrakech].

[243] Article XXIII de l'*Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce*, Genève, 30 octobre 1947 *Recueil des Traités*, Vol. 55, No 814, 187 ; *Décision du 5 avril 1966 sur la procédure d'application de l'article XXIII*, Doc GATT BISD 14S/18, 5 avril 1966.

rapport.[244] L'établissement de cet arbitrage est donc un acte volontaire des membres concernés, et aucun consentement à la compétence n'est donné *ex ante*. En ceci, l'approche du GATT se rapproche davantage d'une forme de conciliation que d'un réel mécanisme de règlement des différends. En effet, l'absence d'obligation de se conformer au jugement une fois qu'il est rendu est peu compatible avec une quelconque fonction judiciaire.[245] L'OMC, par l'adoption du Mémorandum d'accord[246] et l'instauration du système de consensus « négatif » ou « inverse », change fondamentalement le paradigme. Les Membres donnent désormais un consentement général préalable lors de l'adhésion à l'organisation[247], et ne peuvent plus bloquer une plainte à leur encontre, à moins d'obtenir un consensus des Membres en ce sens.[248] Le processus garde une composante politique, du fait de l'existence même de cette possibilité, mais la pratique démontre que le mécanisme de règlement des différends peut être assimilé à une juridiction internationale à laquelle un consentement général de type clause compromissoire est donné lors de l'adhésion.[249] La flexibilité prévue par la Convention des Nations unies sur le droit de la mer n'est toutefois pas présente, en ce que la résolution des litiges devant un autre for ne prime pas celle devant l'OMC.[250]

Le XX^e^ siècle voit également réapparaître des juridictions asymétriques, sous différentes formes. Déjà présentes à l'Antiquité — en raison, notamment,

---

[244] PLANK R., *An Unofficial Description of How a GATT Panel Works and Does Not* in *Swiss Review of International Competition Law*, Vol. 29/1987, 81-124, 89-90, 110-111 ; BUSCH M. L., REINHARDT E., *The Evolution of GATT/WTO Dispute Settlement* in *Trade Policy Research 2003* [CURTIS John M./CIURIAK Dan ed.], Department of Foreign Affairs and International Trade, Ottawa, 2003, 143-183, 150-151.

[245] En ce sens, REINISCH A., *Elements of Conciliation in Dispute Settlement Procedures Relating to International Economic Law* in *Conciliation in International Law – The OSCE Court of Conciliation and Arbitration* [TOMUSCHAT Christian/PISILLO MAZZESCHI Riccardo/THÜRER Daniel ed.], Leiden, Brill Nijhoff, 2016, 116-132, 118; JACKSON J. H., *Governmental Disputes in International Trade Relations: A Proposal in the Context of the GATT* in *Journal of World Trade*, Vol. 13/1979, 1-21, 7.

[246] Mémorandum d'accord sur le règlement des différends, *supra* note 75.

[247] Articles 2, 3, 17, 19 et 23 du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends, *supra* note 75. Sous réserve des problèmes évoqués ci-dessus, voir *supra* 36.

[248] Cette hypothèse n'est, en pratique, que peu plausible. Cela impliquerait d'obtenir l'assentiment à l'arrêt de la plainte par le membre à l'origine de celle-ci.

[249] Dans l'histoire de l'OMC, seul un rapport n'est pas adopté par l'ORD, Rapport du Groupe spécial *Communautés européennes — Régime applicable à l'importation, à la vente et à la distribution des bananes — Recours des Communautés européennes à l'article 21:5 du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends*, WT/DS27/RW/EEC, 12 avril 1999, et Corr.1, non adopté. Celui-ci n'est toutefois pas refusé, mais n'est simplement pas proposé à l'adoption par le plaignant de cette affaire, les Communautés européennes. Un rapport proposé à l'adoption n'a jamais été refusé, ORGANISATION MONDIALE DU COMMERCE, *The process — Stages in a typical WTO dispute settlement case — Adoption of panel reports* (www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/disp_settlement_cbt_e/c6s4p1_e.htm) (1.4.2019).

[250] L'Organe d'appel de l'OMC s'exprime d'ailleurs sur le sujet concernant son absence de déférence à une autre juridiction dans l'affaire *Pérou — Produits agricoles.* L'OA y indique que les Membres de l'OMC ne peuvent déroger aux règles de l'Organisation, parmi lesquelles se trouve le droit à soumettre un litige à sa juridiction, même par accord entre elles. Rapport de l'Organe d'appel *Pérou — Droit additionnel visant les importations de certains produits agricoles*, WT/DS457/AB/R et Add.1, adopté le 31 juillet 2015, para 5.112.

de la limite parfois floue entre entité souveraine et particulier[251] —, elles prennent de l'importance dans deux domaines : la protection des droits humains et l'arbitrage d'investissement. Dans le cadre des droits humains, la fin de la Deuxième Guerre mondiale entraîne également la signature de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.[252] À sa naissance, le système de consentement à la compétence concernant les requêtes individuelles[253] est très similaire à celui de la CIJ. Les États membres peuvent, de manière facultative, émettre une déclaration par laquelle ils déclarent donner leur consentement à être attrait par devant la Commission, ancêtre de la CEDH.[254] Il s'agit également d'une clause dite « facultative » ou « optionnelle » de consentement à la compétence obligatoire, permettant aux États de garder leur droit à consentir ou non à ce type de compétence de la Commission. Le consentement à être attrait pour une demande individuelle n'est donné que par une déclaration subséquente, et non par la simple ratification de la Convention. Il faut toutefois noter que l'étendue des restrictions à la compétence acceptables est bien plus limitée que pour la CIJ, comme en atteste notamment l'affaire *Loizidou c. Turquie*.[255] En l'espèce, la CEDH refuse la réserve *ratione loci* émise par la Turquie dans sa déclaration, la jugeant contraire au but et à l'objet de la Convention.[256]

Ce système de consentement est radicalement modifié par le Protocole No 11 entré en vigueur le 1er janvier 1998, et amendant le traité.[257] Celui-ci prévoit désormais une compétence obligatoire de la Cour envers les signataires de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et libertés fondamentales, concernant les requêtes individuelles. Fruit de longues négociations[258], cet amendement crée la CEDH telle qu'aujourd'hui connue, en tant que juridiction à laquelle les États membres donnent leur consentement à se faire attraire par leurs citoyens.

En parallèle, le système de protection des investissements internationaux se développe. Le consentement des États en lien avec la protection d'un investissement n'est pas nouveau. Cependant, jusqu'au XIXe siècle, il passe

---

[251] Voir *supra* 49.

[252] CHRISTOFFERSEN J. & MADSEN M. R., *Introduction: The European Court of Human Rights between Law and Politics* in *The European Court of Human Rights between Law and Politics* [CHRISTOFFERSEN Jonas/MADSEN Mikael Rask ed.], Oxford, Oxford University Press, 2011, 1-16, 1.

[253] Le consentement concernant les litiges interétatiques est, lui, donné dès le départ à la Commission par la simple ratification de la Convention (ancien article 24). En revanche, la compétence de la Commission pour les requêtes individuelles dépend uniquement de déclarations unilatérales.

[254] Anciens articles 25 et 46 de la Convention. A ce sujet, voir BATES E., *The Evolution of the European Convention on Human Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2010, 133-137.

[255] *Loizidou c. Turquie* (GC), Série A No 310 [1995] ECHR 10, para 65-89.

[256] *Ibid.*, para 89. Les implications de cette affaire sont davantage développées plus bas, voir *infra* 253 et 258.

[257] Protocole No 11 à la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales, portant restructuration du mécanisme de contrôle établi par la Convention.

[258] BATES, *supra* note 254, 452-465.

avant tout par la protection diplomatique, dont les principes peuvent être remontés à VATTEL[259], et le consentement couvre des litiges interétatiques. Exemple de ce concept, l'affaire *Mavrommatis* est présentée à la CPJI.[260] Dans ce type de situation, l'État dont l'investisseur est ressortissant fait siennes les revendications et, sur cette base, intente action contre l'autre État.[261]

Dans le cadre de la protection diplomatique, les conséquences de la clause Calvo sont pertinentes dans l'analyse de l'évolution du consentement des États. La clause Calvo prévoit une renonciation à l'usage de la protection diplomatique dans le cadre des investissements.[262] Cette perte de protection pour l'investisseur, cumulée à l'incertitude plus générale de la protection diplomatique[263], mène à la recherche de nouveaux moyens de défendre ses intérêts. L'un de ces moyens est l'arbitrage d'investissement entre privés et États.

Le premier arbitrage de ce type remonte à 1864, dans l'affaire de la *Compagnie universelle du Canal de Suez c. Vice-Roi d'Égypte*.[264] En l'espèce, le souverain donne son consentement à être attrait devant un tribunal arbitral après la naissance du litige, par un compromis conclu directement avec l'investisseur.[265] Ce type compromis se développe, et d'autres contrats investisseur-État voient le jour, prévoyant, eux, une clause compromissoire.[266] Il s'agit ici du premier type de don du consentement dans le cadre d'arbitrages asymétriques, par lequel l'État bénéficiaire de l'investissement s'engage directement auprès de l'investisseur. Par essence, ces arbitrages sont avant tout tranchés par des tribunaux arbitraux *ad hoc*.

---

[259] PELLET A., *La seconde mort d'Euripide*. *Notes sur le projet de la CDI sur la protection diplomatique* in *Droit du pouvoir, pouvoir du droit : Mélanges offerts à Jean Salmon*, Bruylant, Bruxelles, 2007, 1359-1382, 1365.

[260] *Mavrommatis*, Exception d'incompétence, *supra* note 4.

[261] Pour plus de détails sur le fonctionnement de la protection diplomatique, voir BORCHARD E. M., *Basic Elements of Diplomatic Protection of Citizens Abroad* in *The American Journal of International Law*, Vol. 7/1913, 497-520.

[262] À ce sujet, voir notamment SUMMERS L. M., *The Calvo Clause* in *Virginia Law Review*, Vol. 19/1933, 459-484 ; LEBEN C., *Droit international des investissements : Un survol historique* in *Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational* [LEBEN Charles ed.], Paris, A. Pedone, 2015, 1-79, 16.

[263] Il n'existe pas d'obligation générale pour l'État dont l'investisseur est ressortissant d'avoir recours à la protection diplomatique pour se plaindre auprès de l'autre État. Certains ordres juridiques prévoient des moyens administratifs d'avoir recours à ceci, mais il s'agit d'un choix propre à chacun de ces systèmes. À titre d'exemple, l'Union européenne et les États-Unis envisagent cette possibilité. SHAFFER G., *What's new in EU trade dispute settlement? Judicialization, public – private networks and the WTO legal order* in *Journal of European Public Policy*, Vol. 13/2006, 832-850, 840-844.

[264] LEBEN, *supra* note 262, 38 ; STUYT A. M., *Survey of International Arbitrations 1794-1938*, Springer, 2013, 77-78. Il n'est pas affirmé ici que cet arbitrage soit fondé sur la clause Calvo, mais il est utile de noter qu'il a lieu approximativement au moment du développement de cette doctrine.

[265] STUYT, *supra* note 264, 77-78.

[266] Voir notamment l'affaire *Lena Goldfields, Ltd c. USSR*, résumé dans NUSSBAUM A., *Arbitration Between the Lena Goldfields Ltd. And the Soviet Government* in *Cornell Law Review*, Vol. 36/1950, 31-53, 32.

Une seconde phase s'ouvre à la fin des années 1950, avec le développement des TBIs.[267] Ceux-ci ne prévoient plus un don du consentement au cas par cas en fonction de chaque contrat d'investissement. Au contraire, ils promeuvent un cadre général dans lequel les investissements entre deux États s'inscrivent, et incluent une clause de résolution des litiges. Celle-ci sert de canevas aux les investissements entre ces deux pays, pour lesquels un consentement désormais donné *ex ante*.[268]

Si ces litiges sont, dans un premier temps, résolus par des arbitrages *ad hoc*[269], ils amènent également à une institutionnalisation. La recherche d'un mécanisme institutionnel de résolution des litiges d'investissement, permettant d'encourager ces investissements étrangers, débouche sur la création en 1966 du CIRDI.[270] Cette institution, plus proche de la CPA que d'une juridiction permanente de type CIJ ou CEDH, a à l'origine pour objet de résoudre les litiges sur la base du consentement donné par l'État dans le contrat conclu avec l'investisseur.[271] L'affaire *AAPL v. Sri Lanka* change toutefois ce paradigme, devenant le premier cas dans lequel le consentement de l'État n'est plus donné à l'investisseur directement, mais est au contraire indirect, trouvé dans un traité bilatéral d'investissement.[272] Cette jurisprudence fait date, et il est depuis largement admis qu'un consentement peut être donné de cette manière.[273] Cette approche complexifie la relation entre les parties au litige, en ce que le consentement est donné par un État à un autre, mais bénéficie à un tiers, soit l'investisseur. Cela n'est pas sans poser quelques questions quant à l'interaction des engagements entre les trois parties, question évoquée plus en profondeur ci-dessous.[274]

---

[267] LEBEN, *supra* note 262, 65.

[268] ONGUENE ONANA D. E., *La compétence en arbitrage international relatif aux investissements*, Bruylant, Bruxelles, 2012, 81.

[269] Voir notamment les affaires mentionnées par SORNARAJAH dans SORNARAJAH M., *The International Law on Foreign Investment*, 3rd ed., Cambridge, Cambridge University Press, 2010, 289 ; LEBEN dans LEBEN, *supra* note 262, 38-41.

[270] BROCHES A., *The Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other States* in *Recueil des cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, Tome 136, Leiden, Brill, 1972, 331-410, 345, 348.

[271] LEBEN, *supra* note 262, 66.

[272] *Asian Agricultural Products Ltd. v. Republic of Sri Lanka*, ICSID Case No ARB/87/3, Final award, June 27th 1990, para 18 ; PARRA A. R., *The History of ICSID*, 2nd ed., Oxford, Oxford University Press, 2017, 155-156.

[273] Au 31 décembre 2018, 75 pour cent des affaires enregistrées auprès du CIRDI le sont sur cette base, CENTRE INTERNATIONAL POUR LE RÈGLEMENT DES DIFFÉRENDS RELATIFS AUX INVESTISSEMENTS, *The ICSID Caseload Statistics (Issue 2019 – 1)*, 10 (icsid.worldbank.org/en/Documents/resources/ICSID%20Web%20Stats%202019-1(English).pdf) (1.4.2019).

[274] Voir *infra* 291. Voir également KAMTO M., *La nature juridique du compromis en tant qu'acte de saisine d'une instance juridictionnelle internationale* in *Revue générale de droit international public*, Vol. 120/2016, 241-262 ; PAUWELYN J., *Rational Design or Accidental Evolution? The Emergence of International Investment Law* in *The Foundations of International Investment Law: Bringing Theory*

Le droit des investissements donne aussi naissance à une sous-catégorie de procédures juridictionnelles : les litiges de masse (ou *mass claims*). Il est certes possible de faire remonter ces cas au XVIIIe siècle, dans le cadre du Traité de Jay mentionné précédemment.[275] Toutefois, le XXe siècle marque l'apparition de ces litiges de masse hors du contexte de la protection diplomatique. Le premier tribunal chargé de ce type de litiges est le Tribunal irano-américain des réclamations (*Iran-United States Claims Tribunal*). Établi par les Accords d'Alger de 1981, le tribunal tire sa compétence concernant les demandes des nationaux iraniens et américains de la « *Claims Settlement Declaration* ».[276] Cette déclaration, émise par l'Algérie, représente l'accord auquel sont parvenus les gouvernements iranien et américain. Une fois le tribunal créé, les nationaux des deux pays peuvent soumettre leur litige contre l'autre État, le consentement de ceux-ci étant donné dans les accords. Il s'agit ici d'une nouvelle typologie dans le don du consentement. Non que le don du consentement par accord international soit nouveau, mais les litiges de masse mélangent l'approche TBI, dans laquelle des États donnent mutuellement leur consentement à des nationaux de l'autre État, et l'approche des tribunaux institutionnalisés, dans laquelle une institution est prévue pour la résolution systématique de ces litiges. Tout comme c'est le cas pour la CNUDM et l'OMC, l'institution reste axée autour d'une problématique principale, et le consentement des États est donné de manière sectorielle.

D'autres tribunaux chargés de régler des litiges de masse jalonnent le XXe siècle.[277] Ceux-ci sont systématiquement *ad hoc*. Une nouvelle tendance fait toutefois son apparition au XXIe siècle, avec la tentative d'intégrer les litiges de masse au canevas CIRDI. Les premières affaires de ce type sont liées à la restructuration de la dette argentine suivant la crise économique de 1998-2002. L'affaire *Abaclat v. Argentina*, première de ce genre[278], implique des dizaines de milliers de détenteurs d'obligations intentant une action contre l'Argentine auprès du CIRDI. D'autres affaires du même type suivent.[279] Dans cette première affaire, le tribunal estime que les litiges de masse n'exigent pas un

into Practice [DOUGLAS Zachary/PAUWELYN Joost/VIÑUALES Jorge E. ed.], Oxford, Oxford University Press, 2014, 11-44, 31.

[275] Voir *supra 63* ; GIROUD S. & MOSS S., *Mass Claims Processes under Public International Law* in *Collective Redress in Europe: Why and How?* [LEIN Eva/FAIRGRIEVE Duncan/OTERO CRESPO Marta/SMITH Vincent ed.], London, British Institute of International and Comparative Law, 2015, 481-503, 481-482.

[276] CARON D. D. & CROOK J. R., *Getting Started* in *The Iran-United States Claims Tribunal and the Process of International Claims Resolution* [CARON David D./CROOK John R. ed.], Transnational Publishers, New York, 2000, 11-18, 12.

[277] Voir la liste dressée dans *International Mass Claims Processes* [HOLTZMANN Howard M./KRISTJÁNSDÓTTIR Edda ed.], Oxford, Oxford University Press, 2007, 13-14.

[278] *Abaclat and Others v. The Argentine Republic*, ICSID Case No ARB/07/5, Decision on Jurisdiction and Admissibility, August 4th 2011, para 295.

[279] *Ambiente Ufficio S.P.A. and others (formerly Giordano Alpi and others) v. Argentine Republic*, ICSID Case No ARB/08/9, Decision on Jurisdiction and Admissibility, February 8th 2013 ; *Giovanni Alemanni and Others v. The Argentine Republic*, ICSID Case No ARB/07/8, Decision on Jurisdiction and Admissibility, November 14th 2014.

consentement particulier, et se considère comme compétent.[280] Cette décision n'est pas sans soulever une certaine controverse[281] et pose nombre de questions quant à l'étendue du consentement donné au CIRDI. Plus spécifiquement, il est légitime de se demander si l'État peut se voir imposer ce type de procédure, quand bien même il ne peut l'avoir anticipée en ratifiant la Convention. Cette problématique est encore d'actualité, et est traitée ci-dessous.[282]

L'arbitrage d'investissement prend à l'heure actuelle une place de premier plan dans les développements jurisprudentiels liés au consentement. Deux raisons principales peuvent expliquer cela. D'une part, le nombre impressionnant de litiges CIRDI relègue, quantitativement parlant, bon nombre de juridictions internationales au second plan.[283] D'autre part, la nature hybride de ce mode de règlement des différends fait apparaître des problématiques qui ne peuvent pas se présenter dans d'autres contextes. Une section spécifique est dédiée à ces évolutions jurisprudentielles.[284]

Conclusion

L'histoire du consentement étatique à la compétence permet une compréhension plus complète de la manière donc les juridictions actuelles disposent de leur compétence. Deux aspects principaux se dégagent de cette évolution. D'une part, différentes configurations de don du consentement se sont développées (compromis, accord spécial, déclarations unilatérales, litiges de masse, litiges asymétriques, etc.). Loin d'une démarche soudaine, cette multiplicité (parfois appelée « prolifération »[285]) de modes de don du consentement se forge à travers les âges, par petits incréments successifs. D'autre part — et c'est l'élément le plus important —, la nature du don du consentement est progressivement altérée. Partant d'un système largement politique, dans lequel le consentement de l'État est requis tout au long de la procédure, le rôle du juge s'affine avec le temps. Un basculement a lieu au XIXe siècle, avec le développement de la compétence de la compétence. ROELOFSEN le

[280] *Abaclat v. Argentina*, Decision on Jurisdiction and Admissibility, *supra* note 278, para 490-492.

[281] ABI-SAAB fait clairement état de son opposition à cette idée dans son opinion dissidente, *Abaclat and Others v. The Argentine Republic*, ICSID Case No ARB/07/5, Decision on Jurisdiction and Admissibility (Abi-Saab Dissenting), August 4th 2011, para 176-191.

[282] Voir *infra* 371.

[283] À l'exception de l'OMC, et la CEDH, aucune juridiction internationale ne peut rivaliser avec les centaines de cas CIRDI. Au 31 décembre 2018, 706 cas sont enregistrés sous les auspices du CIRDI. CENTRE INTERNATIONAL POUR LE RÈGLEMENT DES DIFFÉRENDS RELATIFS AUX INVESTISSEMENTS, *ICSID Caseload Statistics*, 10, *supra* note 273. Qui plus est, la question du consentement à la compétence est nettement moins problématique devant les juridictions de l'OMC et la CEDH.

[284] Voir *infra* 350, 365 et 371.

[285] ROMANO, *supra* note 94 ; OELLERS-FRAHM, *Multiplication*, *supra* note 94.

décrit comme la « renaissance de l'arbitrage »[286]. Le juge s'approprie des pouvoirs jusqu'ici uniquement à la disposition des États.

La multiplicité de ces juridictions est à lier directement à la manière dont le consentement leur est donné. Au vu des progrès depuis presque trois millénaires, on ne peut s'empêcher de ressentir l'impression d'un processus inéluctable, dans lequel la justiciabilité des revendications contre les États ne fait que progresser. C'est toutefois négliger l'humain derrière ces évolutions. Les crises, guerres, et autres litiges sont des vecteurs de progrès. Des diplomates, penseurs ou chefs d'État ont milité pour ne pas revivre les horreurs passées et désamorcer en amont les problèmes futurs. Comme le prouvent les difficultés à créer une compétence obligatoire générale au sortir des deux guerres mondiales, il n'y a rien d'inéluctable dans ce processus.

[286] ROELOFSEN, *supra* note 177, 160.

Chapitre 3 : L'épistémologie du consentement

On peut en tirer la conclusion, qui pourrait paraître irrévérencieuse, que l'objet propre de la philosophie est l'étude des notions confuses.[287]

L'évolution historique étudiée ci-dessus met aussi en exergue des changements de paradigme philosophique. Il est vain d'étudier le développement du consentement à la compétence sans se pencher sur les conceptions philosophiques le traversant. Selon la doctrine retenue par les États, les diplomates ou les juges, la compétence d'une juridiction donnée peut radicalement varier. Dans la mesure où le développement et la compréhension du consentement en dépendent directement, il est nécessaire d'étudier le canevas philosophique sur lequel ils se posent. C'est précisément ce canevas qui permet d'apporter des éléments de réponse à la question « qu'est-ce que le consentement étatique à la compétence ? ». Deux points essentiels à la compréhension du consentement font l'objet de nombreux débats philosophiques et sont cruciaux à cette étude : l'opposition entre les dynamiques ascendante et descendante, et la souveraineté. Certains auteurs choisis en raison de leur pertinence particulière pour le sujet sont présentés. Ce n'est pas à dire que les autres auteurs ne discutent pas de la problématique, mais simplement que l'exhaustivité n'est pas l'ambition de ce chapitre. Au contraire, un choix délibéré met en évidence les oppositions et les points d'achoppement concernant le consentement à la compétence.

Avant d'entamer ce chapitre, un *caveat* s'impose. Référence est faite avant tout à des auteurs dits « occidentaux ». Cette approche n'est pas à percevoir comme une forme d'ethnocentrisme, mais plutôt comme une approche réaliste du droit international. Ce système étant avant tout basé sur les conceptions et la propagande européennes[288], c'est dans cette histoire philosophique que les enseignements les plus pertinents à son analyse sont trouvés. Cette mise au point faite, il est désormais possible de se tourner vers le sujet de ce chapitre.

Les oppositions iusnaturalisme-positivisme et descendant-ascendant invitent à pousser la réflexion un peu plus loin, à étudier l'idéal doctrinal à la

[287] PERELMAN C., *Justice et Raison*, 2e ed., Bruxelles, Éditions de l'Université de Bruxelles, 1972, 12.

[288] Voir notamment TOURME-JOUANNET E., *Des origines coloniales du droit international : à propos du droit des gens moderne au 18ème siècle* in *The Roots of International Law/Les fondements du droit international : Liber Amicorum Peter Haggenmacher* [DUPUY Pierre-Marie/CHETAIL Vincent ed.], Leiden, Martinus Nijhoff, 2014, 649-671.

base du système entier. Certes, le consentement peut se réfléchir d'un point de vue purement interne, en se penchant exclusivement sur la manière dont il est traité par les juridictions, mais il est cependant vain de tenter d'en tracer les contours sans avoir préalablement déterminé les enjeux philosophiques traversant la question de manière plus large. Un raisonnement dans une bulle ne permet pas d'aller plus loin que la surface de la problématique. Au contraire, afin de comprendre les enjeux, et les réponses qui y sont apportées, l'identification des divers courants doctrinaux sous-tendant la question du consentement est indispensable.

L'approche suivie ici se veut inspirée de la philosophie hartienne. Dans un premier temps, il convient d'analyser ce que HART appelle l'*aspect externe*, avant de se tourner vers l'*aspect interne*.[289] Il s'agit tout d'abord de déterminer quelles philosophies expliquent l'approche actuelle du consentement à la compétence et fondent le système. Le consentement est vu comme une exception, tandis que le non-consentement est la règle.[290] Il s'agit toutefois d'un postulat de départ. L'adoption de cette approche est un choix politique, reposant sur divers présupposés idéologiques. Dès lors, l'étude porte sur les différentes approches théoriques pouvant, d'une part, expliquer l'état des choses actuel, et d'autre part, mettre en évidence les autres approches possibles. L'essence de ces pages est de souligner qu'il existe une grande richesse de pensée quant aux fondements du consentement en général, applicable au consentement à la compétence. Cela permet de démontrer qu'il s'agit avant tout d'une décision sociétale et politique. Outre l'état d'esprit idéologique sur le sujet de la communauté internationale au sens large, peu de choses justifient le choix d'une doctrine par rapport à une autre. En ce sens, il s'agit d'une perspective se rapprochant de la théorie postmoderne du droit international.[291]

Une nuance avec HART est importante. Sa théorie distingue clairement les aspects externe et interne. À l'inverse, une forme d'interaction entre les deux champs est ici admise. Le postulat philosophique externe choisi a une influence non négligeable sur la manière dont un juge, du point de vue interne, se prononce sur des cas liés au consentement. En raison de la nature binaire du

[289] HART, *supra* note 37, 56-57, 98-99.

[290] L'illustration la plus claire est l'affaire *Daimler v. Argentina*, dans lequel le tribunal indique « *Against this background, it is not possible to presume that consent has been given by a state. Rather, the existence of consent must be established. This may be accomplished either through an express declaration of consent to an international tribunal's jurisdiction or on the basis of acts "conclusively establishing" such consent. What is not permissible is to presume a state's consent by reason of the state's failure to proactively disavow the tribunal's jurisdiction. Non-consent is the default rule ; consent is the exception.* » *Daimler Financial Services AG v. Argentine Republic*, ICSID Case No ARB/05/1, Award, August 22nd 2012, para 175.

[291] Pour une approche plus approfondie, voir l'excellent article de D'ASPREMONT sur le sujet, D'ASPREMONT J., *Hart et le positivisme postmoderne en droit international* in *Revue générale de droit international public*, Vol. 113/2009, 635-654.

consentement[292], la tendance de la juge vers l'un ou l'autre des pôles dépend notamment de son postulat philosophique externe de base.

Une fois l'aspect externe présenté, la dichotomie hartienne est suivie, pour s'intéresser à l'*aspect interne*.[293] Il s'agit non plus de remettre en question les fondements du système du consentement à la compétence internationale, mais plutôt de s'intéresser à son fonctionnement, l'existence du système admise. À ce titre, il est suggéré que les points juridiquement indéterminés liés au consentement sont éclaircis par l'application du principe de justice propre à chaque juge. Consentement à la compétence et justice sont des notions irrémédiablement liées, et la première ne peut être pensée sans la seconde.

Dans un second temps, l'analyse porte sur la souveraineté dans le contexte du consentement à la compétence. Celle-ci permet de comprendre la nature de la relation nouée par le don du consentement. Comme mentionné plus haut[294], la notion passe au premier plan après la paix de Westphalie. Dans le cadre de cette étude, sa compréhension est cruciale. Elle informe non seulement la fonction du consentement, mais aussi la manière dont il est conçu par les différents acteurs y étant confrontés. C'est par l'action de la souveraineté sur le consentement (et vice-versa) que celui-ci peut se comprendre. La nature du consentement à la compétence (en particulier les pouvoirs octroyés à la juge par le don du consentement) est intimement liée à l'idée de souveraineté étatique. Comment expliquer la marge de manœuvre de la juge lorsque la souveraineté est le centre du pouvoir dans la société internationale ? Il est important de préciser que le champ de cette étude ne s'étend pas à la question du fondement de la souveraineté. Il s'agit plutôt à mettre en évidence l'interaction d'une souveraineté déjà établie avec le consentement.

Section I Approche externe : les fondements philosophiques du système

Première étape du raisonnement proposé, c'est vers l'approche externe qu'il convient de se tourner. En d'autres termes, il est d'abord question des fondements du système du consentement, au sein du droit international. À travers l'histoire, deux grandes tendances se dégagent de la pensée du droit. Ces deux archétypes représentent la tension permanente du droit international, tension qui se retrouve particulièrement dans la conception et le traitement du consentement étatique à la compétence des juridictions internationales. Loin de se limiter à la pensée occidentale, cette dichotomie se retrouve partout dans le monde, avec une emphase plus importante sur l'une ou l'autre des approches,

[292] Il y a consentement ou il n'y a pas, il n'existe pas de situation intermédiaire.

[293] HART, *supra* note 37, 56-57.

[294] Voir *supra* 61.

en fonction du lieu et du moment observé. Pour reprendre la terminologie utilisée par KOSKENNIEMI, on peut qualifier les deux de courants d'ascendant (*ascending*) et descendant (*descending*).[295] Ces dynamiques peuvent également être qualifiées de *bottom-up* et *top-down,* en lien avec la terminologie politique. Dans la première situation, la légitimité du droit, respectivement d'un système juridique, provient de la volonté des acteurs du système observé. Dans la seconde, en revanche, cette légitimité découle d'une forme d'autorité supérieure distillant des règles. Cette séparation est artificielle, les auteurs mélangeant souvent certains éléments des deux théories, mais la dichotomie facilite la réflexion sur le sujet, présentant les deux pôles vers lesquels ils peuvent tendre.

Cette question est d'une importance cruciale au regard du consentement étatique. Elle dicte les contours de la notion de justice et, partant, de ce qui est laissé ou non à la libre disposition de l'État. Quelles sont les limites à l'action de l'État ? Quand son simple consentement ne suffit-il plus à rendre une action acceptable ? Le présupposé, souvent transparent, se cachant derrière la construction du droit international est également la clef de voûte de son système juridictionnel, basé sur le consentement. Cela touche à la manière dont les États disposent librement de leur consentement, et aux obligations qui peuvent leur être imposées contre leur volonté.

Les approches *bottom-up* et *top-down* méritent une attention plus poussée, car elles sous-tendent l'ensemble des décisions prises par les protagonistes.[296] Qu'ils en soient conscients ou non, leurs choix dénotent toujours l'une ou l'autre des dynamiques, voire les deux. Le juge se prononçant sur une exception préliminaire relative au consentement est dans tous les cas amené à faire un choix au regard de ces deux approches philosophiques. La question de l'approche du droit international et de la justice est donc importante à double titre. Elle permet, tout d'abord, de comprendre la notion de consentement et ses limites. Elle amène également à une réflexion sur la démarche du juge dans un processus d'adjudication impliquant un ou plusieurs États. Du choix d'une approche donnée découle en effet le postulat de base qui s'applique dans tout rapport juridictionnel. En d'autres termes, la question est de savoir si la situation normale, l'*état de nature*, doit tendre vers une admission du consentement faute d'indications contraires ou si, à l'inverse, le consentement ne constitue qu'une exception à la règle. De ce choix découle le point de départ du raisonnement, mais aussi le point d'équilibre vers lequel tend le juge en l'absence de dispositions spécifiques.

---

[295] KOSKENNIEMI M., *From Apology to Utopia: The Structure of International Legal Argument*, 2nd ed., Cambridge, Cambridge University Press, 2006, 59.

[296] Elles n'en sont toutefois pas les facteurs exclusifs, bien évidemment. On peut notamment penser au prestige perçu du tribunal, au souhait de promotion de la paix ou de la compétence des juridictions internationales, voire même à la volonté d'être rétribué dans certains cas.

Dans les deux sous-sections à venir, les principes et variantes des deux approches philosophiques sont analysés. Dans un premier temps, l'évolution de l'approche *bottom-up* et les écarts à celle-ci qui peuvent apparaître dans le cadre du consentement à la compétence sont présentés. L'alternative offerte par l'approche *top-down* est ensuite explorée. Ces deux analyses permettent de conclure que l'existence du système de consentement à la compétence est, somme toute, le choix politique d'un caractère ascendant poussé, mais nuancé par quelques aspects descendants.

§ I. Approche bottom-up *: l'état de nature et le volontarisme*

À titre préliminaire, une remarque concernant la doctrine philosophique utilisée dans cette sous-section s'impose. La doctrine positiviste, souvent liée à celle ascendante, a pour objet principal l'art de vivre en société, et donc indirectement la légitimité et les limites du pouvoir de l'État sur ses citoyens.[297] Si quelques philosophes dédient certaines parties de leur œuvre au droit international, il n'y représente qu'une faible proportion. Il ne suffit toutefois pas de s'intéresser à l'utilisation de la doctrine concernant la légitimité des obligations internationales. Les écrits sur l'octroi du pouvoir par les citoyens à l'État ont autant de légitimité dans la discussion. Ils permettent d'illustrer le phénomène similaire de soumission par l'État à des obligations supérieures. En ce sens, l'analyse de HART et BENTHAM sur la proximité entre la philosophie des droits national et international est pertinente, car ils les voient comme « suffisamment analogues ».[298] KELSEN adopte une approche similaire, expliquant :

> *[The 'common consent' doctrine of international law's] fundamental assumption, 'the common consent of the states, the members of the international community' is exactly the same fiction as the social contract of the natural-law doctrine.*[299]

Dès lors, aux fins du présent propos, il n'est pas pertinent de faire une distinction entre l'approche *bottom-up* de l'individu à l'État et celle de l'État à la société internationale.

A) La doctrine libérale et le consentement

[297] Voir par exemple COMTE A., *Discours sur l'ensemble du positivisme*, Paris, Société positiviste internationale, 1907, 3.

[298] HART, *supra* note 37, 237 ; BENTHAM J., *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, Batoche Books, Kitchener, 2000, 236.

[299] KELSEN, *Principles*, *supra* note 14, 447-448. En raison de son approche philosophique générale, KELSEN attribue la doctrine du contrat social au courant iusnaturaliste. Pour des raisons de cohérence avec la thématique de l'approche *bottom-up*, cela est néanmoins discuté dans ce chapitre.

Accompagnant la révolution des Lumières et la perte d'influence de l'église catholique en Europe, l'approche ascendante ou *bottom-up* doit être reliée à l'apparition de la doctrine libérale. Prônant un éloignement de la morale transcendante[300], elle recentre la source des obligations sur l'individu. Transposée aux relations interétatiques, elle prend une dimension particulièrement forte, considérant les États comme l'alpha et l'oméga du système. Le droit international n'est ici pas tiré d'une source externe, mais devient un droit basé sur une démarche contractuelle et consensuelle. Ses penseurs se détachent d'une conception moraliste pour se tourner vers une décentralisation du pouvoir primaire. Cette théorie se rapproche fortement du positivisme juridique.[301] La source d'obligations devient, selon le système observé, l'humain ou l'État, et non une forme d'autorité supérieure. KOSKENNIEMI le formule en ces termes :

> *In the liberal vision, there is no natural, objective social order which would pre-exist the human being's entry into it.*[302]

Le présupposé de cette approche est que les États sont libres et égaux[303], ce qui correspond à la conception westphalienne du monde.[304]

C'est dans cette approche que le consentement, notamment à la compétence d'une juridiction, prend toute son importance. Une source externe préexistant l'État ne pouvant pourvoir par elle-même la justiciabilité des prétentions à l'égard d'un État, le consentement préalable de celui-ci devient la clef de voûte du système juridictionnel international. Faute d'indications contraires, l'État n'est limité dans son action que par une restriction volontaire d'une part de sa souveraineté. À défaut, il a toute latitude de ne pas se soumettre à un juge ou arbitre international.

L'adoption par un adjudicateur de l'approche *bottom-up* a pour conséquence principale une forte restriction de sa compétence. Une application poussée de ce principe peut même aller jusqu'à admettre l'impossibilité de résoudre judiciairement un litige dans lequel l'un des deux États ne souhaiterait plus se soumettre à une juridiction internationale, même *après* la saisine du juge. En raison de son refus de comparaître, un État signifierait que son consentement n'est plus d'actualité, privant par là-même la cour ou le tribunal de sa

---

[300] KAUFMANN A., *Règles générales du droit de la paix* in *Recueil des cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, Tome 54, Leiden, Brill, 1935, 309-639, 317.

[301] « *In terms of legal validity, indeed, consensualism implies legal positivism, i.e. the account of law which links its validity to its being posited, as opposed to natural law theory, which links the validity of law back to its moral content* ». BESSON S., *Theorizing the Sources of International Law* in *The Philosophy of International Law* [BESSON Samantha/TASIOULAS John ed.], Oxford, Oxford University Press, 2010, 163-186, 166.

[302] KOSKENNIEMI, *supra* note 295, 75.

[303] *Ibid.*, 82.

[304] Voir *supra* 60.

compétence. Il s'agit d'un cas extrême, mais qui illustre la manière donc cette tendance peut se manifester dans une décision sur la compétence. Ce problème est d'ailleurs, d'une certaine manière, présent sous l'empire du GATT 1947. La résolution des différends y implique le consentement des parties à divers stades de la procédure plutôt qu'uniquement au début de celle-ci. Les parties peuvent notamment retirer leur consentement lors de l'établissement du groupe spécial[305], de sa composition[306] ou de l'adoption du rapport.[307] Cette pratique est jugée suffisamment problématique pour être réformée lors la création de l'OMC.[308]

HOBBES souligne déjà à son époque l'importance du consentement.[309] L'essence de la problématique reste la même, soit la cession d'un pouvoir par une unité atomique (l'individu dans le *Leviathan*, l'État dans la société internationale) au bénéfice d'une entité supérieure.[310] Dans une tentative d'appliquer sa théorie du *Leviathan* de manière pragmatique, il conçoit le consentement de manière extrêmement large, allant jusqu'à considérer qu'il doit être présumé dans de nombreuses situations, dont la sujétion par la force.[311] Le *dies ad quem* du don du consentement est également interprété de manière large. Un don initial du consentement suffit à engager pour l'avenir, sans retour en arrière possible.[312] De manière générale, HOBBES promeut une approche *bottom-up*, dans laquelle le consentement des acteurs individuels est crucial au fonctionnement du système, mais le don du consentement est interprété de manière large. L'explication de cette largesse est toutefois à chercher dans des éléments *top-down*, provenant de règles transcendantes étendant artificiellement la portée du consentement.[313]

L'application de la vision de HOBBES entraîne une conception extrêmement large du consentement à la compétence. Loin des standards aujourd'hui

---

[305] PLANK, *supra* note 244, 89-90.

[306] *Ibid.*, 97-98.

[307] *Ibid.*, 111.

[308] Voir *supra* 72.

[309] KOSKENNIEMI, *supra* note 295, 83.

[310] Concernant l'idée de l'État-individu, voir DE VATTEL E., *Le Droit des gens : Principes de la loi naturelle, appliqués à la conduite et aux affaires des Nations et des Souverains*, Tome 1, Londres, 1758, xii-xiv. Cette approche est critiquée par certains auteurs, notamment TESON F. R., *International Obligation and the Theory of Hypothetical Consent* in *Yale Journal of International Law*, Vol. 15/1990, 84-120, 102. Elle est toutefois considérée comme pertinente, en ce qu'elle est, en pratique, celle appliquée à l'heure actuelle dans le droit international, voir *supra* notes 298 et 299.

[311] HOBBES T., *Leviathan*, Ware, Wordsworth Editions, 2014, 107 ; PATEMAN C., *The Problem of Political Obligation: A Critique of Liberal Theory*, Berkeley, University of California Press, 1985, 43-44.

[312] HOBBES, *supra* note 311, 136.

[313] KOSKENNIEMI souligne la problématique en ces termes : `*We have seen that Hobbes was able to use a very wide conception of tacit consent which became indistinguishable from a theory of objective interests,'* KOSKENNIEMI, *supra* note 295, 83. Voir également GOLDIE M., *The Reception of Hobbes* in *The Cambridge History of Political Thought 1450-1700* [BURNS Jean H./GOLDIE Mark ed.], Cambridge, Cambridge University Press, 2006, 589-615, 602.

retenus[314], un État pourrait se voir imposer par la force le don du consentement. Évoluant à partir d'un *état de nature* de tous contre tous, la coopération forcée lui est tout aussi bénéfique qu'à l'individu au sein du *Leviathan*. Par ailleurs, le don du consentement à la compétence serait un processus irréversible, et un retrait ne serait pas envisageable. La théorie hobbésienne pose les jalons de l'approche libérale du consentement à la compétence, mais est bien plus descendante que celle actuellement admise.

La théorie libérale de HOBBES comporte un élément contradictoire fondamental dont les théoriciens ascendantistes subséquents ne se libèrent pas entièrement : le consentement tacite. Ils expriment tous la nécessité de consensualisme dans l'acceptation d'un pouvoir supérieur à l'individu (ou, dans le cas présent, à l'État). SIMMONS le résume comme suit :

> *Since the earliest consent theories, it has been recognized that 'express consent' is not a suitably general ground for political obligation.*[315]

Ils acceptent toutefois, à différents degrés, que ce consentement n'émane pas directement de chaque individu à tout instant.[316]

Également représentants de l'école libérale, ROUSSEAU et LOCKE étendent le critère du consensualisme. Les deux penseurs adoptent l'approche inverse concernant le *dies ad quem* du consentement, le transformant en une exigence continue.[317] Si cette théorie était appliquée au consentement à la compétence, le principe de *perpetuatio fori*[318] serait exclu, au profit de la possibilité pour un État de se retirer valablement du processus de résolution juridictionnelle du litige. ROUSSEAU a néanmoins recours à une fiction pour justifier l'imposition du système à certains des individus n'y ayant pas consenti. Il y parvient à travers de la distinction entre la volonté de tous et la volonté générale. La première « regarde à l'intérêt privé », tandis que la seconde « ne regarde qu'à l'intérêt commun ».[319] ROUSSEAU reconnaît une forme de consentement tacite, par la possibilité pour la volonté générale de prévaloir sur la volonté individuelle. Il inclut par là une forme d'approche *top-down* au sein de sa théorie pourtant basée sur le consensualisme.

---

[314] Voir *supra* 31.

[315] SIMMONS A. J., *Tacit Consent and Political Obligation* in *Philosophy and Public Affairs*, Vol. 5/1976, 274-291, 278.

[316] RILEY P., *Will and Political Legitimacy: A Critical Exposition of Social Contract Theory in Hobbes, Locke, Rousseau, Kant and Hegel*, Cambridge, Harvard University Press, 1982, 1.

[317] *Ibid.*, 62, 116 ; KOSKENNIEMI, *supra* note 295, 83.

[318] La *perpetuatio fori* est le principe selon lequel la compétence d'une juridiction donnée est établie par rapport au jour du dépôt de la demande. Une modification subséquente de la situation (par exemple par le retrait du consentement du défendeur) ne porte pas à conséquence. Pour son application par la CIJ, voir *Nottebohm*, Exception préliminaire, *supra* note 191, 122-123. Voir également *infra* 222.

[319] ROUSSEAU J. J., *Du Contrat Social ou Principes du droit politique – Livre II*, Genève, Marc Michel Bousquet, 1766, 45.

VATTEL s'empare ensuite de la question de l'internationalisation du raisonnement *bottom-up*. Partant d'un principe de droit naturel dans les relations interétatiques, il y ajoute une dose de réalisme politique pour formuler une théorie ascendante.[320] Trois types de droit sont envisagés : le droit nécessaire[321], le droit volontaire[322] et le droit arbitraire.[323] Si le premier est, assez intuitivement, à relier au droit naturel, le second est une forme d'hybride entre le droit naturel et la théorie consensuelle. Il s'agit de droit naturel, mais découlant du consentement présumé des États.[324] C'est d'ailleurs aux États eux-mêmes d'appliquer et d'interpréter ce droit volontaire, chose impossible concernant le droit nécessaire.[325] Enfin, le droit arbitraire correspond au positivisme actuel du droit international, soit les aspects contractuel et coutumier des relations interétatiques.[326] Ceux-ci sont néanmoins fondés sur le principe *pacta sunt servanda*, lui-même issu du droit naturel.[327] La doctrine vattélienne est extrêmement riche, en ce qu'elle tente de concilier, non sans contradictions[328], la doctrine descendante et celle ascendante. VATTEL inclut au sein de sa théorie trois approches du consentement, le consentement présumé, le consentement tacite et le consentement exprès. Il reconnaît une légitimité à la volonté des États dans la formation du droit international. Exportant les théories libérales vers la société internationale, il se profile comme l'un des pionniers du volontarisme international. Appliquée au consentement à la compétence, cette théorie ouvre diverses options, et souligne, ce faisant, la nature politique du système de consentement à la compétence en vigueur actuellement. Selon cette théorie, il serait tout autant possible de considérer le consentement à la compétence comme issu du droit naturel que du droit positif. Dans ce dernier cas, diverses approches sont envisageables, dont celle d'un consentement présumé, menant à un système d'*opt-out*.

Avec le *caveat* qu'il est discutable de jauger ces principes à l'aune d'une philosophie occidentale, il est également intéressant de constater que l'école de pensée confucianiste tend à la même conclusion. Si les critères de sélection d'une autorité supérieure sont relativement vagues (principalement la moralité de la personne titulaire de cette autorité[329]), le peuple garde un droit à la révolution.

---

[320] KOSKENNIEMI, *supra* note 295, 112.

[321] DE VATTEL, *supra* note 310, 4.

[322] *Ibid.*, 11.

[323] *Ibid.*, 15.

[324] *Ibid.*, 15.

[325] KOSKENNIEMI, *supra* note 295, 116-117.

[326] DE VATTEL, *supra* note 310, xxi-xxii.

[327] *Ibid.*, xxii.

[328] Voir notamment les critiques formulées par KOSKENNIEMI et TOURME-JOUANNET dans KOSKENNIEMI, *supra* note 295, 112-122 ; TOURME-JOUANNET E., *The critique of Classical Thought during the Interwar Period : Vattel and Van Vollenhoven* in *The Oxford Handbook of the Theory of International Law* [ORFORD Anne/HOFFMANN Florian/CLARK Martin ed.], Oxford, Oxford University Press, 2016, 101-122.

[329] ROUSSEAU, *supra* note 319, 45.

Si le dirigeant s'avère être non pas un sage, mais un tyran, le peuple peut le renverser.[330] Cette possibilité transforme donc la légitimité du souverain en une obligation continue, rejoignant LOCKE et ROUSSEAU. L'étendue du consentement tacite est toutefois bien plus grande chez CONFUCIUS. Dans cette philosophie, seuls les *hommes de vertu* (君子) peuvent occuper une position de pouvoir. Les *petites gens* (小人) n'ont pas leur mot à dire, leur consentement est présumé.[331] Appliquée au consentement à la compétence, l'approche confucéenne implique un présupposé de consentement, tout en ménageant un droit découlant du principe de consensualisme (une approche *opt-out*). Le principe fondamental est donc que le pouvoir découle de l'acceptation des membres d'une société donnée. À cela s'ajoute une pointe descendante en lien avec la distinction faite en fonction de la sagesse des membres en questions.

B) Le XXe siècle : mêmes problématiques, autres approches

La présomption de consentement se retrouve également chez les penseurs libéraux modernes. RAWLS, sur une base de consensualisme[332], intègre des éléments qu'un individu libre et rationnel se devrait d'accepter.[333] Partant, si un semblant de théorie du contrat social est présent, l'acceptation de la règle supérieure est présumée. Les intérêts raisonnables de l'agent sont supposés. En ce sens, il se rapproche de la philosophie hobbésienne. Il présume l'existence d'intérêts objectifs, intégrant ici une forme de raisonnement *top-down*. Le consentement, tout en étant le socle théorique, n'est pas absolu. Une application de cette théorie aux juridictions internationales peut aisément mener à leur compétence obligatoire, en raison de leur rôle pacificateur.[334]

Nuançant le volontarisme d'autres penseurs[335], HART observe néanmoins de manière réaliste l'état du droit international :

> *It is true that, on many important matters, the relations between states are regulated by multilateral treaties, and it is sometimes argued that these may bind states that are not parties. If this were generally recognized, such treaties would in fact be legislative enactments and international law would have distinct criteria of validity for its rules.*[336]

---

[330] NIU G., *Liberalism and Confucianism: Rights and Virtues* in *Core Ethics*, Vol. 7/2011, 235-248, 242.
[331] *Ibid.*, 242.
[332] RAWLS J., *A Theory of Justice: Revised Edition*, Cambridge, Belknap Press, 1999, 17.
[333] *Ibid.*, 10-11.
[334] Voir *supra* 47.
[335] HART, *supra* note 37, 226.
[336] *Ibid.*, 236.

Il reconnaît *de facto* que le système du droit international est avant tout fondé sur le consentement. L'évaluation du principe du consentement par HART est principalement basée sur une analyse empirique. Il n'exclut toutefois pas la possibilité qu'un État soit lié par des normes auxquelles il n'a pas directement consenti.[337]

Il est impossible de parler de la théorie du droit moderne sans mentionner le jalon que représente KELSEN. Celui-ci, fondamentalement positiviste, discute principalement du consentement des États dans le cadre de la coutume internationale. Il souligne que la doctrine libérale du consentement est dans une large mesure abandonnée en droit interne, mais qu'elle reste prévalente dans le droit international.[338] Il est toutefois l'un des rares positivistes à rejeter, en fin de compte, l'approche consensualiste. Considérant le consensualisme absolu comme problématique en raison l'absence de source de force obligatoire[339], KELSEN critique également la fiction qu'est le *pactum tacitum*.[340] Malgré tout, il opte pour une approche que l'on peut qualifier de consensualiste, tant la *Grundnorm*[341] implique la primauté du consentement des États.[342] La théorie kelsénienne traite avant tout de la validité et de la formation de la coutume, mais c'est sur ce fondement que s'érige ensuite le système conventionnel qui ici étudié. Pour le surplus, une fois la *Grundnorm* établie[343], KELSEN considère le traité comme un contrat, en revenant à un système basé sur le consentement.[344] Ainsi, en critiquant le consensualisme pur et le contrat social, il en revient à affirmer ce même libéralisme d'une autre manière.

Comme constaté ci-dessus, l'approche *bottom-up* se pose elle-même des limites. Au fur et à mesure du développement de la théorie sur la question, les penseurs appliquent rarement la théorie du contrat social de manière absolument volontariste. Ils recourent au principe de « consentement tacite » sur différentes bases, et peu la poussent jusqu'à son extrême, un ascendantisme absolu. Cette ambiguïté est également relevée par KOSKENNIEMI. Il résume la problématique :

---

[337] *Ibid.*, 226.

[338] KELSEN, *Principles*, *supra* note 14, 447-448.

[339] *Ibid.*, 446-448 ; VON BERNSTORFF J. & DUNLAP T., *The Public International Law Theory of Hans Kelsen*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010, 160.

[340] KELSEN, *Principles*, *supra* note 14, 453.

[341] La *Grundnorm* est la réponse de KELSEN à la problématique du fondement de la norme. Il réfléchit ici à la légitimation du positivisme juridique, problématique centrale de sa théorie. Si l'on peut admettre que les États s'engagent volontairement et se créent ainsi des obligations, quelle est la raison sous-jacente expliquant qu'effectivement, ils *s'obligent* ? Pourquoi un État doit-il respecter ce à quoi il s'est engagé ? *Ibid.*, 447.

[342] A ce sujet, voir TESON, *supra* note 310, 98.

[343] *Pacta sunt servanda*, KELSEN, *Principles*, *supra* note 14, 508.

[344] *Ibid.*, 456.

> *The argument is ascending-descending. Order is justified by an ascending point about freedom and self-interest. It is maintained through a descending postulate about the ultimate equivalence between particular and general interest.*[345]

Appliquée au consentement à la compétence, l'approche libérale moderne ne pousse pas à une application absolue du volontarisme des États. Leur consentement est la clef de voûte du système juridictionnel international, mais diverses options sont envisagées pour éviter un absolutisme du consentement (consentement tacite sous diverses formes, *dies ad quem* du consentement, irréversibilité). KELSEN souligne le paradoxe :

> *It is certainly possible to assume that a state is bound by international law only if it recognizes this law as binding upon it, just as it is possible to assume that an individual is bound by national law only if he recognizes this law as binding upon him. […] But there is hardly a writer ready to accept all the consequences of such an assumption.*[346]

Comme il est constaté plus bas, peu de cas est fait de ces possibilités dans la jurisprudence internationale. Certains écarts à la doctrine purement ascendante sont présents, mais le consentement à la compétence reste l'élément autour duquel l'entier du système est construit, bien plus que la doctrine libérale du XX^{e} siècle n'y invite.

§ II. Approche top-down *: une idée de la Justice ?*

Comme souligné dans la partie précédente, la vision *bottom-up* prévaut largement dans la conception actuelle du consentement à la compétence. Celle-ci reste la clef de voûte de la doctrine majoritaire du droit international, c'est pour cette raison qu'elle est traitée en premier dans cette partie. En droit international, la primauté du consentement est certes remise en question, mais principalement par rapport au pouvoir des organisations internationales de créer des obligations pour les États.[347] Or, dans le domaine précis du consentement à la compétence, les sources secondaires d'obligations de ce type sont peu pertinentes. Le consentement direct et personnel de l'État est la base de sa participation à une procédure devant une juridiction, et non la décision d'une organisation internationale.[348] Cependant, force est de constater que l'approche purement libérale n'est pas non plus appliquée. Sans aller jusqu'à

---

[345] KOSKENNIEMI, *supra* note 295, 82.

[346] KELSEN, *Principles*, *supra* note 14, 1966, 448.

[347] Voir notamment les auteurs cités dans CAPPS P., *International Legal Positivism and Modern Natural Law* in *International Legal Positivism in a Post-Modern World* [KAMMERHOFER Jörg/ D'ASPREMONT Jean ed.], Cambridge, Cambridge University Press, 2014, 213-240.

[348] À ce sujet, voir notamment *supra* 39.

remettre en cause les fondements réels de la doctrine ascendante, la pratique des juridictions internationales se développe en faisant entrer des éléments ne relevant pas uniquement du consensualisme pur. On peut notamment penser à la compétence de la compétence[349], mais aussi au « délai raisonnable »[350] pour le retrait du consentement développé de manière prétorienne par la CIJ. Pour cette raison, il est nécessaire de discuter également les fondements philosophiques de l'approche *top-down* parfois appliquée dans le cadre du don du consentement à la compétence.

A) La morale et le droit

Première à se développer dans la pensée philosophique occidentale[351], l'approche descendante, ou *top-down*, a pour caractéristique principale d'externaliser la source de légitimité du droit. La dénomination est justifiée par la recherche auprès d'une autorité abstraite — qu'elle soit réelle ou fictive — d'un principe de justice, qui retombe ensuite sur les protagonistes cherchant à affirmer une certaine légitimité.[352] Ceux-ci peuvent ainsi prétendre à une vision supplantant celle des autres. Le *iusnaturalisme* correspond la théorie selon laquelle certains droits découlent de la nature même d'une chose.[353] L'*être* suffit à fonder des droits innés, et le droit s'apparente à la morale.[354]

Historiquement, la première source de légitimité de ce type dans la pensée occidentale est une entité divine.[355] Dans ce cadre, une approche transcendantale est prônée, soumettant le souverain à l'autorité divine avant toute chose.[356] De même, le droit correspond à la morale, ce qui est *juste* étant assimilable à une norme (et vice-versa). C'est le propos développé par certains des fondateurs de la pensée européenne du droit international, tels que VITORIA

---

[349] Voir *supra* 63 et 201.

[350] *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique)*, Compétence et recevabilité, Arrêt, CIJ Recueil 1984, 392, para 63.

[351] FISCH J., *Peoples and Nations*, in *The Oxford Handbook of the History of International Law* [FASSBENDER Bardo/PETERS Anne ed.], Oxford, Oxford University Press, 2012, 27-48, 28.

[352] KOSKENNIEMI, *supra* note 295, 96.

[353] C'est ici l'occasion de préciser que l'approche *top-down* ne correspond pas exactement à l'approche iusnaturaliste. La première est plutôt une définition générale de la seconde, nombre de théories naturalistes incluant des éléments positivistes, et vice-versa. Ainsi, l'essence des théories positiviste et iusnaturaliste est *bottom-up*, respectivement *top-down*.

[354] GOYARD-FABRE S., *Les rapports du droit et de la morale aujourd'hui* in *Éthique et droit* [DERMANGE François/FLACHON Laurence ed.], Genève, Labor et Fides, 2002, 19-44, 23 ; DE VATTEL, *supra* note 310, vi.

[355] VON UNGERN-STERNBERG A., *Religion and Religious Intervention* in *The Oxford Handbook of the History of International Law* [FASSBENDER Bardo/PETERS Anne ed.], Oxford, Oxford University Press, 2012, 294-316, 298.

[356] TROPER M., *Sovereignty and Natural Law in the Legal Discourse of the Ancien Régime* in *Theoretical Inquiries in Law*, Vol. 16/2015, 315-336, 326.

(s'inspirant du *ius gentium* romain[357]) et SUAREZ, sur la base de la théorie développée par D'AQUIN.[358] Comme corollaire, le consentement n'est pas nécessaire ou même pertinent. Le souverain édicte des normes nécessairement bonnes, car il est souverain et donc émet la parole divine.[359] BODIN, quant à lui, explique que la nature de la souveraineté est de « donner loy aux subjects en general sans leur consentement »[360]. Les penseurs du iusnaturalisme défendent une vision du droit international laissant une place limitée au consentement, et assimilant volontiers le droit à la morale et au concept de *juste*. Ce lien établi, c'est vers l'interface entre la justice et le consentement dans cette théorie qu'il est nécessaire de se tourner.

B) La justice et le consentement

Après l'Antiquité, l'idée de justice naturelle est principalement reliée aux religions monothéistes, et plus particulièrement à la Chrétienté. Cette doctrine, considérant les individus comme égaux devant le Saint-Esprit, soumet le monde entier à l'autorité de celui-ci.[361] Il s'ensuit que la justice divine prônée par cette religion se veut universelle. Loin des idées de contrat social avancées aux XVII^{e} et XVIII^{e} siècles, cette justice ne se base pas sur l'assentiment des peuples, mais sur leur simple *nature* humaine.[362] Comme mentionné plus haut[363], cette approche s'applique non seulement aux individus, mais aussi aux États. Ils sont théoriquement soumis à l'autorité du pape lors d'arbitrages, du fait de leur simple sujétion au Saint-Esprit. En l'espèce, le pape joue le rôle de représentant de la religion et exerce son autorité naturelle de juge.[364]

L'exemple du pape met en évidence un élément fort instructif quant à la conception philosophique du consentement. Il présente un exemple de fonctionnement hors du présupposé actuel. Le consentement à la compétence n'y est pas le fondement de la compétence (du moins pas directement). Transposé à l'époque actuelle, ce système alternatif envisagerait une compétence universelle d'une autorité. Selon le postulat choisi, le consentement n'est pas nécessaire ou est implicite dans l'adoption d'un dogme. Il n'est toutefois pas besoin d'aller jusqu'à imaginer une religion unique pour rendre

---

[357] ORAKHELASHVILI A., *The Relevance of Theory and History – The Essence and Origins of International Law* in *Research Handbook on the Theory and History of International Law* [ORAKHELASHVILI Alexander ed.], Cheltenham, Edward Elgar, 2011, 3-22, 13-14.

[358] COVELL C., *The Law of Nations in Political Thought*, Chipenham and Eastbourne, Palgrave Macmillan, 2009, 8, 28, 42.

[359] À noter que SUAREZ développe une pensée plus nuancée, faisant reposer l'État et le gouvernement sur le droit naturel, tout en ménageant une place au consentement dans l'agencement au sein de ceux-ci, *Ibid.*, 42.

[360] BODIN J., *Les six livres de la république*, Lyon, Jean de Tournes, 1579, 99.

[361] JOHNSTON D., *A Brief History of Justice*, Singapore, Wiley-Blackwell, 2011, 97.

[362] *Ibid.*, 97-98.

[363] Voir *supra* 55.

[364] Voir *supra* 56.

envisageable ce type compétence. Une croyance partagée en la nécessité d'une paix internationale absolue et durable pourrait s'y substituer. Cette hypothèse n'est pas qu'un exercice mental. Pour preuve, la compétence des tribunaux internes à un pays est fondée sur une approche similaire. C'est l'adoption commune d'une forme de dogme (en l'espèce, les éléments constitutifs de la *nation* concernée) qui débouche sur la compétence des juges.[365] Le processus passe par une internalisation (par les individus constituant la nation) du principe selon lequel la compétence du juge est obligatoire. Il ne viendrait pas à l'idée d'une personne raisonnable de se considérer comme non soumise aux tribunaux de son pays. Dès lors, un système international dans lequel la compétence des juridictions internationales est implicite est envisageable. Cela démontre que la dépendance actuelle du consentement est un choix avant tout politique. Un changement de paradigme est envisageable, mais pour cela encore faut-il que les États parviennent à s'entendre sur un dogme commun incluant cette nécessité de justice internationale.

Section II Approche interne : la juge et sa fonction

Ayant étudié le point de vue externe dans une approche inspirée du postmodernisme, la distinction faite par HART sur le sujet est maintenant suivie. Discutant de la validité des systèmes du droit, il « sépare la question de la validité de celle de l'existence »[366] d'un système juridique. Quels que soient les fondements et la validité du système du consentement à la compétence, il est désormais possible de se tourner vers le point de vue interne de la question.[367] Cette section touche à la manière dont le consentement peut être perçu par les juges. Le consentement et sa définition doivent également être établis au travers de leur vision, le droit international se développant notamment par son *corpus* de jurisprudence. Ce *corpus* reflète la perception qu'a une juge de l'environnement normatif au sein duquel elle évolue. Un attachement personnel de l'adjudicateur à une approche *top-down* ou *bottom-up* fournit donc la toile de fond du raisonnement juridique en question. C'est là toute l'essence du constructivisme du droit international.[368] Il est utile de préciser qu'on ne saurait affirmer une approche absolue sur la question de la part des cours ou tribunaux,

---

[365] De même, l'idée d'une justice nécessaire au niveau international sous-tend l'apparition de l'intervention « pour motifs d'humanité », sur la base du droit naturel, GARIBIAN S., *Droit pénal international* in *Introduction aux droits de l'homme* [HERTIG RANDALL Maya/HOTTELIER Michel ed.], Genève, Schulthess, 2014, 155-169, 156-157.

[366] D'ASPREMONT, *supra* note 291, 646.

[367] HART, *supra* note 37, 56-57.

[368] Voir notamment la théorie constructiviste développée par LAUTERPACHT dans laquelle il souligne la complétude matérielle du droit international et que la juge peut parfois être amenée à aller chercher une réponse plus loin que le simple droit positif, LAUTERPACHT, *Function of Law*, *supra* note 102, 109. Voir également la théorie de DWORKIN sur le « roman » développé par les juges, DWORKIN R., *Law's Empire*, Cambridge, Belknap Press, 1986, 228-232.

au mieux est-il possible de dégager des tendances dans la conception du consentement.

L'adoption par la juge ou l'arbitre d'une conception *top-down* du système de relations internationales et de la justice s'y attachant peut avoir pour conséquence un agrandissement de son champ de compétence. Ne se contentant pas de la libre détermination de l'État (ou même des États) devant lui, la juge se sent légitimée à aller chercher une source extrinsèque ou idiosyncratique lui permettant d'affirmer qu'un consentement existe, ou que son absence n'implique pas une perte de sa compétence. Le postulat de départ de la juge est donc d'une importance cruciale quant à la manière dont elle va concevoir le consentement.[369] C'est pour cette raison qu'il est essentiel d'aborder également l'idée transcendante de *justice*.

La fonction judiciaire et son exercice sont la réponse à l'indétermination du droit. Dans une approche *top-down*, c'est par l'exercice de la notion de justice propre à la juge (et découlant de cette fonction judiciaire) que les lacunes du droit sont comblées. Cette justice est ici d'autant plus décisive que le questionnement ne porte pas directement sur le fond d'une obligation, mais plutôt sur la possibilité de soumettre un comportement à un jugement externe. À noter que la problématique ne porte pas sur l'opposition entre les approches utilitariste et kantienne, mais plutôt sur la justice universelle, intrinsèquement liée au droit naturel, ou à la doctrine descendante.

Dans l'analyse, quelques écarts pouvant être faits par rapport à l'ascendantisme pur sont relevés.[370] Ces écarts sont intrinsèquement liés à la conception du *juste* des juges, en ce qu'ils sont l'expression concrète de leur marge de manœuvre tirée de la fonction judiciaire. S'agissant du consentement à la compétence, comme constaté ci-dessous[371], ces écarts sont moins saillants que la philosophie politique ne le suggère, mais restent néanmoins présents. Il est donc légitime de s'interroger à ce sujet dans le cadre de la réflexion *top-down*. Comme le souligne TESON :

> *In a sense, the move from actual to hypothetical consent is a shift from positivism to natural law theory in its social contract version.*[372]

[369] Sur cette idée, voir également ABI-SAAB G., *Introduction : A Meta-Question* in *Evolutionary Interpretation and International Law* [ABI-SAAB Georges/KEITH Kenneth/MARCEAU Gabrielle/MARQUET Clément ed.], Oxford, Hart Publishing, à paraître 2019, 7-12.

[370] Voir *supra* 92.

[371] Voir *infra* 99.

[372] TESON, *supra* note 310, 109.

S'il est peut-être trop catégorique quant à la transition vers une doctrine purement iusnaturaliste ou descendante, force est de reconnaître que des éléments de celle-ci sont présents au sein d'un système avant tout volontariste.

Il n'est pas ici besoin d'avoir recours à une analyse sociologique voir psychologique des raisons poussant un juge donné à s'exprimer dans un certain sens. Le propos tend plutôt à souligner les tensions existant en arrière-plan. Le juge n'est plus pris en tant qu'individu, mais plutôt en tant que canal d'expression. La tension entre les approches *bottom-up* et *top-down* est un canevas sur lequel un juge, consciemment ou non, pose ses décisions. Sa propre notion de justice détermine lequel des canevas est pertinent.

Parmi les philosophes du XXe siècle, PERELMAN s'interroge sur la nature de la justice. Tentant de la définir de manière formelle, il est amené à déterminer plus précisément l'objet de désaccord axiomatique qui peut apparaître dans le débat. Il parvient définir la justice comme « un principe d'action selon lequel les êtres d'une même catégorie essentielle doivent être traités de la même façon ».[373] Partant de là, il accule les divergences dans la conception de justice à la définition de ces *catégories essentielles* et à la manière de les traiter.

Dans le contexte du consentement à la compétence étatique, la catégorie essentielle est aussi variable que la question du traitement. On peut, d'un côté, considérer que tous les États font partie de la même catégorie essentielle, du fait de leur statut d'État (des sortes de *like units*[374]). Comme VATTEL l'écrit :

> *La puissance ou la faiblesse ne produisent, à cet égard, aucune différence. Un Nain est aussi bien un homme, qu'un Géant : Une petite République n'est pas moins un État souverain que le plus puissant Royaume.*[375]

À l'inverse, on peut aussi discriminer parmi eux, dans une approche néoréaliste des relations internationales. Dans ce type d'approche, les unités du système international se différencient par leur puissance et leurs capacités, pouvant ainsi ne pas faire partie de la même catégorie essentielle.[376]

La façon de les traiter est, elle aussi, variable. Même en acceptant que tous les États fassent partie de la même catégorie essentielle, la définition d'un traitement *de la même façon* est sujette à désaccords. PERELMAN souligne six conceptions du traitement : identique, selon ses mérites, selon ses œuvres, selon ses besoins, selon son rang ou selon ce que la loi lui attribue.[377] L'essence du rôle

[373] PERELMAN, *supra* note 287, 26.

[374] CARTONNET A., *Structuralisme et néoréalisme dans le champ des relations internationales. Le cas de Kenneth Waltz* in *Astérion* 9/2011, 5 (journals.openedition.org/asterion/2162) (1.4.2019).

[375] DE VATTEL, *supra* note 310, 11.

[376] Voir notamment CARTONNET, *supra* note 374, 6.

[377] PERELMAN, *supra* note 287, 15.

de juge l'exigeant, celui-ci se doit de raisonner avant tout par rapport au dernier de ces critères, et donc d'appliquer la loi. Cela étant, il est impossible de soutenir une approche prônant l'existence d'un *sens clair* aux textes de droit international.[378] Le processus d'application du droit par la juge passe nécessairement par le filtre de l'interprétation.[379] À cette occasion, les autres critères de justices cités précédemment prennent leur importance et influencent le jugement final. La CIJ elle-même le reconnaît :

> *en appliquant le droit international positif, un tribunal peut choisir entre plusieurs interprétations possibles celle qui lui paraît la plus conforme aux exigences de la justice dans les circonstances de l'espèce*[380]

PERELMAN mentionne encore l'importance de l'équité, qui joue un rôle de béquille, modérant les tensions entre les différentes approches.[381] Cette béquille n'est toutefois pas réellement disponible dans le contexte du consentement à la compétence. La décision étant par essence binaire (le consentement est donné ou non), il n'est pas possible de rendre un jugement transigeant entre les deux options. Un demi-consentement n'est pas une réponse possible.

De manière plus concrète, un exemple peut illustrer l'approche ci-dessus. Soit un litige international entre deux États, l'un grande puissance économique et militaire, l'autre pays aux moyens très limités sur ces deux plans. Celui-ci entame une procédure devant un for international. Lors de l'établissement de leur compétence, les juges sont confrontés à une problématique liée au consentement, car il se trouve dans une zone grise. Afin de déterminer l'approche à adopter, la première question se posant de manière implicite aux juges est de savoir s'ils ont affaire à des *like units*. D'aucuns considéreraient que c'est le cas, simplement en raison de leur statut d'État[382], d'autres que leur niveau de développement exige un traitement différencié[383]. Sur ce point, la doctrine westphalienne donne une réponse relativement claire. Théoriquement, en raison de leur statut d'État et de leur égalité souveraine, les parties doivent être considérées comme des *like units*.[384] Le problème est, en règle générale, circonscrit au traitement à accorder. Malgré la volonté finale de faire passer une décision comme étant basée purement sur le droit, parce que la situation est floue, le juge doit, consciemment ou non, avoir recours à un ou plusieurs autres

[378] Voir en ce sens les développements sur la théorie de BIANCHI, voir *infra* 99.

[379] DWORKIN, *Law's Empire*, *supra* note 368, 228-232.

[380] *Plateau continental (Tunisie/Jamahiriya arabe libyenne)*, Arrêt, CIJ Recueil 1982, 18, para 71.

[381] PERELMAN, *supra* note 287, 50.

[382] Voir *supra* 61.

[383] Voir *supra* 96.

[384] La problématique est encore complexifiée en cas de litige asymétrique type CEDH ou CIRDI.

types de traitement.[385] Le juge pourrait donner une influence plus importante au besoin de justice de la partie « faible » ou encore porter une attention particulière à ses mérites dans le cas d'espèce. En fonction de ces paramètres, la décision pourrait tendre vers l'admission du don du consentement à partir de cette zone grise.

Dans les faits, qu'il s'agisse de litiges interétatiques ou asymétriques, ce type de zones grises existe. On peut notamment penser à l'affaire *Nicaragua*[386] devant la CIJ, dans laquelle la Cour admet sa compétence malgré un complexe de faits qui pourrait tout à fait justifier la solution inverse.[387] Dans l'arbitrage d'investissement, les multiples débats sur l'utilisation de la clause MFN et les résultats bariolés auxquels divers tribunaux parviennent[388] tendent aussi à indiquer qu'un principe de justice guide différemment différents tribunaux. Autre exemple possible dans une affaire asymétrique, l'affaire *Loizidou* devant la CEDH, dans laquelle la Cour se reconnaît compétente malgré une réserve explicite à sa compétence. Il est intéressant de constater que la Cour choisit, d'une part, de considérer que les réserves aux déclarations d'acceptation de sa juridiction ne sont pas possibles[389], et d'autre part, de n'invalider que partiellement la déclaration entachée d'un vice.[390]

L'approche développée ici ne cherche pas à faire entrer n'importe quelles considérations dans le processus d'interprétation, mais vise plutôt à décrire un état des choses. JENNINGS illustre bien l'état d'esprit de certains juges sur le sujet :

> *no one will doubt that a court must in its procedures conform to the requirements of natural justice.*[391]

Il développe plus loin, expliquant :

> *The judicial function is an art, not a science. Of course there are choices to be made by courts, and the choices may involve questions of*

---

[385] '*We might summarize these points this way. Judges develop a particular approach to legal interpretation by forming and refining a political theory sensitive to these issues on which interpretation in particular cases will depend ; they call this their legal philosophy. It will include both structural features, elaborating the general requirement interpretation must fit doctrinal history, and substantive claim social goals and principles of justice. Any judge's opinion about the best interpretation will therefore be the consequence of beliefs other judges need not share,*' DWORKIN R., *Law as Interpretation* in *Texas Law Review*, Vol. 60/1983, 527-550.

[386] *Nicaragua*, Compétence et recevabilité, *supra* note 350.

[387] L'affaire *Nicaragua* est traitée plus en détail ci-dessous, voir *infra* 232.

[388] Voir *infra* 350.

[389] *Loizidou c. Turquie*, *supra* note 255, para 77-89.

[390] *Ibid.*, para 90-98. Voir également *infra* 256.

[391] JENNINGS R. Y., *The Judicial Function and the Rule of Law* in *Le Droit international à l'heure de sa codification: Études en l'honneur de Roberto Ago*, Vol. III, Milano, Giuffrè, 1987, 139-151, 144.

> *policy of which the court should be able to make a sensible and conscious appreciation.*[392]

BIANCHI développe également un argumentaire quant au sens clair des mots :

> *Plain meaning is not the product of linguistic analysis, but rather of context, broadly understood. Context includes not only a set of circumstances which are external to the interpreter. It also includes what could be termed as the interpreter's internal context.*[393]

Cette inclusion de considérations détachées d'un hypothétique sens objectif du texte n'a pas à être perçue comme un acte *ultra vires* du juge. Elle s'explique simplement comme la marge d'appréciation de la juge nécessaire à l'exercice de sa fonction. Lors de l'interprétation du consentement à la compétence, le point de vue de la juge est nécessairement influencé par sa conception de la justice. Dès lors, cet acte ne relève plus d'un ascendantisme absolu, en ce qu'une composante idiosyncratique de la juge entre en compte lors de la décision.

Ces considérations ont bien évidemment une influence sur le consentement. La manière dont il est appréhendé par les juges dépend notamment de ce facteur de « justice ». Peut-être davantage que dans toute autre décision d'un juge, celle concernant le consentement en est empreinte. Ne préjugeant en rien du résultat au fond d'une affaire, il permet aux adjudicateurs de prendre plus volontiers en compte leur idée de justice dans la décision. Cette hypothèse n'est pas examinée davantage, tant la limite avec la psychologie du droit et de ses acteurs est fine. Néanmoins, cette réflexion découle avant tout de la nature du droit. Son influence sur le consentement, son utilisation et son interprétation ne peuvent être négligées, colorant la lecture qui peut en être faite.

Section III Le consentement à la compétence : expression ou cession de la souveraineté ?

Une fois analysés le raisonnement sous-jacent au système de consentement à la compétence puis les éléments pouvant influencer la prise de décision des acteurs au sein de ce système, un dernier point philosophique doit être abordé : la souveraineté. Comme mentionné plus haut, le consentement à la compétence se distingue notamment dans les procédures par le fait qu'il ne préjuge pas du résultat matériel. La CIJ l'énonce clairement :

---

[392] *Ibid.*, 148-149.

[393] BIANCHI A., *Textual interpretation and (international) law reading: the myth of (in)determinacy and the genealogy of meaning* in *Making Transnational Law work in the Global Economy – Essays in Honour of Detlev Vagts* [DOLZER Rudolf/WAIBEL Michael ed.], Cambridge, Cambridge University Press, 2010, 34-56, 41.

> *Les décisions interlocutoires ne pouvant préjuger les questions de fond, il ne saurait y avoir d'opposition entre la décision admettant que les demandeurs avaient qualité pour invoquer la clause juridictionnelle, seul point que la Cour était alors requise de juger ou pouvait juger, et la décision d'après laquelle les demandeurs n'ont pas établi la base juridique de leur demande au fond*[394]

Le consentement n'est qu'une porte d'entrée, n'ayant pas d'influence sur le résultat au fond. Une plus grande marge de manœuvre des juges peut être supposée pour cette raison. Cela étant, il est impossible de faire une impasse sur l'interaction de ce consentement avec la souveraineté. Si les juges ont effectivement une certaine marge de manœuvre, celle-ci implique nécessairement que les États perdent une part de souveraineté, ou du moins une part de leur contrôle total sur celle-ci. Il est donc nécessaire d'étudier si le don du consentement est une cession ou une délégation de la souveraineté au profit du tribunal. De la réponse à cette question découle une appréhension différente des pouvoirs du tribunal. Pour cette raison, il convient d'analyser dans un premier temps la nature de la souveraineté, en particulier sa divisibilité, avant de se pencher sur l'influence de l'une ou l'autre des approches sur le consentement à la compétence.

§ I. De la souveraineté

À titre préliminaire, une distinction doit être faite entre la souveraineté interne et la souveraineté externe. La première est en lien avec l'autodétermination d'un État, tandis que la seconde est liée à l'indépendance.[395] Dans cette étude, c'est principalement celle-ci qui est examinée, le processus décisionnel interne relevant des droits nationaux respectifs.

Au XVI[e] siècle, BODIN s'essaie le premier à une théorie de la souveraineté, indiquant qu'« [i]l est ici besoin de former la définition de la souveraineté, car il n'y a ici ni jurisconsulte, ni philosophe politique, qui l'ait définie ».[396] Il la théorise dans son ouvrage *De Republica* en 1576, et quelques éléments primordiaux en ressortent. En premier lieu, la souveraineté est définie de manière générale comme la *plénitude de puissance* — le pouvoir absolu.[397] Cette approche est tirée de la définition canonique des pouvoirs du pape.[398]

---

[394] *Sud-Ouest africain (Éthiopie et Liberia c. Afrique du Sud)*, Deuxième phase, Arrêt, CIJ Recueil 1966, 6, para 61.

[395] KOSKENNIEMI, *supra* note 295, 240 ; JENNINGS R. & WATTS A., *Oppenheim's International Law – Peace*, Vol. 1, 9th edition, Harlow, Longman, 1992, 125.

[396] BODIN, *supra* note 360, 85.

[397] *Ibid.*, 25.

[398] LOYSEAU C., *Traité des seigneuries*, Paris, Abel l'Angelier, 1608, 25.

BODIN prône une souveraineté externe quasi absolue. Du fait de l'absence d'éléments d'autorité externes supérieurs — à l'exception du droit naturel —, la souveraineté peut être affirmée sur le plan international.[399] Le pouvoir absolu peut effectivement être avéré par l'inexistence d'une entité politique supérieure pouvant le contraindre. Cette théorie implique notamment l'absence de souveraineté partielle. Définir la notion par opposition à l'existence d'une souveraineté supérieure implique nécessairement l'absence de souverain intermédiaire. La souveraineté est donc totale (exception faite du pouvoir divin), ou elle n'est pas.

Les théoriciens du XVII^e^ s'opposent à BODIN sur l'étendue de la puissance du souverain, mais confirment l'indivisibilité de la souveraineté.[400] Des penseurs des XVIII^e^ et XIX^e^ siècles, quant à eux, s'opposent à cette approche et avancent que la souveraineté est divisible. L'expérience des confédérations et États fédéraux (États-Unis d'Amérique, Saint Empire romain germanique, Confédération suisse) les amène à cette conclusion.[401] Il est désormais accepté par certains de reconnaître une souveraineté partielle aux États fédéraux. Elle n'est toutefois pas admise de manière universelle, et ROUSSEAU réaffirme l'indivisibilité de la souveraineté.[402] Il souligne que la souveraineté en tant que telle n'est pas divisible « dans son principe »[403], mais l'est « dans son objet »[404]. Il distingue l'exécution de la souveraineté, qui peut prendre des formes multiples et variées, et la souveraineté en elle-même, pleine et entière, à laquelle ces formes sont subordonnées.[405]

Dans le courant du XX^e^ siècle, le centre de gravité de la question se déplace, de la relation entre des États fédérés et un État fédéral vers le lien entre un État disposant d'un *pouvoir absolu* et le système du droit international.[406] En d'autres termes, la problématique centrale est désormais de déterminer la nature exacte de l'interaction entre la souveraineté des États le droit international. De ce vieux débat doctrinal dépend l'essence du consentement à la compétence. Il permet de savoir si l'État peut, ou non, diviser sa souveraineté et indique si le don du consentement est une expression ou une cession de la souveraineté. L'État délègue-t-il un pouvoir — celui de porter un jugement sur ses actes — qu'il peut récupérer à son bon vouloir ou cède-t-il une partie de sa puissance publique de manière complète ? L'argument de ROUSSEAU résonne différemment dans ce contexte. Il n'est plus possible de se contenter de la distinction entre les pouvoirs

[399] BODIN, *supra* note 360, 91.

[400] LAUTERPACHT H., *Oppenheim's International Law – Peace*, Vol. 1, 8th edition, Harlow, Longman, 1955, 124.

[401] JENNINGS & WATTS, *supra* note 395, 124.

[402] ROUSSEAU, *supra* note 319, 41-44.

[403] *Ibid.*, 41.

[404] *Ibid.*, 41.

[405] *Ibid.*, 43.

[406] JENNINGS & WATTS, *supra* note 395, 125.

liés à la souveraineté et la souveraineté elle-même. En effet, si la division de ces pouvoirs fait sens au sein d'un même État[407], elle devient plus difficile à concevoir lorsque les pouvoirs sont donnés à des organes internationaux – et donc externes à l'État. L'entité unique que représente l'État n'a pas à s'embarrasser de souverainetés concurrentes, la souveraineté est déléguée au sein de l'État lui-même, dans une approche *top-down*. La bulle que représente la souveraineté externe est préservée, il s'agit avant tout d'une organisation interne. Au niveau international, l'absence de fédéralisme implique que la bulle est percée. La souveraineté est déléguée à une entité plus large que l'État lui-même. Le raisonnement peut donc être différencié entre un État fédéral et la société internationale.

KELSEN défend également l'indivisibilité de la souveraineté, dans le contexte de l'État fédéral allemand. Il affirme que l'exercice des prérogatives de puissance publique des états fédérés provient en réalité de la souveraineté de l'État fédéral.[408] L'extension de cette souveraineté au champ international lui pose néanmoins problème, ce qui l'amène à affirmer que « la souveraineté d'un État est incompatible avec celle d'aucun autre État ».[409] HART quant à lui constate la large variabilité des degrés d'indépendance des États.[410] Ce faisant, il est amené à remettre en cause le fondement même des théories de la souveraineté absolue :

> *These theories fail completely to explain how it is known that states 'can' only be bound by self-imposed obligations, or why this view of their sovereignty should be accepted, in advance of any examination of the actual character of international law. Is there anything more to support it besides the fact that it has often been repeated?*[411]

Entre les lignes, HART met en évidence le caractère doctrinal de l'approche classique de la souveraineté.

FOUCAULT invite également à repenser la souveraineté, affirmant qu'« il faut se débarrasser du modèle du Léviathan »[412]. À ce sujet, ERLENBUSCH précise qu'il ne s'agit pas tant de se débarrasser du concept de souveraineté en tant que tel, que de repenser ses points d'accroche.[413] Cela permet d'envisager une nouvelle

---

[407] Voir à ce sujet les théoriciens de la séparation des pouvoirs, LOCKE J., *Two Treatises of Government*, London, Whitmore and Fenn, 1821, 313-314, 318, 327, 328 ; MONTESQUIEU, *De l'esprit des loix, Tome premier*, Genève, Barillot et Fils, 1749, 242.

[408] RIGAUX F., *Kelsen et le droit international* in *Revue belge de droit international*, Vol. 2/1996, 381-408, 382-383.

[409] Traduction proposée par RIGAUX dans *ibid.*, 383.

[410] HART, *supra* note 37, 221-223.

[411] *Ibid.*, 224.

[412] FOUCAULT M., *Il faut défendre la société — Cours au Collège de France 1976*, Paris, Seuil — Gallimard, 1997, 30.

[413] ERLENBUSCH V., *The Concept of Sovereignty* in *Philosophy Compass*, Vol. 7-6/2012, 365-375, 369.

forme de souveraineté s'éloignant du principe unifié classique. C'est ce que tente de faire DERRIDA, déconstruisant la notion en considérant comme « nécessaire d'entamer, avec son principe d'indivisibilité, son droit à l'exception, son droit de suspendre le droit, l'indéniable onto-théologie qui la fonde »[414]. Les auteurs sont donc, à travers l'histoire, divisés sur l'approche à adopter de la souveraineté. Certains l'envisagent, par définition, comme indivisible, car absolue. D'autres, au contraire, dans une approche plus pragmatique et moins onto-théologique, envisagent la possibilité de la fragmenter. Comme le résume TROPER, parlant de la souveraineté interne :

> *One issue is whether it is possible to divide sovereignty. On the basis of Carré de Malberg's distinction, it is easy to see that sovereignty in the third sense, the quality of the highest organ of the state, is indeed indivisible, because as soon as one divides it between several organs, none is the highest. On the other hand, if sovereignty in the second sense is the range of powers that can be exercised by the state, it is perfectly divisible. It is even possible to divide them by their subject matters (the power to wage war, to control a currency, to render justice, etc.).*[415]

La souveraineté est donc cessible ou non en fonction de la manière dont on la définit.

§ II. La souveraineté lors du don du consentement

Les contours de la souveraineté sont flous et font l'objet de nombreux débats doctrinaux. Parmi ceux-ci, celui concernant la divisibilité de la souveraineté concerne directement le consentement à la compétence. Il permet de le définir plus précisément, notamment dans son interaction avec les pouvoirs étatiques sur le plan international. Le cœur de la question est de déterminer quelle est la nature du pouvoir octroyé au tribunal par le don du consentement. Pour ce faire, il est nécessaire d'analyser les conséquences des deux approches mises en évidence plus haut. Il est ici utile de préciser que si les conséquences concrètes sur le consentement sont tirées d'une analyse empirique, les implications concernant la souveraineté relèvent d'un choix. C'est le choix de la définition de la souveraineté qui détermine la lecture des conséquences.

En optant pour l'approche d'une souveraineté externe indivisible sur le plan international, le consentement ne serait qu'une expression de la souveraineté parmi d'autres. Le pouvoir du tribunal est plus restreint, car l'État ne fait que déléguer une partie de l'exécution de sa propre souveraineté en octroyant un

[414] DERRIDA J., *Voyous*, Paris, Éditions Galilée, 2003, 215.

[415] TROPER, *supra* note 356, 323-324.

pouvoir décisionnel au tribunal auquel il donne son consentement. L'État fait acte de souveraineté en exprimant son consentement à être attrait devant une juridiction internationale. Cette approche maintient toutefois l'autorité décisionnelle au sein de l'État, en lieu et place de la transférer complètement à la juridiction.[416] Au niveau international, il dispose d'un pouvoir absolu de choisir l'étendue de ses obligations et, partant, de déterminer s'il souhaite donner le pouvoir à un tribunal de juger de la licéité de ses actes. Ce pouvoir du tribunal ne restreint toutefois pas la souveraineté de l'État. Le cœur de cette souveraineté se trouve dans le pouvoir de l'État de se créer cette obligation. Une implication de cette approche est, en appliquant la théorie de ROUSSEAU, que l'État peut en tout temps retirer son consentement.[417] De même, la délégation de compétence est a priori limitée à ce qui est explicitement prévu, en se basant sur le principe dégagé dans l'affaire *Lotus*, selon lequel les restrictions à l'indépendance des États ne peuvent se présumer.[418]

Cette vision est corroborée par le fait qu'un État est libre de retirer son consentement dans divers cas.[419] L'existence de cette possibilité démontrerait l'absence de cession concrète de souveraineté, même dans la vision exigeante du contrat social rousseauiste. Cependant, comme constaté plus haut, notamment dans le contexte de la *perpetuatio fori*[420], l'État n'est pas absolument libre de le faire, certaines limites s'imposent à lui. Un certain nombre de pouvoirs de la juridiction internationale ne sont pas délégués expressément dans l'instrument prévoyant le don du consentement.[421] D'aucuns argueraient qu'il s'agit d'une limitation de son indépendance découlant uniquement de la souveraineté de l'État, tandis que d'autres répondraient qu'il s'agit, *de facto*, d'une cession de souveraineté en raison de la perte de contrôle.

L'approche permettant à la souveraineté d'être divisée amène à une perception différente de l'action de l'État lorsqu'il donne son consentement. En lieu et place de faire un simple acte de souveraineté, l'État la cède également.[422]

---

[416] *Affaire du vapeur « Wimbledon »*, Arrêt, CPJI, Série A, No 3, 1923, 25.

[417] Voir *supra* 87.

[418] *Affaire du « Lotus »*, Arrêt, CPJI, Série A, No 10, 1927, 18.

[419] On peut notamment penser à un retrait de la déclaration faite en vertu de l'article 36 §2 de la CIJ ou encore le retrait d'une organisation internationale intégrant un don du consentement à une juridiction, voir notamment LAMM, *Compulsory Jurisdiction*, *supra* note 25, 221-239 ; PLENDER R., *The Role of Consent in the Termination of Treaties* in *British Yearbook of International Law*, Vol. 57/1987, 133–167, 150-152.

[420] Voir *supra* note 318 et 222

[421] La compétence de la compétence en est un exemple, mais aussi le pouvoir d'ordonner des mesures provisionnelles, de connaître des prétentions reconventionnelles ou encore de réviser un jugement. À ce sujet, voir AMERASINGHE, *Specific International Tribunals*, *supra* note 27, 128-129. Voir également *infra* 157.

[422] Cette approche se reflète dans la formulation choisie par l'OA dans le Rapport de l'Organe d'appel *Japon — Taxes sur les boissons alcooliques*, WT/DS8/AB/R / WT/DS10/AB/R / WT/DS11/AB/R, adopté le 1er novembre 1996, 18.

Il perd au profit du tribunal une partie de sa liberté d'action. La perte de liberté n'est pas tant liée à la licéité de l'acte problématique, mais bien au choix de ne pas se voir condamné à ce sujet. Plus précisément, en donnant son consentement, l'État perd la possibilité de ne pas être lié par le jugement qui résulte d'une procédure juridictionnelle. Qui plus est, l'engagement va plus loin qu'une simple ratification d'un traité. La fonction judiciaire a pour essence de permettre aux juges disposer de pouvoirs qui ne sont pas à la libre disposition de l'État, comme la compétence de la compétence.[423] Le don du consentement à la compétence est ici un acte de cession de souveraineté, dans la mesure où l'État perd la capacité absolue de le retirer. Il peut certes le faire, mais à des conditions (notamment temporelles) qu'il n'a pas nécessairement la possibilité de choisir. L'État ne fait pas que s'obliger, il transfère également un pouvoir décisionnel pouvant s'étendre au-delà de sa volonté initiale.

La théorie de la souveraineté divisible ménage une plus grande marge de manœuvre à la juridiction saisie. En conséquence, l'étendue exacte des pouvoirs cédés est non seulement plus vague, mais permet une réflexion plus téléologique. Le tribunal auquel cette part de souveraineté est cédée est légitimé dans ses pouvoirs implicites par la nécessité pour lui de remplir sa fonction judiciaire. C'est déjà l'opinion adoptée la CIJ dans son avis consultatif *Certaines dépenses*.[424] La Cour y reconnaît les limites de la souveraineté absolue et indivisible, en ménageant la possibilité de céder des pouvoirs parfois au-delà de ce qui est explicitement prévu. Le cas des juridictions institutionnalisées va encore plus loin. Il n'est plus seulement question de cession de pouvoirs basée sur les objectifs écrits, mais aussi de pouvoirs découlant de la nature d'une juridiction. C'est bien la fonction judiciaire, abordée ci-dessus, qui légitime ces pouvoirs. Comme analysé ci-dessous, il peut s'agir de pouvoirs inhérents plutôt qu'implicites.[425] En conséquence, les pouvoirs du tribunal s'apparentent plus à une cession partielle de souveraineté qu'une simple délégation. Cette lecture est plus compatible avec la démarche hobbésienne, en ce qu'elle correspond mieux aux limites imposées au retrait du consentement.[426]

Pour résumer, deux approches sont envisageables. Dans la première, la souveraineté indivisible garde l'entier des pouvoirs dans le giron de l'État. En donnant son consentement, l'État fait un acte de souveraineté en déléguant l'exercice de ces pouvoirs à la juridiction internationale. Dans la seconde approche, l'État cède une part de sa souveraineté, par l'abandon de certains pouvoirs au profit cette juridiction. Le choix entre ces deux démarches est, en

---

[423] Au sujet des développements historiques, voir *supra* 63. Voir également *infra* 201.

[424] *Certaines dépenses*, *supra* note 83, 151.

[425] Voir *infra* 158.

[426] Il n'est pas prétendu ici que HOBBES est un partisan de la divisibilité de la souveraineté, bien au contraire. Il s'agit simplement de souligner que les limites imposées à la souveraineté par la fonction judiciaire se rapprochent de l'irréversibilité du consentement au Léviathan trouvée chez cet auteur. Voir *supra* 86.

fin de compte, avant tout lié à la définition même de la souveraineté. D'aucuns partent du postulat que la souveraineté est, par essence, une et indivisible. Pour ce travail, une approche plus réaliste est préférée, qui ne recoure pas à la souveraineté comme une pure fiction. Certes, c'est une approche largement axiomatique, mais il paraît plus judicieux de définir la souveraineté par rapport à une utilité réelle de la notion. Il s'agit, finalement, de déterminer où se trouve le centre du pouvoir. Or, au vu de la manière dont une juridiction peut étendre sa compétence, parfois à l'encontre de la volonté des États, il est justifié de considérer l'acte de don du consentement non comme une délégation, mais bien comme une cession partielle de souveraineté.

Conclusion

Ce chapitre sur l'épistémologie du consentement a pour objet de participer à répondre à la question « qu'est-ce que le consentement étatique à la compétence ? ». À cette fin, la philosophie du droit est riche d'enseignements. Elle permet en premier lieu de souligner les filtres souvent transparents qui existent lors de l'analyse du consentement. Divers présupposés dans la communauté épistémique du droit international sont le résultat de choix politiques plutôt que d'une logique absolue et immanente au domaine.

En premier lieu, concernant le point de vue externe et les fondements du système de consentement à la compétence, il faut souligner combien l'utilisation du consentement en tant qu'exception à la règle est le résultat d'un dogme de la politique internationale. L'histoire le montre, un système de compétence obligatoire est envisageable sans avoir recours au consentement à la compétence. Cela implique néanmoins un changement de paradigme politique, faisant de la justiciabilité du droit une nécessité pour la société internationale. Dans l'alternative, le système de juridictions internationales continuera vraisemblablement à se construire comme il le fait actuellement, par ajouts successifs, sur une base ascendante.

Concernant le point de vue interne, le but de l'analyse ci-dessus est de mettre en évidence combien l'idée de consentement, dans son application, est intrinsèquement liée à la notion de justice. Il est vain de prétendre que les juges sont des machines, et qu'une même question aurait la même réponse de tout adjudicateur. Cela étant, comme présenté dans les parties suivantes, le propos n'est évidemment pas de prétendre que les juges agissent de manière totalement arbitraire. Des règles d'interprétation permettent de cadrer les lectures possibles. Une marge de manœuvre est néanmoins laissée à la juge et à sa fonction judiciaire, interstice dans lequel son idée de justice s'exprime.

La marge de manœuvre de la juge amène un questionnement sur la souveraineté. En effet, dans un système basé avant toute chose sur la

prééminence des États, comment expliquer le pouvoir dont peut disposer la juge ? La réponse à cette question passe par la mise en exergue des deux écoles concernant la souveraineté. Elles ne s'excluent pas nécessairement, dans la mesure où elles sont essentiellement basées sur des définitions divergentes. Elles ont néanmoins des conséquences différentes sur la perception du pouvoir du juge. À nouveau, un choix politique détermine la manière dont l'adjudicateur est perçu, quasi-partie à la procédure ou simple instrument au service des États ? Par ailleurs, il est difficile de ne pas lire dans ces questionnements un problème plus fondamental du droit international. À travers la question de la cession ou de la délégation de souveraineté, c'est le problème de la source du pouvoir obligatoire du droit international qui se pose. La simple non-reconnaissance d'un pouvoir externe par l'État peut suffire à rendre ce pouvoir ineffectif. Cela étant, ce n'est pas pour autant que les obligations découlant de ce pouvoir externe n'existent pas.

Ce chapitre soulève parfois plus de questions qu'il n'y répond. Il est néanmoins indispensable dans la compréhension du consentement en tant que construction politique. L'histoire l'a démontré, il n'y a rien d'inéluctable à l'évolution du consentement à la compétence, la philosophie le souligne, il n'est qu'un choix parmi de multiples options.

Chapitre 4 : Le formalisme du consentement

> *Les formalistes s'attachent tout aux formes et au dehors, pensent estre quittes et irrépréhensibles en la poursuite de leurs passions et cupidités, moyennant qu'ils ne facent rien contre la teneur des loix et n'obmettent rien des formalités.*[427]

Dans le cadre de l'ontologie du consentement, un élément plus pratique mérite une attention particulière. Jusqu'ici, c'est l'histoire du consentement à la compétence qui est présentée, ainsi que les filtres philosophiques, plus ou moins transparents, qui participent à former la notion. Il est maintenant temps de se tourner vers la pratique concrète des juridictions, en analysant des éléments formels liés à l'expression du consentement. En lien avec la question de cette partie, « qu'est-ce que le consentement étatique à la compétence ? », la manière de l'exprimer est une des réponses à apporter.

Pour aborder ce point, deux éléments sont étudiés. Dans un premier temps, la question la plus évidente liée au formalisme est de connaître si le consentement doit s'exprimer par écrit ou si d'autres options (oral, tacite) sont envisageables. Dans un second temps, une particularité du droit international est évoquée concernant la notification du don du consentement. Des règles éparses exigent parfois la communication du don du consentement à une autorité précise. Dès lors, il est utile de s'interroger sur la nature de ces règles, afin de savoir si elles sont constitutives du consentement ou simplement déclaratives. L'absence de déclaration signifie-t-elle l'absence de consentement ?

Section I Le mode d'expression du consentement : quand le réalisme prime

De manière générale, deux grandes tendances se dégagent dans les manières d'exprimer le consentement à la compétence. Il est, d'une part, possible de le donner de manière multilatérale, dans le cadre d'un accord international avec un ou plusieurs autres États et, d'autre part, il est également possible de le donner de manière unilatérale. Les conséquences de l'une ou l'autre des approches sur l'interprétation de l'instrument sont évoquées plus loin.[428] Au sein de ces deux manières de donner son consentement, des subdivisions formelles peuvent apparaître. Avec cette toile de fond, il convient d'abord

[427] CHARRON P., *De la sagesse*, *Tome premier*, Paris, Amaury Duval, 1827, 299-300.

[428] Voir *infra* 297.

d'étudier brièvement le principe de l'obligation de forme écrite contenue dans certains instruments constitutifs. À la suite de cela, il s'agit de se pencher sur le consentement oral, puis le consentement tacite ou implicite. L'objet de cette section est de déterminer si et dans quelle mesure les États sont libres de choisir la manière dont ils donnent leur consentement. Cela met en évidence les limites acceptables de son expression.

§ I. De l'obligation de forme

Le don du consentement par écrit est, de loin, la manière la plus fréquente de procéder. Il est toutefois légitime de se demander s'il s'agit d'une exigence juridique ou simplement d'une pratique.

Un premier cas de figure évident est le cas dans lequel l'instrument constitutif de la juridiction prévoit *ex lege* que le consentement doit être donné par écrit. À titre d'exemple, on peut citer le cas de la Convention du Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (Convention CIRDI). À son article 25 §1, l'exigence de consentement est indiquée dans les termes suivants :

> *La compétence du Centre s'étend aux différends d'ordre juridique entre un État contractant (ou telle collectivité publique ou tel organisme dépendant de lui qu'il désigne au Centre) et le ressortissant d'un autre État contractant qui sont en relation directe avec un investissement et que les parties ont consenti* par écrit *à soumettre au Centre. [...]* [429]

En l'occurrence, le système juridictionnel et, partant, le pouvoir des arbitres étant fondés sur la Convention CIRDI, un élément constitutif de leur compétence manquerait, en cas d'absence de source écrite.[430]

Un autre cas dans lequel la forme écrite ne prête pas à discussion concerne un traité multilatéral nécessitant une adhésion et contenant directement la clause attributive de juridiction. Des exemples de cela sont la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (aussi connue sous le nom de Convention européenne des droits l'homme) et ses articles 33 et 34, la CNUDM et ses articles 187, 287 §3, 290 §5 et 292 §1[431], ainsi que l'Organisation mondiale du commerce et les articles 2, 3, 17, 19 et 23 du

[429] Article 25 §1 Convention CIRDI, italique ajouté.

[430] Dans les faits, le Secrétariat du CIRDI n'enregistre tout simplement pas la requête, faisant usage de son pouvoir découlant de l'article 36 §3 : « Le Secrétaire général doit enregistrer la requête sauf s'il estime au vu des informations contenues dans la requête que le différend excède manifestement la compétence du Centre. […] », SCHREUER, MALINTOPPI, REINISCH & SINCLAIR, *supra* note 30, 470.

[431] Concernant la CNUDM, il est utile de souligner que le don du consentement par déclaration à une autre juridiction que l'arbitrage prévu par défaut, l'article 287 §1 CNUDM exige explicitement une déclaration écrite.

Mémorandum d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends. Ces articles sont ceux renfermant le don du consentement par les États. Ainsi, dans l'hypothèse dans laquelle un État non-partie souhaite se soumettre à la compétence de la CEDH, du Tribunal international du droit de la mer, d'une juridiction arbitrale liée à la CNUDM ou de l'OMC, il n'aurait d'autre choix que de ratifier la convention déjà existante, par écrit et selon les procédures consacrées par la Convention de Vienne sur le droit des traités (CVDT). Il s'agit ici d'une obligation factuelle, en ce sens que rien n'exclut juridiquement une autre forme que la forme écrite. Cependant, la préexistence des traités force les États intéressés à ratifier les conventions concernées.[432]

De manière générale, il est possible de conclure que peu de règles concrètes s'attachent à la forme du don du consentement outre celles mentionnées ci-dessus. La CPJI déjà, s'interrogeant sur la question indique :

> *L'acceptation, par un État, de la juridiction de la Cour dans un cas particulier, n'est pas, selon le Statut, soumise à l'observation de certaines formes, comme, par exemple, l'établissement d'un compromis formel préalable […]*
>
> *Et il ne semble point douteux que la volonté d'un État de soumettre un différend à la Cour puisse résulter, non seulement d'une déclaration expresse, mais aussi d'actes concluants*[433]

Elle précise également l'année suivante :

> *il importe néanmoins d'établir clairement que les compromis par lesquels la Cour est saisie de différends internationaux devraient désormais être rédigés en tenant exactement compte des formes dans lesquelles il appartient à la Cour de manifester son opinion selon les termes mêmes des actes constitutionnels qui régissent son activité.*[434]

Elle fixe ici un standard concernant davantage le contenu et la clarté que la forme du don du consentement.

Peu après sa création, la CIJ résume elle-même sa position : « La Cour ne peut tenir pour irrégulière une voie qui n'est exclue par aucun texte »[435]. Elle développe quelques années plus tard :

---

[432] La Commission puis la CEDH ont ceci d'intéressant qu'elle a d'abord été soumise partiellement au régime unilatéral (voir *supra* 73) avant l'adoption de l'article 34 faisant entrer dans le cadre du régime conventionnel le don du consentement à cette institution au sujet des requêtes individuelles.

[433] *Écoles minoritaires*, *supra* note 231, 23-24.

[434] *Affaire des zones franches de la Haute-Savoie et du Pays de Gex*, Ordonnance du 19 août 1929, CPJI, Série A, No 22, 1929, 13.

[435] *Détroit de Corfou*, Exception préliminaire, *supra* note 69, 28.

> *c'est généralement le cas en droit international qui insiste particulièrement sur les intentions des parties, lorsque la loi ne prescrit pas de forme particulière, les parties sont libres de choisir celle qui leur plaît, pourvu que leur intention en ressorte clairement […]*
>
> *La forme et les termes précis adoptés par les États pour cela sont abandonnés à leur discrétion et rien n'indique qu'une forme particulière soit prescrite, ni qu'une déclaration faite sous une autre forme serait nulle. Sans doute la coutume et la tradition ont conduit les pays qui acceptent la juridiction obligatoire de la Cour à se servir normalement, en fait et pour des raisons de commodité, d'un certain type de rédaction, mais l'emploi de ces formules n'a rien d'impératif.*[436]

En fin de compte, sauf en cas d'obligation explicite en sens inverse, la forme cède le pas au fond lors de l'examen du consentement.

§ II. Du consentement oral

En l'absence de règles explicites sur le sujet, il est légitime de s'interroger sur les options à la disposition des États lors d'un don du consentement. Une autre possibilité, plus théorique peut-être, est un don du consentement par oral. À ce titre, une considération préliminaire touchant au don du consentement multilatéral doit être mentionnée. Il est nécessaire de préciser que les accords internationaux ne se limitent pas aux traités écrits. Certes, à son article 2 §1 b), la CVDT indique explicitement qu'elle ne couvre que les accords écrits. Cela étant, il est également précisé à son article 3 que cela ne saurait porter à conséquences quant à la valeur juridique d'accords passés en forme non écrite. Faute de convention internationale traitant spécifiquement de cette question, c'est la règle coutumière de *pacta sunt servanda* qui s'applique plutôt.[437]

La première option de don du consentement non écrit concerne un accord multilatéral oral. En pratique, cette démarche est peu probable, on imagine difficilement des États considérer cela comme une approche judicieuse. Néanmoins, comme suggéré par l'article 3 a) de la Convention de Vienne sur le droit des traités, il arrive (certes de manière rare) que des États concluent par oral des accords ayant force obligatoire.[438] Cependant, dans le contexte d'une cour ou d'un tribunal international, l'existence d'un instrument constitutif oral d'une juridiction est peu réaliste, tant du point de vue de la sécurité juridique

---

[436] *Temple de Préah Vihéar (Cambodge c. Thaïlande)*, Exceptions préliminaires, Arrêt, CIJ Recueil 1961, 17, 31-32.

[437] GAUTIER P., *Article 2* in *Les Conventions de Vienne sur le droit des traités, Commentaire article par article* [CORTEN Olivier/KLEIN Pierre ed.], Tome I, Bruylant, Bruxelles, 2006, 45-95, 53-56.

[438] Voir notamment AUST A., *Modern Treaty Law and Practice*, 3rd ed., Cambridge, Cambridge University Press, 2013, 7-8.

de l'institution que du point de vue de la prévisibilité de son organisation. Il en va de même pour les dons du consentement n'impliquant pas la création d'une institution juridictionnelle. Elle n'est donc pas impossible, mais peu recommandable. Une manière intermédiaire permettant de remédier à cette problématique serait d'enregistrer l'accord oral, par exemple au moyen d'un enregistreur audio. Même si cette solution demeure très théorique, rien ne s'oppose concrètement à ce qu'une telle approche soit retenue.[439]

Dans le cadre d'un consentement donné de manière unilatérale, un cas de figure plus concevable existe, la déclaration d'un membre du gouvernement d'un État. Sous toutes les réserves liées au fait qu'il s'agit d'un communiqué bilatéral, l'affaire de la *Mer Égée* montre que la CIJ n'hésite pas à se référer à un à ce type d'instrument pour fonder sa compétence.[440] La même approche doit être suivie dans le cadre des actes unilatéraux. En effet, peu d'exigences de forme s'attachent aux actes unilatéraux. La Cour est on ne peut plus explicite à ce sujet dans l'affaire des *Essais nucléaires* :

> *Pour ce qui est de la forme, il convient de noter que ce n'est pas là un domaine dans lequel le droit international impose des règles strictes ou spéciales. Qu'une déclaration soit verbale ou écrite, cela n'entraîne aucune différence essentielle, car de tels énoncés faits dans des circonstances particulières peuvent constituer des engagements en droit international sans avoir nécessairement à être consignés par écrit. La forme n'est donc pas décisive.*[441]

Une déclaration, pour autant qu'elle puisse être prouvée avec suffisamment de certitude, est à même de constituer la compétence d'une juridiction. C'est la conclusion qui est d'ailleurs reprise par la Commission du droit international dans ses principes applicables aux déclarations unilatérales des États :

> *Unilateral declarations may be formulated orally or in writing.*[442]

Une quelconque exigence de forme ne découlant pas du régime général applicable aux actes unilatéraux, c'est vers une éventuelle *lex specialis* applicable

---

[439] C'est également une possibilité envisagée dans AMERASINGHE, *Jurisdiction of International Tribunals*, *supra* note 27, 85.

[440] En l'espèce, le communiqué est écrit, mais dans tous les cas, le principe devrait être valable également pour un communiqué oral. *Plateau continental de la mer Égée (Grèce c. Turquie)*, Compétence de la Cour, Arrêt, CIJ Recueil 1978, 3, para 94-96. La Cour se déclare incompétente, mais la forme du communiqué n'est pas tant le problème que le fond, car les parties n'y prennent pas d'engagement ferme.

[441] *Essais nucléaires (Nouvelle-Zélande c. France)*, Arrêt, CIJ Recueil 1974, 457, para 48.

[442] INTERNATIONAL LAW COMMISSION, *Guiding Principles applicable to unilateral declarations of States capable of creating legal obligations, with commentaries thereto (A/61/10)* in *Yearbook of the International Law Commission*, Vol. 2, Part 2, 2006, para 5.

à l'acte individuel en cause qu'il faut se tourner. L'exemple mentionné plus haut du CIRDI vient immédiatement à l'esprit. Comme c'est le cas pour les attributions multilatérales de compétence, les déclarations unilatérales doivent également prendre la forme écrite, à teneur de l'article 25 de la Convention.

Le système de clauses facultatives de compétence obligatoire, davantage développé plus bas[443], peut également avoir une influence. La CIJ, la CNUDM et l'ancienne Commission européenne des droits de l'homme sont les trois systèmes offrant cette option. Ils permettent l'émission d'une déclaration à déposer. Cela étant, seule la CNUDM précise la forme écrite que doit prendre cette déclaration. Il est donc tout à fait envisageable qu'elle prenne la forme d'un enregistrement dont la version numérique serait par la suite déposée au secrétariat de l'organisation concernée pour les deux autres.[444]

Pour résumer la situation concernant le consentement oral à la compétence, il n'y a, de manière purement juridique, pas de raison de l'exclure. Certes, certaines situations exigent un consentement écrit de manière explicite. Outre ces cas, les éventuels problèmes liés à ce mode de don du consentement relèvent de la preuve et de la sécurité juridique, non de la licéité.

§ III. Du consentement tacite ou implicite

Le consentement non exprès pousse le questionnement plus loin que le simple problème de preuve trouvé dans l'opposition écrit-oral. Il ne s'agit plus de déterminer si le consentement a, du point de vue des faits, été donné ou non et quels en sont ses termes. Il s'agit plutôt de cas dans lesquels le consentement peut être inféré du comportement d'un État. Deux situations principales doivent être envisagées à ce titre, l'*estoppel* et le *forum prorogatum*. Si les implications de la seconde sont développées plus loin[445], il est néanmoins utile de dessiner les contours des deux ici.

La première catégorie concerne la possibilité d'*estoppel*. Il s'agit d'un État donnant son consentement par son comportement en dehors du cadre de la juridiction. Par ses actes, l'État se comporte comme s'il avait ratifié un traité incluant une clause compromissoire. La question est elle-même largement

[443] Voir *infra* 115.

[444] L'enregistrement d'une déclaration orale est ici traité comme un acte oral. Il est certes possible de s'engager dans la discussion de savoir si, du fait que l'enregistrement est retranscrit en code informatique, il s'agirait plutôt d'une déclaration écrite. Il est plus raisonnable de prendre l'optique selon laquelle on présuppose la lecture des données dans le logiciel approprié, ce qui amène à la retransmission d'un son. L'option inverse amènerait à une solution absurde. En l'appliquant par analogie à une déclaration écrite, celle-ci n'aurait pas non plus de sens, car une personne ne sachant pas lire ou ne parlant pas la langue utilisée dans le document ne la comprendrait pas. Pour ces raisons, un enregistrement doit être traité comme une déclaration orale.

[445] Voir *supra* 70 et 276.

débattue dans la doctrine[446], mais la CIJ semble pencher vers la possibilité d'être lié par les dispositions d'un traité (lequel pourrait éventuellement contenir une clause d'acceptation d'une juridiction donnée) par actes concluants. Dans l'affaire du *Plateau continental de la mer du Nord*, la Cour s'exprime en ces termes au sujet du caractère obligatoire d'une convention non ratifiée, mais néanmoins respectée :

> *la Cour est d'avis que seule l'existence d'une situation d'estoppel pourrait étayer pareille thèse : il faudrait que la République fédérale ne puisse plus contester l'applicabilité du régime conventionnel, en raison d'un comportement, de déclarations, etc., qui n'auraient pas seulement attesté d'une manière claire et constante son acceptation de ce régime mais auraient également amené le Danemark ou les Pays-Bas, se fondant sur cette attitude, à modifier leur position à leur détriment ou à subir un préjudice quelconque.*[447]

Le caractère obligatoire de la convention non ratifiée par la République fédérale d'Allemagne n'est, en l'occurrence, pas retenu, mais si les conditions énoncées par la CIJ sont remplies, il est envisageable d'appliquer le régime conventionnel à l'État concerné. Partant, quand bien même les critères sont particulièrement restrictifs, rien ne s'oppose théoriquement au don du consentement implicite par *estoppel* lorsque ce don est inclus dans un traité.

Seconde catégorie, le *forum prorogatum* consiste en l'acceptation par un État de la compétence d'une juridiction après que celle-ci est saisie. Il ne s'agit plus d'un consentement donné hors du cadre juridictionnel, mais bien *à travers* une juridiction donnée. S'il peut avoir lieu de manière tout à fait explicite[448], rejoignant les développements sur le consentement écrit ci-dessus, le *forum prorogatum* peut aussi être tacite ou implicite. Dans ce cas, la compétence de la Cour n'est pas fondée sur un acte explicite de don du consentement, mais sur l'absence de contestation de sa compétence. Dans l'affaire de l'*Interprétation de l'arrêt No 3*, la Cour permanente de Justice internationale interprète l'action de la Bulgarie, qui plaide sur le fond sans soulever d'objection relative à son manque de consentement, comme don du consentement de la part de cet État :

> *Attendu que l'Agent du Gouvernement bulgare a formulé, dans sa lettre du 30 décembre 1924, des observations concernant la demande d'interprétation du Gouvernement hellénique, sans exciper de l'incompétence de la Cour pour donner pareille interprétation ; que,*

---

[446] Pour un passage en revue des auteurs à ce sujet, voir SZUREK S., *Article 11* in *Les Conventions de Vienne sur le droit des traités, Commentaire article par article* [CORTEN Olivier/KLEIN Pierre ed.], Tome I, Bruylant, Bruxelles, 2006, 321-325.

[447] *Plateau continental de la mer du Nord (République fédérale d'Allemagne/Danemark, République fédérale d'Allemagne/Pays-Bas)*, Arrêt, CIJ Recueil 1969, 3, para 30.

[448] Voir par exemple *Entraide judiciaire en matière pénale*, *supra* note 232.

> *par conséquent, sa compétence pour la formuler résulte déjà de l'accord des Parties, et qu'ainsi il n'y a pas lieu pour elle d'examiner en l'espèce si, dans l'absence de contestation formelle entre les Parties au sujet de l'interprétation de l'arrêt du 12 septembre 1924, la compétence nécessaire aurait pu exister sur la base exclusive de la demande unilatérale adressée à la Cour de la part du Gouvernement hellénique.*[449]

Cette approche est par la suite développée dans divers cas.[450]

Un État procédant au fond dans ce type de cas, sans contester la compétence de la Cour suffit à établir le consentement à celle-ci. Le cas ne s'est pour l'heure pas présenté auprès du TIDM, mais pour les cas dans lesquels le Tribunal n'a pas une compétence obligatoire[451], il est légitime de penser que les mêmes règles s'appliquent.[452]

Au regard des situations mentionnées, force est de reconnaître que l'expression du consentement ne se limite pas à une forme écrite ou même orale, mais est au contraire difficilement catégorisable. Le pragmatisme pousse les juridictions à être aussi tolérantes que possible sur le sujet.[453] À l'exception des situations dans lesquelles une forme est expressément requise, la juridiction se fonde avant tout sur les indices concrets de consentement plutôt que sur des considérations purement formelles.

Section II La notification du consentement

Comme démontré ci-dessus, la forme à proprement parler n'est pas un élément primordial lors du don du consentement dans divers cas. Cela étant, une considération quelque peu connexe s'ajoute à cela, soit la nécessité de transmettre le don du consentement à une autorité donnée. Cette section présente brièvement les situations dans lesquelles il existe une telle obligation, permettant de développer sur les conséquences d'un manquement à celle-ci.

---

[449] *Interprétation de l'arrêt No 3*, *supra* note 231, 5-7.

[450] Voir *infra* 277.

[451] Un exemple de cette situation serait celle d'un État n'ayant pas fait de déclaration selon l'article 287 §1 CNUDM. Si un autre État entame une action devant le TIDM, celui-ci ne serait, sur le principe, pas compétent. En l'absence de contestation de l'État défendeur, il est toutefois envisageable que le Tribunal applique le principe du *forum prorogatum* sur la base d'une forme d'accord selon l'article 287 §4 et 5 CNUDM. Sur le principe du *forum prorogatum* devant le TIDM, voir l'article 54 §5 du Règlement du TIDM ainsi que WOLFRUM R., *The Settlement of Disputes Before the International Tribunal for the Law of the Sea : A Progressive Development of International Law or Relying on Traditional Mechanisms?* in *Japanese Yearbook of International Law*, Vol. 58/2008, 140-163, 148.

[452] La similarité d'approches est notamment justifiée par le fait que l'article 54 §5 du Règlement du TIDM consacre la même règle concernant le *forum prorogatum* que l'article 38 §5 du Règlement de la CIJ.

[453] Pour des exemples de ce pragmatisme, voir *infra* note 455.

Cela contribue à déterminer les caractéristiques formelles du don du consentement.

De manière transversale, la question se pose en lien avec l'obligation contenue à l'article 102 §1 de la Charte des Nations Unies. Celui-ci exige :

> *Tout traité ou accord international conclu par un Membre des Nations Unies après l'entrée en vigueur de la présente Charte sera, le plus tôt possible, enregistré au Secrétariat et publié par lui.*

Le paragraphe suivant précise les conséquences d'un non-respect de cette obligation :

> *Aucune partie à un traité ou accord international qui n'aura pas été enregistré conformément aux dispositions du par. 1 du présent article ne pourra invoquer ledit traité ou accord devant un organe de l'Organisation.*

L'enregistrement n'est pas constitutif du traité[454], et ne peut déboucher sur son inexistence ou son invalidité. Il s'agit uniquement d'une question d'invocabilité du traité pour l'une des parties. Procéduralement parlant, un État peut se voir refuser l'invocation d'un traité contenant un don du consentement devant la CIJ. Son statut d'organe juridictionnel de l'ONU la soumet à cette exception de la Charte.

Cependant, même concernant la CIJ, cette règle doit être largement nuancée sur trois aspects. D'une part, la Cour devrait adopter une approche flexible[455] quant à la date d'enregistrement auprès du Secrétaire général de l'ONU. Le cas ne s'est pas encore présenté, mais en application du principe d'économie de procédure[456], il est peu vraisemblable que la CIJ se déclare incompétente. La

---

[454] *Délimitation maritime et questions territoriales entre Qatar et Bahreïn (Qatar c. Bahreïn)*, Compétence et recevabilité, Arrêt, CIJ Recueil 1994, 112, para 29.

[455] L'absence de formalisme est particulièrement criante dans la jurisprudence. La CPJI l'exprime à travers l'*Affaire des concessions Mavrommatis*, où la CPJI se déclare compétente sur la base d'un traité pas encore entré en force, justifiant que « même si l'introduction avait été prématurée, parce que le Traité de Lausanne n'étant pas encore ratifié, ce fait aurait été couvert par le dépôt ultérieur des ratifications requises », *Mavrommatis*, Exception d'incompétence, *supra* note 4, 34. La CIJ, quant à elle, en fait preuve dans l'affaire du *Détroit de Corfou*. A cette occasion, elle accepte un changement de la base de sa compétence entre son arrêt sur l'exception préliminaire et son arrêt au fond, *Détroit de Corfou*, Exception préliminaire, *supra* note 69, 27 ; *Détroit de Corfou (Royaume-Uni c. Albanie)*, Arrêt, CIJ Recueil 1949, 4, 6-7.

[456] Le principe d'économie de procédure est ici compris au sens large. La faculté de ne pas débattre de certains arguments d'une partie en raison d'un problème plus fondamental l'excluant (tel qu'appliqué par l'OMC ou le CIRDI) n'est qu'un pan de ce principe. Il est plutôt compris dans le sens retenu par PALOMBINO : `*In international adjudication, the principle of judicial economy requires the judge to obtain the best result in the management of a controversy with the most rational and efficient use possible of his or her powers,*' PALOMBINO, *supra* note 71, 909. Pour la jurisprudence relative à l'OMC, voir par exemple Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis — Mesure affectant les importations de chemises, chemisiers et blouses, de laine, tissés en provenance d'Inde*, WT/DS33/AB/R, adopté le 23 mai 1997, et Corr.1, para 323 et Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis — Imposition de droits*

partie demanderesse pourrait enregistrer immédiatement le traité et réintroduire l'affaire. S'agissant d'un vice formel guérissable, la Cour devrait accepter qu'il y soit remédié dans le courant de la procédure. C'est la problématique qui se pose actuellement dans l'affaire pendante devant elle *Inde c. Pakistan*. En l'espèce, l'Inde invoque l'absence d'enregistrement d'un traité sur lequel le Pakistan fonde son argumentation. En réponse, le Pakistan procède à l'enregistrement auprès du Secrétaire général des Nations Unies en date du 17 mai 2017, neuf jours après l'introduction de l'affaire.

Une jurisprudence récente peut toutefois jeter un doute sur la manière donc la Cour traitera l'affaire. Dans l'affaire des *Îles Marshall c. Inde/Pakistan/Royaume-Uni*, la Cour se déclare incompétente sur la base de l'absence de « différend », malgré le fait que le défaut aurait pu être réparé en cours de procédure. Le différend pourrait même être présumé en raison de la présence devant la CIJ de parties invoquant des arguments opposés. Le principe d'économie de procédure dicterait que la Cour se déclare compétente plutôt que d'imposer aux îles Marshall de réintroduire immédiatement une procédure si elles le souhaitent.[457] Pour ces raisons, même s'il est relativement logique que la Cour se déclare compétente et accepte un don du consentement qui n'est pas encore notifié au moment de la saisine, une surprise n'est pas à exclure.

La seconde nuance à apporter concerne la marge de manœuvre de la Cour en l'absence totale d'enregistrement d'un accord comportant une clause du consentement. Là encore, la Cour fait peu de cas de cette absence. Comme le résume HUTCHINSON :

> *Both the political organs of the United Nations and its principal judicial organ, the International Court of justice, have shown little or no inclination to ascertain whether or not an agreement has been registered with the Secretariat before permitting it to be invoked in proceedings before them.*[458]

Dans les faits, la CIJ se permet d'utiliser des accords non enregistrés invoqués par les parties. À titre d'exemple, dans l'affaire de la *Mer Égée* la Cour

compensateurs sur certains produits en acier au carbone, plomb et bismuth laminés à chaud originaires du Royaume-Uni, WT/DS138/AB/R, adopté le 7 juin 2000, para 71. Pour la jurisprudence relative au CIRDI, voir par exemple *M.C.I. Power Group L.C. and New Turbine Inc. v. Republic of Ecuador*, ICSID Case No ARB/03/6, Decision on Annulment, October 19th 2009, para 67 et *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A., and Vivendi Universal S.A. v. The Argentine Republic*, ICSID Case No ARB/03/19, Award, April 9th 2015, para 57.

[457] *Obligations relatives à des négociations concernant la cessation de la course aux armes nucléaires et le désarmement nucléaire (Iles Marshall c. Inde)*, Compétence et recevabilité, Arrêt, CIJ Recueil 2016, 255, para 25-55.

[458] HUTCHINSON D. N., *The Significance of the Registration or Non-Registration of an International Agreement in Determining whether or not it is a Treaty* in *Current Legal Problems*, Vol. 46/1993, 257-290, 279.

se penche sur le communiqué joint, malgré son absence d'enregistrement.[459] De même, dans l'affaire *Qatar c. Bahreïn*, la CIJ développe sur les principes de l'article 102 §2 de la Charte des Nations Unies, mais se penche néanmoins sur les lettres non enregistrées de 1987, considérées comme un traité.[460] Un autre cas plus ancien atteste également du manque d'empressement de la CIJ pour appliquer cet article. Dans l'affaire du *Droit d'asile*, la Colombie et le Pérou soumettent un litige à la Cour sur la base d'un accord non enregistré.[461] SHIHATA suggère une explication à la légèreté de la Cour sur la question, en remarquant que les traités non enregistrés en question ne sont pas des accords secrets.[462] Or, la *ratio legis* de l'article 102 est justement d'éviter de tels accords.[463] L'absence d'enregistrement ne posant pas de problème concret dans ce cas, et l'esprit (à défaut de la lettre) de l'article 102 restant respecté, la CIJ ne tombe pas dans un formalisme excessif. L'absence totale d'enregistrement d'un traité n'est pas un problème en soi, et comme AUST le remarque, faisant appel à SHAKESPEARE :

> *The sanction in Article 102(2) would appear from the practice of principal organs of the United Nations to be more honoured in the breach than the observance.*[464]

Enfin, il est utile de préciser que seules les parties sont théoriquement empêchées d'invoquer un traité donné. La CIJ peut, d'elle-même, soulever un problème de compétence. Suivant le principe *iura novit curia*[465], les juges peuvent (et doivent même) se charger de l'application des règles de droit pertinentes, qu'elles soient invoquées ou non par les parties. En conséquence, la CIJ doit examiner un traité comportant un don du consentement, quelle que soit la situation quant à l'enregistrement dudit accord. Cette approche a pour effet de rendre inutile l'article 102 §2 devant la Cour.[466] De manière générale, l'enregistrement d'un accord n'est donc pas constitutif du don du consentement.

---

[459] *Plateau continental de la mer Égée*, Compétence de la Cour, *supra* note 440, para 94-96.

[460] *Qatar c. Bahreïn*, Compétence et recevabilité (1994), *supra* note 454, para 17-29.

[461] La compétence de la Cour est fondée sur l'Acte de Lima, lequel n'apparaît pas au Recueil des traités de l'ONU. *Droit d'asile (Colombie c. Pérou)*, Arrêt, CIJ Recueil 1950, 266, 267-268.

[462] SHIHATA, *supra* note 80, 99.

[463] MARTENS E., *Article 102* in *The Charter of The United Nations: A Commentary* [SIMMA Bruno/KHAN Daniel-Erasmus/NOLTE Georg/PAULUS Andreas/WESSENDORF Nikolai ed.], 3rd ed., Vol. 2, Oxford, Oxford University Press, 2012, 2089-2109, 2091-2093.

[464] AUST A., *Modern Treaty Law in Practice*, 3rd ed., Cambridge, Cambridge University Press, 2013, 303.

[465] Concernant l'applicabilité de ce principe devant la CIJ, voir VON MANGOLDT H. & ZIMMERMANN A., *Article 53* in *The Statute of the International Court of Justice : A Commentary* [ZIMMERMANN Andreas/TOMUSCHAT Christian/OELLERS-FRAHMS Karin/TAMS Chrisitan J. ed.], 2nd ed., Oxford, Oxford University Press, 2012, 1324-1354, 1346.

[466] À noter que cela ne rendrait pas l'article inutile de manière générale. D'autres organes onusiens n'ayant pas un tel pouvoir de cognition pourraient toujours avoir recours à l'article 102 §2.

S'agissant vers les engagements unilatéraux, quelques spécificités peuvent être mentionnées. À titre préalable, il est important de souligner que la pratique assimile les actes unilatéraux aux « accords internationaux » de l'article 102 §2.[467] Sur le principe, les dons du consentement à la CIJ selon la clause facultative de compétence obligatoire[468] obéissent donc aux mêmes règles que celles mentionnées plus haut concernant les accords multilatéraux.

Cela étant, une spécificité des déclarations faites en vertu de l'article 36 §2 du Statut de la CIJ mérite d'être mentionnée, soit la présence d'une exigence additionnelle spécifique. À teneur de l'article 36 §4 du même instrument :

> *Ces déclarations seront remises au Secrétaire général des Nations Unies qui en transmettra copie aux parties au présent Statut ainsi qu'au Greffier de la Cour.*

Il ne s'agit ici pas d'une exigence aussi faible que celle mentionnée précédemment, mais bien d'une injonction directe. Conséquence de cette obligation supplémentaire, les dons du consentement faits en vertu de l'article 36 §2 ne sont considérés comme effectifs qu'à partir du moment où ils sont déposés entre les mains du Secrétaire général des Nations Unies : « le retrait [d'une déclaration d'acceptation de la compétence obligatoire] met fin à des liens consensuels existants alors que la remise établit de tels liens »[469].

Un cas spécifique, ayant peu de chances de se reproduire, permet de mettre en lumière l'importance de ce dépôt. Dans l'affaire *Nicaragua*, la compétence de la CIJ est contestée par les États-Unis en raison de l'absence technique de dépôt de déclaration par le Nicaragua. Une ratification a bel et bien été envoyée, mais elle n'est jamais parvenue au Secrétaire général.[470] L'Annuaire de la CIJ indiquant de manière continue que la déclaration a été déposée, la Cour retient finalement que la bonne foi exige de traiter cette affaire de manière particulière. C'est justement ce traitement particulier d'une « situation exceptionnelle »[471]

---

[467] NATIONS UNIES, *Répertoire de la pratique des organes des Nations Unies (1945–1954)*, Vol. 5, 306 ; NATIONS UNIES, *Répertoire de la pratique des organes des Nations Unies, Supplément No 2 (1955–1959)*, Vol. 3, 590.

[468] Article 36 §2 du Statut de la CIJ.

[469] *Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria (Cameroun c. Nigéria)*, Exceptions préliminaires, Arrêt, CIJ Recueil 1998, 275, para 34. Voir également : « [La Cour] estime que, par le dépôt de sa déclaration d'acceptation entre les mains du Secrétaire général, l'État acceptant devient Partie au système de la disposition facultative à l'égard de tous autres États déclarants, avec tous les droits et obligations qui découlent de l'article 36. Le rapport contractuel entre les Parties et la juridiction obligatoire de la Cour qui en découle sont établis "de plein droit et sans convention spéciale" du fait du dépôt de la déclaration. », *Droit de passage sur territoire indien (Portugal c. Inde)*, Exceptions préliminaires, Arrêt, CIJ Recueil 1957, 125, 146.

[470] *Nicaragua*, Compétence et recevabilité, *supra* note 350, para 16. Une particularité rend cette affaire unique, en ce que le Nicaragua argue de la validité de sa déclaration d'acceptation transmise sous l'empire de la SdN, respectivement de la CPJI, par le biais de l'article 36 §5 du Statut de la CIJ.

[471] *Ibid.*, para 47.

qui mène la Cour à conclure qu'elle est compétente. Ce long raisonnement prouve également, si besoin était, que le dépôt de la déclaration est effectivement une obligation constitutive de sa compétence. Si ce n'était pas le cas, elle n'aurait tout simplement pas eu à se préoccuper outre mesure de ce problème. Il s'agit ici d'une expression du principe *exceptio probat regulam in casibus non exceptis*, l'exception confirme la règle dans les cas non exceptionnels.

Le CIRDI envisage également une situation de notification par ses États-membres, mais adopte une tout autre approche. L'article 25 de son instrument constitutif indique :

> *Tout État contractant peut, lors de sa ratification, de son acceptation ou de son approbation de la Convention ou à toute date ultérieure, faire connaître au Centre la ou les catégories de différends qu'il considérerait comme pouvant être soumis ou non à la compétence du Centre.*

Il s'agit également d'une forme de déclaration facultative, de la même manière que celles faites en vertu de l'article 36 §2 du Statut de la CIJ. Cependant, une distinction majeure se trouve à la dernière phrase de cet article :

> *Ladite notification ne constitue pas le consentement requis aux termes de l'alinéa (1).*

Les rédacteurs de la Convention CIRDI prennent la peine de souligner qu'il ne s'agit pas d'un régime de don du consentement comme c'est le cas pour la CIJ. En conséquence, il est possible d'avoir une notification selon l'article 25 §4 CIRDI qui soit plus restrictive ou plus large que le don effectif du consentement de l'État.[472] Il n'existe donc pas d'exigence de notification pour fonder la compétence du Centre.[473]

La CNUDM dispose également d'un mécanisme de notification pour certains pans de la compétence de ses juridictions. Une spécificité de ce Tribunal touche à l'hétérogénéité de ses sources de compétence, la Convention des Nations unies sur le droit de la mer, dans sa partie XV, prévoyant un système bien particulier de règlement des différends. Dans une large mesure, ce système est basé sur des déclarations unilatérales faites en vertu des articles 287 et 298 de la Convention des Nations unies sur le droit de la mer et ses articles, et par lesquelles les États parties désignent un ou plusieurs cours ou tribunaux qui sont habilités à juger des cas les impliquant. Ce choix entre en compte lorsque

[472] SCHREUER, MALINTOPPI, REINISCH & SINCLAIR, *supra* note 30, 345.
[473] *Ibid.*, 191.

deux États entament dans un processus de règlement des différends juridictionnel. La priorité est donnée au choix des parties au litige, dans l'hypothèse dans laquelle leurs déclarations énoncent un ou plusieurs cours ou tribunaux communs. La notification du consentement à être attrait devant une juridiction donnée est donc constitutive de sa compétence.

À teneur des articles 287 §8 et 298 § 6, ces déclarations doivent être déposées auprès du Secrétaire général des Nations Unies. Les juridictions liées à la CNUDM n'ont pas eu l'occasion de se prononcer sur la sanction pour défaut de notification. La Convention ménage par ailleurs une possibilité d'accord subséquent permettant aux parties de choisir, d'un commun accord, le forum de règlement du différend.[474]

Enfin, comme mentionné précédemment, la Commission européenne des droits de l'homme, ancêtre de la CEDH est également soumise un temps au système de notification des dons du consentement unilatéraux. Étant initialement une juridiction facultative[475] au sein de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et libertés fondamentales, la Commission tire sa compétence des déclarations faites par les États. À teneur de l'ancien article 24 §3, celles-ci doivent être déposées auprès du Secrétaire général du Conseil de l'Europe. À nouveau, à teneur du texte, c'est bel et bien le dépôt qui est constitutif de la compétence de la Commission. Il n'existe toutefois pas de jurisprudence discutant plus en profondeur de la question, et ce système n'est plus en vigueur.

En guise de conclusion, il est possible de constater que la notification suit des règles variées en fonction des tribunaux internationaux examinés. Selon la Charte ONU, il existe une obligation positive d'enregistrer les accords internationaux comportant un don du consentement au Secrétariat des Nations Unies. Comme expliqué, « accord international » doit être lu au sens large, et couvre également les déclarations unilatérales. Cependant, cet article n'est pas une condition nécessaire à la validité de l'acte en question. La communication n'est pas constitutive du don du consentement. Dans un contexte multilatéral, le seul cas dans lequel un éventuel problème peut survenir concerne la CIJ. L'accord ne pourrait théoriquement pas être invoqué par les parties, mais la Cour fait peu de cas de cet article. S'agissant de la règle générale, il n'y a donc pas réellement d'impact de l'enregistrement ou non du don du consentement. Il existe toutefois des règles spécifiques aux différentes juridictions

[474] Article 287 §7 de la CNUDM.

[475] Le consentement concernant les litiges interétatiques est, lui, donné dès le départ à la Commission par la simple ratification de la Convention (ancien article 24). La compétence de la Cour, en revanche, dépend uniquement de déclarations unilatérales.

internationales. Celles-ci concernent principalement les notifications unilatérales, et l'absence de communication dans le cas de la CIJ ou de la CNUDM (de même que la Commission européenne des droits de l'homme sous l'empire de l'ancien système) peut amener la juridiction concernée à refuser d'exercer sa compétence. La jurisprudence sur le sujet est limitée, mais la sensibilité politique de l'affaire *Nicaragua* souligne qu'elle n'est pas dénuée d'importance. L'affaire met également en évidence le peu de formalisme de la CIJ sur le sujet.[476] Cette absence de formalisme est compréhensible lorsque les deux États sont d'accord sur le principe de soumettre une affaire à une juridiction internationale. Elle est plus surprenante lorsque la compétence même de la Cour est remise en question, et souligne les limites du caractère ascendant du consentement. Une obligation pourtant claire dans le texte est volontiers atténuée pour permettre aux juges de s'exprimer dans cette affaire. On touche peut-être ici à l'une de ces expressions du concept de justice, inséparable de la notion de consentement.

[476] Voir également les exemples donnés ci-dessus, voir *supra* note 455.

Conclusion de la première partie

Cette partie ambitionne de répondre à la question « qu'est-ce que le consentement étatique à la compétence ? ». Tout en ayant apporté divers éléments de réponse, bon nombre d'interrogations ou de points sur lesquels il n'existe pas de réponses claires sont également mis en évidence.

Du point de vue historique tout d'abord, le consentement à la compétence tel qu'actuellement conçu est le résultat de millénaires d'évolution. Depuis la Grèce archaïque jusqu'à maintenant, en passant par le Moyen Âge, la notion évolue dans différentes directions. Une tendance principale pouvant être identifiée est la recherche constante d'effectivité. Partant d'accords d'arbitrage très symboliques, la situation change de manière à permettre des arbitrages malgré le défaut de l'une des parties, tant le don du consentement est un engagement concret. Le don du consentement n'est pas une simple obligation politique, mais bien un acte juridique portant à conséquence.

L'étude de l'histoire du don du consentement souligne également l'existence de modèles alternatifs de résolution juridictionnelle des litiges internationaux. L'exemple du modèle d'arbitrage papal représente un changement de paradigme, dans lequel le don du consentement n'est plus indispensable. Cet encart à la vision traditionnelle des juridictions internationales démontre l'absence de déterminisme dans le développement de celles-ci.

L'épistémologie du consentement permet de voir combien la philosophie du droit international met le consentement des États au centre de ses préoccupations. L'étude des différents théoriciens politiques montre l'évolution ayant lieu sur la question. C'est bien à partir de la fin du Moyen Âge que les modes juridictionnels de règlement des différends ne passant pas par le consentement disparaissent. C'est également à ce moment-là que le développement du positivisme juridique prend place. Le recentrage sur l'individu au sein de la société s'accompagne de la redéfinition westphalienne des relations internationales. L'État devient une entité souveraine titulaire de droits essentiels à son statut. Dès lors, la soumission à une entité supérieure est remplacée par une approche consensuelle, contractualiste.

On remarque néanmoins une tendance à aller chercher dans des concepts plus transcendants certaines exceptions au caractère ascendant pur. Le juge s'affranchit du cadre fixé par l'État dans certains domaines. Cette constatation permet d'affirmer que le juge est poussé, dans la marge de manœuvre qui lui est laissée, par des considérations de justice. Celles-ci relèvent plus d'une démarche descendante qu'ascendante. La liberté d'action du juge, lequel prend parfois des décisions allant plus loin que le pouvoir explicitement donné par l'État, est également représentative de l'interaction entre la souveraineté et la

fonction judiciaire. Il est possible d'arguer, à choix, que la juridiction internationale n'est qu'une émanation de la souveraineté, qui reste au sein du giron étatique, ou qu'au contraire, la souveraineté est cédée au tribunal par le don du consentement. La seconde option est ici retenue, car elle permet une meilleure appréhension du phénomène concret. Cette théorie est également en adéquation avec l'approche choisie concernant la différence entre don du consentement et consentement effectif. C'est bien la perte d'un pouvoir, découlant de la naissance d'une obligation de respecter le jugement tel qu'émis qui représente l'instant du don du consentement. À noter que cette perte de pouvoir ne reste qu'une potentialité jusqu'à une éventuelle saisine. Il est tout à fait possible qu'un État retire légitimement sa déclaration de don du consentement fait en vertu de l'article 36 §2 du Statut de la CIJ, par exemple.[477] La différence est que l'État doit, en amont, *agir pour empêcher* que la cour ou le tribunal soit compétent, tandis qu'il doit *agir pour octroyer* la compétence dans l'autre situation. La première correspond à un don du consentement, là où la seconde n'est qu'une obligation de le faire.

S'agissant du formalisme, le don du consentement à la compétence doit être vu comme un acte plutôt qu'un document. Cet acte consiste en un transfert de pouvoir, une forme de dévolution de compétence. Par cet acte, un État cède une parcelle de son pouvoir à une juridiction internationale. C'est bien la perte du pouvoir de refuser de se soumettre à une juridiction qui caractérise le don du consentement. L'acte est celui par lequel l'État franchit une étape ne lui permettant pas de revenir en arrière lors du lancement du processus juridictionnel. À moins d'une règle spécifique exigeant une forme, le don du consentement peut se passer de manière relativement informelle. Malgré une disposition comme l'article 102 de la Charte ONU, il peut arriver que les juridictions n'en tiennent pas compte, pour s'affranchir de tout formalisme. L'exigence porte davantage sur le contenu du don du consentement que la manière dont il s'exprime. En cela, les cours et tribunaux adoptent, volontairement ou non, une solution évolutive. Cela permet de prendre en compte l'évolution technologique, et de voir peut-être apparaître dans le futur des dons du consentement par enregistrement audio ou vidéo.

À travers cette partie, une conclusion centrale se dégage. Le consentement à la compétence tel que compris actuellement n'est que l'une des branches d'un arbre des possibles. L'absence de déterminisme développée ci-dessus met en avant le fait que le paradigme actuel n'est pas une fatalité. L'existence de modèles alternatifs et d'options variés dans la philosophie politique offre une multitude d'options, à façonner selon le monde que les acteurs du système souhaitent.

[477] Sur les questions de temporalité des retraits, voir *infra* 229.

Deuxième partie : L'impact du consentement sur la compétence

Introduction

Let us think the unthinkable, let us do the undoable, let us prepare to grapple with the ineffable itself, and see if we may not eff it after all.[478]

Dans la partie précédente, le consentement est réfléchi à travers sa définition. Lorsqu'une juridiction mentionne le terme, à quoi fait-elle précisément référence ? Pour y répondre, l'adoption d'une démarche large, réunissant l'histoire et la philosophie, est nécessaire. À travers ceci, la notion et sa conception contemporaine peuvent être appréhendées. Découlant d'une approche externe, cette définition est avant tout liée aux fondements du système du consentement.

Dans la présente partie et la suivante, il convient désormais de se tourner vers l'approche interne. L'objet n'est plus ici de remettre en cause les raisons expliquant le paradigme du consentement prévalant en droit international. Au contraire, cet axiome accepté, c'est la manière dont le consentement est traité par les juridictions qui est au centre de la réflexion. À quelles règles répond-il ? Comment est-il appliqué ? Les États en disposent-ils de manière absolue ? Le besoin de prévisibilité juridique exige une clarification de certaines règles. Par ailleurs, les différentes réponses obtenues dans cette partie posent les fondations de problématiques abordées dans la prochaine.

Pour commencer à répondre à ces questions, cette partie se penche en particulier sur l'interaction entre le consentement et la compétence des juridictions. La CPJI l'établit tôt dans sa jurisprudence, le consentement est la base de la compétence :

> *Il est bien établi en droit international qu'aucun État ne saurait être obligé de soumettre ses différends avec les autres États soit à la médiation, soit à l'arbitrage, soit enfin à n'importe quel procédé de solution pacifique, sans son consentement. Ce consentement peut être donné une fois pour toutes sous la forme d'une obligation librement*

[478] ADAMS D., *Dirk Gently's Holistic Detective Agency*, Croydon, Pan Books, 2012, 172.

> *acceptée ; il peut, par contre, être donné dans un cas déterminé, en dehors de toute obligation préexistante*[479]

Cela étant, la relation entre les deux notions n'est pas aussi évidente qu'elle n'y paraît. Dans cette partie, l'interaction est analysée sous deux principaux angles. D'une part, la recherche porte sur la nature préliminaire de l'examen du consentement, et, d'autre part, sur les limites pour les États de la libre disposition de leur consentement.

Concernant la première partie, la réflexion touche avant tout à la manière dont le consentement s'articule avec l'examen d'exceptions préliminaires par une juridiction. La distinction entre la compétence (*jurisdiction*) et la recevabilité (*admissibility*) est en particulier analysée, pour souligner l'étendue réelle du don du consentement. Après avoir proposé une règle générale permettant de distinguer les deux notions, une analyse casuistique est présentée. Dans celle-ci, l'analyse prend la forme d'une classification de certaines des conditions apposées au consentement et régulièrement invoquées devant les juridictions internationales. Ceci permet notamment de comprendre les modalités de l'interaction entre le consentement et la compétence, leur point de contact et son étendue.

La seconde section de cette partie se situe d'une certaine manière en aval de la première. Après avoir classé certaines conditions préalables à la compétence dans le premier chapitre, les limites posées à la libre disposition du consentement par un État sont passées en revue. En d'autres termes, ce n'est plus la *nature* des conditions posées à l'exercice juridictionnel qui sont examinées, mais les *limites* dans lesquelles les États peuvent moduler celui-ci. Ainsi, dans un premier temps, l'étude porte sur les différentes compétences exercées par les juridictions. Lors du don du consentement, les États ne transfèrent pas uniquement le pouvoir de juger au fond, mais pléthore d'autres pouvoirs accessoires. Dans ce cadre, il est utile d'analyser l'étendue de cette transmission de pouvoirs à travers la notion de compétence implicite, et dans quelle mesure les États peuvent volontairement priver les juridictions de ces compétences. Cette étude redéfinit également la notion de compétence inhérente. Dans la seconde section, c'est les limitations usuelles à la compétence qui sont examinées. En particulier, deux types fréquemment rencontrés sont passés en revue, les limitations *ratione materiae* et *ratione temporis*. Pour celles-ci, cette recherche identifie dans quelle mesure les États peuvent ou ne peuvent pas définir librement l'objet du litige. Doivent-ils donner un consentement en bloc, ou peuvent-ils définir à leur guise, de manière précise ? Quels domaines ou quelles époques peuvent être exclus ? La réponse à ces questions passe par une définition du cadre standard du consentement à la compétence, pour ensuite

[479] *Statut de la Carélie orientale*, Avis consultatif, CPJI, Série B, No 5, 1923, 27.

analyser les exceptions que les États peuvent chercher à y apporter, à travers diverses juridictions.

À travers ces développements, une esquisse est offerte de la manière dont le consentement à la compétence s'infiltre dans tous les aspects relatifs à la compétence. Qu'il s'agisse de la notion de *porte d'entrée* que représente la compétence ou des limites apposées à cette dernière, l'interaction entre le consentement et la compétence est un problème ayant de multiples facettes qui sont ici explorées.

Chapitre 1er : La nature préliminaire du consentement : une porte d'accès à la juridiction

Then he looked at the door. It really was very solid, and the lock had a smug air.[480]

Pour explorer l'interaction entre le consentement et la compétence, ce chapitre se penche en particulier sur le degré auquel d'éventuelles conditions préalables posées par les États peuvent ou non priver la juridiction de sa compétence. En d'autres termes, c'est l'accès à la juridiction à travers sa compétence qui est analysé.

En pratique, l'analyse du consentement et de ses conditions préalables intervient de manière préliminaire. En cela, elle est préalable à l'examen au fond.[481] Cela n'est toutefois pas à dire que cette analyse doit nécessairement avoir lieu, ni qu'elle doit avoir lieu dans un arrêt distinct du fond. La jurisprudence des différents tribunaux est riche d'exemples dans lesquels la juridiction concernée soit ne ressent pas le besoin d'étudier dans son arrêt si un consentement est donné[482], soit procède à son analyse dans une décision traitant

[480] PRATCHETT T., *The Light Fantastic*, Croydon, Corgi Books, 2012, 245.

[481] ABI-SAAB, *Les exceptions préliminaires*, *supra* note 12, 13. À noter qu'en l'absence d'analyse de la compétence elle-même, celle-ci reste possible dans la suite de la procédure, *Écoles minoritaires*, *supra* note 231, 22 ; *Appel concernant la compétence du Conseil de l'OACI (Inde c. Pakistan)*, Arrêt, CIJ Recueil 1972, 46, para 13. Néanmoins, de manière pratique, le consentement fondant la compétence, c'est logiquement la première étape de l'analyse des juridictions.

[482] Quelques exemples à travers le temps, dans lesquels la juridiction ne discute pas du don du consentement au-delà d'une éventuelle brève mention de la source de compétence : *Affaire de l'interprétation du paragraphe 4 de l'annexe suivant l'article 179 du Traité de Neuilly*, Interprétation, Arrêt, CPJI, Série A, No 3, 1924 ; *Statut juridique du Groënland oriental*, Arrêt, CPJI, Série A/B, No 53, 1933 ; *Affaire des phares en Crète et à Samos*, Arrêt, CPJI, Série A/B, No 71, 1937 ; *Droit d'asile*, *supra* note 461 ; *Minquiers et Ecréhous (France/Royaume-Uni)*, Arrêt, CIJ Recueil 1953, 47 ; *Application de la Convention de 1902 pour régler la tutelle des mineurs (Pays-Bas c. Suède)*, Arrêt, CIJ Recueil 1958, 55 ; *Plateau continental de la mer du Nord*, *supra* note 447 ; *Différend frontalier (Burkina Faso c. République du Mali)*, Arrêt, CIJ Recueil 1986, 554 ; *Délimitation maritime dans la région située entre le Groenland et Jan Mayen (Danemark c. Norvège)*, Arrêt, CIJ Recueil 1993, 38 ; *Île de Kasikili/Sedudu (Botswana/Namibie)*, Arrêt, CIJ Recueil 1999, 1045 ; *Différend frontalier (Bénin/Niger)*, Arrêt, CIJ Recueil 2005, 90 ; *Différend frontalier (Burkina Faso/Niger)*, Arrêt, CIJ Recueil 2013, 44. À noter que dans l'application de la CNUDM, le TIDM et la CPA adoptent une pratique les amenant à établir d'office, même succinctement, qu'un consentement leur a été donné : *Navire « SAIGA » (No. 2) (Saint-Vincent-et-les Grenadines c. Guinée)*, Arrêt, TIDM Recueil 1999, 7, para 40 ; *« Camouco » (Panama c. France)*, Prompte mainlevée, Arrêt, TIDM Recueil 2000, 10, para 44-47 ; *« Grand Prince » (Belize c. France)*, Prompte mainlevée, Arrêt, TIDM Recueil 2001, 17, para 77-79 ; *Délimitation de la frontière maritime dans l'océan Atlantique (Ghana c. Côte d'Ivoire)*, Mesures conservatoires, Ordonnance du 25 avril 2015, TIDM Recueil 2015, 146, para 76 ; *The South China Sea Arbitration*, *supra* note 87, para 123. Concernant la CPA, il est toutefois difficile de tirer une règle générale de ce dernier cas, en raison du défaut de la Chine.

également du fond.[483] Cela étant, lorsque les questions liées à la compétence ou à la recevabilité impliquent une argumentation importante, les parties peuvent avoir recours à une scission de la procédure entre exceptions préliminaires et fond. Une tendance se dégage en faveur de ceci, vraisemblablement pour des questions de commodité et de coûts. Une décision préalable sur l'étendue de la compétence et de la recevabilité de certaines réclamations permet de mieux circonscrire l'argumentaire à développer lors de la phase au fond et, le cas échéant, de ne pas le développer du tout si la juridiction se déclare incompétente.

Ce chapitre s'attache à déterminer plus précisément les contours de cette analyse préliminaire. Comment s'articule l'interaction entre le consentement et la compétence d'une juridiction ? S'agit-il exclusivement d'une question de compétence ou également de recevabilité ? Quels types de conditions préalables à l'action d'une juridiction ressortissent de l'une ou de l'autre des catégories, et pour quelles raisons ? La jurisprudence des différentes juridictions internationales sur le sujet est fréquemment contradictoire. Néanmoins, de cet imbroglio, une définition qui permet à la fois de justifier une distinction entre les notions de compétence et de recevabilité, et d'identifier aussi clairement que possible les limites de l'une et de l'autre est offerte. Par la suite, il convient de procéder à une catégorisation de certaines exceptions préliminaires fréquemment soulevées en lien avec la notion de consentement.

Section I La distinction théorique entre compétence et recevabilité : entre ombre et lumière

Afin de déterminer la nature du consentement dans le contexte procédural, il est indispensable d'établir préalablement en quoi consistent la compétence et la recevabilité. L'utilité de cette distinction est parfois mise en doute[484], mais au

[483] Quelques exemples, à travers le temps, de cas dans lesquels une analyse du consentement est menée dans le même arrêt que l'analyse au fond : *Écoles minoritaires*, *supra* note 231, 1928 ; *Affaire des zones franches de la Haute-Savoie et du Pays de Gex*, Arrêt, CPJI, Série A/B, No 46, 1932 ; *Appel contre une sentence du tribunal arbitral mixte hungaro-tchécoslovaque (Université Peter Pázmány c. État Tchécoslovaque)*, Arrêt, CPJI, Série A/B, No 61, 1933 ; *Plateau continental (Jamahiriya arabe libyenne/Malte)*, Arrêt, CIJ Recueil 1985, 13 ; *Différend territorial (Jamahiriya arabe libyenne/Tchad)*, Arrêt, CIJ Recueil 1994, 6 ; *Avena*, *supra* note 3 ; *Entraide judiciaire en matière pénale*, *supra* note 232 ; *Navire « SAIGA » (Saint-Vincent-et-les Grenadines c. Guinée)*, Prompte mainlevée, Arrêt, TIDM Recueil 1997, 16 ; *Délimitation de la frontière maritime dans le golfe du Bengale (Bangladesh c. Myanmar)*, Arrêt, TIDM Recueil 2012, 4 ; *Guyana and Suriname (Guyane c. Suriname)*, Award, Affaire CPA No 2004-04, 2007 ; *The Chagos Marine Protected Area Arbitration (Maurice c. Royaume-Uni)*, Award, Affaire CPA No 2011-03, 2015.

[484] Voir notamment LAIRD I. A., *A Difference without a Distinction? An Examination of the Concepts of Admissibility and Jurisdiction in* Salini v. Jordan *and* Methanex v. USA in *International Investment Law and Arbitration: Leading Cases from the ICSID, NAFTA, Bilateral Treaties and Customary International Law* [WEILER Tod ed.], Londres, Cameron May, 2005, 201-222.

regard du consentement, elle peut être cruciale[485]. Par ailleurs, comme souligné par WEHLAND, la démarcation est particulièrement utile dans les cas dans lesquels le jugement peut faire l'objet d'un recours. Certaines juridictions de recours ne peuvent se prononcer concernant les arrêts d'irrecevabilité, contrairement aux arrêts d'incompétence.[486]

Corollaire probable des doutes parfois émis sur la distinction entre compétence et recevabilité, les deux notions sont régulièrement confondues.[487] La jurisprudence internationale en est un exemple flagrant, certaines questions passant allègrement d'une catégorie à l'autre au gré des arrêts. On peut ainsi mentionner la question de l'épuisement préalable des voies de recours, traitée par un tribunal établi sous l'égide de la CPA comme une question de compétence dans une décision[488], puis de recevabilité par un autre.[489] De même, la CPJI et la CIJ varient dans leur qualification de certaines conditions préalables. À titre d'exemple, le recours préalable à la négociation entre les États est perçu comme une question de compétence[490] ou de recevabilité[491] selon les affaires. Les tribunaux CIRDI se distinguent également par leurs conceptions bariolées de la distinction entre compétence et recevabilité.[492] Les juridictions elles-mêmes font référence à la confusion existant sur le sujet.[493]

De cette confusion naît le besoin de proposer une distinction aussi simple qu'utile, applicable de manière transversale. Cette définition s'axe autour du rôle que jouent l'une ou l'autre des catégories. Un raisonnement tournant autour d'autres éléments ne permet simplement pas de justifier l'existence de cette dichotomie *compétence-recevabilité*. Au vu de la complexité quant à la nomenclature des notions[494], et du manque de clarté quant à celles-ci, c'est

---

[485] Voir *infra* 350.

[486] WEHLAND H., *Jurisdiction and Admissibility in Proceedings under the ICSID Convention and the ICSID Additional Facility Rules* in *ICSID Convention after 50 Years: Unsettled Issues* [BALTAG Crina ed.], Biggleswade, Wolters Kluwer, 2017, 227-247, 233-234 et références. Le tribunal dans l'affaire *Supervisión y Control v. Costa Rica* met en avant encore d'autres effets de la distinction, sur lesquels il n'est pas revenu ici, *Supervisión y Control, S.A. v. The Republic of Costa Rica*, ICSID Case No ARB/12/4, Award, January 18th 2018, para 270.

[487] SHANY, *supra* note 29, 129-130 et références.

[488] *The South China Sea Arbitration*, *supra* note 87, para 189.

[489] *The Duzgit Integrity Arbitration (Malte c. São Tomé et Príncipe)*, Award, Affaire CPA No 2014-17, 2016, para 197.

[490] *Mavrommatis*, Exception d'incompétence, *supra* note 4, 11.

[491] *Actions armées frontalières et transfrontalières (Nicaragua c. Honduras)*, Compétence et recevabilité, Arrêt, CIJ Recueil 1988, 69, para 76.

[492] Voir à ce sujet PAULSSON J., *Jurisdiction and Admissibility* in *Global Reflections on International Law, Commerce and Dispute Resolution : Liber Amicorum in honour of Robert Briner* [AKSEN Gerald ed.], Paris, ICC Publishing, 2005, 601-617.

[493] *Nicaragua*, Compétence et recevabilité, *supra* note 350, para 84 ; *Cameroun Septentrional (Cameroun c. Royaume-Uni)*, Exceptions préliminaires, Arrêt, CIJ Recueil 1963, 15, 27 ; *Abaclat v. Argentina*, Decision on Jurisdiction and Admissibility, *supra* note 278, para 247.

[494] Voir notamment les développements proposés par HEISKANEN qui tente de distinguer « jurisdiction », « competence » et « admissibility », HEISKANEN, *supra* note 31.

volontairement une approche dualiste qui est choisie. Le terme « compétence » est utilisé dans le même sens que sa contrepartie anglaise « *jurisdiction* », et le terme de « recevabilité » correspond à « *admissibility* ». La définition proposée dans ce chapitre se limite à ces deux appellations, qui permettent de répondre de manière satisfaisante à la problématique de cette thèse. Il n'est pas nécessaire d'y ajouter de catégorie supplémentaire.

En guise de préambule, la définition offerte par le tribunal CIRDI dans l'affaire *Philip Morris v. Uruguay* est ici retranscrite :

> *The ICJ held that where the applicable preconditions had not been met, the treaty could not provide jurisdiction. The Court made clear that examination of such conditions 'relates to its jurisdiction and not to the admissibility of the application'. Accordingly, the Court did not accept jurisdiction due to the failure to comply with the pertinent conditions*[495]

Cette définition est trop simpliste. Elle implique que du simple fait de l'existence d'une condition préalable, la juridiction est confrontée à un problème de compétence et non de recevabilité. Ce raisonnement paraît insuffisant.

L'un des principes directeurs de l'analyse doit plutôt être axé autour du consentement. Plus spécifiquement, la question essentielle est de savoir si l'élément examiné est un élément constitutif du consentement. Ainsi, lors de l'examen d'une exception à sa compétence, c'est par la détermination du lien avec le consentement qu'un juge peut décider s'il s'agit d'une question de compétence ou de recevabilité. La distinction *compétence-recevabilité* passe par une appréhension précise du consentement à la compétence, qui fait l'objet de ce travail. Comme évoqué ci-dessus[496], celui-ci est lié à la cession effective du pouvoir d'émettre un jugement doté de force obligatoire à une juridiction. En conséquence, le consentement cadre la compétence d'une juridiction.

De manière pratique, la juge dessine les contours de sa compétence à travers l'étude du consentement de l'État devant elle. Un exemple simple serait celui dans lequel un État déclare préalablement donner son consentement à la compétence d'une juridiction, à l'exception des domaines liés à sa souveraineté territoriale. Il consent dans ces limites précises, et la juge établit sa compétence en lien avec celles-ci. Dans une affaire concernant cet État, le rôle de la juge, sa fonction judiciaire, ne touche pas à ces questions de souveraineté territoriale. Dans l'absolu, cette fonction ne peut s'exercer sur ce domaine, quelle que soit la formulation de la demande de l'autre État. Cependant, si le défendeur donne son consentement sur ce sujet, rien n'empêcherait la juridiction de se déclarer

---

[495] *Philip Morris Brands SÀRL, Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. v. Oriental Republic of Uruguay*, ICSID Case No ARB/10/7, Decision on Jurisdiction, July 2nd 2013, para 36.

[496] Voir *supra* 31.

compétente. À l'inverse, la recevabilité est à tout le plus reliée au consentement de manière ténue. Certes, son analyse découle de l'établissement antérieur de la compétence basée sur le consentement. Néanmoins, la nature limitée de la relation au consentement justifie un traitement distinct de la recevabilité.[497]

Mise en d'autres termes, la distinction entre les deux notions se trouve dans leur impact respectif sur la possibilité pour une juridiction de se prononcer dans une affaire. Comme résumé de manière convaincante dans l'affaire *Abaclat v. Argentina*, la compétence relève du pouvoir pour une juridiction d'exercer sa fonction judiciaire.[498] En cela, elle est intrinsèquement liée à la question du consentement à la compétence. C'est également le propos de la CIJ, repris devant la CPA[499], qui écrit dans l'affaire de l'*Entraide judiciaire en matière pénale* :

> *La Cour fera d'abord observer que, en déterminant l'étendue du consentement exprimé par l'une des parties, elle se prononce sur sa compétence et non sur la recevabilité de la requête*[500]

Le consentement lui-même fait naître cette compétence et la délimite : « sa compétence repose sur le consentement des parties, dans la seule mesure reconnue par celles-ci »[501]. La recevabilité, quant à elle, n'est pas tant relative à la juridiction qu'à la demande portée devant celle-ci. La question n'est plus de savoir si une cour ou un tribunal peut se prononcer, mais plutôt de déterminer si une demande est suffisamment mûre ou appropriée.[502]

Cette seule distinction générale ne peut toutefois suffire à délimiter les deux sujets de manière claire. On ne peut se contenter d'une analyse simpliste du lien avec le consentement pour déterminer si une situation ressortit de la compétence ou de la recevabilité. Un autre critère doit être développé pour permettre une distinction pratique.

Avant de se pencher vers des situations spécifiques pouvant relever directement ou non du consentement à la compétence, l'approche mise en évidence dans l'affaire *Abaclat v. Argentina* peut être davantage développée. Elle aide à la distinction, servant d'outil en vue de déterminer concrètement dans quelle catégorie un ensemble de faits se situe. Comme proposé par PAULSSON,

---

[497] Voir *infra* 136.

[498] *Abaclat v. Argentina*, Decision on Jurisdiction and Admissibility, *supra* note 278, para 247 et *Abaclat v. Argentina*, Decision on Jurisdiction and Admissibility (Abi-Saab Dissenting), *supra* note 281, para 126. Voir également *Achmea B.V. v. Slovak Republic*, Award on Jurisdiction and Admissibility, Affaire CPA No 2013-12, 2014, para 114-119.

[499] *Achmea v. Slovak Republic*, Award on Jurisdiction and Admissibility, *supra* note 498, para 116.

[500] *Entraide judiciaire en matière pénale*, *supra* note 232, para 48.

[501] *Activités armées sur le territoire du Congo (Nouvelle requête)*, Compétence et recevabilité, *supra* note 61, para 88.

[502] Notamment *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, Avis consultatif, CIJ Recueil 1996, 226, para 10 ; *Abaclat v. Argentina*, Decision on Jurisdiction and Admissibility, *supra* note 278, para 247 ; *Daimler v. Argentina*, *supra* note 290, para 192-193.

le guide plus précis dans l'attribution d'une condition à l'une ou l'autre des catégories est le raisonnement pouvant amener un tribunal à ne pas traiter d'une affaire. Ainsi, si le tribunal refuse de se prononcer en raison d'un problème de *forum*, il s'agit d'une question de compétence.[503] À l'inverse, si la juridiction refuse de se prononcer en raison d'un problème inhérent à la demande, dans ses aspects individuels, elle rend une décision d'irrecevabilité.

L'essence de la distinction repose sur l'objet observé. Dans le cas de la compétence, le juge est appelé à s'interroger sur son propre rôle dans la procédure, sur son pouvoir et sur l'existence de sa fonction judiciaire. Pour la recevabilité, il se penche plutôt sur les caractéristiques précises de la demande qui lui a été formulée. C'est également l'essence de la distinction faite par KOLB, qui écrit :

> *In extremely simplified terms, the rules on jurisdiction concern defaults as to the propriety of the organ seised, whereas rules on admissibility concern defaults as to the propriety of the particular request*[504]

Revenant sur un point mentionné brièvement ci-dessus, il est utile de développer ici pourquoi le consentement n'a que peu de conséquences concernant la recevabilité. Celle-ci ayant trait à des caractéristiques de la demande plutôt que de la fonction du tribunal, il s'agit de questions subsidiaires, une fois le consentement établi dans le cadre de la compétence. En pratique, la juridiction se penche d'abord sur le don du consentement et ses limites. C'est seulement une fois cette étape franchie qu'une *porte* est ouverte, permettant l'examen de la demande spécifique. Le raisonnement a lieu en deux étapes, la juridiction se penchant d'abord sur la possibilité d'être saisie, avant, dans un second temps, de se déterminer sur la demande elle-même. En d'autres termes, c'est précisément parce que la recevabilité exige de se pencher sur une demande spécifique et ses caractéristiques, que c'est seulement une fois cette *porte* de la compétence ouverte qu'une juridiction peut y procéder. C'est d'ailleurs là la raison pour laquelle les juridictions procèdent d'abord à une évaluation de la compétence avant de se tourner vers la recevabilité, même quand les parties présentent leurs exceptions dans l'ordre inverse.[505]

Dans le cas des juridictions permanentes, la distinction entre compétence et recevabilité a une saveur particulière. Leur fonction judiciaire s'inscrivant dans la durée, la distinction entre leur rôle et les attributs d'une demande spécifique

---

[503] PAULSSON, *Jurisdiction and Admissibility*, *supra* note 492, 617.

[504] KOLB R., *General Principles of Procedural Law* in *The Statute of the International Court of Justice: A Commentary* [ZIMMERMANN Andreas/TOMUSCHAT Christian/OELLERS-FRAHMS Karin/TAMS Chrisitan J. ed.], 2nd ed., Oxford, Oxford University Press, 2012, 871-908, 874.

[505] *Actions armées (Nicaragua c. Honduras)*, *supra* note 491, para 15.

est essentielle. Dans le cas des tribunaux arbitraux, en revanche, la distinction peut être compliquée à effectuer. Étant précisément créés par une demande spécifique, leur fonction judiciaire est parfois difficile à distinguer des caractéristiques de la demande. Une demande irrecevable peut concrètement avoir le même résultat qu'une demande pour laquelle la juridiction est incompétente. Le tribunal ne peut dans les deux cas pas traiter de la demande au fond et cesse d'exister après son arrêt. À titre d'exemple, que l'épuisement préalable des voies de recours soit une question de compétence ou de recevabilité, un tribunal arbitral constatant que cette condition n'est pas remplie cesse simplement son activité. Il rend un arrêt d'incompétence ou d'irrecevabilité et l'affaire est close.[506]

Certains auteurs[507] arguent qu'un élément temporel (en lien avec le fait que la demande doit être « mûre ») indique un problème de recevabilité. Cette idée ne peut être retenue. L'incompétence peut elle aussi se fonder sur des problèmes de consentement *ratione temporis*, comme développé plus en profondeur ci-dessous.[508]

D'autres arguments sont parfois mis en avant pour expliquer la distinction entre compétence et recevabilité. AMERASINGHE suggère par exemple qu'une des caractéristiques des objections à la recevabilité est qu'il est possible d'y renoncer (*waive*).[509] Cette approche ne convainc pas, pour la simple et bonne raison qu'il considère le *forum prorogatum* comme une question de recevabilité. Or, cette problématique a pour cœur l'existence ou non du consentement, et elle doit être rattachée à l'établissement de la compétence.[510] Le raisonnement d'AMERASINGHE ne peut pas non plus être retenu, lorsqu'il déclare :

> Forum prorogatum *in any case can only have an effect on a jurisdictional defect, where the defect relates to the absence of agreement or consent as such and not to more fundamental requirements of competence inherent in the international judicial function*[511]

[506] Ceci est sous réserve d'une éventuelle demande en annulation en arbitrage CIRDI, laquelle ne serait pas traitée de la même façon s'agissant d'un point de recevabilité ou de compétence, WAIBEL M., *Investment Arbitration : Jurisdiction and Admissibility* in *Legal Studies Research Paper Series*, No 9/2014, 1-80, 69.

[507] PAULSSON, *Jurisdiction and Admissibility*, *supra* note 492, 617 ; HEISKANEN, *supra* note 31, 238-239.

[508] Voir *infra* 218.

[509] AMERASINGHE, *Jurisdiction of International Tribunals*, *supra* note 27, 286-287.

[510] Voir *infra* 136.

[511] AMERASINGHE, *Jurisdiction of International Tribunals*, *supra* note 27, 198.

Il va à l'encontre de la jurisprudence subséquente de la Cour qui analyse le *forum prorogatum* comme le fondement de sa compétence.[512] Elle y précise même, à ce sujet :

> *En déterminant l'étendue du consentement exprimé par l'une des parties, elle se prononce sur sa compétence et non sur la recevabilité de la requête*[513]

Une conception du *forum prorogatum* comme un élément de recevabilité ne peut donc pas être retenue.

De même, il est parfois argué que la possibilité pour un défaut d'être guéri fait tomber l'objection dans la catégorie de la recevabilité.[514] Cette distinction ne peut pas non plus être retenue, en raison de l'existence du principe d'économie de procédure. Ce principe, évoqué dans l'affaire de l'*Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide* « vise à éviter la multiplication inutile des procédures »[515]. À cette occasion, la CIJ développe un argumentaire lui permettant d'affirmer que le fait qu'une condition relative à sa compétence n'est pas remplie n'est pas forcément rédhibitoire.[516]

Ce raisonnement lié à la possibilité de guérir un défaut n'est pas plus valide dans l'autre sens. La catégorisation comme recevabilité n'implique pas nécessairement la possibilité de guérir tout défaut. Cela découle notamment de l'affaire des *Plates-formes pétrolières* :

> *Normalement, une exception à la recevabilité consiste à affirmer que, quand bien même la Cour serait compétente et les faits exposés par l'État demandeur seraient tenus pour exacts, il n'en existe pas moins des raisons pour lesquelles il n'y a pas lieu pour la Cour de statuer au fond*[517]

La Cour affirme implicitement que certains pouvoirs ne sont pas à la disposition des parties, celles-ci ne pouvant guérir certains problèmes de recevabilité. Pour ces raisons, la CIJ peut refuser de se prononcer sur l'affaire. Dès lors, la distinction basée sur la possibilité de renoncer à des objections de recevabilité ne convainc pas. La Cour procède volontiers à une analyse *proprio motu* de certaines de ces questions, tandis qu'il est possible de passer outre des problèmes de compétence. Ces différentes distinctions ne sont pas pertinentes

---

[512] *Entraide judiciaire en matière pénale*, *supra* note 232, 177.

[513] *Ibid.*, para 48.

[514] AMERASINGHE, *Jurisdiction of International Tribunals*, *supra* note 27, 243.

[515] *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Croatie c. Serbie)*, Exceptions préliminaires, Arrêt, CIJ Recueil 2008, 412, para 89.

[516] *Ibid.*, para 89-91.

[517] *Plates-formes pétrolières (République islamique d'Iran c. États-Unis d'Amérique)*, Arrêt, CIJ Recueil 2003, 161, para 29.

dans la détermination de la compétence ou de la recevabilité, et c'est plutôt vers les critères développés plus haut qu'il faut se tourner.

Ces conditions, relativement simples, ne dispensent toutefois pas d'un examen au cas par cas. Les particularités de chaque affaire impliquent que certaines situations peuvent, dans un cas, relever de la compétence et, dans le suivant, de la recevabilité. Qui plus est, force est de constater que la jurisprudence comme la doctrine sont divisées. Cela étant, de grandes lignes peuvent être identifiées et c'est ce qui est fait ci-dessous. Cette catégorisation permet d'identifier l'impact exact d'un don du consentement (ou son absence) sur la possibilité pour un tribunal de se prononcer. En négatif, les limites externes du consentement peuvent être tracées. Quels éléments sont intrinsèquement liés au consentement, et lesquels n'en relèvent plus (ou en relèvent différemment), car liés à la recevabilité ? Dans quelles situations la juge s'interroge-t-elle sur son propre rôle dans la procédure, et dans lesquelles se penche-t-elle sur la demande elle-même ?

Section II La casuistique : distinctions pratiques entre compétence et recevabilité

Une fois la règle générale définie, il convient de se tourner vers des applications pratiques de celle-ci. L'examen de ces points en lien avec le consentement permet également de déterminer quelles conditions préalables à l'exercice juridictionnel sont directement en lien avec la cession de souveraineté mentionnée plus tôt[518], et lesquelles ne sont qu'ancillaires à celle-ci. Le rôle de cette section est d'offrir des exemples concrets, en soulignant les aspects pratiques de la distinction.

La casuistique étudiée ci-dessous est subdivisée en deux catégories. Dans un premier temps, différentes situations assez évidemment liées au consentement sont abordées, avant de se tourner vers des cas particuliers pouvant porter à controverse.

§ I. Les cas relevant clairement de la compétence

Un premier cas clair, peut-être le plus évident, concerne l'absence manifeste de consentement. Dans ce type de situation, le tribunal n'a d'autre choix que de se déclarer incompétent. Il s'agit de la situation la plus flagrante d'incompétence, tant il n'y a pas de moyens d'ouvrir la *porte* évoquée plus haut. Dans les faits, ce type de cas peut même être résolu en amont. La CIJ prévoit par exemple un mécanisme de filtrage au niveau du greffe. Lorsque le consentement de l'État

[518] Voir *supra* 99.

défendeur manque manifestement, l'affaire n'est pas inscrite au rôle tant que cet État n'exprime pas sa volonté de se voir attrait devant la Cour.[519] Le CIRDI prévoit un système similaire, par lequel son Secrétariat peut refuser l'enregistrement d'une requête lorsque le Centre n'est manifestement pas compétent.[520]

Ces cas, s'ils ne sont pas l'œuvre directe de juges au sens habituel du terme, mettent néanmoins en évidence l'idée de consentement comme une porte vers l'action de la juridiction.[521] L'absence claire de consentement ne peut qu'amener une juridiction à se déclarer incompétente. Elle peut le faire par le biais d'une décision du tribunal ou de la cour[522], ou, comme c'est le cas ici, par la non-inscription au rôle de la demande.[523] Il s'agit là de la forme la plus évidente d'incompétence, basée sur l'absence de consentement, au point qu'une autorité secondaire — le greffe ou le secrétariat — est habilitée à prendre la décision en question.

D'un degré moindre, mais toujours liés directement à l'existence ou non d'un consentement, il existe des cas dans lesquels un consentement existe, mais il ne s'étend pas *ratione materiae* à la demande. Par exemple, un État peut donner son consentement à une juridiction internationale dans le domaine X. Ce don du consentement ne saurait emporter *ipso facto* la compétence de cette même juridiction sur le domaine ¬X.[524] Il s'agit également d'une source claire d'incompétence d'une juridiction, en raison d'un manque de consentement. C'est là le propos de la CIJ, qui écrit :

> *La Cour, se référant au libellé des conclusions finales de la France, estime que les conditions dans lesquelles les Parties ont exprimé leur consentement en l'espèce constituent une question relevant de sa compétence et non de la recevabilité de la requête ou de toute demande contenue dans celle-ci. Cela vaut pour toutes les exceptions*

[519] Article 38 §5 du Règlement de la Cour, voir également *Entraide judiciaire en matière pénale*, *supra* note 232, para 63 et *infra* 276.

[520] Article 36 §3 de la Convention CIRDI.

[521] Le Règlement de la CIJ fait directement référence à la notion de consentement. Le CIRDI, quant à lui, trouve la référence au consentement de manière indirecte, dans les négociations autour de l'article 36. Celui-ci ne mentionne que la compétence, mais il vise en premier lieu les cas de manque manifeste de consentement, CENTRE INTERNATIONAL POUR LE RÈGLEMENT DES DIFFÉRENDS RELATIFS AUX INVESTISSEMENTS, *Report of the Executive Directors on the Convention*, 1965, para 20.

[522] De nombreux exemples de la question émaillent la jurisprudence de la Cour dans les différents cas abordés tout au long de cette étude. À titre d'exemple, voir *Anglo-Iranian Oil Co. (Royaume-Uni c. Iran)*, Compétence, Arrêt, CIJ Recueil 1952, 93, 114.

[523] Concernant le CIRDI, voir notamment POLASEK M., *The Threshold for Registration of a Request for Arbitration under the ICSID Convention* in *Dispute Resolution International*, Vol. 5/2011, 177-188.

[524] Le domaine ¬X (ou « non-X ») représente n'importe quel domaine sauf le domaine X.

> *d'incompétence soulevées par la France, qu'elles soient* ratione materiae *ou* ratione temporis[525]

Cette citation touche au domaine des exceptions *ratione temporis*. Là encore, un consentement ne s'étendant pas *ratione temporis* à la demande constitue un clair cas d'incompétence. Un exemple simple serait un traité prévoyant explicitement que seuls les différends nés à partir d'une date donnée peuvent être portés devant une juridiction internationale. À l'inverse, en raison du principe de compétence attribuée[526], les litiges nés avant cette date ne peuvent pas être soumis à la juridiction en question.[527]

Dans ces deux cas, la juridiction est amenée à conclure que bien que l'État ait pu donner un consentement, il ne s'étend manifestement pas à l'affaire qui lui est soumise. Il ne s'agit pas d'une question de maturité de l'affaire, mais des fondements de l'action de la juridiction en tant que tels. En effet, le point de réflexion de la juridiction est la limite temporelle dans laquelle s'inscrit le consentement. Pour cette raison, la juge se déclare incompétente plutôt que de déclarer la demande irrecevable.

§ II. Les cas particuliers

Ayant établi la règle de base en lien avec le consentement, et proposé quelques catégories claires, il est temps de se tourner vers des cas plus litigieux. Cette liste, loin d'être une énumération exhaustive, a pour ambition de proposer une classification pour certaines questions faisant l'objet de débats. Le but est de définir le lien entre le consentement et ces problématiques, permettant par là-même de les catégoriser comme relevant de la compétence ou de la recevabilité. Pour ce faire, l'analyse porte sur l'obligation de négociation préalable, le délai de carence avant action et l'épuisement préalable des voies de recours. Cette étude amène ensuite à s'interroger brièvement sur le rôle résiduel de la notion de recevabilité.

A) L'obligation de négociation préalable

Régulièrement invoquée[528], l'obligation de négociation préalable est parfois perçue par les parties comme un obstacle à la compétence de la juridiction saisie. La discussion sur le sujet se divise en deux questions. La première a rapport à l'existence ou non d'une telle obligation, tandis que la seconde porte sur son

---

[525] *Entraide judiciaire en matière pénale*, *supra* note 232, para 49.

[526] Sur ce terme, AMERASINGHE, *Specific International Tribunals*, *supra* note 27, 33.

[527] Cet exemple, de même que celui *ratione materiae*, sont bien entendu fondés sur le présupposé qu'il n'existe pas d'autre chef de compétence que celui examiné.

[528] WELLENS K., *Negotiations in the Case Law of the International Court of Justice*, Dorchester, Ashgate, 2014, 3-7.

traitement lorsque cette obligation est explicitement établie. La première de ces deux questions n'est pas particulièrement analysée, car elle est relativement éloignée du présent sujet et la Cour adopte une position claire :

> *Il n'existe ni dans la Charte, ni ailleurs en droit international, de règle générale selon laquelle l'épuisement des négociations diplomatiques serait un préalable à la saisine de la Cour*[529]

La seconde question, en revanche, touche directement au présent sujet. Elle surgit lorsqu'une obligation spécifique existe dans l'instrument lui octroyant compétence[530] et concerne précisément au lien entre le consentement et la compétence.

Cette négociation préalable consiste en une obligation de moyen plutôt que de résultat.[531] L'inverse aboutirait à une règle n'ayant pas de sens, car ce serait uniquement si une négociation aboutissait qu'un État pourrait saisir la juridiction. Or, c'est précisément le but de la saisine que de demander qu'un litige non résolu soit tranché. Une lecture impliquant une obligation de résultat de résoudre le litige avant de saisir la Cour est peu compatible avec le principe d'*effet utile*.[532]

Dans l'affaire *Géorgie c. Russie* en 2011, la CIJ se prononce sur la nature de l'obligation de négocier qu'elle lit dans la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (CIEDR). Elle y indique :

> *Le recours préalable à des négociations ou à d'autres modes de règlement pacifique des différends joue un rôle important en ce qu'il indique les limites du consentement donné par les États*[533]

Sur cette base, elle interprète la Convention pour en conclure que ses termes « établissent des conditions préalables auxquelles il doit être satisfait avant

---

[529] *Frontière terrestre et maritime (Cameroun c. Nigéria)*, Exceptions préliminaires, *supra* note 469, para 56, également citée dans *Travaux de poldérisation à l'intérieur et à proximité du détroit de Johor (Malaisie c. Singapour)*, Mesures conservatoires, Ordonnance du 8 octobre 2003, TIDM Recueil 2003, 10, para 52, voir également WELLENS, *supra* note 528, 103-105.

[530] *Frontière terrestre et maritime (Cameroun c. Nigéria)*, Exceptions préliminaires, *supra* note 469, para 56.

[531] Voir notamment *Murphy Exploration and Production Company International v. Republic of Ecuador*, ICSID Case No ARB/08/4, Award on Jurisdiction, December 15th 2010, para 135.

[532] Sur le principe de l'effet utile, voir *Question de la délimitation du plateau continental entre le Nicaragua et la Colombie au-delà de 200 milles marins de la côte Nicaraguayenne (Nicaragua c. Colombie)*, Exceptions préliminaires, Arrêt, CIJ Recueil 2016, 100, para 41, 46. Le paradoxe créé serait que par essence, une obligation de résultat priverait la disposition visant au règlement des différends de son effet. Les États étant parvenus à un accord négocié n'auraient plus besoin de porter l'affaire devant la Cour, vidant ainsi de sa substance la clause compromissoire.

[533] *Application de la convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (Géorgie c. Fédération de Russie)*, Exceptions préliminaires, Arrêt, CIJ Recueil 2011, 70, para 131.

toute saisine de la Cour »[534]. Sur cette base, la Cour en vient à se considérer comme incompétente, plutôt que de traiter cela comme un problème de recevabilité lié à la maturité de la demande elle-même.[535]

Par cet arrêt, la Cour fait une boucle dans son raisonnement. Cette approche est adoptée par son ancêtre, la CPJI, dans l'affaire *Mavrommatis*, dans laquelle la négociation préalable est déjà vue comme une question de « juridiction »[536]. En revanche, en 1988, la CIJ indique que dans l'affaire l'intéressant, les éventuels problèmes liés à la négociation préalable ne sont pas « un obstacle à la recevabilité de la requête »[537]. Avec l'affaire *Géorgie c. Russie*, la Cour revient à son approche initiale, avec une argumentation convaincante :

> *La Cour relève que, à l'époque où la CIEDR a été rédigée, l'idée de consentir au règlement obligatoire des différends par la Cour n'était pas facilement acceptable pour nombre d'États. Il est permis de penser que, bien que les États puissent formuler des réserves aux dispositions de la Convention prévoyant le règlement obligatoire des différends, des limitations supplémentaires au recours au règlement judiciaire furent prévues — sous la forme de négociations préalables et d'autres procédures de règlement des différends non assorties de délais — dans le but de recueillir une plus large adhésion*[538]

Par-là, elle fait directement le lien entre le consentement à la compétence et la condition préalable examinée. Il ne s'agit pas tant d'une modalité liée à la demande elle-même qu'une condition du consentement à la compétence de la Cour.

Concernant la CNUDM, l'obligation préalable de négociation est abordée dans plusieurs cas. En 2003, dans l'affaire du *Détroit de Johor*, Singapour excipe de l'incompétence du TIDM en raison du non-respect de l'obligation de négociation préalable par la Malaisie.[539] Le Tribunal décide là de s'intéresser à la question dans le cadre de l'établissement de sa compétence *prima facie*.[540] De même, dans l'affaire *Guyane c. Suriname* devant la CPA, l'exigence de négociation préalable est abordée comme une problématique de compétence plutôt que de recevabilité.[541] C'est également l'approche retenue dans l'affaire de *Chine c. Philippines*. À cette occasion, la discussion relative à la négociation préalable est traitée dans le chapitre intitulé « *Preconditions to the Tribunal's*

[534] *Ibid.*, para 141.

[535] *Ibid.*, para 184, 187. Egalement en ce sens, voir WELLENS, *supra* note 528, 109.

[536] *Mavrommatis*, Exception d'incompétence, *supra* note 4, 11.

[537] *Actions armées (Nicaragua c. Honduras)*, *supra* note 491, para 76.

[538] *Géorgie c. Russie*, Exceptions préliminaires, *supra* note 533, para 147.

[539] *Détroit de Johor*, Mesures conservatoires, *supra* note 529, para 33.

[540] *Ibid.*, para 59.

[541] *Guyana and Suriname*, *supra* note 483, 39-40.

Jurisdiction »[542]. La jurisprudence tirée de la CNDUM est plutôt uniforme en la matière.

Les juridictions de l'OMC se penchent également brièvement sur la question dans l'affaire *Mexique – Sirop de maïs*. À cette occasion, l'OA indique :

> *L'absence de consultations préalables n'est pas un vice de nature telle à ôter à un groupe spécial la compétence de traiter et de régler une question et que, par conséquent, ce vice n'est pas un défaut qu'un groupe spécial doit examiner même lorsque les deux parties au différend restent muettes à ce sujet*[543]

Partant, malgré le semblant d'obligation à ce sujet à l'article 4 du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends, il n'existe pas de devoir absolu de négociations préalables. Plus instructif encore, l'OA affirme ici textuellement qu'il s'agit d'une question de compétence, et non de recevabilité.[544]

Enfin, la jurisprudence du CIRDI sur la question est, tout comme pour la CIJ, relativement variable. Dans l'affaire *Occidental Petroleum v. Ecuador*, l'obligation de négocier est abordée dans le cadre des objections à la compétence.[545] Dans l'affaire *Abaclat v. Argentina,* en revanche, la majorité du tribunal adopte l'optique selon laquelle l'obligation de négocier est liée à la recevabilité d'une demande, en des termes très clairs :

> *The Tribunal is of the opinion that the negotiation and 18 months litigation requirements relate to the conditions for implementation of Argentina's consent to ICSID jurisdiction and arbitration, and not the fundamental question of whether Argentina consented to ICSID jurisdiction and arbitration. Thus, any non-compliance with such requirements may not lead to a lack of ICSID jurisdiction, and only – if at all – to a lack of admissibility of the claim, and will thus be addressed when dealing with issues of admissibility*[546]

---

[542] *The South China Sea Arbitration*, *supra* note 87, para 345, 353.

[543] Rapport de l'Organe d'appel *Mexique — Enquête antidumping concernant le sirop de maïs à haute teneur en fructose (SHTF) en provenance des États-Unis — Recours des États-Unis à l'article 21:5 du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends*, WT/DS132/AB/RW, adopté le 21 novembre 2001, para 64.

[544] À noter que cette affirmation doit s'accompagner d'un bémol. En effet, au paragraphe suivant, l'OA affirme qu'il n'est pas nécessaire pour le groupe spécial d'examiner la question d'office, Rapport de l'Organe d'appel *Mexique — Sirop de maïs (article 21:5 — États-Unis)*, *supra* note 543, para 64. Cela pourrait être lu comme relevant de la recevabilité, mais il est plus judicieux de rapprocher la notion du *forum prorogatum* développé plus bas, voir *infra* 285.

[545] *Occidental Petroleum Corporation Occidental Exploration and Production Company v. The Republic of Ecuador*, ICSID Case No ARB/06/11, Decision on Jurisdiction, September 9th 2008, para 94.

[546] *Abaclat v. Argentina*, Decision on Jurisdiction and Admissibility, *supra* note 278, para 496.

Il faut toutefois noter la virulente opinion dissidente d'ABI-SAAB, critiquant de manière convaincante la vision particulièrement étroite du concept de compétence adopté par la majorité.[547] Cette opinion dissidente est même citée par le tribunal dans l'affaire *Kılıç v. Turkmenistan*. Celui-ci abonde dans le sens d'ABI-SAAB, allant jusqu'à affirmer « *the majority in* Abaclat *fell into legal error* »[548]. Il poursuit :

> *This is because Article 26 of the ICSID Convention explicitly recognises that a Contracting State may impose conditions on its consent to arbitration under the ICSID Convention, in a manner that determines the conditions in which jurisdiction may be said to exist and be capable of being exercised (without prejudice to any issue as to admissibility)*[549]

Une autre opinion dissidente, de BOISSON DE CHAZOURNES dans l'affaire *Garanti Koza v. Turkmenistan* cette fois, rejoint le propos d'ABI-SAAB en attribuant la question des négociations à la phase de détermination de la compétence. Le raisonnement proposé tourne autour de la *ratio legis* de l'article prévoyant ces négociations.[550] Se trouvant dans le même paragraphe que celui renfermant le principe de consentement à la compétence, il est difficile d'y lire autre chose qu'une condition préalable au consentement. C'est donc à la compétence que la question est rattachée.

La nature asymétrique des arbitrages CIRDI peut exiger un raisonnement distinct sur ces questions. En particulier, le consentement d'un État est fréquemment donné par un acte n'impliquant pas l'autre partie à l'affaire. En d'autres termes, les États expriment volontiers leur consentement à l'arbitrage d'investissement à travers des TBIs. Or, ceux-ci sont signés avec d'autres États, et non avec l'investisseur[551]. Ces accords sont donc souvent, du point de vue de l'investisseur, *res inter alios acta*. À ce titre, il est légitime de se demander si les exigences de classification entre compétence et recevabilité sont les mêmes. Il est raisonnable de postuler que si les règles d'interprétation peuvent être influencées par la nature asymétrique de ces arbitrages, ce n'est pas le cas de la définition de compétence et recevabilité. Ce n'est pas à dire qu'il existe une réelle unicité de la compréhension de ces notions, mais que ce devrait être le cas.

---

[547] '*This legal recharacterization of Argentina's plea by the majority award is, in my view, conceptually wrong. It adopts an extremely narrow, in fact partial, concept of jurisdiction, limiting it to the ambit within which jurisdiction is exercised*', *Abaclat v. Argentina*, Decision on Jurisdiction and Admissibility (Abi-Saab Dissenting), *supra* note 281, para 126.

[548] *Kılıç İnşaat İthalat İhracat Sanayi ve Ticaret Anonim Şirketi v. Turkmenistan*, ICSID Case No ARB/10/1, Award, July 2nd 2013, para 6.2.2.

[549] *Ibid.*, para 6.3.5.

[550] *Garanti Koza LLP v. Turkmenistan*, ICSID Case No ARB/11/20, Decision on the Objection to Jurisdiction for Lack of Consent (Boisson de Chazournes Dissenting), July 3rd 2013, para 18.

[551] Voir *infra* 292.

En particulier, le terme de juridiction étant lié à la fonction judiciaire, son champ d'application ne devrait pas varier d'un *forum* à l'autre[552], dans les limites des spécificités des juridictions. Dès lors malgré l'inconstance de la jurisprudence, il convient de se rallier à l'opinion selon laquelle une obligation de négociation préalable est à examiner en lien avec la compétence d'un tribunal plutôt que la recevabilité d'une demande. L'existence d'un consentement à la compétence est conditionnée à cette négociation préalable, et la possibilité que le consentement découle d'une offre ouverte ne change rien. Du fait que cette négociation conditionne l'existence ou non du consentement, le juge s'interroge sur le fondement de principe de sa compétence, pour déterminer si la porte lui permettant d'examiner la requête elle-même est ouverte.

B) Le délai de carence avant action

Parfois couplée à une obligation de négocier[553], l'imposition d'un délai avant d'agir est une autre méthode visant à résoudre un litige en amont d'une procédure juridictionnelle.[554] En pratique, le don du consentement inclut une disposition précisant qu'en cas de litige, les parties doivent attendre une durée minimale à partir d'un événement donné (le *dies a quo* peut varier) avant de pouvoir commencer une procédure. À titre d'exemple, il peut s'agir d'un délai commençant à la naissance d'un litige[555], d'une date future précise fixée durant les négociations[556], d'un délai à partir d'une demande d'arbitrage[557] ou encore d'un délai à partir du début d'une procédure judiciaire interne.[558]

---

[552] Cette réflexion est valable pour autant qu'une notion unifiée de « fonction judiciaire » existe. Malgré le caractère controversé de la question, le postulat selon lequel c'est le cas est choisi, les arbitres du CIRDI ayant tout autant la tâche d'appliquer le droit international pour parvenir à une décision obligatoire que les juges de la CIJ. Il s'agit ici d'une « fonction judiciaire » comprise de manière large.

[553] De manière non exhaustive, voir notamment *Abaclat v. Argentina*, Decision on Jurisdiction and Admissibility, *supra* note 278, para 496 ; *Philip Morris v. Uruguay*, Decision on Jurisdiction, *supra* note 495, para 111 ; *Urbaser S.A. and Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa v. The Argentine Republic*, ICSID Case No ARB/07/26, Decision on Jurisdiction, December 19th 2012, para 61-65.

[554] *Frontière terrestre et maritime (Cameroun c. Nigéria)*, Exceptions préliminaires, *supra* note 469, para 56.

[555] *Teinver S.A., Transportes de Cercanías S.A. and Autobuses Urbanos del Sur S.A. v. The Argentine Republic*, ICSID Case No ARB/09/1, Decision on Jurisdiction, December 21st 2012, para 109-125.

[556] *Délimitation maritime et questions territoriales entre Qatar et Bahreïn (Qatar c. Bahreïn)*, Compétence et recevabilité, Arrêt, CIJ Recueil 1995, 6, para 30.

[557] *Questions d'interprétation et d'application de la convention de Montréal de 1971 résultant de l'incident aérien de Lockerbie (Jamahiriya arabe libyenne c. Royaume-Uni)*, Exceptions préliminaires, Arrêt, CIJ Recueil 1998, 9, para 21.

[558] *Gas Natural SDG, S.A. v. The Argentine Republic*, ICSID Case No ARB/03/10, Decision of the Tribunal on Preliminary Questions on Jurisdiction, June 17th 2005, para 30 ; *Wintershall Aktiengesellschaft v. Argentine Republic*, ICSID Case No ARB/04/14, Award, December 8th 2008, para 160. L'assimilation de ce dernier point à une *cooling-off period* a été remise en doute dans *Daimler v. Argentina*, *supra* note 290, para 190, note 341. Néanmoins, comme suggéré dans *Urbaser v. Argentina*, l'approche inverse n'est pas plus valable, *Urbaser v. Argentina*, Decision on Jurisdiction, *supra* note 553, para 113. En raison des similarités entre la *cooling-off period* et ce type de délai, il est plus pertinent de rapprocher ces situations.

Dans tous ces cas se pose clairement la question de savoir s'il s'agit d'une condition préalable liée à l'exercice par la juge de sa fonction ou en lien avec le caractère approprié de la demande présentée. Une réponse instinctive pourrait mener à choisir la seconde approche. En effet, il serait concevable de lire le délai imposé comme une manière de faire mûrir la demande, et de l'aborder comme une question de recevabilité. Cela étant, cette réponse met la charrue avant les bœufs. Chronologiquement, la démarche appropriée est d'abord de s'interroger sur les problèmes liés à la compétence, avant de se pencher sur la recevabilité. La question est avant tout « le non-respect d'un délai de carence a-t-il une influence sur la compétence d'une juridiction ? ». Or en l'espèce, le raisonnement peut-être le même que celui tenu concernant la négociation préalable. Un État forme et délimite son consentement de la manière dont il le souhaite.[559] Dans ce cadre, il est libre de mettre hors du champ de son consentement les questions ne respectant pas un délai de carence spécifié, de la même manière qu'il peut exclure du champ de son consentement une question liée à un domaine précis du droit. La nature temporelle de la problématique n'est pas suffisante *ipso facto* à redéfinir conceptuellement la manière dont le consentement doit être traité.

C'est également l'approche majoritairement suivie par la CIJ. Ainsi, dans l'affaire *Qatar c. Bahreïn*, le délai avant saisine est abordé dans le cadre de l'analyse de la compétence de la Cour[560], tout comme dans l'affaire *Lockerbie*.[561] Comme relevé par certains auteurs[562], les décisions d'arbitrage d'investissement sont, elles, plus partagées. La distinction entre compétence et recevabilité des délais de carence (*cooling-off periods*) est d'abord abordée dans l'affaire *Telefónica v. Argentina*, en 2006. À cette occasion, le tribunal indique qu'il s'agit à la fois d'une question de compétence et de recevabilité.[563] Dix ans plus tard, la question fait encore l'objet de débats dans l'affaire *RREEF v. Spain*. À cette occasion, le tribunal, ayant entendu les arguments des deux parties, se contente d'indiquer :

> *The Tribunal agrees on the first proposition: such an objection bears upon the admissibility of the claim, not on the jurisdiction (or competence) of the Tribunal to deal with it*[564]

---

[559] *Entraide judiciaire en matière pénale*, *supra* note 232, para 49, sous réserve des considérations évoquées *infra* 213.

[560] *Qatar c. Bahreïn*, Compétence et recevabilité (1995), *supra* note 556, para 31, 35.

[561] *Lockerbie (Libye c. Royaume-Uni)*, Exceptions préliminaires, *supra* note 557, para 21.

[562] Voir notamment GATTINI A., *Jurisdiction* ratione temporis *in International Investment Arbitration* in *The Law & Practice of International Courts and Tribunals*, Vol. 16/2017, 139-158, 145 ; HEISKANEN, *supra* note 31, 241.

[563] *Telefónica S.A. v. The Argentine Republic*, ICSID Case No ARB/03/20, Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction, May 25th 2006, para 93.

[564] *RREEF Infrastructure (G.P.) Limited and RREEF Pan-European Infrastructure Two Lux S.à r.l. v. Kingdom of Spain*, ICSID Case No ARB/13/30, Decision on Jurisdiction, June 6th 2016, para 225.

Aucune explication précise quant au raisonnement n'est proposée. Cette décision, relativement récente, reprend l'approche adoptée par le tribunal dans l'affaire *Biwater Gauff*, elle-même reprise dans *Hochtief v. Argentina* [565]:

> *In the Arbitral Tribunal's view, however, properly construed, this six-month period is procedural and directory in nature, rather than jurisdictional and mandatory. Its underlying purpose is to facilitate opportunities for amicable settlement. Its purpose is not to impede or obstruct arbitration proceedings, where such settlement is not possible*[566]

Elle contredit toutefois d'autres tribunaux qui se prononcent dans le sens inverse. À titre d'exemple, tant l'affaire *Enron v. Argentina*[567] que l'affaire *Wintershall v. Argentina*[568] consacrent ces délais comme des questions de compétence. De même, les arbitres dans l'affaire *Daimler v. Argentina* écrivent :

> *All BIT-based dispute resolution provisions, on the other hand, are by their very nature jurisdictional. The mere fact of their inclusion in a bilateral treaty indicates that they are reflections of the sovereign agreement of two States – not the mere administrative creation of arbitrators. They set forth the conditions under which an investor-State tribunal may exercise jurisdiction with the contracting state parties' consent, much in the same way in which legislative acts confer jurisdiction upon domestic courts. That this is so is particularly evident in the case of the German-Argentine BIT, which describes its dispute resolution process in mandatory and necessarily sequential language*[569]

D'autres encore, sagement peut-être, bottent en touche, affirmant qu'ils parviendraient de toute façon à la même solution dans les deux cas.[570] L'argumentaire principal développé dans les arrêts évoqués ci-dessus est axé sur le fait que ces périodes sont des conditions préalables au consentement. En d'autres termes, il s'agit d'une sorte de test « n'eut été » (*but for*) ; le consentement de l'État est-il donné, n'eut été respecté le délai de carence ? L'argumentaire développé par la CIJ dans les avis portant sur l'*Interprétation des*

---

[565] *Hochtief AG v. The Argentine Republic*, ICSID Case No ARB/07/31, Decision on Jurisdiction, October 24th 2011, para 96.

[566] *Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. v. United Republic of Tanzania*, ICSID Case No ARB/05/22, Award, July 24th 2008, para 343.

[567] *Enron Corporation and Ponderosa Assets, L.P. v. Argentine Republic*, ICSID Case No ARB/01/3, Decision on Jurisdiction, January 14th 2004, para 88.

[568] *Wintershall v. Argentina*, *supra* note 558, para 115.

[569] *Daimler v. Argentina*, *supra* note 290, para 193.

[570] *Mohammad Ammar Al-Bahloul v. Republic of Tajikistan*, SCC Case No V(064/2008), Partial Award on Jurisdiction and Liability, 156.

traités de paix apporte une réponse pertinente : « [l]a Cour est appelée à interpréter les traités, non à les réviser »[571]. De la même manière, on ne répare pas les manquements d'un investisseur à une obligation lui incombant (pour les cas où il s'agit effectivement d'une obligation) en modifiant les termes par lesquels un État donne son consentement. Par ailleurs, le caractère crucial de ces délais au regard du consentement est parfois retenu dans la jurisprudence du CIRDI.[572] Pour toutes ces raisons, et malgré une jurisprudence pouvant aller dans l'autre sens, il doit être conclu qu'il s'agit d'une question de compétence, et non de recevabilité.

Un dernier point doit brièvement être abordé ici, concernant la possibilité pour les tribunaux de passer outre (*waive*) ce délai. Dans l'affaire *Daimler v. Argentina* par exemple, le tribunal s'interroge sur le point suivant : « *whether it would be futile to require the Claimant to do so under the circumstances* »[573]. Dans l'affirmative, le délai de dix-huit mois n'aurait pas à être respecté. Même son de cloche dans une affaire antérieure devant la Chambre de Commerce de Stockholm, l'affaire *Mohammad Ammar Al-Bahloul v. Tajikistan* :

> *Thus, it seems clear that Respondent was not interested in settling the dispute amicably. Insisting on compliance with the three-month [cooling-off] period thus would be an unnecessary formality*[574]

De manière générale[575], il est accepté que lorsque le processus envisagé dans le cadre de ce délai de carence est futile ou voué à l'échec, il n'est pas nécessaire de le respecter.

Lié à ce point, il est argué par différents auteurs qu'une des caractéristiques de la recevabilité (par opposition à la compétence) est la possibilité de réparer certains défauts y relatifs. Dans les mots d'AMERASINGHE :

> *An important consequence of the distinction is that in a case where the Court has no* compétence *in a dispute, the defect cannot be cured in relation to that particular dispute as framed and presented to the Court, given the governing instruments concerned, while in a case*

[571] *Interprétation des traités de paix*, Deuxième phase, *supra* note 46, 228-229.

[572] *Tulip Real Estate and Development Netherlands B.V. v. Republic of Turkey*, ICSID Case No ARB/11/28, Decision on Bifurcated Jurisdictional Issue, March 5th 2013, para 72.

[573] *Daimler v. Argentina*, *supra* note 290, para 190.

[574] *Al-Bahloul v. Tajikistan*, Partial Award on Jurisdiction and Liability, *supra* note 570, 155.

[575] Voir notamment *Application de la convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (Géorgie c. Fédération de Russie)*, Exceptions préliminaires, Arrêt, CIJ Recueil 2011, 70, para 159 et références ; *Biwater Gauff v. Tanzania*, *supra* note 566, para 343.

> *where the matter is inadmissible, it is possible that the defect may be cured, especially if the defect is of a procedural nature*[576]

Cet argumentaire peut sembler en porte-à-faux avec l'approche présentée ici, faisant du délai de carence une question de compétence. Comment justifier le pouvoir passer outre ce délai, alors même que celui-ci est catégorisé comme relevant de la compétence ? Une réponse à ce sujet peut être articulée en deux points. D'une part, comme souligné ci-dessus[577], il est restrictif de catégoriser ces deux notions ainsi. Il est possible, notamment par le biais du *forum prorogatum*, de renoncer de manière définitive à une objection à la compétence, ce défaut peut être guéri par la simple acceptation de l'État défendeur.[578] À l'inverse, certains points de recevabilité ne sont pas à la libre disposition des parties, qui ne peuvent les passer outre malgré leur volonté en ce sens.[579] D'autre part, même en acceptant la distinction ci-dessus, la possibilité de passer outre le délai de carence ne remet pas en question sa classification comme une question de compétence. La question de la futilité du délai de carence fait partie de la règle elle-même. Cette règle impose le délai de carence sous réserve que l'objectif de celui-ci soit réalisable. Il s'agit d'une obligation de moyens. Dès lors, si la futilité du délai est reconnue, le tribunal ne passe pas tant outre une condition de compétence qu'il n'applique simplement cette même règle.

En résumé, malgré l'apparence que peuvent prendre les délais de carence, ils ne doivent pas être abordés comme une question de recevabilité. Ils sont, en général, condition du consentement, et non pas une simple règle liée au caractère approprié de la demande. Une mauvaise classification de ce type de condition pouvant emporter des conséquences importantes[580], une attention particulière à la distinction de la part des juridictions est indiquée.

C) L'épuisement des voies de recours internes

Parfois confondue ou assimilée aux catégories précédentes[581], une troisième catégorie d'exceptions préliminaires concerne l'épuisement préalable des voies de recours. En préambule, il est important de souligner la différence cruciale de nature entre les affaires interétatiques et celles asymétriques. Dans le premier cas, l'épuisement des voies de recours n'incombe pas directement à la partie à la procédure interétatique. Notamment en raison de l'immunité de juridiction

---

[576] AMERASINGHE, *Specific International Tribunals*, *supra* note 27, 112. Voir également GATTINI, *supra* note 562, 139, 151.

[577] Voir *supra* 129.

[578] AMERASINGHE, considérant que le *forum prorogatum* est une question de recevabilité, est cohérent sur ce point, AMERASINGHE, *Jurisdiction of International Tribunals*, *supra* note 27, 198.

[579] Voir *supra* 129.

[580] Voir *infra* 350.

[581] BRAUCH M. D., *Exhaustion of Local Remedies in International Investment Law* in *IISD Best Practices Series*, 2017, 1-29, 17-18.

dont jouissent les États[582], il n'est pas attendu d'eux qu'ils fassent part de leurs griefs devant les tribunaux internes de l'autre partie au litige. À titre d'exemple, il ne serait pas attendu de la France qu'elle plaide sa cause devant des tribunaux norvégiens avant d'être autorisée à porter son affaire devant la CIJ. Il n'existe pas d'obligation d'épuisement des négociations diplomatiques non plus.[583] À l'inverse, c'est précisément la situation qui existe lors de litiges asymétriques. Qu'il s'agisse de tribunaux de droits humains ou d'arbitrage d'investissement, c'est à une partie au litige, le particulier, que l'épuisement préalable des voies de recours est demandé. Le recourant ou l'investisseur n'est certes pas nécessairement partie à l'instrument par lequel l'État donne initialement son consentement[584], mais il l'est à la procédure qui s'ensuit. Cette distinction implique que, sur cette question, les raisonnements des juridictions ne peuvent être rapprochés qu'avec beaucoup de précautions. Ce *caveat* posé, la casuistique des juridictions peut être présentée.

Concernant la CIJ, la question de l'épuisement des voies de recours se pose avant tout dans les situations de protection diplomatique. Dans ces cas, un État prend fait et cause pour l'un de ses ressortissants, élevant une prétention qui pourrait n'être que contractuelle au niveau d'une prétention de droit international public.[585] La question est donc de savoir si l'exigence que le ressortissant épuise préalablement les voies de recours internes ressortit à la compétence ou à la recevabilité. L'affaire de l'*Interhandel* fournit un exemple de premier choix. La Cour y requalifie *proprio motu* une objection à sa compétence en une exception de recevabilité. Parlant de l'épuisement des voies de recours devant les tribunaux étatsuniens, elle indique :

> *Bien que visant la compétence de la Cour, cette exception doit être considérée comme dirigée contre la recevabilité de la requête du Gouvernement suisse. En effet, par sa nature, elle se présente comme un moyen qui deviendrait sans objet au cas où serait remplie la condition d'épuisement préalable des recours internes*[586]

Cette classification est ensuite confirmée dans les affaires subséquentes.[587] Cette approche est convaincante, malgré un raisonnement initial peu persuasif.

---

[582] Voir notamment *Immunités juridictionnelles de l'État (Allemagne c. Italie ; Grèce (intervenant))*, Arrêt, CIJ Recueil 2012, 99, para 58.

[583] *Frontière terrestre et maritime (Cameroun c. Nigéria)*, Exceptions préliminaires, *supra* note 469, para 56.

[584] Il n'est pas exigé des recourants qu'ils soient personnellement parties à la CEDH, de même qu'il n'est pas n'exigé des investisseurs qu'ils soient parties aux TBIs.

[585] AMERASINGHE C. F., *Local Remedies in International Law*, 2nd ed., Cambridge, Cambridge University Press, 2004, 57 ; voir *supra* 75.

[586] *Interhandel (Suisse c. États-Unis d'Amérique)*, Exceptions préliminaires, Arrêt, CIJ Recueil 1959, 6, 26.

[587] *Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI) (États-Unis d'Amérique c. Italie)*, Arrêt, CIJ Recueil 1989, 15, para 49 ; *LaGrand (Allemagne c. États-Unis d'Amérique)*, Arrêt, CIJ Recueil 2001, 466, para 60 ; *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c. Belgique)*, Arrêt, CIJ Recueil 2002, 3, para

Les explications fournies dans l'affaire *Interhandel* sont particulièrement maigres, et peuvent, par analogie, attribuer n'importe quelle condition préalable à la catégorie de « recevabilité ». Par essence, toute objection liée à une condition préalable (ici, l'épuisement préalable des voies de recours) devient sans objet lorsque cette condition est remplie. C'est plutôt le lien entre la demande elle-même et le consentement qu'il faut interroger. Or, en l'espèce, le fait que les voies de recours ne soient pas été préalablement épuisées est davantage lié à la légitimité de la demande de l'individu qu'à la délimitation du consentement des États. Les deux demandes (celles de l'individu devant les tribunaux internes et celle de l'État devant la juridiction internationale) sont distinctes du point de vue des parties impliquées, tout comme du point de vue des fondements légaux des demandes. Sur cette base, on ne peut légitimement considérer que l'épuisement préalable des voies de recours ressortit à la compétence de la Cour.

Cette approche est également adoptée à plusieurs reprises dans le cadre de la CNUDM. Ainsi, dans l'affaire *Saiga No 2*, le TIDM se penche sur l'épuisement préalable des voies de recours dans son analyse de la recevabilité.[588] Cela étant, comme c'est le cas devant la CIJ, il s'agit là non pas de l'épuisement des voies de recours par l'une des parties au litige, mais bien par un particulier dont l'État assure la protection diplomatique. Comme indiqué dans cette affaire :

> *[Guinea] contends that these claims are inadmissible because the persons concerned did not exhaust local remedies, as required by article 295 of the Convention*[589]

Une approche identique est adoptée quinze ans plus tard, dans l'affaire *Virginia G*.[590] Dans cette affaire, le Tribunal prend le soin de souligner le lien entre la protection diplomatique et l'épuisement des voies de recours. S'agissant d'une affaire interétatique :

> *It is a well-established principle of customary international law that the exhaustion of local remedies is a prerequisite for the exercise of diplomatic protection*[591]

Le Tribunal précise même que s'il s'agit de la violation directe des droits d'un État (plutôt qu'une situation de protection diplomatique), la règle d'épuisement des voies de recours n'est pas applicable.[592] La jurisprudence du

40 ; *Ahmadou Sadio Diallo (République de Guinée c. République démocratique du Congo)*, Exceptions préliminaires, Arrêt, CIJ Recueil 2007, 582, para 48.

588 *« SAIGA » (No. 2)*, *supra* note 482, para 89-102.

589 *Ibid.*, para 89.

590 *Navire « Virginia G » (Panama c. Guinée-Bissau)*, Arrêt, TIDM Recueil 2014, 4, para 130-160.

591 *Ibid.*, para 153.

592 *Ibid.*, para 154.

TIDM est encore confirmée plus récemment, dans l'affaire *Norstar*.[593] Enfin, toujours dans le cadre de la CNUDM, mais devant la CPA cette fois, les arbitres répètent l'approche désormais ancrée, selon laquelle : « *[t]he exhaustion of local remedies is a requirement under international law when a State is exercising diplomatic protection* »[594]. La question est à nouveau abordée dans le cadre de la recevabilité de la requête.

Comme précisé ci-dessus, le CIRDI traite de situations différentes. C'est cette fois l'investisseur lui-même qui est partie à l'arbitrage international, et c'est de lui qu'est exigé l'épuisement préalable des voies de recours. Conceptuellement, l'épuisement des voies de recours devant les tribunaux du CIRDI peut davantage être rapproché de la négociation préalable ou des délais de carence que ne le peut celui devant la CIJ, même s'il ne faut pas confondre les deux concepts. Le critère d'épuisement préalable des voies de recours sert le même but que ces deux autres conditions, soit permettre aux deux parties à la procédure de parvenir à un accord en amont.[595] Une fois distingué des questions abordées ci-dessus[596], il est difficile de trouver des tribunaux ayant discuté l'épuisement des voies de recours dans le cadre de la recevabilité.[597] Quelques cas existent toutefois. Ainsi, les arbitres de *İçkale İnşaat Limited Şirketi v. Turkmenistan* affirment :

> *Any objection raised on the basis of alleged non-compliance by an investor with any of the required procedural steps must be characterized as an objection to the admissibility of the claim rather than as an objection to the tribunal's jurisdiction. A claim that has not been first submitted to local courts may be said to be inadmissible before an international tribunal on grounds that it is not yet ripe for such submission as all the required procedural steps have not yet been taken*[598]

---

[593] *Navire « Norstar » (Panama c. Italie)*, Exceptions préliminaires, Arrêt, TIDM Recueil 2016, 44, para 264-273.

[594] *The Duzgit Integrity Arbitration*, *supra* note 489, para 147.

[595] *Siemens A.G. v. The Argentine Republic*, ICSID Case No ARB/02/8, Decision on Jurisdiction, August 3rd 2004, para 104 ; SCHREUER, MALINTOPPI, REINISCH & SINCLAIR, *supra* note 30, 402-404 ; ADLER M. H., *The Exhaustion of the Local Remedies Rule after the International Court of Justice's Decision in ELSI* in *The International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 39/1990, 641-653, 641.

[596] Voir notamment *Gas Natural v. Argentina*, Decision of the Tribunal on Preliminary Questions on Jurisdiction, *supra* note 558, para 30, qui distingue de manière pertinente le délai de carence de l'épuisement des voies de recours.

[597] On pourrait interpréter le fait que la question soit abordée dans le chapitre de la recevabilité de l'affaire *Saipem v. Bangladesh* comme allant dans ce sens. Cependant, le tribunal ne tranche explicitement pas la question de savoir s'il s'agit d'un élément de recevabilité ou de compétence, *Saipem S.p.A. v. The People's Republic of Bangladesh*, ICSID Case No ARB/05/07, Decision on Jurisdiction and Recommendation of Provisional Measures, March 21st 2007, para 151.

[598] *İçkale İnşaat Limited Şirketi v. Turkmenistan*, ICSID Case No ARB/10/24, Award, March 8th 2016, para 242.

Ce raisonnement fait toutefois l'objet d'une vive opposition de la part d'un des arbitres.[599] Le même déroulement est présent dans l'affaire *Ambiente Ufficio v. Romania*, dans laquelle le tribunal affirme que la question doit être traitée sous l'angle de la recevabilité[600], tandis qu'une opinion dissidente refuse cette catégorisation.[601] À l'inverse, le tribunal dans l'affaire *Ömer Dede and Serdar Elhüseyni v. Romania* se déclare incompétent en raison du non-respect des conditions préalables faisant naître la compétence.[602] Ce tribunal précise néanmoins que les demandeurs sont libres de présenter à nouveau leur requête une fois ces conditions préalables remplies.[603] STERN adopte la même approche dans une opinion dissidente, considérant l'épuisement des voies de recours comme une question de compétence. Elle y précise que cette condition préalable est un élément nécessaire du consentement de l'État, et c'est seulement lorsqu'elle est remplie qu'un droit à l'arbitrage naît.[604]

Le schisme entre la CIJ et la CNUDM d'une part, et le CIRDI, d'autre part, met en évidence une distinction importante dans le traitement de la compétence et de la recevabilité. C'est bel et bien lorsque la condition préalable représente une condition *sine qua non* du consentement qu'elle est traitée comme un élément lié à la compétence. Pour le surplus, des indices à ce sujet peuvent être trouvés dans le rôle qu'a une condition préalable par rapport au tribunal. S'agit-il d'une simple exigence procédurale, voire d'une question se rapprochant du fond ? Ou au contraire, cette condition fait-elle partie intégrante de la limitation posée par l'État à la justiciabilité des litiges le concernant ?

D) *La recevabilité : une catégorie résiduelle ?*

Les développements présentés font néanmoins naître une interrogation. Si la plupart de ces éléments relève de la compétence parce qu'ils conditionnent le consentement, quelle place reste-t-il à la recevabilité ? Quelles situations en ressortissent ?

Comme identifié ci-dessus[605], la recevabilité a avant tout trait au caractère approprié des demandes. Le tribunal dans l'affaire *Supervisión y Control v. Costa Rica* s'essaie à une définition de la recevabilité de la manière suivante :

---

[599] *İçkale İnşaat Limited Şirketi v. Turkmenistan*, ICSID Case No ARB/10/24, Award (Sands Dissenting), March 8th 2016, para 3-11.

[600] *Ambiente Ufficio v. Argentina*, Decision on Jurisdiction and Admissibility, *supra* note 279, para 575.

[601] *Ambiente Ufficio S.P.A. and others (formerly Giordano Alpi and others) v. Argentine Republic*, ICSID Case No ARB/08/9, Decision on Jurisdiction and Admissibility (Torres Bernardez Dissenting), February 8th 2013, para 10.

[602] *Ömer Dede And Serdar Elhüseyni v. Romania*, ICSID Case No ARB/10/22, Award, September 5th 2013, para 229-233, 262-262.

[603] *Ibid.*, para 275.

[604] *Impregilo v. Argentina*, Award (Stern Concurring and Dissenting), *supra* note 56, para 52.

[605] Voir *supra* 129.

> *Admissibility's characteristics are the following: (i) it affects the claims themselves and not the entire dispute itself submitted to arbitration; (ii) the relevant time period for its analysis starts from the beginning of the arbitration proceedings until the rendering of the award; and (iii) in general, conditions and requirements can be renounced by the parties*[606]

De manière concrète, quelques exemples concernant la recevabilité d'une demande existent.

Outre l'épuisement préalable des voies de recours dans les litiges interétatiques mis en évidence ci-dessus[607], la nationalité des réclamations est aussi considérée comme une question de recevabilité par la CIJ.[608] À nouveau, il s'agit d'une question de protection diplomatique, et c'est le lien entre l'investisseur et un État qui est au centre de la question de la recevabilité, plutôt que le rapport direct entre les deux États ou entre les États et la Cour. Comme indiqué dans *Achmea v. Slovak Republic* :

> *The key element to determine the jurisdictional character of an objection is assessing whether it addresses the Parties' consent to the relevant dispute settlement mechanism, and the scope of such consent*[609]

À l'inverse, si le consentement n'est pas conditionné par un point, celui-ci est à traiter comme une question de recevabilité.

D'autres questions sont parfois attribuées à la recevabilité. À titre d'exemple, la jurisprudence de la CIJ a pu faire entrer le *locus standi* dans cette catégorie plutôt que dans la compétence. Dans l'affaire de l'*Obligation de poursuivre ou d'extrader*, la qualité pour agir de la Belgique est contestée par le Sénégal.[610] Or, c'est bien sous le titre « Recevabilité des demandes de la Belgique » que la question est examinée.[611] La même réflexion que celle concernant l'épuisement préalable des voies de recours peut être faite. Deux questions distinctes se posent concernant la possibilité pour une partie d'apparaître devant une juridiction donnée. La première est de savoir si la Cour est compétente *ratione personae*, et la seconde est de savoir s'il existe un *locus standi*. La première situation concerne directement le consentement de l'État, en ce qu'il conditionnerait celui-ci à certaines parties précises. En arbitrage CIRDI,

---

[606] *Supervisión y Control v. Costa Rica*, *supra* note 486, para 273.

[607] Voir *supra* 147.

[608] *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Nouvelle requête : 1962) (Belgique c. Espagne)*, Deuxième phase, Arrêt, CIJ Recueil 1970, 3, para 3.

[609] *Achmea v. Slovak Republic*, Award on Jurisdiction and Admissibility, *supra* note 498, para 116.

[610] *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader (Belgique c. Sénégal)*, Arrêt, CIJ Recueil 2012, 422, para 64.

[611] *Ibid.*, 448.

il s'agit par exemple d'un investisseur de l'autre État partie au TBI[612], et concernant les litiges interétatiques, il peut simplement être question d'un autre État ou d'un autre État également signataire de la convention dans laquelle se trouve la clause compromissoire. Dans ces deux situations, le consentement de l'État est conditionné par la nature de l'autre partie. À l'inverse, la situation de *locus standi* se rapproche davantage de la recevabilité. En particulier, il s'agit cette fois d'une particularité de la demande. La question est de savoir si l'État a un lien suffisant avec la demande examinée. En ceci, le raisonnement de la CIJ est cohérent avec celui qu'elle adopte concernant l'épuisement des voies de recours. L'analyse menée est plus proche du fond et des caractéristiques particulières de la demande que des conditions dans lesquelles l'État a consenti.

De manière plus large, la place ménagée à la recevabilité dans la catégorisation faite ci-dessus reste importante. Il est toutefois plus difficile de proposer des solutions générales *ex ante* concernant la recevabilité que concernant la compétence. La compétence est volontiers catégorisée et discutée sur un nombre relativement limité de points. Celle-ci étant liée au *forum* devant lequel la demande est faite, une jurisprudence peut se développer. À l'inverse, la recevabilité étant liée aux caractéristiques de la demande, une approche au cas par cas est justifiée. Au-delà des suggestions ci-dessus, la recevabilité est exprimée en des termes plus abstraits. Comme l'indique la CIJ :

> *Une exception à la recevabilité consiste à affirmer que, quand bien même la Cour serait compétente et les faits exposés par l'État demandeur seraient tenus pour exacts, il n'en existe pas moins des raisons pour lesquelles il n'y a pas lieu pour la Cour de statuer au fond*[613]

Cette jurisprudence est d'ailleurs reprise de manière systématique lorsque la Cour doit préciser la notion.[614] De même, le tribunal dans l'affaire *Daimler v. Argentina* écrit :

> *In the domestic context, admissibility requirements are judicially constructed rules designed to preserve the efficiency and integrity of court proceedings. They do not expand the jurisdiction of domestic courts. Rather, they serve to streamline courts' dockets by striking out matters which, though within the jurisdiction of the courts, are for one*

[612] Plus précisément, il s'agira d'un « ressortissant d'un autre État contractant […] en relation directe avec un investissement », article 25 §1 de la Convention CIRDI.

[613] *Plates-formes pétrolières*, Arrêt, *supra* note 517, para 29.

[614] *Délimitation du plateau continental entre le Nicaragua et la Colombie*, Exceptions préliminaires, *supra* note 532, para 48.

> *reason or another not appropriate for adjudication at the particular time or in the particular manner in question*[615]

Ces « raisons » sont de nature plus variée, et c'est dans les faits de chaque cas que des questions de recevabilité peuvent être trouvées.

Conclusion

Peu avant la création de l'OMC, le terme de « zone grise » s'est développé sous le GATT. Celui-ci désigne les mesures qui, sans être clairement en contradiction avec le texte de l'accord, sont d'une licéité douteuse ou dont la licéité ne peut pas être évaluée par des juges.[616] Les États adoptant ce type de pratiques cherchent précisément à bénéficier de l'ambiguïté des règles ou de leur non-justiciabilité. La jurisprudence mise en évidence dans ce chapitre montre les mêmes caractéristiques que les mesures de cette époque. Une incertitude demeure, volontaire ou non, dans la catégorisation des notions, qu'il s'agisse d'une comparaison de la jurisprudence de deux *fora* différents, ou de deux arrêts d'une même juridiction. C'est muni de ce *caveat* qu'une conclusion peut être offerte. Dans les sections précédentes, des points relevant principalement de la compétence sont identifiés. Néanmoins, les développements rendent clair le peu de conception commune existant sur le sujet. Les arbitres et les juges illustrent ici bien l'adage « deux juristes, trois opinions ». Dès lors, les clefs de compréhension fournies ont nécessairement une portée limitée. Il n'existe pas de communauté épistémique sur ces questions et le futur réserve vraisemblablement bien d'autres décisions dans un sens comme dans l'autre.

Ces considérations à l'esprit, un point saillant mérite une conclusion globale. Dans ce chapitre, la distinction entre le consentement et la recevabilité est cruciale, au service du thème de ce texte, le consentement. Il est ici important de revenir sur l'essence de l'interaction entre le consentement ces deux notions.

Dans la première partie, deux niveaux de consentement sont identifiés lors de l'analyse du paradigme prévalant en droit international. Il s'agit du consentement à la compétence tel qu'actuellement conçu, d'une part, et du consentement à un dogme, d'autre part.[617] Ici, plutôt que d'élargir le consentement à la compétence, de regarder le cercle concentrique plus large qu'est le système de pensée, il est distingué du cercle concentrique plus petit, la recevabilité. Si la notion de consentement à la compétence est contenue dans le consentement à son dogme, la notion de recevabilité découle, à son tour, du consentement à la compétence. Il n'est pas possible de considérer que la

[615] *Daimler v. Argentina*, *supra* note 290, para 192.

[616] Voir notamment l'explication donnée dans ABDELMALKI L. & SANDRETTO R., *Le commerce international : Analyses, institutions et politiques des États*, Louvain-la-Neuve, De Boeck Supérieur, 2017, 171-172.

[617] Voir *supra* 93.

recevabilité n'a rien à voir avec le consentement. Au contraire, c'est plutôt qu'elle en est une question subsidiaire. Analysant sa compétence, la juridiction se penche sur les limites du consentement tel qu'octroyé par les États devant elle. Lorsqu'ils analysent la recevabilité d'une requête, les juges tirent toujours leur légitimité du consentement, mais ils se penchent sur des détails n'ayant pas fait partie des conditions *sine qua non* de l'octroi de leur compétence. Ils s'interrogent sur les particularités de la demande plutôt que leur possibilité d'intervenir dans la procédure sur la base d'une attribution de compétence. En ceci, la recevabilité peut être distinguée de la compétence au regard du consentement.

Chapitre 2 : Les modulations du consentement

Why do we have to have evil? Ah, I think it's something to do with free will.[618]

Après avoir établi le cadre procédural dans lequel le consentement interagit sur la compétence, c'est sur l'étendue de cette interaction qu'il convient de se pencher. Dans ce chapitre, il ne s'agit plus d'établir les mécanismes procéduraux relatifs au consentement, mais plutôt les modulations et les limites possibles à l'objet du litige porté devant la juridiction. La première partie de ce travail établit que le consentement à la compétence est dans une large mesure basé sur un paradigme ascendant.[619] Cela étant, quelques exceptions à ce paradigme sont brièvement évoquées[620], et c'est ici l'occasion de revenir dessus de manière plus approfondie.

Dans ce chapitre, l'accent est mis sur le fait que les États peuvent souhaiter moduler leur consentement, mais n'ont pas une liberté totale de le faire. Cette question est abordée sur deux plans. Dans un premier temps, il convient d'évaluer dans quelle mesure certains pouvoirs des juridictions peuvent être indépendants du consentement exprès des États. Les cours et tribunaux disposent en effet d'un certain nombre de pouvoirs par défaut, des pouvoirs *ancillaires*, et le consentement des États n'est pas nécessaire pour que celles-ci affirment leur compétence sur ces points. Il est également nécessaire de nuancer la compréhension de ces pouvoirs prévalant actuellement, pour distinguer les pouvoirs *implicites* des pouvoirs *inhérents*. Quels sont les pouvoirs dont les juridictions disposent par défaut, et lesquels ne peuvent pas du tout leur être retirés, malgré une volonté expresse des États en ce sens ?

À la suite de cela, les limites usuelles posées par les juridictions au consentement sont présentées. En particulier, deux aspects sont abordés, les limites *ratione temporis* et *ratione materiae*. Il s'agit là de questions liées à l'objet du litige. Quels complexes de faits peuvent être étudiés par des juridictions en fonction des modulations du consentement ? Quelle est la situation par défaut d'un point de vue temporel et matériel, et les parties peuvent-elles y déroger ?

[618] MONTY PYTHON, *Time Bandits*, 1981.

[619] Voir *supra* 84.

[620] Voir *supra* 91.

Section I Les pouvoirs ancillaires des juridictions

> *Ni le Statut, ni le Règlement ne contiennent aucune disposition relative à la procédure à suivre dans le cas où la juridiction serait contestée* in limine litis. *Dans ces circonstances, la Cour est libre d'adopter la règle qu'elle considère comme la plus appropriée à la bonne administration de la justice, à la procédure devant un tribunal international, et la plus conforme aux principes fondamentaux du droit international*[621]

Par cette citation, la CIJ met en évidence un point important, soit la marge de manœuvre qu'elle a, plus ou moins indépendamment d'un consentement explicite et direct. Le consentement, comme établi ci-dessus, est lié à la compétence d'une juridiction donnée. Cela étant, la nature de cette interaction est plus subtile qu'elle ne peut le paraître. Il peut être admis, sur le principe, que le consentement implique la compétence de la juridiction, et l'absence de consentement l'en prive.[622] Il s'agit là d'un raisonnement binaire ; il n'existe pas de zone de « semi-consentement » par exemple. Cela étant l'étendue exacte de ce consentement est sujette à discussion de deux points de vue. D'une part, et c'est l'objet de cette section, l'étendue des pouvoirs du tribunal n'est pas nécessairement limitée à ce qui transparaît explicitement du document dans lequel le consentement est consigné. D'autre part, et c'est le thème de la section suivante, certaines limites peuvent être imposées à la libre disposition du consentement par les États, malgré leur volonté expresse.

Pour cette section, c'est la question du sous-texte du consentement, des éléments non-dits, qui est pertinente. Plus précisément, les questions de la compétence ancillaire, implicite et inhérente sont abordées. Dans un premier temps, une brève définition des notions est proposée, pour les distinguer les unes des autres, avant de s'intéresser à des situations pratiques relevant de ces questions. Au sein de celles-ci, les spécificités de certains pouvoirs au regard du consentement à la compétence sont abordées, par exemple un seuil d'exigence plus bas, ou les risques d'extension du consentement au-delà de ce que les parties pourraient souhaiter.

Deux *caveats* utiles à la compréhension de la section qui suit s'imposent. D'une part, les termes « pouvoir » et « compétence » sont utilisés de manière interchangeable. Ainsi, un « pouvoir inhérent » a le même sens qu'une « compétence inhérente ». Par ailleurs, et cet aspect surprendra peut-être un lecteur familier avec les notions de pouvoirs « implicite » et « inhérent », celles-ci sont recatégorisées. Une doctrine non négligeable se référant à ces termes

[621] *Mavrommatis*, Exception d'incompétence, *supra* note 4, 16.

[622] *Carélie orientale*, *supra* note 479, 27.

existe.[623] Néanmoins, en raison du sens grammatical s'attachant à ces mots, cette doctrine les utilise majoritairement de manière peu judicieuse.

§ I. Compétences ancillaire, implicite et inhérente : une distinction

Le point de départ de cette réflexion peut être trouvé dans la jurisprudence de la CIJ. Comme la Cour l'écrit en 1963,

> *Il y a des limitations inhérentes à l'exercice de la fonction judiciaire dont la Cour, en tant que tribunal, doit toujours tenir compte. Il peut ainsi y avoir incompatibilité entre, d'un côté, les désirs d'un demandeur ou même des deux parties à une instance et, de l'autre, le devoir de la Cour de conserver son caractère judiciaire*[624]

La Cour réitère ce propos de manière plus détaillée en 1974 en ces termes :

> *Il convient de souligner que la Cour possède un pouvoir inhérent qui l'autorise à prendre toute mesure voulue, d'une part pour faire en sorte que, si sa compétence au fond est établie, l'exercice de cette compétence ne se révèle pas vain, d'autre part pour assurer le règlement régulier de tous les points en litige ainsi que le respect des « limitations inhérentes à l'exercice de la fonction judiciaire » de la Cour et pour « conserver son caractère judiciaire »*[625]

Par ces deux citations, la CIJ met en évidence l'existence d'un lien irréductible entre certains pouvoirs, qu'ils soient « implicites » ou « inhérents » et la fonction judiciaire. L'étude de ceux-ci fait l'objet de la présente section.

La première interrogation pouvant survenir en discutant de la différence entre les compétences implicite et inhérente est l'utilité de leur distinction. Différents auteurs utilisent l'une ou l'autre de manière interchangeable, et parviennent tout à fait à transmettre leurs idées ainsi.[626] Dans le cadre d'une

---

[623] Voir par exemple PAPARINSKIS M., *Inherent Powers of ICSID Tribunals: Broad and Rightly so* in *Investment Treaty Arbitration and International Law* [LAIRD Ian/WEILER Todd ed.], New York, JurisNet, 2012, 11-42 ; BROWN C., *Inherent Powers in International Adjudication* in *The Oxford Handbook on International Adjudication* [ROMANO Cesare P. R./ALTER Karen J/AVGEROU Chrisanthi ed.], Oxford, Oxford University Press, 2013, 829-847 ; WEISS F., *Inherent Powers of National and International Courts* in *The WTO Dispute Settlement System, 1995-2003* [ORTINO Federico/PETERSMANN Ernst-Ulrich ed.], The Hague, Kluwer Law International, 177-190 ; MITCHELL A. D. & HEATON D., *The Inherent Jurisdiction of WTO Tribunals: The Select Application of Public International Law Required by the Judicial Function* in *Michigan Journal of International Law*, Vol. 31/2010, 559-619 ; ROSENNE S., *Interpretation, Revision, and Other Recourse from International Judgments and Awards*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2007.

[624] *Cameroun Septentrional*, Exceptions préliminaires, *supra* note 493, 29.

[625] *Essais nucléaires*, Arrêt, *supra* note 441, para 23.

[626] Voir par exemple SHANY, *supra* note 29, 153 ; WÄLDE T. W., *'Equality of Arms' in Investment Arbitration: Procedural Challenges* in *Arbitration Under International Investment Agreements: A Guide to the Key Issues* [YANNACA-SMALL Katia ed.], Oxford, Oxford University Press, 2010, 161-188, 182 ; SHELTON D.,

étude portant sur le consentement, il est cependant indispensable d'opérer une démarcation. Les mots « implicite » et « inhérent » n'ayant pas le même sens, ils emportent des conséquences différentes en lien avec le consentement. BISMUTH, discutant de la question à l'aune de l'arbitrage d'investissement, met en évidence le problème de la distinction entre les deux notions.[627] Toutefois, en raison de l'absence de définition appropriée, il en vient simplement au constat suivant :

> *It is difficult, however, to determine to what extent a court or tribunal may implement the 'inherent powers' theory so as to act* contra legem *and blatantly contradict its constituent instruments*[628]

Par une redéfinition des termes, ce questionnement est résolu dans cette section et la suivante.

La compétence implicite, tout d'abord, signifie une compétence « sous-entendue »[629]. Par voie de conséquence, elle est le corollaire non dit d'un autre message transmis. Si Tahani transmet un message implicite à Hei, elle transmet une information (qu'elle soit verbale ou non), qui elle-même contient une autre information. L'idée de la compétence implicite suit ce raisonnement. L'État, par un acte quelconque[630], donne son consentement à une juridiction en certains termes. La question est de savoir si le consentement est limité de manière totalement exhaustive à ce qui a été indiqué, ou si par son consentement, il transmet également d'autres pouvoirs à la juridiction, des compétences implicites. Ce raisonnement est basé sur une forme de fonctionnalisme des juridictions.[631] C'est parce qu'elles sont chargées d'une mission plus générale de règlement des différends que le consentement leur donne, de manière ancillaire, d'autres pouvoirs.

La compétence inhérente, à l'inverse, déplace le centre de gravité sur la juridiction elle-même. Il ne s'agit plus de rechercher dans le don du consentement des pouvoirs implicites, mais plutôt de s'intéresser à la juridiction elle-même. La question est là de savoir si, simplement en raison de son statut de juridiction, le tribunal ou la cour est titulaire de certains pouvoirs, sans qu'il soit besoin que l'État les lui cède, même implicitement. La CIJ a théorisé ces pouvoirs dans l'affaire des *Essais nucléaires*. Elle y indique :

Form, Function, and the Powers of International Courts in *Chicago Journal of International Law*, Vol. 9/2009, 537-572, 538.

627 BISMUTH R., *Anatomy of the Law and Practice of Interim Protective Measures in International Investment Arbitration* in *Journal of International Arbitration*, Vol. 26/2009, 773-821, 798.

628 *Ibid.*, 799.

629 ACADÉMIE FRANÇAISE, *Dictionnaire de l'Académie française*, 9ème édition, Vol. 2, Paris, Imprimerie nationale/Fayard, 2000, 368.

630 Voir *supra* 108.

631 *Essais nucléaires*, Arrêt, *supra* note 441, para 23.

> *Un pouvoir inhérent de ce genre, sur la base duquel la Cour est pleinement habilitée à adopter toute conclusion éventuellement nécessaire aux fins qui viennent d'être indiquées, découle de l'existence même de la Cour, organe judiciaire établi par le consentement des États, et lui est conféré afin que sa fonction judiciaire fondamentale puisse être sauvegardée*[632]

La définition des pouvoirs inhérents et implicites proposée ici est quelque peu différente de celle généralement adoptée par les auteurs et les juridictions (lorsqu'ils font une distinction entre les deux).[633] Ce schisme est basé sur l'axe de réflexion de ce texte, soit le consentement. Il permet également de résoudre ce qui apparaît comme un non-sens dans le traitement de certains pouvoirs prétendument « inhérents ». Le terme « inhérent » est fréquemment utilisé, sans pour autant déterminer « à quoi ». Un pouvoir n'est pas inhérent dans l'absolu, il l'est « à quelque chose ». Or, le fait qu'un pouvoir soit inhérent *à une juridiction* doit nécessairement emporter des conséquences qu'un pouvoir implicite n'a pas. Cette idée est également mise en évidence par SHELTON :

> *The inherent attributes of courts, like the design of courtrooms, may derive from the judicial function or the very definition of a court as an independent body giving binding decisions according to law on the questions presented to it*[634]

En d'autres termes, le pouvoir inhérent est consubstantiel à l'idée d'organe juridictionnel, tandis que le pouvoir implicite est simplement une règle standard applicable. En ceci, ABI-SAAB doit être cité, lorsqu'il indique déjà en 1967 :

> *Il est possible […] d'arriver à la conclusion que le Statut et le Règlement sont déclaratoires plutôt que constitutifs des pouvoirs appartenant à la compétence incidente et que, par conséquent, l'énumération de ces pouvoirs dans ces deux instruments n'est pas exhaustive. Il n'en découle pas nécessairement cependant que ces pouvoirs soient inhérents à tout organe juridictionnel, ni que la possession de certains d'entre eux tout au moins soit nécessaire pour qu'un organe acquière un tel caractère. Le fait que ces pouvoirs aient un caractère objectif et que, par conséquent, la Cour puisse les invoquer et les exercer même en l'absence d'autorisation spécifique,*

[632] *Ibid.*, para 23.

[633] Voir notamment PAPARINSKIS, *Inherent Powers*, *supra* note 623 ; BROWN, *supra* note 623, 839-840.

[634] SHELTON, *supra* note 626, 541.

> *n'implique pas nécessairement qu'ils aient un caractère impératif et qu'ils ne puissent être écartés par un commun accord des parties*[635]

S'il utilise le terme « incident », alors que celui d'« implicite » est ici choisi, son raisonnement n'a pas perdu de sa pertinence avec les années.

La distinction peut sembler anecdotique, mais elle renferme une problématique fondamentale au regard du consentement à la compétence : la possibilité ou non pour l'État de priver la juridiction de ces pouvoirs. Dans le cas de la compétence implicite, l'État pourrait, de manière explicite cette fois, la priver de sa compétence sur certains points. À l'inverse, dans le cas de la compétence inhérente, l'État n'aurait pas cette liberté. Toute tentative de priver la juridiction de certaines compétences aurait pour conséquence de la priver par là même de sa fonction judiciaire, et, partant, de son rôle de juridiction.

Cette recatégorisation implique de ne pas nécessairement s'attacher à la nomenclature utilisée dans les textes étudiés. Nombre de cas étudiés ci-dessous font référence à des « pouvoirs inhérents » de la juridiction. Les adjudicateurs ne font toutefois pas nécessairement référence au caractère inhérent tel que défini ici, mais plutôt à l'idée d'« implicite ». Le terme « inhérent » dans le texte sert d'indice pour « implicite », et une réelle catégorisation comme « inhérent » implique une analyse plus approfondie et spécifique. On ne peut présumer légèrement l'impossibilité pour les États de moduler leur consentement.

Un point particulier mérite ici d'être mis en évidence. Comme constaté tout au long de la section suivante, certains pouvoirs pouvant être considérés comme implicites ou inhérents découlent de textes légaux. À titre d'exemple, la compétence de la CIJ en matière de mesures conservatoires découle de l'article 41 de son Statut et les mesures reconventionnelles sont autorisées devant le TIDM par l'article 98 de son Règlement. Cela étant, une distinction existe entre ces deux cas de figure. Dans le premier, la compétence découle directement d'un pouvoir donné par les États. Le Statut de la CIJ étant un traité[636], il est l'expression directe de la volonté des États. En revanche, le Règlement de la Cour, tout comme celui du TIDM, sont des instruments dont l'adoption a été déléguée aux juges, par les articles 30 §1 du Statut de la CIJ et 16 du Statut du TIDM. Il s'agit là de droit dérivé, à l'inverse du droit primaire que sont les statuts ou autres conventions constitutives des diverses juridictions. Il pourrait être argué que ce type de règle a le même statut que celles découlant de la jurisprudence, dans la mesure où leur auteur est le même (les juges). Quelle que soit la réponse à cette problématique, elle n'a toutefois pas une influence importante sur la section à venir, dans la mesure où l'objectif est avant tout de déterminer quels pouvoirs sont inhérents ou implicites par nature. Le cas échéant, il ne suffit pas de déterminer qu'un pouvoir est prévu par un Statut ou

[635] ABI-SAAB, *Les exceptions préliminaires*, *supra* note 12, 88-89.

[636] Le Statut est intégré à la Charte des Nations Unies à travers l'article 92 de celle-ci.

un Règlement, mais il faut s'interroger en amont sur le lien entre ce pouvoir et la fonction judiciaire. En d'autres termes, l'hypothèse selon laquelle ces articles font naître une compétence ne clôt pas la question. Au contraire, il s'agit également de déterminer si ceux-ci ne sont pas simplement déclaratoires. Un pouvoir peut être ancillaire en étant explicitement prévu dans un instrument constitutif. Il n'est néanmoins pas de même nature qu'un pouvoir inhérent, soit un pouvoir qui, indépendamment de sa présence dans un statut ou un règlement, est inséparable de la juridiction.

Enfin, une dernière définition s'impose, celle de la compétence ancillaire. Ici, nul besoin de redéfinition. La catégorie des pouvoirs ancillaires recouvre tout pouvoir transféré de manière incidente à une juridiction. Ainsi, elle couvre à la fois les pouvoirs implicites, les pouvoirs inhérents et tout autre pouvoir transféré incidemment à la juridiction par le simple don d'un consentement sans autre précision.

En résumé, la question centrale de cette section est de savoir si certaines questions sont hors du champ dans lequel le consentement de l'État peut s'exprimer, ou si au contraire, par une démarche active, l'État reste maître complet de son consentement. En cela, un pouvoir est implicite ou inhérent.

§ II. La distinction en pratique : la foire d'empoigne

Différents pouvoirs existent, pour lesquels il peut être supposé soit qu'ils sont donnés tacitement en même temps que le consentement principal (compétence implicite), soit qu'ils sont consubstantiels à la fonction judiciaire du tribunal ou de la cour (compétence inhérente), ou encore qu'ils sont simplement ancillaires, car prévus dans les instruments constitutifs de la juridiction. On peut penser notamment aux mesures provisionnelles, à l'intervention de tierces parties, aux demandes reconventionnelles, aux réparations, à l'interprétation ou à la révision des arrêts et à la compétence de la compétence. Cette sous-section n'a pas pour ambition de couvrir de manière exhaustive ces pouvoirs, mais uniquement les plus représentatifs du phénomène. À travers eux, les critères de rattachement à l'une ou l'autre des catégories peuvent être établis. Reste désormais à savoir si ces pouvoirs appartiennent aux compétences implicites ou inhérentes.

A) Les compétences potentiellement implicites

Un préalable à la distinction entre pouvoirs inhérents et pouvoirs implicites est d'établir la règle par défaut. En l'occurrence, pour respecter le principe selon lequel la compétence des juridictions internationales est attribuée par le consentement, les compétences ancillaires non expresses doivent être présumées implicites plutôt qu'inhérentes. La raison en est qu'en raison de cette primauté du consentement, on ne doit pas admettre de restriction à celui-ci au-

delà de ce qui est nécessaire.[637] Par nature, une compétence inhérente restreint davantage l'indépendance des États, car elle ne leur laisse pas la liberté d'en priver une juridiction. À l'inverse, comme mentionné ci-dessus[638], la compétence implicite est certes un élément descendant, créant un système d'*opt-out*, mais elle ménage la possibilité aux les États de s'y opposer. Pour cette raison, à défaut de raisons impérieuses exigeant de la catégoriser comme « inhérente », une compétence ancillaire non expresse doit être considérée comme une compétence implicite. Ci-dessous, quelques pouvoirs usuellement considérés comme des pouvoirs implicites sont identifiés.

1) Les mesures provisionnelles

Chronologiquement, les mesures dites provisionnelles (ou conservatoires) peuvent intervenir en tant que premier pouvoir implicite des juridictions. Un État souhaitant faire cesser une violation peut demander au tribunal ou à la cour qu'elle se prononce, souvent avant même une décision sur la compétence.[639] L'objet de cette sous-section est, dans un premier temps, de démontrer que les mesures provisionnelles relèvent des compétences ancillaires, voire implicites. À la suite de cela, il s'agit d'aborder une spécificité des mesures provisionnelles en lien avec le consentement, soit l'établissement de la compétence *prima facie*. Celle-ci permet un degré de certitude moindre dans l'établissement du consentement.

a) Un pouvoir implicite ou inhérent ?

Concernant la CIJ, il est nécessaire de souligner préalablement que sa compétence en matière de mesures provisionnelles est expresse. Elle est basée sur l'article 41 de son Statut. De même, une juridiction saisie sous les auspices de la CNUDM est compétente en matière de mesures conservatoires sur la base de l'article 290 de cette Convention, et un tribunal arbitral du CIRDI sur la base de l'article 47 de la Convention CIRDI. Cela étant, ces considérations n'empêchent pas d'évaluer la nature plus fondamentale de ces mesures.

---

[637] Il s'agit là d'une version affaiblie du principe trouvé dans l'affaire *Lotus*, *supra* note 418, 18.

[638] Voir *supra* 161.

[639] Récemment, voir par exemple *Application de la convention internationale pour la répression du financement du terrorisme et de la convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (Ukraine c. Fédération de Russie)*, Mesures conservatoires, Ordonnance du 19 avril 2017, CIJ Recueil 2017, 104 ; *Immunités et procédures pénales (Guinée équatoriale c. France)*, Mesures conservatoires, Ordonnance du 7 décembre 2016, CIJ Recueil 2016, 1148 ; *Jadhav (Inde c. Pakistan)*, Mesures conservatoires, Ordonnance du 18 mai 2017, CIJ Recueil 2017, 236.

Concernant le CIRDI, l'article 47 a la teneur suivante :

> *Sauf accord contraire des parties, le Tribunal peut, s'il estime que les circonstances l'exigent, recommander toutes mesures conservatoires propres à sauvegarder les droits des parties*

La Convention ménage une possibilité expresse de priver le tribunal de ce pouvoir. Dès lors, la catégorisation en tant que pouvoir inhérent serait exclue. Dans l'analyse des mesures provisionnelles, divers commentateurs traitent peu ou pas de cette question, se concentrant sur le point de savoir si les mesures sont obligatoires ou non.[640] Ils n'abordent pas réellement la possibilité ménagée aux États de ne pas octroyer ce pouvoir à la juridiction. La jurisprudence ne s'est que peu penchée sur le problème.[641] L'historique des négociations tend à soutenir que cette possibilité est une réalité et non un simple accident, la suppression de ce passage ayant été refusée par les parties.[642]

Dans le sens inverse, l'affaire *EDF v. Romania* mérite ici d'être mentionnée. Le tribunal arbitral y indique :

> *Based on the foregoing considerations and pursuant to the power conferred by Article 47 of the ICSID Convention, Rule 39 of the Arbitration Rules, and the inherent power of the Tribunal to take steps to prevent the exacerbation of the dispute and to maintain the integrity of the arbitral process, the following measures are recommended for the duration of this case*[643]

Cette situation met en évidence combien ce pouvoir est central. Seul *caveat* à ce raisonnement, il faut garder à l'esprit qu'il est toujours plus facile d'affirmer qu'il s'agit d'un pouvoir inhérent lorsque celui-ci est de toute façon déjà prévu dans les instruments constitutifs du tribunal. Qui plus est, rien n'exclut que le tribunal utilise le terme « inhérent » pour signifier « ancillaire ».

---

[640] Voir notamment PAPARINSKIS, *Inherent Powers*, *supra* note 623 ; GAZZINI T. & KOLB R., *Provisional Measures in ICSID Arbitration from 'Wonderland's Jurisprudence' to Informal Modification of Treaties* in *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, Vol. 16/2017, 159-184 ; SINCLAIR A. C. & REPOUSIS O. G., *An Overview of Provisional Measures in ICSID Proceedings* in *ICSID Review*, Vol. 32/2017, 431-446.

[641] D'aucuns suggèrent que l'affaire *Libanco v. Turkey* est une éventualité, SAROOSHI D., *Provisional Measures and Investment Treaty Arbitration* in *Arbitration International*, Vol. 29/2013, 361–380, 362, note 4. Néanmoins, la lecture de l'arrêt en question ne fait pas de lien explicite en les « pouvoirs inhérents » mentionnés et la capacité d'ordonner des mesures provisionnelles.

[642] SCHREUER, MALINTOPPI, REINISCH & SINCLAIR, *supra* note 30, 761.

[643] *EDF (Services) Limited v. Romania*, ICSID Case No ARB/05/13, Procedural Order No 2, May 30th 2008, para 54.

La CIJ, quant à elle, ne s'est pas directement exprimée sur l'importance des mesures provisionnelles. Au mieux, une opinion individuelle de FITZMAURICE indique son avis sur la question :

> *Il s'agit en réalité d'une compétence inhérente ; la faculté de l'exercer est un élément indispensable au fonctionnement de la Cour comme à celui de n'importe quel tribunal*[644]

Il semble ici faire référence à la distinction rarement présente chez d'autres auteurs, soit le caractère réellement inhérent du pouvoir, et non pas simplement implicite. Néanmoins, ce raisonnement doit être limité aux situations dans lesquelles les États n'ont pas exclu cette compétence volontairement. Le caractère absolument nécessaire des mesures conservatoires n'est pas prouvé.

Comme déjà indiqué par la CPJI et repris plus tard par FITZMAURICE, les mesures provisionnelles permettent d'éviter de vider de sa substance l'affaire présentée à une juridiction.[645] Lorsqu'un État cherche à empêcher un événement irréversible de la part d'un autre, ces mesures sont souvent la seule manière d'assurer que l'objet du litige ne soit pas vidé par l'action unilatérale d'une partie. Cette approche est d'ailleurs reprise dix ans plus tard par le juge SINGH, lorsqu'il écrit :

> *L'exercice de la fonction judiciaire ne peut se concevoir que si le tribunal saisi a compétence. Si par conséquent la Cour indique des mesures conservatoires dans l'exercice de ses pouvoirs inhérents (tels que l'article 41 de son Statut les consacre), sa seule justification est que, sans ces mesures, les droits des parties seraient si compromis que l'arrêt de la Cour, au moment où il serait rendu, serait dépourvu de sens*[646]

FITZMAURICE et SINGH en tirent l'argument selon lequel la compétence en matière de mesures provisionnelles est consubstantielle à la nature de juridiction internationale. C'est aller une étape trop loin. À nouveau, on voit mal quelle nécessité impérieuse empêcherait un État de limiter cette compétence. C'est certes impossible devant la CIJ en raison de l'inclusion de ce pouvoir dans le Statut. Cela étant, une autre juridiction internationale *ad hoc* pourrait tout à fait être explicitement privée de ce pouvoir. La réflexion mentionnée plus bas

---

644 *Cameroun Septentrional (Cameroun c. Royaume-Uni)*, Exceptions préliminaires, Arrêt, Opinion individuelle de Sir Gerald Fitzmaurice, CIJ Recueil 1963, 97, 103.

645 *Compagnie d'électricité de Sofia et de Bulgarie*, Demande en indication de mesures conservatoires, Ordonnance du 5 décembre 1939, CPJI, Série A/B, No 79, 1939, 199 ; *Cameroun Septentrional*, Exceptions préliminaires, Opinion individuelle de Sir Gerald Fitzmaurice, *supra* note 644, 103-104 ; *Millicom International Operations B.V. and Sentel GSM S.A. v. Republic of Senegal*, ICSID Case No ARB/08/20, Decision on the Application of Provisional Measures, December 9th 2009, para 42.

646 *Essais nucléaires (Nouvelle-Zélande c. France)*, Mesures conservatoires, Ordonnance du 22 juin 1973, Opinion individuelle de Nagendra Singh, CIJ Recueil 1973, 145.

dans cette sous-section, sur la question de savoir si les mesures provisionnelles devant la CIJ sont obligatoires, démontre bien que la question n'est pas aussi simple que ça. À un moment où la Cour n'a pas encore affirmé que ces mesures sont obligatoires[647], et en se replaçant dans l'approche de FITZMAURICE, comment justifier la nécessité ontologique de mesures provisionnelles pour maintenir l'objet du litige si celles-ci ne sont pas obligatoires ? En d'autres termes, il y a une incompatibilité entre son argument et les faits. Si les mesures provisionnelles ne sont pas obligatoires, l'objet du litige a tout autant de risques de disparaître que s'il n'y avait pas de pouvoir d'ordonner des mesures provisionnelles du tout. Dès lors, il est difficile d'admettre son argument selon lequel elles sont absolument nécessaires à la fonction judiciaire. Ainsi, le pouvoir ancillaire sur le sujet ne serait pas inhérent.

Le TIDM, quant à lui, ne s'est jamais exprimé sur le caractère inhérent ou implicite du pouvoir d'ordonner des mesures provisionnelles. Malgré le nombre d'affaires portées devant lui dans ce but[648], le Tribunal n'a jamais suggéré d'autre source de ce pouvoir que la CNUDM. La source la plus crédible à ce sujet est MENSAH qui écrit, alors qu'il siège au TIDM que le Tribunal possède une « compétence inhérente » à ce sujet.[649] Il ne précise toutefois pas son raisonnement sur la question. Dans ce contexte, il est difficile de lire l'approche du TIDM de la question. Néanmoins, aucune raison évidente ne justifie un traitement différent de la CIJ.

L'OMC se distingue ici par une particularité de ses juridictions, l'absence de mesures provisionnelles. En 2013, vraisemblablement en raison de cette absence, les îles Féroé lancent une procédure à la fois devant le TIDM et l'OMC.[650] De cette manière, le gouvernement tente de geler la situation à travers les mesures provisionnelles devant le TIDM, avant d'obtenir un arrêt au fond à l'OMC.[651] L'absence de mesures provisionnelles à l'OMC ressort particulièrement par opposition aux juridictions ci-dessus. Est-il possible de considérer les mesures provisionnelles comme un pouvoir implicite ou inhérent malgré cette absence à l'OMC ? Cette question nécessite de déterminer la raison

---

[647] Cela n'est fait qu'en 1991 dans l'affaire *LaGrand*, voir notamment ROSENNE S., *The Law and Practice of the International Court : 1920-2005 : Procedure*, Vol. 3, 4th ed., Leiden, Martinus Nijhoff, 2006, 1377.

[648] Au 1er avril 2019, 6 affaires sur les 23 présentées au TIDM (avis consultatifs exclus) ne vont pas plus loin qu'une ordonnance de mesures provisionnelles devant cette instance.

[649] « *The prescription of provisional measures is one of the major features of the jurisdiction of the International Tribunal for the Law of the Sea. In addition to its inherent jurisdiction to prescribe such measures* », MENSAH T. A., *Provisional Measures in the International Tribunal for the Law of the Sea (ITLOS)* in *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, Vol. 62/2002, 43-54, 53.

[650] BENITAH M., *The Absence of Suspensive Measures in the WTO and Why the Faroe Islands Takes its Case also to UNCLOS* in *International Economic Law and Policy Blog,* 11 novembre 2013 (worldtradelaw.typepad.com/ielpblog/2013/11/the-absence-of-suspensive-measures-in-the-wto-and-why-the-faroe-islands-takes-its-case-also-to-unclo.html) (1.4.2019).

[651] Le cas est finalement réglé par voie de négociation entre le Danemark (agissant pour les îles Féroé) et l'Union européenne en août 2014, ORGANISATION MONDIALE DU COMMERCE, Doc OMC WT/DS469/3, 25 août 2014.

pour laquelle ces mesures ne sont pas possibles. Diverses éventualités sont envisageables. La première touche au fait que dans certains ordres juridiques, une mesure provisionnelle ne peut pas accorder en substance la réparation recherchée, épuiser le litige au fond.[652] Or, comme constaté ci-dessous[653], la seule option de réparation à la disposition des adjudicateurs est d'ordonner la remise en conformité de la mesure avec les règles de l'OMC. Dès lors, une mesure provisionnelle visant à faire cesser temporairement une violation reviendrait à ordonner de manière provisoire la réparation au fond recherchée. Une autre éventualité est de considérer la procédure accélérée des articles 4 §8, 4 §9 et 12 §8 du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends comme une *lex specialis*. Ainsi, en prévoyant une manière de régler rapidement les problèmes urgents, l'OMC aurait volontairement dérogé *(opt-out)* à la compétence implicite qu'est celle d'ordonner des mesures provisionnelles. Enfin, il est possible que la nature quasi-juridictionnelle de l'organisation soit ici un problème. Pour qu'un rapport devienne obligatoire, il doit être adopté par l'Organe de règlement des différends (ORD).[654] Or, la nécessité d'une adoption subséquente en séance plénière limite dans une large mesure la rapidité avec laquelle des mesures provisionnelles peuvent être adoptées.[655] L'absence de mesures provisionnelles a néanmoins été considérée comme un problème par certains membres, le Mexique interpellant notamment l'ORD en 2002 sur le sujet en vue d'un changement.[656]

De manière générale, la question de savoir s'il s'agit d'un pouvoir implicite ou non peut être réfléchie du point de vue du rôle des juridictions. Celles-ci sont chargées de résoudre un litige donné une fois celui-ci présenté à elles. La nécessité de consentir systématiquement aux mesures provisionnelles est difficile à réconcilier avec cela. S'il était laissé le loisir aux parties de pouvoir systématiquement s'opposer aux mesures provisionnelles faute d'y avoir consenti, un certain nombre de cas seraient vidés de leur substance bien avant la décision finale. À l'exception de l'OMC, en raison de l'architecture particulière de son système de règlement des différends, la bonne administration de la justice justifie un système *d'opt-out* plutôt que d'*opt-in*, soit de pouvoir implicite.

Néanmoins, comme souligné ci-dessus, le degré de nécessité des mesures provisionnelles dans toute procédure n'est pas suffisant pour justifier une catégorisation comme « pouvoir inhérent ». On peut volontiers concevoir

---

[652] Sur le principe et le raisonnement en découlant en droit suisse, voir STÜCKI B. & PAHUD J., *Le régime des décisions superprovisionnelles et provisionnelles du code de procédure civile* in *Semaine judiciaire*, Vol. 137/2015, 1-38, 5.

[653] Voir *infra* 189.

[654] Articles 16 §1 et 17 §4 du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends.

[655] WORLD TRADE ORGANIZATION, *A Handbook on the WTO Dispute Settlement System*, 2nd edition, Cambridge, Cambridge University Press, 2017, 125-128.

[656] ORGANISATION MONDIALE DU COMMERCE, Doc OMC TN/DS/W/23, 4 novembre 2002.

l'utilité de ces mesures, mais il est difficile de justifier une entame à la libre disposition des États de leur consentement. Ne pouvant partir du principe qu'il existe une présomption d'inhérence du pouvoir, il est justifié de le maintenir dans la catégorie « implicite ». Le consentement à la compétence est ici restreint uniquement au regard de l'*opt-out* imposé (soit une présomption de consentement). La restriction ne va pas jusqu'à sortir complètement le pouvoir d'octroyer des mesures provisionnelles de la volonté des États. À noter enfin que ces distinctions peuvent se justifier par l'idée de communauté épistémique.[657] Il n'est pas exclu que certaines juridictions fassent partie d'une communauté épistémique plus proche les unes des autres que l'OMC. Dans ce contexte, les fondements d'un raisonnement qui peuvent être évidents devant la CIJ ou le TIDM ne le sont pas forcément à l'OMC. La compréhension du sous-texte du consentement n'a pas à être la même partout.

b) La compétence *prima facie* dans les mesures provisionnelles

Le second aspect méritant une attention particulière concernant les mesures provisionnelles touche à l'exigence réduite en lien avec le consentement. Ici, les juridictions n'appliquent pas la même exigence dans leur examen qu'elles ne le font lors de l'examen complet de la compétence. Comme la CIJ l'indique à diverses reprises[658] :

> *La Cour ne peut indiquer des mesures conservatoires que si les dispositions invoquées par le demandeur semblent* prima facie *constituer une base sur laquelle sa compétence pourrait être fondée, mais n'a pas besoin de s'assurer de manière définitive qu'elle a compétence quant au fond de l'affaire*[659]

Cette idée est déjà présente en 1984 lorsqu'elle affirme que sa compétence *prima facie* est établie après qu'elle a « examiné la question aussi complètement que le permet l'urgence d'une demande en indication de mesures conservatoires »[660]. Elle fait ici une distinction dans la manière dont la compétence (et incidemment le consentement des États devant elle) est évaluée. À titre d'exemple, la saisine préalable du comité de la CIEDR, à laquelle est rattaché le consentement de la Russie, n'est explicitement pas examinée, en

[657] Sur la question et ses sous-entendus, BIANCHI, *supra* note 393, 35 et références.

[658] *Activités armées sur le territoire du Congo (Nouvelle requête)*, Compétence et recevabilité, *supra* note 61, para 25 et références ; *Immunités et procédures pénales*, Mesures conservatoires, *supra* note639, para 31 ; *Ukraine c. Russie*, Mesures conservatoires, *supra* note 639, para 17 ; *Jadhav*, Mesures conservatoires, *supra* note 639, para 15 ; *Violations alléguées du traité d'amitié, de commerce et de droits consulaires de 1955 (République islamique d'Iran c. États-Unis d'Amérique)*, Mesures conservatoires, Ordonnance du 3 octobre 2018, CIJ Recueil 2018, à paraître, para 23.

[659] *Jadhav*, Mesures conservatoires, *supra* note 639, para 15.

[660] *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique)*, Mesures conservatoires, Ordonnance du 10 mai 1984, CIJ Recueil 1984, 169, para 25.

raison de la simple exigence de *prima facie*.[661] La Cour prend néanmoins le soin de souligner que le fait qu'un seul État la considère comme compétente ne suffit pas à établir cette compétence *prima facie*.[662] Le standard appliqué dans cette analyse se situe donc quelque part entre ces deux points.

En vue de préciser ce critère de compétence *prima facie*, il est utile de remonter à l'affaire des *Activités armées sur le territoire du Congo*. À cette occasion, la Cour développe quelque peu le sens de cette compétence. Une demande de mesures provisionnelles lui est soumise par la RDC, tandis que dans le même temps le Rwanda demande la radiation du rôle pour manque manifeste de compétence.[663] En refusant les deux requêtes[664], la CIJ est amenée à déterminer de manière plus précise la distinction entre la compétence générale et la compétence *prima facie*. Elle indique :

> *Les conclusions auxquelles la Cour est parvenue en la présente procédure ne préjugent en rien la compétence de la Cour pour connaître du fond de l'affaire, ni aucune question relative à la recevabilité de la requête ou au fond lui-même, et […] elles laissent intact le droit du Gouvernement congolais et du Gouvernement rwandais de faire valoir leurs moyens en la matière*[665]

La Cour met en évidence une différence de nature et non pas simplement de degré dans l'établissement de la compétence *prima facie*. L'objet de celle-ci est notamment de permettre une action rapide sur les mesures provisionnelles, et il serait prématuré de se prononcer sur la compétence finale à ce stade. Cette idée est confirmée par la décision sur la compétence dans cette même affaire quelques années plus tard :

> *En n'accédant pas à la demande du Rwanda de rayer l'affaire du rôle, la Cour s'est tout simplement réservé le droit d'examiner plus avant, ultérieurement, et de façon complète la question de sa compétence*[666]

Elle trace également à nouveau une ligne rouge entre l'éventuel établissement ou non d'une compétence dans le cadre des mesures provisionnelles et celle plus générale :

---

[661] *Ukraine c. Russie*, Mesures conservatoires, *supra* note 639, para 60.

[662] *Ibid.*, para 22.

[663] *Activités armées sur le territoire du Congo (Nouvelle requête : 2002) (République Démocratique du Congo c. Rwanda)*, Mesures conservatoires, Ordonnance du 10 juillet 2002, CIJ Recueil 2002, 219, para 7, para 49.

[664] *Ibid.*, para 94.

[665] *Ibid.*, para 90.

[666] *Activités armées sur le territoire du Congo (Nouvelle requête)*, Compétence et recevabilité, *supra* note 61, para 25.

> *Le fait que […] la Cour n'ait pas conclu à un défaut manifeste de compétence ne saurait donc équivaloir à une reconnaissance de sa compétence*[667]

Le raisonnement est double. Ni l'une, ni l'autre des parties ne peut tirer une quelconque conclusion quant à la compétence de la Cour sur la base d'une décision *prima facie*. L'examen du consentement dans ce cas est à différencier de celui plus complet dans le cadre du fond de l'affaire en fonction, principalement, des possibilités probatoires des parties.

Cette dichotomie claire entre l'établissement de la compétence *prima facie* et celle plus générale dans l'affaire étant faite, il convient de se tourner vers le seuil d'établissement de la compétence utilisé par la CIJ dans ces situations. Comme le souligne DOMINICÉ, deux grandes tendances peuvent être identifiées.[668] Dans une partie des cas, la CIJ établit sa compétence *prima facie* de manière positive. À titre d'exemple, dans l'affaire du *Personnel diplomatique et consulaire des États-Unis à Téhéran*, elle affirme :

> *Il ressort manifestement des renseignements soumis à la Cour et des termes de l'article 1 de chacun des deux protocoles que les dispositions de cet article fournissent une base sur laquelle la compétence de la Cour pour connaître des demandes présentées par les États-Unis en vertu des conventions de Vienne de 1961 et 1963 pourrait être fondée*[669]

Dans l'autre partie des cas, en revanche, elle le fait de manière négative. Ainsi, dans l'affaire de l'*Anglo-Iranian Oil Co.*, elle indique qu'« on ne saurait admettre a priori qu'une demande fondée sur un tel grief échappe complètement à la juridiction internationale »[670] et que « la constatation précédente est suffisante pour autoriser en droit la Cour à examiner la demande en indication de mesures conservatoires »[671]. Il est difficile de déterminer l'impact pratique de cette différence de démarche. En raison de l'approche « cas par cas »[672], les comparaisons sont peu pertinentes lorsque la nuance est si

---

[667] *Ibid.* para 25 et citations, voir également *Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay (Argentine c. Uruguay)*, Mesures conservatoires, Ordonnance du 23 janvier 2007, CIJ Recueil 2007, 3, para 24.

[668] DOMINICÉ C., *La compétence* prima facie *de la Cour internationale de Justice aux fins d'indication de mesures conservatoires* in *Liber Amicorum Judge Shigeru Oda* [NISUKE Ando/MCWHINNEY Edward/WOLFRUM Rüdiger/BAKER RÖBEN Betsy ed.], Vol. 1, The Hague, Kluwer Law International, 383-395, 388.

[669] *Personnel diplomatique et consulaire des États-Unis à Téhéran (États-Unis d'Amérique c. Iran)*, Mesures conservatoires, Ordonnance du 15 décembre 1979, CIJ Recueil 1979, 7, para 18.

[670] *Anglo-Iranian Oil Co. (Royaume-Uni c. Iran)*, Mesures conservatoires, Ordonnance du 5 juillet 1951, CIJ Recueil 1951, 89, 93.

[671] *Ibid.*, 93. Voir également *Violations alléguées du traité d'amitié*, Mesures conservatoires, *supra* note 658, para 38.

[672] GUILLAUME G., *The Use of Precedent by International Judges and Arbitrators* in *Journal of International Dispute Settlement*, Vol. 2/2011, 5-23, 10.

subtile. Néanmoins, cette distinction n'est pas dénuée d'intérêt en ce qu'elle met en évidence le point de départ de la réflexion des juges. Dans le cas de la recherche d'une compétence *prima facie* de manière positive, ils partent du présupposé que la compétence n'existe pas, pour tenter de l'établir de manière limitée. Une obligation de preuve positive de la compétence existe. À l'inverse, lorsqu'elle est établie de manière négative, la compétence *prima facie* implique un point de départ différent, la compétence de la juridiction comme situation par défaut. Certes, dans les cas où la compétence est établie négativement, le processus reste holistique. L'établissement de la compétence *prima facie* est basé sur un apparent don du consentement. Néanmoins, une décision indiquant « il existe une base de compétence en raison d'un don du consentement » est une chose. Une décision affirmant « dans cette affaire, une source de consentement a été avancée, et rien ne semble manifestement l'exclure » en est une autre. L'idée mise en évidence plus haut de primauté du consentement[673] est limitée par ce raisonnement, la présomption de non-consentement n'étant pas nécessairement la base de l'approche de la CIJ concernant les mesures provisionnelles. Plutôt que de construire positivement le consentement des États, la CIJ construit un consentement *prima facie* de manière négative. C'est parce qu'il n'existe pas d'obstacle sous forme d'exclusion manifeste de la compétence que la Cour est compétente pour ces mesures provisionnelles.[674] La jurisprudence n'est pas suffisamment claire pour permettre de pencher dans un sens ou dans l'autre, mais cette tension existe néanmoins dans les arrêts ou ordonnances mentionnés et mérite d'être relevée ici.

S'agissant du CIRDI, les tribunaux établis sous ses auspices prennent eux aussi le soin de préciser une limite inférieure ne suffisant pas à établir la compétence *prima facie*. En l'espèce, ils indiquent :

> *Le simple enregistrement de la Requête d'Arbitrage par le Secrétariat du CIRDI ne constitue pas une preuve définitive de la compétence* prima facie *d'un tribunal arbitral*[675]

Comme mentionné plus haut[676], la compétence du Secrétariat du CIRDI se limite à déterminer si une question « excède manifestement la compétence du

---

[673] Voir *supra* 125.

[674] Sur la question de la compétence (ou son absence) *manifeste*, voir ROSENNE S., *Provisional Measures and Prima Facie Jurisdiction Revisited* in *Liber Amicorum Judge Shigeru Oda* [NISUKE Ando/MCWHINNEY Edward/WOLFRUM Rüdiger/BAKER RÖBEN Betsy ed.], Vol. 1, The Hague, Kluwer Law International, 515-544.

[675] *Menzies Middle East and Africa S.A. and Aviation Handling Services International Ltd. c. République du Sénégal*, Affaire CIRDI No ARB/15/21, Ordonnance de procédure No 2, 2 Décembre 2015, para 109. Voir également *Perenco Ecuador Ltd v. The Republic of Ecuador and Empresa Estatal Petróleos del Ecuador (Petroecuador)*, ICSID Case No ARB/08/6, Decision on Provisional Measures, May 8th 2009, para 39.

[676] Voir *supra* 136.

Centre »[677]. Les tribunaux ne souhaitent pas établir une équivalence entre cette détermination et la compétence *prima facie*.[678] Ce raisonnement est avant tout basé sur la possibilité ou non d'établir correctement les faits. Le tribunal dans l'affaire souligne la différence de faits à disposition du Secrétariat et du tribunal, en ce que seul le second peut entendre les deux parties avant de se prononcer.[679] Ils reprennent en ceci le raisonnement décelé dans la jurisprudence de la CIJ. Par ailleurs, comme c'est le cas dans l'affaire *Ukraine c. Russie*, un autre tribunal arbitral du CIRDI réserve explicitement pour la phase d'examen de la compétence certaines questions.[680] Il s'abstient de les aborder dans le cadre de l'examen de la compétence *prima facie*.

Il est difficile d'établir un standard concret applicable à toutes les situations. La complexité du cas et la disponibilité des preuves jouent un rôle important dans la détermination des exigences pour établir la compétence *prima facie*.[681] Autre limite inférieure mise en avant par la jurisprudence, le simple fait que le défendeur conteste la compétence du tribunal ne suffit pas à priver celui-ci de sa compétence *prima facie*.[682]

Par ailleurs, il est intéressant de noter que le tribunal dans l'affaire *Azurix c. Argentina* reprend le même principe que celui développé par la CIJ. Il y souligne que les décisions relatives à la compétence *prima facie* ne sauraient emporter la compétence complète de juger l'ensemble de l'affaire.[683]

Concernant le mode d'établissement — positif ou négatif — de la compétence *prima facie*, la jurisprudence du CIRDI est parfois plus explicite encore que la CIJ. À titre d'exemple, dans l'affaire *Victor Pey Casado c. Chile*, le tribunal indique :

> *Il est entendu que l'enregistrement par le Secrétaire général du CIRDI ne lie en rien le Tribunal Arbitral et ne dispense pas ce dernier de s'assurer, au cas où sa compétence serait contestée, de l'existence*

---

[677] Article 36 §3 de la Convention CIRDI.

[678] *Menzies c. Sénégal*, Ordonnance de procédure No 2, *supra* note 675, para 109-111 ; *Perenco v. Ecuador*, Decision on Provisional Measures, *supra* note 675, para 39.

[679] *Menzies c. Sénégal*, Ordonnance de procédure No 2, *supra* note 675, para 109.

[680] *Occidental Petroleum v. Ecuador*, Decision on Jurisdiction, *supra* note 545, para 90-96.

[681] *Menzies c. Sénégal*, Ordonnance de procédure No 2, *supra* note 675, para 111.

[682] *Víctor Pey Casado et Fondation Président Allende c. la République du Chili*, Cas CIRDI No ARB/98/2, Décision sur les Mesures Conservatoires sollicitées par les Parties, 25 Septembre 2001, para 7, reprise et développée dans *Millicom v. Senegal*, Decision on the Application of Provisional Measures, *supra* note 645, para 42 ; voir également *Valle Verde Sociedad Financiera S.L. v. Bolivarian Republic of Venezuela*, ICSID Case No ARB/12/18, Decision on Provisional Measures, January 25th 2016, para 77.

[683] SCHREUER, MALINTOPPI, REINISCH & SINCLAIR, *supra* note 30, 773-774 ; *Menzies c. Sénégal*, Ordonnance de procédure No 2, *supra* note 675, para 109 ; *Tokios Tokelés v. Ukraine*, ICSID Case No ARB/02/18, Procedural Order No 1, July 1st 2003, para 6 ; *Perenco v. Ecuador*, Decision on Provisional Measures, *supra* note 675, para 39 ; contra *Víctor Pey Casado c. Chili*, Décision sur les Mesures Conservatoires sollicitées par les Parties, *supra* note 682, para 8.

> *prima facie de cette dernière ou, soit dit en termes négatifs, de l'absence d'une incompétence manifeste*[684]

D'autres en revanche passent simplement sous silence la question, ne se penchant pas particulièrement sur leur propre compétence en la matière.[685] Enfin, certains cas sont suffisamment clairs pour que le tribunal ne s'embarrasse pas d'une construction négative de la compétence *prima facie*. Plutôt que de déterminer qu'il n'y a « pas d'absence manifeste » de compétence, ils construisent cette dernière de manière positive au vu de la clarté du don du consentement.[686]

Finalement, il convient de se tourner vers le tribunal ayant, d'un point de vue proportionnel, le plus étudié la question de la compétence *prima facie*. En raison de l'article 290 §5 de la CNUDM, le TIDM est chargé de se prononcer sur nombre de demandes en mesures provisionnelles. Il n'est pas nécessairement chargé de résoudre le fond de l'affaire par la suite[687], mais joue un rôle de juge des référés. Malgré tout, le TIDM ne développe pas particulièrement le critère de juridiction *prima facie*. Selon MENSAH, il s'inspire largement d'une jurisprudence préexistante de la CIJ, sans particulièrement étendre le raisonnement.[688] La citation la plus explicite quant au sens des termes *prima facie* devant le TIDM est probablement à trouver dans l'affaire de l'*Usine MOX* : « *there is nothing which manifestly and in terms excludes the Tribunal's jurisdiction* »[689]. À l'aune de la jurisprudence de la CIJ, cette approche ne n'est toutefois pas concluante pour déterminer la suite de la procédure. Le test d'« exclusion manifeste » de la compétence permet d'établir un seuil minimal, valable uniquement à ce stade. Selon cette citation, le TIDM semble être partisan d'un établissement négatif du don du consentement *prima facie*.

En résumé, qu'il s'agisse de la CIJ, de tribunaux CIRDI ou du TIDM, une décision sur mesures provisionnelles exige l'établissement de la compétence de manière particulière. Si la jurisprudence ne va pas jusqu'à établir une présomption de consentement, elle abaisse néanmoins l'exigence probatoire. Il

---

[684] *Víctor Pey Casado c. Chili*, Décision sur les Mesures Conservatoires sollicitées par les Parties, *supra* note 682, para 11.

[685] Voir par exemple *Phoenix Action, Ltd. v. Czech Republic*, ICSID Case No ARB/06/5, Decision on Provisional Measures, April 6th 2007, para 29.

[686] Voir par exemple *Perenco v. Ecuador*, Decision on Provisional Measures, *supra* note 675, para 39-40 ; *Burlington Resources Inc. v. Republic of Ecuador*, ICSID Case No ARB/08/5, Procedural Order No 1, June 29th 2009, para 50 ; *Quiborax S.A., Non Metallic Minerals S.A. and Allan Fosk Kaplún v. Plurinational State of Bolivia*, ICSID Case No ARB/06/2, Decision on Provisional Measures, February 26th 2010, para 108 ; *Hydro S.r.l. and others v. Republic of Albania*, ICSID Case No ARB/15/28, Order on Provisional Measures, March 3rd 2016, para 3.7-3.8.

[687] Comme mentionné plus haut, au 1er avril 2019, 6 affaires sur les 23 présentées au TIDM (avis consultatifs exclus) ne vont pas plus loin qu'une ordonnance de mesures provisionnelles devant cette instance.

[688] MENSAH, *supra* note 649, 50.

[689] *Usine MOX (Irlande c. Royaume-Uni)*, Mesures conservatoires, Ordonnance du 3 décembre 2001, TIDM Recueil 2001, 95, para 14.

ne s'agit plus forcément de vérifier positivement l'existence absolue du consentement, mais plutôt de démontrer que rien ne s'y oppose manifestement. En d'autres termes, la compétence *prima facie* ressemble davantage à l'application d'un principe *in dubio pro iurisdictione*.

2) L'intervention

Le droit d'intervention devant les juridictions internationales consiste en la possibilité ménagée aux États de participer à une procédure déjà engagée devant une juridiction internationale. Distincte de la notion de tiers indispensable[690], l'intervention vise à ménager les intérêts d'un tiers qui pourraient être touchés par une procédure entre d'autres parties. Par exemple, deux États peuvent être engagés dans un litige territorial. Dans ce contexte, un pays adjacent au territoire litigieux pourrait exciper de son intérêt juridique en raison d'une prétention sur ledit territoire. À ce titre, il pourrait exiger de participer à l'instance sous la forme d'une intervention. Dans l'analyse du consentement en lien avec l'intervention, deux points distincts méritent d'être soulevés. Le premier concerne l'interaction entre le consentement des autres parties à la procédure et la partie intervenant. Le second, quant à lui, touche à la nature implicite ou non de ce pouvoir.

L'intervention est explicitement prévue par le Statut de la CIJ. Son article 62 réserve cette possibilité à condition qu'un « intérêt d'ordre juridique » soit en cause. La Cour a eu l'occasion de se prononcer sur des demandes en intervention à diverses reprises.[691] À ces occasions, elle précise le champ de l'intervention et son interaction avec le consentement des États. Ainsi, l'une des règles principales qu'elle en tire est la distinction importante à faire dans le degré d'implication entre un tiers indispensable ou une partie complète à la procédure et un intervenant. Les deux premières situations relèvent du consentement direct des États.[692] À l'inverse :

> *En matière d'intervention, la compétence de la Cour ne découle pas du consentement des parties à l'instance, à la différence de sa compétence pour connaître de l'affaire qui lui a été soumise, mais du*

[690] Voir *infra* 326.

[691] Les affaires suivantes peuvent être mentionnées : *Plateau continental (Tunisie/Jamahiriya arabe libyenne)*, Requête de Malte à fin d'intervention, Arrêt, CIJ Recueil 1981, 3 ; *Plateau continental (Libye/Malte)*, Requête de l'Italie à fin d'intervention, *supra* note 350 ; *Différend frontalier terrestre, insulaire et maritime (El Salvador/Honduras)*, Requête à fin d'intervention, Arrêt, CIJ Recueil 1990, 92 ; *Souveraineté sur Pulau Ligitan et Pulau Sipadan (Indonésie/Malaisie)*, Requête à fin d'intervention, Arrêt, CIJ Recueil 2001, 575 ; *Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria (Cameroun c. Nigéria ; Guinée équatoriale (intervenant))*, Arrêt, CIJ Recueil 2002, 303 ; *Différend territorial et maritime (Nicaragua c. Colombie)*, Requête à fin d'intervention, Arrêt, CIJ Recueil 2011, 348 ; *Immunités juridictionnelles*, Arrêt, *supra* note 582 ; *Chasse à la baleine dans l'Antarctique (Australie c. Japon ; Nouvelle-Zélande (intervenant))*, Arrêt, CIJ Recueil 2014, 226.

[692] Voir *infra* 331.

> *fait qu'en devenant parties au Statut de la Cour elles ont consenti à ce que celle-ci exerce les pouvoirs que lui confère le Statut*[693]

La CIJ répond ici aux deux questions pertinentes dans cette sous-section. D'une part, elle souligne le caractère particulier de l'intervention. Les États en litige ne peuvent refuser l'intervention d'un tiers, et ce en raison de leur engagement préalable dans le Statut de la Cour. Un consentement *ad hoc* n'est pas requis. D'autre part, il s'agit d'un pouvoir explicite. La Cour fait le lien direct entre la signature du Statut et le consentement à l'intervention inclus dans celui-ci.

La CIJ n'explique toutefois pas la nature de ce lien, et plus précisément si les États peuvent exclure cette possibilité. La nature particulière de l'intervention devrait amener la Cour à refuser cette option. L'intervention a ceci de particulier par rapport aux autres pouvoirs ancillaires qu'un refus conventionnel de ce pouvoir porte atteinte aux droits des tiers. Un consentement limité de deux États excluant la possibilité d'intervention de tiers dans leur litige est tout simplement contraire au Statut et n'est qu'un *pactum inter partes* pour celui souhaitant intervenir.[694]

Pour le TIDM, la possibilité d'intervention est à nouveau explicite. L'article 31 de son Statut prévoit la même règle que la CIJ, soit la possibilité d'intervenir moyennant un intérêt d'ordre juridique. Ce droit est même formulé en des termes identiques. Aucun cas n'ayant été soulevé à ce sujet pour l'heure, et vu la similarité des règles respectives, il n'y a pas de raison de distinguer l'approche potentielle du TIDM de celle de la CIJ.[695] À noter toutefois que dans l'affaire *Chine c. Philippines* devant un tribunal arbitral tirant son pouvoir de la CNUDM, les Philippines arguent que le droit ménagé à un tribunal de déterminer ses propres règles de procédures implique le pouvoir de permettre l'intervention.[696] Cet État considère que l'intervention est à tout le moins un pouvoir implicite, mais le Vietnam n'ayant pas soumis de demande d'intervention, le tribunal ne se prononce pas sur la question.[697]

La question de l'intervention à l'OMC doit être formulée en des termes quelque peu différents. Le terme « intervention » n'apparaît pas comme tel dans les procédures devant les juridictions OMC. La construction juridique y correspondant est celle des « tierces parties ». En l'espèce, l'exigence n'est pas

---

[693] *Différend frontalier terrestre, insulaire et maritime*, Requête à fin d'intervention, *supra* note 691, para 96.

[694] À noter que si le tiers concerné renonçait explicitement à son droit d'intervention, la situation ne poserait vraisemblablement pas de problème.

[695] En ce sens également, AMERASINGHE, *Specific International Tribunals*, *supra* note 27, 282.

[696] *The South China Sea Arbitration*, *supra* note 87, para 185.

[697] *Ibid.*, para 186.

un intérêt d'ordre juridique, mais un « intérêt substantiel »[698]. Cela étant, cette exigence ne change pas le raisonnement ci-dessus. L'existence d'une règle écrite implique un consentement explicite des signataires de l'Accord de Marrakech à l'intervention. De plus, l'OMC ne laissant aucune place aux réserves[699], on conçoit difficilement comment un Membre pourrait exclure l'intervention de tiers dans une affaire le concernant. Dès lors, l'approche de la CIJ pourrait légitimement être appliquée *mutatis mutandis*.

Enfin, la situation du CIRDI est peu claire. Les règles de l'institution ne semblent pas ménager de place pour une intervention. Une affaire peut être mentionnée, dans laquelle ce type de processus est accepté. Dans l'affaire *SPP v. Egypt*, une intervention a été autorisée, mais seulement après que le consentement de l'État défendeur est donné pour cette intervention.[700] Ce type d'intervention s'apparente plus au cas de figure habituel, impliquant le consentement des parties. Qui plus est, cette approche est critiquée dans une opinion dissidente, la considérant comme contraire aux règles institutionnelles du CIRDI.[701] On ne saurait tirer d'enseignement en lien avec un quelconque pouvoir implicite des tribunaux CIRDI, ne s'agissant pas de la même question. L'État acceptant l'intervention, la situation n'offre pas d'éclaircissement quant à un pouvoir implicite ou inhérent du tribunal.

Ces diverses considérations font douter de la nature implicite du pouvoir d'intervention de manière générale. Un pouvoir d'intervention est habituellement explicitement prévu dans l'instrument constitutif de la juridiction. Lorsque ce n'est pas le cas, comme pour le CIRDI, l'existence de ce pouvoir n'est pas évidente. Pour ces raisons, il est difficile d'affirmer qu'en donnant son consentement à une juridiction, un État donnerait par la même occasion un consentement implicite à la possibilité d'intervention de tiers. Cette question doit être distinguée de celle des tiers indispensables.[702] L'éventuelle inexistence de ce pouvoir implicite n'implique pas pour autant qu'une juridiction pourrait se prononcer sur les droits de parties n'apparaissant pas devant elle. La question reste néanmoins ouverte

3) Les demandes reconventionnelles

La demande reconventionnelle concerne la possibilité pour un État défendeur de présenter une demande en réponse à la plainte d'un autre. Ce pouvoir représente une forme d'équité de procédure, en permettant de ne pas punir un

[698] Cette notion est explicitement distinguée de celle d'« intérêt d'ordre juridique » par l'Organe d'appel, Rapport de l'Organe d'appel *Communautés européennes — Régime applicable à l'importation, à la vente et à la distribution des bananes*, WT/DS27/AB/R, adopté le 25 septembre 1997, para 132.

[699] Article XVI §5 de l'Accord de Marrakech.

[700] *Southern Pacific Properties (Middle East) Limited v. Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No ARB/84/3, Decision on Jurisdiction, April 14th 1988, para 145-146.

[701] *Ibid.*, para 145-146.

[702] Voir *infra* 331.

État pour sa volonté de résoudre un litige par des négociations en amont.[703] En d'autres termes, l'État défendeur garde la possibilité que sa doléance soit examinée, même s'il prend la décision de la présenter à un juge *après* que l'autre partie le fait. Corollaire également du principe d'économie de procédure, les demandes reconventionnelles évitent la multiplication des procédures dans une seule et même affaire.[704] C'est là l'essence du propos de la Cour, qui écrit :

> *En ce qui concerne les demandes reconventionnelles il s'agit essentiellement de réaliser une économie de procès tout en permettant au juge d'avoir une vue d'ensemble des prétentions respectives des parties et de statuer de façon plus cohérente*[705]

Ce principe ressort également des négociations de la Convention CIRDI.[706]

En vue de fournir une analyse complète des problématiques liant le consentement et les demandes reconventionnelles, cette sous-section est subdivisée en trois parties. Dans un premier temps, il s'agit d'analyser si la compétence en matière de mesures reconventionnelles est un pouvoir implicite ou inhérent. À la suite de cela, il est possible de se pencher sur l'exigence de connexité de la demande reconventionnelle avec la demande au principal. Enfin, la recherche porte sur la temporalité des mesures reconventionnelles, en particulier le lien entre celles-ci et un retrait subséquent du consentement.

a) Un pouvoir implicite ou inhérent ?

La compétence de la CIJ de se prononcer sur des demandes reconventionnelles découle explicitement de son Règlement. Comme l'indique l'article 80, dans la mesure où une demande reconventionnelle possède un lien de connexité avec la requête principale, la Cour est compétente. De même, la Convention CIRDI prévoit à son article 46 :

> *Sauf accord contraire des parties, le Tribunal doit, à la requête de l'une d'elles, statuer sur toutes demandes incidentes, additionnelles ou reconventionnelles se rapportant directement à l'objet du différend, à condition que ces demandes soient couvertes par le consentement des parties et qu'elles relèvent par ailleurs de la compétence du Centre.*

---

[703] Implicitement, SALERNO F., *La demande reconventionnelle dans la procédure de la Cour internationale de Justice* in *Revue générale de droit international public*, Vol. 103/1999, 329-378, 333-334.

[704] Voir à ce sujet *Personnel diplomatique et consulaire*, Mesures conservatoires, *supra* note 669, para 24.

[705] *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Yougoslavie)*, Demandes reconventionnelles, Ordonnance du 17 décembre 1997, CIJ Recueil 1997, 243, para 30.

[706] CENTRE INTERNATIONAL POUR LE RÈGLEMENT DES DIFFÉRENDS RELATIFS AUX INVESTISSEMENTS, *History of the ICSID Convention : Documents Concerning the Origin and the Formulation of the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States*, Vol. II, Part 1, Washington, International Centre for Settlement of Investment Disputes, 1968, 270, 336-337.

L'article 98 du Règlement du TIDM adopte une approche similaire à la CIJ, indiquant :

> *Une partie peut présenter une demande reconventionnelle pourvu qu'elle soit en connexité directe avec l'objet de la demande de la partie adverse et qu'elle relève de la compétence du Tribunal.*

Néanmoins, comme c'est le cas pour les autres pouvoirs examinés dans cette section, ces inclusions dans certains instruments constitutifs ne dispensent pas d'une analyse plus approfondie.

Le TIDM ne prend position que tardivement sur ce type de demande. En 2012, dans l'affaire du *Navire « Virginia G »*, il se prononce une première fois par ordonnance sur la question.[707] Une demande reconventionnelle lui est déjà soumise dans l'affaire du *Thon à nageoire bleue*, mais il s'abstient tout simplement de se prononcer sur la question.[708] En revanche, dans l'affaire de 2012, il s'intéresse à la validité de la demande reconventionnelle. La requête est acceptée, mais le Tribunal ne se penche pas davantage sur la source de ce pouvoir.[709] Elle est simplement affirmée à travers l'article 98 du Règlement.[710] Aucune considération faisant de ce pouvoir une compétence inhérente ou implicite n'est décelable dans la jurisprudence du TIDM.

La jurisprudence de la CIJ, quant à elle, est plus fournie. La CPJI est d'abord confrontée à des demandes reconventionnelles dans plusieurs cas, l'affaire de l'*Usine de Chorzów*[711], celle du *Statut juridique du Groënland oriental*[712], celle des *Prises d'eau à la Meuse*[713] et celle du *Chemin de fer Panevezys-Saldutiskis*[714]. Elle est ensuite suivie par la CIJ dans diverses affaires.[715] Cela étant, la problématique

---

[707] *Navire « Virginia G » (Panama c. Guinée-Bissau)*, Ordonnance du 2 novembre 2012, TIDM Recueil 2012, 309.

[708] *Affaires du thon à nageoire bleue (Nouvelle-Zélande c. Japon ; Australie c. Japon)*, Mesures conservatoires, Ordonnance du 27 août 1999, TIDM Recueil 1999, 280, para 33.

[709] *« Virginia G »*, Ordonnance, *supra* note 707, para 42.

[710] *Ibid.*, para 20.

[711] *Affaire relative à l'usine de Chorzów (Demande en indemnité)*, Fond, Arrêt, CPJI, Série A, No 17, 1928.

[712] *Groënland oriental*, *supra* note 482. Dans cette affaire, la CPJI a plutôt décidé de considérer la demande reconventionnelle comme une demande distincte, avant de la joindre, au fond, à la première demande.

[713] *Affaire des prises d'eau à la Meuse*, Arrêt, CPJI, Série A/B, No 70, 1937.

[714] *Affaire du chemin de fer Panevezys-Saldutiskis*, Arrêt, CPJI, Série A/B, No 76, 1939.

[715] Voir notamment *Droit d'asile*, *supra* note 461 ; *Droits des ressortissants des États-Unis d'Amérique au Maroc (France c. États-Unis d'Amérique)*, Arrêt, CIJ Recueil 1952, 176 ; *Génocide (Bosnie-Herzégovine c. Yougoslavie)*, Demandes reconventionnelles, *supra* note 705 ; *Plates-formes pétrolières (République islamique d'Iran c. États-Unis d'Amérique)*, Demandes reconventionnelles, Ordonnance du 10 mars 1998, CIJ Recueil 1998, 190 ; *Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria (Cameroun c. Nigéria)*, Demandes reconventionnelles, Ordonnance du 30 juin 1999, CIJ Recueil 1999, 983 ; *Activités armées sur le territoire du Congo (République démocratique du Congo c. Belgique)*, Demandes reconventionnelles, Ordonnance du 29 novembre 2001, CIJ Recueil 2001, 660 ; *Immunités juridictionnelles de l'État (Allemagne c. Italie)*, Demandes reconventionnelles, Ordonnance du 6 juillet 2010, CIJ Recueil 2010, 310 ; *Certaines activités menées par le Nicaragua*

centrale de ces demandes reconventionnelles touche habituellement à la question de la connexité. La compétence de la Cour concernant les demandes de ce type découlant du Statut, son caractère inhérent ou implicite n'est pas abordé. La doctrine soutient toutefois une approche selon laquelle un consentement exprès n'est pas nécessaire pour établir la compétence en matière de demandes reconventionnelles. Comme l'écrit ANTONOPOULOS :

> *It may be inferred that in the case of silence in regulation of the matter of counterclaims in the rules of procedure of an arbitral tribunal, because of the absence either of a provision expressly allowing them or of a provision expressly prohibiting them, they are admissible, at least, as an analogy with municipal law on civil procedure*[716]

L'arbitrage d'investissement se penche également sur la question des demandes reconventionnelles.[717] Néanmoins, la question de déterminer s'il s'agit d'un pouvoir éventuel implicite ou inhérent n'est pas non plus abordée dans la jurisprudence. Celle-ci se base sur les dispositions expresses de la Convention CIRDI pour justifier de ces pouvoirs, plutôt que de se risquer à les définir comme inhérents. En l'absence de dispositions expresses sur le sujet, il est utile de s'intéresser au texte de la Convention, et à l'historique de ses négociations. En l'espèce, le texte indique spécifiquement « [s]auf accord contraire des parties ». C'est là un indice indiquant qu'il ne s'agirait pas d'un pouvoir inhérent. Cette impression est confirmée par les négociations du CIRDI, durant lesquelles les États envisagent de renverser le paradigme. Plutôt qu'une situation d'*opt-out*, un système d'*opt-in* est proposé, puis abandonné.[718] Ce type d'indice n'est certes pas absolu, mais il permet de souligner que ce pouvoir n'est pas particulièrement indispensable à une juridiction comme le CIRDI.

L'arbitrage international interétatique est particulièrement pertinent en raison de l'absence possible de dispositions concernant les demandes reconventionnelles. Chronologiquement, le problème remonte aux débuts de l'institutionnalisation de l'arbitrage, avec les conventions de La Haye de 1899 et

dans la région frontalière (Costa Rica c. Nicaragua) et Construction d'une route le long du fleuve San Juan (Nicaragua c. Costa Rica), Demandes reconventionnelles, Ordonnance du 18 avril 2013, CIJ Recueil 2013, 200 ; *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Croatie c. Serbie)*, Arrêt, CIJ Recueil 2015, 3 ; *Violations alléguées de droits souverains et d'espaces maritimes dans la mer des Caraïbes (Nicaragua c. Colombie)*, Demandes reconventionnelles, Ordonnance du 15 novembre 2017, CIJ Recueil 2017, 289.

[716] ANTONOPOULOS C., *Counterclaims before the International Court of Justice*, The Hague, Springer, 2011, 25.

[717] Voir notamment VEENSTRA-KJOS H.-E., *Counterclaims by Host States in Investment Treaty Arbitration* in *Transnational Dispute Management*, Vol. 4/2007, 1-48.

[718] CENTRE INTERNATIONAL POUR LE RÈGLEMENT DES DIFFÉRENDS RELATIFS AUX INVESTISSEMENTS, *History of the ICSID Convention,* Vol. II, Part 1, *supra* note 706, 336-337, 573.

1907[719]. Les deux conventions ne prévoyant pas de droit à une demande reconventionnelle, les arbitres de procédures menées dans le cadre de la CPA doivent composer sans référence explicite à cette compétence. C'est déjà le cas dès 1912 avec des affaires opposant la France et l'Italie au sujet de deux bateaux, le *Carthage*[720] et le *Manouba*[721]. Ces deux cas concernent la saisie par l'Italie de navires français durant la guerre italo-turque. L'affaire du *Carthage* est résolue sans que la demande reconventionnelle italienne[722] soit acceptée, l'Italie étant condamnée à dédommager la France.[723] Dans le second cas cependant, le tribunal considère l'Italie comme légitimée à être remboursée des frais de surveillance du bateau, frais soustraits du dédommagement attribué à la France.[724] Sans aborder directement la question de savoir s'il s'agit ou non d'un pouvoir implicite, le tribunal prend néanmoins une décision forte concernant la question des demandes reconventionnelles. Il affirme son droit de les octroyer sans qu'une base juridique explicite existe. Il s'agit là d'un pouvoir à tout le moins implicite.

Concernant l'OMC, il a été argué que les demandes reconventionnelles ne sont pas possibles, les auteurs concernés se basant sur l'article 3 §10 du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends.[725] Or, sur le sujet, celui-ci indique seulement : « [i]l est […] entendu que les recours et contre-recours concernant des questions distinctes ne devraient pas être liés ». La lecture proposée de cet article comme interdisant les demandes reconventionnelles est peu convaincante. Cet article ne fait qu'exprimer l'idée qu'une connexité est nécessaire entre la requête et l'éventuelle demande reconventionnelle. On ne saurait y lire une interdiction absolue. Malgré tout, la pratique veut que de telles demandes ne soient pas présentées à l'OMC. À titre d'exemple, on aurait pu imaginer que différents cas ayant opposé les États-Unis à l'Union européenne se seraient prêtés à ce type de construction juridique.[726] L'un accusant l'autre de subventions illicites concernant Boeing et Airbus, une demande reconventionnelle aurait pu, dans une certaine mesure, niveler le terrain. Néanmoins, plutôt que d'opter pour cette approche, plusieurs cas distincts, parfois même simultanés, ont été débattus devant les juridictions de l'OMC.

---

[719] Voir *supra* 67.

[720] *Affaire du Carthage (France, Italie)*, 1913, UNRIAA XI, 449-461.

[721] *Affaire du Manouba (France, Italie)*, 1913, UNRIAA XI, 463-479.

[722] *Affaire du Carthage (France, Italie)*, *supra* note 720, 459.

[723] *Ibid.*, 461.

[724] *Affaire du Manouba (France, Italie)*, *supra* note 721, 476.

[725] Voir notamment RAJESH BABU R., *Remedies Under the WTO Legal System*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2012, 33 ; GOURGOURINIS A., *Equity and Equitable Principles in the World Trade Organization: Addressing conflicts and overlaps between the WTO and other regimes*, Abingdon, Routledge, 2016, 159, note 112 ; ANTONOPOULOS, *supra* note 716, 29.

[726] En particulier les affaires *Communautés européennes — Mesures affectant le commerce des aéronefs civils gros porteurs*, WT/DS316 et *États-Unis — Mesures affectant le commerce des aéronefs civils gros porteurs*, WT/DS317.

L'une des raisons possibles de cette absence de demandes reconventionnelles est l'insistance particulière du système de règlement des différends de l'OMC sur les « mesures ». Différentes dispositions du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends étant axées sur l'identification des mesures problématiques de manière précise[727], une demande reconventionnelle amènerait nécessairement à une extension du champ du litige au-delà des « mesures » spécifiques en cause. Néanmoins, cette approche des différends à l'OMC repose sur une lecture plutôt restrictive de l'article 3 §10 du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends mentionné ci-dessus. À supposer que les demandes reconventionnelles soient effectivement un pouvoir implicite, et pour autant que celles-ci respectent la condition préalable de consultation[728] ainsi que l'exigence de connexité, il n'y a pas de raison de les exclure de manière absolue. Il serait aisé de suivre la doctrine en attribuant l'inexistence de ce pouvoir à un *opt-out* du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends, mais il est plus sensé de souligner que les juridictions de l'OMC semblent ici ne pas se rattacher à l'idée d'un pouvoir implicite.

Au vu de ce qui précède, les demandes reconventionnelles peuvent probablement être considérées comme des pouvoirs implicites pour certaines juridictions. C'est notamment le cas en raison du rôle de la demande reconventionnelle identifié ci-dessus. En vue d'un fonctionnement optimal de la juridiction, et également afin de limiter les contentieux, considérer que ce pouvoir doit être attribué explicitement et systématiquement serait contre-productif. Les États seraient encouragés à entamer des procédures contentieuses pour éviter une situation dans laquelle un demandeur retirerait immédiatement son consentement après le dépôt de sa requête, excluant *ipso facto* une demande reconventionnelle. L'OMC fait toutefois exception, et cette différence peut être expliquée par l'une des caractéristiques du système de règlement des différends de cette organisation. Comme analysé plus en détail ci-dessous[729], le système de règlement des différends de l'OMC est avant tout tourné vers le futur. En lien avec ceci, il n'est pas possible d'obtenir de réparation pour des dommages passés. Dès lors, la particularité de l'OMC est qu'un retrait subséquent du consentement à la compétence s'accompagne de la fin de la sujétion aux règles matérielles de l'organisation. En conséquence, la possibilité qu'un État retire son consentement après l'introduction de l'instance n'est pas autant problématique. En effet, au terme de la procédure, le groupe spécial ou l'OA ne pourrait ordonner de réparation sur la violation passée, et l'État défendeur ne serait plus soumis à l'obligation en question. Ainsi, le fonctionnement particulier de l'OMC au regard des réparations peut justifier qu'il ne s'agisse pas d'un pouvoir implicite devant ses juridictions. Le pouvoir n'est implicite que lorsqu'il a une

[727] Voir notamment les articles 3 §3, 3 §7, 4 §2, 4 §4 et 6 §2 du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends.

[728] Article 4 du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends.

[729] Voir *infra* 189.

réelle utilité, permettant d'atteindre le but de la juridiction.[730] Concernant l'OMC, ce n'est pas le cas.

b) La connexité et le consentement dans les demandes reconventionnelles

Un second point concernant les demandes reconventionnelles mérite une attention particulière en lien avec le consentement. Il s'agit de l'interaction entre la notion de connexité et le consentement initialement donné. En d'autres termes, une brève analyse est proposée quant à la question de savoir si une demande reconventionnelle peut élargir un litige au-delà du consentement initialement donné par les parties.

Le consentement de l'une et de l'autre des parties doivent ici être distingués. Une situation pratique serait celle d'un État A portant un litige devant une juridiction internationale contre un État B. Celui-ci, en réponse, dépose une demande reconventionnelle. Un premier cas de figure serait celui dans lequel la demande reconventionnelle de l'État B va au-delà de sa propre déclaration d'acceptation de la compétence. Cette situation n'est pas problématique, car la juridiction concernée peut inférer du dépôt de la demande une extension du champ du consentement de cet État. Sorte de *forum prorogatum* inversé, l'État B donnerait, *ipso facto*, par sa demande, son consentement. Le second cas de figure, plus discutable, concerne l'éventualité dans laquelle la demande reconventionnelle irait au-delà des termes du consentement de l'État A. À titre d'exemple l'État A pourrait avoir émis une déclaration en vertu de l'article 36 §2 du Statut de la CIJ limitée aux litiges territoriaux maritimes. La CIJ saisie à l'encontre de l'État B, celui-ci dépose une demande reconventionnelle visant la délimitation territoriale terrestre dans le prolongement de celle cherchée par l'État A. Dans ces circonstances, le consentement de l'État B est donné par la demande reconventionnelle. En revanche, un problème apparaît du fait de l'exclusion explicite par l'État A de la compétence de la CIJ en matière de délimitation territoriale terrestre. La demande reconventionnelle peut-elle étendre le champ de la compétence de la Cour malgré l'absence de consentement ? Quelques cas peuvent fournir des éléments de réponse, notamment ceux de l'*Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*[731], des *Plates-formes pétrolières*[732] et des *Immunités juridictionnelles de l'État*[733]. En particulier, dans le premier litige, la Cour affirme :

[730] *Essais nucléaires*, Arrêt, *supra* note 441, para 23.

[731] *Génocide (Bosnie-Herzégovine c. Yougoslavie)*, Demandes reconventionnelles, *supra* note 705, para 31.

[732] *Plates-formes pétrolières*, Demandes reconventionnelles, *supra* note 715, 190.

[733] *Immunités juridictionnelles*, Demandes reconventionnelles, *supra* note 715.

> *Le défendeur ne saurait tirer parti de l'action reconventionnelle pour porter devant le juge international des demandes qui excéderaient les limites dans lesquelles les parties ont reconnu sa compétence*[734]

Cette jurisprudence, également citée dans l'affaire des *Plates-formes pétrolières*[735], indique clairement que le consentement reste pertinent dans le cadre d'une demande reconventionnelle. Une confirmation est apportée dans l'affaire des *Immunités juridictionnelles de l'État*. À cette occasion, l'Italie, défenderesse, dépose une demande reconventionnelle contre l'Allemagne concernant des actes survenus hors de la période pour laquelle la Cour est compétente *ratione temporis*.[736] En raison du manque de consentement de l'Allemagne *ratione temporis* pour la résolution de ce litige devant la CIJ, la demande reconventionnelle de l'Italie n'est pas examinée par la Cour.[737] Une demande reconventionnelle ne permet pas d'étirer la compétence de la Cour au-delà du consentement des parties.[738]

Dans le cadre du CIRDI, il n'est pas inhabituel que les États soumettent des demandes reconventionnelles en réponse à la plainte d'un investisseur.[739] Cela étant, une particularité du système implique qu'une demande reconventionnelle recevable n'est pas chose courante. Le problème principal tient à la construction juridique qu'est l'*arbitration without privity*. Ce type d'établissement du consentement, abordé plus en profondeur ci-dessous[740], consiste en l'existence d'une offre d'arbitrage dans un TBI, acceptée ensuite par l'investisseur lorsqu'il soumet sa demande au CIRDI. D'aucuns arguent que le corollaire de ceci est que le consentement de l'investisseur est limité aux termes de sa requête.[741] C'est dans ces limites que peut s'inscrire la demande reconventionnelle, faute de quoi le tribunal n'est pas compétent, aux termes de l'article 46 de la Convention CIRDI. Qui plus est, les TBIs peuvent ne contenir aucune obligation à la charge de l'investisseur, toutes à la charge de l'État. Celui-ci doit logiquement se baser sur d'autres sources d'obligations pour sa demande reconventionnelle envers l'investisseur.[742]

La jurisprudence est toutefois relativement permissive sur la question, interprétant de manière large l'accord d'arbitrage naissant de l'acceptation de

---

[734] *Génocide (Bosnie-Herzégovine c. Yougoslavie)*, Demandes reconventionnelles, *supra* note 705, para 31.

[735] *Plates-formes pétrolières*, Demandes reconventionnelles, *supra* note 715, para 33.

[736] *Immunités juridictionnelles*, Demandes reconventionnelles, *supra* note 715, para 9, 23-31.

[737] *Ibid.*, para 31. La demande est considérée comme « irrecevable », mais uniquement en raison du fait que pour ce type de cas spécifique, la compétence de la Cour et la connexité de la demande son examinées dans le cadre de la recevabilité, *Ibid.*, para 14.

[738] Sur ce sujet, voir également ANTONOPOULOS, *supra* note 716, 74-103.

[739] VEENSTRA-KJOS, *supra* note 717.

[740] Voir *infra* 291.

[741] VEENSTRA-KJOS, *supra* note 717, 13-14.

[742] WAIBEL M. & RYLATT J. W., *Counterclaims in International Law* in *Legal Studies Research Paper Series*, No 66/2014, 1-15, 9.

l'offre ouverte d'arbitrage du TBI.[743] Cette question sort toutefois du champ de l'examen proposé ici. En effet, elle concerne davantage l'étendue du consentement dans l'absolu que l'extension du consentement *par le biais de la connexité*. Quoi qu'il en soit, au vu de l'inclusion expresse de la condition de compétence dans l'article 46 de la Convention CIRDI, il ne semble pas envisageable que la connexité puisse étirer la compétence du tribunal au-delà du consentement des parties. Comme l'écrit SCHREUER :

> *The inclusion of ancillary claims under Art. 46 does not extend the Centre's jurisdiction. Rather, the existence of jurisdiction over an ancillary claim is a precondition for the operation of this provision*[744]

L'histoire des négociations de la Convention soutient cette lecture :

> *The CHAIRMAN said that as he read it, [the section dealing with counterclaims] did not extend the competence of the tribunal beyond what the parties had agreed*[745]

Il est donc assez largement reconnu que la compétence en matière de demandes reconventionnelles est limitée à l'expression du consentement.

c) La temporalité et le consentement dans les demandes reconventionnelles

Une autre question mérite d'être ici brièvement abordée. Des conséquences doivent-elles s'attacher au fait que la demande reconventionnelle survient plus tard que la demande principale dans une affaire donnée ? En d'autres termes, un éventuel retrait valable du consentement *avant* l'introduction de la demande reconventionnelle a-t-il pour conséquence de priver la juridiction de sa compétence pour cette seconde requête ? Une réponse négative à cette question s'impose, sur la base d'une analogie avec le principe de *perpetuatio fori*.

Sur la base de ce principe, la demande reconventionnelle survenant dans la même affaire que la première requête, le retrait ultérieur du consentement ne change pas la situation. Soit une situation dans laquelle l'État A dépose une requête contre l'État B, puis retire valablement son consentement à la compétence. L'État B est désormais valablement empêché de lancer une nouvelle affaire contre l'État A, par manque de consentement de ce dernier. Néanmoins, le principe de *perpetuatio fori*, discuté ci-dessous[746], implique que la juridiction concernée reste compétente pour la première affaire. Ce principe ne

---

[743] VEENSTRA-KJOS, *supra* note 717, 24. Sur le sujet, voir également KAMTO, *supra* note 274.

[744] SCHREUER, MALINTOPPI, REINISCH & SINCLAIR, *supra* note 30, 754.

[745] CENTRE INTERNATIONAL POUR LE RÈGLEMENT DES DIFFÉRENDS RELATIFS AUX INVESTISSEMENTS, *History of the ICSID Convention,* Vol. II, Part 1, *supra* note 706, 270.

[746] Voir *infra* 222.

fait pas obstacle à la compétence de la juridiction pour la demande reconventionnelle. Comme l'indique la CIJ dans l'affaire *Nottebohm* :

> *Une fois la Cour régulièrement saisie, la Cour doit exercer ses pouvoirs tels qu'ils sont définis par le Statut. Après cela, l'échéance du terme fixé pour l'une des déclarations sur lesquelles se fonde la requête est un événement sans rapport avec l'exercice des pouvoirs que le Statut confère à la Cour et que celle-ci doit exercer lorsqu'elle a été régulièrement saisie et qu'il ne lui a pas été démontré, sur une autre base, qu'elle est incompétente ou que la demande est irrecevable*[747]

La Cour précise dans un arrêt ultérieur que « sa compétence doit s'apprécier au moment du dépôt de l'acte introductif d'instance »[748]. Lus en conjonction, ces deux arrêts pointent vers une compétence générale s'établissant au moment de la saisine, y compris pour les demandes reconventionnelles. La compétence de la Cour sur le sujet ne découle certes pas du Statut, mais on voit mal pourquoi le Règlement de la Cour devrait être soumis à des règles différentes. Les États ne disposent pas de possibilités d'*opt-out* du Règlement, et les compétences prévues dans celui-ci sont tout autant obligatoires. Dès lors, un retrait du consentement à la CIJ après l'introduction d'une instance ne prive pas celle-ci de sa compétence.

La question restante à ce sujet est de savoir comment réconcilier la possibilité d'une demande reconventionnelle sur la base d'un titre de compétence échu et la conclusion ci-dessus, selon laquelle « une demande reconventionnelle ne permet pas d'étirer la compétence de la Cour au-delà du consentement des parties »[749]. Ces points ne sont pas en opposition, en raison de l'inclusion de la nouvelle demande dans le titre de compétence initial. C'est là l'essence même du concept de demande reconventionnelle. La juridiction se déclare compétente pour la première requête, et dès lors, sa compétence doit être admise pour toute demande reconventionnelle entrant dans le même titre de compétence (pour autant que la condition de connexité soit respectée). C'est précisément la question se posant dans l'affaire de *Délimitation du plateau continental entre le Nicaragua et la Colombie*. La Colombie dépose une demande reconventionnelle « près de trois ans après que le pacte de Bogotá eut cessé, par l'effet de sa dénonciation par la Colombie, d'être en vigueur entre les Parties »[750]. Dès lors, la Cour formule la question en ces termes :

---

[747] *Nottebohm*, Exception préliminaire, *supra* note 191, 122.

[748] *Mandat d'arrêt*, *supra* note 587, para 26.

[749] Voir *supra* 182.

[750] *Violations alléguées de droits souverains (Nicaragua c. Colombie)*, Demandes reconventionnelles, *supra* note 715, para 57.

> *Lorsqu'un défendeur a invoqué, dans ses demandes reconventionnelles, la même base de compétence que le demandeur dans sa requête introductive d'instance, ce défendeur [est-il] empêché de se fonder sur ladite base de compétence au motif qu'elle a cessé d'être en vigueur entre la date du dépôt de la requête et celle de la présentation de ses demandes reconventionnelles [?]*[751]

Comme suggéré plus haut, la Cour se fonde sur la *perpetuatio fori* et l'arrêt *Nottebohm* pour fonder sa compétence sur la demande reconventionnelle.[752] Elle argumente :

> *Bien que […] les demandes reconventionnelles soient des actes juridiques autonomes ayant pour objet de soumettre au juge des prétentions nouvelles, elles se rattachent en même temps aux demandes principales, et visent à y riposter dans le cadre de la même instance, à l'égard de laquelle elles présentent un caractère incident. En conséquence, le fait que le titre de compétence invoqué par un requérant à l'appui de ses demandes soit devenu caduc après le dépôt de la requête ne prive pas la Cour de sa compétence pour connaître de demandes reconventionnelles présentées sur le même fondement. La Cour note qu'une interprétation contraire présenterait l'inconvénient de permettre au demandeur, dans certains cas, de faire disparaître la base de compétence après le dépôt de la requête et de se soustraire ainsi à toute demande reconventionnelle susceptible d'être présentée dans le cadre de la même instance et comportant un lien de connexité directe avec la demande principale*[753]

En conclusion, deux points peuvent être mis en évidence à travers cette section. Le premier est qu'il est difficile d'établir une règle générale en raison de l'absence d'uniformité des juridictions internationales. Entre une compétence prévue de manière explicite dans un instrument constitutif, une autre découlant d'un règlement adopté par les adjudicateurs eux-mêmes, une troisième d'un pouvoir implicite et une dernière juridiction ne reconnaissant pas ce pouvoir, le constructivisme du droit international est mis en évidence. Pour un même problème, les juridictions arrivent à des conclusions radicalement différentes. Il est donc possible de supposer une forme de pouvoir implicite dans le domaine, mais la portée de cette conclusion est limitée à l'importance donnée par une juridiction à la jurisprudence d'une autre.

[751] *Ibid.*, para 66.

[752] *Ibid.*, para 67.

[753] *Ibid.*, para 67.

Second point de conclusion, cette section met une nouvelle fois en évidence le rôle crucial du consentement. Le critère de connexité sert, somme toute, de faire valoir au consentement. En devant démontrer la connexité de sa demande avec la première requête, le défendeur est amené à montrer qu'elle tombe bel et bien dans le cadre du consentement du demandeur. L'objet de la demande reconventionnelle n'est pas de contourner le consentement des États à la compétence. Au contraire, la connexité permet de s'assurer qu'elle entre bien dans le champ du consentement dans l'affaire en question. À défaut, l'État défendeur doit introduire une nouvelle affaire, pour autant qu'il puisse établir le consentement de l'autre État dans le second litige les opposant. Le consentement à la compétence reste au cœur des demandes reconventionnelles.

4) Les réparations

La notion de réparation (*remedies*) touche à la possibilité qu'une juridiction a de déterminer la manière de résoudre une situation qu'elle considère comme illicite. Par exemple, dans l'affaire *Gabčíkovo–Nagymaros*, la Slovaquie exige de la Hongrie qu'elle construise le barrage auquel elle s'est engagée, tandis qu'au contraire, la Hongrie demande la destruction de la partie déjà construite par la Slovaquie.[754] La CIJ, utilisant son pouvoir d'indiquer des réparations, conclut son arrêt en obligeant les parties à négocier la suite de la procédure.[755] Pour analyser la nature de ce pouvoir et son lien avec le consentement, il s'agit tout d'abord de se pencher sur l'approche adoptée par la CIJ, avant de la comparer avec le CIRDI et la CNUDM. Après cela, un détour est fait par la situation particulière prévalant à l'OMC. Enfin, il convient de s'arrêter sur la situation quelque peu distincte des États limitant explicitement les solutions auxquelles une juridiction peut arriver.

La théorie des pouvoirs implicites correspond particulièrement bien à la compétence concernant les réparations. Ce pouvoir découle en effet rarement d'un article sur le sujet dans les traités constitutifs des juridictions.[756] Dès lors, la CIJ développe très explicitement dans l'affaire *Nicaragua* qu'« [e]n règle générale la compétence pour statuer au fond emporte celle d'accorder réparation »[757]. Elle réitère ici un principe déjà énoncé par le passé dans l'affaire de l'*Usine de Chorzów*[758], et repris dans d'autres arrêts plus récents.[759]

---

[754] *Projet Gabčíkovo–Nagymaros (Hongrie/Slovaquie)*, Arrêt, CIJ Recueil 1997, 7, para 13.

[755] *Ibid.*, para 155.

[756] Voir notamment PAPARINSKIS, *Inherent Powers*, *supra* note 623, 36.

[757] *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique)*, Fond, Arrêt, CIJ Recueil 1986, 14, para 283.

[758] *Affaire relative à l'usine de Chorzów (Demande en indemnité)*, Compétence, Arrêt, CPJI, Série A, No 9, 1926, 22.

[759] *LaGrand*, *supra* note 587, para 48 ; *Avena*, *supra* note 3, para 34.

De manière générale, la CIJ se sent volontiers libre de choisir la manière la plus appropriée de résoudre un litige. À titre d'exemple, dans l'affaire du *Cameroun septentrional*, elle affirme qu'« [i]l est incontestable que la Cour peut, dans des cas appropriés prononcer un jugement déclaratoire »[760]. Une affaire précise, celle du *Détroit de Corfou*, se démarque cependant. Elle permet de mieux comprendre la nature de cette compétence. La Cour y annonce :

> *Il ressort de l'attitude ultérieure des Parties que leur intention, lorsqu'elles ont conclu le compromis, n'était pas d'empêcher la Cour de fixer le montant de l'indemnité. […] Eu égard à ce qui a été dit plus haut au sujet de l'attitude antérieure de ce Gouvernement, cette déclaration doit être considérée comme l'acceptation implicite de la compétence de la Cour pour régler cette question*[761]

Ces deux phrases soulignent à la fois le renversement du fardeau de la preuve et la possibilité ménagée aux parties de déroger à la règle. Sur le premier point, en soulignant que l'attitude des parties ne lui permet pas de ne pas se prononcer concernant l'indemnité, la Cour affirme que la situation par défaut est celle dans laquelle elle est compétente. Contrairement au principe général de consentement à la compétence, la Cour affirme que le consentement principal emporte une présomption de consentement aux réparations. Il ne s'agit plus d'un système d'*opt-in* mais d'*opt-out*. Sur le second point, la Cour prend le soin de préciser que les parties ont la possibilité de déroger à cette règle. À travers l'utilisation des termes « en règle générale », mais surtout par la recherche concrète d'un accord en sens inverse dans l'affaire du *Détroit de Corfou*, elle leur reconnaît ce droit. Dès lors, rien n'empêche des États en litige devant elle de s'entendre pour ôter à la Cour le pouvoir de déterminer les réparations. La Cour devrait se contenter d'un arrêt déclaratoire, déterminant si un acte est licite ou non.

Dans le cadre du CIRDI, la question est également abordée sous deux angles. D'une part, la possibilité de réparations pécuniaires découle indirectement de l'article 54 §1 de la Convention CIRDI :

> *Chaque État contractant reconnaît toute sentence rendue dans le cadre de la présente Convention comme obligatoire et assure l'exécution sur son territoire des obligations pécuniaires que la sentence impose comme s'il s'agissait d'un jugement définitif d'un tribunal fonctionnant sur le territoire dudit État.*

L'obligation pour les États de faire respecter les obligations pécuniaires imposées par le jugement implique nécessairement la possibilité pour le tribunal

[760] *Cameroun Septentrional*, Exceptions préliminaires, *supra* note 493, 37.

[761] *Détroit de Corfou*, Arrêt, *supra* note 455, 24-25.

de les ordonner. Plus discutée est la question des réparations non pécuniaires, qui ne rencontre pas l'unanimité pour l'heure, qu'il s'agisse de la jurisprudence ou de la doctrine.[762] À noter cependant que ni l'une ni l'autre n'aborde particulièrement la question de savoir si des États pourraient priver la juridiction de ces pouvoirs. Dans tous les cas, la possibilité pour un tribunal d'octroyer des réparations ne doit pas être confondue avec le caractère inhérent de ce pouvoir. On peut tout à fait imaginer un TBI conclu entre deux États, par lequel ceux-ci n'octroient que le pouvoir de décider sur le principe d'une affaire, laissant ainsi une place plus importante à la négociation subséquente. En décidant l'affaire sur son principe, le tribunal arbitral remplit néanmoins son rôle de *jus dicere*. Le droit étant dit, l'État et l'investisseur en litige seraient incités à négocier sur la base d'une situation juridique éclaircie. Il n'existe là pas de raison impérative pour laquelle les parties ne pourraient pas priver un tribunal de ce pouvoir.

La jurisprudence concernant la CNUDM n'est, quant à elle, pas particulièrement fournie sur la question. On peut principalement citer l'affaire *Saiga No 2*, dans lequel le TIDM souligne qu'il est au bénéfice d'une compétence expresse à ce sujet, basée sur les articles 111 §8 et 304 de la CNUDM.[763] À cette occasion, il se réfère notamment à la jurisprudence de l'*Usine de Chorzów* de la CPJI.[764] Cette affaire est toutefois critiquable. Le tribunal confond le principe du droit à la réparation découlant des règles sur la responsabilité des États avec la justiciabilité de celui-ci.[765] Plus récemment, dans le cadre de cette même Convention, un tribunal arbitral octroie une réparation aux Pays-Bas. Ceux-ci la demandent sur la base des articles 106, 110 §4 et 111 §8, mais le tribunal évacue ces arguments pour ordonner les réparations sur la base du « droit international général »[766]. Cette argumentation peut renforcer l'idée du pouvoir implicite, au-delà de la base conventionnelle qui peut être trouvée. N'estimant pas nécessaire de se baser sur une règle explicite, le tribunal affirme que de toute façon il aurait cette compétence. Faute de détails, il n'est toutefois pas possible de déterminer si le tribunal se base sur le raisonnement erroné de l'affaire *Saiga No 2* ou sur une autre approche.[767]

Concernant l'OMC, tout comme dans le contexte des mesures provisionnelles, l'approche est radicalement différente. Il n'existe pas de pouvoir particulier pour les juridictions d'ordonner des mesures spécifiques de réparation. Au contraire, toutes les décisions parvenant à la conclusion qu'une mesure ne respecte pas les règles de l'organisation sont ponctuées de ces

[762] PAPARINSKIS, *Inherent Powers*, *supra* note 623, 36-38.

[763] *« SAIGA » (No. 2)*, *supra* note 482, para 169.

[764] *Ibid.*, para 170 ; *Usine de Chorzów*, Fond, *supra* note 711, 47.

[765] *« SAIGA » (No. 2)*, *supra* note 482, para 170 ; *Usine de Chorzów*, Fond, *supra* note 711, 170-171.

[766] *The Arctic Sunrise Arbitration (Russie c. Chine)*, Award on the Merits, Affaire CPA No 2014-02, 2015, para 375-376.

[767] *Ibid.*, para 376.

termes : « demande […] de mettre la mesure […] en conformité avec leurs obligations »[768]. À l'OMC, peut-être en raison de la nature *quasi*-juridictionnelle[769] du système, les réparations ne sont pas ordonnées par les juridictions. Il n'est pas possible d'obtenir de réparation pour les dommages passés[770], et les manières de forcer un État à cesser sa violation font en général l'objet de tractations politiques.[771] L'implémentation des décisions des juridictions de l'OMC passe par une surveillance multilatérale, qui peut, le cas échéant, déboucher sur des mesures de rétorsion.[772] Quoi qu'il en soit, les juridictions elles-mêmes ne sont pas libres de se prononcer sur des réparations.[773] Cette absence d'option est volontiers attribuée au principe de *lex specialis*, l'Accord de Marrakech représentant un *opt-out* des règles habituelles concernant les réparations.[774] Difficile d'y voir un quelconque pouvoir implicite, cette compétence n'existant tout simplement pas. Néanmoins, il n'est pas possible d'en tirer une règle générale. L'approche OMC du règlement des différends est, par nature, tournée vers le futur. Les décisions n'ont jamais une vocation réparatrice, mais uniquement préventive.[775] Malgré le fait qu'une mesure existe depuis plusieurs années, c'est son existence future qui est remise en cause, et non ce qu'elle implique jusque là. Dans ce contexte, il est logique qu'une décision se limite à constater une illicéité, plutôt qu'à prescrire des réparations. Pour cette raison, on ne peut inférer de l'inexistence de ce pouvoir à l'OMC le fait qu'il ne s'agirait pas d'un pouvoir implicite pour d'autres juridictions.

Un arrêt lors d'un arbitrage *ad hoc* discute de la problématique des réparations sous un autre angle. À l'occasion de l'arbitrage dans l'*Affaire concernant l'emplacement des balises frontalières à Taba, entre l'Égypte et Israël*, le

---

[768] Voir par exemple Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis — Prohibition à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes*, WT/DS58/AB/R, adopté le 6 novembre 1998, para 188.

[769] Voir par exemple PETERSMANN E.-U., *The GATT/WTO Dispute Settlement System: International Law, International Organizations and Dispute Settlement*, The Hague, Kluwer Law International, 1997, 186 ; LACARTE-MURÓ J. & GAPPAH P., *Developing countries and the WTO legal and dispute settlement system: a view from the bench* in *Journal of International Economic Law*, Vol. 3/2000, 395-401, 396 ; BARTELS L., *The Separation of Powers in the WTO: How to Avoid Judicial Activism* in *International & Comparative Law Quarterly*, Vol. 53/2004, 861-895, 861.

[770] VAN DEN BOSSCHE P. & ZDOUC W., *The Law and Policy of the World Trade Organization*, 4th ed., Cambridge, Cambridge University Press, 2017, 207-208 ; article 22 du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends *a contrario.*

[771] VAN DEN BOSSCHE & ZDOUC, *supra* note 770, 199-204.

[772] *Ibid.*, 204 ; article III §7 du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends.

[773] Rapport de l'Organe d'appel *Communautés européennes — Certaines questions douanières*, WT/DS315/AB/R, adopté le 11 décembre 2006, para 134.

[774] VAN DEN BOSSCHE & ZDOUC, *supra* note 770, 208.

[775] VIDIGAL G., *Re-Assessing WTO Remedies: The Prospective and the Retrospective* in *Journal of International Economic Law*, Vol. 16/2013, 505-534, 512-518.

compromis limite très clairement les résultats auxquels le tribunal peut arriver. Il y est précisé :

> *The Tribunal is not authorized to establish a location of a boundary pillar other than a location advanced by Israel or by Egypt and recorded in Appendix A*[776]

Il s'agit d'une limitation expresse des pouvoirs du tribunal. Il ne s'agit pas nécessairement d'une question de « réparations » au sens strict, aucune violation n'étant intervenue. Néanmoins, le tribunal est bridé dans les options de jugement à sa disposition. À sa majorité, il se plie de bonne grâce aux injonctions des parties[777], mais l'un de ses membres s'insurge contre le principe même :

> *It is rare for the powers of an arbitral tribunal to be limited in such a way. Usually, the tribunal is empowered to establish a boundary or part thereof according to its own opinion and not necessarily in accordance with the line claimed by either of the parties. I have found only few cases where the tribunal was limited to choosing in law between the boundaries claimed by the parties ('exclusive disjunction'), and in two of those cases the award in fact did not abide by the limitation (The Chamizal Arbitration, 1911 and the Northeastern Boundary of the U.S. case, 1827)*[778]

Ce type de situation peut jeter un doute sur la nature implicite ou inhérente de la compétence en lien avec les réparations. Néanmoins, il est important de limiter la comparaison. Dans l'affaire ci-dessus, il est avant tout question de limiter les pouvoirs de décision du tribunal dans sa détermination de ce qui est licite et ce qui ne l'est pas. À l'inverse, une limitation du pouvoir de réparation n'est qu'une limitation du pouvoir de réparation, une fois la décision au fond prise. Si la licéité de consentir de manière limitée dans la première situation est discutable, elle est plus acceptable concernant les réparations. À l'exception des cas dans lesquels la compétence concernant les réparations est explicitement incluse dans l'instrument constitutif de la juridiction, une limitation à ce sujet n'est pas contraire à la fonction judiciaire elle-même. Si des États souhaitent limiter la compétence d'une juridiction à la possibilité de déterminer qui a raison ou non, sans autoriser de mesures punitives, leur expression de consentement à ce sujet devrait être respectée.

---

[776] *Egypt – Israel: Agreement to Arbitrate the Boundary Dispute Concerning the Taba Beachfront* in *International Legal Materials*, Vol. 26/1987, 1-15, 12.

[777] *Case concerning the location of boundary markers in Taba between Egypt and Israel (Egypt, Israël)*, 1988, UNRIAA XX, 1-118, 68-69.

[778] *Case concerning the location of boundary markers in Taba between Egypt and Israel (Egypt, Israël) (Lapidoth Dissenting)*, 1988, UNRIAA XX, 1-118, 71.

5) L'interprétation des arrêts

Le pouvoir d'interprétation des arrêts, tout comme celui de révision abordé ci-dessous, a ceci de particulier que son exercice prend place après la fin théorique d'une affaire donnée. Une distinction de principe peut être faite entre une juridiction permanente et un tribunal *ad hoc*. Celui-ci cessant généralement d'exister dès la reddition de sa sentence, l'exercice d'un pouvoir subséquent a d'autres implications.[779] Pour discuter de la question, l'approche adoptée par des juridictions institutionnalisées telles que la CIJ et le TIDM est d'abord évoquée, avant de se pencher sur le cas particulier des tribunaux arbitraux.

Concernant l'interprétation des arrêts, la CIJ est une première étape incontournable. Son Statut prévoit explicitement la possibilité d'interpréter des arrêts, pouvoir dont est également dotée sa prédécesseure.[780] Plusieurs cas lui sont soumis sur cette base.[781] Du fait de l'attribution expresse de cette compétence, il est ici encore difficile d'en tirer une conclusion claire sur la nature implicite ou inhérente du pouvoir. Dans les quelques arrêts où elle explore la question, la CIJ se contente de se baser sur l'article 60 de son Statut comme fondement de son pouvoir. Elle s'abstient de tout *obiter dictum* lié à sa fonction judiciaire ou à la nécessité d'un tel pouvoir, contrairement à l'arrêt du tribunal arbitral mentionné plus bas.[782] Néanmoins, l'un des premiers arrêts de la CPJI peut ici être mentionné, dans lequel la Cour s'intéresse aux pouvoirs d'un autre tribunal arbitral. Dans l'avis consultatif *Jaworzina* la CPJI adopte une approche limitée de la compétence de réviser des décisions :

> *À moins d'un accord formel intervenu entre les parties, l'arbitre est sans qualité pour interpréter, et à plus forte raison pour modifier sa sentence en la révisant*[783]

Loin d'une compétence inhérente ou même implicite, le pouvoir de réviser (ou même celui d'interpréter) une décision passée doit faire l'objet d'un consentement exprès. Cela étant, la validité actuelle de cette approche reste

---

[779] Voir notamment *mutatis mutandis* les problèmes soulevés dans FOYLE A., *Extension and Resumption of the Arbitral Tribunal Function after the Final Award* in *Post Award Issues* [TERCIER Pierre ed.], Juris/ASA, New York, 2011, 113-126.

[780] Article 60 du Statut de la CIJ ; article 60 du Statut de la CPJI.

[781] *Demande d'interprétation de l'arrêt du 20 novembre 1950 en l'affaire du droit d'asile (Colombie c. Pérou)*, Arrêt, CIJ Recueil 1950, 395 ; *Révision et interprétation de l'arrêt du 24 février 1984*, *supra* note 82 ; *Demande en interprétation de l'arrêt du 11 juin 1998 en l'affaire de la frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria (Cameroun c. Nigéria), Exceptions préliminaires (Nigéria c. Cameroun)*, Arrêt, CIJ Recueil 1999, 31 ; *Demande en interprétation de l'arrêt du 31 mars 2004 en l'affaire Avena et autres ressortissants mexicains (Mexique c. États-Unis d'Amérique) (Mexique c. États-Unis d'Amérique)*, Arrêt, CIJ Recueil 2009, 3 ; *Demande en interprétation de l'arrêt du 15 juin 1962 en l'affaire du Temple de Préah Vihéar (Cambodge c. Thaïlande) (Cambodge c. Thaïlande)*, Arrêt, CIJ Recueil 2013, 281.

[782] *Affaire de la délimitation du plateau continental entre Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord et République française (Royaume-Uni, France)*, 1978, UNRIAA XVIII, 339-413, 370.

[783] *Affaire de Jaworzina (Frontière polono-tchécoslovaque)*, Avis consultatif, CPJI, Série B, No 8, 1923, 38.

questionnable, au vu de la perte d'importance subie par le principe de souveraineté tel que conçu dans l'affaire *Lotus*.

Le TIDM suit également les traces de la CIJ sur cette question. L'article 126 §1 du Règlement du tribunal indique explicitement : « [e]n cas de contestation sur le sens ou la portée d'un arrêt, toute partie peut présenter une demande en interprétation ». À nouveau, l'existence d'un pouvoir ancillaire explicite d'interprétation brouille les cartes, rendant difficile une attribution de ce pouvoir à une éventuelle compétence implicite ou inhérente.

La question de l'interprétation des demandes à l'OMC se heurte à nouveau à une spécificité de son mode de règlement des différends. Considéré comme quasi-juridictionnel, c'est ici que le *quasi* prend tout son sens. La décision finale d'adoption du rapport d'un groupe spécial ou de l'Organe d'appel repose sur un organe politique plénier, l'ORD. C'est ce dernier qui donne sa force obligatoire aux décisions.[784] Dès lors, une éventuelle interprétation subséquente par le groupe spécial ou l'OA se heurte à un problème de forme. Il n'y a plus d'identité entre l'organe ayant édicté le rapport et celui appelé à l'interpréter. Le groupe spécial ou l'OA ne sont tout simplement pas titulaires du droit d'interpréter les rapports, ayant abandonné la titularité du rapport concerné à l'ORD. Par ailleurs, un nombre limité de décisions peut être pris à travers un consensus négatif devant l'ORD.[785] Une demande en interprétation n'étant pas au nombre de celles-ci, elle devrait vraisemblablement être acceptée par un consensus positif de cet organe. Une décision de ce type est irréaliste. Le pays ayant à perdre d'une interprétation d'un arrêt s'y opposerait et le processus s'arrêterait là. À toutes fins utiles, cette question est moins problématique qu'elle n'y paraît au premier abord. Comme mentionné ci-dessus[786], les constatations des deux juridictions se limitent à l'exigence de remise en conformité des mesures avec les règles de l'OMC. Cette constatation-type étant claire, l'interprétation n'est pas forcément nécessaire. Qui plus est, les Membres ont la double possibilité de faire appel d'une décision[787] et de passer par une nouvelle vérification juridictionnelle de la mise en conformité des mesures problématiques.[788] Dès lors, ils ont à leur disposition diverses options pour demander des éclaircissements quant au sens d'une décision. L'interprétation a une utilité limitée, de la même manière que dans un système légal national.

À défaut de pouvoir établir l'existence d'un pouvoir implicite ou inhérent dans la jurisprudence de la CIJ, du TIDM ou de l'OMC, il convient de se tourner brièvement vers le CIRDI.

---

[784] Articles 16 et 17 §14 du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends.

[785] Voir *supra* 73.

[786] Voir *supra* 189.

[787] Article 17 du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends.

[788] Article 21 §5 du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends.

L'analyse des arrêts rendus sous l'empire du CIRDI comporte elle aussi la même difficulté que celle grevant ceux de la CIJ ou du TIDM, soit l'existence d'une règle explicite sur l'interprétation des arrêts dans la Convention. Comme l'indique l'article 50 §1 :

> *Tout différend qui pourrait s'élever entre les parties concernant le sens ou la portée de la sentence peut faire l'objet d'une demande en interprétation.*

Pour contourner le problème identifié ci-dessus au sujet de la durée d'existence du tribunal, la règle suivante est également prévue au paragraphe suivant :

> *La demande est, si possible, soumise au Tribunal qui a statué. En cas d'impossibilité, un nouveau Tribunal est constitué conformément à la section 2 du présent chapitre.*

Cela étant, peu de tribunaux se penchent sur la question.[789] Parmi les affaires, seule la première, *Wena Hotels v. Egypt* est couronnée de succès.[790] Il est toutefois intéressant de noter que dans cette affaire, le tribunal s'inspire largement de la jurisprudence de la CPJI et de la CIJ.[791] Les conclusions concernant celles-ci seraient également pertinentes concernant le CIRDI, malgré la différence concernant la durée de vie de chaque tribunal identifiée ci-dessus. Cela étant, cet arrêt est d'une portée limitée concernant la question ici pertinente, se basant avant tout sur l'article 50 de la Convention CIRDI pour son raisonnement. Il n'est pas question de pouvoirs implicites ou inhérents. Le principe du pouvoir d'interprétation n'ayant jamais été remis en question lors des négociations de la Convention CIRDI, l'historique de celles-ci n'est pas plus édifiant.[792]

Cette compilation de jurisprudence fournit peu d'indications quant à la nature du pouvoir d'interprétation. Les juridictions institutionnelles prévoyant explicitement le pouvoir d'interpréter leurs arrêts, l'absence d'*obiter dicta* sur le sujet rend la classification difficile. Néanmoins, une classification en tant que pouvoir qui serait autrement implicite n'est pas exclue. Ce raisonnement est axé

---

[789] Seuls trois cas concernent une réelle demande en interprétation basée sur l'article 50, *Wena Hotels Ltd. v. Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No ARB/98/4, Decision on the Application by Wena Hotels Ltd. for Interpretation of the Arbitral Award dated December 8 2000, October 31st 2005, para 70-131 ; *ATA Construction, Industrial and Trading Company v. Hashemite Kingdom of Jordan*, ICSID Case No ARB/08/02, Decision on Interpretation and on the Request for Provisional Measures, March 7th 2011, para 34-43 ; *David Minnotte and Robert Lewis v. Republic of Poland*, ICSID Case No ARB(AF)/10/1, Decision on Request for Interpretation of the Award, October 22nd 2014, para 15.

[790] *Wena Hotels v. Egypt*, Decision on the Application by Wena Hotels Ltd. for Interpretation of the Arbitral Award dated December 8 2000, *supra* note 789, para 132-133.

[791] *Ibid.*, para 72.

[792] SCHREUER, MALINTOPPI, REINISCH & SINCLAIR, *supra* note 30, 867.

sur le fonctionnement et le rôle usuel des juridictions. Celles-ci ayant pour objet de résoudre des litiges selon le droit et de manière obligatoire, on admet volontiers qu'il n'est pas souhaitable que leurs jugements puissent rester peu clairs. Ce n'est pas à dire qu'il s'agit d'un pouvoir inhérent, mais qu'une résolution de litige-type implique la possibilité pour le tribunal de préciser sa décision. Cela fait de la compétence d'interpréter un pouvoir auquel il faut déroger pour l'éviter.

La catégorisation comme pouvoir inhérent exige un seuil supérieur d'importance du pouvoir. Celui-ci doit être *nécessaire* au bon exercice de la justice. En l'espèce, il n'est pas absurde d'imaginer que, pour des questions de coûts ou de délais, les parties refusent explicitement lors du don du consentement le pouvoir d'interprétation de la juridiction. Autre possibilité, les parties peuvent souhaiter se ménager la possibilité de bénéficier d'une ambiguïté constructive dans l'hypothèse dans laquelle un jugement ne serait pas clair. Ils laisseraient une certaine place à la négociation dans l'espace restreint laissé par cette ambiguïté. On voit mal quel besoin impérieux justifierait la classification comme pouvoir inhérent. Il s'agit avant tout de considérations de commodité ou de meilleur travail du tribunal, mais l'absence de ce pouvoir n'est pas de nature à disqualifier l'entier du processus. Pour ces raisons, il est raisonnable de considérer ce pouvoir comme une compétence éventuellement implicite, mais non inhérente.

6) La révision des arrêts

Entorse au principe de *res judicata*, la révision consiste en la modification d'un arrêt après qu'il est rendu. À la différence de l'interprétation ci-dessus, la révision va plus loin, ne se contentant pas de clarifier la situation. Elle permet une réelle modification du dispositif à certaines conditions, comme par exemple la découverte d'un fait crucial et de nature à changer la décision après que le jugement est rendu.[793] Elle se différencie également de la rectification, car elle amène à un changement du raisonnement, et non simplement la correction d'une coquille.

La révision des arrêts se heurte aux mêmes problèmes que l'interprétation. En d'autres termes, dans le cas des juridictions arbitrales, la dissolution théorique du tribunal au moment auquel il rend son arrêt final peut entraîner des conséquences particulières. Le point central de cette sous-section reflète dans une certaine mesure celui de l'interprétation, à savoir la détermination d'un point de droit après la reddition d'un jugement final.

[793] OELLERS-FRAHM K., *Revision of Judgments of International Courts and Tribunals* in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, July 2013, para 10-15 (opil.ouplaw.com/view/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e52) (1.4.2019).

Le pouvoir de la CIJ concernant la révision découle directement de l'article 61 son Statut. Si l'arrêt *Jaworzina* de la CPJI évoqué ci-dessus est instructif[794], la jurisprudence de la CIJ évolue. Celle-ci se penche également sur la question par le biais d'un avis consultatif. Discutant du pouvoir du Tribunal d'appel des Nations Unies de réviser des jugements, la Cour commence par noter l'absence statutaire de possibilité de révision. Elle affirme néanmoins :

> *Cette règle, qui figure à l'article 10, paragraphe 2, ne peut toutefois être considérée comme interdisant au tribunal de réviser lui-même un jugement, dans des circonstances particulières, lorsque des faits nouveaux d'importance décisive ont été découverts ; et le tribunal a déjà exercé ce pouvoir. Pareille révision strictement limitée, faite par le tribunal lui-même, ne peut être considérée comme un « appel » au sens de cet article, et serait conforme aux règles généralement posées dans les statuts ou les lois concernant les cours de justice, comme, par exemple, l'article 61 du Statut de la Cour internationale de Justice*[795]

Malgré l'invocation curieuse d'une comparaison avec des juridictions pour lesquelles ce pouvoir est prévu explicitement, la Cour admet là un élément implicite à la compétence en matière de révision. La CIJ est ensuite confrontée à trois cas contentieux en lien avec la révision, dans les affaires du *Plateau continental (Tunisie/Jamahiriya arabe libyenne)*[796], du *Différend frontalier terrestre, insulaire et maritime (El Salvador/Honduras ; Nicaragua (intervenant))*[797], et de *l'Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Yougoslavie)*[798].

Concernant le consentement, dans la deuxième affaire, la CIJ annonce d'emblée :

> *La voie de la révision ne saurait être ouverte du seul consentement des parties ; elle l'est uniquement lorsque les conditions de l'article 61 sont réunies*[799]

La Cour souligne le caractère central de la notion de *res judicata*. Même si les parties se sont mises d'accord sur le principe d'une révision dans une affaire les

---

[794] Voir *supra* 192.

[795] *Effet de jugements du Tribunal administratif des Nations Unies accordant indemnité*, Avis consultatif, CIJ Recueil 1954, 47, 55.

[796] *Révision et interprétation de l'arrêt du 24 février 1984*, *supra* note 82.

[797] *Demande en révision de l'arrêt du 11 septembre 1992 en l'affaire du Différend frontalier terrestre, insulaire et maritime (El Salvador/Honduras ; Nicaragua (intervenant)) (El Salvador c. Honduras)*, Arrêt, CIJ Recueil 2003, 392.

[798] *Demande en révision de l'arrêt du 11 juillet 1996 en l'affaire relative à l'Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Yougoslavie), Exceptions préliminaires*, Arrêt, CIJ Recueil 2003, 7.

[799] *Révision de l'arrêt du 11 septembre 1992*, *supra* note 797, para 22.

ayant opposées, les juges examinent si les conditions de l'article 61 sont remplies. Il est difficile de déterminer si cette déclaration est applicable de manière générale ou si elle concerne uniquement la CIJ. Néanmoins, ce passage fournit un indice intéressant. Il pourrait ne pas être possible d'exclure la compétence de la Cour en matière de révision. En raison de règles explicitement inscrites dans le Statut, une dérogation par simple accord des parties ne suffirait pas à modifier les règles de révision. Pour le surplus, la Cour ne fait référence dans aucun des arrêts mentionnés ci-dessus à une éventuelle source inhérente ou implicite du pouvoir de révision au sens strict. Elle se limite à invoquer l'article 61 de son Statut lors de son analyse.

Un élément additionnel de la jurisprudence de la CIJ mérite ici d'être mentionné, la question de la compétence en matière de rectification. À mi-chemin entre le pouvoir d'interprétation et le pouvoir de révision, cette compétence permet à la Cour de modifier une « erreur matérielle » d'une décision. Il ne s'agit ni d'une interprétation, car le but est de modifier le premier arrêt, ni d'une révision, car la modification ne se base pas sur des faits nouveaux, mais uniquement une erreur de la Cour. À ce sujet, celle-ci indique : « [l]a Cour a sans aucun doute le pouvoir de corriger toute erreur pouvant être ainsi désignée »[800]. Elle ne fournit pourtant pas de base textuelle. Elle n'indique pas non plus l'étendue exacte de ce pouvoir. S'agit-il uniquement de la correction d'erreurs grammaticales ? Ou la modification du résultat de processus scientifiques appliqués de manière erronée dans son arrêt est-elle aussi couverte ? Quoi qu'il en soit, la Cour s'octroie ce pouvoir par défaut, en l'absence de consentement explicite des États sur le sujet.

C'est également une démarche retenue dans la cadre de l'arbitrage interétatique. À titre d'exemple, l'affaire de délimitation territoriale opposant le Royaume-Uni et la France en 1977 fait naître un cas d'interprétation par un tribunal arbitral.[801] À la suite de la décision du tribunal, une erreur matérielle est relevée et le tribunal est invité à se prononcer dessus. Cette affaire pourrait être analysée comme un cas de révision, mais l'absence de faits nouveaux milite dans le sens inverse. Il s'agit plutôt de mettre au clair un point que le tribunal a exprimé de la mauvaise manière dans son dispositif. C'est vraisemblablement ce qui amène le tribunal lui-même à considérer l'affaire comme un cas d'interprétation.[802] Ce cas peut sembler peu instructif quant à la nature implicite ou inhérente du pouvoir, les parties ayant prévu dans le compromis la possibilité de saisir le tribunal dans un délai de trois mois à partir de la décision.

---

[800] *Révision et interprétation de l'arrêt du 24 février 1984*, *supra* note 82, para 10.

[801] *Affaire de la délimitation du plateau continental entre Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord et République française (Royaume-Uni, France)*, 1977, UNRIAA XVIII, 130-270 ; *Délimitation du plateau continental (Royaume-Uni, France)*, *supra* note 782.

[802] Voir notamment le chapeau de l'arrêt, *Délimitation du plateau continental (Royaume-Uni, France)*, *supra* note 782, 339.

La rectification découlerait d'un pouvoir ancillaire explicite.[803] Le tribunal prend toutefois le soin de préciser :

> *Le pouvoir du Tribunal de rectifier l'erreur demeure cependant son pouvoir propre de rectifier une erreur matérielle dont il a constaté l'existence dans sa décision. Il n'est donc pas nécessaire que le pouvoir de rectifier soit mentionné dans la clause compromissoire, de même que cette clause compromissoire n'étend pas le pouvoir du Tribunal*[804]

Dans cet *obiter dictum*[805], les arbitres soulignent que la mention explicite du pouvoir n'a eu qu'un effet déclaratoire, et non constitutif.

Cette jurisprudence est reprise dans une décision arbitrale ultérieure. Concernant la correction d'une erreur, le tribunal indique :

> *In those circumstances the relevant inherent powers of the Tribunal are extremely limited. Certainly they would extend to the correction of accidental errors even in the absence of Rule 13 §2 of the Tribunal's Rules of Procedure*
>
> *How much, if at all, further the Tribunal's relevant inherent powers extend depends, at least in part, on the terms of the powers expressly conferred on the Tribunal by agreement between the Parties*[806]

Le tribunal semble considérer qu'un pouvoir inhérent dépend de ce que les parties ont explicitement prévu.[807] Quoi qu'il en soit, une reconnaissance de la dissociation entre les pouvoirs explicitement donnés à un tribunal et ceux dont il dispose par défaut est visible dans la jurisprudence arbitrale.

Concernant le TIDM, de la même manière que pour l'interprétation, le Règlement contient une disposition spécifique permettant la révision des arrêts.[808] ROSENNE présente un historique détaillé des négociations de cet article assez révélateur du sentiment général concernant le pouvoir.[809] Il y souligne qu'initialement, le projet de Règlement n'inclut pas de disposition sur la révision. Cela étant, des parties avancent l'inutilité d'une telle règle, arguant du

---

[803] *Ibid.*, 354.

[804] *Ibid.*, 370.

[805] Le tribunal, saisi plus de trois mois après sa décision au fond, se considère néanmoins comme compétent en indiquant que les parties n'ont été notifiées du jugement que trois semaines plus tard. La citation ci-dessus ne sert donc pas à contredire le texte du compromis, *Ibid.*, 354-356.

[806] *Ibid.*, 353.

[807] Il n'est pas exclu que, le raisonnement étant axé autour de la compétence sur appel du tribunal, celui-ci cherche des indices de ce pouvoir dans le compromis, plutôt qu'une mention explicite.

[808] Articles 127, 128 et 129 Règlement du TIDM.

[809] ROSENNE, *Interpretation*, *supra* note 623, 74-80.

pouvoir inhérent résiduel des juridictions sur le sujet.[810] Les négociations débouchent finalement sur l'inclusion explicite de ce pouvoir, évacuant la discussion. Il est néanmoins intéressant de constater que les États eux-mêmes peuvent adopter cette politique lors des négociations, et qu'il ne s'agit pas uniquement d'un pouvoir que les juridictions se seraient attribué dans un excès d'« activisme judiciaire ». Ces négociations fournissent un indice en faveur d'un pouvoir inhérent ou implicite.

Concernant l'OMC, la question d'un éventuel pouvoir de révision est peu abordée, mais elle semble *de facto* exclue.[811] Cette absence peut être vue de deux manières. La première touche au fonctionnement du système de règlement des différends. Comme concernant l'interprétation des décisions, la révision ne fait pas partie des décisions pouvant être prises par le DSB à travers un consensus positif.[812] Dès lors, une décision en ce sens paraît peu envisageable. Par ailleurs, d'un point de vue pratique, la présence à l'OMC d'un Organe d'appel limite vraisemblablement les problèmes liés à la révision, en permettant une forme limitée de réexamen des cas litigieux.

Dans le cas du CIRDI, le pouvoir de révision est explicitement prévu par l'article 51 de la Convention. Néanmoins, cet article a une portée restreinte, et la question de pouvoir implicite ou inhérent a été directement abordée à l'occasion du cas *ConocoPhilips v. Venezuela*. En l'espèce, le tribunal est invité à réviser sa décision au fond en raison de nouvelles informations ayant vu le jour à travers Wikileaks.[813] Celles-ci remettant fondamentalement en question le raisonnement du tribunal, basé sur les assertions du demandeur, le Venezuela demande au tribunal de revoir son jugement concernant sa compétence.[814] Or, la majorité décide de ne pas entrer en matière, arguant du principe de *res judicata* et de l'absence de pouvoir explicite lui octroyant un droit de révision dans la Convention CIRDI.[815] Dans une opinion dissidente, ABI-SAAB exprime clairement combien il s'oppose à ce raisonnement. En particulier, il invoque la doctrine de la compétence inhérente (se référant à ce qui est appelé ici « compétence implicite ») développée par la CIJ pour justifier l'existence du pouvoir de révision du tribunal arbitral.[816] Plus spécifiquement, analysant le fait

[810] *Ibid.*, 76.

[811] WEISS, *supra* note 623, 186.

[812] Voir *supra* 73.

[813] *ConocoPhillips Petrozuata B.V., ConocoPhillips Hamaca B.V. and ConocoPhillips Gulf of Paria B.V. v. Bolivarian Republic of Venezuela*, ICSID Case No ARB/07/30, Decision on Respondent's Request for Reconsideration (Abi-Saab Dissenting), March 10th 2014, para 1.

[814] *Ibid.*, para 64.

[815] *ConocoPhillips Petrozuata B.V., ConocoPhillips Hamaca B.V. and ConocoPhillips Gulf of Paria B.V. v. Bolivarian Republic of Venezuela*, ICSID Case No ARB/07/30, Decision on Respondent's Request for Reconsideration, March 10th 2014, para 21-23.

[816] *Ibid.*, para 21-23, 54-61.

que la compétence est attribuée sur la base du consentement et que le pouvoir en question n'est pas explicitement octroyé par la Convention CIRDI, il écrit :

> *The power envisaged here is legal power, translated in the context of a tribunal in terms of jurisdiction to do certain things, in the course of discharging its overall adjudicative function. The empowerment as part of a function, carries with it a duty or obligation to exercise this power to achieve certain specific purposes or to fulfil certain specific legal tasks within the framework of the larger function*[817]

Ce raisonnement correspond précisément à l'idée de pouvoir implicite développée plus haut. Il y conclut :

> *In these circumstances, I don't think that any self-respecting Tribunal that takes seriously its overriding legal and moral task of seeking the truth and dispensing justice according to law on that basis, can pass over such evidence, close its blinkers and proceed to build on its now severely contestable findings, ignoring the existence and the relevance of such glaring evidence*[818]

Ces mots forts soulignent combien ABI-SAAB considère la compétence en matière de révision comme intimement liée à l'exercice de la fonction judiciaire. Son approche est sensée, en particulier au regard du principe de justice et de l'objet d'une procédure de ce type. Il est peu compatible avec la bonne administration de la justice que, sur la simple base d'une absence textuelle de ce pouvoir, un tribunal ne puisse réviser un arrêt lorsque les fondements factuels de celui-ci apparaissent après coup comme manifestement faux.

À l'occasion de son opinion dissidente, ABI-SAAB invoque une jurisprudence instructive de la CEDH. Dans l'affaire *Storck c. Allemagne*, malgré l'absence de pouvoir explicitement conféré à la Cour, celle-ci indique :

> *In exceptional circumstances, where there has been a manifest error of fact or in the assessment of the relevant admissibility requirements, the Court does have, in the interest of justice, the inherent power to re-open a case which had been declared inadmissible and to rectify those errors*[819]

Là aussi, la CEDH reconnaît le rôle central de la possibilité pour une juridiction de revoir son jugement lorsque des considérations de justice

---

[817] *ConocoPhillips v. Venezuela*, Decision on Respondent's Request for Reconsideration (Abi-Saab Dissenting), *supra* note 813, para 6.

[818] *Ibid.*, para 66.

[819] *Storck c. Allemagne*, App No 61603/00, CEDH, Decision as to the Admissibility, 26 octobre 2004, 14.

l'exigent. Il s'agit d'un pouvoir lié à la fonction de la CEDH, en lien avec son rôle de dispenser cette justice.

C'est bien là le nœud du raisonnement concernant le pouvoir implicite. Il faut présumer l'existence de pouvoirs permettant à une juridiction de s'acquitter de son rôle correctement. Néanmoins, on ne peut exclure une volonté expresse, exprimée par les deux États de priver la juridiction d'un de ces pouvoirs. Si ceux-ci souhaitent limiter le fonctionnement du tribunal, grand bien leur fasse, du moment qu'ils ne dénaturent pas la fonction judiciaire dans son essence. Les développements ci-dessus peuvent sembler extrêmement souverainistes laissant une place importante au consentement des États. Pourquoi cette position, qui va pourtant à l'encontre de la majorité de la doctrine concernant les pouvoirs inhérents ? Comme évoqué plus haut, il existe une distinction fondamentale entre les pouvoirs inhérents et implicites, qui doit réserver la première catégorie à ceux rendant impossible le fonctionnement d'une juridiction. C'est une chose de limiter, de manière peut-être gênante, les compétences d'une juridiction, c'en est une autre de la rendre concrètement incapable de fonctionner. Cette distinction, basée sur les limites du consentement à la compétence, justifie des pouvoirs implicites conçus de manière inclusive, et des compétences inhérentes de manière restrictive.

B) La compétence de la compétence : un pouvoir réellement inhérent

Catégorie distincte des pouvoirs implicites, les pouvoirs inhérents ont un rapport différent au consentement à la compétence. En particulier, là où le pouvoir implicite découle malgré tout du consentement des États, le pouvoir inhérent n'est pas centré sur celui-ci. Au contraire, il repose avant tout sur le statut de juridiction internationale, et sur une logique dans la fonction judiciaire. Cette logique prive les États de leur pouvoir de restreindre d'une compétence *inhérente*.

Dans cette sous-section, seule la compétence de la compétence est analysée. Ce n'est pas à dire qu'il s'agisse forcément de l'unique pouvoir réellement inhérent existant, mais c'est de loin le plus important. Son invocation régulière par toutes les juridictions examinées rend l'analyse utile. D'autres pouvoirs inhérents pourraient être discutés, comme celui de ne pas être limité dans le résultat par le consentement des parties.[820] Néanmoins, la pauvreté de la jurisprudence sur le sujet rendrait l'analyse particulièrement théorique et hypothétique.

D'aucuns arguent que l'existence d'une mention expresse de la compétence de la compétence dans les instruments constitutifs des juridictions n'est que la

[820] Voir *supra* 190.

cristallisation d'une règle préexistante. ABI-SAAB affirme par exemple concernant le CIRDI :

> *[Article 44 ICSID] is relevant* in casu *in another meaningful way, as a partial codification and specific application of the* inherent jurisdiction or powers *of any judicial or adjudicative organ. A jurisdiction which was first incarnated by and evolved through the development of the general principle of* Kompetenz-Kompetenz *(la competence de la competence), but which transcended this principle, to a much wider ambit, as articulated particularly by the ICJ*[821]

Cet autre type de pouvoir inhérent, non exprès cette fois, peut toutefois porter à controverse. Comme le souligne BROWN, on a tôt fait d'accuser une juridiction s'arrogeant ces pouvoirs d'activisme judiciaire (*judicial activism* ou *lawmaking*).[822] Il s'agit là d'une juridiction déterminant qu'elle est compétente sur une question donnée ni sur la base de son instrument constitutif, ni sur la base d'un don implicite du consentement. Elle découle de la simple existence d'une fonction judiciaire. Un exemple de ceci est la détermination par l'Organe d'appel de l'OMC dans l'affaire *États-Unis — Loi de 1916 (CE)*. À cette occasion, et malgré l'absence de disposition en ce sens dans le Mémorandum d'accord sur le règlement des différends, l'OA affirme l'existence de la compétence de la compétence :

> *Nous notons qu'il existe une règle largement admise voulant qu'un tribunal international soit habilité à examiner de sa propre initiative la question de sa propre compétence et à établir qu'il a compétence pour une affaire qui lui est soumise*[823]

VAN DAMME se réfère d'ailleurs à ce pouvoir comme à un pouvoir « inhérent »[824], comme la CIJ a pu le faire par le passé.[825] Cette reconnaissance par l'OA n'est pas anodine. Comme évoqué plus haut, les juridictions de l'OMC fonctionnent de manière distincte concernant bon nombre de pouvoirs implicites. En revanche, concernant la compétence de la compétence, elles adoptent une approche cohérente avec les autres juridictions mentionnées ici, et ce malgré l'absence de référence explicite à ce pouvoir. Il s'agit là d'un indice de

---

[821] *ConocoPhillips v. Venezuela*, Decision on Respondent's Request for Reconsideration (Abi-Saab Dissenting), *supra* note 813, para 54.

[822] BROWN, *supra* note 623, 829-830.

[823] Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis — Loi antidumping de 1916*, WT/DS136/AB/R / WT/DS162/AB/R, adopté le 26 septembre 2000, para 54, note 30.

[824] VAN DAMME I., *Treaty Interpretation by the WTO Appellate Body*, Oxford, Oxford University Press, 2009, 170.

[825] *Essais nucléaires*, Arrêt, *supra* note 441, para 23.

plus quant à la particularité de cette compétence, son caractère réellement inhérent. L'OA est explicite sur la question :

> *Les groupes spéciaux doivent examiner et régler certaines questions de nature fondamentale, même si les parties au différend restent muettes sur ces questions. À ce propos, nous avons déjà fait observer que « [l]'attribution de compétence à un groupe spécial est une condition préalable fondamentale à la licéité de la procédure de groupe spécial ». Pour cette raison, les groupes spéciaux ne peuvent simplement faire abstraction de questions qui touchent au fondement de leur compétence — c'est-à-dire à leur pouvoir de traiter et de régler des questions. Les groupes spéciaux doivent plutôt traiter ces questions — si nécessaire de leur propre chef — afin de s'assurer eux-mêmes qu'ils sont habilités à connaître de l'affaire*[826]

La compétence de la compétence n'est pas qu'un simple pouvoir, un droit du tribunal. Elle est une obligation.

Déjà abordée ci-dessus dans le cadre de l'historique du consentement et de la philosophie l'entourant, la compétence de la compétence a un statut particulier. Ce principe, permettant à une juridiction de se prononcer sur sa propre compétence, est l'un des fondements de la fonction judiciaire internationale. La CIJ a l'occasion de le suggérer dans l'avis consultatif sur l'*effet de jugements du Tribunal administratif des Nations unies accordant indemnité*. Elle y indique :

> *L'article 2, paragraphe 3, dispose : « En cas de contestation touchant sa compétence, le tribunal décide. » […] Ces dispositions et la terminologie employée démontrent la nature judiciaire du tribunal*[827]

Elle reprend là une idée déjà développée par la CPJI, qui parle du

> *Principe suivant lequel, en règle générale, tout organe possédant des pouvoirs juridictionnels a le droit de se prononcer en premier lieu lui-même sur l'étendue de ses attributions dans ce domaine*[828]

Ces déclarations vont au-delà de la simple reconnaissance d'une compétence de la compétence basée sur une disposition statutaire. La Cour fait de ce pouvoir un attribut des juridictions.

---

[826] Rapport de l'Organe d'appel *Mexique — Sirop de maïs (article 21:5 — États-Unis)*, *supra* note 543, para 36.

[827] *Effet de jugements du Tribunal administratif des Nations unies*, *supra* note 795, 51-52.

[828] *Interprétation de l'Accord gréco-turc du 1er décembre 1926 (Protocole final, article IV)*, Avis consultatif, CPJI, Série B, No 16, 1928, 20.

La citation de la CPJI comporte toutefois une nuance. Elle précise que ce principe existe « en règle générale ». De la même manière, dans l'affaire *Nottebohm*, la CIJ affirme :

> *Il est admis, conformément à des précédents antérieurs, qu'*à moins de convention contraire*, un tribunal international est juge de sa propre compétence et a le pouvoir d'interpréter à cet effet les actes qui gouvernent celle-ci*[829]

Elle semble ménager pour les États la possibilité de priver la Cour de sa compétence de la compétence par un acte limitant leur consentement.

D'autres juridictions que la CIJ affirment également leur compétence de la compétence indépendamment d'une attribution expresse de celle-ci. Ainsi, les tribunaux établis sous les auspices du CIRDI déclarent volontiers que l'article 44 de la Convention CIRDI n'est que déclaratoire, et que leur compétence de la compétence est un attribut nécessaire de leur fonction judiciaire. Dans l'affaire *Hrvatska v. Slovenia*, le tribunal indique :

> *[The tribunal] considers that as a judicial formation governed by public international law, the Tribunal has an inherent power to take measures to preserve the integrity of its proceedings. In part, that inherent power finds a textual foothold in Article 44 of the Convention […]. More broadly, there is an 'inherent power of an international court to deal with any issues necessary for the conduct of matters falling within its jurisdiction'; that power 'exists independently of any statutory reference'. In the specific circumstances of the present case, it is in the Tribunal's view both necessary and appropriate to take action under its inherent power*[830]

Cette idée est également exprimée dans l'affaire *Siag and Vecchi v. Egypt*.[831] Les arbitres y reconnaissent la nature déclaratoire de l'article 44, la compétence de la compétence étant indépendante de la source textuelle de la Convention CIRDI.[832]

Concernant la CNUDM, qu'il s'agisse du TIDM ou de la CPA, la jurisprudence ne met pas en évidence de contestation de la compétence de la compétence des tribunaux établis sous son égide. Concernant la CPA, AMERASINGHE en tire une règle selon laquelle :

---

[829] *Nottebohm*, Exception préliminaire, *supra* note 191, 119, italique ajouté.

[830] *Hrvatska Elektroprivreda d.d. v. Republic of Slovenia*, ICSID Case No ARB/05/24, Tribunal's Ruling regarding the participation of David Mildon QC in further stages of the proceedings, May 6th 2008, para 33.

[831] *Waguih Elie George Siag and Clorinda Vecchi v. The Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No ARB/05/15, Award, June 1st 2009, para 366.

[832] Voir également PAPARINSKIS, *Inherent Powers*, *supra* note 623, 19-20 et références.

> *It may be concluded that the principle became fully accepted in international law and jurisprudence that an arbitral tribunal has the inherent jurisdiction to determine its own jurisdiction (la compétence de la compétence), whether the authority is expressly granted in its constitutive instrument or not*[833]

Il n'est pas possible d'affirmer que la simple absence d'argumentation sur le sujet suffit, en particulier vu l'échantillon peu représentatif que constitue la jurisprudence de la CPA en matière interétatique[834].

Sortant du champ strict d'analyse de ce travail, l'affaire *Tadić* devant le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie est néanmoins particulièrement instructive. En l'espèce, le recourant conteste la compétence de la Chambre d'appel à se prononcer sur sa compétence concernant l'appel en question. Or, la résolution incluant le Statut du TPIY ne contient aucune disposition concernant la compétence de la compétence de celui-ci.[835] Le Tribunal mène un raisonnement complet, se basant sur la jurisprudence de la CIJ :

> *Ce pouvoir, appelé principe de « Kompetenz-Kompetenz » en allemand ou « la compétence de la compétence » en français, est un élément et, de fait, un élément majeur de la compétence incidente ou implicite de tout tribunal judiciaire ou arbitral et consiste en sa « compétence de déterminer sa propre compétence ». Ce principe est un élément constitutif nécessaire dans l'exercice de la fonction judiciaire et il est inutile qu'il soit expressément prévu dans les documents constitutifs de ces tribunaux, bien qu'il le soit souvent […]. Ce n'est pas simplement un pouvoir entre les mains du tribunal. En droit international, où il n'existe pas de système judiciaire intégré et où chaque organe judiciaire ou arbitral a besoin d'un acte constitutif spécifique définissant sa compétence, « la première obligation de la Cour — comme de tout autre organe judiciaire — est de déterminer sa propre compétence »*[836]

Le Tribunal nuance son propos en envisageant une restriction volontaire de ce pouvoir. Il en revient néanmoins à l'argument développé dans le présent texte, selon lequel la fonction judiciaire est une limite incontournable :

> *Il est vrai que ce pouvoir peut être limité par une disposition expresse de l'accord d'arbitrage ou des actes constitutifs des tribunaux*

---

[833] AMERASINGHE, *Arbitral Jurisdiction*, *supra* note 27, 32.

[834] Au 1er avril 2019, moins de 40 cas interétatiques lui ont été soumis.

[835] ORGANISATION DES NATIONS UNIES, Doc ONU S/RES/827, 25 mai 1993.

[836] *Le Procureur c. Duško Tadić, alias « Dule »*, Arrêt relatif à l'appel de la défense concernant l'exception préjudicielle d'incompétence, 2 octobre 1995, para 18.

> *permanents, bien que cette dernière possibilité soit controversée, en particulier lorsque les limites risquent de nuire au caractère judiciaire ou à l'indépendance du Tribunal. Mais il est absolument clair qu'une telle limite, dans la mesure où elle est recevable, ne peut pas être déduite sans une disposition expresse autorisant la dérogation ou la restriction de ce principe bien établi du droit international général*[837]

Si, dans cette affaire, le Tribunal s'abstient de se prononcer, il est raisonnable d'avancer qu'effectivement, les États ne peuvent limiter la compétence de la compétence sans entamer la nature judiciaire de la juridiction concernée. En effet, à supposer qu'un État assortisse son consentement à une juridiction de la condition expresse que celle-ci ne puisse pas examiner sa propre compétence, cette juridiction serait enfermée dans un raisonnement impossible. [838]

À l'heure actuelle, les situations dans lesquelles une juridiction ne se penche pas sur sa propre compétence sont des situations dans lesquelles elle la considère comme suffisamment clairement établie pour qu'il ne soit pas nécessaire de s'y arrêter (c'est régulièrement le cas dans les situations de compromis).[839] Elle n'y évite pas tant la question qu'elle ne considère pas comme nécessaire d'y répondre explicitement. Or, en la privant de ce pouvoir, la juridiction évoluerait dans un néant juridique. Elle serait dans l'impossibilité concrète de choisir entre une partie arguant d'une compétence étendue et l'autre plaidant le contraire. Il ne s'agirait pas d'un simple problème abstrait, mais d'un handicap complet.[840] Une partie pourrait soutenir que la juridiction est totalement compétente tandis que l'autre dirait, au contraire, qu'elle ne l'est pas du tout. Dans ce cas, la juridiction serait tout simplement incapable de procéder, faute de pouvoir se décider sur la question. À moindre échelle, le problème serait le même pour tout point de désaccord entre deux parties quant à sa compétence. Faudrait-il se prononcer de manière conservatrice et retenir l'argument le plus limitatif ? Ou au contraire, la juridiction ne pouvant se prononcer, devrait-elle admettre l'argument le plus large présenté devant elle ?

Ces questionnements mettent en évidence le degré auquel la compétence de la compétence est inhérente à la fonction judiciaire. En l'absence de la possibilité

---

[837] *Ibid.*, para 19.

[838] En ce sens, voir également Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis — Lois, réglementations et méthode de calcul des marges de dumping (« réduction à zéro ») — Recours des Communautés européennes à l'article 21:5 du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends*, WT/DS294/AB/RW et Corr.1, adopté le 11 juin 2009, para 169-172.

[839] À titre d'exemple, voir les affaires suivantes : *Ressortissants des États-Unis d'Amérique au Maroc*, *supra* note 715 ; *Minquiers et Ecréhous*, *supra* note 482 ; *Plateau continental de la mer du Nord*, *supra* note 447 ; *Différend frontalier (Burkina Faso c. Mali)*, *supra* note 482 ; *Kasikili/Sedudu*, *supra* note 482, 1045 ; *Différend territorial et maritime entre le Nicaragua et le Honduras dans la mer des Caraïbes (Nicaragua c. Honduras)*, Arrêt, CIJ Recueil 2007, 659.

[840] L'OA reconnaît d'ailleurs le problème lorsqu'il écrit : « nous comprenons en fait difficilement comment un système de règlement judiciaire pourrait fonctionner s'il reprenait l'idée que la simple formulation d'une allégation pourrait équivaloir à une preuve », Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis — Chemises et blouses de laine*, *supra* note 456, 15.

de se prononcer sur le sujet, une juridiction perdrait son statut d'organe judiciaire.[841] Elle s'apparenterait plus à une forme de médiation, car tout jugement au fond serait entaché d'un vice originel, à savoir l'éventualité de son incompétence. Les deux options présentées ci-dessus seraient aussi problématiques l'une que l'autre. Si la juridiction procède au fond malgré l'opposition de l'une des parties, la légitimité de sa décision est problématique en raison de l'absence possible de consentement de la partie s'opposant. En réalité, cela reviendrait à créer un système de compétence obligatoire générale. À l'inverse, si elle ne se prononce pas sur tous les éléments rencontrant la moindre opposition, elle vide la notion de consentement de sa substance. Cela impliquerait de laisser à chaque partie la liberté de retirer son consentement après le début de la procédure, en s'opposant à la compétence de la juridiction. Dès lors, il est plus probable que la CIJ et la CPJI émettent la possibilité d'un accord contraire *ex abundanti cautela*, sans pour autant qu'une application pratique de cette idée ne soit envisagée.[842]

Un autre raisonnement amène à la même conclusion, soit que la compétence de la compétence ne peut pas être retirée par un non-consentement à ce pouvoir. Il s'agit là d'une question davantage liée à la chronologie et à la logique du processus juridictionnel. La compétence de la compétence est particulière en raison du moment auquel son exercice intervient. La compétence en général représentant une porte permettant à la juridiction de se prononcer[843], un autre type de problème logique se pose, dont la résolution passe par son statut de pouvoir inhérent.

Soit une affaire quelconque devant une juridiction internationale. Celle-ci est amenée à se pencher sur sa propre compétence, afin d'en déterminer les contours. En poussant l'idée de la compétence attribuée dans ses retranchements, il devient difficile d'envisager comment une juridiction peut se déterminer sur sa propre compétence sans qu'elle ait pu l'établir en amont. L'arrêt par lequel elle se détermine compétente est lui-même déjà une décision, nécessitant une forme de compétence pour être prise. Or, pour pouvoir l'établir en amont, elle doit avoir eu la compétence de le faire. Comme la problématique de l'œuf et de la poule, le raisonnement est circulaire. Une juridiction serait enfermée dans un raisonnement dans lequel elle chercherait sa compétence de la compétence de la compétence de la compétence, etc… La notion de compétence inhérente devient la meilleure manière de résoudre ce paradoxe. Sorte de *Grundnorm* de la compétence, elle permet de justifier l'existence de pouvoirs préexistant l'ouverture de la *porte* par le consentement, plutôt que

[841] En ce sens, voir également BOISSON DE CHAZOURNES, qui considère la compétence de la compétence comme « *a fundamental prerequisite of the autonomy of the international judicial function* », BOISSON DE CHAZOURNES, *supra* note 188, 1028.

[842] Contra *Sentence arbitrale du 31 juillet 1989 (Guinée-Bissau c. Sénégal)*, Arrêt, Opinion individuelle de M. Shahabuddeen, CIJ Recueil 1991, 106, 109.

[843] Voir *supra* 129.

d'enfermer la porte derrière une autre porte, *ad infinitum*. Faute de cela, on est bien en peine de justifier l'existence de la capacité de prendre une décision sur sa compétence par le tribunal précisément *avant* d'avoir pu établir ce pouvoir.

Ainsi, la compétence de la compétence est un attribut de la fonction judiciaire, un pouvoir pouvant être exercé avant l'établissement de la compétence basée sur le consentement. Ce n'est toutefois pas à dire que le consentement est inutile ou non pertinent. La compétence de la compétence est une fiction[844] se résolvant d'elle-même. Si la juge établit sa compétence par la suite, elle justifie rétroactivement l'existence de la compétence de la compétence. En revanche, si elle se découvre incompétente, elle met à néant l'ensemble de la procédure, et la fiction initiale est sans préjudice pour l'une ou l'autre des parties. Le consentement reste donc le centre de la réflexion.

La compétence de la compétence pose ici un dernier problème en lien avec le consentement. Une fois établi qu'il s'agit d'un pouvoir inhérent lié à la fonction judiciaire, reste à savoir si une juridiction est limitée dans la possibilité qu'elle a de se prononcer sur la compétence d'une autre. Il est légitime de se demander si une détermination sur la compétence d'une autre juridiction ne devrait pas être exclue *ipso facto* en raison d'une éventuelle usurpation de ce pouvoir. Composante de cette question, il est utile de brièvement s'arrêter sur la nature personnelle pour une juridiction de la compétence de la compétence. La multiplicité des juridictions internationales couplée à la distinction faite plus haut entre consentement et obligation de don du consentement[845] doit amener à s'interroger.

La jurisprudence internationale renferme quelques cas dans lesquels des juridictions ont été amenées à se prononcer sur la compétence d'autres. Pour la CIJ, l'affaire *Ambatielos* est un exemple parlant. Dans la cadre de la CNUDM, plusieurs litiges, tels que les affaires *Thon à nageoire bleue* ou *Usine MOX* reflètent également cette problématique. L'affaire *Ambatielos* a ceci d'intéressant que la Cour est chargée de déterminer si le Royaume-Uni a l'obligation de se soumettre un litige à un tribunal arbitral.[846] Au vu de la réponse positive[847] se pose la question de savoir si le tribunal arbitral doit ou non se reposer sur la décision de la CIJ lors de l'analyse de sa compétence. En l'espèce, ce tribunal se réfère de

[844] En effet, le juge crée une réalité dans laquelle un consentement lui est donné, lui permettant de se prononcer sur sa compétence de la compétence. Il ne s'agit pas uniquement d'une présomption, dans la mesure où dans le cas d'une décision négative, le juge a néanmoins fait exercice de ce pouvoir. Sur la notion de « fiction », en particulier par opposition à une « présomption », voir SCHRAMM B., *La fiction juridique et le juge : Contribution à une autre herméneutique de la Cour internationale de Justice*, thèse, Institut de hautes études internationales et du développement, 2015, 161-165.

[845] Voir *supra* 31.

[846] *Ambatielos*, Fond, *supra* note 10, 12.

[847] *Ibid.*, 22.

manière poussée à l'arrêt de la CIJ.[848] Cela étant, il lui est permis d'éviter la question abordée ici, grâce à l'accord survenu entre la fin de la procédure devant la CIJ et le début de celle devant lui. En l'occurrence, les parties ayant signé un nouveau traité par lequel elles donnent leur consentement[849], la compétence du tribunal arbitral ne fait pas l'objet de débats. Il n'y a pas d'identité entre la compétence sur laquelle la CIJ et le tribunal arbitral se prononcent.

Les affaires abordées sous l'empire de la CNUDM traitent du problème plus directement. Ainsi, un cas de figure fréquent concerne le TIDM. Ce Tribunal a compétence pour se prononcer sur les requêtes en mesures provisionnelles.[850] À ce titre, l'une des conditions nécessaires est que le Tribunal considère que la juridiction qui sera ensuite saisie du litige au fond est compétente *prima facie*.[851] Se pose donc la question de savoir si la détermination de la compétence *prima facie* d'une autre juridiction empiète sur les pouvoirs inhérents de celle-ci. De manière générale, le TIDM ne fait pas de cas de cette question. Une jurisprudence désormais constante applique la condition telle quelle.[852] Cela étant, une distinction peut être faite entre la compétence *prima facie* et la compétence tout court. L'objet de la compétence *prima facie* est d'établir une compétence qui est réexaminée[853] de manière plus poussée par la suite. Elle permet d'accélérer une procédure qui doit, par nature, être expéditive.[854] Il n'y a pas d'incompatibilité fondamentale à ce que le TIDM établisse la compétence *prima facie* du tribunal qui serait créé, et que ce tribunal se déclare par la suite incompétent.[855] Cela étant, on peut se demander dans quelle mesure un tribunal arbitral saisi par la suite pourrait réellement remettre en question l'établissement de la compétence *prima facie* par le TIDM.

Un autre cas, à nouveau devant la CIJ, souligne également ce problème. Dans l'affaire de la *Compétence du Conseil de l'OACI*, la Cour est invitée à établir que le Conseil de l'OACI n'est pas compétent dans une affaire donnée. Rejetant la demande au fond, elle affirme au contraire :

---

[848] *The Ambatielos Claim*, *supra* note 51, 96-97.

[849] *Ibid.*, 87-89.

[850] Article 290 §5 de la CNUDM. Voir également *supra* 166.

[851] Article 290 §5 de la CNUDM.

[852] *Thon à nageoire bleue*, Mesures conservatoires, *supra* note 708, para 40 ; *Usine MOX*, Mesures conservatoires, *supra* note 589, para 35 ; *Détroit de Johor*, Mesures conservatoires, *supra* note 529, para 59 ; *« ARA Libertad » (Argentine c. Ghana)*, Mesures conservatoires, Ordonnance du 15 décembre 2012, TIDM Recueil 2012, 332, para 37 ; *« Arctic Sunrise » (Royaume des Pays-Bas c. Fédération de Russie)*, Mesures conservatoires, Ordonnance du 22 novembre 2013, TIDM Recueil 2013, 230, para 71 ; *Incident de l'« Enrica Lexie » (Italie c. Inde)*, Mesures conservatoires, Ordonnance du 24 août 2015, TIDM Recueil 2015, 182, para 54.

[853] Voir *supra* 168.

[854] Voir *supra* 163.

[855] C'est notamment le cas pour la CIJ dans *Activités armées sur le territoire du Congo (Nouvelle requête)*, Compétence et recevabilité, *supra* note 61, para 25 et références.

> *Le Conseil de l'organisation de l'aviation civile internationale est compétent pour connaître de la requête et de la plainte dont le Gouvernement pakistanais l'a saisie*[856]

En admettant le caractère juridictionnel du Conseil de l'OACI (le doute est permis à ce sujet[857]), il s'agirait d'une juridiction établissant la compétence d'une autre. Est-il possible de réconcilier ceci avec le pouvoir inhérent dont disposerait le Conseil de l'OACI ? Cette situation ne pose pas non plus de problème particulier en lien avec la question de cette section. D'une part, le Conseil de l'OACI s'est déjà prononcé affirmativement sur sa compétence en amont de la décision de la CIJ.[858] Par ailleurs, la CIJ agit dans cette affaire comme une juridiction d'appel.[859] En raison du rapport hiérarchique explicitement prévu, il est n'est pas choquant qu'une juridiction puisse se prononcer sur une erreur en droit d'une autre.[860]

Ces différents exemples sont tous à la limite d'un problème, mais aucun ne résulte finalement en une appropriation réelle du pouvoir inhérent d'une juridiction par une autre. Les cours et les tribunaux concernés ont réussi, à dessein ou non, à éviter ce type de confrontation.

Ces développements sur la compétence de la compétence mettent en évidence un point central, concernant l'interaction entre le consentement et ce pouvoir inhérent. Il existe deux manières de percevoir cette relation. D'une part, il est toujours possible d'y voir un lien, car faute de consentement à la compétence, la compétence de la compétence n'a pas lieu d'être. C'est parce que le consentement est constitutif de la compétence dans chaque situation qu'une juridiction est amenée à s'interroger sur sa propre compétence. D'autre part, il est envisageable de considérer la compétence de la compétence comme hors du champ du consentement des États. Ceux-ci n'ont pas la liberté d'en disposer, et le recours à une juridiction internationale implique la cession d'un pouvoir qu'ils le veuillent ou non. Il n'est pas nécessaire de déterminer laquelle de ces

---

[856] *Compétence du Conseil de l'OACI*, *supra* note 481, para 46.

[857] Cette question est débattue et n'a pas de réponse ferme, voir notamment MILDE M., *International Air Law and ICAO*, The Hague, Eleven International Publishing, 2016, 203 ; CHENG B., *The Law of International Air Transport*, London, Stevens, 1962, 101. MILDE soulève une objection raisonnable, en soulignant la politisation du Conseil de l'OACI.

[858] MILDE, *supra* note 857, 203.

[859] Article 84 de la *Convention relative à l'aviation civile internationale*, Chicago, 7 décembre 1944, Nations Unies, *Recueil des Traités*, Vol. 15, No 102, 295.

[860] De la même manière, il n'est pas surprenant que l'OA puisse s'interroger sur la compétence d'un groupe spécial, par exemple dans le Rapport de l'Organe d'appel *Mexique — Sirop de maïs (article 21:5 — États-Unis)*, *supra* note 543, para 64. L'OA va même jusqu'à affirmer que certaines questions de compétence des groupes spéciaux peuvent être examinées d'office par la juridiction d'appel, Rapport de l'Organe d'appel *Etats-Unis — Loi de 2000 sur la compensation pour continuation du dumping et maintien de la subvention*, WT/DS217/AB/R / WT/DS234/AB/R, adopté le 27 janvier 2003, para 206-208.

approches est correcte. Elles sont simplement deux points de vue différents sur une même question. Cette interrogation met néanmoins en évidence un point crucial, soit la relation indissociable existant entre la nature d'une juridiction internationale et sa compétence de la compétence. En d'autres termes, la compétence de la compétence est un pouvoir inhérent parce qu'il participe à la définition de la fonction judiciaire. En son absence, c'est cette fonction même qui disparaît.

§ III. Conclusion

Ces développements ont pour objet d'étudier les différents pouvoirs exercés de manière ancillaire à la résolution principale des litiges. Certes, les juridictions internationales concernées sont chargées de se prononcer sur certaines questions de fond, mais divers pouvoirs se rattachent à cette activité. Parmi tous ces pouvoirs, une nouvelle définition de la distinction entre compétences implicites et inhérentes a été proposée. Les pouvoirs implicites sont définis comme ceux incidemment transférés par les États à la juridiction à travers leur don du consentement, sans pour autant qu'une mention de ceux-ci existe lors du transfert du consentement. En raison du rôle actif des États, l'implication est que ces pouvoirs sont à leur libre disposition, mais d'une manière un peu particulière. Il s'agit d'un système d'*opt-out*, allant à l'encontre de l'*opt-in* prévalant habituellement dans le domaine du consentement à la compétence. Les pouvoirs inhérents, en revanche, sortent du champ de pouvoir des États. En raison de leur caractère indissociable de la fonction judiciaire, on ne peut envisager que les États puissent en priver la juridiction.

Une précision s'impose concernant la possibilité de priver une juridiction d'un pouvoir implicite. Pour les cas dans lesquels une juridiction est saisie sur la base d'actes unilatéraux, reste à savoir si les deux États doivent avoir prévu cette limitation ou si l'exclusion de ce pouvoir implicite dans une seule des déclarations suffit. Dans le cas de la CIJ par exemple, l'exclusion de la compétence en matière de réparations est-elle possible si uniquement l'un des deux États au litige l'a indiqué dans sa déclaration faite en vertu de l'article 36 §2 ? La jurisprudence ne s'est pas encore emparée de la question, mais cette éventualité doit être envisagée de manière très limitée. S'agissant des pouvoirs qui ne sont pas conférés à la juridiction concernée par ses instruments constitutifs, leur qualification comme pouvoirs implicites n'est pas anodine. Le fait qu'il faille activement priver une juridiction de ce pouvoir implique que dans la situation par défaut, cette cour ou ce tribunal dispose de cette compétence. En couplant ceci au fait que la compétence est basée sur la réciprocité[861], c'est uniquement lorsque les deux parties excluent de manière

[861] *Anglo-Iranian Oil Co.*, Compétence, *supra* note 522, 103.

réciproque ce pouvoir que la juridiction en est privée. C'est également ce que précise SCHREUER dans le cadre du CIRDI :

> *In order to remove an ICSID tribunal's competence over these matters, the parties would have to agree specifically that the ICSID tribunal shall not deal with them*[862]

Ce raisonnement met en avant le fait que le consentement est l'outil par lequel les États peuvent modifier la situation par défaut. Le consentement à la compétence permet de créer la compétence d'une juridiction, en dérogeant à la règle selon laquelle il n'existe pas de compétence. C'est toutefois uniquement sur la base du consentement des *deux* parties que cette compétence existe. De la même manière, les compétences allant implicitement et automatiquement de pair avec ce consentement ne peuvent être ôtées à une juridiction que par l'accord exprès en ce sens de toutes les parties au litige.

La classification de ces pouvoirs se heurte à une difficulté non négligeable, l'absence de cohérence de la jurisprudence entre les juridictions internationales. Si le pouvoir inhérent identifié repose sur un raisonnement logique, les pouvoirs implicites, quant à eux, sont davantage l'expression d'une situation par défaut préférable pour les juridictions. En d'autres termes, les pouvoirs inhérents reflètent une nécessité pour la juridiction. Le consentement des États ne peut s'y opposer, à moins de mettre à néant la juridiction elle-même. Les pouvoirs implicites, en revanche, traduisent une commodité, une préférence de fonctionnement de la part des adjudicateurs (et peut-être aussi des États). Les juges n'imposent pas tant leur volonté qu'ils ne prévoient un mode standard de règlement des différends. Les compétences qu'ils s'arrogent reflètent le fonctionnement standardisé d'une juridiction. Néanmoins, comme il apparaît clairement dans les développements ci-dessus, les compétences implicites font rarement l'unanimité parmi les juridictions étudiées. En ceci, l'OMC est un bon exemple, mettant en évidence l'impact qu'une différence de culture judiciaire peut avoir quant aux pouvoirs implicites d'une juridiction donnée.

Autre point important, la jurisprudence s'embarrasse rarement de considérations quant à la nature des compétences en question. C'est particulièrement le cas lorsque celle-ci est expressément mentionnée dans l'instrument constitutif ou dans le règlement de la juridiction. De manière peut-être sensée, les juges se contentent souvent d'affirmer le pouvoir sur une base expresse plutôt que de se pencher sur sa nature exacte. En découle une difficulté non négligeable de l'analyse. Il s'agit d'interpréter le peu exprimé par les juridictions, sans pour autant leur faire dire ce qu'elles ne disent pas. C'est la raison pour laquelle un raisonnement basé sur la logique et les objectifs du règlement juridictionnel des différends prévaut dans ce travail.

---

[862] SCHREUER, MALINTOPPI, REINISCH & SINCLAIR, *supra* note 30, 773.

Enfin, il est utile de réitérer que la réflexion sur la nuance entre pouvoir implicite et pouvoir inhérent ne se limite pas à un simple exercice de style. Ses ramifications touchent au cœur même de la notion de juridiction internationale. Le problème n'est pas tant qu'il est impossible de priver une juridiction de ses pouvoirs inhérents. Il s'agit plutôt du fait qu'à vouloir l'en priver, elle serait dénaturée, précisément au point de ne plus être cette « juridiction internationale ». Elle se transformerait en un mode alternatif de règlement des différends, plus proche de la médiation ou de la conciliation.[863] Or, comme développé ci-dessus[864], le consentement doit être compris comme une cession effective du pouvoir d'émettre un jugement doté de force obligatoire à une juridiction. Il ne s'agit pas simplement d'une délégation. Corollaire de ceci, le consentement de l'État n'est pas limité à la résolution d'un litige particulier. Il implique également le transfert de certaines prérogatives, notamment la compétence de la compétence, dont l'État ne dispose pas librement.

Section II Les limitations à l'objet du litige

Après des développements quant aux pouvoirs des juridictions, il est possible de franchir une étape et passer à la substance des litiges. Les premières limites à la libre disposition du consentement identifiées ci-dessus ressortissent aux compétences des juridictions en matière de procédure. Il est maintenant temps d'aborder les limitations du point de vue de l'objet des litiges. En d'autres termes, le point central de la section à suivre est de savoir dans quelle mesure les États peuvent moduler leur consentement du point de vue des objets traités par les juridictions. La question n'est plus de savoir quels types de pouvoirs celles-ci possèdent, mais plutôt sur quels points des affaires qui leur sont présentées elles sont habilitées à s'exprimer.

Au cœur de cette section repose le principe fondamental selon lequel la compétence des juridictions dépend du consentement *tel que formulé* par les États. Comme mentionné plus haut, le don du consentement est binaire, en ce qu'il est ou qu'il n'est pas.[865] Néanmoins, cette binarité s'exprime point par point. Il ne s'agit pas d'une approche tout ou rien, dans lequel le consentement est total ou n'est pas. Le consentement est plutôt établi pour chacun des points individuels contenus dans la requête, de manière binaire.

Dans le cadre de l'article 36 §2 du Statut de la CIJ, ces limitations sont exprimées à travers des réserves. Les États acceptent, par déclaration, la

[863] Voir notamment KOHEN M. G., *Interaction between Diplomatic and Judicial Means at the initiation of Proceedings* in *Diplomatic and Judicial Means of Dispute Settlement* [BOISSON DE CHAZOURNES Laurence/KOHEN Marcelo G./VIÑUALES Jorge E. ed.], Leiden, Martinus Nijhoff, 2013, 13-24, 18.

[864] Voir *supra* 99.

[865] Voir *supra* 157.

compétence de la Cour, mais limitent la portée de cette acceptation. À l'origine, cette approche n'est vraisemblablement pas prévue, mais elle est devenue pratique courante dès la CPJI, et a été reprise à la CIJ.[866] À l'heure actuelle, et en excluant la question de la réciprocité explicitement prévue par l'article 36 §2 du Statut, 54 des 73 déclarations en vigueur sont assorties d'une réserve.[867]

Cette section propose d'explorer la manière et les limites dans lesquelles les États peuvent exclure certains points de la compétence de la Cour lorsqu'un don du consentement existe sur le principe. Dans ce but, les limitations sont abordées de deux points de vue, *ratione temporis* puis *ratione materiae*.

§ I. La réciprocité

La réciprocité n'est pas, strictement parlant, une restriction à la libre disposition du consentement. Elle ne limite pas de la même manière les pouvoirs qu'un État peut attribuer ou retirer à une juridiction que les situations analysées plus loin dans cette section. Néanmoins, la réciprocité informe l'entier du raisonnement et fait partie des modulations du consentement. De manière simple, la réciprocité limite le pouvoir des États. Elle les prive de la possibilité de limiter de manière plus importante la compétence de la CIJ lorsqu'ils sont défendeurs que lorsqu'ils sont demandeurs.

Cette condition de réciprocité est prévue aux articles 36 §2 du Statut de la CPJI et 36 §3 de celui de la CIJ. Elle limite la compétence de la Cour basée sur la clause facultative de compétence obligatoire aux différends auxquels *les deux parties* ont consenti réciproquement. En d'autres termes, la condition de réciprocité équivaut à chercher le plus grand dénominateur commun entre les déclarations des parties à un litige. Ce dénominateur représente l'étendue maximale de la compétence de la Cour. C'est là l'essence même de la réciprocité. Comme l'indique la Cour :

> *Par ces déclarations, compétence est conférée à la Cour seulement dans la mesure où elles coïncident pour la lui conférer. La déclaration de l'Iran étant de portée plus limitée que celle du Royaume-Uni, c'est sur la déclaration de l'Iran que la Cour doit se fonder*[868]

La CIJ reformule et précise son propos quelques années plus tard :

> *Cette expression signifie simplement que, dans les rapports entre États qui adhèrent à la disposition facultative, tous et chacun sont liés*

[866] KEBBON N., *The World Court's Compulsory Jurisdiction under the Optional Clause – Past, Present and Future* in *Nordic Journal of International Law*, Vol. 58/1989, 257-286, 260-261.

[867] Statistique au 1er avril 2019.

[868] *Anglo-Iranian Oil Co.*, Compétence, *supra* note 522, 103.

> *par les obligations identiques qui existeraient à tout moment tant que l'acceptation les lie réciproquement*[869]

De manière générale, la question de la réciprocité, qu'elle soit *ratione temporis*, *ratione materiae* ou *ratione loci* est abordée à plusieurs reprises par la Cour.

À toutes fins utiles, il faut préciser que le statut exact de cette condition de réciprocité est discuté. Le texte du Statut de la CIJ et de celui de la CPJI indique :

> *Les déclarations […] pourront être faites purement et simplement ou sous condition de réciprocité de la part de plusieurs ou de certains États, ou pour un délai déterminé*[870]

D'aucuns arguent que cette condition doit être expressément prévue dans les déclarations faites en vertu de l'article 36 §2, tandis que d'autres avancent qu'il s'agit d'une condition générale, applicable même en l'absence de référence à la question dans les déclarations.[871] Cette question peut toutefois être contournée pour deux raisons. D'une part, l'écrasante majorité de déclarations ayant inclus une disposition visant la réciprocité. Au 1er avril 2019, 68 déclarations sur 73 prévoient ce type de condition.[872] Dès lors, la portée pratique de la question est limitée. D'autre part, comme argumenté par LAMM, deux notions de réciprocité cohabitent dans l'article 36, sans pour autant avoir la même signification.[873] En l'espèce, celle pertinente pour cette section découle de l'expression située au paragraphe 2 :

> *Les États parties au présent Statut pourront, à n'importe quel moment, déclarer reconnaître comme obligatoire de plein droit et sans convention spéciale,* à l'égard de tout autre État acceptant la même obligation[874]

Il ne s'agit pas d'une question de condition de réciprocité située dans les déclarations respectives, mais d'un critère juridique de compétence pour la Cour. Ainsi, la question de savoir si la réciprocité contenue dans les déclarations est déclarative ou constitutive n'est pas pertinente. L'objet de la présente analyse est le fait que la Cour n'est pas compétente lorsque les deux États n'ont pas

---

869 *Droit de passage*, Exceptions préliminaires, *supra* note 469, 144.

870 Article 36 §3 du Statut de la CIJ et 36 §2 du Statut de la CPJI.

871 AMERASINGHE, *Specific International Tribunals*, *supra* note 27, 64-65 et références.

872 Les déclarations ne l'incluant pas sont celles des États suivants : Commonwealth de Dominique, Haïti, Nicaragua, Pays-Bas et Timor-Leste.

873 LAMM V., *Reciprocity and the Compulsory Jurisdiction of the International Court of Justice* in *Acta Juridica Hungarica*, Vol. 44/2003, 45-66, 46.

874 Italique ajouté.

accepté la même obligation. C'est de cette réciprocité dont il est ici question, *ratione temporis* et *ratione materiae*.

Concernant la réciprocité *ratione temporis*, la Cour reconnaît la possibilité pour un État de moduler l'application de sa déclaration[875], en particulier au regard des faits à l'origine du litige. Dans ce contexte, elle est amenée à déterminer l'impact de ces règles sur le principe de réciprocité. La Cour a rapidement l'occasion de se pencher sur cette question, dans l'affaire de la *Compagnie d'électricité de Sofia et de Bulgarie*. Elle y indique :

> *Le Gouvernement bulgare s'est prévalu de la limitation ratione temporis contenue dans la déclaration belge concernant les situations ou les faits, au sujet desquels le différend s'est élevé, pour contester la compétence de la Cour. Bien que cette limitation ne figure pas dans sa propre déclaration, il est reconnu que, par l'effet de la condition de réciprocité […], elle fait droit entre les Parties*[876]

Un État n'ayant pas assorti sa déclaration de limites temporelles sur les faits au sujet desquels il pourrait être attrait bénéficie néanmoins de telles limites lorsqu'elles sont émises par l'autre partie dans l'affaire.

Cette règle n'est cependant pas aussi large qu'elle peut y paraître. Dans l'affaire *Nicaragua*, la Cour aborde les limites de la réciprocité dans l'établissement de sa compétence. Les États-Unis, afin de contourner la limite de six mois incluse dans leur déclaration, invoquent l'absence de limite dans celle nicaraguayenne et en exigent la réciprocité. Refusant cette interprétation, la CIJ écrit :

> *La notion de réciprocité porte sur l'étendue et la substance des engagements, y compris les réserves dont ils s'accompagnent, et non sur les conditions formelles relatives à leur création, leur durée ou leur dénonciation. Il apparaît nettement que la réciprocité ne peut être invoquée par un État pour ne pas respecter les termes de sa propre déclaration, quel qu'en soit le champ d'application, les limites ou les conditions*[877]

À cette occasion, la Cour fait référence à l'affaire *Interhandel*, dans laquelle elle identifie déjà un principe similaire :

---

[875] Voir *infra* 218.

[876] *Compagnie d'électricité de Sofia et de Bulgarie*, Exception préliminaire, Arrêt, CPJI, Série A/B, No 77, 1939, 81.

[877] *Nicaragua*, Compétence et recevabilité, *supra* note 350, para 62.

> *La réciprocité en matière de déclarations portant acceptation de la juridiction obligatoire de la Cour permet à une partie d'invoquer une réserve à cette acceptation qu'elle n'a pas exprimée dans sa propre déclaration mais que l'autre partie a exprimée dans la sienne. […] La réciprocité permet à l'État qui a accepté le plus largement la juridiction de la Cour de se prévaloir des réserves à cette acceptation énoncée par l'autre partie. Là s'arrête l'effet de la réciprocité. Elle ne saurait autoriser un État, en l'espèce les États-Unis, à se prévaloir d'une restriction dont l'autre partie, la Suisse, n'a pas affecté sa propre déclaration*[878]

Ces situations touchent toutes à des problèmes *ratione temporis*. Qu'il s'agisse de consentement en lien avec la naissance d'un litige ou le délai de dénonciation de la déclaration, la CIJ a recours à une réciprocité cadrée. Les États peuvent invoquer le principe de réciprocité, mais ils ne peuvent pas s'en prévaloir pour le détourner de son objet. Le principe directeur reste le consentement, et la réciprocité n'est qu'une béquille de celui-ci.

La Cour ne fait pas de distinction particulière avec les règles mentionnées ci-dessus lorsqu'elle se penche sur la réciprocité *ratione materiae*. Ainsi, dans l'affaire de la *Mer Égée*, elle refuse un titre de compétence invoqué par la Grèce, sur la base de l'invocation par la Turquie d'une réserve formulée par la demanderesse.[879] De même, dans l'affaire de la *Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria*, la Cour a volontiers recours à la jurisprudence développée concernant la réciprocité *ratione temporis* pour discuter de ses conséquences *ratione materiae*.[880] Cette affaire contient l'un des résumés les plus complets de la Cour sur la question de la réciprocité. Elle y ajoute, logiquement par ailleurs, que la condition de réciprocité est également sujette au principe de *perpetuatio fori* :

> *Elle conduit seulement la Cour à vérifier si, au moment du dépôt de la requête introductive d'instance, « les deux États ont accepté "la même obligation" par rapport à l'objet du procès »*[881]

La réciprocité peut parfois également avoir un effet pervers, poussant les deux parties à ne pas débattre d'un point problématique. À titre d'exemple, une

---

[878] *Interhandel*, Exceptions préliminaires, *supra* note 586, 23.

[879] *Plateau continental de la mer Égée*, Compétence de la Cour, *supra* note 440, para 90.

[880] *Frontière terrestre et maritime (Cameroun c. Nigéria)*, Exceptions préliminaires, *supra* note 469, para 43.

[881] *Ibid.*, para 43.

situation de ce type se présente dans l'affaire des *Emprunts norvégiens*.[882] À cette occasion, la France intente action contre la Norvège. Celle-ci invoque, par réciprocité, une réserve probablement invalide de la déclaration française. En découle une situation dans laquelle ni la France ni la Norvège ne sont incitées à débattre de la licéité de la réserve en question. La France ne le fait pas, car il s'agit de sa propre réserve, contre laquelle elle serait mal avisée d'argumenter, et la Norvège s'en abstient également, tirant ses arguments de cette réserve. La Cour ne se risque pas à une application du principe *iura novit curia*, et constate simplement l'absence de désaccord des parties sur la validité de la réserve.[883]

La réciprocité est une sorte de toile de fond sur laquelle toutes les réserves ou modulations du consentement s'inscrivent. L'inclusion dans cette section n'est pas due à une limitation dans l'objet du litige accepté par les États. C'est plutôt parce que la réciprocité constitue une métarègle aux modulations de l'objet du différend auquel l'État consent. Cette règle supérieure constitue l'un des principes limitant la libre disposition du consentement.

§ II. Les limitations ratione temporis *: un voyage dans le temps*

S'agissant des limitations que les États cherchent parfois à imposer lors d'un don du consentement, le premier point abordé est celui des éléments *ratione temporis* du consentement à la compétence.

La temporalité du consentement se décline en différents aspects. Dans l'affaire des *Phosphates du Maroc*, la CPJI indique :

> *Les termes de la déclaration française limitent ratione temporis la portée de l'acceptation par la France de la juridiction obligatoire de la Cour*[884]

La portée des questions de limitations *ratione temporis* n'est, en tant que telle, pas évidente. Diverses problématiques distinctes existent au regard du consentement. Ainsi, l'analyse porte tout d'abord sur le *dies a quo* et le *dies ad quem* du consentement, en faisant un détour par la notion de *perpetuatio fori*. Il s'agit là de déterminer si, et dans quelle mesure, les États peuvent moduler les dates de début et de fin de leur octroi du consentement à une juridiction. À titre d'exemple, comment traiter des déclarations faites en vertu de l'article 36 §2 du Statut de la CIJ excluant la compétence de la Cour pour les faits s'étant déroulés durant une guerre spécifique menée par l'État en question ? Question liée à la compétence *ratione temporis* mais néanmoins indépendante, l'étude porte

[882] Voir *infra* 250.

[883] *Emprunts norvégiens*, *supra* note 71, 26-27.

[884] *Phosphates du Maroc*, Exceptions préliminaires, Arrêt, CPJI, Série A/B, No 74, 1938, 22.

également sur la manière dont opère un éventuel délai imposé — par une limitation du consentement — à la possibilité pour un autre État d'entamer une action devant une juridiction donnée. Est-il possible d'exiger d'un autre État que son consentement ait duré un certain temps avant de pouvoir saisir une juridiction ? Enfin, les limitations au consentement concernant les exigences liées au moment de survenance de l'action litigieuse ou de naissance du différend méritent une analyse distincte.

A) Le début et la fin de la compétence : naissance facile, mort difficile

Le don du consentement n'est pas à envisager comme un acte irrémédiable. Comme mentionné plus haut, il s'agit du moment auquel une cession de pouvoir à une juridiction a lieu. Cette dévolution a pour caractéristique qu'elle n'implique pas d'action supplémentaire de la part de l'État pour que la cour ou le tribunal soit compétent. À ce stade, l'État perd le pouvoir de mettre fin à la procédure unilatéralement, et est donc obligé par la décision résultat du processus.[885] Ces constatations faites, l'étape suivante du raisonnement doit porter sur les limites temporelles exactes de ce don. Qu'il s'agisse du moment d'entrée en vigueur du don du consentement, de sa fin programmée ou de sa dénonciation par l'État donateur, diverses questions temporelles se posent.

Pour répondre à celles-ci, ordre chronologique est choisi. Le *dies a quo* est tout d'abord abordé, s'agissant du moment à partir duquel le don du consentement porte à conséquence concrète. À la suite de cela, la notion de *perpetuatio fori* est discutée. Déjà mentionnée plus haut, c'est ici l'occasion d'étudier plus en détail cette notion permettant de prolonger artificiellement la vie du consentement, de le geler à une date donnée. Enfin, l'autre extrémité du consentement, sa fin, est examinée. Qu'il soit prévu dès le don du consentement ou qu'il intervienne par la suite, comment le *dies ad quem* est-il abordé par les juridictions ?

À noter que la pertinence de ces développements ne se limite pas aux situations telles qu'évoquées ici. En particulier, les raisonnements autour des trois notions sont également pertinents concernant les modifications du consentement. Qu'il s'agisse de la date d'entrée en vigueur de la modification, de la *perpetuatio fori* concernant la compétence existant avant le changement ou de la date plus générale de fin du consentement précédemment donné, les règles sont les mêmes que celles développées ci-dessous.[886]

[885] Voir *supra* 31.

[886] LAMM, *Reciprocity*, *supra* note 873, 60.

a) Le *dies a quo*

L'idée de *dies a quo* de la compétence n'est pas nouvelle. Au Moyen Âge déjà, les parties en litige peuvent limiter la compétence des arbitres choisis par compromis à un intervalle temporel donné. Comme l'écrit NOVACOVITCH :

> *Ce qui est désigné le plus souvent, c'est le délai laissé aux arbitres pour rendre le jugement […]. Ordinairement, on le désigne d'une manière plus précise [qu'un délai vague], soit en disant que les arbitres devront juger jusqu'à tel jour au plus tard […], soit en donnant aux arbitres un ou plusieurs mois pour statuer*[887]

La compétence des arbitres est délimitée non seulement par un *dies a quo* déterminant le début de leur office, mais également par un *dies ad quem* en indiquant la fin.

Avec le temps et le développement des juridictions internationales institutionnalisées, la question se pose de plus en plus. La dissociation de plus en plus marquée entre la création de la juridiction et le don du consentement implique la nécessité pour ce nouveau type de juridiction d'établir à partir de, et jusqu'à quelle date sa compétence est établie. De ces nouvelles questions découle la détermination à la fois de l'acte déclencheur du consentement, et de la manière dont le consentement peut être retiré. Le moment auquel la saisine peut avoir lieu dépend précisément de ce *dies a quo*.

Concernant le *dies a quo* du consentement, l'examen mené dans le cadre du formalisme du consentement ci-dessus aborde en partie la problématique, en identifiant quel document ou quelle action sont nécessaires pour consentir.[888] Néanmoins, il reste à déterminer à partir de quelle date le consentement est considéré comme donné. Dans l'affaire du *Droit de passage sur territoire indien* la CIJ indique :

> *[La Cour] estime que, par le dépôt de sa déclaration d'acceptation entre les mains du Secrétaire général, l'État acceptant devient Partie au système de la disposition facultative à l'égard de tous autres États déclarants, avec tous les droits et obligations qui découlent de l'article 36. Le rapport contractuel entre les Parties et la juridiction obligatoire de la Cour qui en découle sont établis « de plein droit et sans convention spéciale » du fait du dépôt de la déclaration*[889]

Corollaire de cette citation, c'est à la date du dépôt de la déclaration faite en vertu de l'article 36 §2 du Statut que le consentement devient effectif.

[887] NOVACOVITCH, *supra* note 139, 69.

[888] Voir *supra* 115.

[889] *Droit de passage*, Exceptions préliminaires, *supra* note 469, 146.

L'approche est confirmée quelques décennies plus tard.[890] Cette règle n'est pas qu'anecdotique. Au 1er avril 2019, 52 États sur 73 déclarants n'indiquent rien concernant la date d'entrée en vigueur de leur déclaration.[891]

Concernant les modes strictement multilatéraux de don du consentement (clause compromissoire, accord spécial), il est constaté ci-dessus que l'enregistrement auprès du Secrétaire général de l'ONU n'est pas constitutif.[892] En conséquence, c'est bien la date de ratification du traité qui est celle de naissance du consentement effectif.[893] Enfin, concernant le *forum prorogatum*, le *dies a quo* est basé sur un élément factuel. Selon la Cour :

> *L'attitude de l'État défendeur doit « pouvoir être regardée comme une "manifestation non équivoque" de la volonté de cet État d'accepter de manière "volontaire, indiscutable" la compétence de la Cour »*[894]

Dès lors, c'est au moment auquel cette attitude franchit le seuil mentionné dans cette citation que le consentement est donné.

Cette problématique est également présente devant le CIRDI, et les règles de l'institution développent de manière relativement explicite le *dies a quo* du consentement :

> *La « date du consentement » est la date à laquelle les parties au différend ont consenti par écrit à soumettre leur différend au Centre ; si les deux parties ont donné leur consentement à des dates différentes, c'est la dernière des deux dates qui est retenue*[895]

Cette règle prend en compte les différentes méthodes de don du consentement. En particulier, l'établissement de la compétence passant fréquemment par l'*arbitration without privity*, ou la législation interne, le consentement est donné par le biais d'une offre ouverte d'arbitrage.[896] Au sens de cette règle, c'est seulement au moment de l'acceptation de l'offre ouverte par l'investisseur déposant sa requête que le consentement existe. Cette définition

---

[890] *Frontière terrestre et maritime (Cameroun c. Nigéria)*, Exceptions préliminaires, *supra* note 469, para 34-35.

[891] Il s'agit des États suivants : Autriche, Barbade, Botswana, Bulgarie, Cameroun, Canada, Chypre, Costa Rica, Commonwealth de Dominique, Espagne, Estonie, Finlande, Gambie, Guinée équatoriale, République de Guinée, Guinée-Bissau, Géorgie, Haïti, Honduras, Hongrie, îles Marshall, Inde, Italie, Japon, Kenya, Lesotho, Lituanie, Luxembourg, Madagascar, Malawi, Malte, Maurice, Nicaragua, Nigéria, Nouvelle-Zélande, Ouganda, Pakistan, Panama, Paraguay, Philippines, Portugal, Pérou, Roumanie, Royaume-Uni, République dominicaine, République démocratique du Congo, Slovaquie, Somalie, Soudan, Swaziland, Sénégal et Uruguay.

[892] Voir *supra* 115.

[893] Sous réserve d'un problème comme celui survenu dans les avis portant sur l'*Interprétation des traités de paix*, voir *supra* 31.

[894] *Entraide judiciaire en matière pénale*, *supra* note 232, para 62.

[895] Article 2 §3 du Règlement d'introduction des instances du CIRDI.

[896] Voir *infra* 274 et 291.

est incomplète. Elle confond l'existence du consentement avec sa perfection. Lorsqu'un TBI contenant une offre ouverte est en vigueur, le consentement de l'État existe. Néanmoins, c'est uniquement lorsque l'investisseur dépose sa demande que le consentement est parfait.

Une question relative à la date d'entrée en vigueur d'un traité se présente dans l'affaire *Tradex Hellas c. Albania*. À cette occasion, le tribunal met l'accent sur l'entrée en force du traité comme *dies a quo* :

> *The Tribunal notes that, in the present procedure, the Request for Arbitration is dated October 17, 1994, and was received by ICSID on November 2, 1994, i.e. well before the entry into force of the Bilateral Treaty on January 4, 1995. It is, therefore, clear that at the time of its filing the Request for Arbitration Tradex could not rely on a jurisdiction provided by the Bilateral Treaty*[897]

En application de la règle ci-dessus, le consentement ne peut pas être parfait, car il n'existe pas d'offre ouverte valable que l'investisseur puisse accepter.

b) La *perpetuatio fori*

Déjà évoqué à plusieurs reprises, le principe de *perpetuatio fori* est un point incontournable d'une discussion sur les aspects temporels du consentement. Cette notion permet l'établissement de la compétence des juridictions au moment de leur saisine. Un éventuel retrait subséquent du consentement par l'une ou l'autre des parties n'a aucune influence sur la procédure déjà lancée.

Les premiers jalons de ce principe sont posés par la CIJ dans l'affaire *Nottebohm*. À cette occasion, le Guatemala retire son consentement à la compétence de la Cour après la saisine par le Liechtenstein. Le Guatemala excipe ensuite de l'incompétence de la Cour, faute de consentement. La réponse est claire :

> *Une fois la Cour régulièrement saisie, la Cour doit exercer ses pouvoirs tels qu'ils sont définis par le Statut. Après cela, l'échéance du terme fixé pour l'une des déclarations sur lesquelles se fonde la requête est un événement sans rapport avec l'exercice des pouvoirs que le Statut confère à la Cour et que celle-ci doit exercer lorsqu'elle a été régulièrement saisie et qu'il ne lui a pas été démontré, sur une autre base, qu'elle est incompétente ou que la demande est irrecevable*[898]

---

[897] *Tradex Hellas S.A. (Greece) v. Republic of Albania*, ICSID Case No ARB/94/2, Decision on Jurisdiction, December 24th 1996 in *ICSID Review*, Vol. 14/1999, 161-196, 180-181.

[898] *Nottebohm*, Exception préliminaire, *supra* note 191, 122.

Cette jurisprudence est confirmée par la suite, mais assortie d'une limitation liée au formalisme excessif pouvant en découler :

> *Certes, la compétence de la Cour doit normalement s'apprécier à la date du dépôt de l'acte introductif d'instance. Cependant la Cour, comme sa devancière, la Cour permanente de Justice internationale, a toujours eu recours au principe selon lequel elle ne doit pas sanctionner un défaut qui affecterait un acte de procédure et auquel la partie requérante pourrait aisément porter remède*[899]

La CIJ propose ici une position intermédiaire allant dans le sens d'une économie de procédure. Le principe de *perpetuatio fori* ne doit pas être lu comme une restriction à sa compétence, qui empêcherait la Cour de se déclarer compétente pour des affaires dans lesquelles il suffirait que l'État réintroduise l'affaire pour guérir le défaut. En cela, elle est cohérente avec la position adoptée par sa prédécesseure dans l'affaire *Mavrommatis*. À l'époque, la CPJI se considère comme compétente sur la base d'un don du consentement pas encore en force au moment de sa saisine.[900] Cette approche est réitérée l'année suivante, lorsque la Cour indique :

> *Même si la nécessité d'une contestation formelle ressortait de l'article 23, cette condition pourrait être à tout moment remplie par un acte unilatéral de la Partie demanderesse. La Cour ne pourrait s'arrêter à un défaut de forme qu'il dépendrait de la seule Partie intéressée de faire disparaître*[901]

Récemment cependant, cette approche axée autour de l'économie de procédure est remise en question. Ainsi, dans l'affaire de la *Licéité de l'emploi de la force*, la Cour se considère comme incompétente faute de capacité d'ester de la Serbie-et-Monténégro, car celle-ci n'est pas membre de l'ONU au moment de l'introduction de l'instance.[902] Or, entre la saisine et la décision, elle le devient.[903] Une rigidité de ce type se retrouve également dans l'affaire du *Désarmement nucléaire*, dans lequel la Cour se déclare incompétente, faute de « différend » entre les parties.[904] Or, une simple audience aurait vraisemblablement mis au jour ces différends. Une approche flexible peut même rester cadrée, comme

---

[899] *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Yougoslavie)*, Exceptions préliminaires, Arrêt, CIJ Recueil 1996, 595, para 26.

[900] *Mavrommatis*, Exception d'incompétence, *supra* note 4, 34.

[901] *Affaire relative à certains intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise*, Exceptions préliminaires, Arrêt, CPJI, Série A, No 6, 1925, 14.

[902] *Licéité de l'emploi de la force (Serbie-et-Monténégro c. Belgique)*, Exceptions préliminaires, *supra* note 18, para 127.

[903] *Ibid.*, para 25.

[904] *Désarmement nucléaire (Iles Marshall c. Inde)*, Compétence et recevabilité, *supra* note 457, para 25-55.

proposé par ABRAHAM dans une opinion individuelle. Il y suggère que la possibilité pour un État de saisir à nouveau la Cour doit être prise en compte. Une réponse négative justifierait que la Cour se déclare incompétente.[905]

Néanmoins, la *perpetuatio fori* reste un élément crucial dans l'établissement de la compétence de la Cour. Si les exceptions à ce principe peuvent être sujettes à débat, le principe en tant que tel n'est pas remis en question. Une jurisprudence fournie en ce sens le souligne[906] :

> *La Cour rappelle que, selon une jurisprudence constante, sa compétence doit s'apprécier au moment du dépôt de l'acte introductif d'instance. Ainsi, si elle est compétente à la date à laquelle une affaire lui est soumise, elle le demeure quels que soient les événements survenus ultérieurement. De tels événements peuvent éventuellement conduire à constater qu'une requête a été par la suite privée d'objet et à prononcer un non-lieu à statuer ; ils ne sauraient en revanche priver la Cour de sa compétence*[907]

Ces considérations ne sont pas que théoriques. Dans la récente affaire de *Délimitation du plateau continental entre le Nicaragua et la Colombie*, la CIJ est face à une situation dans laquelle la Colombie s'est retirée du Pacte de Bogotá, dont la Cour tirerait sa compétence.[908] Elle réaffirme à cette occasion le principe déjà affirmé quelques années auparavant, selon lequel :

> *La disparition postérieure à l'introduction d'une instance d'un élément qui conditionne la compétence de la Cour ne produit pas et ne saurait produire d'effet rétroactif*[909]

---

[905] L'opinion individuelle porte sur un autre sujet, mais un raisonnement par analogie est instructif, *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Croatie c. Serbie)*, Exceptions préliminaires, Arrêt, Opinion individuelle de M. le Juge Abraham, CIJ Recueil 2008, 524, para 51.

[906] *Droit de passage*, Exceptions préliminaires, *supra* note 469, 142 ; *Génocide (Bosnie-Herzégovine c. Yougoslavie)*, Exceptions préliminaires, *supra* note 899, para 26 ; *Questions d'interprétation et d'application de la convention de Montréal de 1971 résultant de l'incident aérien de Lockerbie (Jamahiriya arabe libyenne c. États-Unis d'Amérique)*, Exceptions préliminaires, Arrêt, CIJ Recueil 1998, 115, para 37 ; *Mandat d'arrêt*, *supra* note 587, para 26 ; *Activités armées sur le territoire du Congo (Nouvelle requête)*, Compétence et recevabilité, *supra* note 61, para 54 ; *Génocide (Croatie c. Serbie)*, Exceptions préliminaires, *supra* note 515, para 79ss ; *Délimitation du plateau continental entre le Nicaragua et la Colombie*, Exceptions préliminaires, *supra* note 532, para 31.

[907] *Mandat d'arrêt*, *supra* note 587, para 26.

[908] Voir *Délimitation du plateau continental entre le Nicaragua et la Colombie*, Exceptions préliminaires, *supra* note 532, para 11ss.

[909] *Génocide (Croatie c. Serbie)*, Exceptions préliminaires, *supra* note 515, para 80 ; *Délimitation du plateau continental entre le Nicaragua et la Colombie*, Exceptions préliminaires, *supra* note 532, para 31.

Ce raisonnement est également applicable aux éventuelles modifications du consentement, comme indiqué dans l'affaire *Nicaragua* :

> *La Cour rappelle aussi que, dans des affaires antérieures où elle a eu à considérer l'effet réciproque de déclarations faites en application de la clause facultative, elle a déterminé si la « même obligation » existait au moment de la saisine de la Cour*[910]

Par ailleurs, toujours entre le Nicaragua et la Colombie, la CIJ va plus loin. Fin 2016, soit quelques années après que son propre délai de retrait du Pacte de Bogotá est écoulé[911], la Colombie présente une demande reconventionnelle.[912] Se basant sur le même principe de *perpetuatio fori*, la Cour accepte cette demande, et ce bien qu'il s'agisse d'un acte juridique autonome.[913] Ainsi, quand bien même la demande reconventionnelle est relativement indépendante, elle se rattache néanmoins à la demande principale. S'ensuit que la compétence de la Cour est à établir par rapport à sa compétence au principal, plutôt que par rapport à la demande reconventionnelle.

À noter enfin, la Cour fait une brève référence au principe dans la récente affaire liée à *Certains actifs iraniens* :

> *La Cour commencera par observer qu'il n'est pas contesté que le traité d'amitié était en vigueur à la date de l'introduction de la requête de l'Iran, soit le 14 juin 2016, et que la dénonciation du traité annoncée par les États-Unis le 3 octobre 2018 est sans effet sur la compétence de la Cour en la présente affaire*[914]

Les parties à cette affaire reconnaissent elles-mêmes l'applicabilité de la *perpetuatio fori*, sans même essayer de la contester. Cela démontre à quel point le principe est devenu un aspect élémentaire des procédures devant la CIJ.

Le principe de la *perpetuatio fori* est également repris par d'autres juridictions, largement inspirées par la CIJ. D'un point de vue conventionnel tout d'abord, la Convention CIRDI prévoit à son article 25 §1 que « [l]orsque les parties ont donné leur consentement, aucune d'elles ne peut le retirer unilatéralement ». Corollaire, dès que le consentement est parfait, notamment par la saisine du tribunal dans des cas d'offre ouverte d'arbitrage de la part de

---

[910] *Nicaragua*, Compétence et recevabilité, *supra* note 350, para 64.

[911] *Délimitation du plateau continental entre le Nicaragua et la Colombie*, Exceptions préliminaires, *supra* note 532, para 44-46.

[912] *Violations alléguées de droits souverains (Nicaragua c. Colombie)*, Demandes reconventionnelles, *supra* note 715, para 6.

[913] *Ibid.*, para 67.

[914] *Certains actifs iraniens (République islamique d'Iran c. États-Unis d'Amérique)*, Exceptions préliminaires, Arrêt, CIJ Recueil 2019, à paraître, para 30.

l'État, ce dernier ne peut plus retirer son acceptation de la compétence.[915] C'est l'interprétation donnée à cet article dans l'affaire *Plama v. Bulgaria* :

> *Under Article 25 §1 of the ICSID Convention, when the parties have given their consent, no party 'may withdraw its consent unilaterally'; and accordingly the Respondent's consent was also irrevocable from the date of the Claimant's Request for Arbitration*[916]

Si la question est ici limitée aux cas d'offre ouverte, la même année le principe est élargi pour refléter l'approche générale de la CIJ :

> *This is not only a principle of ICSID proceedings, it is an accepted principle of international adjudication that jurisdiction will be determined in the light of the situation as it existed on the date the proceedings were instituted. Events that take place before that date may affect jurisdiction; events that take place after that date do not*[917]

La jurisprudence de la CIJ est également reprise dans des cas plus discutables. Les tribunaux établis sous l'égide du CIRDI sont notamment confrontés au problème de réalisation subséquente des conditions de compétence. Dans l'affaire *Philip Morris v. Uruguay*, les arbitres retiennent l'approche selon laquelle le non-respect des dix-huit mois de litige devant les juridictions internes au moment de la saisine du CIRDI ne saurait les priver de leur compétence. Au contraire, la réalisation de cette condition préalable entre la saisine et la décision concernant la compétence suffit.[918] Sur cette base, le tribunal se considère comme compétent, malgré l'absence de réalisation de la condition au moment de la saisine.[919] Cette jurisprudence reflète également le raisonnement adopté dans l'affaire *Teinver v. Argentina*. Dans sa décision sur sa compétence, le tribunal arbitral se fonde sur le principe d'économie de procédure pour affirmer :

> *The core objective of this requirement, to give local courts the opportunity to consider the disputed matters, has been met. To require*

---

[915] SCHREUER, *supra* note 31, 362.

[916] *Plama Consortium Limited v. Republic of Bulgaria*, ICSID Case No ARB/03/24, Decision on Jurisdiction, February 8th 2005, para 140.

[917] *Compañia de Agua del Aconquija S.A. and Vivendi Universal S.A. v. Argentine Republic*, ICSID Case No ARB/97/3, Decision on Jurisdiction, November 14th 2005, para 61. Cette approche est déjà affirmée quelques années auparavant, dans l'affaire *CSOB v. Slovakia*, *Ceskoslovenska Obchodni Banka, A.S. v. The Slovak Republic*, ICSID Case No ARB/97/4, Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction, May 24th 1999, para 31.

[918] *Philip Morris v. Uruguay*, Decision on Jurisdiction, *supra* note 495, para 144-149.

[919] *Ibid.*, para 149.

> *Claimants to start over and re-file this arbitration now that their 18 months have been met would be a waste of time and resources*[920]

Cette idée selon laquelle il est possible, en général, de renoncer à une exigence de compétence sur la base du fait qu'elle est réalisée par la suite doit être utilisée avec parcimonie. En particulier, il est important de veiller à ne pas vider de son sens les limites posées par l'État à son consentement. En l'espèce, l'Uruguay et l'Argentine conditionnent leur consentement à un délai durant lequel les investisseurs doivent essayer de résoudre leur litige devant les tribunaux internes. Cette limite n'est pas qu'une exigence de commodité, mais une approche permettant d'éviter dans certains cas le lancement d'une procédure devant le CIRDI.[921] L'utilisation de l'argument de l'économie de procédure paraît ici fallacieuse, en ce que le tribunal déplace simplement le fardeau d'une partie à l'autre. Plutôt que d'imposer à l'investisseur de recommencer sa procédure dans les cas dans lesquels il ne respecte pas les conditions préalables de compétence, les arbitres imposent à l'État la possibilité que tous les investisseurs entament une procédure arbitrale en parallèle à celle devant les tribunaux internes. L'investisseur n'aurait plus qu'à attendre l'écoulement du délai pendant la procédure CIRDI pour que le tribunal se déclare compétent. Cette approche va directement à l'encontre des dispositions lui octroyant compétence, en vidant de sa substance la règle sur le délai de procédure devant les juridictions internes.

Cette situation est différente de celle présentée plus haut concernant l'affaire du *Désarmement nucléaire*.[922] Si les deux cas présentent une situation de réalisation subséquente des conditions de compétence, la condition préalable devant la CIJ joue un rôle différent. L'objet de l'exigence d'un « différend » est notamment d'éviter la politisation de l'instance internationale.[923] Or, la démonstration de l'existence d'un différend lors des audiences de l'affaire suffirait à souligner que la saisine n'a pas été effectuée de manière légère par le demandeur. L'audience mettrait en évidence un fait préexistant la procédure juridictionnelle. L'économie de procédure ne va ici pas à l'encontre du consentement des parties, en respectant le rôle de l'article 36 du Statut, soit la résolution pacifique des différends. Pour ces raisons, il est légitime de distinguer les situations devant le CIRDI mentionnées plus haut de celle-ci. Une approche restrictive sur le sujet est davantage justifiée. Selon les mots du tribunal dans

---

[920] *Teinver v. Argentina*, Decision on Jurisdiction, *supra* note 555, para 135.

[921] BORN G. & ŠĆEKIĆ M., *Pre-Arbitration Procedural Requirements: 'A Dismal Swamp'* in *Practising Virtue: Inside International Arbitration* [CARON David D./SCHILL Stephan W./SMUTNY Abby Cohen/TRIANTAFILOU Epaminontas E. ed.], Oxford, Oxford University Press, 2015, 227-263, 230.

[922] Voir *supra* 223.

[923] BROWNLIE I., *The Peaceful Settlement of International Disputes* in *Chinese Journal of International Law*, Vol. 8/2009, 267-283, 268 ; AMERASINGHE, *Specific International Tribunals*, *supra* note 27, 44.

l'affaire *Vivendi v. Argentina* : « *[jurisdiction] simply is not affected by subsequent events* »[924].

Pour les litiges liés à la CNUDM, le TIDM s'est référé au principe de *perpetuatio fori* dans les affaires du *Navire « Louisa »*[925] et du *Navire « Norstar »*[926]. À ces occasions, sans faire référence explicitement à la notion, le Tribunal indique :

> *For [the Tribunal] to have jurisdiction* ratione materiae *to entertain a case, a dispute concerning the interpretation or application of the Convention between the Parties must have existed at the time of the filing of the Application*[927]

Indirectement, il reconnaît l'existence de la *perpetuatio fori* en insistant sur le moment auquel le Tribunal doit être compétent, soit sa saisine. Il s'abstient toutefois de faire référence à la jurisprudence de la CIJ, se contentant d'affirmer le principe dans la première affaire, et se reposant sur celle-ci dans la seconde.

Dans le cadre de l'OMC, le problème ne s'est, pour l'heure, jamais posé. Aucun Membre ne s'étant retiré de l'organisation et la compétence de ses juridictions n'étant pas facultative[928], aucune situation dans laquelle un groupe spécial ou l'Organe d'appel pourrait perdre sa compétence ne s'est présentée. La question reste à ce stade purement théorique pour l'OMC, mais le cas échéant il n'y a pas de raison justifiant une dérogation à l'approche suivie par les autres juridictions.

Un dernier point mérite d'être mentionné, concernant le demandeur lui-même. Dans certains cas, la *perpetuatio fori* a également un impact sur son propre consentement. Il ne s'agit pas uniquement d'un outil au détriment du défendeur. Il va plutôt à l'encontre de la partie cherchant à fuir l'instance juridictionnelle sans l'accord de l'autre partie. Cette conception s'illustre dans les règles relatives au désistement d'instance. À titre d'exemple, la CIJ prévoit que le désistement unilatéral du demandeur n'est possible que si le défendeur n'a effectué aucun acte de procédure.[929] Dans toutes les autres situations, l'accord des deux parties est nécessaire.[930] Ces règles sont reprises aux articles 105 et 106 du Règlement du TIDM. Le CIRDI adopte également cette approche, sans même ménager d'exception pour un désistement totalement unilatéral.[931]

---

[924] *Agua del Aconquija and Vivendi v. Argentina*, Decision on Jurisdiction, *supra* note 917, para 63.

[925] *Navire « Louisa » (Saint-Vincent-et-les Grenadines c. Royaume d'Espagne)*, Arrêt, TIDM Recueil 2013, 4.

[926] *« Norstar »*, Exceptions préliminaires, *supra* note 593.

[927] *« Louisa »*, *supra* note 925, para 151 ; *« Norstar »*, Exceptions préliminaires, *supra* note 593, para 84.

[928] Voir *supra* 73.

[929] Article 89 §1 du Règlement de la CIJ.

[930] Articles 88 et 89 §1 du Règlement de la CIJ.

[931] Articles 43 et 44 du Règlement de procédure relatif aux instances d'arbitrage du CIRDI.

L'OMC fait ici figure d'exception, notamment en ne permettant qu'au demandeur de demander l'établissement d'un groupe spécial au terme des consultations.[932] De même, un groupe spécial peut être suspendu et subséquemment mis à néant par la simple requête du demandeur en ce sens[933], et le retrait unilatéral d'un appel est permis[934]. Cela étant, la spécificité de l'OMC peut partiellement découler de l'absence de demandes reconventionnelles devant cette instance.[935] Dès lors, le défendeur aurait un intérêt difficile à envisager à faire continuer la procédure. Outre le cas de l'OMC, le consentement du demandeur est également étendu à travers la *perpetuatio fori*.

En somme, la *perpetuatio fori* est dans son principe, un prolongement de l'idée du *dies a quo*. Dans une approche devant plus à HOBBES qu'à ROUSSEAU, le consentement, une fois donné et activé par la saisine d'une juridiction, est irrévocable. Néanmoins, le principe est majoritairement appliqué dans un sens. Lorsqu'un État souhaite retirer son consentement après la saisine, la *perpetuatio fori* lui est opposée. À l'inverse, les juridictions se montrent volontiers plus flexibles lorsqu'il s'agit de l'établissement d'une compétence qui naîtra dans un futur proche.

c) Le *dies ad quem*

Une fois éclairci le moment à partir duquel le consentement est établi, l'autre extrémité de la question doit être examinée, soit la fin du consentement, le *dies ad quem*. Dans ce cadre, deux catégories peuvent être mentionnées, l'écoulement d'un délai prévu dans un titre de compétence et le retrait actif du consentement.

La première situation touche particulièrement aux dons du consentement à la CPJI ou la CIJ par déclaration sous clause facultative de compétence obligatoire. Certaines de ces déclarations sont accompagnées de la précision que faute de renouvellement explicite par l'État concerné, elles expirent à l'échéance d'un délai donné. La question se posant dans ces cas-là est de savoir si, faute d'exclusion explicite du renouvellement de la déclaration par l'État, la juridiction peut néanmoins s'estimer compétente. La CPJI est confrontée à la problématique dans l'affaire *Pajzs, Csáky, Esterházy*. À cette occasion, l'une des sources de compétence invoquée par la Hongrie est la déclaration de la Yougoslavie, ayant expiré le jour de l'introduction de la demande. Les parties étant d'accord sur ce point, la compétence pouvant être établie d'une autre manière et la Hongrie ayant finalement renoncé à l'invocation de ce titre de compétence, la Cour ne s'étend pas sur la question.[936] La CIJ est plus tard saisie

[932] Articles 4 §7 et 6 §1 du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends.

[933] Article 12 §12 du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends.

[934] Article 30 §1 des Procédures de travail pour l'examen en appel.

[935] Voir *supra* 177.

[936] *Affaire Pajzs, Csáky, Esterházy*, Exception préliminaire, Ordonnance du 23 mai 1936, CPJI, Série A/B, No 66, 1936, 5-6 ; *Affaire Pajzs, Csáky, Esterházy*, Arrêt, CPJI, Série A/B, No 68, 1936, 35-36, 65.

d'une situation similaire, dans l'affaire de la *Compétence en matière de pêcheries (Royaume-Uni c. Islande)*. Il ne s'agit cette fois pas d'une déclaration faite en vertu de l'article 36 §2 du Statut, mais d'une clause compromissoire. La Cour y lit un délai de validité, la compétence octroyée n'étant pas permanente.[937] Néanmoins, l'expression la plus claire de la possibilité de conditionner la validité de la déclaration à une durée spécifique apparaît dans l'affaire *Nicaragua*. À cette occasion, la Cour écrit :

> *Les déclarations d'acceptation de la juridiction obligatoire de la Cour sont des engagements facultatifs, de caractère unilatéral, que les États ont toute liberté de souscrire ou de ne pas souscrire. L'État est libre en outre soit de faire une déclaration sans condition et sans limite de durée, soit de l'assortir de conditions ou de réserves. Il peut en particulier en limiter l'effet aux différends survenant après une certaine date, ou spécifier la durée pour laquelle la déclaration elle-même reste en vigueur ou le préavis qu'il faudra éventuellement donner pour y mettre fin*[938]

La Cour reconnaît clairement le droit des États de limiter *ex ante* la durée de validité d'une déclaration.

Reste la question de savoir comment traiter les situations dans lesquelles une déclaration ou un traité ne prévoient pas de date de fin du consentement. Qu'en est-il des titres de compétence octroyant simplement celle-ci, sans limite temporelle ? Une règle générale peut être trouvée dans l'affaire des *Actions armées frontalières et transfrontalières*. À cette occasion, parlant du Pacte de Bogotá, la Cour indique :

> *L'engagement figurant à l'article XXXI vaut* ratione materiae *pour les différends énumérés par ce texte. Il concerne* ratione personae *les États américains parties au pacte. Il demeure valide* ratione temporis *tant que cet instrument reste lui-même en vigueur entre ces États*[939]

Le Pacte de Bogotá est à nouveau au centre de l'analyse de la Cour en 2016, lorsqu'elle se penche sur sa dénonciation par la Colombie dans l'affaire de la *Délimitation du plateau continental entre le Nicaragua et la Colombie*. À cette occasion, elle met en avant l'article LVI qui précise :

> *La durée du présent Traité sera indéfinie, mais il pourra être dénoncé moyennant un préavis d'un an ; passé ce délai il cessera de produire ses effets par rapport à la partie qui l'a dénoncé […]. La dénonciation*

[937] *Compétence en matière de pêcheries (Royaume-Uni c. Islande)*, Compétence de la Cour, Arrêt, CIJ Recueil 1973, 3, para 26.

[938] *Nicaragua*, Compétence et recevabilité, *supra* note 350, para 59.

[939] *Actions armées (Nicaragua c. Honduras)*, *supra* note 491, para 34.

> *n'aura aucun effet sur les procédures en cours entamées avant la transmission de l'avis en question*[940]

La Colombie argue qu'une lecture *a contrario* de cette clause impliquerait qu'entre la transmission de son avis de dénonciation du Pacte et la fin effective de son don du consentement, la Cour ne serait pas compétente.[941] Celle-ci refuse cette interprétation, indiquant notamment :

> *Le pacte était toujours en vigueur entre la Colombie et le Nicaragua à la date du dépôt de la requête et, […] le fait qu'il a par la suite cessé de produire ses effets entre ces deux États n'aurait pas d'incidence sur cette compétence*[942]

Poussant sa réflexion plus loin, la Cour s'interroge sur la possibilité pour la Colombie de modifier la règle du Pacte de Bogotá de manière unilatérale :

> *L'avis transmis par la Colombie précisait que « la dénonciation [du pacte] pre[nait] effet à compter d[u] jour [même] à l'égard des procédures introduites postérieurement [audit] avis, conformément au second alinéa de l'article LVI ». Cependant, la Cour ne saurait voir dans l'absence de toute objection des autres parties au pacte à son sujet un accord, au sens de l'alinéa b) du paragraphe 3 de l'article 31 de la convention de Vienne, à l'égard de l'interprétation que la Colombie donne de l'article LVI. Elle ne considère pas davantage comme valant acquiescement l'absence de tout commentaire du Nicaragua*[943]

Ainsi, dans le cas des traités, la durée de validité d'une clause compromissoire est conditionnée à la validité du traité en tant que tel pour les parties concernées, même si une dénonciation a déjà eu lieu. À titre d'exemple, une clause compromissoire contenue dans un accord multilatéral auquel les États mettent fin d'un commun accord cesserait d'être *ipso facto*.[944] C'est précisément le cas dans l'affaire du *Cameroun septentrional*. Dans cette affaire, l'accord de tutelle incluant une clause compromissoire prend fin le 1er juin 1961.[945] Dès lors, la Cour écrit :

> *L'article 19 de l'accord, qui prévoyait la compétence de la Cour dans les cas auxquels il s'appliquait, a cessé bien entendu de pouvoir jouer*

---

[940] Article LVI du Pacte de Bogotá, *Traité américain de règlement pacifique (Pacte de Bogotá)*, Bogotá, 30 avril 1948, Nations Unies, *Recueil des Traités*, Vol. 30, No 449, 55.

[941] *Délimitation du plateau continental entre le Nicaragua et la Colombie*, Exceptions préliminaires, *supra* note 532, para 24.

[942] *Ibid.*, para 32.

[943] *Ibid.*, para 44.

[944] En prenant toutefois en compte l'exception de la *perpetuatio fori*, voir *supra* 222.

[945] *Cameroun Septentrional*, Exceptions préliminaires, *supra* note 493, 26.

> *en même temps que tous les autres articles de cet accord, de sorte qu'à partir du 1er juin 1961 on ne pouvait plus l'invoquer pour établir la compétence de la Cour*[946]

Le consentement à la compétence est ici conçu de manière stricte, cadré par la validité ou non d'un traité.

La situation est plus délicate concernant les clauses facultatives de compétence obligatoire. L'affaire *Nicaragua*, déjà mentionnée plus haut, résume toute la complexité du problème. Le Nicaragua intente le 9 avril 1984 une action contre les États-Unis devant la CIJ, invoquant la déclaration de ceux-ci, faite en vertu de l'article 36 §2.[947] Or, les États-Unis ont annoncé amender leur consentement trois jours plus tôt, soit le 6 avril, en excluant précisément le litige à venir avec le Nicaragua.[948] La déclaration des États-Unis est assortie d'un délai de préavis de six mois, tandis que celle du Nicaragua est muette sur le sujet. En l'espèce se posent deux questions distinctes. La première est de déterminer si, du fait qu'il s'agit d'un engagement unilatéral, les États-Unis peuvent modifier ou retirer à leur gré, et dans les délais qui leur conviennent, leur déclaration. La seconde est de savoir si, dans l'hypothèse où aucun délai n'est prévu par la déclaration, ils peuvent retirer leur consentement immédiatement. La situation n'est pas que théorique, avec, au 1er avril 2019, 13 États sur les 73 déclarants ne prévoyant pas de fin de la validité de leur déclaration.[949]

Concernant la première question, la Cour indique que le fait qu'il s'agisse d'un acte unilatéral ne signifie pas que les États-Unis peuvent en disposer comme bon leur semble :

> *Le caractère unilatéral des déclarations n'implique pourtant pas que l'État déclarant soit libre de modifier à son gré l'étendue et la teneur de ses engagements solennels*[950]

Les implications plus précises des dons du consentement sous forme unilatérale sont précisées ci-dessous[951], mais il peut d'ores et déjà être affirmé qu'un engagement à respecter un délai de préavis doit être tenu, qu'il soit unilatéral ou multilatéral.

---

[946] *Cameroun Septentrional*, Exceptions préliminaires, *supra* note 493, 35.

[947] *Nicaragua*, Compétence et recevabilité, *supra* note 350, para 1.

[948] *Ibid.*, para 13.

[949] Il s'agit du Commonwealth de Dominique, de l'Égypte, de l'Estonie, de la Géorgie, de Haïti, de l'Inde, du Nicaragua, de l'Ouganda, du Panama, du Paraguay, de la République dominicaine, du Soudan et de l'Uruguay.

[950] *Nicaragua*, Compétence et recevabilité, *supra* note 350, para 59.

[951] Voir *infra* 297.

Concernant le second point, dans l'affaire *Nicaragua*, l'argumentation est développée sous forme d'*obiter dictum*.[952] La Cour y affirme que quoi qu'il en soit :

> *Le droit de mettre fin immédiatement à des déclarations de durée indéfinie est loin d'être établi. L'exigence de bonne foi paraît imposer de leur appliquer par analogie le traitement prévu par le droit des traités, qui prescrit un délai raisonnable pour le retrait ou la dénonciation de traités ne renfermant aucune clause de durée*[953]

Les trois jours entre le retrait de la déclaration et la requête nicaraguayenne ne constituant pas un délai raisonnable[954], la Cour propose un argument justifiant le rejet de l'exception préliminaire américaine. Elle aurait légitimement pu adopter une solution inverse ici. Néanmoins, comme l'indique JENNINGS, « *[t]he judicial function is an art, not a science* »[955]. Il est fort possible que ce cas soit l'expression de la justice interne des juges telle que mentionnée ci-dessus.[956] Dans l'affaire *Cameroun c. Nigéria*, la Cour tente de justifier le raisonnement :

> *le retrait met fin à des liens consensuels existants alors que la remise établit de tels liens. Par suite, le retrait a pour conséquence de priver purement et simplement les autres États ayant antérieurement accepté la compétence de la Cour du droit qu'ils avaient de saisir cette dernière d'un différend les opposant à l'État ayant retiré sa déclaration*[957]

Quelles que soient les motivations et le raisonnement personnels des juges, cette décision fait partie de la jurisprudence internationale et participe à la définition du *dies ad quem* du consentement. En cas de litige sur la question, elle nuance l'interprétation des déclarations des quelque 28 États ayant réservé le droit de dénoncer leur don du consentement de manière immédiate.[958]

---

[952] Le raisonnement principal concerne la réciprocité, abordée plus haut, voir *supra* 214.

[953] *Nicaragua*, Compétence et recevabilité, *supra* note 350, para 63.

[954] *Ibid.*, para 63.

[955] JENNINGS, *supra* note 391, 148-149.

[956] Voir *supra* 94.

[957] *Frontière terrestre et maritime (Cameroun c. Nigéria)*, Exceptions préliminaires, *supra* note 469, para 34.

[958] Au 1er avril 2019. Le compte est fait de manière restrictive, certaines déclarations sont ambiguës sur la question et pourraient s'ajouter aux 28 identifiées. À titre d'exemple, la déclaration n'est pas incluse dans ce compte, alors qu'elle indique « La présente déclaration restera en vigueur pendant une période de cinq ans, puis jusqu'à ce qu'elle soit résiliée ou modifiée par une déclaration écrite. », Déclaration d'acceptation de la juridiction obligatoire de l'Autriche, 19 mai 1971 (www.icj-cij.org/fr/declarations/at) (1.4.2019). Les 28 États s'étant clairement réservé le droit de dénoncer de manière immédiate leur déclaration sont les suivants : Allemagne, Australie, Autriche, Barbade, Belgique, Botswana, Bulgarie, Cambodge, Cameroun, Canada, Chypre, Costa Rica, Côte d'Ivoire, Danemark, Djibouti, Commonwealth de Dominique, Égypte, Espagne, Estonie, Finlande, Gambie, Grèce, Guinée équatoriale, République de Guinée, Guinée-Bissau, Géorgie, Haïti, Honduras, Hongrie,

Dans le cadre du CIRDI, la question est également importante en raison des récentes dénonciations de TBIs de la part d'États sud-américains.[959] Ce processus amène à réfléchir à la manière dont le consentement vient à son terme. D'une part, quand le consentement cesse-t-il dans des cas de dénonciation d'un TBI ou de modification d'une offre ouverte en droit interne ? D'autre part, cas de figure peu envisageable devant la CIJ, qu'en est-il lorsqu'un État dénonce non pas un TBI donnant compétence au CIRDI, mais la Convention CIRDI elle-même ?

Concernant le premier point, la question du *dies ad quem* touche aux situations de séparabilité (ou survivance) de la clause de règlement des différends. En d'autres termes, est-il possible que malgré la résiliation d'un TBI, une clause de règlement des différends survive ? En pratique, la majorité des TBIs incluent des dispositions visant à maintenir l'applicabilité du traité aux investissements déjà effectués. Ainsi, au 1er avril 2019, 1933 TBIs sur les 2000 en vigueur recensés par la CNUCED prévoient une telle *sunset clause* pour une durée de cinq à vingt ans.[960] Les négociateurs prennent cette question en compte lors de la rédaction de ces traités. Certains problèmes n'ont toutefois pour l'heure pas de réponse. En particulier, il n'est pas encore déterminé dans quelle mesure la résiliation d'un commun accord du TBI pourrait faire disparaître les effets de cette *sunset clause*, notamment au vu de la question des attentes légitimes des tiers.[961] La jurisprudence ne s'est pas encore déterminée sur le sujet, et les particularités de l'*arbitration without privity* rendent une réponse claire à ce sujet pour le moins hasardeuse. S'agissant des offres ouvertes trouvées dans la législation, d'aucuns suggèrent qu'elles répondraient aux mêmes critères que les actes unilatéraux en droit international.[962] Dans ce contexte, les règles identifiées concernant l'article 36 §2 du Statut de la CIJ s'appliqueraient *mutatis mutandis*.

Îles Marshall, Inde, Irlande, Italie, Japon, Kenya, Lesotho, Liberia, Liechtenstein, Lituanie, Luxembourg, Madagascar, Malawi, Malte, Maurice, Mexique, Nicaragua, Nigéria, Norvège, Nouvelle-Zélande, Ouganda, Pakistan, Panama, Paraguay, Pays-Bas, Philippines, Pologne, Portugal, Pérou, Roumanie, Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, République dominicaine, République démocratique du Congo, Slovaquie, Somalie, Soudan, Suisse, Suriname, Suède, Swaziland et Sénégal.

[959] GATTINI, *supra* note 562, 139, 153.

[960] Données obtenues par le biais de la base de données de la CNUCED, CONFÉRENCE DES NATIONS UNIES SUR LE COMMERCE ET LE DÉVELOPPEMENT, IIA Mapping Project (investmentpolicyhub.unctad.org/IIA/mappedContent#sectionContainer_137) (1.4.2019).

[961] Voir notamment VOON T. & MITCHELL A. D., *Denunciation, Termination and Survival : The Interplay of Treaty Law and International Investment Law* in *ICSID Review* Vol. 31/2016, 413-433 ; GATTINI, *supra* note 562, 155-158. L'existence d'obligation pour les États sur la base d'« attentes légitimes » reste discutable, *Obligation de négocier un accès à l'océan Pacifique (Bolivie c. Chili)*, Arrêt, CIJ Recueil 2018, à paraître, para 162.

[962] POTESTÀ, *supra* note 31, 162.

Une spécificité de ce mode de don du consentement peut toutefois être abordée. Le principe de base est que le consentement, une fois parfait, ne peut être retiré unilatéralement.[963] Cela étant, le consentement réel d'un État dans le cadre du CIRDI n'est parfait qu'au moment auquel il est bilatéralisé.[964] Dans le cadre de l'article 36 §2 du Statut de la CIJ, c'est la coïncidence des offres ouvertes qui fait naître le consentement réciproque.[965] En ceci, la situation est distincte de celle du CIRDI. Si le consentement à travers un TBI ou un contrat contiennent un élément bilatéral, le consentement dans le droit national est purement unilatéral. C'est uniquement lors de la saisine du CIRDI par l'investisseur qu'il est parfait. Ainsi, ce n'est pas forcément sur l'article 25 de la Convention CIRDI que repose la prolongation du consentement au-delà de l'abrogation d'une loi nationale, mais plutôt sur le principe de bonne foi tel qu'appliqué dans l'affaire *Nicaragua*.[966] Dès lors, comme l'écrit le tribunal dans l'affaire *AES v. Kazakhstan*, la révocation du consentement en droit national ne peut être traitée en termes généraux, mais dépend de l'engagement effectif pris par l'État.[967]

Concernant la seconde question, les négociateurs de la Convention CIRDI anticipent le problème aux articles 71 et 72 :

> *Tout État contractant peut dénoncer la présente Convention par notification adressée au dépositaire de la présente Convention. La dénonciation prend effet six mois après réception de ladite notification.*

Cette règle est immédiatement nuancée :

> *Aucune notification par un État contractant en vertu des articles 70 et 71 ne peut porter atteinte aux droits et obligations dudit État, d'une collectivité publique ou d'un organisme dépendant de lui ou d'un de ses ressortissants, aux termes de la présente Convention qui découlent d'un consentement à la compétence du Centre donné par l'un d'eux antérieurement à la réception de ladite notification par le dépositaire.*

La règle peut être identifiée à teneur du texte. La CIJ, dans l'affaire *Nicaragua*, identifie un « délai raisonnable », durant lequel le consentement d'un État reste d'actualité malgré l'indication de celui-ci qu'il souhaite le retirer.[968] La Convention CIRDI prévoit une approche similaire. En cas de dénonciation de la

[963] Article 25 §1 de la Convention CIRDI.

[964] Voir *infra* 270.

[965] *Frontière terrestre et maritime (Cameroun c. Nigéria)*, Exceptions préliminaires, *supra* note 469, para 25.

[966] *Nicaragua*, Compétence et recevabilité, *supra* note 350, para 63. En ce sens, tout en nuançant le propos, voir *AES Corporation and Tau Power B.V. v. Republic of Kazakhstan*, ICSID Case No ARB/10/16, Award, November 1st 2013, para 219.

[967] *Ibid.*, para 216.

[968] *Nicaragua*, Compétence et recevabilité, *supra* note 350, para 63.

Convention, un délai s'impose à l'État concerné. Durant ce délai, il reste soumis aux obligations d'arbitrage découlant de la Convention. La durée effective du consentement est distincte de l'expression directe de cette volonté.[969] Un tribunal se prononce sur la question et adopte d'ailleurs la même lecture que celle faite par la CIJ dans l'affaire de la *Délimitation du plateau continental entre le Nicaragua et la Colombie*. Dans l'affaire *Venoklim Holding v. Venezuela*, le Venezuela argue que sa dénonciation de la Convention a pour effet de ne plus permettre la saisine du CIRDI durant les six mois entre cette dénonciation et la fin des effets de la Convention. Le tribunal refuse cette argumentation, indiquant :

> *Una vez que un Estado ha hecho una oferta de arbitraje internacional válida, una de sus principales obligaciones es la de cumplir con la misma, inclusive durante el periodo de seis meses previsto por el Convenio CIADI para que la denuncia surta efectos*[970]

S'agissant d'une offre ouverte d'arbitrage, l'investisseur peut encore parfaire le consentement, en saisissant le CIRDI, durant les six mois suivant la dénonciation de la Convention par le Venezuela :

> *Igualmente, considera el Tribunal que el consentimiento al que se refiere el Artículo 72 es, en este caso, el del Estado en sí, es decir la simple oferta unilateral de arbitraje, y no el consentimiento del Estado perfeccionado con la aceptación del inversionista de dicha oferta al presentar su solicitud de arbitraje. Entenderlo de otra manera, sería contrario al principio de seguridad jurídica, el cual exige que el inversionista goce de un periodo de seis meses contados a partir del recibo de la notificación de la denuncia según el Artículo 71 del Convenio CIADI*[971]

Aidés par des textes relativement clairs et des principes guidant leur action dans l'interprétation (effet utile, sécurité juridique), les arbitres adoptent une position ferme. Le défendeur ayant exprimé sa volonté de retirer son consentement ne voit ce retrait effectif qu'au terme d'un éventuel délai contenu dans le traité qu'il cherche à dénoncer. Néanmoins, s'agissant des règles sur le retrait du consentement lorsqu'aucun délai n'est prévu, il s'agit pour l'heure d'un territoire peu exploré. La CIJ évoque cette notion de « délai raisonnable ». Ce faisant, elle met en place une notion pouvant être adaptée à chaque situation, évitant de verrouiller les juridictions dans un carcan rigide peu approprié.

---

[969] Voir *supra* 84.

[970] *Venoklim Holding B.V. c. República Bolivariana de Venezuela*, Caso CIADI No ARB/12/22, Laudo, 3 de abril de 2015, para 66.

[971] *Ibid.*, para 65.

B) Le délai dans la réciprocité

Particularité liée à la réciprocité *ratione temporis* et développée par la pratique étatique, le consentement limité aux États ayant donné leur consentement depuis un certain temps est régulièrement utilisé devant la CIJ. La situation se présente dans les cas d'acceptation de la compétence de la Cour par déclaration faite en vertu de l'article 36 §2 du Statut. Plutôt que de laisser une offre ouverte de résolution des litiges à tout nouvel État déposant une telle déclaration, les déclarants limitent expressément la compétence de la Cour aux États dont une déclaration est en force depuis plus d'une année par exemple.

Du point de vue des États l'émettant, ce type de réserve a pour but d'éviter d'être visé par une action de manière opportuniste. Il permet d'éliminer la possibilité qu'un État A dépose une déclaration limitée strictement *ratione materiae* au litige l'opposant à l'État B, et dépose le même jour son mémoire. Qui plus est, l'État A a, sur le principe, le loisir de retirer immédiatement sa déclaration, profitant du principe de *perpetuatio fori*. Cette situation n'est pas que fictive. Dans l'affaire du *Droit de passage sur territoire indien*, le Portugal dépose sa déclaration d'acceptation de la compétence obligatoire le 19 décembre 1955, pour ensuite actionner l'Inde de 22 décembre de la même année.[972] Ainsi, par la conjonction de la déclaration indienne préexistante et la nouvelle déclaration portugaise, le consentement des deux parties est établi. L'Inde oppose à ceci l'argument selon lequel le dépôt quasi concomitant d'une déclaration et d'une requête enfreindrait « l'égalité, la mutualité et la réciprocité auxquelles l'Inde [a] droit »[973]. La Cour réfute cet argument, indiquant qu'aucune disposition du Statut n'empêche de procéder ainsi.[974] Elle adopte une approche ouverte quant au consentement. La déclaration préexistante de l'Inde étant une offre ouverte, celle-ci peut s'attendre à une saisine en tout temps, y compris par le dépôt quasi concomitant de la déclaration d'un autre État.

En vue d'éviter ce type de situations, un type de réserve particulier s'est développé dans la pratique étatique. Comme suggéré par la Cour dans l'affaire *Cameroun c. Nigéria*[975], les États ont la possibilité de conditionner, que ce soit par traité ou dans leur déclaration, la possibilité d'entamer une action au respect d'un délai de carence. Plus précisément, les États peuvent indiquer dans leur déclaration qu'ils n'acceptent la compétence de la Cour qu'à l'égard des États l'ayant également fait depuis une année au moins. C'est par exemple le cas de l'Inde, qui après l'affaire du *Droit de passage sur territoire indien* amende sa déclaration pour exclure de la compétence de la Cour :

---

[972] *Droit de passage*, Exceptions préliminaires, *supra* note 469, 145.

[973] *Ibid.*, 145.

[974] *Ibid.*, 146-147.

[975] *Frontière terrestre et maritime (Cameroun c. Nigéria)*, Exceptions préliminaires, *supra* note 469, para 25, 56.

> *Les différends à l'égard desquels toute autre partie en cause a accepté la juridiction obligatoire de la Cour internationale de Justice uniquement pour ce qui concerne lesdits différends ou aux fins de ceux-ci ; ou lorsque l'acceptation de la juridiction obligatoire de la Cour au nom d'une autre partie au différend a été déposée ou ratifiée moins de douze mois avant la date du dépôt de la requête par laquelle la Cour est saisie du différend*[976]

De manière plus large, au 1er avril 2019, les déclarations faites en vertu de l'article 36 §2 du Statut de la CIJ de 24 États sur 73 intègrent une disposition de cet ordre. Parmi celles-ci, 23 spécifient un délai de douze mois avant que la réciprocité ne s'applique.[977]

C) La date de naissance du litige

Dernier élément incontournable des questions liées au consentement *ratione temporis*, la date de naissance du litige ou des faits à son origine est de temps à autre débattue. En l'absence de dispositions spécifiques sur le sujet, le consentement s'étend-il aux litiges nés avant le don de celui-ci ? Ou au contraire, est-il forcément limité à ceux naissant dans le futur ? En cas de litige continu, le traitement est-il différent d'un litige né d'une action unique ? La pratique étatique sur le sujet est particulièrement diverse dans les déclarations faites en vertu de l'article 36 §2 du Statut. Au 1er avril 2019, 37 États ne spécifient rien tandis que 21 excluent volontairement les différends nés avant la déclaration ou basés sur des faits antérieurs. À l'inverse, 14 États reconnaissent explicitement la compétence de la Cour sur des faits ou litiges antérieurs, d'une manière ou d'une autre.[978]

La CIJ et sa prédécesseure sont amenées à se prononcer sur la question à diverses reprises. Dès l'affaire *Mavrommatis*, la CPJI établit la situation par défaut applicable, faute de consentement explicite allant dans un autre sens :

---

[976] Déclaration d'acceptation de la juridiction obligatoire de l'Inde, 18 septembre 1974, para 5) (www.icj-cij.org/fr/declarations/in) (1.4.2019).

[977] Les îles Marshall sont le seul État n'ayant pas spécifié de délai, mais excluent « Les différends à l'égard desquels toute autre partie en cause a accepté la juridiction obligatoire de la Cour internationale de Justice uniquement en ce qui concerne ledit différend ou aux fins de celui-ci. », Déclaration d'acceptation de la juridiction obligatoire des Îles Marshall, 24 avril 2013, para 1ii) (www.icj-cij.org/fr/declarations/mh) (1.4.2019).

[978] À noter que le Nigéria n'est inclus dans aucun des décomptes, en raison de la catégorisation ambiguë de sa réserve portant sur « le[s] différend[s] port[ant] sur une question qui a été soulevée avant la date de l'accession du Nigéria à l'indépendance, y compris lorsque la cause, l'origine ou le fondement du différend est antérieur à cette date », Déclaration d'acceptation de la juridiction obligatoire du Nigéria, 30 avril 1998, para ix) (www.icj-cij.org/fr/declarations/ng) (1.4.2019).

> *La Cour est d'avis que, dans le doute, une juridiction basée sur un accord international s'étend à tous les différends qui lui sont soumis après son établissement*[979]

Quelques années plus tard, dans l'affaire des *Phosphates du Maroc*, la Cour a précisément l'occasion de traiter d'une situation sortant du cadre par défaut :

> *Dans l'espèce, les termes qui forment la base de l'exception ratione temporis présentée par le Gouvernement français sont parfaitement clairs : seuls relèvent de la juridiction obligatoire les situations ou les faits postérieurs à la date de la ratification au sujet desquels s'est élevé le différend, c'est-à-dire ceux qui doivent être considérés comme générateurs du différend*[980]

Elle y reconnaît l'importance du consentement de l'État, dont l'expression prime la règle par défaut. En est pour preuve l'absence de nécessité d'analyser quelle est la situation type. La Cour se repose uniquement sur l'expression du consentement de la France[981]. Le raisonnement est le suivant :

> *Si les termes qui expriment la limitation ratione temporis sont clairs, l'intention qui les a dictés n'en apparaît pas moins bien établie : en la formulant, on a entendu enlever à l'acceptation de la juridiction obligatoire tout effet rétroactif, soit pour éviter de façon générale de réveiller des griefs anciens, soit pour exclure la possibilité de voir déférés par requête à la Cour des situations ou des faits qui remontent à une époque où l'État mis en cause ne serait pas à même de prévoir le recours dont pourraient être l'objet ces faits et situations*[982]

Ce raisonnement recentre effectivement la question autour du consentement, un consentement lié à l'intention de l'État.[983]

La CIJ adopte une approche quelque peu différente de sa prédécesseure concernant la situation par défaut, comme elle l'indique dans l'affaire de l'*Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*. Faute de stipulation contraire, plutôt que de limiter sa compétence aux différends survenant après l'acceptation de sa compétence, elle opte pour une règle plus flexible. Dans cette affaire, la Yougoslavie argue que la Cour n'est pas compétente en raison de la date à laquelle elle est devenue partie à la

[979] *Mavrommatis*, Exception d'incompétence, *supra* note 4, 35.

[980] *Phosphates du Maroc*, Exceptions préliminaires, *supra* note 884, 23.

[981] *Ibid.*, 23-24.

[982] *Ibid.*, 24.

[983] À ce sujet, voir *infra* 301 et 315.

Convention pour la prévention et la répression du crime du génocide.[984] La Cour se contente d'indiquer :

> *La Cour se bornera à observer que la convention sur le génocide — et en particulier son article IX — ne comporte aucune clause qui aurait pour objet ou pour conséquence de limiter de la sorte l'étendue de sa compétence* ratione temporis *et que les Parties elles-mêmes n'ont formulé aucune réserve à cet effet, ni à la convention, ni à l'occasion de la signature des accords de Dayton-Paris. La Cour constate ainsi qu'elle a compétence en l'espèce pour assurer l'application de la convention sur le génocide aux faits pertinents qui se sont déroulés depuis le début du conflit dont la Bosnie-Herzégovine a été le théâtre*[985]

En s'abstenant de se prononcer sur le sujet, la Cour semble effectuer un revirement de jurisprudence par rapport à ses décisions antérieures, et il est possible que les spécificités de la situation la poussent dans une cette direction. En particulier, la problématique du statut d'État successeur de la Yougoslavie fait naître bon nombre de questions dont la Cour a bien du mal à se dégager. À la suite de cette affaire, la CIJ revient à son approche habituelle. Dans *Certains biens*, elle cite la jurisprudence de la CPJI mentionnée plus haut pour conclure qu'elle n'est pas compétente, car les faits générateurs du différend sont antérieurs au don du consentement.[986]

Néanmoins, dans une autre affaire liée aux guerres de Yougoslavie, la Cour indique à nouveau que « la convention sur le génocide ne contient aucune disposition expresse limitant sa compétence *ratione temporis* »[987]. On pourrait y lire un retour sur l'approche adoptée dans l'affaire de l'*Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide* en 1996, mentionnée ci-dessus. Sept ans plus tard, dans son arrêt au fond, la Cour contredit toutefois cette interprétation. Elle y précise :

> *Comme on le verra, l'absence de limitation temporelle à l'article IX n'est pas sans conséquence, mais elle ne suffit pas, en soi, pour habiliter la Cour à connaître de la demande de la Croatie en ce qu'elle repose sur des faits supposés antérieurs au 27 avril 1992. L'article IX n'est pas une disposition générale sur le règlement des différends. La compétence qu'il prévoit est limitée aux différends entre les parties contractantes relatifs à l'interprétation, l'application ou l'exécution*

---

[984] *Génocide (Bosnie-Herzégovine c. Yougoslavie)*, Exceptions préliminaires, *supra* note 899, para 15.

[985] *Génocide (Bosnie-Herzégovine c. Yougoslavie)*, Exceptions préliminaires, *supra* note 899, para 34.

[986] *Certains biens (Liechtenstein c. Allemagne)*, Exceptions préliminaires, Arrêt, CIJ Recueil 2005, 6, para 45-46, 52.

[987] *Génocide (Croatie c. Serbie)*, Exceptions préliminaires, *supra* note 515, para 123.

> *des dispositions de fond de la Convention sur le génocide, y compris ceux relatifs à la responsabilité d'un État en matière de génocide ou de l'un quelconque des autres actes énumérés à l'article III de la Convention. En conséquence, sa portée temporelle est forcément liée à celle des autres dispositions de la Convention*[988]

Or, cherchant la portée temporelle de cette Convention, la Cour conclut qu'aucune disposition explicite ne permet d'assujettir rétrospectivement les États à une obligation de prévenir ou de punir les actes de génocide. Elle en conclut :

> *Les dispositions de fond de la Convention n'imposent, relativement aux actes censés avoir été commis avant que l'État concerné ne devienne partie à celle-ci, aucune obligation à ce dernier*[989]

De ce fait, en principe, la disposition sur le règlement des différends n'est pas applicable à la Yougoslavie, devenue entre-temps la Serbie, pour les actes antérieurs à son accession à la Convention.

La Cour ne termine pas son raisonnement sur ce point et développe un argumentaire unique concernant la succession et le consentement. Elle centre le débat sur ce dernier point et l'existence ou non d'une fiction de consentement sur des actes antérieurs au consentement réel. En particulier, concernant la Yougoslavie, elle déclare :

> *Dans [les affaires de l'*Or monétaire *et du* Timor oriental*], elle a refusé d'exercer sa compétence pour statuer sur la demande, estimant que cela aurait été contraire au droit d'un État non partie à l'instance à ce que la Cour ne se prononce pas sur son comportement sans son consentement. On ne saurait tenir pareil raisonnement en ce qui concerne un État qui a cessé d'exister, comme c'est le cas de la RFSY, puisque pareil État n'est plus titulaire d'aucun droit et n'a plus la capacité de donner ou de refuser de donner son consentement à la compétence de la Cour*[990]

Une considération *ratione temporis* l'amène à une affirmation forte, soit qu'un État ayant disparu ne dispose plus du tout de son consentement. Se considérant comme compétente, elle renvoie néanmoins les États dos à dos, refusant à la fois la demande de la Croatie et celle reconventionnelle de la Serbie.[991] Elle ajoute une remarque quelque peu surprenante, précisant :

---

[988] *Génocide (Croatie c. Serbie)*, Arrêt, *supra* note 715, para 93.

[989] *Ibid.*, para 100.

[990] *Ibid.*, para 116.

[991] *Ibid.*, para 441, 522.

> *Dès lors, la Cour n'a pas à se prononcer sur l'irrecevabilité de la demande principale soulevée par la Serbie en ce qui concerne les actes antérieurs au 8 octobre 1991*[992]

Dans la mesure où le reste du raisonnement concernant l'application de la Convention avant son entrée en vigueur est abordé du point de vue de la compétence, la qualification comme une question de recevabilité étonne. Une interprétation cohérente est de lire cela comme une question de recevabilité au sens large, soit regroupant la compétence et la recevabilité.

Un élément quelque peu connexe à la question de l'établissement du consentement au regard d'un acte donné doit également être analysé ici. La distinction entre des faits générateurs de différends simples et continus peut grandement influer sur cette compétence. En d'autres termes, déterminer que le fait générateur est un acte unique, ayant eu lieu à un moment T dans le passé peut limiter la compétence lorsque le consentement est donné après ce moment. À l'inverse, un fait continu, durant lequel le consentement est donné, ouvre d'autres possibilités.

Cette problématique n'est pas nouvelle et est déjà abordée par la CPJI dans l'affaire des *Phosphates du Maroc*. À cette occasion, le gouvernement italien tente de se plaindre, sans succès, d'un acte prétendument continu du gouvernement français.[993] La Cour ne retient pas cette interprétation, ne voyant pas de continuité entre l'acte antérieur au don du consentement et celui mis en avant pour justifier l'acte continu.[994] La question réapparaît de manière partielle plus tard, dans l'affaire du *Droit de passage sur territoire indien*. À cette occasion, la CIJ affirme que c'est par la conjonction de trois faits, dont certains ont lieu après le don du consentement, que sa compétence naît. Il ne s'agit là pas exactement d'un fait continu, mais d'un fait complexe. Dans ces cas-là, la naissance antérieure d'un seul élément de ce fait générateur du différend ne prive pas la Cour de sa compétence.[995] Faisant référence à sa prédécesseure, elle précise également :

> *La Cour permanente a distingué entre les situations ou faits qui constituent la source des droits revendiqués par l'une des Parties et les situations ou faits générateurs du différend. Seuls ces derniers doivent être retenus pour l'application de la déclaration portant acceptation de la juridiction de la Cour*[996]

---

[992] *Ibid.*, para 442.

[993] *Phosphates du Maroc*, Exceptions préliminaires, *supra* note 884, 26.

[994] *Ibid.*, 27.

[995] *Droit de passage sur territoire indien (Portugal c. Inde)*, Arrêt, CIJ Recueil 1960, 6, 33-34.

[996] *Ibid.*, 35.

Par défaut, le consentement à la compétence porte bel et bien sur les faits générateurs du différend.

Une analogie entre ces faits complexes et des faits continus peut amener à conclure que la Cour est compétente pour des faits continus ayant commencé avant l'entrée en vigueur d'une base de compétence. La question pertinente est l'existence et la réalisation du complexe factuel de violation au moment de la saisine. Or, la nature même des faits continus est la réalisation permanente de ce complexe de faits.[997] Dès lors, tant que la situation perdure, le don du consentement entraîne la compétence sur le fait continu.[998] C'est d'ailleurs indirectement ce qui peut être lu dans l'affaire des *Phosphates du Maroc*. La CPJI ne se pose pas la question de savoir si un fait continu est une base suffisante pour sa compétence. Elle se déclare incompétente en aval de ce problème, en refusant la qualification de « fait continu » à la situation devant elle.[999]

La compétence des juridictions de l'OMC est particulière au regard de ces questions. Comme précisé dans l'article 3 §7 du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends :

> *Le but du mécanisme de règlement des différends est d'arriver à une solution positive des différends. Une solution mutuellement acceptable pour les parties et compatible avec les accords visés est nettement préférable. En l'absence d'une solution mutuellement convenue, le mécanisme de règlement des différends a habituellement pour objectif premier d'obtenir le retrait des mesures en cause, s'il est constaté qu'elles sont incompatibles avec les dispositions de l'un des accords visés.*

Corollaire de ceci, le règlement des différends à l'OMC porte avant tout sur des violations continues, encore en cours. Il n'est pas possible d'obtenir une réparation pour une violation s'étant déroulée dans le passé.[1000] Néanmoins, la disparition d'une mesure n'est pas constitutive d'une disparition de l'objet du différend.[1001]

---

[997] Voir notamment DISTEFANO G., *Fait continu, fait composé et fait complexe dans le droit de la responsabilité* in *Annuaire français de droit international*, Vol. 52/2006, 1-54, 3-13.

[998] Sur la notion de fait continu devant la CIJ, voir également *Effets juridiques de la séparation de l'archipel des Chagos de Maurice en 1965*, Avis consultatif, CIJ Recueil 2019, à paraître, para 177.

[999] *Phosphates du Maroc*, Exceptions préliminaires, *supra* note 884, 24. Reste la possibilité que le raisonnement soit simplement basé sur l'économie de procédure, et qu'il n'y aurait rien à lire dans l'utilisation de cet argument par rapport à un autre.

[1000] VIDIGAL, *supra* note 775, 512-518.

[1001] Rapport de l'Organe d'appel *Union européenne — Mesures antidumping visant les importations de certains alcools gras en provenance d'Indonésie*, WT/DS442/AB/R et Add.1, adopté le 29 septembre 2017, para 5.175-5.186. Cela étant, la disparition amène en général à l'absence de recommandation de la part de la juridiction concernée, Rapport de l'Organe d'appel *Union européenne — Mesures compensatoires visant certains types de polyéthylène téréphtalate en provenance du Pakistan*,

Du point de vue du CIRDI, l'affaire *Salini v. Jordan* constitue un point de départ pertinent :

> *The Tribunal observes that one must distinguish carefully between jurisdiction ratione temporis of an ICSID Tribunal and applicability ratione temporis of the substantive obligations contained in a BIT*[1002]

Cette distinction faite, le tribunal semble ouvrir le champ à une application rétroactive du consentement, par opposition aux règles matérielles, ne pouvant, elles, s'appliquer rétroactivement.[1003]

Cette question précise est abordée de manière variée par différents tribunaux. Plusieurs d'entre eux s'expriment en faveur de la non-applicabilité rétroactive du consentement lorsque rien n'est explicitement prévu.[1004] À noter, comme c'est souvent le cas concernant la jurisprudence du CIRDI, qu'un tribunal prend l'optique inverse. Dans l'affaire *Tradex Hellas v. Albania*, prédatant toutes celles mentionnées ci-dessus, les arbitres tiennent le raisonnement suivant :

> *Albania has also argued that a submission to arbitration must be presumed to be only meant for future disputes unless otherwise expressed. The Tribunal is not convinced that such a presumption can be established in international arbitration. Submissions to arbitration, both in arbitration between states and in international commercial arbitration, are found in practice both regarding disputes that have already arisen and regarding future disputes*[1005]

Cette citation paraît toutefois construite sur la base d'une confusion entre les clauses compromissoires, tournées vers le futur, et les compromis, dirigés vers des litiges précis.[1006] Néanmoins, évitant cette question, certains TBIs précisent explicitement la non-rétroactivité du consentement.[1007]

WT/DS486/AB/R et Add.1, adopté le 28 mai 2018, para 6.16 ; Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis — Réduction à zéro (CE) (article 21:5 — CE)*, *supra* note 838, para 440-455.

[1002] *Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. The Hashemite Kingdom of Jordan*, ICSID Case No ARB/02/13, Decision on Jurisdiction, November 9th 2004, para 176.

[1003] *Ibid.*, para 177.

[1004] *Impregilo S.p.A. v. Islamic Republic of Pakistan*, ICSID Case No ARB/03/3, Decision on Jurisdiction, April 22nd 2005, para 300 ; *M.C.I. Power Group L.C. and New Turbine, Inc. v. Republic of Ecuador*, ICSID Case No ARB/03/6, Award, July 31st 2007, para 60-61 ; *ATA Construction, Industrial and Trading Company v. Hashemite Kingdom of Jordan*, ICSID Case No ARB/08/2, Award, May 18th 2010, para 98 ; *Ping An Life Insurance Company of China, Limited and Ping An Insurance (Group) Company of China, Limited v. Kingdom of Belgium*, ICSID Case No ARB/12/29, Award, April 30th 2015, para 231.

[1005] *Tradex v. Albania*, Decision on Jurisdiction, *supra* note 897, 194.

[1006] Voir *infra* 311.

[1007] *Jan de Nul N.V., Dredging International N.V. v. Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No ARB/04/13, Decision on Jurisdiction, June 16th 2006, para 33, 116 ; *Ioan Micula, Viorel Micula, S.C. European*

Pour revenir au CIRDI, la question de l'inclusion explicite des litiges nés avant le don du consentement se pose également à plusieurs reprises, et la réponse n'est pas évidente. La règle de base est que si des indices tendent vers l'exclusion de la compétence pour les faits antérieurs, le tribunal s'en contente volontiers. C'est le raisonnement du tribunal dans l'affaire *Adel A Hamadi Al Tamimi v. Oman*, qui se base sur l'article 28 de la CVDT pour indiquer :

> *There is no suggestion in the language of the Treaty that the investment protections of Chapter 10 were intended to apply with retrospective effect. Indeed, the definition of 'covered investment' […] stipulates that in order to qualify for the purposes of Chapter 10 an investment must be either 'in existence as of the date of entry into force of this Agreement' or else established thereafter*[1008]

D'autres affaires reposent toutefois sur des traités moins clairs. Dans *Impregilo v. Pakistan*, le tribunal refuse l'application rétroactive du consentement de l'État. Il le fait malgré l'indication que le TBI, entré en vigueur en 2001, s'applique aux investissements dès 1954.[1009] La situation est la même dans *Salini v. Jordan*. Le TBI couvre « *tout* différend qui puisse survenir entre une des parties contractantes et l'investisseur de l'autre partie contractante concernant des investissements »[1010]. Or, les arbitres adoptent une interprétation restrictive : « *[s]uch language does not cover disputes which may have arisen before the entry into force of the BIT, but only disputes arising after 17 January 2000* »[1011]. Ainsi, l'approche adoptée préconise une inclusion explicite et au-delà de tout doute raisonnable des litiges antérieurs lorsque les parties le souhaitent réellement. Le consentement doit bénéficier d'un degré de certitude élevé sur le sujet pour rebuter la présomption de non-rétroactivité du consentement.[1012]

Concernant la question des faits continus, le tribunal dans *SGS v. Philippines* est catégorique :

> *It is not, however, necessary for the Tribunal to consider whether Article VIII of the BIT applies to disputes concerning breaches of investment contracts which occurred and were completed before its entry into force. At least it is clear that it applies to breaches which*

Food S.A, S.C. Starmill S.R.L. and S.C. Multipack S.R.L. v. Romania, ICSID Case No ARB/05/20, Award, December 11th 2013, para 153.

[1008] *Adel A Hamadi Al Tamimi v. Sultanate of Oman*, ICSID Case No ARB/11/33, Award, November 3rd 2015, para 283.

[1009] *Impregilo v. Pakistan*, Decision on Jurisdiction, *supra* note 1004, para 26, 109.

[1010] '*any dispute which may arise between one of the Contracting Parties and the investors of the other Contracting Party on investments*', *Salini v. Jordan*, Decision on Jurisdiction, *supra* note 1002, para 170, italique ajouté.

[1011] *Ibid.*, para 170.

[1012] En ce sens, GATTINI, *supra* note 562, 143. À noter que la qualification comme une question de « rétroactivité » est discutable, voir *Ping An v. Belgium*, *supra* note 1004, para 218.

> *are continuing at that date, and the failure to pay sums due under a contract is an example of a continuing breach*[1013]

Prenant plus de précautions, le tribunal dans l'affaire *Tecmed v. Mexico* adoptait déjà une approche similaire :

> *Conduct, acts or omissions of the Respondent which, though they happened before the entry into force, may be considered a constituting part, concurrent factor or aggravating or mitigating element of conduct or acts or omissions of the Respondent which took place after such date do fall within the scope of this Arbitral Tribunal's jurisdiction*[1014]

Sur ces points, les juridictions liées au CIRDI s'éloignent peu de l'approche suivie par la CIJ.[1015]

La CNUDM, quant à elle, ne prévoit pas de limites temporelles explicites à la compétence des juridictions. Le consentement donné par les États n'est donc pas cadré d'une quelconque manière dans la Convention. Cela étant, malgré l'absence de disposition limitant la compétence aux litiges nés après l'entrée en vigueur du traité, il n'y a pas de raison d'opter pour une analyse différente de celle ci-dessus, découlant de l'article 28 de la CVDT. Dès lors, une limite implicite est à lire dans la Convention, par laquelle les litiges prédatant son entrée en vigueur ne sont pas couverts par le don du consentement des États.[1016]

D) Conclusion

Différents problèmes peuvent se poser pour les États du point de vue du consentement *ratione temporis*. En particulier, ceux-ci ne disposent pas d'une liberté absolue dans leur consentement. Cette conclusion découle d'une analyse menée sur deux plans. D'une part, la règle de base, appliquée par les juridictions faute de disposition spécifique dans l'instrument par lequel l'État a donné son consentement, est établie. Ce type de réflexion s'apparente à celle adoptée concernant les pouvoirs implicites ci-dessus. L'idée sous-jacente est que faute de précision sur les divers sujets mentionnés plus haut, le consentement des États est mis en forme par les juridictions. À l'image d'une pâte à gâteau versée dans un moule, les contours du consentement sont décidés par les règles types mises en place par les cours et les tribunaux. D'autre part, l'analyse porte

---

[1013] *SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Republic of the Philippines*, ICSID Case No ARB/02/6, Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction, January 29th 2004, para 167.

[1014] *Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. v. The United Mexican States*, ICSID Case No ARB(AF)/00/2, Award, May 29th 2003, para 68.

[1015] En ce sens également, GATTINI, *supra* note 562, 158.

[1016] En ce sens YEE, *supra* note 31, 686-688 ; AMERASINGHE, *Specific International Tribunals*, *supra* note 27, 272-273.

également sur les manières dont les États peuvent ou ne peuvent pas changer volontairement la forme de ce moule. Leur volonté suffit-elle à rendre carré un moule rond ? Peuvent-ils déroger à la règle type, et si oui, à quelles conditions ? Les différents exemples mis en évidence ci-dessus vont de la situation dans laquelle une juridiction admet volontiers une modification de la règle à l'exclusion totale de cette possibilité, en passant par un intermédiaire dans lequel une expression claire au-delà de tout doute raisonnable est exigée.

§ III. Les limitations ratione materiae *: ne parlons pas de ce qui fâche*

Davantage encore que les limitations *ratione temporis*[1017], les États ont une forte propension à limiter leur consentement quant aux sujets traités par les juridictions. Les litiges à caractère politique sont souvent plus faciles à circonscrire du point de vue *ratione materiae* que *temporis*. Ainsi, plutôt que de restreindre totalement la compétence de la juridiction durant une période, les États peuvent envisager d'exclure des pans du droit international ou même des faits de sa compétence. À titre d'exemple, Djibouti exclut la compétence de la CIJ concernant « la fixation et la délimitation de ses frontières maritimes »[1018]. Sujet sensible s'il en est, le consentement des États est régulièrement limité concernant la délimitation territoriale. Au 1er avril 2019, sur les 54 États assortissant leur déclaration de réserves, 17 concernent des questions de souveraineté ou de délimitation terrestre ou maritime.[1019] Cette problématique n'est pas qu'anecdotique et fait l'objet de la dernière partie de cette section, concernant les réserves potentiellement invalides. Avant cela, les limites fonctionnelles des juridictions méritent quelques développements. Le simple consentement de deux États en ce sens permet-il par exemple de porter une question de droit international humanitaire devant les juridictions de l'OMC ? Une réponse brève est fournie à cette question, constituant une limite fondamentale au consentement avant de s'intéresser aux clauses dites *subjectives*. Il s'agit d'y analyser le fonctionnement et la licéité de clauses ménageant une certaine liberté aux États en leur laissant la possibilité d'exclure

[1017] Au 1er avril 2019, 33 États sur les 73 ayant déposé une déclaration faite en vertu de l'article 36 §2 du Statut de la CIJ y incluent une réserve *ratione temporis* (qu'il s'agisse d'une réserve concernant la date à partir de laquelle les différends peuvent être amenés devant la CIJ ou en lien avec les 12 mois de délai avant que la réciprocité ne s'applique), contre 50 incluant une réserve *ratione materiae* (sont ici incluses les réserves aussi variées que celles portant sur la délimitation territoriale, sur la compétence nationale, sur les zones maritimes, sur les actions militaires, sur les cas dans lesquels parties ont convenu d'un autre mode de règlement, ou encore les cas dans lesquels un autre traité exclu le règlement juridictionnel du litige).

[1018] Déclaration d'acceptation de la juridiction obligatoire de Djibouti, 2 septembre 2005, para 7e) (www.icj-cij.org/fr/declarations/dj) (1.4.2019).

[1019] Il s'agit de l'Australie, la Barbade, la Bulgarie, le Canada, Djibouti, la Grèce, Haïti, l'Inde, le Japon, le Nigéria, la Norvège, la Nouvelle-Zélande, le Pakistan, les Philippines, la Pologne, le Portugal et le Suriname.

après coup certains litiges de la compétence de la juridiction. Enfin, les réserves invalides sont passées en revue.

A) Les limitations quant au champ de compétence des juridictions

Du point de vue de la compétence *ratione materiae*, une première distinction essentielle doit être faite. Celle-ci touche au champ de compétence respectif des juridictions examinées. Les limites statutaires à celles-ci forment la première limite à la libre disposition du consentement *ratione materiae*.

La multiplicité des juridictions internationales s'explique par différentes raisons. Parmi celles-ci, la nécessité de spécialisation des cours et tribunaux mène à une limitation de leur champ de compétence. Cette question s'observe différemment selon que l'on s'intéresse aux juridictions institutionnalisées ou aux arbitrages *ad hoc*.

Dans le cadre des juridictions institutionnalisées, une distinction nécessaire doit être faite entre, d'une part, la CIJ et sa prédécesseure et, d'autre part, les juridictions spécialisées comme le TIDM, l'OMC, le CIRDI ou encore la CEDH. Ces dernières sont créées par des traités thématiques. Ainsi, le TIDM est créé par la CNUDM, réglementant le droit de la mer, l'OMC couvre le commerce, le CIRDI traite de l'arbitrage et la CEDH découle d'une convention sur les droits humains. Ces instruments constitutifs comportent tous une limite expresse concernant le champ de compétence de la juridiction créée. À teneur de l'article 288 §1 et §2 CNUDM, le TIDM n'est compétent *ratione materiae* que concernant les « différend[s] relatif[s] à l'interprétation ou à l'application de la Convention » et ceux « relatif[s] à l'interprétation ou à l'application d'un accord international se rapportant aux buts de la Convention et qui lui [sont] soumis conformément à cet accord ». L'article I §1 de l'Accord de Marrakech, quant à lui, précise :

> *Les règles et procédures du présent mémorandum d'accord s'appliqueront aux différends soumis en vertu des dispositions relatives aux consultations et au règlement des différends des accords énumérés à l'Appendice 1 du présent mémorandum d'accord.*

En d'autres termes, les juridictions de l'OMC ne sont compétentes que pour l'Accord de Marrakech et ses annexes, liés au commerce. La Convention CIRDI comporte également ce type de limitation à son article 25 §1. Celui-ci prévoit :

> *La compétence du Centre s'étend aux différends d'ordre juridique entre un État contractant (ou telle collectivité publique ou tel organisme dépendant de lui qu'il désigne au Centre) et le ressortissant*

> *d'un autre État contractant qui sont* en relation directe avec un investissement[1020]

Ce n'est pas à dire que ces tribunaux arbitraux ne peuvent pas être amenés à discuter des questions de droits humains ou d'environnement.[1021] Néanmoins, ceux-ci ne sont que corollaires à un investissement, plutôt que des demandes autonomes. La limite du champ de compétence reste d'actualité, les demandes devant dans tous les cas être « en relation directe avec un investissement »[1022]. Enfin, à toutes fins utiles, la CEDH est également limitée dans sa compétence à ceux des litiges couverts par la Convention européenne des droits l'homme : « [l]a compétence de la Cour s'étend à toutes les questions concernant l'interprétation et l'application de la Convention et de ses protocoles »[1023].

Dans ces cas, la liberté de consentement des parties est limitée statutairement. Des États trouvant un accord pour soumettre une question de droit humanitaire sans rapport avec la CNUDM n'en trouveraient pas moins la porte du TIDM close. Leur simple consentement ne suffit pas à modifier le rôle du tribunal devant lequel elles souhaitent présenter une demande. C'est là une différence importante du point de vue de la compétence *ratione materiae* entre une juridiction spécialisée et la CIJ. Celle-ci a, au contraire, une compétence plus générale, basée sur l'article 36 §1 de son Statut :

> *La compétence de la Cour s'étend à toutes les affaires que les parties lui soumettront, ainsi qu'à tous les cas spécialement prévus dans la Charte des Nations Unies ou dans les traités et conventions en vigueur.*

Sur cette base, il n'existe pas de limitation quant au domaine des litiges pouvant lui être soumis. Logiquement, les parties ont une plus grande marge de manœuvre dans leur don du consentement *ratione materiae* lorsqu'elles décident de soumettre un problème à la CIJ que lorsqu'elles saisissent une juridiction spécialisée. Les arbitrages *ad hoc* ne rentrent pas forcément dans ces deux cases, mais les combinent plutôt. Sur le principe et *ex ante*, un arbitrage *ad hoc* peut concerner n'importe lequel des domaines dont les États souhaiteraient charger le tribunal. Cela étant, ce type d'arbitrage peut aussi être soumis aux limitations de domaine mentionnées plus haut lorsqu'il est prévu par clause compromissoire dans un traité déjà signé.

[1020] Italique ajouté.

[1021] Des questions de droits humains sont notamment analysées dans l'affaire *Urbaser S.A. and Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa v. The Argentine Republic*, ICSID Case No ARB/07/26, Award, December 8th 2016, para 1143-1154.

[1022] L'histoire des négociations de la Convention CIRDI souligne d'ailleurs le fait que les négociateurs cherchent volontairement à restreindre le champ de cet article, SCHREUER, MALINTOPPI, REINISCH & SINCLAIR, *supra* note 30, 106.

[1023] Article 32 §1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

Ces limitations *ratione materiae* peuvent sembler évidentes, mais elles représentent néanmoins la première analyse quant au champ de compétence de la juridiction concernée. Avant même de se demander de quelle manière les parties peuvent avoir circonscrit leur consentement *ratione materiae*, celle-ci doit s'interroger sur la manière dont l'objet du litige entre dans son champ de compétence. En d'autres termes, cela détermine si le consentement des États peut être suivi d'effets.

B) Les clauses subjectives

Le premier test établi ci-dessus est un test positif. Les juridictions concernées s'y demandent si le consentement est établi pour le domaine auquel elles s'intéressent. Il est maintenant possible de s'intéresser au processus inverse, soit les situations dans lesquelles des États souhaitent ôter certains points de la compétence *ratione materiae* d'une juridiction. Il s'agit d'un test négatif. Les juridictions s'interrogent plutôt sur la question de savoir si, quand bien même le consentement d'un État est donné, il a été limité de manière valable.

Le premier cas de figure lié à ce type de problème concerne les *clauses subjectives*. Il s'agit là d'une situation dans laquelle un État donne son consentement, mais en limite la portée par une marge de manœuvre qu'il se laisse. Par exemple, un État donnerait son consentement concernant des questions de souveraineté territoriale, pour autant qu'elles ne soient pas en lien avec des problèmes de sécurité nationale, telles que cet État les définirait. Le problème réside ici dans la liberté que se laisse l'État, qui empiète sur le fonctionnement du tribunal. Il donne, certes, son consentement, mais souhaite en garder le contrôle *ratione materiae* y compris après la saisine d'une juridiction. Sur le principe, rien ne l'empêcherait de déclarer après n'importe quelle saisine en lien avec une question de souveraineté territoriale qu'il considère ce problème comme rattaché à sa sécurité nationale. Si cette clause devait être admise, la juridiction devrait se déclarer incompétente, faute de consentement.

La CIJ a l'occasion de se prononcer sur ce type de clauses à plusieurs reprises. En 1957, deux affaires touchent à cette question. Dans la première, celle des *Emprunts norvégiens*, la Cour est confrontée à une déclaration française

> *Excluant à l'avance les différends « relatifs à des affaires qui relèvent essentiellement de la compétence nationale telle qu'elle est entendue par le Gouvernement de la République française »*[1024]

Dans cette affaire, la Cour n'estime pas pertinent de déterminer si la réserve en question est compatible avec son Statut.[1025] Au contraire, elle admet volontiers que, du fait que la Norvège se prévaut de cette réserve par réciprocité,

[1024] *Emprunts norvégiens*, *supra* note 71, 24.

[1025] *Ibid.*, 26-27.

la clause subjective est « une disposition que les deux Parties au différend considèrent comme exprimant leur volonté commune quant à sa compétence »[1026]. La déclaration française devient l'expression commune d'un consentement. Cette approche est peu judicieuse. La Cour admet incidemment que les parties peuvent, d'un commun accord, violer son Statut sans que s'y attache de conséquence particulière. Cela étant, les spécificités de l'affaire peuvent expliquer ce raisonnement. Si la Cour considérait que la déclaration française n'est pas valable sur ce point, elle refuserait à la Norvège, défenderesse dans l'affaire, la possibilité de contester sa compétence. En d'autres termes, la France serait récompensée de l'inclusion d'une clause subjective dans sa déclaration, car la Cour serait compétente. Loin de justifier juridiquement l'approche de la Cour, ce raisonnement peut néanmoins l'expliquer. Comme développé ci-dessous, une telle clause doit quoi qu'il en soit être considérée comme caduque.

En 1957, la seconde affaire concernant une clause subjective est celle du *Droit de passage sur territoire indien*. Dans une situation quelque peu similaire, l'Inde cherche à faire déclarer nulle la déclaration portugaise. Celle-ci est formulée en ces termes :

> *Le Gouvernement portugais se réserve le droit d'exclure du champ d'application de la présente déclaration, à tout moment au cours de sa validité, une ou plusieurs catégories déterminées de différends, en adressant au Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies une notification qui prendra effet à la date où elle aura été donnée*[1027]

L'interprétation indienne de cette déclaration est la suivante :

> *Cette condition réserve au Portugal la faculté, en faisant à une date quelconque une notification à cet effet, de soustraire à la compétence de la Cour un différend qui lui aurait été soumis antérieurement à cette notification*[1028]

C'est la raison pour laquelle l'Inde en invoque la nullité. La CIJ évite toutefois d'aborder directement le sujet de la clause subjective. Appliquant le principe de *perpetuatio fori*, elle indique que cette clause couvre simplement les possibilités usuelles de modification ou dénonciation d'une déclaration, et non une quelconque possibilité d'exclure la compétence de la Cour après la saisine.[1029]

[1026] *Ibid.*, 27.

[1027] *Droit de passage*, Exceptions préliminaires, *supra* note 469, 141.

[1028] *Ibid.*, 142.

[1029] *Ibid.*, 142.

Une dernière situation relative à une clause subjective s'élève dans l'affaire de la *Compétence en matière de pêcheries (Espagne c. Canada)*. Dans cette affaire, l'Espagne conteste la validité d'une réserve canadienne, en raison d'un problème de « réserve automatique »[1030]. L'Espagne souhaite faire constater la nullité de la réserve pour cette raison. La Cour ne lisant pas un tel problème dans la déclaration, elle estime qu'il ne s'agit pas d'une clause subjective, et n'est donc pas amenée à réfléchir plus en avant à la licéité de ce type de provisions.

De manière générale, une solution permettant à l'État de retirer unilatéralement une affaire de la compétence de la Cour ne doit pas être acceptée. Deux raisons principales militent en sa défaveur, la compétence de la compétence, d'une part, et la *perpetuatio fori*, d'autre part. Concernant la compétence de la compétence, l'idée même de clause subjective est problématique. Comme évoqué plus haut, une juridiction ne peut souffrir d'aucune restriction à sa compétence de la compétence.[1031] Or, l'essence d'une clause subjective est la possibilité ménagée à l'État de déterminer si un sujet donné tombe dans le champ de compétence de la juridiction. Si l'État détermine qu'un aspect ou un autre relève de sa sécurité nationale, il prive par là même la juridiction de la possibilité de se déterminer sur le sujet. La place ménagée à la subjectivité de l'État concerné empiète sur les pouvoirs de la juridiction. Une clause subjective n'est donc pas compatible avec la compétence de la compétence.

Concernant la *perpetuatio fori*, l'existence d'une clause subjective est également problématique. Une disposition de ce type a notamment pour objet de permettre à un État, après la saisine de la juridiction concernée, d'indiquer qu'un sujet donné est hors du champ de compétence de celle-ci. Or, cette situation est similaire à un cas dans lequel un État retire son consentement après la saisine d'une juridiction. Comme mentionné ci-dessus, la compétence doit être établie au moment de la saisine, et le retrait subséquent ne peut signifier l'incompétence.[1032]

À noter qu'une dernière situation est envisageable au regard de ce type de clause. Il est possible qu'un État annonce avant la saisine de la Cour qu'il considère que sa déclaration ne couvre pas une question précise, en application de la réserve concernant la sécurité nationale. Dans ce cas, il faudrait déterminer, par l'interprétation de la déclaration, si celle-ci permet d'exclure une situation donnée dans le sens voulu par l'État. En cas de réponse négative, l'annonce de l'État peut être comprise comme un acte visant à modifier sa propre déclaration. Il pourrait être argumenté que la juridiction serait légitimée, une fois le délai prévu par la déclaration et un éventuel « délai raisonnable » écoulés, à

[1030] *Compétence en matière de pêcheries (Espagne c. Canada)*, Compétence de la Cour, Arrêt, CIJ Recueil 1998, 432, para 86.

[1031] Voir *supra* 201.

[1032] Voir *supra* 222.

interpréter la déclaration de manière compatible avec l'exception voulue. L'annonce aurait pour effet d'amender, si ce n'est le texte, du moins son interprétation. Cela étant, cette approche se heurte à l'obligation de notification s'attachant aux déclarations faites en vertu de l'article 36 §2 du Statut.[1033]

De manière intéressante, la pratique étatique évolue considérablement sur la question. Au 1er avril 2019, les déclarations de cinq États contiennent encore des clauses subjectives.[1034] En revanche, d'autres États déclarants incluent maintenant volontiers un paragraphe similaire, mais davantage compatible avec la compétence de la compétence et la *perpetuatio fori*. 23 États sur 73 déclarants prévoient désormais une réserve selon laquelle sont exclues de la compétence de la Cour les « questions qui relèvent exclusivement de la compétence nationale, d'après le droit international ».[1035] Ce type de référence est nettement moins problématique, car prévisible et basé sur des considérations n'étant pas purement unilatérales.

C) Les réserves invalides

Outre les clauses subjectives, une seconde limitation passe par un test négatif. Il ne s'agit cette fois plus d'un problème lié à la compétence de la compétence ou la *perpetuatio fori*. Au contraire, la réserve est délimitée de manière précise, mais elle n'est néanmoins pas permissible. Il s'agit, de manière large, de réserves incompatibles avec l'article 19 de la CVDT. À teneur de cet article, deux types de réserves doivent être exclus pour les traités en général, et donc *a fortiori* pour ceux exprimant un don du consentement. Le premier cas de figure concerne les réserves explicitement exclues par le traité lui-même[1036], et le second les réserves contraires à l'objet ou au but du traité.[1037]

La première situation trouve un exemple clair dans le cas de l'OMC. À l'article XVI §5 de l'Accord de Marrakech, il est explicitement indiqué :

> *Il ne pourra pas être formulé de réserves en ce qui concerne une disposition du présent accord. Il ne pourra être formulé de réserves en ce qui concerne des dispositions des Accords commerciaux multilatéraux que dans la mesure prévue dans lesdits accords.*

Or, le Mémorandum d'accord sur le règlement des différends, donnant compétence aux juridictions, fait partie de ces « Accords commerciaux

---

[1033] Voir *supra* 115.

[1034] Il s'agit du Liberia, du Malawi, du Mexique, des Philippines et du Soudan.

[1035] Il s'agit des États suivants : Barbade, Botswana, Cambodge, Canada, Chypre, Côte d'Ivoire, Djibouti, Gambie, République de Guinée, Honduras, Hongrie, Inde, Kenya, Madagascar, Malte, Maurice, Nigéria, Pakistan, Pologne, Roumanie, Slovaquie, Swaziland et Sénégal.

[1036] Article 19 a) et b) de la CVDT.

[1037] Article 19 c) de la CVDT.

multilatéraux » à teneur de l'article II §2 de l'Accord de Marrakech. Dès lors, en application du principe de l'accord unique (*single undertaking*), si central à l'OMC[1038], le consentement à la compétence des juridictions de l'organisation ne souffre aucune exception. Situation moins extrême, la CNUDM permet les réserves de manière générale, mais n'autorise pas une exclusion totale des méthodes de règlement des différends.[1039]

Outre les situations explicites ci-dessus, un autre type de réserve limitant le consentement à la compétence n'est pas acceptable : les réserves contraires à l'objet et au but du traité. Le pouvoir interprétatif du juge est ici nécessaire dans la détermination de l'objet et du but du traité.[1040] Cette catégorie de limites donne plus de marge de manœuvre à l'État réservataire. La réserve n'est plus exclue d'office, mais dépend du traité lui-même. En pratique, la question s'est déjà posée à diverses reprises devant la CIJ, en particulier concernant des réserves à l'article IX de la Convention sur le génocide. Dans un premier temps, c'est par un avis consultatif qu'elle est amenée à se prononcer sur la question. Dès 1950, l'Assemblée générale (AG) de l'ONU saisit la Cour de la question de la validité des réserves à cette Convention.[1041] La CVDT n'existant pas à l'époque, la CIJ s'exprime sans traité préalable la guidant dans l'interprétation.[1042] Elle parvient à la conclusion que, pour autant que « ladite réserve [soit] compatible avec l'objet et le but de [la Convention] », une réserve est possible.[1043] Elle ajoute également :

> *Si une partie à la Convention fait objection à une réserve qu'elle estime n'être pas compatible avec l'objet et le but de la Convention, elle peut, en fait, considérer l'État qui a formulé cette réserve comme n'étant pas partie à la Convention*[1044]

Par son opposition à la réserve, un État peut n'être pas lié par la Convention à l'égard de l'État réservataire.

Dans le cadre contentieux, et précisément au sujet de l'article IX, c'est d'abord par le biais d'une ordonnance de mesures provisionnelles dans l'affaire de la *Licéité de l'emploi de la force* que la Cour s'exprime. Elle constate :

[1038] VAN DEN BOSSCHE & ZDOUC, *supra* note 770, 43-44

[1039] Articles 298 §1 et 310 de la CNUDM.

[1040] Sur la question, voir notamment JONAS D. S. & SAUNDERS T. N., *The Object and Purpose of a Treaty: Three Interpretive Methods* in *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, Vol. 43/2010, 565-609.

[1041] *Réserves à la Convention pour la Prévention et la Répression du Crime de Génocide*, Avis consultatif, CIJ Recueil 1951, 15.

[1042] La CVDT est conclue en 1969.

[1043] *Réserves à la Convention Génocide*, *supra* note 1041, 29.

[1044] *Ibid.*, 29.

> *L'instrument d'adhésion de l'Espagne à la convention, déposé auprès du Secrétaire général le 13 septembre 1968, comporte une réserve « touchant la totalité de l'article IX »*[1045]

Cela lui permet de conclure :

> *La convention sur le génocide n'interdit pas les réserves ; que la Yougoslavie n'a pas présenté d'objection à la réserve faite par l'Espagne a l'article IX ; et que cette réserve a eu pour effet d'exclure cet article des dispositions de la convention en vigueur entre les Parties*[1046]

À cette occasion, la Cour reste toutefois limitée dans son raisonnement. C'est seulement par la suite qu'elle le développe, au regard de l'article 19 CVDT. Dans l'affaire des *Activités armées sur le territoire du Congo*, confrontée à une réserve rwandaise de même nature, la CIJ précise quelque peu sa jurisprudence. Elle indique d'abord que, sur le principe, elle ne voit pas de raison de ne pas prendre en compte la réserve en question. Se basant sur sa jurisprudence de l'avis consultatif, elle réitère :

> *Une réserve à la convention sur le génocide serait permise pour autant que cette réserve ne soit pas incompatible avec l'objet et le but de la convention*[1047]

Elle développe également un point additionnel justifiant cette approche. Contrairement à l'argumentation avancée par la RDC :

> *Il n'existe actuellement aucune norme [impérative du droit international général] qui imposerait à un État de consentir à la compétence de la Cour pour régler un différend relatif à la convention sur le génocide. La réserve du Rwanda ne saurait donc être regardée comme dépourvue d'effets juridiques sur une telle base*[1048]

La Cour envisage ici la possibilité pour sa compétence d'être établie par le biais de règles impératives du droit international. Il s'agit là d'une forme de limitation du pouvoir des États de disposer de leur propre consentement. Un État, malgré sa réserve explicite à un article du traité qu'il ratifie, peut se voir imposer la compétence de la Cour.[1049] Cela étant, ce type de situation ne s'est

---

[1045] *Licéité de l'emploi de la force (Yougoslavie c. Espagne)*, Mesures conservatoires, Ordonnance du 2 juin 1999, CIJ Recueil 1999, 761, para 29.

[1046] *Ibid.*, para 32.

[1047] *Activités armées sur le territoire du Congo (Nouvelle requête)*, Compétence et recevabilité, *supra* note 61, para 66.

[1048] *Ibid.*, para 69.

[1049] À ce sujet, voir également le raisonnement développé ci-dessus, voir *supra* 31.

jamais produit, faute de norme impérative du droit international exigeant le consentement à la compétence d'une quelconque juridiction. Les règles de ce type sont en général de type matériel et non procédural.[1050]

La CEDH se penche également sur les réserves à sa compétence. Si la jurisprudence de cette Cour ne fait, de manière générale, pas l'objet de ce texte, l'affaire *Loizidou c. Turquie* doit être mentionnée. À cette occasion, la Cour s'intéresse à une réserve *ratione loci*, mais le raisonnement reste pertinent du point de vue *ratione materiae*. Dans cette affaire, le consentement de la Turquie à la compétence de la CEDH est assorti d'une réserve indiquant que les ressortissants chypriotes ne sont pas couverts par ce don du consentement.[1051] Après un examen poussé du cas, la CEDH en vient à la conclusion suivante :

> *Compte tenu de la nature de la Convention, du sens ordinaire des articles 25 et 46 […] dans leur contexte et à la lumière de leur objet et de leur but, ainsi que de la pratique des Parties contractantes, la Cour conclut que les restrictions* ratione loci *dont sont assorties les déclarations de la Turquie relatives aux articles 25 et 46 […] ne sont pas valides*[1052]

La Cour envoie là un signal fort, et aux conséquences importantes.[1053] Elle se permet d'invalider une réserve à sa compétence, en raison de son incompatibilité avec la Convention à laquelle elle s'attache. L'État perd une certaine marge de manœuvre. Il est cadré quant à son acceptation ou non de la Convention, certaines limites extérieures dont il ne peut unilatéralement se défaire lui étant imposées.

Concernant le CIRDI, la Convention est muette au sujet des réserves. Néanmoins, au vu du but et de l'objet du traité, il est difficile d'admettre qu'un État puisse valablement émettre une réserve à son article 25. En particulier, le préambule souligne

> *[L']importance particulière [de] la création de mécanismes pour la conciliation et l'arbitrage internationaux auxquels les États contractants et les ressortissants d'autres États contractants [peuvent], s'ils le désirent, soumettre leurs différends*[1054]

[1050] On peut notamment citer l'interdiction de la torture, ou du génocide, TAVERNIER P., *L'identification des règles fondamentales — un problème résolu ?* in *The Fundamental Rules of the International Legal Order :* Jus Cogens *and* Obligations Erga Omnes [TOMUSCHAT Christian/THOUVENIN Jean-Marc ed.], Leiden, Martinus Nijhoff, 2006, 1-20, 8.

[1051] *Loizidou c. Turquie*, *supra* note 255, para 15.

[1052] *Ibid.*, para 89.

[1053] Les conséquences de l'invalidité de cette réserve sont discutées en détail ci-dessous, voir *infra* 258.

[1054] Alinéa 4 du préambule de la Convention CIRDI.

Néanmoins, la question doit plutôt être abordée d'un autre point de vue. Comme l'indique un autre alinéa du préambule de la Convention CIRDI :

> *Aucun État contractant, par le seul fait de sa ratification, de son acceptation ou de son approbation de la présente Convention et sans son consentement, ne sera réputé avoir assumé aucune obligation de recourir à la conciliation ou à l'arbitrage*[1055]

Le consentement lui-même n'est pas contenu dans la Convention, même si celle-ci est un élément nécessaire à la compétence d'un tribunal établi sous les auspices du CIRDI. Le consentement principal est plutôt contenu dans les TBIs, lois nationales ou autres contrats d'investissement.

S'agissant des réserves aux traités d'investissement, deux points peuvent être brièvement mentionnés. Le premier est qu'en cas d'accord bilatéral, il est peu concevable que celui-ci entre en force assorti d'une réserve de l'une des parties. D'une part, l'éventuel problème à l'origine de la réserve serait vraisemblablement soulevé en négociations. D'autre part, le pouvoir de l'État victime de la réserve reste grand. Comme l'écrit JOYNER :

> *Put bluntly, either the party ratifies the original instrument with the attached reservation, or it refuses to do so, thus killing the agreement. While reservations are a manifestation of national sovereignty, they are not practicable in bilateral treaties*[1056]

Le second point concerne les cas dans lesquels l'accord d'investissement est multilatéral. Dans ce cas, les règles usuelles relatives aux réserves s'appliquent. À ce titre, une analyse au cas par cas des accords concernés s'impose. Il est néanmoins possible de présumer qu'un certain nombre de ces traités ont spécifiquement pour objet le règlement juridictionnel des litiges liés aux investissements. Les réserves au consentement ne pourraient être admises dans ces situations.

Cette sous-section souligne un type de limite à la libre disposition des États de leur consentement. Cela étant, cette limite n'est pas uniquement en lien avec le consentement à la compétence, mais est, au contraire, tirée des règles usuelles relatives aux réserves. La Convention de Vienne est, à ce titre, particulièrement pertinente. Une proximité importante entre les disciplines du consentement aux traités et du consentement à la compétence est perceptible, malgré la distinction faite plus haut.[1057]

[1055] Alinéa 7 du préambule de la Convention CIRDI.

[1056] JOYNER C. C., *International Law in the 21st Century: Rules for Global Governance*, Lanham, Rowman & Littlefields Publishers, 2005, 111.

[1057] Voir *supra* 31.

D) Conclusion

Les réserves *ratione materiae* offrent une marge de manœuvre importante aux États. Seules des règles très générales limitent leur libre disposition du consentement. La première, identifiée ci-dessus, touche à la fonction du tribunal. À l'exception de la CIJ et de certains tribunaux arbitraux, la majeure partie des juridictions internationales ont une vocation spécifique. Ils s'occupent de litiges portant sur une sphère particulière, quand bien même certaines questions quelque peu éloignées peuvent parfois se présenter. Néanmoins, les États ne peuvent, par leur propre volonté, détourner une juridiction établie de son champ de compétence. De même, on peut admettre qu'un État déroge unilatéralement au principe de la compétence de la compétence. Il ne peut se réserver le droit de décider qu'un litige est ou non soumis à une juridiction après le début d'une procédure à son encontre. En cela, les clauses subjectives ne peuvent être admises. Enfin, la dernière limite abordée est plus vague. S'agissant des réserves invalides de manière plus générale, la réflexion doit être menée au cas par cas en fonction du traité examiné. La CVDT aidant, une réserve à une clause de règlement juridictionnel des différends doit être évaluée au regard de l'objet et du but du traité. Le seuil de contrariété à ceux-ci étant placé à une hauteur certaine par la CIJ, les États gardent une grande capacité à moduler leur consentement *ratione materiae*.

§ IV. L'effet des réserves invalides

Comme évoqué dans les sous-sections précédentes, certaines réserves à la compétence des juridictions peuvent être considérées comme non valables. Toutefois, ce constat soulève une question plus importante que celle à laquelle il répond. Plus spécifiquement, il importe ensuite de savoir la *conséquence* s'attachant à l'invalidité d'une réserve.

En 1950 déjà, la CIJ est saisie d'une requête d'avis consultatif sur la question de l'effet des réserves à un traité. Dans ce cadre, elle énonce la règle générale suivante :

> *Si une partie à la Convention fait objection à une réserve qu'elle estime n'être pas compatible avec l'objet et le but de la Convention, elle peut, en fait, considérer l'État qui a formulé cette réserve comme n'étant pas partie à la Convention*[1058]

Le problème n'est pas exactement le même que celui examiné ici, car il s'agit davantage d'une question de *persistent objector*[1059] que de réserve invalide. La

[1058] *Réserves à la Convention Génocide*, *supra* note 1041, 29.

[1059] Sur cette question, voir notamment CHARNEY J. I., *The Persistent Objector Rule and the Development of Customary International Law* in *British Yearbook of International Law*, Vol. 56/1986, 1-24.

première touche à la relativité des réserves, tandis que le présent sujet concerne leur validité dans l'absolu. Néanmoins, le raisonnement est instructif et constitue un point de départ intéressant. Cette approche comporte malgré tout un problème fondamental. À titre d'exemple, un État A apporte une réserve illicite à un traité, en particulier concernant la compétence d'une juridiction. Le fait que cette juridiction considère que l'État A n'est plus lié par la convention a la même conséquence : son incompétence. En raison du principe du consentement et de la juridiction attribuée, la mise à néant de la convention pour l'État A exauce ses vœux, car la juridiction n'est, dans les deux cas, pas compétente. En d'autres termes, l'État A est récompensé de sa réserve illicite. Ce problème posé, il est possible d'examiner la manière dont il est abordé par différentes juridictions, avant de proposer une solution conceptuelle à ce paradoxe.

La question se pose déjà dans l'affaire du *Droit de passage sur territoire indien*. À cette occasion, l'Inde, défenderesse, plaide la nullité de la réserve portugaise.[1060] Par ce biais, elle cherche à faire constater la nullité de l'entier de la déclaration portugaise, afin que la Cour se déclare incompétente.[1061] Celle-ci, déterminant que la réserve portugaise est licite, annonce :

> *Estimant que la troisième condition portugaise n'est pas incompatible avec le Statut, la Cour n'a pas à examiner la question de savoir si, dans le cas où cette condition serait nulle, sa nullité frapperait la déclaration tout entière*[1062]

Le problème est souligné, mais sans solution à ce stade. Plusieurs décennies plus tard, la situation inverse se présente dans l'affaire de la *Compétence en matière de pêcheries (Espagne c. Canada)*. Cette fois, la nullité d'une réserve n'est pas invoquée par le défendeur, mais le demandeur. En conséquence, les effets visés sont différents. L'Espagne cherche à faire constater la nullité de la réserve canadienne de manière à établir la compétence de la Cour.[1063] Concluant que la réserve est valable, la Cour ne se prononce à nouveau pas sur les conséquences d'une nullité.[1064]

Dans l'affaire des *Activités armées sur le territoire du Congo*, la Cour rappelle :

[1060] *Droit de passage*, Exceptions préliminaires, *supra* note 469, 129.
[1061] *Ibid.*, 129.
[1062] *Ibid.*, 144.
[1063] *Pêcheries (Espagne c. Canada)*, *supra* note 1030, para 41.
[1064] *Ibid.*, para 87.

> *S'agissant du droit des traités, la Cour notera par ailleurs que, lorsque le Rwanda a adhéré à la convention sur le génocide et a formulé la réserve en question, la RDC n'y a pas fait objection*[1065]

Référence implicite à la notion du *persistent objector*, la CIJ envisage qu'une réserve de ce type puisse être invalide à l'égard d'un État s'y étant opposé. Il s'agirait là d'une autre forme de limitation à la libre disposition des États de leur consentement. En s'opposant à la réserve rwandaise, la RDC aurait éventuellement pu mettre à néant celle-ci dans leurs relations réciproques. Dès lors, la limitation de son consentement voulue par le Rwanda n'aurait pas été suivie d'effets, et la Cour serait compétente de manière plus large que cet État ne souhaite. Par sa simple interrogation sur le sujet, la CIJ ouvre la porte à une autre conséquence aux réserves. Au lieu de constater son incompétence en excluant l'application de la Convention dans son entier, elle invaliderait uniquement la réserve, la rendant *ipso facto* compétente.[1066]

Cette approche est en désaccord total avec sa jurisprudence tirée de l'avis consultatif de 1951 mentionné plus haut.[1067] Néanmoins, elle est notamment adoptée par la CEDH dans l'affaire *Loizidou c. Turquie*. Confrontée à une déclaration d'acceptation de sa juridiction assortie d'une réserve *ratione loci*, la Cour décide de maintenir la déclaration, en lui ôtant sa réserve invalide. Elle raisonne :

> *La Commission estime que lorsque la Turquie a souscrit, le 28 janvier 1987, sa déclaration relative à l'article 25 (art. 25), elle nourrissait principalement l'intention d'accepter le droit de recours individuel. C'est cette intention qui devrait prévaloir*[1068]

Dès lors, elle se considère comme compétente, ayant maintenu l'effectivité de la déclaration portant consentement, tout en ayant évacué la partie pouvant la rendre incompétente. Il ne s'agit pas d'un effet corollaire de son raisonnement, mais précisément du cœur de celui-ci, comme elle le reconnaît :

> *La Cour a examiné le texte des déclarations et le libellé des restrictions en vue de rechercher si les restrictions querellées peuvent se dissocier des instruments d'acceptation ou si elles en forment partie intégrante et indivisible. Même en prenant les textes des déclarations relatives aux articles 25 et 46 (art. 25, art. 46) comme un tout, elle estime que*

[1065] *Activités armées sur le territoire du Congo (Nouvelle requête)*, Compétence et recevabilité, *supra* note 61, para 68.

[1066] Il est difficile toutefois d'affirmer de manière catégorique que la Cour n'aurait pas considéré que les deux parties ne sont simplement pas du tout liées par la Convention l'une envers l'autre.

[1067] *Réserves à la Convention Génocide*, *supra* note 1041, 15.

[1068] *Loizidou c. Turquie*, *supra* note 255, para 92.

> *les restrictions dénoncées peuvent se dissocier du reste du texte, laissant intacte l'acceptation des clauses facultatives*[1069]

Cette approche contourne le consentement de l'État réservataire, mais a l'avantage de ne pas récompenser celui-ci pour sa réserve illicite. En imaginant que la Cour décide d'invalider la déclaration entière, la Turquie obtiendrait ce qu'elle souhaite, soit l'incompétence de la Cour. Le système d'*opt-in* découlant du consentement à la compétence implique cet effet pervers. Ce raisonnement s'inscrit dans la droite ligne de décisions précédentes de la CEDH. En 1988 déjà, la Cour annule une réserve émise par la Suisse, tout en maintenant la déclaration générale en vigueur :

> *En résumé, la déclaration litigieuse ne répond pas à deux des impératifs de l'article 64 (art. 64) de la Convention, de sorte qu'il échet de la réputer non valide. Or, à n'en pas douter, la Suisse est et s'estime liée par la Convention indépendamment de la validité de la déclaration. Du reste, son Gouvernement reconnaît la compétence de la Cour pour trancher cette dernière question, dont il a traité devant elle. Partant, il y a lieu de rejeter l'exception préliminaire soulevée par lui*[1070]

La Commission du droit international (CDI) se penche sur la question des réserves aux traités à partir des années 90.[1071] Dans le cadre de ce programme de travail, elle est menée à s'interroger sur les réserves invalides et leurs conséquences. En 2010, PELLET, rapporteur spécial de la Commission, soumet son rapport en mettant en avant le problème identifié ci-dessus.[1072] La Commission se range à l'avis selon lequel une réserve invalide est séparable du consentement plus général donné par l'État.[1073] Outre la pratique identifiée par la CDI[1074], une autre approche milite en faveur de cette approche. Du point de vue du consentement à la compétence, un raisonnement en deux étapes est construit ci-dessus. Dans un premier temps, la juridiction établit l'existence d'un consentement de principe, avant, dans un second temps, de se pencher sur l'étendue exacte de celui-ci. C'est là une distinction essentielle, permettant de réconcilier le principe de consentement à la compétence et les pouvoirs découlant de la fonction judiciaire. La juridiction ne s'attribue pas le pouvoir de dépasser le principe de consentement, mais une fois celui-ci établi, elle a la

[1069] *Ibid.*, para 97.

[1070] *Belilos c. Suisse*, Série A No 132 [1988] ECHR 4, para 60. Voir également *Weber c. Suisse*, Série A No 177 [1990] ECHR 13, para 38.

[1071] ORGANISATION DES NATIONS UNIES, Doc ONU A/RES/48/31, 24 janvier 1994.

[1072] ORGANISATION DES NATIONS UNIES, Doc ONU A/CN.4/624, 31 mars 2010, para 114-192.

[1073] ORGANISATION DES NATIONS UNIES, Doc ONU A/CN.4/624, 31 mars 2010, para 146.

[1074] ORGANISATION DES NATIONS UNIES, Doc ONU A/CN.4/624, 31 mars 2010, para 130-144, 178-184.

possibilité d'en déterminer les contours de manière plus libre que la stricte expression de ceux-ci par l'État. Cette approche est instructive pour résoudre le problème des réserves invalides à la compétence. Ainsi, un raisonnement en deux parties doit être observé. Dans un premier temps, l'État *opt-in* par un consentement de principe lié à sa déclaration. C'est l'essence de sa déclaration, le but de son action.[1075] Dans un second temps, par contre, la juridiction s'interroge sur les limites du pouvoir qui lui est octroyé, l'étendue d'un éventuel *opt-out*. Il s'agit d'un test positif, suivi d'un test négatif. Dès lors, en cas de réserve invalide, la juridiction constate tout d'abord l'*opt-in*, avant de constater l'invalidité de l'*opt-out*. Elle doit se considérer comme compétente, les parties valables de la déclaration constituant un consentement en bonne et due forme.

Un point de jurisprudence de la CIJ peut militer en défaveur de cette conceptualisation du problème. Comme elle l'indique dans l'affaire de la *Compétence en matière de pêcheries (Espagne c. Canada)* :

> *Les conditions ou réserves, de par leur libellé, n'ont donc pas pour effet de déroger à une acceptation de caractère plus large déjà donnée. Elles servent plutôt à déterminer l'étendue de l'acceptation par l'État de la juridiction obligatoire de la Cour ; il n'existe donc aucune raison d'en donner une interprétation restrictive. Tous les éléments d'une déclaration faite en vertu du paragraphe 2 de l'article 36 du Statut, qui, pris ensemble, comportent l'acceptation de la compétence de la Cour par l'État auteur de la déclaration, doivent être interprétés comme formant un tout, auquel doivent être appliqués les mêmes principes juridiques d'interprétation*[1076]

En d'autres termes, la Cour préconise une démarche holistique d'interprétation du don du consentement.

Cela étant, cette approche n'est que partiellement justifiée concernant les réserves invalides. Plus spécifiquement, de la même manière que l'interprétation est réputée un processus holistique[1077], l'analyse d'une déclaration peut l'être. Cela étant, ce n'est pas pour autant que le processus intellectuel permettant cette analyse doit être basé sur cette approche. D'un point de vue pratique, l'interprétation passe par l'analyse des différents composants des articles 31-33 CVDT, pour ensuite qu'une mise en balance des différents éléments aboutisse à un résultat holistique. Il n'est pas crédible de prétendre que le juge chargé d'interpréter un texte intègre de manière

[1075] Voir à ce sujet les développements dans *Loizidou*, ainsi que le raisonnement dans le rapport de PELLET, *Loizidou c. Turquie*, *supra* note 255, para 92 ; ORGANISATION DES NATIONS UNIES, Doc ONU A/CN.4/624, 31 mars 2010, para 178-184.

[1076] *Pêcheries (Espagne c. Canada)*, *supra* note 1030, para 44.

[1077] Voir notamment Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis — Maintien en existence et en application de la méthode de réduction à zéro*, WT/DS350/AB/R, adopté le 19 février 2009, para 268.

simultanée l'entier des éléments pertinents lors du processus d'interprétation. L'analyse d'une déclaration dotée d'une réserve invalide doit suivre le même processus. C'est par une première analyse de l'existence d'un don du consentement que la juridiction est ensuite amenée à se pencher sur la validité d'une réserve. À titre d'exemple, soit un consentement donné sur un tout autre sujet que celui faisant l'objet de la plainte, mais comprenant une réserve. Cette réserve exclut, elle, explicitement l'objet de la plainte. La juridiction concernée ne va vraisemblablement pas se considérer comme incompétente sur la base de la réserve, mais plutôt du fait que *ratione materiae*, aucune compétence générale ne lui a été donnée. En conséquence, un ordre d'analyse doit être identifié, la juridiction établissant d'abord un consentement général, avant de se pencher sur une éventuelle limitation à celui-ci.[1078]

L'idée de consentement *prima facie*, discutée plus haut[1079], milite également en faveur de cette approche. L'existence de ce type d'établissement de la compétence souligne que différents degrés de raffinement dans l'analyse du consentement sont possibles. La compétence établie *prima facie* est plutôt brute et limitée dans son étendue. Au contraire, la question des réserves invalides est un raffinement de l'analyse. Visuellement, la réflexion sur le sujet se présente comme des cercles concentriques. De la même manière dont les cercles plus petits sont contenus dans les cercles précédents, l'analyse des réserves invalides n'est accessible qu'après avoir franchi le(s) premier(s) cercle(s), la *porte* mentionnée plus haut.[1080]

La question des réserves invalides aux clauses de règlement des différends représente encore une question problématique. Où situer correctement la limite entre la souveraineté d'un État et l'abus de droit ? Un État pourrait souhaiter n'être lié par certaines règles qu'à la condition qu'elles ne soient pas justiciables. Ce critère conditionnerait son consentement, et si sa réserve doit être invalidée, l'État préférerait ne pas être lié par les règles du tout. À l'inverse, un État serait récompensé de sa réserve invalide du fait, par exemple, de l'invalidation complète de sa déclaration. Dès lors, comment éviter que les États n'assortissent tous leurs déclarations ou ratifications de réserves invalides ? L'approche retenue ci-dessus évite un problème systémique mettant à néant la notion même de réserve invalide. En effet, tous les États pourraient assortir leurs déclarations respectives de quelques réserves qu'ils souhaitent, valides ou non. Ainsi, un litige concernant une réserve valide tomberait hors du champ de compétence de la juridiction. De même, s'agissant d'une réserve invalide, le consentement entier tomberait, menant au même résultat, l'incompétence de la juridiction. Afin de conserver une quelconque substance à la notion de réserve invalide, il

[1078] Voir par exemple *Jugement no 2867 du Tribunal administratif de l'Organisation internationale du Travail sur requête contre le Fonds international de développement agricole*, Avis consultatif, CIJ Recueil 2012, 10, para 19-32.

[1079] Voir *supra* 168.

[1080] Voir *supra* 133.

est nécessaire que les juridictions puissent les éliminer de manière ciblée, plutôt que de mettre à néant l'instrument dans son entier.

En guise de conclusion, il est possible de mettre en évidence qu'en partant d'une recherche des limites à la libre disposition du consentement pour les États, cette section a touché au fonctionnement de base du système. C'est parce que le principe de base est une approche ascendante que les exceptions à celui-ci sont particulièrement frappantes. Les limitations posées à la libre disposition du consentement vont à l'encontre de la règle ascendante fondamentale. Néanmoins, cette approche ascendante n'est pas construite de manière totalement abstraite. Elle répond à un ensemble de règles par défaut, auxquelles un État peut ou ne peut pas déroger, selon ce dont il s'agit.

Pour ce second chapitre, l'objectif est d'expliquer l'interaction entre le consentement de l'État et l'action du juge à travers l'objet du litige. Cela permet de souligner que le consentement n'est pas une notion fonctionnant dans le vide. Du fait qu'un don du consentement n'est jamais exhaustif[1081], les juges construisent un ensemble de règles standardisées concernant l'objet du litige, plus ou moins variables selon les juridictions. Partant de ces règles, l'analyse porte sur les limites du schéma de base, et sa malléabilité aux modifications par les États. Comme constaté, si certaines règles sont de nature dispositive, d'autres, au contraire, sont impératives. À l'exemple de la notion de *perpetuatio fori* ou des champs de compétence respectifs des juridictions, la libre disposition du consentement des États rencontre certaines limites.

[1081] En lien avec ceci, voir notamment la question du *sens clair* abordée plus haut, voir *supra* 97.

Conclusion de la deuxième partie

À travers cette partie, deux points principaux ressortent. Le premier concerne la nature de l'interaction entre le consentement et l'action des juges. Plus granulairement, le lien nécessaire entre consentement et compétence apparaît. La primauté de principe de la volonté dans l'action des États implique nécessairement un respect important des conditions auxquelles ils soumettent leur consentement. La notion de compétence est comprise de différentes manières par différentes juridictions. Néanmoins, un principe fondateur l'anime devant chacune d'elles, soit que le consentement de l'État s'incarne dans la compétence. Comme deux pièces de puzzle, c'est seulement par l'interaction des deux que le puzzle lui-même prend (ou non) un sens. La compétence répond au consentement, formant le cadre de l'action des juridictions envers les États.

Le deuxième point, et peut être le plus central, est en aval de la réflexion ci-dessus. S'éloignant de la nature même de l'interaction entre consentement et compétence, il se penche sur ses limites, et sur un fonctionnement standardisé des juridictions. Le consentement a un pouvoir créateur. Il fait naître la compétence des juges, qui n'existe pas en son absence. Cela étant, il n'est pas non plus nécessairement une dentelle finement ciselée. Il peut être donné de manière particulièrement brute, à l'exemple de la déclaration, encore en vigueur, faite par Haïti : « [a]u nom de la République d'Haïti, je déclare reconnaître la compétence obligatoire de la Cour permanente de Justice internationale »[1082]. L'expression la plus simple du consentement, uniquement sous forme de principe, entraîne *ipso facto* des interrogations. De même, à moins de proposer une déclaration de plusieurs dizaines de pages, aucun État ne pourrait se targuer d'émettre une déclaration réellement complète, couvrant tous les aspects de son consentement.[1083]

Dans ces circonstances, quelle doit être la marche à suivre des juridictions, confrontées à pléthore de questions auxquelles elles ne trouvent pas de réponse claire ? La solution qu'elles apportent est de ne pas se baser sur le principe de l'affaire *Lotus*. Celui-ci impliquerait une action particulièrement ardue, tout aspect non traité dans le don du consentement étant considéré comme non justiciable. Le consentement devant être clairement exprimé, les juridictions auraient une présomption quasi systématique contre leur compétence. Plutôt que d'opter pour cette approche qui limiterait largement leur action et leur rôle dans la société internationale, elles adoptent plutôt une approche standardisée. Le consentement n'existe pas dans un vide sidéral. Il est à relier au rôle des juges. Cette approche standardisée, si elle peut être particulière à chaque

[1082] Déclaration d'acceptation de la juridiction obligatoire de Haïti, 4 octobre 1921 (www.icj-cij.org/fr/declarations/ht) (1.4.2019).

[1083] La possibilité même théorique de cela est questionnable.

juridiction, permet à celles-ci de fonctionner. Sur la base de pouvoirs implicites ou inhérents et de règles *ratione temporis* ou *ratione materiae* par défaut, les juges peuvent agir sans que les États leur cèdent expressément certaines parts de souveraineté. Le consentement de principe suffit à assurer un fonctionnement normalisé de la juridiction, et c'est seulement par actes exprès que les États peuvent y déroger (quand ils le peuvent). L'idée même de fonction judiciaire implique une présomption que les États souhaitent un règlement des différends fonctionnel, s'inspirant peut-être de certains principes tirés des juridictions internes et ayant fait leurs preuves.

Le troisième point transparaissant à travers cette partie concerne le rôle des États sur la scène internationale. C'est une chose de postuler l'existence de pouvoirs implicites ou règles par défaut en lien avec le consentement, c'en est une autre que d'exclure la possibilité pour les États de réguler certains autres. Qu'il s'agisse des pouvoirs inhérents ou de limites à l'objet du litige, les États doivent composer avec les limites externes sur lesquelles ils ne peuvent pas influer librement. Le consentement leur permet certes de décider ou non s'ils souhaitent « jouer le jeu », mais une fois cette décision prise, leur marge de manœuvre est entravée par les règles de ce même « jeu ». Les États ont un pouvoir créateur par leur consentement, mais ils ne sont pas des dieux tout-puissants du droit international. L'existence de cet acteur tiers qu'est le juge les limite dans leurs actions.

Troisième partie : L'interprétation du consentement et les tendances actuelles

Introduction

> *Each generation imagines itself to be more intelligent than the one that went before it, and wiser than the one that comes after it. This is an illusion, and one should recognise it as such, but one ought also to stick to one's own world-view, even at the price of seeming old-fashioned: for that world-view springs out of experiences that the younger generation has not had, and to abandon it is to kill one's intellectual roots.*[1084]

Après avoir défini le consentement, puis avoir étudié son interaction avec la compétence des juridictions, l'analyse doit porter sur la manière dont il est compris. L'un des points d'achoppement de nombre de débats légaux est le problème de l'interprétation.[1085] En droit international tout particulièrement, il est facile de faire dire tout et son contraire à un texte, en le justifiant par un équilibre spécifique choisi entre les différents éléments entrant en compte dans le processus interprétatif. La CVDT a ceci de particulier qu'elle exige la prise en compte de multiples approches, parfois contradictoires, pour aboutir à une démarche holistique. Dans ce processus, la juge représente une sorte de boîte noire à qui quantité d'informations sont fournies, avant qu'un résultat ne ressorte, influencé par des critères parfois mystérieux.[1086]

[1084] ORWELL G., *The Collected Essays, Journalism and Letters of George Orwell : In front of your nose, 1945-1950*, Vol. 4, London, Secker & Warburg, 1968, 51.

[1085] KOLB R., *Interprétation et création du droit international. Esquisse d'une herméneutique juridique moderne pour le droit international public*, Bruxelles, Bruylant, 2006 ; LINDERFALK U., *On the Interpretation of Treaties: The Modern International Law as Expressed in the 1969 Vienna Convention on the Law of* Treaties, Dordrecht, Springer, 2007; ORAKHELASHVILI A., *The Interpretation of Acts and Rules in Public International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2008; GARDINER R., *Treaty Interpretation*, Oxford, Oxford University Press, 2008 ; VILLIGER M., *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2009 ; FITZMAURICE M., ELIAS O. & MERKOURIS P. ed., *Treaty Interpretation and the Vienna Convention on the Law of Treaties: 30 Years On*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2010; CORTEN O. & KLEIN P., *The Vienna Conventions on the Law of Treaties: A Commentary*, Oxford, Oxford University Press, 2011; DÖRR O. & SCHMALENBACH K. ed., *Vienna Convention on the Law of Treaties: A Commentary*, Berlin, Springer, 2012; WEERAMANTRY J. R., *Treaty Interpretation in Investment* Arbitration, Oxford, Oxford University Press, 2012.

[1086] PAUWELYN J. & ELSIG M., *The Politics of Treaty Interpretation: Variations and Explanations across International Tribunals* in *Interdisciplinary Perspectives on International Law and International Relations: The State of the Art* [DUNOFF Jeffrey L./POLLACK Mark A. ed.], Cambridge, Cambridge University Press, 2012, 445-474, 448.

En raison du manque de clarté parfois présent dans l'interprétation, il est important de revenir aux bases. C'est pour cela que, dans un premier temps, une typologie du consentement met en avant les points pertinents. C'est en lien avec la forme du don du consentement que des règles interprétatives peuvent être identifiées. Cette typologie suit deux axes principaux, ceux des dons du consentement unilatéral et multilatéral. À travers ceux-ci, les critères saillants de chacune des catégories apparaissent.

Cet exercice n'est pas qu'intellectuel. Il pose les bases du chapitre suivant, dans lequel les caractéristiques respectives de l'interprétation du don du consentement unilatéral et multilatéral sont analysées. En particulier, le rôle de l'intention dans l'interprétation est mis en évidence dans les deux cas, ainsi que les possibilités d'interprétation évolutive. Si les constatations ne sont pas toujours limpides, notamment à cause de cette boîte noire évoquée plus haut, certaines tendances problématiques peuvent être identifiées.

Enfin, la dernière section concerne les tendances. Comme dans n'importe quel autre aspect de la société, le consentement et son interprétation sont soumis à des effets de mode plus ou moins temporaires. Dès lors, cinq approches interprétatives d'actualité sont identifiées, toutes liées au consentement à la compétence. C'est l'occasion de tenter d'en identifier les règles applicables, ainsi que les problèmes y relatifs. À ce titre, deux questions essentiellement interétatiques sont évoquées — la participation de tiers à la procédure et les avis consultatifs —, avant de se tourner vers trois spécificités de l'arbitrage d'investissement — le consentement à travers une clause NPF, les clauses parapluie et les litiges de masse. Cette analyse met en évidence l'imagination dont les parties et les arbitres peuvent faire preuve, que ce soit à bon ou mauvais escient. C'est également l'occasion de revenir sur les arguments en faveur ou contre chacune de ces approches, pour porter un regard critique sur celles-ci.

Chapitre 1er : Typologie du consentement à la compétence

Il sera toujours plus facile de combattre son voisin si on le résume en un seul mot et qu'on le représente en une seule image.[1087]

Jusqu'ici, les différents modes de don du consentement sont parfois mentionnés, sans pour autant les définir précisément. Qu'il s'agisse des déclarations faites en vertu de l'article 36 §2 du Statut, d'une clause compromissoire ou d'un accord spécial, ces situations servent de canevas aux développements des deux précédentes parties. Il est désormais temps d'entrer dans le détail de ces modes de don du consentement.

De manière générale, les modes de don du consentement peuvent se subdiviser en deux parties : le don du consentement unilatéral, d'une part, et le don du consentement multilatéral, d'autre part. Diverses particularités s'attachent à l'une ou l'autre des catégories.[1088] Au sein de ces catégories, il est possible d'énumérer différents modes spécifiques de don du consentement. L'objet de ce chapitre est de fournir une esquisse de la typologie du consentement, en présentant leurs caractéristiques et en justifiant leur catégorisation. Comme l'évoque la citation de DELISLE ci-dessus, la classification simpliste peut représenter un danger. Elle est néanmoins utile pour ce travail, et n'est pas anodine. Ses effets sont développés dans le chapitre suivant.

Dans ce but, l'analyse porte d'abord sur les modes de don unilatéraux. Le premier de ceux-ci est l'article 36 §2 du Statut de la CIJ. À la suite de cela, consentement au CIRDI inscrit dans la législation nationale est évoqué. Ces deux cas sont des exemples relativement clairs de consentement unilatéral. Ce n'est toutefois pas le cas du *forum prorogatum*, dont la classification comme un don unilatéral peut porter à controverse. C'est la raison pour laquelle l'étude ne se limite pas à la définition du terme, mais touche également aux problèmes que la notion peut faire naître en lien avec l'établissement d'office de la compétence. Enfin, une catégorie résiduelle ne pouvant être rattachée aux trois précédentes est brièvement discutée.

Dans un second temps, le don du consentement multilatéral est présenté. La première catégorie analysée est celle des clauses compromissoires, soit le don du consentement en amont de la naissance d'un litige. Les spécificités des TBIs et de l'*arbitration without privity* sont discutées à cette occasion. Prolongement logique de ceci, l'analyse porte sur la notion de compromis. Celle-ci concerne le

[1087] DELISLE G., *Chroniques de Jerusalem*, Ligugé, Delcourt, 2011, 307.
[1088] Voir *infra* 297 et 311.

don du consentement *ad hoc* survenant après la naissance d'un litige. Enfin, les spécificités du contrat d'investissement entre un État et un investisseur sont brièvement abordées. Tous ces points offrent un survol relativement exhaustif de la typologie du don du consentement à la compétence.

Section I Le don du consentement unilatéral

L'acte unilatéral international est un acte à la fois simple et complexe. Il est simple par nature, car il n'implique qu'une seule autorité émettrice. Aucun besoin de négociations entre deux États sur le sujet, le processus décisionnel en est donc facilité. À l'inverse, l'acte unilatéral est complexe, car sujet à un régime bien moins formalisé que celui concernant les accords multilatéraux. Il n'existe pas d'équivalent de la CVDT pour les actes unilatéraux et la CIJ n'a clarifié leur situation que par petits incréments.

Dans le contexte d'une compétence basée sur un acte unilatéral, la juridiction concernée tire sa compétence relative à l'une des parties d'un acte de volonté émanant de cette partie exclusivement. Ce n'est pas à dire que le consentement est parfait par cet unique acte. Au contraire, comme mentionné plus haut, le consentement n'est parfait que par la conjonction de volonté des différents États impliqués dans la procédure en question.[1089] Néanmoins, par cet acte de volonté unilatéral, l'État *donne* son consentement dans le sens défini dans la première partie.[1090] Suivant la définition donnée à cette occasion, le don du consentement unilatéral correspond à l'acte par lequel un État cède à une juridiction le pouvoir de se prononcer de manière obligatoire sur un cas sans qu'une autre action de la part de cet État soit requise. La possibilité pour l'État concerné de revenir sur cet acte n'est pas particulièrement pertinente. Le don du consentement n'a pas à être irrémédiable. Il est simplement présent lorsqu'effectivement, aucun acte additionnel de la part de l'État n'est nécessaire pour que la juridiction soit compétente.

Cet éclaircissement ne fournit toutefois qu'une partie de la définition de l'acte unilatéral de don du consentement. Quelles situations relèvent d'un don unilatéral et lesquelles d'un don multilatéral ? De manière pratique, une déclaration faite en vertu de l'article 36 §2 du Statut de la CIJ doit-elle être considérée comme un don unilatéral ou multilatéral ? En particulier, la conjonction de deux déclarations donnant naissance à la compétence de la Cour change-t-elle la situation ?

Abordé à plusieurs reprises par la CIJ dans sa jurisprudence, l'acte unilatéral se définit par différentes caractéristiques. Le premier élément méritant d'être

[1089] Voir *supra* 222.

[1090] Voir *supra* 31.

évoqué est le caractère obligatoire de ces actes. Un État ne peut invoquer le caractère unilatéral d'un acte pour en vider sa substance :

> *Il est reconnu que des déclarations revêtant la forme d'actes unilatéraux et concernant des situations de droit ou de fait peuvent avoir pour effet de créer des obligations juridiques*[1091]

C'est là un point crucial, un État prenant un engagement unilatéral n'est pas libre d'agir comme si celui-ci n'était assorti d'aucun effet. Au contraire, il doit respecter les termes de son acte unilatéral. Néanmoins, toutes les déclarations ne sont pas assorties de ces effets. Certaines conditions doivent être remplies pour qu'un acte unilatéral devienne obligatoire pour l'État l'émettant. La raison de cette approche est également expliquée dans l'affaire des *Essais nucléaires* :

> *Quand l'État auteur de la déclaration entend être lié conformément à ces termes, cette intention confère à sa prise de position le caractère d'un engagement juridique, l'État intéressé étant désormais tenu en droit de suivre une ligne de conduite conforme à sa déclaration*[1092]

La CIJ fournit là des détails supplémentaires, en précisant que c'est l'intention d'un État de se lier par sa déclaration qui rend l'acte unilatéral obligatoire. Elle précise encore :

> *Bien entendu, tout acte unilatéral n'entraîne pas des obligations mais un État peut choisir d'adopter une certaine position sur un sujet donné, dans l'intention de se lier*[1093]

L'intention de se lier est le nœud de caractère obligatoire d'un acte unilatéral.

Reste à déterminer quelle est la frontière entre un acte unilatéral et un acte multilatéral. À ce sujet, la doctrine n'est pas unanime. SUY défend une conception particulièrement restrictive de la notion d'acte unilatéral. Pour catégoriser un acte unilatéral comme tel, il doit être indépendant de tout autre hypothétique acte multilatéral.[1094] Le raisonnement découle du fait que l'impact juridique de l'acte doit être intrinsèque à ce dernier, et non découler d'un traité. Cette distinction a, à juste titre, été remise en cause par ECKART dans un ouvrage plus récent.[1095] Cet auteur argue que la distinction faite par SUY se base sur une séparation quasi arbitraire, dans la mesure où, quand bien même l'acte en question serait conditionné dans sa validité par un autre acte multilatéral, le

---

[1091] *Essais nucléaires*, Arrêt, *supra* note 441, para 46.

[1092] *Ibid.*, para 43.

[1093] *Ibid.*, para 47.

[1094] SUY E., *Les actes juridiques unilatéraux en droit international public*, Louvain, Sintal, 1962, 142-147

[1095] ECKART C., *Promises of States under International Law*, Oxford, Hart Publishing, 2012.

changement de situation juridique est le fait de l'acte unilatéral lui-même en premier lieu.[1096] L'existence d'une *possibilité* de changement de cette situation ne crée pas tant le nouvel état de fait juridique que l'action unilatérale subséquente. Le critère de distinction pertinent n'est pas le contexte dans lequel un acte s'inscrit, mais plutôt l'élément déclencheur de l'obligation nouvellement créée. Ainsi, une conception large de la notion d'acte unilatéral doit être retenue. Cette définition à l'esprit, il est possible de se tourner vers des cas concrets.

§ I. La déclaration faite en vertu de l'article 36 §2 du Statut de la CIJ

Élément important du droit international public, la déclaration faite par un État en vertu de l'article 36 §2 du Statut de la CIJ représente le premier cas d'acte unilatéral étudié. Le Statut de la CIJ fait partie intégrante de la Charte de l'ONU.[1097] Néanmoins, l'adhésion à l'ONU ne constitue pas un don du consentement à la CIJ. Au contraire, comme précisé par cet article 36 §2 du Statut, c'est par un acte facultatif distinct que les États peuvent reconnaître de manière plus générale la compétence de la Cour. Ce type de déclaration a un succès tout relatif. Au 1er avril 2019, 73 États ont émis ce type d'acte, assorti de plus ou moins de réserves.

La nature unilatérale de cet acte est reconnue par la Cour elle-même. Dans un premier temps, le raisonnement n'est pas axé sur une volonté particulière de catégoriser ces déclarations. Dans l'affaire de l'*Anglo-Iranian Oil Co.*, il s'agit plutôt de la recherche d'attributs de ce type d'actes :

> *[L]e texte de la déclaration de l'Iran n'est pas un texte contractuel résultant de négociations entre deux ou plusieurs États. Il résulte d'une rédaction unilatérale par le Gouvernement de l'Iran*[1098]

La même année, la Cour précise son raisonnement dans l'affaire des *Emprunts norvégiens*, dans laquelle elle parle de « déclarations unilatérales »[1099]. La première catégorisation précise et explicite des déclarations faites en vertu de l'article 36 §2 intervient dans l'affaire *Nicaragua* :

> *Les déclarations d'acceptation de la juridiction obligatoire de la Cour sont des engagements facultatifs, de caractère unilatéral, que les États ont toute liberté de souscrire ou de ne pas souscrire*[1100]

[1096] *Ibid.*, 62-66.

[1097] Voir *supra* 43.

[1098] *Anglo-Iranian Oil Co.*, Compétence, *supra* note 522, 105.

[1099] *Emprunts norvégiens*, *supra* note 71, 23.

[1100] *Nicaragua*, Compétence et recevabilité, *supra* note 350, para 59.

La Cour nuance néanmoins son propos, reflétant le questionnement mis en évidence plus haut. Comment concilier la nature unilatérale de ces actes avec celle, bilatérale, de la relation nouée devant la juridiction ?

> *En fait les déclarations, bien qu'étant des actes unilatéraux, établissent une série de liens bilatéraux avec les autres États qui acceptent la même obligation par rapport à la juridiction obligatoire, en prenant en considération les conditions, réserves et stipulations de durée.*[1101]

La Cour reconnaît la naissance d'un rapport juridictionnel avec les autres États, tout en considérant que l'acte initial lui-même est unilatéral. Cet arrêt forme la base de la jurisprudence subséquente de la Cour en la matière. Le principe est ensuite résumé dans l'affaire de la *Compétence en matière de pêcheries (Espagne c. Canada)* :

> *Une déclaration d'acceptation de la juridiction obligatoire de la Cour, qu'elle ait été ou non assortie de limites précises, constitue un acte unilatéral relevant de la souveraineté de l'État. En même temps, elle établit un lien consensuel et ouvre la possibilité d'un rapport juridictionnel avec les autres États qui ont fait une déclaration en vertu du paragraphe 2 de l'article 36 du Statut*[1102]

Ces considérations participent à la définition de l'acte unilatéral dans son aspect « offre ouverte » (*standing offer*). Par l'émission de leurs déclarations respectives, les États donnent chacun leur consentement. En effet, aucune action subséquente du futur défendeur n'est nécessaire pour qu'une saisine par l'autre soit possible. Néanmoins, c'est seulement par l'existence de deux déclarations portant, de manière réciproque, sur le sujet du litige que le consentement est effectivement parfait. Soit un État A donnant son consentement à la CIJ pour un domaine X, tandis que l'État B le fait sur le domaine ¬X, l'existence réelle d'un consentement parfait peut être remise en doute. Un consentement est, certes, donné par chacun individuellement, mais c'est uniquement la lecture combinée des deux déclarations unilatérales qui le parfait. Il est donné de manière unilatérale, mais doit nécessairement être parfait de manière bilatérale.[1103] La notion d'offre ouverte remplit le premier rôle, celui de don du consentement. Cette approche est adoptée par la CIJ dans l'affaire *Cameroun c. Nigéria*, où elle écrit :

[1101] *Ibid.*, para 60.

[1102] *Pêcheries (Espagne c. Canada)*, *supra* note 1030, para 46.

[1103] *Délimitation maritime dans l'océan indien (Somalie c. Kenya)*, Exceptions préliminaires, Arrêt, CIJ Recueil 2017, 3, para 115.

> *Tout État partie au Statut, en acceptant la juridiction de la Cour conformément au paragraphe 2 de l'article 36, accepte cette juridiction dans ses relations avec les États ayant antérieurement souscrit à la même clause. En même temps, il fait une offre permanente aux autres États parties au Statut n'ayant pas encore remis de déclaration d'acceptation. Le jour où l'un de ces États accepte cette offre en déposant à son tour sa déclaration d'acceptation, le lien consensuel est établi et aucune autre condition n'a besoin d'être remplie*[1104]

Sous la réserve de la situation dans laquelle un autre État dépose une déclaration sans aucun rapport avec celle du premier État, il faut se rallier à l'approche de la Cour. À teneur de la jurisprudence de la CIJ, la catégorisation d'une déclaration faite en vertu de l'article 36 §2 du Statut comme instrument unilatéral fait peu de doute. Les conséquences particulières s'attachant à ces instruments font l'objet d'une section distincte ci-dessous. Dans un premier temps toutefois, il convient de se tourner vers les autres types d'actes unilatéraux.

§ II. L'offre ouverte en droit national

Le développement du règlement arbitral des différends liés aux investissements fait naître une nouvelle forme de don du consentement. Sortant du contexte interétatique, c'est ici un mode de don du consentement au bénéfice d'un particulier qui est analysé.

L'offre ouverte en droit national constitue une évolution découlant de la doctrine Calvo. Celle-ci prévoit la renonciation à l'usage de la protection diplomatique pour protéger les investissements de ses ressortissants. Au contraire, la compétence des juridictions locales dans le pays où l'investissement a lieu doit être préférée.[1105] Le développement subséquent de l'arbitrage d'investissement comme intermédiaire entre les deux approches donne naissance à de nouveaux modes de don du consentement. L'offre ouverte en droit national fait partie de ceux-ci. L'État récipiendaire de l'investissement peut, par exemple, édicter une loi sur les investissements étrangers, dans laquelle un consentement à l'arbitrage international est donné.

Cette possibilité est implicitement laissée ouverte par l'article 25 de la Convention CIRDI, qui se contente d'exiger un consentement « par écrit ». Le sens de cette disposition est éclairci dans le rapport des directeurs exécutifs de la Convention :

[1104] *Frontière terrestre et maritime (Cameroun c. Nigéria)*, Exceptions préliminaires, *supra* note 469, para 25.

[1105] Voir *supra* 75.

> *Consent may be given, for example, in a clause included in an investment agreement, providing for the submission to the Centre of future disputes arising out of that agreement, or in a* compromis *regarding a dispute which has already arisen. Nor does the Convention require that the consent of both parties be expressed in a single instrument. Thus, a host State might in its investment promotion legislation offer to submit disputes arising out of certain classes of investments to the jurisdiction of the Centre, and the investor might give his consent by accepting the offer in writing.*[1106]

Les tribunaux entérinent cette approche. Dès l'affaire *SPP v. Egypt*, le rapport ci-dessus est invoqué, et même l'État défendeur reconnaît cette possibilité sur son principe.[1107] Divers cas subséquents confirment cette approche et peu de voix s'élèvent pour la contester.[1108]

Ce type de situation représente un parfait exemple du concept d'offre ouverte. L'État, à travers sa législation nationale, donne unilatéralement son consentement. Cela étant, la nature interne de cette forme de don du consentement ne peut être interprétée comme une manière pour l'État de se soustraire à certaines obligations internationales. Bien qu'il s'agisse d'une loi nationale, édictée selon les procédures usuelles de l'État concerné, elle peut être catégorisée comme un acte unilatéral international. Comme le présente le tribunal dans l'affaire *SPP v. Egypt* : « *[t]he issue is whether certain unilaterally enacted legislation has created an international obligation under a multilateral treaty* »[1109]. C'est également ce qui peut être lu entre les lignes dans l'affaire *AES v. Kazakhstan* :

> *A State remains free at all times to amend its legislation. This does however not mean that the change or repeal of such legislation automatically has the effect of changing or repealing any consent to arbitrate that had been established by such legislation*[1110]

Pour résumer, c'est le tribunal dans l'affaire *Cemex v. Venezuela*, reprenant la jurisprudence *SPP v. Egypt*, qui expose le plus clairement le lien :

[1106] CENTRE INTERNATIONAL POUR LE RÈGLEMENT DES DIFFÉRENDS RELATIFS AUX INVESTISSEMENTS, *Report of the Executive Directors on the Convention*, 1965, para 26.

[1107] *SPP v. Egypt*, Decision on Jurisdiction, *supra* note 700, para 70.

[1108] De manière non exhaustive, voir notamment *Tradex v. Albania*, Decision on Jurisdiction, *supra* note 897, 186-187 ; *Mobil Corporation, Venezuela Holdings, B.V., Mobil Cerro Negro Holding, Ltd., Mobil Venezolana de Petróleos Holdings, Inc., Mobil Cerro Negro, Ltd., and Mobil Venezolana de Petróleos, Inc. v. Bolivarian Republic of Venezuela*, ICSID Case No ARB/07/27, Decision on Jurisdiction, June 10th 2010, para 64 ; *Cemex Caracas Investment B.V. v. Bolivarian Republic of Venezuela*, ICSID Case No ARB/08/15, Decision on Jurisdiction, December 30th 2010, para 63-66.

[1109] *SPP v. Egypt*, Decision on Jurisdiction, *supra* note 700, para 61.

[1110] *AES v. Kazakhstan*, Award, *supra* note 966, para 218.

> *Unilateral acts by which a State consents to ICSID jurisdiction are standing offers made by a sovereign State to foreign investors under the ICSID Convention. Such offers could be incorporated into domestic legislation or not*[1111]

Il est difficile de contredire cette interprétation, notamment basée sur la jurisprudence de la CIJ.[1112] Au regard de la définition fournie plus haut, il est cohérent qu'une législation nationale édictée dans le contexte d'une possibilité donnée par la Convention CIRDI soit catégorisée comme un acte unilatéral.

§ III. Le forum prorogatum

Après avoir traité de deux types de situations relativement clairs, il est nécessaire de se tourner vers un sujet plus épineux, le *forum prorogatum*. S'il y est fait référence à de nombreuses reprises dans ce travail, les détails de la notion restent flous. Une explication s'impose désormais, avec pour but particulier la catégorisation de la notion. Cette définition faite, il est possible de s'intéresser à une problématique particulière, l'interaction entre le *forum prorogatum* et l'établissement de la compétence *ex officio*.

A) Le forum prorogatum *: définition et limites*

Le *forum prorogatum* est une institution juridique permettant un don du consentement de la manière la plus *ad hoc* envisageable. Un État peut, devant certaines juridictions institutionnalisées, déposer une demande en l'absence de consentement de l'État défendeur. Ce dernier a néanmoins la possibilité de procéder en acceptant, explicitement ou non, la compétence de la juridiction.

Cette approche est d'abord utilisée devant la CPJI. Dès les affaires *Mavrommatis*[1113] et des *Écoles minoritaires*, la Cour affirme :

> *Si, dans un cas spécial, le défendeur a manifesté, par une déclaration expresse, sa volonté d'obtenir une décision sur le fond et de ne pas soulever la question de compétence, il semble clair qu'il ne peut, plus tard au cours de la procédure, revenir sur cette déclaration. […] Or, de l'avis de la Cour, il n'existe pas de raison pour traiter autrement les cas où la volonté de soumettre une affaire à la décision de la Cour a été manifestée implicitement par le fait de plaider le fond sans réserver la question de compétence.*[1114]

[1111] *Cemex v. Venezuela*, Decision on Jurisdiction, *supra* note 1108, para 79.

[1112] *Ibid.*, para 73 ; *SPP v. Egypt*, Decision on Jurisdiction, *supra* note 700, para 61 ; *Essais nucléaires (Nouvelle-Zélande c. France)*, Arrêt, CIJ Recueil 1974, 457, para 46.

[1113] *Mavrommatis*, Arrêt, *supra* note 4, 27.

[1114] *Écoles minoritaires*, *supra* note 231, 25.

Il s'agit là d'une première catégorie de *forum prorogatum*, dans laquelle l'État procède simplement au fond de l'affaire, sans soulever ni arguer l'incompétence de la Cour. Ce *forum prorogatum* est implicite (un *acquiescement*), tout comme dans l'affaire de la *Société commerciale de Belgique*, une dizaine d'années plus tard.[1115]

La CIJ reprend ensuite le flambeau dès sa première affaire, celle du *Détroit de Corfou*. À l'occasion de son arrêt sur l'exception préliminaire, la Cour est confrontée à un *forum prorogatum*, explicite cette fois. Le gouvernement albanais, tout en affirmant qu'il n'existe aucune base de compétence valable dans la demande du Royaume-Uni écrit qu'« il est prêt, malgré cette irrégularité commise par le Gouvernement britannique à se présenter devant la Cour »[1116]. Le défendeur ne se contente pas de procéder au fond, comme c'est le cas devant la CPJI[1117], mais reconnaît explicitement la compétence de la Cour pour une affaire précise ; il donne son consentement. Cette approche est également reprise, mais pour les deux parties (et non uniquement le défendeur) dans l'affaire *Haya de la Torre* :

> *Les Parties ont dans la présente affaire accepté la juridiction de la Cour. Elles ont discuté au fond toutes les questions soumises à celle-ci et n'ont rien objecté contre une décision au fond. Cette attitude des Parties suffit à fonder la compétence de la Cour*[1118]

Quelques années plus tard, la Cour est amenée à préciser les limites du *forum prorogatum* implicite. Dans l'affaire de l'*Anglo-Iranian Oil Co.*, le Royaume-Uni invoque le fait que l'Iran plaide l'affaire au fond pour établir la compétence de la Cour.[1119] Celle-ci n'admet pas le raisonnement, soulignant que certes, l'Iran avance des arguments de fond, mais il refuse également, de manière constante, de reconnaître la compétence de la CIJ.[1120] On ne peut y voir un don implicite du consentement. De même, en 1996, la Bosnie-Herzégovine tente, sans succès, d'utiliser le *forum prorogatum* implicite pour étendre la compétence de la Cour :

> *Selon la seconde thèse, la Yougoslavie ayant, le 1er avril 1993, recommandé elle-même l'indication de mesures conservatoires dont certaines tendaient à la protection de droits non couverts par la*

[1115] *Société commerciale de Belgique*, Arrêt, CPJI, Série A/B, No 78, 1939, 173

[1116] *Détroit de Corfou*, Exception préliminaire, *supra* note 69, 27.

[1117] Il pourrait être argué que l'affaire *Mavrommatis* relève également d'une situation de *forum prorogatum* explicite. Néanmoins, cette affaire est peu claire quant à la nature exacte de l'accord survenu, indiquant uniquement : « C'est en vertu non pas de la compétence conférée à la Cour par l'article 26 du Mandat, mais bien d'un accord des Parties résultant de la procédure écrite, que la Cour est compétente », *Mavrommatis*, Arrêt, *supra* note 4, 27.

[1118] *Haya de la Torre (Colombie c. Pérou)*, Arrêt, CIJ Recueil 1951, 71, 78.

[1119] *Anglo-Iranian Oil Co.*, Compétence, *supra* note 522, 113.

[1120] *Ibid.*, 114.

> *convention sur le génocide, elle aurait, conformément à la doctrine du* forum prorogatum (stricto sensu)*, consenti à ce que la Cour dispose en l'espèce d'une compétence plus large que celle prévue à l'article IX de la convention. […] La Cour ne trouve pas que le défendeur a exprimé en l'espèce un consentement « volontaire, indiscutable » […] qui lui accorderait une compétence excédant celle qu'elle s'est déjà reconnue au titre de l'article IX de la convention sur le génocide*[1121]

Dans un tout autre contexte, cette approche est reprise par la Cour, lorsqu'elle discute de l'acceptation ou non de la résolution visant à demander un avis consultatif.[1122]

Toujours dans le cadre des limites du *forum prorogatum*, d'autres situations encore relèvent d'une tentative de la part de l'État demandeur d'étendre (voire de faire naître) un consentement implicite inexistant chez le défendeur. La Cour refuse notamment cette approche dans l'affaire de la *Demande en révision de l'arrêt du 11 septembre 1992 en l'affaire du Différend frontalier terrestre, insulaire et maritime (El Salvador/Honduras ; Nicaragua (intervenant))*[1123], et dans celle des *Activités armées sur le territoire du Congo*[1124]. Dans cette dernière, elle rappelle l'état de l'art en matière de *forum prorogatum* :

> *L'attitude de l'État défendeur doit toutefois pouvoir être regardée comme une « manifestation non équivoque » de la volonté de cet État d'accepter de manière « volontaire, indiscutable » la compétence de la Cour*[1125]

Ces trois derniers cas interviennent à la suite de la modification du Règlement de la Cour de 1978, sans pour autant y avoir recours. Cette révision donne néanmoins naissance à une disposition importante pour d'autres cas futurs, l'article 38 §5 :

> *Lorsque le demandeur entend fonder la compétence de la Cour sur un consentement non encore donné ou manifesté par l'État contre lequel la requête est formée, la requête est transmise à cet État. Toutefois, elle n'est pas inscrite au rôle général de la Cour et aucun acte de procédure n'est effectué tant que l'État contre lequel la requête est formée n'a pas accepté la compétence de la Cour aux fins de l'affaire.*

[1121] *Génocide (Bosnie-Herzégovine c. Yougoslavie)*, Exceptions préliminaires, *supra* note 899, para 40.

[1122] *Sahara occidental*, Avis consultatif, CIJ Recueil 1975, 12, para 29. Voir également *infra* 339.

[1123] *Révision de l'arrêt du 11 septembre 1992*, *supra* note 797, para 22.

[1124] *Activités armées sur le territoire du Congo (Nouvelle requête)*, Compétence et recevabilité, *supra* note 61, para 21-22.

[1125] *Ibid.*, para 21.

L'institution du *forum prorogatum* est désormais cristallisée dans les règles de fonctionnement de la CIJ plutôt que de rester une simple pratique jurisprudentielle. Cet article est notamment utilisé dans l'affaire de l'*Entraide judiciaire en matière pénale*. À cette occasion, malgré l'absence de don du consentement à la CIJ par la France, Djibouti introduit une affaire devant la juridiction. À teneur de l'article 38 §5 du Règlement, la demande est transmise à la France, sans être inscrite au rôle. À la suite de cela, la France accepte, par courrier à la CIJ, sa compétence « aux fins de l'affaire ».[1126] Dans cet arrêt, la Cour se prononce pour la première fois sur ce nouvel article et résume la règle comme suit :

> *Le paragraphe 5 de l'article 38 prévoit désormais, d'une part, qu'aucune inscription au rôle général n'est opérée tant que l'État contre lequel la requête est formée n'a pas accepté la compétence de la Cour pour en connaître et, d'autre part, qu'à l'exception de la transmission de la requête audit État aucun acte de procédure n'est effectué. L'État qui est ainsi invité à consentir à la compétence de la Cour pour trancher un différend a toute liberté de répondre comme il l'entend ; s'il accepte la compétence de la Cour, il lui appartient, le cas échéant, de préciser les aspects du différend qu'il consent à soumettre au jugement de celle-ci. Le caractère différé et* ad hoc *du consentement du défendeur, tel qu'envisagé au paragraphe 5 de l'article 38 du Règlement, fait de la procédure qui y est organisée une modalité d'établissement d'un* forum prorogatum[1127]

Deux enseignements peuvent être tirés de ce paragraphe. D'une part, le nouvel article 38 §5 du Règlement n'épuise pas le *forum prorogatum*. Il ne fait que formaliser l'une des possibilités de celui-ci. D'autre part, le *forum prorogatum* n'est pas un paquet à prendre ou à laisser. Au contraire, l'État acceptant la compétence de la CIJ de cette manière peut limiter son consentement à certains des points contenus dans la demande, sans en accepter l'entier. Cette approche est cohérente avec celle suivie concernant les déclarations faites en vertu de l'article 36 §2 du Statut. Il serait étrange qu'un État puisse formuler des réserves dans ce cas, sans avoir la même liberté en cas de *forum prorogatum*. Le signal envoyé par la CIJ serait négatif, dissuadant des États déjà circonspects au sujet de la Cour de donner leur consentement même sur une base purement *ad hoc*.[1128]

[1126] *Entraide judiciaire en matière pénale*, *supra* note 232, para 4.

[1127] *Ibid.*, para 63.

[1128] À noter qu'un cas antérieur de *forum prorogatum* explicite basé sur l'article 38 §5 du Règlement existe. Dans l'affaire des *Procédures pénales engagées en France*, le Congo dépose une demande sans le moindre titre de compétence, avant que la France ne donne son consentement par courrier à la Cour.[1128] Celle-ci se considère comme compétente dans le contexte de mesures conservatoires[1128], avant le désistement du Congo. L'affaire ne va pas à son terme, raison pour laquelle la Cour se prononce réellement pour la première fois sur l'article 38 §5 du Règlement que dans l'affaire de

Il est également intéressant de brièvement se pencher sur une alternative, proche du *forum prorogatum*. Plus spécifiquement, l'institution de l'*estoppel*[1129], évoquée dans les affaires du *Plateau continental de la mer du Nord* offre une option, pour l'heure non utilisée. Il existe, certes, une différence de nature entre le *forum prorogatum* et l'*estoppel*. Le premier consiste en l'établissement de la compétence directement devant la juridiction, tandis que le second, plus large, englobe les accords (ou quasi-accords) existant déjà en amont. À cette occasion, discutant du consentement de la République fédérale d'Allemagne, la CIJ écrit :

> *la Cour est d'avis que seule l'existence d'une situation d'estoppel pourrait étayer pareille thèse : il faudrait que la République fédérale ne puisse plus contester l'applicabilité du régime conventionnel, en raison d'un comportement, de déclarations, etc., qui n'auraient pas seulement attesté d'une manière claire et constante son acceptation de ce régime mais auraient également amené le Danemark ou les Pays-Bas, se fondant sur cette attitude, à modifier leur position à leur détriment ou à subir un préjudice quelconque*[1130]

À la suite de cela, et au vu du complexe de faits, la Cour refuse d'y lire un consentement à la compétence. L'option de principe existe, mais elle exige un degré de certitude presque autant, si ce n'est plus haut que concernant le *forum prorogatum*.

Le *forum prorogatum* est avant tout un moyen de donner son consentement à la CIJ et sa prédécesseure. Raison en est le type de situation pouvant donner naissance à ce don du consentement. Comme mentionné plus haut, c'est le statut de juridiction institutionnalisée qui permet le développement du *forum prorogatum*.[1131] En raison de l'absence d'une institution auprès de laquelle déposer la demander initiale, ce mode de don du consentement n'est pas possible devant des tribunaux arbitraux purement *ad hoc*. Néanmoins, qu'en est-il des autres juridictions institutionnalisées étudiées dans cette étude ? Le *forum prorogatum* est-il possible devant le TIDM, le CIRDI ou l'OMC ?

Concernant le TIDM tout d'abord, il est intéressant de constater que le Règlement du Tribunal reflète mot pour mot l'article 38 §5 du Règlement de la CIJ. La possibilité de *forum prorogatum* devant le TIDM est également brièvement mentionnée par WOLFRUM et TREVES, qui ne s'étendent pas sur le

l'Entraide judiciaire en matière pénale. Certaines procédures pénales engagées en France (République du Congo c. France), Désistement, Ordonnance du 16 novembre 2010, CIJ Recueil 2010, 635.

[1129] Sur la question, voir D'AMATO A., *Consent, Estoppel, and Reasonableness : Three Challenges to Universal International Law* in *Northwestern University School of Law Working Papers*, No 102/2010, 1-31.

[1130] *Plateau continental de la mer du Nord*, *supra* note 447, para 30.

[1131] Voir *supra* 70.

sujet.[1132] Pour l'heure, un seul cas découlant de la CNUDM est basé sur le *forum prorogatum*, celui du *Différend relatif à la délimitation de la frontière maritime entre le Ghana et la Côte d'Ivoire dans l'Océan Atlantique*, prenant place devant la Chambre spéciale du TIDM. À cette occasion, les parties signent un compromis visant à la soumission d'un litige territorial à cette juridiction.[1133] Néanmoins, une partie de l'objet de la requête ivoirienne tombe hors du champ du compromis.[1134] La Chambre en vient à analyser la question du *forum prorogatum*, s'inspirant de la jurisprudence de la CIJ.[1135] Du fait de l'absence de contestation de la compétence de la juridiction, le Ghana plaidant le fond sans soulever d'exception préliminaire, la Chambre spéciale conclut :

> *La Chambre spéciale déduit de cette conduite que le Ghana a accepté sa compétence pour statuer au fond sur la prétention relative à la responsabilité internationale*[1136]

Il s'agit d'un *forum prorogatum* implicite, qui représente pour l'heure le seul cas de don du consentement de ce type dans le cadre de la CNUDM.

Du point de vue du CIRDI, la question est abordée de front dans les négociations de la Convention. Dans l'un des projets, le *forum prorogatum* est explicitement mentionné et envisagé, de la même manière que celle prévalant devant la CPJI et la CIJ.[1137] Néanmoins, les négociations subséquentes reviennent sur cette approche, pour l'exclure du projet en faveur du système permettant le refus de l'enregistrement par le Secrétariat du CIRDI.[1138] Cela étant, la jurisprudence des tribunaux établis sous les auspices du Centre est moins catégorique.

La question du consentement par *forum prorogatum* devant le CIRDI peut être séparée en deux points. Le premier concerne un manque manifeste de compétence du Centre sur l'entier de la demande. Dans ces circonstances, le Secrétariat refuse simplement l'enregistrement de la requête, sans laisser de possibilité d'établissement de la compétence par for prorogé.[1139] Le second point concerne un consentement partiel ou peu clair par rapport à la requête de l'investisseur. Dans ces circonstances, le *forum prorogatum* peut être applicable.

[1132] WOLFRUM, *supra* note 451, 148 ; TREVES T., *Conflicts Between the International Tribunal for the Law of the Sea and the International Court of Justice* in *New York University Journal of International Law and Politics*, Vol. 31/1999, 809-821, 816.

[1133] *Délimitation de la frontière maritime dans l'océan Atlantique (Ghana c. Côte d'Ivoire)*, Arrêt, TIDM Recueil 2017, 4, para 3.

[1134] *Ibid.*, para 550.

[1135] *Ibid.*, para 552.

[1136] *Ibid.*, para 553.

[1137] PARRA, *supra* note 272, 31.

[1138] *Ibid.*, 53, 64,

[1139] SCHREUER, MALINTOPPI, REINISCH & SINCLAIR, *supra* note 30, 221.

Ce principe est admis par le tribunal dans l'affaire *Klöckner v. Cameroon*, qui écrit :

> *Une fois le Centre valablement saisi (tel qu'il l'a été dans cette affaire par une requête présentée par Klöckner), le consentement, quant à l'étendue « ratione materiae » de la compétence du Tribunal, peut être exprimé à tout moment, même dans les pièces de procédure produites devant le Tribunal (*« forum prorogatum »)[1140]

Si le Comité d'annulation *ad hoc* annule cette partie de la décision, il le fait sur la base du caractère superflu du *forum prorogatum* plutôt que sur un problème fondamental lié à la construction juridique.[1141] Un second cas, plus récent, ouvre également la voie à un *forum prorogatum*, dans le contexte des mesures provisionnelles cette fois. Dans l'affaire *Italba v. Uruguay*, le tribunal constate que le défendeur souhaite explicitement que les objections quant à la compétence soient traitées dans l'arrêt final.[1142] Dès lors, les arbitres concluent :

> *In these circumstances, the Tribunal considers that the Respondent has accepted that the Tribunal is vested with the necessary adjudicative powers to conduct this arbitration*[1143]

La situation peut être assimilée à un *forum prorogatum* sur la compétence *prima facie* du tribunal.

De manière générale, le CIRDI permet le consentement par voie de *forum prorogatum*, mais de manière plus limitée que ce n'est le cas devant la CIJ et le TIDM. L'absence de disposition explicite sur le sujet, couplée au fort pouvoir de filtrage octroyé au Secrétariat place plus haut le seuil d'accès à une situation de *forum prorogatum*. Il ne peut être pallié à l'absence claire et totale de consentement comme c'est le cas devant la CIJ dans l'affaire de l'*Entraide judiciaire en matière pénale*. Il est nécessaire que l'investisseur puisse au minimum prouver un consentement partiel ou que le consentement n'est pas manifestement absent. Dans ces circonstances l'État peut, s'il le souhaite, soit étendre son consentement à la partie de la requête non couverte par son consentement initial, soit effectivement consentir lorsqu'un consentement peu clair découlerait, en fin de compte, sur une incompétence.

[1140] *Klöckner Industrie-Anlagen Gmbh and Others v. United Republic Of Cameroon and Société Camerounaise des Engrais,* ICSID Case No ARB/81/2, Excerpts of Award, October 21st 1983, para 8.

[1141] *Klöckner Industrie-Anlagen Gmbh and Others v. United Republic Of Cameroon and Société Camerounaise des Engrais,* ICSID Case No ARB/81/2, Excerpts of Ad hoc Committee Decision on Annulment, May 3rd 1985, para 9.

[1142] *Italba Corporation v. Oriental Republic of Uruguay*, ICSID Case No ARB/16/9, Decision on Claimant Application for Provisional Measures and Temporary Relief, February 15th 2017, para 113.

[1143] *Ibid.*, para 114.

Enfin, la situation de l'OMC est plus simple. De manière générale, le *forum prorogatum* permet de résoudre une situation dans laquelle il existe une divergence entre le consentement d'une partie et celui de l'autre. Qu'il s'agisse d'une absence totale de consentement comblée par *forum prorogatum* ou d'un consentement partiel ensuite étendu, le problème naît de la différence d'étendue entre le consentement du demandeur et celui du défendeur. Dans le contexte de l'OMC, les États n'ont pas la liberté d'émettre des réserves.[1144] En vertu du principe de l'accord unique, les Membres de l'organisation sont tous soumis aux mêmes obligations et leur don du consentement est équivalent. En d'autres termes, il n'existe pas de situation dans laquelle un Membre de l'OMC pourrait demander à un autre de compléter son consentement devant l'instance. Soit le cas est couvert par leurs obligations respectives et, partant, leur consentement respectif, soit le cas tombe hors du champ de compétence de l'OMC, auquel cas le consentement des États n'est pas suffisant pour remédier au problème.[1145] Pour cette raison, le *forum prorogatum* est une construction juridique nettement moins utile à l'OMC. Les situations assimilables au *forum prorogatum* à l'OMC sont davantage des cas dans lesquels un État omet simplement de soulever des exceptions préliminaires, sans qu'elles soient forcément directement liées au consentement.[1146]

Ce survol de la jurisprudence permet de donner une idée générale de la notion de *forum prorogatum*. Reste maintenant à justifier la raison de sa catégorisation en tant qu'acte unilatéral. Il pourrait aisément être argué qu'il s'agit d'un don du consentement bilatéral, naissant de l'accord de deux États. C'est d'ailleurs ce qui pourrait être lu dans l'affaire *Mavrommatis*, lorsque la CPJI écrit :

> *C'est en vertu non pas de la compétence conférée à la Cour par l'article 26 du Mandat, mais bien d'un accord des Parties résultant de la procédure écrite, que la Cour est compétente*[1147]

De même, dans l'affaire de l'*Interprétation de l'arrêt No 3*, la Cour fait référence à « l'accord des parties »[1148] pour parler d'une situation de *forum prorogatum* dans laquelle la Bulgarie n'a simplement pas soulevé d'objection à

[1144] Voir *supra* 254.

[1145] Voir *supra* 248.

[1146] Rapport de l'Organe d'appel *Mexique — Sirop de maïs (article 21:5 — États-Unis)*, *supra* note 543, para 45-50 ; Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis — Loi de 1916*, *supra* note 823, para 54 ; Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis — Loi sur la compensation (Amendement Byrd)*, *supra* note 860, para 314.

[1147] *Mavrommatis*, Arrêt, *supra* note 4, 27.

[1148] *Interprétation de l'arrêt No 3*, *supra* note 231, 5-7.

la compétence. Au vu des termes utilisés, est ici légitime de se demander si la Cour affirme que le *forum prorogatum* est un don du consentement bilatéral.

La jurisprudence de la CIJ n'est pas très instructive sur le sujet. Elle ne fait pas référence à la modalité particulière de don du consentement dans les quelques cas de *forum prorogatum* qui se présentent à elle. Pour cette raison, il est important de proposer un raisonnement justifiant la classification en tant que don du consentement unilatéral.

Comme souligné plus haut, une distinction doit être faite entre le don du consentement et sa perfection.[1149] L'objet d'étude ici est la nature du *don* et non celle de la conjonction des consentements des différents États impliqués dans une procédure donnée. Les cas de consentement bilatéral impliquent la simultanéité du don et de la perfection du consentement. Ce n'est toutefois pas le cas d'un don du consentement unilatéral. La perfection du consentement est nécessairement bilatérale.[1150] Le consentement parfait est précisément ce qui donne la compétence à la juridiction. Dès lors, le consentement d'un seul État ne peut suffire, il faut la conjonction des deux. Le don lui-même n'a toutefois pas à être bilatéral. Comme c'est le cas pour les déclarations faites en vertu de l'article 36 §2 du Statut, les États peuvent donner leur consentement de manière unilatérale puis, par la conjonction avec le don du consentement d'un autre État, octroyer effectivement compétence à la juridiction. Cette deuxième séquence est celle de la bilatéralisation, la perfection du consentement.

Dans le cadre du *forum prorogatum*, il est peu cohérent d'arguer de la nature bilatérale du don du consentement. Certes, le consentement est parfait de manière bilatérale, par l'acceptation de la requête initiale par l'État défendeur. Néanmoins, il est difficilement défendable de prétendre que le consentement est donné de manière bilatérale. L'État demandeur envoie une demande à la Cour, qui la transmet au défendeur, celui-ci pouvant la refuser, l'accepter telle quelle ou l'accepter de manière partielle. À aucun moment le don du consentement du demandeur n'est émis de manière conjointe avec le défendeur. Au contraire, la situation ressemble bien plus à une offre ouverte de la part du demandeur, ensuite acceptée ou non par le défendeur. La situation est particulièrement proche de celle de l'article 36 §2 du Statut, où la Cour s'intéresse à la conjonction des consentements émis de manière unilatérale par les deux parties. Dès lors, si le consentement par *forum prorogatum* est, comme toujours, parfait de manière bilatérale, il est donné de manière unilatérale.

[1149] Voir *supra* 222 et 273.

[1150] Voire multilatérale pour certains cas, mais la distinction entre bilatéral et multilatéral n'est pas particulièrement pertinente ici.

B) Le forum prorogatum *dans l'établissement de la compétence*

Comme démontré, le *forum prorogatum* concerne deux situations bien distinctes. D'une part, l'État défendeur peut explicitement accepter la compétence de la juridiction concernée après qu'elle est saisie. D'autre part, le consentement peut être donné de manière implicite, lorsque l'État défendeur procède simplement au fond sans soulever d'objection quant à la compétence de la juridiction. Une problématique liée au *forum prorogatum* implicite apparaît également avec le temps. Comment réconcilier la notion avec le principe selon lequel la CIJ doit se prononcer sur sa compétence *ex officio* ? Le principe est affirmé notamment dans l'affaire de la *Compétence du Conseil de l'OACI* :

> *La Cour n'en doit pas moins toujours s'assurer de sa compétence et elle doit, s'il y a lieu, l'examiner d'office*[1151]

Le problème vient du fait que la Cour est confrontée à deux approches contradictoires. D'une part, elle permet aux États d'accepter sa compétence de manière implicite, soit sans exprimer clairement un consentement. D'autre part, elle prétend devoir établir sa compétence d'office, soit sans qu'il soit nécessaire pour l'État défendeur de soulever une exception d'incompétence. Cette question n'est présente que dans des cas de *forum prorogatum* implicite tels que celui du *Détroit de Corfou*, et non dans ceux explicites comme l'affaire de l'*Entraide judiciaire en matière pénale*. En effet, dans la seconde situation, le caractère explicite du consentement ne contredit pas un établissement d'office de la compétence.

Le problème est abordé par la Cour dans l'affaire de la *Demande en révision et en interprétation de l'arrêt du 24 février 1984*. À cette occasion, elle précise :

> *Certes, un principe fondamental veut que « le consentement des États parties à un différend [soit] le fondement de la juridiction de la Cour en matière contentieuse » (*C.I.J. Recueil 1950*, p. 71). Il en découle, premièrement, que les parties à des traités ou à des compromis sont libres d'assortir leur consentement à la saisine de la Cour, et donc à sa juridiction, de toutes conditions préalables compatibles avec le Statut dont elles peuvent être convenues ; et, deuxièmement, qu'un État peut renoncer à une exception d'ordre juridictionnel qu'il aurait été en droit de soulever. Lorsqu'elle examine sa compétence en vertu de l'article 36 du Statut, la Cour doit donc donner effet à ces conditions juridictionnelles préalables ainsi qu'à toute renonciation non équivoque à une exception visant sa juridiction*[1152]

[1151] *Compétence du Conseil de l'OACI*, *supra* note 481, para 13. Voir également *Immunités juridictionnelles*, Arrêt, *supra* note 582, para 40.

[1152] *Révision et interprétation de l'arrêt du 24 février 1984*, *supra* note 82, para 43.

Cet arrêt pose les bases d'un raisonnement fondé sur la clarté de la renonciation à soulever une exception préliminaire. C'est lorsque cette renonciation est « non équivoque » qu'un *forum prorogatum* implicite peut être admis.

Cette jurisprudence est développée dans l'arrêt *Nicaragua* l'année suivante. La Cour est cette fois confrontée à l'absence complète des États-Unis de la phase au fond. Ceux-ci s'insurgeant contre la décision sur la compétence et recevabilité, ils refusent de participer à la suite de la procédure.[1153] Dans ce contexte, le Nicaragua invoque l'absence d'opposition à un argument lié à la compétence de la Cour pour construire un *forum prorogatum* implicite. L'approche est refusée par la Cour, qui explique :

> *Dans la phase actuelle les États-Unis se sont abstenus de soumettre à la Cour quelque argumentation que ce soit, aussi bien sur le fond à proprement parler que sur la question — non exclusivement préliminaire — de la réserve relative aux traités multilatéraux. La Cour ne saurait donc pas considérer que les États-Unis ont renoncé à faire valoir leur réserve ou ont cessé de lui donner la portée qu'ils lui attribuaient la dernière fois qu'ils se sont exprimés à ce sujet devant la Cour*[1154]

La Cour ne se contente pas d'un élément objectif — l'absence de contestation de la compétence — pour constater une situation de *forum prorogatum*. Au contraire, elle cherche dans un faisceau d'indices, tels qu'une opinion du gouvernement établie dans le passé[1155], si l'État renonce réellement à soulever une exception d'incompétence parce qu'il souhaite consentir ou non.

À noter qu'une apparente contradiction se glisse dans la jurisprudence de la Cour lorsqu'elle affirme :

> *Il convient pourtant de noter que si une partie à une instance devant la Cour choisit de ne pas soulever une question de compétence en usant de la procédure des exceptions préliminaires détaillée à l'article 79 du Règlement, cette partie n'en est pas pour autant nécessairement privée du droit de soulever cette question au stade de l'examen du fond*[1156]

En d'autres termes, la Cour fait cohabiter l'absence de réaction comprise comme un consentement et l'absence de réaction pouvant mener à une objection à la compétence plus tard dans la procédure. Il ne faut toutefois pas tirer de

[1153] *Nicaragua*, Fond, *supra* note 757, para 10.

[1154] *Ibid.*, para 45.

[1155] *Ibid.*, para 46.

[1156] *Génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro)*, Arrêt, *supra* note 20, para 101.

conclusions hâtives de cette citation. Il ne s'agit ni d'une négation du principe du *forum prorogatum*, ni d'un conflit avec la catégorisation de cette notion en tant que question de compétence.[1157] Premièrement, la Cour précise bien que la partie n'est pas « nécessairement privée du droit » d'invoquer l'exception d'incompétence. *A contrario*, il existe donc des situations dans lesquelles elle en est empêchée. Deuxièmement, dans ce cas précis, la Cour se penche sur une problématique de droit d'ester, et non de consentement.[1158] Quand bien même les parties consentiraient à la compétence de la Cour, elles ne pourraient s'entendre pour contrevenir au Statut.[1159] Dans ce contexte, une application de ce principe au *forum prorogatum* est déraisonnable.

Sur le sujet, la jurisprudence liée à la CNUDM est également instructive. Le TIDM réitère à plusieurs reprises que l'absence de contestation de sa compétence ne l'empêche pas de se pencher sur la question d'office.[1160] Dans l'une d'elles, celle du *Différend relatif à la délimitation de la frontière maritime entre le Ghana et la Côte d'Ivoire dans l'Océan Atlantique* mentionnée plus haut, le TIDM conclut néanmoins à une situation de *forum prorogatum*. Ce raisonnement est basé sur le fait que le Ghana sous-entendrait (« *implied* »[1161]), par sa conduite, son consentement.

Ces quelques situations mettent en évidence combien l'interaction entre l'établissement de la compétence d'office et le *forum prorogatum* implicite dépend des circonstances de chaque cas d'espèce. Une certaine marge d'appréciation est laissée aux juges pour déterminer s'ils sont en présence d'une renonciation volontaire à se prévaloir de l'absence de consentement ou si d'autres circonstances justifient de se déclarer incompétent. Néanmoins, la jurisprudence laisse volontiers penser que l'établissement de la compétence sur cette base bénéficie d'une présomption. Lorsqu'un État défendeur n'objecte pas à la compétence de la juridiction, il est réputé l'avoir acceptée par *forum prorogatum* à moins que des faits contraires ne militent clairement en sa défaveur.

§ IV. Une catégorie résiduelle ?

Les trois catégories identifiées ci-dessus sont celles rencontrées le plus régulièrement dans la jurisprudence des juridictions internationales. Néanmoins, il n'est pas possible d'affirmer qu'elles forment un *numerus clausus*.

[1157] Voir *supra* 134.

[1158] *Génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro)*, Arrêt, *supra* note 20, para 82.

[1159] *Ibid.*, para 103. Voir également *supra* 16.

[1160] Voir notamment *« SAIGA » (No. 2)*, *supra* note 482, para 40 ; *Camouco*, Prompte mainlevée, *supra* note 482, para 44 ; *Grand Prince*, Prompte mainlevée, *supra* note 482, para 77 ; *Frontière maritime dans l'océan Atlantique (Ghana c. Côte d'Ivoire)*, *supra* note 1133, para 76. Voir également *The South China Sea Arbitration*, *supra* note 87, para 123.

[1161] *Frontière maritime dans l'océan Atlantique (Ghana c. Côte d'Ivoire)*, *supra* note 1133, para 551-553.

Au contraire, comme évoqué plus haut[1162], le formalisme ne prime pas dans le don du consentement. En conséquence, les manières de donner le consentement ne sont pas limitées à certaines modalités précises. La catégorisation proposée ci-dessus facilite l'explication, mais au-delà du principe selon lequel il s'agit d'un don du consentement unilatéral, elle n'a qu'un rôle simplificateur dans l'explication.

Dans ce contexte, il est important de mettre en avant l'existence possible d'une catégorie résiduelle de don du consentement unilatéral. Plus précisément, il s'agirait d'une forme de don du consentement ne répondant pas aux exigences formelles des catégories ci-dessus. Cette possibilité concerne le cas d'un acte unilatéral oral, par exemple la promesse publique par un premier ministre de soumettre un litige à une juridiction donnée. Cette approche serait en accord avec la jurisprudence de la Cour lorsqu'elle indique :

> *Pour ce qui est de la forme, il convient de noter que ce n'est pas là un domaine dans lequel le droit international impose des règles strictes ou spéciales. Qu'une déclaration soit verbale ou écrite, cela n'entraîne aucune différence essentielle, car de tels énoncés faits dans des circonstances particulières peuvent constituer des engagements en droit international sans avoir nécessairement à être consignés par écrit. La forme n'est donc pas décisive.*[1163]

Ainsi, selon les critères des actes unilatéraux identifiés plus haut, cela pourrait constituer un don du consentement valable, que cette promesse soit une offre ouverte à l'autre État ou l'acceptation d'une offre préalable. Pour l'heure, aucune situation ne s'est présentée de cette manière, mais le futur peut réserver des surprises.

Section II Le don du consentement multilatéral

Pendant du don du consentement unilatéral, l'approche multilatérale correspond à une démarche concertée de plusieurs États dans l'octroi de sa compétence à une juridiction.[1164] Dans un premier temps, l'objectif est de définir brièvement la nature multilatérale de l'acte par lequel des États peuvent consentir, avant de proposer différentes catégories pratiques et fréquentes dans le domaine. En particulier, les clauses compromissoires, les accords spéciaux (ou compromis) et les contrats d'investissement sont examinés.

[1162] Voir *supra* 108.

[1163] *Essais nucléaires (Nouvelle-Zélande c. France)*, Arrêt, CIJ Recueil 1974, 457, para 48.

[1164] Comme précisé précédemment, l'utilisation du terme « multilatéral » est à comprendre comme incluant également les accords bilatéraux. Lorsqu'une distinction entre ces deux catégories s'impose, cela est précisé.

La nature multilatérale d'un don du consentement dépend du type d'accord dans lequel celui-ci s'inscrit. En d'autres termes, c'est à travers l'action concertée de différents acteurs que ceux-ci donnent compétence à une juridiction.[1165] Comme évoqué plus haut[1166], il n'est pas nécessaire que cet accord soit constitué d'un seul document. La Cour elle-même envisage une diversité de formes d'accords multilatéraux :

> *La terminologie n'est pas un élément déterminant quant au caractère d'un accord ou d'un engagement international. Dans la pratique des États et des organisations internationales, comme dans la jurisprudence des tribunaux internationaux, on trouve des usages très variés ; le caractère de dispositions conventionnelles a été attribué à de nombreux types d'actes différents*[1167]

Cette section vise à clarifier les différents types de don du consentement multilatéral que les juridictions peuvent rencontrer.

§ I. La clause compromissoire

La clause compromissoire constitue le premier des deux modes principaux de don du consentement pour les litiges interétatiques. Son principe, déjà connu des Grecs[1168], peut être énoncé de manière générale. Une clause compromissoire consiste en l'inclusion dans un accord multilatéral d'un don du consentement des différends signataires de cet accord.[1169] Au sein de cette définition particulièrement inclusive, différents types de clauses compromissoires peuvent être mis en évidence.

Une distinction importante est faite entre les clauses compromissoires visant les litiges interétatiques et celles visant les litiges asymétriques. En raison des destinataires du consentement, les situations ne peuvent être traitées de la même manière. Pour le surplus, la manière dont la clause compromissoire s'inscrit au sein de l'accord plus large peut varier. À titre d'exemple, la Convention pour la prévention et la répression du crime du génocide comprend un ensemble de règles matérielles, assorties d'un article lié au consentement à la compétence.[1170] À l'autre bout du spectre, le Pacte de Bogotá a pour objet central le don du consentement.[1171] Les deux traités incluent des clauses

---

[1165] Voir par exemple AUST, *Modern Treaty*, *supra* note 438, 9.

[1166] Voir *supra* 118.

[1167] *Sud-Ouest africain (Éthiopie et Liberia c. Afrique du Sud)*, Exceptions préliminaires, Arrêt, CIJ Recueil 1962, 319, 331.

[1168] AGER, *supra* note 97, 7.

[1169] Voir par exemple *Pêcheries (Royaume-Uni c. Islande)*, *supra* note 937, para 28.

[1170] Article IX de la Convention pour la prévention et la répression du crime du génocide.

[1171] Article LVI du Pacte de Bogotá.

compromissoires, mais il peut être argué que le consentement est l'un des buts principaux de l'une des situations, tandis qu'il n'est qu'un corollaire de l'autre.

Quelle que soit la situation, un principe général de la clause compromissoire peut être identifié. Celle-ci se démarque avant tout par son caractère préventif. Par définition, la clause compromissoire est incluse dans un traité en amont de la naissance du litige.[1172] Elle est donc générale, ne pouvant anticiper les détails d'un futur différend. De la même manière que dans les situations dans lesquelles un État soumet une déclaration faite en vertu de l'article 36 §2 du Statut, il prend un engagement de nature générale, quand bien même il peut être limité à un domaine du droit particulier. Au sein de ce domaine, tout différend naissant alors qu'un consentement est donné peut faire l'objet d'une procédure devant une juridiction internationale. Dès lors, une clause compromissoire comporte un aspect d'imprévisibilité. Les États s'engagent de manière générale, en relation, par exemple, avec un champ du droit, plutôt qu'en lien avec un complexe de faits précis.[1173]

A) La clause compromissoire dans les litiges interétatiques

La première catégorie identifiée ci-dessus concerne les clauses compromissoires en lien avec des litiges interétatiques. Cette catégorie reprend l'essentiel des points mentionnés ci-dessus, dans le cadre des litiges entre souverains. De manière générale, la Cour indique dans sa jurisprudence :

> *Lorsque la compétence de la Cour est prévue dans une clause compromissoire contenue dans un traité, cette compétence n'existe qu'à l'égard des parties au traité qui sont liées par ladite clause, dans les limites stipulées par celle-ci*[1174]

La clause compromissoire représente une source relativement fréquente de compétence des juridictions internationales. À ce sujet, deux sous-catégories principales existent. La première couvre les clauses compromissoires par lesquelles les États donnent leur consentement à une juridiction spécifique. Ainsi, la compétence du TIDM ou de l'OMC découle directement d'une clause compromissoire incluse dans les traités respectifs (la CNUDM ou l'Accord de Marrakech).[1175] Le *corpus* de règles rattaché à l'institution et les règles matérielles sont intimement liés. À l'inverse, et c'est la seconde sous-catégorie, les clauses compromissoires visant la soumission d'un litige à la CIJ sont quelque peu

---

[1172] DAILLER P., FORTEAU M. & PELLET A., *Droit international public*, 8ème ed., Paris, L.G.D.J., 2009, 995 ; ROSENNE S., *The Law and Practice of the International Court: 1920-2005: Jurisdiction*, Vol. 2, 4th ed., Leiden, Martinus Nijhoff, 2006, 645-657.

[1173] Voir *infra* 292.

[1174] *Activités armées sur le territoire du Congo (Nouvelle requête)*, Mesures conservatoires, *supra* note 663, para 71.

[1175] Voir *supra* 248.

différentes. Du fait de sa vocation générale[1176], un *opt-in* par quelques États est possible, indépendamment de l'adoption de règles matérielles particulières.

C'est d'ailleurs là le cas de deux types de clauses compromissoires souvent soumises à la CIJ. D'une part, des cas se présentent fréquemment à elle sur la base du Pacte de Bogotá.[1177] D'autre part, une pratique régulière, en particulier à la fin du XIXe et durant les deux premiers tiers du XXe siècle, touche à la conclusion de traités d'amitié entre les États. La CIJ dénombre par exemple 32 traités de ce type conclus depuis sa création.[1178]

Pour le surplus, une autre clause compromissoire fait régulièrement l'objet de débats devant la CIJ, soit celle incluse dans l'article IX de la Convention pour la prévention et la répression du crime du génocide. Il s'agit cette fois d'une convention topique, dont l'application, l'interprétation ou l'exécution peuvent être soumises à la Cour en raison de son caractère général.[1179]

B) La clause compromissoire dans les litiges asymétriques

La seconde catégorie de clauses compromissoires concerne celles visant la résolution d'un litige asymétrique. Il s'agit d'un engagement par traité, qui n'a pas pour objet la résolution d'un litige interétatique. La spécificité de cette méthode de don du consentement est qu'elle combine certaines caractéristiques du don du consentement unilatéral et d'autres du multilatéral.

La problématique centrale touche aux parties à l'accord. Cette question se pose avant tout dans les cas de TBIs ou de juridictions relatives aux droits humains comme la CEDH. Dans ces cas, les États prennent un engagement par un traité international, envers un autre État, en prévoyant toutefois des bénéficiaires particuliers, qui ne sont pas parties à l'accord. Le consentement à la compétence prend une forme tripartite, combinant le bilatéral et l'unilatéral. Les États donnent chacun un consentement à travers un instrument multilatéral. Néanmoins, ce don du consentement forme une offre ouverte qu'un tiers peut accepter unilatéralement.

Cette situation amène à une catégorisation double. Le tribunal dans l'affaire *Mobil v. Venezuela* l'indique :

> *Consent can be given through direct agreement between the host State and the investor. Under ICSID case law, consent may also result from*

[1176] Voir *supra* 248.

[1177] Au 1er avril 2019, une dizaine d'affaires ont été jugées sur cette base.

[1178] COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE, *Traités* (www.icj-cij.org/fr/traites) (1.4.2019).

[1179] Article IX de la Convention pour la prévention et la répression du crime du génocide.

> *a unilateral offer by the host State, expressed in its legislation or in a treaty, which is subsequently accepted by the investor*[1180]

D'un point de vue purement formel, pour la juridiction concernée, le don du consentement intervient de manière unilatérale. Une offre existe de la part de l'État, tandis que l'investisseur l'accepte par le dépôt de sa requête au CIRDI. Malgré tout, le mandat du tribunal est le suivant :

> *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'État contractant partie au différend – y compris les règles relatives aux conflits de lois – ainsi que les principes de droit international en la matière*[1181]

Sur le principe, les arbitres ne sauraient faire abstraction du fait que le don du consentement est contenu dans un traité et non dans un acte unilatéral. À ce titre, comme affirmé plus loin, des règles d'interprétation distinctes sont applicables.[1182]

Ce mode du consentement s'est développé jurisprudentiellement devant le CIRDI. Faisant partie de la catégorie intitulée « *arbitration without privity* » par PAULSSON[1183], cette situation apparaît pour la première fois dans l'affaire *AAPL v. Sri Lanka*.[1184] Cette expression est largement reprise et ce mode de don du consentement représente désormais la majorité des bases de compétence des tribunaux.[1185]

§ II. L'accord spécial ou compromis

La clause compromissoire se situe en amont de la naissance du différend, visant à aplanir les problèmes pouvant survenir dans le futur. L'accord spécial (ou compromis), quant à lui, sert de complément à la première approche, pour régler les différends déjà nés. Par définition[1186], l'accord spécial se place en aval et permet le recours à une juridiction par la conclusion *ex post* d'un accord en ce

---

[1180] *Mobil v. Venezuela*, Decision on Jurisdiction, *supra* note 1108, para 64.

[1181] Article 42 §1 de la Convention CIRDI.

[1182] Voir *infra* 311.

[1183] PAULSSON J., *Arbitration Without Privity* in *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*, Vol. 10/1995, 232-257. Ce terme couvre également le don du consentement contenu dans la législation nationale.

[1184] *AAPL v. Sri Lanka*, *supra* note 272, para 18 ; PARRA, *supra* note 272, 155-156.

[1185] Comme mentionné dans la première partie, au 31 décembre 2018, 75 pour cent des affaires enregistrées auprès du CIRDI le sont sur cette base, CENTRE INTERNATIONAL POUR LE RÈGLEMENT DES DIFFÉRENDS RELATIFS AUX INVESTISSEMENTS, *ICSID Caseload Statistics*, 10, *supra* note 273.

[1186] DAILLER, FORTEAU & PELLET, *supra* note 1172, 993. ROSENNE, *Law and Practice*, Vol. 2, *supra* note 1172, 643-645.

sens. Du fait de sa nature subséquente au début du litige, l'accord spécial porte nécessairement sur un ensemble de faits précis.

Ce mode de don du consentement remonte également à plusieurs millénaires, étant également déjà connu des Grecs.[1187] En pratique, au-delà de l'aspect purement juridique de ce mode de don du consentement, un problème réel subsiste. Le fait que la décision de soumettre le litige à une juridiction internationale survienne après la naissance du problème a des conséquences concrètes. Cela implique notamment que les différends ayant un impact politique ou financier fort pourraient ne jamais être soumis à une cour ou un tribunal par ce moyen. En effet, le consentement subséquent laisse l'occasion aux gouvernements de jauger, au cas par cas, de leur intérêt à obtenir un jugement dans une affaire précise. Tandis que la clause compromissoire comporte un aspect imprévisible quant aux différends qui en relèvent, c'est moins le cas des accords spéciaux.

Il est intéressant de relever que des actes pouvant parfois sembler relativement anodins sont considérés comme des compromis par la CIJ. On peut notamment citer un communiqué de presse conjoint de deux chefs d'État[1188] ou un procès-verbal signé de négociations[1189].

À noter que le compromis peut avoir une influence non négligeable sur la manière dont l'affaire est transmise à la Cour. Dans la majeure partie de ces cas[1190], les parties notifient conjointement le compromis plutôt que de le lui adresser de manière unilatérale. Néanmoins, comme le souligne l'article 39 §1 du Règlement de la CIJ, « cette notification peut être effectuée conjointement par les parties ou par une ou plusieurs d'entre elles ». Le fait qu'une seule partie notifie le compromis n'a pas d'incidence sur la validité de la saisine de la Cour. Cela étant, l'action étant le plus souvent conjointe, elle souligne que, du fait de l'accord des parties dans l'affaire, il ne s'agit pas tant d'une action provocatrice devant la CIJ que d'une volonté réelle des deux parties de résoudre le différend de manière pacifique.

§ III. Le contrat d'investissement

Une dernière catégorie de don du consentement étatique mérite enfin d'être brièvement abordée ici : le contrat d'investissement. Cette base de compétence est à distinguer de toutes les autres mentionnées ci-dessus en raison de son extranéité relative au champ du droit international. Ces contrats pourraient tout

---

[1187] AGER, *supra* note 97, 8.

[1188] *Plateau continental de la mer Égée*, Compétence de la Cour, *supra* note 440, para 94-96.

[1189] *Qatar c. Bahreïn*, Compétence et recevabilité (1994), *supra* note 454, para 17-29.

[1190] Selon les statistiques de la CIJ, au 1er avril 2019, 17 cas sur 19 découlent de la notification conjointe d'un compromis, COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE, *Fondements de la compétence de la Cour*, note 2 (www.icj-cij.org/fr/fondements-de-la-competence) (1.4.2019).

autant intégrer des clauses compromissoires que prendre la forme d'accords spéciaux, même si la logique d'atténuation du risque de l'investissement dicterait que l'investisseur ait une forme de sécurité juridique avant d'aller de l'avant. C'est vraisemblablement la raison pour laquelle le consentement par contrat d'investissement à travers un accord spécial est rare.[1191]

À titre préalable, il est utile de distinguer ce mode de don du consentement des autres mentionnées plus haut. Une première distinction peut être faite par rapport au don du consentement contenu dans un TBI, et une seconde par rapport à la législation nationale.

La comparaison entre un contrat d'investissement contenant une clause d'investissement et un TBI permettant la saisine du CIRDI est limitée par la nature même des deux instruments. Le TBI reste avant tout un traité international, entre deux sujets du droit international public.[1192] À l'inverse, le contrat d'arbitrage est conclu entre un sujet direct du droit international — l'État — et un investisseur qui, s'il pourrait être considéré comme un sujet du droit international, ne l'est que de manière indirecte.[1193] L'acte de l'investisseur ne peut être considéré comme un acte étatique. Certes, le TBI comme le contrat d'investissement sont basés sur le principe *pacta sunt servanda*.[1194] Néanmoins, le second n'évolue pas dans la même sphère juridique que le premier. Preuve en est, l'application limitée du principe *pacta sunt servanda* est parfois évoquée.[1195]

Quant à la comparaison entre le contrat d'investissement et le don du consentement à travers la législation nationale, les rapprochements sont également à faire avec précaution. En l'espèce, il est certes possible d'arguer que la loi nationale, tout comme le contrat, n'est pas un acte international. Néanmoins, il faut rappeler ici la jurisprudence *AES v. Kazakhstan* :

> *A State remains free at all times to amend its legislation. This does however not mean that the change or repeal of such legislation*

[1191] SCHREUER, MALINTOPPI, REINISCH & SINCLAIR, *supra* note 30, 193.

[1192] KELSEN H., *Théorie du droit international public* in *Recueil des cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, Tome 84, Leiden, Brill, 1953, 1-203, 70-72.

[1193] KELSEN H., *Théorie du droit international public* in *Recueil des cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, Tome 84, Leiden, Brill, 1953, 1-203, 85-87.

[1194] '*The prevalent view among the authors reviewed in this Commentary is that the right of the State to amend or terminate a State Contract is not absolute and that it may be made subject to limitations*', WESTBERG J. A. & MARCHAIS B. P., *General Principles Governing Foreign Investment as Articulated in Recent International Tribunal Awards and Writings of Publicists* in *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*, Vol. 7/1992, 453-496, 480.

[1195] '*Most of the authors reviewed in this Commentary, whether they are proponents or adversaries of the internationalization of State Contracts, do not appear to support the unqualified application of the principle of sanctity of contract, or that of pacta sunt servanda, to State Contracts*', *ibid.* 476-477.

> *automatically has the effect of changing or repealing any consent to arbitrate that had been established by such legislation*[1196]

Le tribunal met en évidence les différentes natures d'un même acte. Par l'adoption d'une législation nationale incluant un don du consentement, l'État ne se contente pas de ce simple acte interne. Il émet, par la même occasion, un acte unilatéral de nature internationale l'engageant différemment. Il peut, au gré de sa procédure législative interne, modifier sa loi en tout temps. Ce n'est pas pour autant que ses obligations internationales s'éteignent *ipso facto*. Ces considérations permettent de souligner une idée au centre du célèbre article de PAULSSON sur l'*arbitration without privity*.[1197] Il existe une différence de nature entre le don du consentement par contrat d'investissement, d'une part, et par TBI ou législation nationale, d'autre part.

Conclusion

Les différentes catégories mises en évidence dans ce chapitre n'ont pas pour objet de former des boîtes rigides et exhaustives. Elles servent au contraire à faciliter la compréhension et la lecture de situations variées. S'agissant du moyen de donner leur consentement, les États ne sont, somme toute, limités que par leur imagination et les conventions les liant. Ainsi, à l'exception des quelques exigences formelles pouvant exister[1198], les États peuvent donner leur consentement de la manière qu'ils souhaitent.

La CIJ s'est d'ailleurs brièvement prononcée sur le résultat final des différends types de base de compétence. Elle précise :

> *La Cour rappelle d'abord que, même lorsqu'elle est saisie sur la base d'un compromis conclu entre les deux États qui se présentent devant elle, elle est toujours appelée à statuer sur les conclusions finales des parties telles qu'elles ont été formulées au terme de la procédure orale. Il n'y a pas de différence à cet égard entre le cas où la Cour est saisie par voie de requête unilatérale et celui où elle l'est en vertu d'un compromis*[1199]

Cette citation est une conséquence logique des développements ci-dessus concernant la distinction entre le don et la perfection du consentement.[1200] Les États ont une large marge de manœuvre dans leur méthode de don du

---

[1196] *AES v. Kazakhstan*, Award, *supra* note 966, para 218.

[1197] PAULSSON, *Arbitration Without Privity*, *supra* note 1183.

[1198] Voir *supra* 108.

[1199] *Différend frontalier (Burkina Faso/Niger)*, *supra* note 482, para 41.

[1200] Voir *supra* 273.

consentement, mais la perfection de celui-ci a, en fin de compte, les mêmes conséquences.

La distinction faite ci-dessus n'est toutefois pas qu'abstraite et théorique. Bien au contraire, non seulement la catégorisation sert d'aide à la compréhension, mais elle est également guidée par une utilité concrète. C'est l'objet du prochain chapitre, des conséquences réelles s'y attachent en lien avec la manière dont le don du consentement est interprété.

Chapitre 2 : L'interprétation du consentement à la compétence

- Ugh, people are mad at me again because they don't read carefully. I'm being perfectly clear. It's not my fault if everyone misinterprets what I say.

- Wow, sounds like you're great at communicating, an activity that famously involves just one person.[1201]

La communication et la transmission d'informations de manière implicite peuvent être problématiques en droit international.[1202] Néanmoins, elle peut également être le but recherché. Une partie non négligeable du droit international est d'ailleurs construite autour du principe de l'ambiguïté constructive (*constructive ambiguity*).[1203] Néanmoins, ce type d'imprécision a pour effet de simplement déférer la décision au juge. Celui-ci est amené à interpréter le texte devant lui, pour parvenir à une lecture claire d'un texte parfois rédigé avec l'objectif d'être vague.

Le consentement est également sujet à interprétation. Les États le cisèlent volontiers et de grands enjeux peuvent découler de cette interprétation. Dans ce chapitre, et sur la base des distinctions faites ci-dessus, le but est d'identifier les règles d'interprétation retenues par les tribunaux et les variations possibles dans celles-ci. Il n'est pas question de faire une somme des règles d'interprétation, mais simplement de mettre en avant les spécificités et débats dans l'interprétation du consentement étatique à la compétence.[1204]

Section I L'interprétation du consentement unilatéral

Suivant la structure adoptée dans le chapitre précédent, c'est d'abord sur l'interprétation du consentement unilatéral que porte l'analyse. Celle-ci ne répond pas nécessairement aux règles usuelles d'interprétation. Lorsqu'il est

[1201] MUNROE R., *Misinterpretation* in *XKCD*, 23 avril 2018 (xkcd.com/1984/) (1.4.2019).

[1202] Voir *supra* 158.

[1203] FISCHHENDLER I., *When Ambiguity in Treaty Design Becomes Destructive: A Study of Transboundary Water* in *Global Environmental Politics*, Vol. 8/2008, 111-136, 111.

[1204] La jurisprudence de l'OMC est peu représentée dans ce chapitre, en raison du peu d'interprétation du consentement à la compétence faite par les groupes spéciaux et l'OA.

question d'interprétation en droit international, il est habituellement fait référence à la Convention de Vienne sur le droit des traités. Cela étant, la CVDT elle-même exclut de son champ d'application les actes unilatéraux en précisant qu'elle porte uniquement sur les « traités entre États »[1205].

Concernant les actes unilatéraux, il ne faut toutefois pas oublier que la CVDT n'est, dans une large mesure, qu'une cristallisation de règles et principes préexistants.[1206] À ce titre, elle reflète des règles antérieures et parfois plus générales. Certains auteurs considèrent notamment que le principe *pacta sunt servanda* n'est pas purement autonome, mais est plutôt l'expression d'un principe plus large, celui de la bonne foi.[1207]

La CIJ et sa prédécesseure sont rapidement confrontées à la question de l'interprétation des actes unilatéraux, notamment dans le cadre du don du consentement. À travers la jurisprudence, deux grandes questions forment un fil rouge des débats. Faut-il adopter une interprétation restrictive du don du consentement unilatéral, d'une part, et à quel point l'intention de l'État émetteur doit-elle être prise en compte ? Une fois ces questions traitées, quelques spécificités du CIRDI sont évoquées, avant d'aborder brièvement la question de l'interprétation évolutive.

§ I. L'interprétation restrictive du consentement unilatéral

L'idée de l'interprétation restrictive remonte à l'un des premiers cas de la CPJI, déjà mentionné dans ce texte. Dans l'affaire *Lotus*, la Cour affirme :

> *Les limitations de l'indépendance des États ne se présument donc pas*[1208]

Corollaire de cette citation, une lecture restrictive pourrait être adoptée par les juges lorsqu'ils analysent le consentement. Plutôt que de se baser sur les règles standards d'interprétation, ils pourraient avoir recours à la présomption que le consentement n'est pas donné à moins qu'il soit exprimé de manière absolument claire. En d'autres termes, dès que le moindre doute subsisterait, ils devraient se déclarer incompétents, et aucun pouvoir ne pourrait leur être transmis de manière implicite.

La question se pose de manière plus directe concernant le don du consentement unilatéral en 1938, dans l'affaire des *Phosphates du Maroc*. La Cour, invitée à interpréter une acceptation unilatérale de sa compétence, écrit :

[1205] Article 1 de la CVDT.

[1206] AUST, *Modern Treaty*, *supra* note 438, 5-6.

[1207] Voir KOLB R., *Good Faith in International Law*, Oxford, 2017, Hart Publishing, 33 et références.

[1208] *Lotus*, *supra* note 418, 18.

> *Dans l'espèce, les termes qui forment la base de l'exception ratione temporis présentée par le Gouvernement français sont parfaitement clairs : seuls relèvent de la juridiction obligatoire les situations ou les faits postérieurs à la date de la ratification au sujet desquels s'est élevé le différend, c'est-à-dire ceux qui doivent être considérés comme générateurs du différend. Dans ces conditions, il n'est pas nécessaire de recourir à l'interprétation restrictive qui, dans le doute, pourrait se recommander à l'égard d'une clause dont l'interprétation ne saurait en aucun cas dépasser l'expression de la volonté des États qui l'ont souscrite*[1209]

Cet *obiter dictum* rend particulièrement claire l'opinion des juges. Une interprétation restrictive est préférable, même si elle ne doit s'appliquer que « dans le doute ». La CIJ reprend le flambeau dans l'affaire des *Essais nucléaires*. Elle y affirme :

> *Bien entendu, tout acte unilatéral n'entraîne pas des obligations mais un État peut choisir d'adopter une certaine position sur un sujet donné, dans l'intention de se lier — ce qui devra être déterminé en interprétant l'acte. Lorsque des États font des déclarations qui limitent leur liberté d'action future, une interprétation restrictive s'impose*[1210]

La Cour se penche ensuite sur le détail de ces interprétations, s'interrogeant sur la pertinence de donner une interprétation restrictive aux réserves contenues dans des actes unilatéraux. La question est de savoir de quelle manière les limites mises par les États à leur don du consentement doivent être lues. La Cour y répond comme suit :

> *Les conditions ou réserves, de par leur libellé, n'ont donc pas pour effet de déroger à une acceptation de caractère plus large déjà donnée. Elles servent plutôt à déterminer l'étendue de l'acceptation par l'État de la juridiction obligatoire de la Cour ; il n'existe donc aucune raison d'en donner une interprétation restrictive. Tous les éléments d'une déclaration faite en vertu du paragraphe 2 de l'article 36 du Statut, qui, pris ensemble, comportent l'acceptation de la compétence de la Cour par l'État auteur de la déclaration, doivent être interprétés comme formant un tout, auquel doivent être appliqués les mêmes principes juridiques d'interprétation*[1211]

[1209] *Phosphates du Maroc*, Exceptions préliminaires, *supra* note 884, 23-24.

[1210] *Essais nucléaires (Nouvelle-Zélande c. France)*, Arrêt, CIJ Recueil 1974, 457, para 47.

[1211] *Pêcheries (Espagne c. Canada)*, *supra* note 1030, para 44.

La première section de la citation est cohérente avec son approche historique. Pourquoi interpréter les réserves de manière restrictive ? Le seul effet de cette approche serait, en pratique, d'adopter une interprétation expansive des déclarations faites en vertu de l'article 36 §2 du Statut. Cela étant, la seconde section interpelle davantage. La Cour semble préparer un revirement de jurisprudence, en expliquant qu'elle n'adopte pas une interprétation restrictive, de la même manière que ce devrait être le cas pour l'entier de la déclaration. Aucun cas subséquent ne s'est penché sur la question de l'interprétation restrictive des actes unilatéraux, mais un tel changement d'approche ne serait pas une surprise.[1212]

La question de l'interprétation restrictive se pose également devant le CIRDI. Parmi les affaires évoquées plus haut, *SPP v. Egypt* s'empare du problème. Concernant l'acte unilatéral par lequel l'Égypte donne son consentement, le tribunal écrit :

> *Clearly, then, there is no presumption of jurisdiction – particularly where a sovereign State is involved – and the Tribunal must examine Egypt's objections to the jurisdiction of the Centre with meticulous care, bearing in mind that jurisdiction in the present case exists only insofar as consent thereto has been given by the Parties. This is not to say, however, that there is a presumption against the conferment of jurisdiction with respect to a sovereign State or that instruments purporting to confer jurisdiction should be interpreted restrictively*[1213]

Cette approche concernant le consentement à travers le droit national est également adoptée dans l'affaire *PNG v. Papua New Guinea*[1214] :

> *There is no reason, or justification, to adopt presumptions against (or in favor of) a State's submission to ICSID jurisdiction: the issue is rather to be approached objectively and neutrally, aiming to ascertain the true intentions of the relevant party (or parties) in a particular instrument. Where relevant, the standard of proof is generally held to be a preponderance of the evidence or a balance of probabilities*[1215]

Une approche relativement cohérente se dégage ici concernant l'interprétation des actes unilatéraux. Si la CPJI et la CIJ sont modérées sur la

---

[1212] Voir également TOMUSCHAT C., *Article 36* in *The Statute of the International Court of Justice: A Commentary* [ZIMMERMANN Andreas/TOMUSCHAT Christian/OELLERS-FRAHMS Karin/TAMS Chrisitan J. ed.], 2nd ed., Oxford, Oxford University Press, 2012, 633-711, 657-658.

[1213] *SPP v. Egypt*, Decision on Jurisdiction, *supra* note 700, para 63.

[1214] Les arbitres décident explicitement d'adopter l'approche *SPP v. Egypt*, *PNG Sustainable Development Program Ltd. v. Independent State of Papua New Guinea*, ICSID Case No ARB/13/33, Award, May 5th 2015, para 253.

[1215] *Ibid.*, para 255.

sujet, le CIRDI met clairement de côté l'idée d'une interprétation restrictive. À noter toutefois l'approche singulière adoptée par le tribunal dans l'affaire *Tidewater v. Venezuela*. À cette occasion, les arbitres suggèrent qu'une interprétation restrictive est envisageable lorsqu'il s'agit d'une déclaration unilatérale autonome.[1216] À l'inverse, si la déclaration est émise dans le cadre d'un autre acte l'englobant, cette approche restrictive est exclue.[1217] Cet avis reflète la distinction adoptée par SUY dans son ouvrage sur les actes unilatéraux.[1218] Les arbitres ne vont pas jusqu'à exclure cette seconde catégorie d'actes de la catégorie « unilatérale » comme le fait SUY, mais ils la soumettent néanmoins à des règles d'interprétation distinctes. Pour ce faire, ils se basent notamment sur le travail de la CDI au sujet des actes unilatéraux.[1219]

Il n'est pas nécessaire d'avoir recours à une forme officielle d'interprétation restrictive selon la catégorie d'acte. Il s'agit d'une catégorie supplémentaire compliquant de manière superflue l'interprétation. Une approche plus simple est d'avoir une simple distinction quant à l'intention. L'État déclarant dans le cadre d'une convention-cadre n'a vraisemblablement pas la même clarté d'intention que lorsqu'il émet une déclaration de manière abstraite. Dès lors, l'analyse de l'intention suffit.

§ II. L'importance de l'intention dans le don du consentement unilatéral

Le second point d'attache de l'interprétation du consentement unilatéral concerne l'intention de l'État déclarant. L'intention fait certes partie des règles d'interprétation de la CVDT, mais elle n'est qu'un moyen auxiliaire.[1220] À l'inverse, une emphase différente est mise dessus lors de l'interprétation d'actes unilatéraux. La première allusion à ceci se trouve dans l'affaire des *Phosphates du Maroc* dans laquelle la CPJI, faisant allusion aux termes de la déclaration française, se réfère à « l'intention qui les a dictés »[1221].

La question est ensuite abordée de manière plus frontale par la CIJ. Dans l'affaire de l'*Anglo-Iranian Oil Co.*, elle souligne d'abord l'importance de l'intention du Gouvernement iranien.[1222] Expliquant son raisonnement, elle

---

[1216] *Tidewater Inc., Tidewater Investment SRL, Tidewater Caribe, C.A., et al. v. The Bolivarian Republic of Venezuela*, ICSID Case No ARB/10/5, Decision on Jurisdiction, February 8th 2013, para 89.

[1217] *Ibid.*, para 89.

[1218] SUY, *supra* note 1094, 142-147

[1219] *Tidewater v. Venezuela*, Decision on Jurisdiction, *supra* note 1216, para 91.

[1220] Article 32 de la CVDT. Cela ne découle pas immédiatement du texte de la Convention, la juge peut recourir aux travaux préparatoires, eux-mêmes des indices des intentions des parties, DÖRR O., *Article 32 : Supplementary means of interpretation* in *Vienna Convention on the Law of Treaties: A Commentary* [DÖRR Oliver/SCHMALENBACH Kirsten ed.], Berlin, Springer, 2012, 571-586.

[1221] *Phosphates du Maroc*, Exceptions préliminaires, *supra* note 884, 24.

[1222] *Anglo-Iranian Oil Co.*, Compétence, *supra* note 522, 104.

réfute au passage l'argumentaire du Royaume-Uni et tire une ligne claire entre l'interprétation des traités et celle des actes unilatéraux :

> *[Le Royaume-Uni] affirme qu'un texte juridique doit être interprété de manière qu'une raison d'être et un sens puissent être attribués à chacun de ses mots. On peut dire que ce principe doit s'appliquer en général quand il s'agit d'interpréter le texte d'un traité. Mais le texte de la déclaration de l'Iran n'est pas un texte contractuel résultant de négociations entre deux ou plusieurs États. Il résulte d'une rédaction unilatérale par le Gouvernement de l'Iran, qui semble avoir apporté une prudence particulière à la rédaction du texte de la déclaration. Il semble y avoir inséré ex abundanti cautela mots qui peuvent, à strictement parler, sembler superflus. Cette prudence s'explique par les raisons particulières qui ont conduit le Gouvernement de l'Iran à rédiger la déclaration d'une façon très restrictive*[1223]

L'importance de cette citation ne peut être sous-estimée. Antérieure à la conclusion de la CVDT, elle met en évidence le travail précurseur de la Cour concernant l'interprétation en droit international. Un acte unilatéral, en raison des modalités de son émission, répond à des règles d'interprétation distinctes. Ces règles d'interprétation doivent amener à une primauté de l'intention de leur auteur.

Cette jurisprudence est ensuite reprise dans l'affaire du *Temple de Préah Vihéar*. Quand bien même la Cour suggère le recours à « ses règles normales d'interprétation »[1224], elle met un accent particulier sur l'intention de la Thaïlande :

> *En résumé, lorsqu'un pays a manifesté aussi clairement que l'a fait la Thaïlande en 1950, et même par son attitude constante pendant de longues années, l'intention de se soumettre à la juridiction obligatoire de ce qui constituait à l'époque le principal tribunal international, la Cour ne saurait admettre que cette intention ait échoué*[1225]

L'adoption de la CVDT, dans laquelle l'intention est reléguée à une considération auxiliaire ne change pas particulièrement l'approche de la Cour. Celle-ci est brièvement confirmée en 1978 dans l'affaire de la *Mer Égée*[1226] puis dans celle du *Nicaragua*[1227]. Enfin, la Cour se penche à nouveau en profondeur

[1223] *Ibid.*, 105.

[1224] *Temple de Préah Vihéar*, Exceptions préliminaires, *supra* note 436, 32.

[1225] *Ibid.*, 34.

[1226] *Plateau continental de la mer Égée*, Compétence de la Cour, *supra* note 440, para 79.

[1227] *Nicaragua*, Compétence et recevabilité, *supra* note 350, para 34.

sur la question dans une affaire riche en enseignements, celle de la *Compétence en matière de pêcheries (Espagne c. Canada)*. Elle y réaffirme :

> *Le régime qui s'applique à l'interprétation des déclarations faites en vertu de l'article 36 du Statut n'est pas identique à celui établi pour l'interprétation des traités par la convention de Vienne sur le droit des traités*[1228]

La Cour développe ensuite les éléments sur lesquels elle se penche lors de l'analyse de l'intention :

> *La Cour interprète donc les termes pertinents d'une déclaration, y compris les réserves qui y figurent, d'une manière naturelle et raisonnable, en tenant dûment compte de l'intention de l'État concerné à l'époque où ce dernier a accepté la juridiction obligatoire de la Cour. L'intention d'un État qui a formulé une réserve peut être déduite non seulement du texte même de la clause pertinente, mais aussi du contexte dans lequel celle-ci doit être lue et d'un examen des éléments de preuve relatifs aux circonstances de son élaboration et aux buts recherchés*[1229]

Cette affaire est également intéressante en ce que l'Espagne tente de convaincre la Cour précisément de l'inverse de cela, en ayant recours au principe *contra proferentem*. En d'autres termes, elle argue qu'en raison du caractère unilatéral, c'est systématiquement l'interprétation défavorable à l'émetteur de l'acte qui devrait être retenue.[1230] De manière cohérente avec la jurisprudence ci-dessus, la Cour refuse cette méthode d'interprétation.[1231]

Autre ligne d'argumentation de l'Espagne, celle-ci suggère qu'une interprétation conforme au droit international doit être donnée à toutes les dispositions d'une déclaration faite en vertu de l'article 36 §2.[1232] La Cour ne partage pas cette approche, affirmant :

> *La thèse de l'Espagne n'est pas compatible avec le principe d'interprétation selon lequel une réserve figurant dans une déclaration d'acceptation de la juridiction obligatoire de la Cour doit être interprétée d'une manière naturelle et raisonnable en tenant dûment compte des intentions de l'État auteur de la réserve et du but de la réserve. En effet, les États peuvent formuler des réserves excluant*

[1228] *Pêcheries (Espagne c. Canada)*, *supra* note 1030, para 46.

[1229] *Ibid.*, para 49.

[1230] *Ibid.*, para 43.

[1231] *Ibid.*, para 51.

[1232] *Ibid.*, para 53.

> *la compétence de la Cour pour des motifs divers ; il arrive qu'ils le fassent, précisément, parce que la conformité au droit de leur position ou de leur politique est perçue comme étant aléatoire. La Cour n'a jamais donné à entendre, dans sa jurisprudence, qu'une interprétation privilégiant la conformité au droit international des actes exclus de la compétence de la Cour est la règle qui s'impose pour l'interprétation de telles réserves : […] Le fait qu'un État puisse éprouver des doutes quant à la compatibilité de certains de ses actes avec le droit international ne constitue pas une exception au principe du consentement à la compétence de la Cour et à la liberté de formuler des réserves*[1233]

Cette citation mérite d'être reproduite *in extenso* en raison de l'importance des points abordés par la Cour. D'une part, elle réaffirme combien l'intention de l'État déclarant est cruciale. D'autre part, elle fait une distinction claire entre la licéité du don du consentement (ou des réserves à celui-ci) et le don effectif. L'interprétation du don du consentement n'a pas à être faite dans l'objectif de réconcilier la déclaration faite en vertu de l'article 36 §2 avec le reste du droit international. En ceci, la Cour s'éloigne du principe d'interprétation systémique ancré à l'article 31 §3 c) de la CVDT.[1234]

Quelques années plus tard, la Cour revient sur l'interprétation de ces déclarations dans les affaires de la *Chasse à la baleine*[1235] et de la *Délimitation maritime dans l'océan indien*[1236], pour confirmer à nouveau l'importance de l'intention. Dans cette dernière affaire, la Cour résume bien l'approche la guidant dans l'interprétation lorsqu'elle conclut : « [e]n concluant à sa compétence, la Cour donne effet à l'intention reflétée dans la déclaration du Kenya »[1237].

Le TIDM, quant à lui, se prononce à une seule occasion sur la question des déclarations faites en vertu de l'article 287 de la CNUDM. À cette occasion, le Tribunal suit la jurisprudence de la CIJ en déclarant :

> *[T]he Tribunal deems it appropriate to emphasize that a declaration made under article 287 of the Convention is a unilateral act of a State. Accordingly, in interpreting such a declaration, particular emphasis should be placed on the intention of the State having made it*[1238]

[1233] *Ibid.*, para 54.

[1234] « Il sera tenu compte, en même temps que du contexte, de toute règle pertinente de droit international applicable dans les relations entre les parties ».

[1235] *Chasse à la baleine*, *supra* note 691, para 36.

[1236] *Délimitation maritime dans l'océan indien*, *supra* note 1103, para 119.

[1237] *Ibid.*, para 132.

[1238] *« Louisa »*, *supra* note 925, para 82.

De manière générale, l'approche quant à l'interprétation des déclarations de don du consentement est relativement cohérente, avec une emphase certaine mise sur l'intention de l'État déclarant.

Il est désormais possible de se tourner vers le CIRDI et son approche de l'intention dans les actes unilatéraux. Les cas évoqués plus haut vont, dans l'ensemble, dans la même direction que celle de la CIJ et du TIDM. Dans l'affaire *SPP v. Egypt*, les arbitres affirment volontiers :

> *It is clear that, in interpreting a unilateral declaration that is alleged to constitute consent by a sovereign State to the jurisdiction of an international tribunal, consideration must be given to the intention of the government at the time it was made*[1239]

Prenant sa suite, le tribunal dans l'affaire *Mobil v. Venezuela* cite d'abord la jurisprudence de la CIJ[1240] avant d'affirmer la primauté de l'intention.[1241] De même, l'affaire *Cemex v. Venezuela* entérine cette approche, reprenant presque mot pour mot la jurisprudence *Mobil v. Venezuela*.[1242] Ces deux cas concernent l'interprétation de la même loi, raison pour laquelle les références d'un arrêt à l'autre se justifient particulièrement. Toujours concernant cette législation, l'affaire *OPIC Karimum v. Venezuela* parvient à une conclusion similaire au sujet de l'intention, tout en la détournant quelque peu :

> *Each of these tribunals found that, while regard may be had State laws when considering the State's intention in enacting a legislation that contains a unilateral declaration, a unilateral act must be interpreted according to the ICSID Convention itself and to the rules of international law governing unilateral declarations of States*[1243]

De manière surprenante, les arbitres opposent la prise en compte de l'intention aux règles de droit international concernant les déclarations unilatérales. Quoi qu'il en soit, le résultat devrait être le même, la référence aux règles usuelles en matière d'actes unilatéraux revenant à une prise en compte prépondérante de l'intention.

Revenant sur un autre aspect[1244], le *forum prorogatum* est également à catégoriser comme un don du consentement unilatéral. Toutefois,

---

[1239] *SPP v. Egypt*, Decision on Jurisdiction, *supra* note 700, para 107.

[1240] *Mobil v. Venezuela*, Decision on Jurisdiction, *supra* note 1108, para 84-84.

[1241] *Ibid.*, para 93-96.

[1242] *Cemex v. Venezuela*, Decision on Jurisdiction, *supra* note 1108, para 89.

[1243] *OPIC Karimum Corporation v. The Bolivarian Republic of Venezuela*, ICSID Case No ARB/10/14, Award, May 28th 2013, para 75.

[1244] Voir *supra* 276.

l'interprétation de celui-ci est moins évidente. En particulier, l'approche de la Cour dans l'affaire de l'*Entraide judiciaire en matière pénale* semble en conflit avec la jurisprudence ci-dessus. En lieu et place de se baser sur l'intention de l'État déclarant, la Cour se contente, dans une large mesure, d'une analyse factuelle. L'objet du débat porte sur l'étendue du consentement de la France. Celle-ci argue notamment que les demandes contenues dans la demande djiboutienne, mais absente de son en-tête ne sont pas couvertes par son acceptation de la compétence de la Cour.[1245] Celle-ci, faisant apparemment fi de cette prétendue intention de la France, passe outre et affirme que l'acceptation vaut pour l'entier de la demande.[1246] Néanmoins, une autre lecture de cet arrêt peut mettre en avant l'intention de la France. D'une part, la Cour argumente :

> *[L]a France, qui avait une parfaite connaissance des demandes formulées par Djibouti dans sa requête, n'a pas cherché, lorsqu'elle a adressé sa lettre du 25 juillet 2006 à la Cour, à exclure de la compétence de la Cour certains aspects du différend faisant l'objet de la requête*[1247]

D'autre part, elle ajoute :

> *Là où la compétence est fondée sur le* forum prorogatum*, une attention toute particulière doit être portée à l'étendue du consentement tel qu'il est circonscrit par l'État défendeur*[1248]

La Cour ménage donc l'intention de l'État, même si elle n'y fait pas explicitement référence. En l'espèce, elle ne méprise pas tant l'intention de la France qu'elle ne se base dessus. Selon la Cour, la France aurait souhaité accepter la demande telle quelle, malgré sa vigoureuse dénégation par la suite.

Le reste de la jurisprudence de la Cour concernant le *forum prorogatum* explicite n'est pas particulièrement utile à la question examinée ici. Au mieux, on peut noter la présence du verbe « vouloir », révélateur de l'intention de l'Albanie dans l'affaire du *Détroit de Corfou*.[1249] Dans l'affaire des *Procédures pénales engagées en France*, la Cour ne s'étend pas sur l'interprétation à donner à l'acceptation de sa compétence par la France, se contentant de son principe durant la phase de mesures provisionnelles.[1250] Le désistement du Congo prive la Cour de la possibilité de se prononcer plus en détail sur la question.[1251]

[1245] *Entraide judiciaire en matière pénale*, *supra* note 232, para 67.

[1246] *Ibid.*, para 83.

[1247] *Ibid.*, para 83.

[1248] *Ibid.*, para 87.

[1249] *Détroit de Corfou*, Exception préliminaire, *supra* note 69, 29.

[1250] *Certaines procédures pénales engagées en France (République du Congo c. France)*, Mesures conservatoires, Ordonnance du 17 juin 2003, CIJ Recueil 2003, 102, para 21

[1251] *Certaines procédures pénales (République du Congo c. France)*, Désistement, *supra* note 1128.

À noter que le *forum prorogatum* se distingue également des déclarations unilatérales faites en vertu de l'article 36 §2 du Statut en raison de leur structure. Dans le second cas, le consentement parfait est constitué de deux acceptations parallèles et abstraites qui sont ensuite rapprochées lorsqu'un cas se présente. Le *forum prorogatum*, en revanche, s'applique à une situation *ad hoc*. L'État défendeur connaît précisément les contours de la demande de l'autre partie, car c'est sur cette base qu'il donne leur consentement. À ce titre, on présume plus volontiers son intention que ce n'est le cas dans le cadre de l'article 36 §2 du Statut. Dans tous les cas, le raisonnement de fond qui sous-tend l'affaire de l'*Anglo-Iranian Oil Co.* est tout aussi applicable dans un cas de *forum prorogatum*. Il est peu cohérent de considérer que les parties peuvent davantage ciseler le texte de leur consentement respectif par la négociation dans un cas que dans l'autre. Ne s'agissant pas d'un traité dans les deux situations, l'intention doit être au cœur de l'interprétation par la juridiction.

Concernant le *forum prorogatum* implicite, la question est nettement moins problématique. Celui-ci étant basé sur l'absence d'objection à la compétence, la Cour n'est pas appelée à interpréter un don du consentement particulier. Pour autant que les conditions identifiées plus haut soient remplies[1252], la Cour se considère comme compétente.

§ III. Les spécificités du CIRDI

Concernant le CIRDI, la majorité des questionnements quant à l'interprétation des actes unilatéraux concerne la législation nationale. Comme souligné plus haut, le *forum prorogatum* explicite reste rare, et le consentement à travers les TBIs doit être interprété comme un consentement bilatéral.[1253] Le contrat d'investissement est certes d'une autre nature juridique, mais il n'en reste pas moins un acte bilatéral entre l'investisseur et l'État.[1254] Dès lors, c'est bien l'interprétation du don du consentement à travers la législation nationale qui est examinée ici.

La préoccupation principale des tribunaux lors de cet exercice concerne le *corpus* de règles à appliquer. Plus précisément, à l'aune de quelles règles d'interprétation les tribunaux doivent-ils évaluer le consentement, celles nationales ou internationales ?

Différents tribunaux décident simplement de passer outre cette question, notamment en raison de la relative clarté des textes analysés.[1255] Néanmoins,

---

[1252] Voir *supra* 276.

[1253] Voir *supra* 281 ; *supra* 291.

[1254] Voir *supra* 293.

[1255] *Tradex v. Albania*, Decision on Jurisdiction, *supra* note 897, 187 ; *Inceysa Vallisoletana S.L. v. Republic of El Salvador*, ICSID Case No ARB/03/26, Award, August 2nd 2006, para 310-332 ; *Rumeli Telekom A.S. and Telsim Mobil Telelomunikasyon Hizmetleri A.S. v. Republic of Kazakhstan,* ICSID Case No

d'autres se penchent sur le problème. Dans l'affaire *SPP v. Egypt*, le tribunal adopte une approche mesurée, indiquant :

> *Thus, in deciding whether in the circumstances of the present case Law No. 43 constitutes consent to the Centre's jurisdiction, the Tribunal will apply general principles of statutory interpretation taking into consideration, where appropriate, relevant rules of treaty interpretation and principles of international law applicable to unilateral declarations*[1256]

L'approche adoptée par la CIJ serait valable *mutatis mutandis* dans l'interprétation du consentement contenu dans la législation nationale, mais pas forcément de manière systématique.

En substance, c'est également le choix fait par le tribunal dans l'affaire *Zhinvali v. Georgia*, qui écrit :

> *[W]e are dealing with an internal statute rather than a bilateral agreement and hence the Tribunal believes that, if the national law of Georgia addresses this question of 'consent', which the Tribunal finds that it does, then the Tribunal must follow that national law guidance but always subject to ultimate governance by international law*[1257]

Il existerait une primauté du droit national dans l'interprétation de la loi, et seuls des motifs spécifiques justifieraient le recours au droit international. À l'inverse, le tribunal dans l'affaire *CSOB v. Slovakia* soumet de manière exclusive l'interprétation au droit international :

> *The question of whether the parties have effectively expressed their consent to ICSID jurisdiction is not to be answered by reference to national law. It is governed by international law as set out in Article 25(1) of the ICSID Convention*[1258]

Le tribunal dans l'affaire *Mobil v. Venezuela* parvient à faire coïncider les deux derniers cas pour affirmer :

> *Legislation and more generally unilateral acts by which a State consents to ICSID jurisdiction must be considered as standing offers to foreign investors under the ICSID Convention. Those unilateral acts must accordingly be interpreted according to the ICSID*

ARB/05/16, Award, July 29th 2008, para 334-335 ; *Biwater Gauff v. Tanzania*, *supra* note 566, para 329.

[1256] *SPP v. Egypt*, Decision on Jurisdiction, *supra* note 700, para 61.

[1257] *Zhinvali Development Ltd. v. Republic of Georgia*, ICSID Case No ARB/00/1, Award, January 24th 2003, para 339.

[1258] *CSOB v. Slovakia*, Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction, *supra* note 917, para 35.

> *Convention itself and to the rules of international law governing unilateral declarations of States*[1259]

En l'espèce, le tribunal fait un détour par la nature du CIRDI pour justifier l'application du droit international. Enfin, un dernier cas entérine lui aussi la primauté du droit international :

> *Unilateral acts by which a State consents to ICSID jurisdiction are standing offers made by a sovereign State to foreign investors under the ICSID Convention. Such offers could be incorporated into domestic legislation or not. But, whatever may be their form, they must be interpreted according to the ICSID Convention and to the principles of international law governing unilateral declarations of States*[1260]

De manière générale, les tribunaux CIRDI ménagent une place importante au droit international lors de l'interprétation du consentement dans la législation nationale.

Cela étant, un angle de la question est largement absent de leur réflexion. La question du statut du droit interne devant les juridictions internationales est controversée, en particulier devant le CIRDI.[1261] Une partie du débat est axée sur le statut du droit interne : s'agit-il de fait ou de droit ? Dans ce contexte, il est légitime de s'interroger sur la nature réelle de la preuve du consentement apportée devant les tribunaux du CIRDI. Si le droit national est considéré comme un fait, c'est l'entier de sa compréhension qui l'est également.[1262] Dès lors, afin de prouver l'existence d'un consentement à la compétence, le droit national assorti de son interprétation du point de vue du droit national doit être pris en compte. Dans cette approche, l'utilisation du droit international comme outil d'interprétation est peu justifiée.

Néanmoins, la jurisprudence actuelle des divers tribunaux du CIRDI penche dans une certaine direction. Les arbitres créent une forme de dichotomie dans la nature du consentement à la compétence donné à travers une loi nationale. Certes, il s'agit d'un acte législatif interne. Malgré tout, cet acte s'inscrit dans un contexte international, qui est à la fois celui du CIRDI, et de manière plus générale, des relations interétatiques. Dès lors, selon la sphère dans laquelle les acteurs intéressés évoluent, des principes d'interprétation distincts peuvent s'appliquer aux lois nationales de ce type.

[1259] *Mobil v. Venezuela*, Decision on Jurisdiction, *supra* note 1108, para 85.

[1260] *Cemex v. Venezuela*, Decision on Jurisdiction, *supra* note 1108, para 85.

[1261] MARQUET C., *A Forbidden Fruit? The European Court of Justice's Case Law before the World Trade Organization* in *Geneva Jean Monnet Working Papers*, No 9/2016, 1-22, 4-6, 15-16 ; HEPBURN J., *Domestic Law in International Investment Arbitration*, Oxford, Oxford University Press, 2017, 103-138.

[1262] Avec quelques *caveats*, voir HEPBURN, *supra* note 1261, 111, 125-134.

§ IV. *L'interprétation évolutive du consentement unilatéral*

Une dernière question touchant au consentement par actes unilatéraux concerne la temporalité de celui-ci. Au vu de l'importance accordée par les juridictions à l'intention de l'État émettant l'acte unilatéral, il est nécessaire de s'interroger plus en avant. Sur la base de quelle intention les juges doivent-ils se prononcer ? Est-il davantage pertinent de prendre en compte l'intention prévalant au moment de l'acte unilatéral, ou une forme d'interprétation évolutive est-elle envisageable ?[1263]

La jurisprudence de la CIJ sur la question est à sens unique. Si l'intention doit être prise en compte, c'est bel et bien celle prévalant à l'époque de l'émission de l'acte unilatéral qui est pertinente. Divers cas déjà mentionnés dans ce chapitre en attestent. À titre d'exemple, on peut citer l'affaire de l'*Anglo-Iranian Oil Co.*, dans lequel la CIJ indique :

> *[La Cour] doit rechercher l'interprétation qui est en harmonie avec la manière naturelle et raisonnable de lire le texte, eu égard à l'intention du Gouvernement de l'Iran à l'époque où celui-ci a accepté la compétence obligatoire de la Cour*[1264]

Cette approche, confirmée dans l'affaire de la *Mer Égée*[1265], est reprise presque mot pour mot dans l'affaire de la *Compétence en matière de pêcheries (Espagne c. Canada)*[1266] et celle de l'*Incident aérien du 10 août 1999*[1267]. La seule affaire dans laquelle la Cour se risque à prendre en compte une intention non limitée au moment de l'émission de la déclaration est dans l'affaire du *Temple de Préah Vihéar*. À cette occasion, elle écrit :

> *[L]orsqu'un pays a manifesté aussi clairement que l'a fait la Thaïlande en 1950, et même par son attitude constante pendant de longues années, l'intention de se soumettre à la juridiction obligatoire de ce qui constituait à l'époque le principal tribunal international, la Cour ne saurait admettre que cette intention ait échoué et ait été annulée par un vice quelconque n'affectant pas le consentement donné*[1268]

La Cour a recours à l'intention telle que manifestée par la Thaïlande également après son acceptation de la juridiction de la Cour. Cela étant, l'argument paraît davantage *ex abundanti cautela* que le raisonnement principal.

[1263] Pour autant que les deux approches soient contradictoires.

[1264] *Anglo-Iranian Oil Co.*, Compétence, *supra* note 522, 104.

[1265] *Plateau continental de la mer Égée*, Compétence de la Cour, *supra* note 440, para 57, 79.

[1266] *Ibid.*, para 49.

[1267] *Incident aérien du 10 août 1999 (Pakistan c. Inde)*, Compétence de la Cour, Arrêt, CIJ Recueil 2000, 12, para 42.

[1268] *Temple de Préah Vihéar*, Exceptions préliminaires, *supra* note 436, 34.

L'approche visant à mettre l'intention à l'époque de la déclaration au cœur du raisonnement peut sembler restrictive, refusant apparemment le principe d'interprétation évolutive. Néanmoins, deux points peuvent être opposés à cette lecture. D'une part, l'interprétation évolutive est toujours possible si l'intention de l'État déclarant allait en ce sens à l'époque. Dans l'affaire de la *Mer Égée*, la Cour refuse une telle interprétation évolutive en raison des circonstances d'espèces, tout en acceptant son principe.[1269] D'autre part, la prise en compte d'une intention ultérieure à la déclaration revient à une négation importante du principe même du consentement à la compétence. Les différends internationaux ne sont pas réputés pour leur apparition brusque. Dès lors, si l'intention des États pouvait être prise en compte durant toute la période précédant la saisine, il est vraisemblable que le développement du différend amènerait le futur défendeur à ne plus vouloir soumettre l'affaire à une juridiction. Le consentement unilatéral serait systématiquement vidé de sa substance si l'intention postérieure à l'acte unilatéral pouvait être prise en compte.

Quoi qu'il en soit, l'interprétation évolutive ne s'épuise pas avec la non-prise en compte de l'intention postérieure. D'autres formes d'évolutions factuelles existent — par exemple l'évolution du langage ou du système juridique[1270]). Cela étant, l'intention elle-même doit être analysée au moment de l'émission de la déclaration unilatérale. Il ne s'agit pas d'une variable flottante que l'État peut adapter à sa guise.

Cette section met en évidence quelques règles particulières concernant l'interprétation des déclarations unilatérales visant au don du consentement de l'État. De manière peut-être surprenante, la question spécifique de l'interprétation de ces actes est abordée de manière fournie dans la jurisprudence. Qu'ils se prononcent dans le cadre de la CIJ, du CIRDI, voire du TIDM, les adjudicateurs ne peuvent se permettre de passer sous silence les règles d'interprétation auxquelles ils ont recours. L'absence d'équivalent de la CVDT pour les actes unilatéraux rend nécessaire, préalablement, d'établir les règles applicables de manière claire, avant de procéder à l'analyse du cas d'espèce. Dès lors, un degré de détail important est fourni par la jurisprudence.

Section II L'interprétation du consentement multilatéral

S'agissant de l'interprétation du consentement multilatéral, le schéma adopté concernant les actes unilatéraux est à nouveau suivi. C'est l'occasion de le répéter, l'objet de cette section n'est pas de proposer un digeste des règles

[1269] *Plateau continental de la mer Égée*, Compétence de la Cour, *supra* note 440, para 79.
[1270] Voir *infra* 322.

d'interprétation des actes multilatéraux. Au contraire, le but est de mettre en évidence les questionnements spécifiques au consentement à la compétence. Dès lors, pas tous les cas d'interprétation sont pertinents, mais uniquement les situations dans lesquelles les juridictions sont amenées à interpréter *le consentement*. Pour ce faire, il convient d'aborder d'abord la question de l'interprétation restrictive du consentement multilatéral, avant de se pencher sur l'importance de l'intention dans ces situations. À la suite de cela, une spécificité du CIRDI est évoquée, pour enfin se tourner vers la question de l'interprétation évolutive.

§ I. L'interprétation restrictive du consentement multilatéral

La question de l'interprétation restrictive du consentement multilatéral se pose elle aussi déjà à l'époque de la CPJI. Après une allusion à la question dans l'affaire de l'*Usine de Chorzów*[1271], la Cour affirme clairement le principe d'interprétation restrictive :

> *La Cour ne conteste pas le principe invoqué par le Gouvernement français et d'après lequel tout compromis, de même que toute clause prévoyant la juridiction de la Cour, doit être interprété strictement*[1272]

Elle nuance toutefois :

> *[M]ais cela ne saurait signifier que l'on puisse, sous couleur d'interprétation stricte, donner au compromis un sens selon lequel, non seulement il aurait entièrement omis de poser la véritable question litigieuse, mais encore il l'aurait, par soi-même, préjugée*[1273]

Cette jurisprudence est suivie dans l'affaire de l'*Appel contre une sentence du tribunal arbitral mixte hungaro-tchécoslovaque*[1274]. La CIJ prend ensuite le relais dans l'affaire de l'*Anglo-Iranian Oil Co.*, dans laquelle elle indique dans un *obiter dictum* : « on peut dire que [le principe d'interprétation restrictive] doit s'appliquer en général quand il s'agit d'interpréter le texte d'un traité »[1275].

L'analyse de l'interprétation restrictive n'est pas limitée à la CIJ. Le CIRDI se penche également régulièrement sur la question lors de son analyse de TBIs. Dans l'affaire *Suez and Vivendi v. Argentina*, le tribunal annonce le principe d'interprétation suivant :

[1271] *Usine de Chorzów*, Compétence, *supra* note 758, 21-22.

[1272] *Zones franches de la Haute-Savoie et du Pays de Gex*, Arrêt, *supra* note 483, 138-139.

[1273] *Ibid.*, 139.

[1274] *Université Peter Pázmány*, *supra* note 483, 222.

[1275] *Anglo-Iranian Oil Co.*, Compétence, *supra* note 522, 105.

> *[The Tribunal] believes that dispute resolution provisions are subject to interpretation like any other provisions of a treaty, neither more restrictive nor more liberal*[1276]

Le tribunal s'éloigne en cela de la jurisprudence précédente, notamment dans l'affaire *Plama v. Bulgaria*, dans laquelle le tribunal affirme que le consentement doit être « *clear and unambiguous* »[1277]. L'approche visant à exclure l'interprétation restrictive lors de l'examen du consentement multilatéral est également reprise par le tribunal dans l'affaire *Mondev v. USA* : « *[i]n the Tribunal's view, there is no principle either of extensive or restrictive interpretation of jurisdictional provisions in treaties* »[1278]. À noter que ce tribunal invoque la jurisprudence de la CIJ pour justifier son raisonnement, mais fait référence uniquement à des cas dans lesquels la Cour s'exprime concernant l'interprétation d'actes unilatéraux. Plus récemment, c'est également l'approche préférée par le tribunal dans l'affaire *Garanti Koza v. Turkmenistan*. S'opposant à la jurisprudence *Plama v. Bulgaria*, les arbitres raisonnent :

> *This Tribunal finds no basis in the Vienna Convention for imposing such a standard onto the interpretation of the terms of a treaty. Rather, this Tribunal agrees with the tribunal in* Suez and Interagua v. Argentina *'that dispute resolution provisions are subject to interpretation like any other provisions of a treaty, neither more restrictive nor more liberal.'*[1279]

De manière intéressante, divers tribunaux sous l'égide du CIRDI font référence à une opinion individuelle de la Juge Higgins dans l'affaire des *Plates-formes pétrolières*[1280] :

> *Il ressort clairement de la jurisprudence de la Cour permanente et de celle de la Cour internationale de Justice qu'il n'y a pas de règle exigeant d'interpréter les clauses compromissoires en un sens restrictif* [1281]

Cette citation doit toutefois être utilisée avec précaution. D'une part, aucune source quant à la jurisprudence de la CPJI et de la CIJ n'est fournie. L'opinion semble davantage basée sur une impression générale de la Juge que sur une

---

[1276] *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A., and Vivendi Universal S.A. v. The Argentine Republic*, ICSID Case No ARB/03/19, Decision on Jurisdiction, May 16th 2006, para 64

[1277] *Plama v. Bulgaria*, Decision on Jurisdiction, *supra* note 916, para 198.

[1278] *Mondev International Ltd. v. United States of America*, ICSID Case No ARB(AF)/99/2, Award, October 11th 2002, para 43.

[1279] *Garanti Koza LLP v. Turkmenistan*, ICSID Case No ARB/11/20, Award, December 19th 2016, para 22.

[1280] *Ibid.*, para 23 ; *Daimler v. Argentina*, *supra* note 290, para 171.

[1281] *Plates-formes pétrolières (République islamique d'Iran c. États-Unis d'Amérique)*, Exceptions préliminaires, Opinion individuelle de Rosalyn Higgins, CIJ Recueil 1996, 847, para 35.

affirmation explicite dans des cas antérieurs. D'autre part, l'opinion individuelle reste une opinion individuelle, et emporte nécessairement un pouvoir persuasif moindre qu'une décision de la Cour. Elle est instructive quant au raisonnement, mais elle a ses limites. Néanmoins, l'approche visant à exclure l'interprétation restrictive du don du consentement à travers un TBI reste largement majoritaire dans la jurisprudence du CIRDI.[1282]

Dernier élément concernant l'interprétation restrictive devant le CIRDI, les contrats d'investissement ne sont pas non plus analysés de manière restrictive. Dès 1983, un tribunal s'intéressant à la question affirme :

> *Here again, the Tribunal will consider the issue in having essentially regard to what is, in its view, the crux of the matter, that is to say the true common will and intention of the parties, keeping in mind the fact that such will and intention are not to be drawn from a 'restrictive' nor from a 'liberal' interpretation of the arbitration clause, but from the normal expectations of the parties, as they may be established in view of the agreement as a whole, and of the aim and the spirit of the Washington Convention as well as of the Indonesian legislation and behaviour*[1283]

Le tribunal adopte une approche mesurée, appliquant en fin de compte les règles d'interprétation standards au TBI.

Si la jurisprudence de la CIJ est limitée quant aux questions de compétence, elle est largement développée devant le CIRDI. Plus récemment que dans l'affaire de l'*Anglo-Iranian Oil Co.*, c'est une approche mesurée et équilibrée qui est préconisée. En cela, elle se rapproche de la vision adoptée par HOBBES et mentionnée plus haut.[1284] L'interprétation du consentement n'est pas faite en partant d'une présomption absolue à son encontre. Malgré la nécessité de l'établir de manière positive, c'est une démarche équilibrée qui amène à comprendre le don du consentement des États.

Cette approche peut également être justifiée par un argument logique. Si l'interprétation restrictive ne doit pas être appliquée par principe aux actes unilatéraux, elle ne doit *a fortiori* pas l'être aux actes multilatéraux. La seule optique pouvant amener à une forme d'interprétation restrictive des actes

[1282] De manière non exhaustive, les affaires suivantes le reflètent : *Siemens v. Argentina*, Decision on Jurisdiction, *supra* note 595, para 81 ; *AES Corporation v. The Argentine Republic*, ICSID Case No ARB/02/17, Decision on Jurisdiction, April 26th 2005, para 60.

[1283] *Amco Asia Corporation and others v. Republic of Indonesia*, ICSID Case No ARB/81/1, Decision on Jurisdiction, September 25th 1983, para 18.

[1284] Voir *supra* 86.

unilatéraux découle de la prise en compte plus important de l'intention. Comme démontré ci-dessous, l'intention des États est moins prépondérante concernant les actes multilatéraux. Dès lors, il n'y a pas de raison d'avoir une interprétation plus restrictive des actes multilatéraux qu'unilatéraux.

§ II. L'importance de l'intention dans le don du consentement multilatéral

La deuxième question se posant au sujet de l'interprétation des actes multilatéraux concerne l'importance accordée à l'intention des parties. Comme dans le don du consentement unilatéral, l'intention joue un rôle important. La CPJI puis la CIJ s'emparent volontiers de la question, en fournissant une jurisprudence parfois difficilement réconciliable. La position de départ de la CPJI est la recherche de l'intention réelle des parties :

> *Pour l'interprétation de l'article 23, il convient de s'attacher, non seulement à l'évolution historique des conventions d'arbitrage et à leur terminologie, ainsi qu'au sens grammatical et logique des mots employés, mais aussi et surtout à la fonction qui doit, selon la volonté des Parties contractantes, être attribuée à cette disposition*[1285]

Cette approche est confirmée quelques années plus tard.[1286] Néanmoins, peu de temps après, l'intention devient un point subsidiaire du processus interprétatif :

> *Si le contexte n'est pas suffisant pour établir le sens exact dans lequel les Parties en cause ont employé ces mots dans le compromis, la Cour, selon sa jurisprudence, doit avoir recours aux travaux préparatoires de cet acte pour se renseigner sur la véritable intention des Parties*[1287]

Une inflexion est perceptible ici. L'intention réelle des parties ne doit être recherchée que si l'accord en lui-même n'est pas suffisamment clair.

Lorsque la CIJ s'empare de la question, elle remet l'intention au centre de son interprétation dans les affaires du *Détroit de Corfou*[1288], *Ambatielos*[1289], *Barcelona Traction*[1290] et de la *Compétence en matière de pêcheries (Royaume-Uni c.*

[1285] *Usine de Chorzów*, Compétence, *supra* note 758, 24.

[1286] *Interprétation du statut du territoire du Memel*, Exception préliminaire, Arrêt, CPJI, Série A/B, No 47, 1932, 248.

[1287] *Affaire franco-hellénique des phares*, Arrêt, CPJI, Série A/B, No 62, 1934, 13.

[1288] *Détroit de Corfou*, Arrêt, *supra* note 455, 24-25.

[1289] *Ambatielos*, Exception préliminaire, *supra* note 6, 42.

[1290] *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Nouvelle requête : 1962) (Belgique c. Espagne)*, Exceptions préliminaires, Arrêt, CIJ Recueil 1964, 6, 38.

Islande)[1291]. Dans l'affaire du *Golfe du Maine*, elle en fait aussi parfois un élément subsidiaire, établi à travers le texte.[1292] Cette approche relativement vague est toutefois instructive. L'importance accordée à l'intention concernant les accords multilatéraux reprend le principe usuel de la CVDT. L'interprétation selon cette Convention est un processus holistique. À ce titre, le résultat est parfois imprévisible, les juges souhaitant prendre en compte tous les éléments à la fois.

Cela étant, une jurisprudence relativement récente jette un pavé dans la mare sur ce sujet. Dans l'affaire *Qatar c. Bahreïn*, se pose la question de savoir si les parties ont consenti ou non à la compétence de la CIJ. La Cour raisonne :

> *La Cour n'estime pas nécessaire de s'interroger sur ce qu'ont pu être les intentions du ministre des affaires étrangères de Bahreïn, comme d'ailleurs celles du ministre des affaires étrangères de Qatar. En effet, les deux ministres ont signé un texte consignant des engagements acceptés par leurs gouvernements, et dont certains devaient recevoir immédiatement application. Ayant signé un tel texte, le ministre des affaires étrangères de Bahreïn ne saurait soutenir ultérieurement qu'il n'entendait souscrire qu'à une « déclaration consignant une entente politique », et non à un accord international*[1293]

En d'autres termes, quand bien même la Cour reconnaît que les parties ne souhaitent pas donner leur consentement, elle considère qu'en pratique, elles l'ont néanmoins fait. Si certaines approches jurisprudentielles de la CIJ peuvent parfois évoluer, la Cour offre ici un revirement complet de jurisprudence. Elle propose malgré tout un semblant de cohérence dans l'arrêt suivant de la même affaire :

> *Les travaux préparatoires du procès-verbal de Doha doivent en l'espèce être utilisés avec prudence, du fait de leur caractère fragmentaire. […] En conséquence elle n'estime pas pouvoir tirer des travaux préparatoires tels qu'ils lui ont été présentés — c'est-à-dire réduits aux divers projets susmentionnés d'éléments complémentaires déterminants pour l'interprétation du texte agréé ; quelles qu'aient pu être les motivations de chacune des Parties, la Cour ne peut que s'en tenir aux termes mêmes du procès-verbal traduisant leur commune intention et à l'interprétation qu'elle en a déjà donnée*[1294]

Dès l'année suivante, la Cour met à nouveau au centre de sa réflexion l'intention des parties. Cela étant, elle le fait à travers une autre disposition de

---

[1291] *Pêcheries (Royaume-Uni c. Islande)*, *supra* note 937, para 23.

[1292] *Délimitation de la frontière maritime dans la région du golfe du Maine (Canada c. États-Unis d'Amérique)*, Arrêt, CIJ Recueil 1984, 246, para 23.

[1293] *Qatar c. Bahreïn*, Compétence et recevabilité (1994), *supra* note 454, para 27.

[1294] *Qatar c. Bahreïn*, Compétence et recevabilité (1995), *supra* note 556, para 42.

la CVDT. Plutôt que de se fonder sur l'intention en tant que telle, par exemple à travers l'article 32, elle la ramène à l'objet et au but du traité :

> *L'esprit qui anime cet article et l'intention qu'il exprime inspirent l'ensemble du traité et lui donnent sa signification ; ils doivent, en cas de doute, inciter la Cour à adopter l'interprétation qui semble la plus conforme à l'objectif général d'établir des relations amicales dans tous les domaines d'activité couverts par le traité*[1295]

Ces développements reflètent essentiellement le débat éternel entre objectivisme et subjectivisme dans l'interprétation. La question est de déterminer s'il faut se pencher sur l'intention réelle (et donc, subjective) des parties, ou lui préférer l'intention objective. Celle-ci correspond à la manière dont elle a été exprimée, et est donc limitée au texte du traité.[1296]

Dans le cadre de la CNUDM, une affaire devant la CPA s'intéresse à la question de l'intention dans l'interprétation du consentement multilatéral. Dans l'affaire des *Chagos*, les arbitres se penchent en particulier sur l'intention des négociateurs de la Convention. Ils y indiquent notamment ne pas pouvoir accepter une lecture proposée par le Royaume-Uni, car elle ferait violence à cette intention.[1297] L'intention est davantage utilisée comme moyen subsidiaire d'interprétation, voire pour confirmer une conclusion préalable.

Concernant du CIRDI, la situation est quelque peu particulière.[1298] La clause compromissoire est à la fois une offre ouverte unilatérale du point de vue de l'investisseur, et un accord bilatéral du point de vue de l'État. L'engagement étant pris par la conclusion du traité, c'est d'abord les règles relatives à l'interprétation de ces instruments qui s'applique. Dans ce cadre, quelques tribunaux se sont penchés sur l'interprétation des clauses compromissoires de ces TBIs, et sur l'importance de l'intention. Outre l'arrêt *Amco v. Indonesia* évoqué plus haut[1299], l'affaire *Suez and Vivendi v. Argentina* dégage le principe suivant :

> *In interpreting these provisions, the Tribunal is guided by established principles of treaty interpretation as provided by Article 31 of the Vienna Convention on the Law of Treaties, pursuant to which treaty*

[1295] *Plates-formes pétrolières (République islamique d'Iran c. États-Unis d'Amérique)*, Exception préliminaire, Arrêt, CIJ Recueil 1996, 803, para 52.

[1296] YAMBRUSIC E. S., *Treaty Interpretation: Theory and Reality*, Lanham, University Press of America, 1987, 10-14; BJORGE E., *Time Present and Time Past: The Intention of the Parties and the Evolutionary Interpretation of Treaties* in *Evolutionary Interpretation and International Law* [ABI-SAAB Georges/KEITH Kenneth/MARCEAU Gabrielle/MARQUET Clément ed.], Oxford, Hart Publishing, à paraître 2019, 35-46.

[1297] *The Chagos Marine Protected Area Arbitration*, *supra* note 483, para 217-219.

[1298] Voir *supra* 291.

[1299] Voir *supra* 314.

> *language is to be interpreted in accordance with its 'ordinary meaning.' In that respect, the text of the treaty is presumed to be the authentic expression of the parties' intentions*[1300]

L'intention est certes prise en compte, mais elle l'est à travers le texte du traité. Il ne s'agit pas tant d'une réelle intention que d'une fiction de celle-ci, suivant le courant de l'objectivisme. Autre approche, le raisonnement du tribunal dans l'affaire *Plama v. Bulgaria* souhaite ne pas donner trop d'importance au but et à l'objet du traité — pourtant une règle générale d'interprétation[1301] — pour ne pas vider l'intention — un moyen complémentaire[1302] — de sa substance.[1303] Enfin, plus récemment, le tribunal dans l'affaire *Garanti Koza v. Turkmenistan* parvient à une interprétation similaire à celle du premier cas, écrivant : « *[t]he best indication of the intentions of the State parties to the U.K.-Turkmenistan BIT is the text of the treaty they signed* »[1304]. Cette approche de l'intention, s'éloignant de son existence immédiate pour se tourner vers son expression *à travers* le traité, est encore développée dans l'affaire *Ping An v. Belgium*. À cette occasion, les arbitres se réfèrent à la jurisprudence passée en expliquant :

> *The ordinary meaning approach has been adopted in many investor-State arbitrations to confirm that the presumed intentions of the parties should not be used to override the explicit language of a BIT (*Fraport v. Philippines *at [340]) or to override the agreed upon framework (*Daimler Financial Services v. Argentina *at [164]), or be used as an independent basis of interpretation (*Wintershall v. Argentina *at [88])*[1305]

Le texte sert d'étape intermédiaire à l'intention, et dispense le tribunal d'examiner la réelle intention des parties au moment de la signature du traité.

Les différents arrêts évoqués ci-dessus dépeignent une image particulièrement floue du rôle de l'intention dans l'établissement du consentement à travers un acte multilatéral. Un spectre est présent, allant de la primauté de l'intention sur le texte à son inverse, la primauté du texte pur sur toute intention des parties. Entre les deux, le texte est parfois pris comme une expression de l'intention, ou l'intention est présentée comme un argument supplémentant le raisonnement principal. Il est difficile de tirer une conclusion aussi claire que concernant l'intention dans les actes unilatéraux. Ceci peut

---

[1300] *Suez and Vivendi v. Argentina*, Decision on Jurisdiction, *supra* note 1276, para 54.

[1301] Article 31 CVDT.

[1302] Article 32 CVDT ; voir également *supra* note 1220.

[1303] *Plama v. Bulgaria*, Decision on Jurisdiction, *supra* note 916, para 193.

[1304] *Garanti Koza LLP v. Turkmenistan*, ICSID Case No ARB/11/20, Decision on the Objection to Jurisdiction for Lack of Consent, July 3rd 2013, para 57.

[1305] *Ping An v. Belgium*, *supra* note 1004, para 166.

d'ailleurs être expliqué précisément par la nature des documents examinés. Comme le souligne LAUTERPACHT :

> *For the question frequently arises whether the intention of the parties can be the decisive factor in cases where, as often happens in international instruments, the treaty-far from giving expression to any common intention of the parties-actually registers the absence of any common intention (either in general or in relation to the subject-matter of the dispute) or contains provisions which are mutually inconsistent and which the creative work of interpretation must reduce to some coherent meaning*[1306]

L'établissement de l'intention des parties fait face à un double problème. D'une part, d'un point de vue purement probatoire, il est difficile pour une juridiction d'établir la réelle intention derrière un texte — qu'il s'agisse d'une déclaration unilatérale ou d'un instrument multilatéral. D'autre part, et cet élément est exclusif actes multilatéraux, il peut ne *pas exister* d'intention commune.[1307] En d'autres termes, l'intention commune serait de ne pas donner de sens défini au texte, à travers l'ambiguïté constructrice évoquée plus haut.[1308]

Malgré tout, un élément relatif à l'intention peut éclairer l'interprétation : le type d'accord dans lequel le consentement est consigné, suivant la distinction entre les clauses compromissoires et les compromis. Cette distinction prend une importance considérable dans l'analyse de l'intention des parties. La clause compromissoire, prise dans son contexte, est générale par nature.[1309] À l'inverse, les compromis découlent d'un différend spécifique déjà existant.[1310] Dès lors, le contexte au sens large (et non le contexte purement juridique parfois lu dans l'article 31 de la CVDT[1311]) implique une forme de prise en compte de l'intention. Les parties, par la signature du compromis, souhaitent régler un différend précis. Cette intention doit donc être respectée lors de l'établissement de la compétence de la juridiction. Du fait de la précision du différend à la base de l'accord, il serait erroné de faire entrer n'importe quelle affaire dans le champ d'application de la clause compromissoire.

Un dernier point mérite d'être mentionné ici. Comme précisé plus haut, l'interprétation des clauses inscrites dans des TBIs relève avant tout de la

---

[1306] LAUTERPACHT H., *Restrictive Interpretation and the Principle of Effectiveness in the Interpretation of Treaties* in *British Yearbook of International Law*, Vol. 26/1949, 48-85, 52.

[1307] Sur ces points, voir MARQUET C., *Prospective Linguistics and Trade : The Art of the Deal* in *Evolutionary Interpretation and International Law* [ABI-SAAB Georges/KEITH Kenneth/MARCEAU Gabrielle/MARQUET Clément ed.], Oxford, Hart Publishing, à paraître 2019, 195-204.

[1308] Voir *supra* 297.

[1309] Voir *supra* 289 ; voir également TOMUSCHAT, *supra* note 1212, 670-671.

[1310] Voir *supra* 292.

[1311] DÖRR O., *Article 31: General Rule of Interpretation* in *Vienna Convention on the Law of Treaties: A Commentary* [DÖRR Oliver/SCHMALENBACH Kirsten ed.], Berlin, Springer, 2012, 521-570, 543.

CVDT.[1312] L'emphase sur l'intention lors de l'interprétation par les arbitres est moins importante que dans le cadre des actes unilatéraux. Néanmoins, une analogie avec l'affaire de l'*Anglo-Iranian Oil Co.* peut être faite. À cette occasion, la CIJ suggère qu'en raison de l'absence de négociation avec l'autre partie à la procédure, l'intention de l'Iran doit avoir plus de poids.[1313] L'importance de l'intention dans les actes unilatéraux n'est pas une simple règle de principe, mais découle plutôt d'un état de fait. C'est parce que les parties n'ont pas eu l'occasion de procéder à de nombreux allers-retours pour intégrer leurs propres intérêts qu'il faut présumer que l'Iran intègre ses volontés dans l'acte unilatéral, aussi mal exprimées qu'elles puissent être.

Ce raisonnement peut trouver un reflet dans l'interprétation des TBIs. Certes, il s'agit d'un instrument qui est le résultat de négociations poussées entre les États concernés. Néanmoins, on ne peut que constater l'absence de négociations directes avec les investisseurs qui saisissent une juridiction internationale par la suite. Dès lors, tout comme c'est le cas pour l'Iran, il n'est pas exclu que certaines considérations ou approches propres aux investisseurs échappent à la négociation et soient mal formulées dans le TBI. Dans ces circonstances, l'intention des États doit avoir un poids plus important.

§ III. Les spécificités du CIRDI

Une autre catégorie d'accords bilatéraux octroyant la compétence, les contrats d'investissement, mérite une attention particulière. Comme c'est le cas concernant le don du consentement par la législation nationale, un questionnement préalable est nécessaire. Avant même de déterminer l'importance d'un critère comme l'intention, le juge doit déterminer le *corpus* de droit applicable à l'interprétation. Faut-il interpréter le contrat à l'aune du droit international ? Du droit national ? De principes généraux du droit ?

Le point de départ de la réflexion est, comme souvent dans ces situations, le contrat lui-même. S'il prévoit l'application de l'une ou l'autre des options mentionnées, plus haut, ce choix doit être respecté.[1314] Les parties négocient donc le droit applicable. Quant à la situation par défaut, la jurisprudence de la CPJI donne un éclairage dans l'affaire des *Emprunts serbes* :

> *Tout contrat qui n'est pas un contrat entre des États en tant que sujets du droit international a son fondement dans une loi nationale. La question de savoir quelle est cette loi fait l'objet de la partie du droit qu'aujourd'hui on désigne le plus souvent sous le nom de droit*

[1312] Voir *supra* 291.

[1313] *Anglo-Iranian Oil Co.*, Compétence, *supra* note 522, 105.

[1314] DOLZER R. & SCHREUER C., *Principles of International Investment Law*, 2nd ed., Oxford, Oxford University Press, 2012, 123.

> *international privé ou de théorie du conflit des lois. Les règles en peuvent être communes à plusieurs États et même être établies par des conventions internationales ou des coutumes, et dans ce dernier cas avoir le caractère d'un vrai droit international, régissant les rapports entre des États. Mais, à part cela, il y a lieu de considérer que lesdites règles font partie du droit interne*[1315]

La question centrale, en l'absence de choix de droit applicable par les parties, est celle de savoir si l'État agit en tant que particulier ou en tant que puissance publique dans sa relation à l'investisseur. S'agit-il d'un *actum iure gestionis* ou d'un *actum iure imperii* ? De la réponse à cette question découle le droit applicable au consentement donné par contrat.

L'objet de cette étude porte sur le droit international. À ce titre, l'interprétation du consentement de l'État lorsque son propre droit national est applicable au contrat d'investissement n'est pas particulièrement pertinente. Néanmoins, un type de cas se trouve à l'intersection des deux situations. Le principe des clauses-parapluies (*Umbrella clauses*) permet de transformer une demande contractuelle en une demande découlant du TBI. Les caractéristiques précises de cette possibilité sont étudiées plus en profondeur ci-après.[1316] Cela étant, s'agissant de l'interprétation, un point peut d'ores et déjà être précisé. Si l'interprétation du contrat lui-même peut être variable, celle de la clause parapluie l'est moins. Celle-ci se trouvant dans le TBI, c'est l'interprétation de ce traité qui détermine dans quelle mesure la demande contractuelle peut être élevée au niveau conventionnel.[1317] Pour le surplus, les règles d'interprétation dégagées dans ce chapitre s'appliquent.

§ IV. L'interprétation évolutive du consentement multilatéral

La dernière question se posant au sujet l'interprétation du consentement multilatéral concerne l'interprétation évolutive. Dans ce domaine, l'approche adoptée concernant le consentement unilatéral semble applicable *mutatis mutandis*. Dès l'affaire *Borchgrave*, la CPJI écrit :

> *Cette conclusion, quant à la portée du compromis, ne saurait non plus être modifiée par une interprétation donnée à ses dispositions par les Parties postérieurement à la date de la signature*[1318]

[1315] *Affaire concernant le paiement de divers emprunts serbes émis en France/Affaire relative au paiement, en or, des emprunts fédéraux brésiliens émis en France*, Arrêt, CPJI, Série A, No 20/21, 1929, 41.

[1316] Voir *infra* 365.

[1317] Voir notamment YANNACA-SMALL K., *Interpretation of the Umbrella Clause in Investment Agreements* in *OECD Working Papers on International Investment*, No 3/2006, 1-29, 15-21.

[1318] *Affaire Borchgrave*, Exceptions préliminaires, Arrêt, CPJI, Série A/B, No 72, 1937, 168.

La Cour exclut une modification de la portée du traité à travers l'intention subséquente des signataires.

Ce point n'épuise toutefois pas les possibilités d'évolution du sens de l'accord. Comme le souligne MARCEAU, l'interprétation évolutive peut prendre différentes formes, qu'il s'agisse de l'intention initiale des parties, de l'objet et du but du traité ou de l'évolution du langage.[1319] Dans ce cadre, on voit mal pourquoi l'approche interprétative suivie dans l'affaire des *Droits de navigation* ne serait pas pertinente. Pour autant qu'une interprétation non restrictive soit adoptée, les cas usuels d'évolution sont applicables.

La question de l'interprétation évolutive des clauses multilatérales de don du consentement n'est pas traitée depuis l'affaire *Borchgrave*. Il est possible d'envisager divers scénarios dans lesquels une telle interprétation évolutive est possible. Pour reprendre l'exemple de l'affaire des *Droits de navigation*, une situation pourrait se présenter, dans laquelle la question de la définition du terme « commerce » n'est pas qu'un problème lié au fond de l'affaire. La compétence *ratione materiae* de la juridiction pourrait dépendre de l'interprétation de ce terme, et la question de l'interprétation évolutive se poserait de la même manière.

Cela étant, si la possibilité d'interprétation évolutive du consentement peut être envisagée, elle doit l'être de manière limitée. Dans l'affaire des *Usines de pâte à papier*, au sujet de l'article 31 §3 c) de la CVDT, la CIJ indique :

> *La prise en considération, aux fins de l'interprétation du statut de 1975, des règles pertinentes de droit international applicables dans les relations entre les Parties, qu'il s'agisse de règles de droit international général ou de règles contenues dans les conventions multilatérales auxquelles les deux États sont parties, est toutefois sans incidence sur l'étendue de la compétence conférée à la Cour en vertu de l'article 60 du statut de 1975, qui demeure circonscrite aux différends concernant l'interprétation ou l'application du statut*[1320]

En d'autres termes, une interprétation évolutive du consentement à la compétence est possible, mais sous un certain nombre de réserves. Plus spécifiquement, lorsqu'un premier consentement est donné, et que celui-ci est invoqué pour rendre justiciable une demande découlant d'un autre instrument juridique, l'article 31 §3 c) n'est vraisemblablement pas l'outil interprétatif approprié. Une extension du consentement *ration materiae* à travers l'interprétation évolutive peut être problématique selon la Cour. Cette considération est à garder à l'esprit dans l'analyse des différentes modes liées

[1319] MARCEAU G., *L'interprétation évolutive par le juge OMC : Sophisme ou nécessité* in *Revue générale de droit international public*, Vol. 122/2018, 23-53.

[1320] *Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay (Argentine c. Uruguay)*, Arrêt, CIJ Recueil 2010, 14, para 66.

au CIRDI examinées ci-dessous. Pour le surplus, la problématique de l'interprétation évolutive étant en elle-même particulièrement vaste[1321], il n'est pas utile de s'étendre pas outre mesure sur la question, si ce n'est pour évoquer son éventualité.

Conclusion

À travers ce chapitre, le but est de mettre en évidence les problématiques sortant du lot concernant l'interprétation du consentement, qu'il soit unilatéral ou multilatéral. Le premier enseignement comparatif qu'il est possible d'en tirer concerne la précision des règles. Dans le cadre du consentement unilatéral, les règles peuvent paraître plus claires que concernant le consentement multilatéral. L'importance de l'intention est mieux établie et la tendance quant à l'interprétation restrictive est visible.

Une hypothèse quant à cet apparent flou dans l'interprétation multilatérale pourrait tenir à sa casuistique. Les règles générales relatives à l'interprétation des actes unilatéraux sont dans une large mesure forgées à travers le consentement. L'interprétation de déclarations faites en vertu de l'article 36 §2 du Statut de la CIJ sont des cas repères.[1322] À l'inverse, l'interprétation d'accords multilatéraux a souvent lieu pour des questions autres que le consentement. Ainsi, des règles générales peuvent être développées, mais celles concernant spécifiquement le consentement le sont moins, ou s'inspirent des premières. Dès lors, la jurisprudence est moins fournie et, s'inscrivant dans un contexte plus large, elle dépend de règles évoluant de manière autonome.

Un autre point mérite d'être mentionné. Concernant l'importance accordée à l'intention des États, la distinction entre les actes unilatéraux et multilatéraux peut être difficile à faire. Il ressort de la jurisprudence une démarche très axée sur le cas par cas. Cela étant, il faut relever la différence de nature fondamentale entre les deux approches. Dans le cas du consentement multilatéral, le compromis ou la clause compromissoire est ciselé par la négociation des parties. À l'inverse, du point de vue unilatéral, le raffinement du consentement ne vient que d'un côté, vraisemblablement des différents niveaux hiérarchiques d'une administration. À ce titre, l'État émettant l'acte unilatéral est plus exposé au risque de ne pas se rendre compte de points faibles du texte finalement

[1321] Voir notamment BJORGE, *Evolutionary Interpretation*, *supra* note 1296 ; DJEFFAL C., *Static and Evolutive Treaty Interpretation,* Cambridge, Cambridge University Press, 2016; WYATT J., *An Original or Modern-Day Meaning for Treaty Terms? The Problem of Intertemporal Linguistics in the Case Law of International Courts and Tribunals*, thèse, Université de Genève, 2017.

[1322] Voir notamment *Anglo-Iranian Oil Co.*, Compétence, *supra* note 522 ; *Nicaragua*, Compétence et recevabilité, *supra* note 350.

proposé.[1323] Cette différence factuelle doit nécessairement amener à une plus grande prise en compte de l'intention dans les actes unilatéraux. L'adéquation faite entre le texte du traité et l'intention des parties ne peut être appliquée aussi directement concernant les actes unilatéraux.

[1323] En psychologie, voir notamment DUNNING D. & KRUGER J., *Unskilled and Unaware of It : How Difficulties in Recognizing One's Own Incompetence Lead to Inflated Self-Assessments* in *Journal of Personality and Social Psychology*, Vol. 77/1999, 1121-1134. ; NAVAJAS J., NIELLA T., GARBULSKY G., BAHRAMI B. & SIGMAN M., *Aggregated knowledge from a small number of debates outperforms the wisdom of large crowds* in *Nature Human Behavior*, Vol. 2/2018, 126-132.

Chapitre 3 : Tendances actuelles dans l'interprétation du consentement : la *Fashion Week* des juges, arbitres et avocats

Mais un grand succès s'indiquait surtout pour le Paris-Bonheur, autour duquel grandissait une de ces poussées d'engouement, dont la brusque fièvre décide d'une mode en un jour.[1324]

À travers les parties et chapitres ci-dessus, une esquisse de l'état de l'art en matière de consentement est proposée. Qu'il s'agisse de son origine, nourrissant sa compréhension actuelle, de ses contours réels, ou de l'approche des juridictions, le consentement est défini par incréments. Ces ajouts sont de taille variable. Certains sont de petits cailloux, cachés au détour d'un raisonnement sans grand rapport, tandis que d'autres sont des montagnes, formant le nœud de tout un litige. À travers cette jurisprudence, reste toutefois une constante, celle de la variation.

Les affaires analysées ci-dessus peuvent être prises de manière individuelle, mais elles peuvent aussi être appréhendées dans un contexte plus large. À titre d'exemple, la Grèce antique voit déjà naître progressivement différents modes de don du consentement.[1325] De même, le principe de l'*arbitration without privity*, une apparition récente dans la jurisprudence du CIRDI[1326], est maintenant la manière la plus répandue d'établir la compétence du tribunal. Certains cas sont pionniers, ensuite suivis dans la jurisprudence, parfois même au-delà de la juridiction dont ils émanent. C'est là une variation qui accompagne le consentement à travers l'histoire.

Dans ce contexte, il convient maintenant de se tourner vers des modes actuelles, pouvant (ou non) amener à des changements durables dans l'approche du consentement. Certains des aspects abordés ne sont pas particulièrement récents, mais ils peuvent avoir un intérêt renouvelé à l'heure actuelle, ou représenter des problématiques importantes.

Dans un premier temps, deux éléments du consentement majoritairement discutés dans le cadre des litiges interétatiques sont discutés, avant de se tourner vers trois autres points davantage liés aux différends asymétriques dans le contexte de l'investissement. Ainsi, l'analyse porte d'abord sur la question du consentement en lien avec un point déjà partiellement abordé, celui de la

[1324] ZOLA E., *Au bonheur des dames*, Paris, G. Charpentier & E. Fasquelle, 1895, 127.

[1325] Voir *supra* 48.

[1326] Voir *supra* 292.

participation des parties tierces à une procédure, avant quelques développements au sujet des avis consultatifs. À la suite de cela, il convient de se tourner vers la jurisprudence liée à la clause NPF dans le cadre de l'arbitrage d'investissement, avant de discuter des clauses parapluie, pour terminer avec la problématique des litiges de masse.

Section I La participation de tiers à la procédure

Lorsque des exceptions préliminaires sont soulevées, c'est fréquemment pour débattre de l'existence ou non du consentement des parties à la procédure. Des cas de figure se présentent toutefois dans lequel c'est précisément le consentement des parties tierces qui est débattu. Leur participation peut prendre deux formes différentes, le tiers indispensable ou l'intervention. Pour aborder la question, l'interaction entre le tiers indispensable et la compétence de la CIJ est discutée. À la suite de cela, une distinction est faite entre le tiers indispensable et la partie intervenante, pour finalement opérer un survol de la jurisprudence des autres juridictions.

§ I. Le tiers indispensable et la compétence

La question des tiers indispensables est réellement débattue pour la première fois dans l'affaire de l'*Or monétaire*. À cette occasion, l'Italie dépose une requête à la CIJ à l'encontre de la France, du Royaume-Uni et des États-Unis. Les faits de cette affaire trouvent leur origine dans une certaine quantité d'or enlevée de Rome en 1943. Après la Seconde Guerre mondiale, les trois États visés par la demande constituent une commission tripartite, laquelle charge un arbitre de déterminer à qui l'or appartient. Cet arbitre conclut que l'or appartient à l'Albanie.[1327] À cette conclusion se mêlent deux faits distincts pouvant priver l'Albanie du retour de cet or. D'une part, l'Italie affirme qu'en réalité, l'or devrait lui revenir en raison du dommage causé par une loi albanienne de 1945.[1328] D'autre part, le Royaume-Uni souhaite pouvoir se servir sur cette somme à titre de réparation pour le dommage dû par l'Albanie à la suite de l'affaire du *Détroit de Corfou*.[1329]

De manière intéressante, c'est l'Italie, partie demanderesse, qui soulève une exception préliminaire[1330], tandis que les trois défendeurs sont prêts à plaider

---

[1327] *Or monétaire pris à Rome en 1943 (Italie c. France, Royaume-Uni de Grande-Bretagne et Irlande du Nord et États-Unis d'Amérique)*, Question préliminaire, Arrêt, CIJ Recueil 1954, 19, 26.

[1328] *Ibid.*, 22.

[1329] *Ibid.*, 26 ; *Détroit de Corfou (Royaume-Uni c. Albanie)*, Fixation du montant des réparations dues par la République populaire d'Albanie au Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, Arrêt, CIJ Recueil 1949, 244, 250.

[1330] *Or monétaire*, Question préliminaire, *supra* note 1327, 22.

au fond.[1331] La CIJ est invitée à examiner sa compétence sur la question, et indique de manière préalable : « [l]'Albanie, qui n'a pas accepté la juridiction de la Cour, s'est abstenue de saisir celle-ci »[1332]. La majorité du raisonnement suivi découle de ce fait. La Cour considère que les intérêts de l'Albanie sont touchés d'une telle manière qu'elle ne peut se passer du consentement de celle-ci :

> *En conséquence, pour déterminer si l'Italie a titre à recevoir l'or, il est nécessaire de déterminer si l'Albanie a commis un délit international contre l'Italie et si elle est tenue à réparation envers elle ; puis, dans ce cas, de déterminer aussi le montant de l'indemnité. […] Examiner au fond de telles questions serait trancher un différend entre l'Italie et l'Albanie.*
>
> *La Cour ne peut trancher ce différend sans le consentement de l'Albanie. Mais il n'a été soutenu par aucune des Parties que l'Albanie ait donné son consentement en l'espèce, ni expressément, ni implicitement. Statuer sur la responsabilité internationale de l'Albanie sans son consentement serait agir à l'encontre d'un principe de droit international bien établi et incorporé dans le Statut, à savoir que la Cour ne peut exercer sa juridiction à l'égard d'un État si ce n'est avec le consentement de ce dernier*[1333]

En d'autres termes, la CIJ souligne que le problème découle de l'absence d'identité des parties entre celles à la procédure devant elle et celles dont les droits sont en question. Dès lors, le consentement de l'Albanie est une condition *sine qua non*. La Cour précise même qu'une éventuelle demande d'intervention ne suffirait pas à combler ce manque :

> *L'Albanie n'a pas adressé à la Cour de requête à fin d'intervention. En l'espèce, les intérêts juridiques de l'Albanie seraient non seulement touchés par une décision, mais constitueraient l'objet même de ladite décision. En pareil cas, le Statut ne peut être considéré comme autorisant implicitement la continuation de la procédure en l'absence de l'Albanie*[1334]

De manière cohérente avec le reste de sa jurisprudence, la Cour considère que sa compétence découle du consentement des parties.

La définition du tiers indispensable est raffinée dans l'*Affaire du plateau continental (Libye/Malte)*. À cette occasion, l'Italie affirme qu'en procédant à une

[1331] *Ibid.*, 27.
[1332] *Ibid.*, 25.
[1333] *Ibid.*, 32.
[1334] *Ibid.*, 32.

délimitation territoriale maritime entre les deux autres États, le jugement déterminerait incidemment les parcelles sur lesquelles elle-même ne pourrait être souveraine.[1335] Néanmoins, la CIJ indique qu'il ne suffit pas que les intérêts soient touchés :

> *la question n'est pas de savoir si la participation de l'Italie peut être utile ou même nécessaire à la Cour ; elle est de savoir, à supposer que l'Italie ne participe pas à l'instance, si l'intérêt juridique de l'Italie est en cause ou s'il est susceptible d'être affecté par la décision. Vu l'absence, dans la procédure de la Cour, de tout système d'intervention obligatoire par lequel un État tiers pourrait être cité par la Cour à ester en tant que partie, la Cour doit avoir la faculté, et elle a en fait l'obligation, de se prononcer aussi complètement que possible dans les circonstances de chaque espèce, sauf évidemment dans l'hypothèse où, comme dans l'affaire de* l'Or monétaire pris à Rome en 1943*, les intérêts juridiques de l'État tiers « seraient non seulement touchés par une décision, mais constitueraient l'objet même de ladite décision » (*C.I.J. Recueil 1954*, p. 32), ce qui n'est pas le cas ici*[1336]

En 1984, dans l'affaire *Nicaragua*, la CIJ commence à changer son approche. À cette occasion, les États-Unis arguent de l'irrecevabilité de la requête en affirmant qu'El Salvador est un tiers indispensable.[1337] Abordant la question, la Cour écrit :

> *Certains de ces motifs étaient en fait exposés en des termes donnant à penser qu'il s'agissait plus de questions de compétence ou de juridiction que de recevabilité ; toutefois leur classement à cet égard ne paraît pas être d'une importance décisive*[1338]

La question est abordée dans un paragraphe commençant par « [l]a Cour en vient maintenant à la question de la recevabilité »[1339], bien qu'elle précise par la suite :

> *Il ne fait pas de doute que, quand les circonstances l'exigent, la Cour déclinera l'exercice de sa compétence, comme elle l'a fait dans l'affaire de l'Or monétaire pris à Rome en 1943*[1340]

[1335] *Plateau continental (Libye/Malte)*, Requête de l'Italie à fin d'intervention, *supra* note 350, para 33.

[1336] *Plateau continental (Libye/Malte)*, Requête de l'Italie à fin d'intervention, *supra* note 350, para 40.

[1337] *Nicaragua*, Compétence et recevabilité, *supra* note 350, para 86.

[1338] *Ibid.*, para 84.

[1339] *Ibid.*, para 84.

[1340] *Ibid.*, para 88.

S'il est difficile de tirer une conclusion de ces citations, elles soulignent à tout le moins que la CIJ est moins catégorique ici qu'elle ne l'est en 1954. Quant à la substance de la règle, la Cour précise :

> *Les circonstances de l'affaire de l'Or monétaire marquent vraisemblablement la limite du pouvoir de la Cour de refuser d'exercer sa juridiction ; aucun des pays mentionnés en la présente espèce ne peut être considéré comme étant dans la même situation que l'Albanie dans cette affaire, au point que sa présence serait véritablement indispensable à la poursuite de la procédure*[1341]

Le mouvement amorcé à cette occasion est continué dans l'affaire des *Phosphates à Nauru*. Sans hésitations, la Cour affirme désormais volontiers que la question des tiers indispensables est liée à la recevabilité :

> *La Cour n'estime pas qu'il ait été démontré qu'une demande formée contre l'un des trois États seulement doive être déclarée irrecevable* in limine litis *au seul motif qu'elle soulève des questions relatives à l'administration du Territoire à laquelle participaient deux autres États.* [1342]

Ce raisonnement est pour le moins curieux, la Cour affirmant quelques paragraphes plus loin :

> *Les tribunaux nationaux, quant à eux, ont le plus souvent l'autorité nécessaire pour ordonner d'office la mise en cause des tiers qui risquent d'être affectés par le jugement à intervenir ; cette solution permet de régler les différends en présence de toutes les parties concernées. Mais dans l'ordre international la Cour n'a pas une telle autorité. Sa compétence dépend en effet du consentement des États et, par voie de conséquence, elle ne saurait contraindre un État à se présenter devant elle, même en qualité d'intervenant*[1343]

En d'autres termes, la Cour fait un lien explicite entre la problématique des tiers indispensables et le consentement, mais la classifie néanmoins comme une question de recevabilité.

Dans l'affaire du *Timor oriental*, la Cour se prononce à nouveau sur une question de tiers indispensable, mais s'abstient cette fois de la catégoriser. Elle se contente d'indiquer ne pouvoir exercer sa compétence[1344] comme elle l'avait

---

[1341] *Ibid.*, para 88.

[1342] *Certaines terres à phosphates à Nauru (Nauru c. Australie)*, Exceptions préliminaires, Arrêt, CIJ Recueil 1992, 240, para 48.

[1343] *Ibid.*, para 53.

[1344] *Timor oriental (Portugal c. Australie)*, Arrêt, CIJ Recueil 1995, 90, para 35, 38.

déjà fait dans l'affaire de l'*Or monétaire*[1345], une terminologie également reprise dans les affaires *Nicaragua*[1346] et des *Phosphates à Nauru*[1347]. Néanmoins, dans cette dernière affaire, la Cour fait, de la manière la plus explicite possible, le lien entre le consentement et les tiers indispensables. Elle écrit notamment :

> *Les droits et obligations de l'Indonésie constitueraient dès lors l'objet même d'un tel arrêt, rendu en l'absence du consentement de cet État. Un arrêt de cette nature irait directement à l'encontre du « principe de droit international bien établi et incorporé dans le Statut, à savoir que la Cour ne peut exercer sa juridiction à l'égard d'un État si ce n'est avec le consentement de ce dernier » […].*
>
> *La Cour conclut qu'elle ne saurait, en l'espèce, exercer la compétence qu'elle tient des déclarations faites par les Parties conformément au paragraphe 2 de l'article 36 de son Statut, car, pour se prononcer sur les demandes du Portugal, elle devrait statuer à titre préalable sur la licéité du comportement de l'Indonésie en l'absence du consentement de cet État*[1348]

Enfin, dans l'affaire des *Activités armées sur le territoire du Congo (RDC c. Ouganda)*, la Cour est à nouveau peu claire, se référant, dans le même arrêt, à la fois à la recevabilité[1349] et à la compétence[1350]. Quelle que soit la catégorisation choisie par la CIJ, le lien entre le consentement des tiers et leur statut de tiers indispensable ne peut être négligé. Comme la Cour l'indique elle-même, le consentement est nécessaire précisément parce que le différend s'étend à la relation avec un autre État. Or, l'examen relatif à l'absence de consentement est un problème de compétence.[1351] Dans ce cadre, on voit mal pourquoi l'examen de cet autre litige devrait être catégorisé d'une autre manière.

À noter qu'en raison de l'attribution du critère de « tiers indispensable » à la compétence, la juridiction concernée devrait se saisir de la question d'office.[1352] Il n'est pas nécessaire que le tiers indispensable en question fasse connaître son opposition, quand bien même cela faciliterait le travail de la Cour.

[1345] *Or monétaire*, Question préliminaire, *supra* note 1327, 32.

[1346] *Nicaragua*, Compétence et recevabilité, *supra* note 350, para 88.

[1347] *Phosphates à Nauru*, Exceptions préliminaires, *supra* note 1342, para 55.

[1348] *Timor oriental*, *supra* note 1344, para 34-35.

[1349] *Activités armées sur le territoire du Congo (République démocratique du Congo c. Ouganda)*, Arrêt, CIJ Recueil 2005, 168, para 196.

[1350] *Ibid.*, para 199.

[1351] Voir *supra* 136.

[1352] *Compétence du Conseil de l'OACI*, *supra* note 481, para 13. Voir également *Immunités juridictionnelles*, Arrêt, *supra* note 582, para 40.

§ II. Le tiers indispensable et l'intervention

Un autre point relatif à la participation des tiers indispensables doit être évoqué ici, sa distinction de l'intervention. La question n'est pas anodine et a une conséquence directe pour le consentement.

Concernant les contours de la distinction, la Cour a eu l'occasion de s'y intéresser à plusieurs reprises. La CPJI définit l'intervention dès son premier cas :

> *L'une de ces interventions est celle dont s'occupent l'article 62 du Statut et les articles 58 et 59 du Règlement de la Cour ; elle a pour fondement l'intérêt d'ordre juridique allégué par l'intervenant ; et il appartient à la Cour de ne l'accueillir que si l'existence de cet intérêt lui paraît suffisamment justifiée*[1353]

Le critère d'« intérêt d'ordre juridique » existant dans le Statut de la CPJI est repris par les négociateurs du Statut de la CIJ, qui l'intègrent à son article 62. En tant que tel, il s'agit là d'une exigence différente de celle évoquée plus haut, lorsque « les intérêts juridiques de l'État tiers "seraient non seulement touchés par une décision, mais constitueraient l'objet même de ladite décision" »[1354]. En essence, le propos de la Cour dans l'affaire du *Plateau continental (Libye/Malte)* permet d'établir une limite à partir de laquelle la participation d'un État tiers n'est pas qu'une simple intervention. Tant que cette limite n'est pas dépassée et que le seuil minimal de l'« intérêt d'ordre juridique » est atteint, la participation du tiers est traitée comme une question d'intervention et non de tiers indispensable.

Quelques années plus tard, la CIJ met en évidence une autre différence entre l'intervention et le tiers indispensable lorsqu'elle précise : « le rôle de l'intervention n'est aucunement d'obtenir que soit tranché un autre différend entre l'État demandant à intervenir et l'une des parties ou les deux »[1355]. À l'inverse, c'est le rôle de l'institution du tiers indispensable de traiter des différends entre le tiers et les parties principales à la procédure, et le consentement explicite sur la question est indispensable.[1356] Toujours dans cette affaire, la CIJ va plus loin dans son explication, proposant un raisonnement en deux temps qui peut être mis en place :

[1353] *Affaire du vapeur « Wimbledon »*, Question de l'intervention de la Pologne, Arrêt, CPJI, Série A, No 1, 1923, 12.

[1354] *Plateau continental (Libye/Malte)*, Requête de l'Italie à fin d'intervention, *supra* note 350, para 40.

[1355] *Différend frontalier terrestre, insulaire et maritime*, Requête à fin d'intervention, *supra* note 691, para 51.

[1356] *Plateau continental (Libye/Malte)*, Requête de l'Italie à fin d'intervention, *supra* note 350, para 31.

> *La Chambre recherchera donc d'abord si le Nicaragua a établi l'existence d'un intérêt d'ordre juridique susceptible d'être affecté par la décision et justifiant l'intervention ; si tel est le cas, la Chambre recherchera ensuite si cet intérêt peut effectivement constituer « l'objet même de ladite décision », à l'instar des intérêts de l'Albanie dans l'affaire de l'*Or monétaire pris à Rome en 1943[1357]

Du fait de la condition d'« intérêt d'ordre juridique » commune à l'intervention et au tiers indispensable, son établissement est la première étape du raisonnement. À la suite de cela, la Cour cherche à savoir à quel point cet intérêt est central à la décision qui lui est demandée. En d'autres termes, le tiers nécessaire est une intervention qualifiée. Les critères sont plus stricts et, corollaire, un degré d'établissement du consentement plus fort est exigé.

Cette affaire aborde également une question que la Cour considère comme non résolue jusqu'ici. Elle écrit plus loin :

> *Il s'agit de savoir si l'existence d'un lien juridictionnel valable avec les parties à l'instance — autrement dit l'existence d'une base de compétence qu'un État demandant à intervenir pourrait invoquer pour introduire une instance contre l'une ou l'autre partie — constitue une condition essentielle pour qu'un État puisse être admis à intervenir en vertu de l'article 62 du Statut*[1358]

Cette question trouve une réponse claire :

> *En matière d'intervention, la compétence de la Cour ne découle pas du consentement des parties à l'instance, à la différence de sa compétence pour connaître de l'affaire qui lui a été soumise, mais du fait qu'en devenant parties au Statut de la Cour elles ont consenti à ce que celle-ci exerce les pouvoirs que lui confère le Statut*[1359]

En d'autres termes, en matière d'intervention, l'adhésion à l'ONU et la ratification du Statut de la CIJ suffisent au don du consentement. Ceci va dans le sens de la définition du consentement offerte plus haut. Le consentement à la compétence se caractérise par le fait qu'il s'agit de la dernière étape donnant naissance à l'obligation de respecter un jugement. Le consentement est donné lorsqu'aucun autre acte n'est nécessaire de la part de l'autre partie pour la saisine unilatérale d'une juridiction qui découlerait sur une décision

---

[1357] *Différend frontalier terrestre, insulaire et maritime*, Requête à fin d'intervention, *supra* note 691, para 56.

[1358] *Ibid.*, para 94.

[1359] *Ibid.*, para 96.

obligatoire.[1360] Or, en cas d'intervention, seul un consentement général à la Charte des Nations Unies suffit, précisément parce que l'affaire ne déboucherait pas sur une décision obligatoire à l'égard de l'intervenant.[1361] À l'inverse, comme il ressort de la citation ci-dessus, un autre consentement, à la compétence de la juridiction cette fois, est nécessaire de la part des tiers indispensables, par exemple à travers une déclaration faite en vertu de l'article 36 §2 du Statut.

La jurisprudence sur ce point n'est toutefois pas limpide. Quelques années plus tôt, la CIJ semble indiquer au contraire que l'existence d'un lien juridictionnel distinct — et donc d'un autre consentement que celui de l'article 62 — est nécessaire dans certains cas.[1362] Cela étant, la Cour met en avant deux types d'intervention différents. Dans le premier, classique, un État intervient sur la seule base de l'article 62 du Statut, soit un consentement standard aux traités. Dans le second en revanche, plus proche de l'institution du tiers indispensable, un consentement distinct est nécessaire. Sur cette base l'État devient partie à la procédure et l'arrêt a également force de chose jugée à son égard.[1363] Cette approche est confirmée une dizaine d'années plus tard :

> *Ainsi, un lien juridictionnel entre les Parties à l'instance et l'État qui cherche à intervenir n'est requis que si ce dernier entend « devenir lui-même partie au procès » […]*
>
> *Telle n'est pas la situation en l'espèce. Les Philippines cherchent à intervenir à l'instance en tant que non-partie. Dès lors, le défaut de lien juridictionnel entre les Philippines et les Parties à la procédure principale ne constitue pas un obstacle à l'intervention des Philippines*[1364]

En 2011, la Cour ajoute une distinction particulièrement subtile par rapport à l'affaire du *Différend frontalier terrestre, insulaire et maritime*. Là où une condition nécessaire de l'intervention est un « un intérêt d'ordre juridique susceptible d'être affecté »[1365], la Cour écrit désormais :

> *L'État qui cherche à intervenir en tant que non-partie n'a donc pas à établir qu'un de ses droits serait susceptible d'être affecté ; il est suffisant pour cet État d'établir que son intérêt d'ordre juridique*

[1360] Voir *supra* 31.

[1361] *Différend frontalier terrestre, insulaire et maritime (El Salvador/Honduras)*, Arrêt, CIJ Recueil 1992, 350, para 424.

[1362] *Plateau continental (Libye/Malte)*, Requête de l'Italie à fin d'intervention, *supra* note 350, para 35.

[1363] *Différend frontalier terrestre, insulaire et maritime*, Arrêt, *supra* note 1361, para 424.

[1364] *Pulau Ligitan et Pulau Sipadan*, Requête à fin d'intervention, *supra* note 691, para 35-36.

[1365] *Différend frontalier terrestre, insulaire et maritime*, Requête à fin d'intervention, *supra* note 691, para 56.

> *pourrait être affecté. L'article 62 requiert que l'intérêt dont se prévaut l'État qui demande à intervenir soit d'ordre juridique, dans le sens où cet intérêt doit faire l'objet d'une prétention concrète et réelle de cet État, fondée sur le droit, par opposition à une prétention de nature exclusivement politique, économique ou stratégique. Mais il ne s'agit pas de n'importe quel intérêt d'ordre juridique ; encore faut-il qu'il soit susceptible d'être affecté, dans son contenu et sa portée, par la décision future de la Cour dans la procédure principale*[1366]

Ce patchwork de jurisprudence permet une forme de classification dans la participation des tiers à une procédure devant la CIJ. D'un côté, à l'extrême, se trouve le tiers indispensable. Dans ce cas, la présence du tiers est nécessaire et son consentement au litige en question, de même. Cela étant, la situation découle davantage de l'absence de volonté du tiers de participer à la procédure. En effet, l'institution du tiers indispensable a tendance à bloquer les procédures plutôt que l'inverse.

À l'inverse, dans les cas d'intervention, l'État tiers souhaite précisément y participer. Au sein de cette catégorie, deux subdivisions existent. L'intervention « qualifiée », le degré en dessous du tiers indispensable, exige, elle aussi, un consentement supplémentaire de la part de toutes les parties, et en particulier de la part de celles au litige déjà devant la Cour. Il ne suffit pas d'invoquer l'article 62, mais au contraire, un consentement doit découler de l'un des cas de figure évoqués plus haut.[1367] L'intervention « simple », quant à elle, découle d'un consentement simple du tiers (et non « à la compétence » telle que définie dans ce travail) trouvé dans l'article 62 du Statut. Les conséquences s'attachant aux deux situations sont distinctes. Dans le premier cas, en cas d'intervention « qualifiée », l'intervenant devient partie à la procédure, et l'arrêt a force de chose jugée à son encontre. De même, il peut se prévaloir de la force obligatoire de cet arrêt envers les autres parties au litige. À l'inverse, l'intervenant « simple » n'a pas le statut de partie, mais peut faire entendre sa voix dans la procédure. L'arrêt n'est toutefois pas obligatoire à son encontre.

L'examen du tiers indispensable est à considérer comme une question de compétence. L'intervention, quant à elle, est volontiers abordée comme un point de recevabilité. C'est déjà le cas dans l'affaire *Haya de la Torre* :

> *En application de l'article 66, paragraphe 2, du Règlement, la Cour décida d'entendre avant tout débat sur le fond les observations des*

[1366] *Différend territorial et maritime (Nicaragua c. Colombie)*, Requête à fin d'intervention, *supra* note 691, para 37.

[1367] Voir *supra* 269.

> *agents des Parties et du Gouvernement de Cuba, relativement à l'admissibilité de l'intervention dudit Gouvernement*[1368]

Cette classification est encore plus évidente dans l'affaire du *Plateau continental (Tunisie/Libye)*, lorsque la Cour précise :

> *de l'avis de la Cour, la fonction que lui confie [l'article 62 § 2 du Statut] est de déterminer si la requête est admissible ou non par application des dispositions pertinentes du Statut*[1369]

Une affaire subséquente vient toutefois apporter une nuance à cette approche :

> *bien que cette question relève de la compétence de la Cour, elle n'a pas une priorité comparable à celle d'une exception juridictionnelle* stricto sensu *et ne doit pas être examinée préalablement aux autres allégations avancées par les Parties, soit à titre d'objections à la recevabilité de la requête, soit comme motifs justifiant son rejet*[1370]

Une approche distincte de celle adoptée concernant les tiers indispensables est légitime. Dans les situations abordées plus haut, la question essentielle se posant à la juridiction est celle de savoir si le consentement d'un tiers est nécessaire et, le cas échéant, s'il est donné. À l'inverse, en cas d'intervention, le consentement est d'une autre nature, et donc un présupposé en raison de l'article 62 du Statut. Dès lors, la question n'est plus de savoir si le consentement est donné, mais si les conditions matérielles propres à chaque demande sont remplies. Plus spécifiquement, la Cour s'intéresse à l'existence ou non d'un « intérêt d'ordre juridique »[1371], lequel découle non pas de sa fonction judiciaire, mais bien du caractère approprié de la demande.[1372] Cela étant, du fait que l'intervenant n'est pas une partie principale à la procédure, sa demande aurait une priorité plus basse, raison pour laquelle la Cour indique qu'il s'agit d'une question de compétence, tout en lui attachant des caractéristiques de recevabilité.

§ III. Les autres juridictions : un problème peu abordé

Si la problématique du tiers indispensable et de l'intervention est dans une large mesure développée par la CIJ, ce n'est pas la seule juridiction se penchant

---

[1368] *Haya de la Torre*, *supra* note 1118, 74. À noter que le terme admissibilité a l'équivalent d'*admissibility* dans la version anglaise de l'arrêt.

[1369] *Plateau continental (Tunisie/Libye)*, Requête de Malte à fin d'intervention, *supra* note 691, para 17.

[1370] *Plateau continental (Libye/Malte)*, Requête de l'Italie à fin d'intervention, *supra* note 350, para 11,

[1371] Article 62 §1 du Statut de la CIJ.

[1372] Voir *supra* 129.

dessus. La question est par exemple abordée dans l'affaire *Chine c. Philippines* devant la CPA. À cette occasion, le tribunal commence par exclure le statut de tiers indispensable du Vietnam sur la base de la jurisprudence de la CIJ.[1373] À la suite de cela, il se penche sur la possibilité d'une intervention, mais en conclut rapidement qu'il n'a pas à se prononcer, car cet État n'a pas émis de demande formelle en ce sens.[1374]

Toujours dans le cadre de la CNUDM, le TIDM se saisit également de la question à deux reprises. Dans l'affaire du *Golfe du Bengale*, en lien avec une délimitation territoriale, le Tribunal est amené à se pencher sur les droits des États tiers. Il commence par mettre en évidence une approche permettant parfois d'éviter ce type de problématique en matière de délimitation maritime :

> *it is established practice that the direction of the seaward segment of a maritime boundary may be determined without indicating its precise terminus, for example by specifying that it continues until it reaches the area where the rights of third parties may be affected*[1375]

Sur cette base, le Tribunal conclut qu'une décision dans cette affaire ne se fait pas au préjudice des droits de tiers.[1376] Il faut attendre l'affaire du *Navire « Norstar »* pour que le TIDM se penche un peu plus en profondeur sur la question. L'Italie, défenderesse, argue que le Tribunal n'est pas compétent en raison de l'absence de l'Espagne de la procédure.[1377] En réponse à cet argument, le Tribunal commence par faire référence à toute la jurisprudence de la CIJ sur la question[1378], soulignant là encore le rôle central qu'elle joue. Appliquant ces règles aux faits, le TIDM considère que c'est bien les intérêts légaux de l'Italie et non de l'Espagne qui forment l'objet de la décision.[1379]

En arbitrage d'investissement, la situation relative à l'intervention est peu claire.[1380] Il en va de même concernant les tiers indispensables. Il est toutefois possible de citer quelques affaires traitant de la question. D'un point de vue non-CIRDI d'abord, dans l'affaire *Chevron v. Ecuador*, le tribunal fait abondamment référence à la jurisprudence de l'*Or monétaire*. Cela étant, la question de l'applicabilité réelle du principe à l'arbitrage d'investissement n'est pas établie, le tribunal le rejetant sur une autre base.[1381] Le tribunal s'intéresse néanmoins

---

[1373] *The South China Sea Arbitration*, *supra* note 87, para 181.

[1374] *Ibid.*, para 186.

[1375] *Frontière maritime dans le golfe du Bengale*, *supra* note 483, para 367.

[1376] *Ibid.*, para 368.

[1377] *« Norstar »*, Exceptions préliminaires, *supra* note 593, para 146.

[1378] *Ibid.*, para 172.

[1379] *Ibid.*, para 173.

[1380] Voir *supra* 176.

[1381] *Chevron Corporation and Texaco Petroleum Corporation v. The Republic of Ecuador*, Third Interim Award on Jurisdiction and Admissibility, CNUDCI, Affaire CPA No 2009-23, 2012, para 4.60.

en détail à la classification de la question. Reconnaissant que le consentement est lié à la compétence du tribunal, il indique que le principe du tiers indispensable dans son ensemble touche à la fois à la compétence du tribunal, à la recevabilité de la demande et au fond.[1382] Cette approche inclut toutefois l'entier de la prise en compte du droit du tiers. Partant de la question du consentement, le tribunal inclut également le bien-fondé du droit du tiers dans l'approche du tiers indispensable.[1383] Cette lecture n'est pas incompatible avec celle que proposée ci-dessus. Il s'agit simplement d'une définition plus large de la notion de tiers indispensable. Le tribunal prend néanmoins en compte le caractère crucial du consentement sous l'angle de la compétence.

Dans le contexte du CIRDI, l'affaire *Ping An v. Belgium* voit le tribunal s'intéresser à la question comme un point de compétence.[1384] Cela étant, le tiers indispensable n'est pas étudié en profondeur, la Belgique ayant décidé de ne pas maintenir cette objection préliminaire.[1385] Dans l'affaire *Niko v. Bangladesh*, le tribunal pose une limite à l'application du principe tiré de l'*Or monétaire*. Dans cette situation, le Bangladesh argue que le tribunal n'est pas compétent, car il se prononcerait sur les intérêts légaux de tiers.[1386] Les arbitres rétorquent :

> *Yet the principle applied in the Monetary Gold case, in the words of the ICJ, did not relate to the determination of 'legal interests of non-parties', but was a case where the Court would have had to 'adjudicate upon the international responsibility' of a State which had not consented to such adjudication*[1387]

Ce raisonnement reprend dans une large mesure celui de la CIJ. La jurisprudence bien établie de celle-ci sert de base de réflexion. On pourrait toutefois volontiers imaginer une situation dans laquelle le tiers indispensable en arbitrage d'investissement serait un État (plutôt qu'une partie privée ou abstraite comme discuté dans *Niko v. Bangladesh*[1388]). À titre d'exemple, en cas d'invasion du territoire dans lequel l'investissement a eu lieu, il pourrait être argué que les deux États concernés (l'envahisseur et le récipiendaire de l'investissement) sont des tiers nécessaires en cas d'action basée sur un TBI.

Dans le cadre de l'OMC, comme mentionné ci-dessus, la situation est un peu particulière. D'une part, une approche *sui generis* de la participation des tiers est

---

[1382] *Ibid.*, para 4.61-4.68.

[1383] *Ibid.*, para 4.66.

[1384] *Ping An v. Belgium*, *supra* note 1004, para 127.

[1385] *Ibid.*, para 238.

[1386] *Niko Resources (Bangladesh) Ltd. v. Bangladesh Petroleum Exploration & Production Company Limited ('Bapex') and Bangladesh Oil Gas and Mineral Corporation ('Petrobangla')*, ICSID Case No ARB/10/18, Decision on Jurisdiction, August 19th 2013, para 519.

[1387] *Ibid.*, para 520.

[1388] *Ibid.*, para 516.

suivie.[1389] D'autre part, le consentement automatique et la présomption des intérêts rendent la question des tiers nécessaires unique.[1390] Les juridictions de l'OMC ne se penchent sur la question qu'à une seule reprise, au niveau d'un groupe spécial :

> *D'après la pratique suivie par la CIJ, si une décision concernant les parties à l'affaire peut être prise sans examen de la position de l'État tiers (c'est-à-dire dans le contexte de l'OMC, d'un Membre) la CIJ exercera sa compétence entre les parties. Dans le présent différend, nous ne sommes saisis d'aucune allégation formulée à l'encontre des Communautés européennes qui doive faire l'objet d'une détermination pour que le Groupe spécial puisse évaluer la compatibilité des mesures de la Turquie avec l'Accord sur l'OMC*[1391]

Cette approche peut être surprenante, le groupe spécial laissant aux parties le loisir de soulever la question. Cela étant, les Communautés européennes ont, en amont, la possibilité de requérir le statut de tierce partie, ce qu'elles ne font pas. Elles auraient, le cas échéant, la possibilité de se faire entendre. La question du tiers indispensable reste toutefois non résolue concernant l'OMC.[1392]

De manière générale, le principe du tiers indispensable sert de garde-fou. Il permet d'éviter qu'un État voie son absence de consentement contournée. Les juridictions ne peuvent se prononcer sur la responsabilité d'un tiers lorsqu'il n'est pas partie à la procédure, et son statut de partie dépend de son consentement. Dans ce contexte, il est logique de traiter de la question comme un point de compétence. Il s'agit là de savoir si la porte de la juridiction est ouverte, à tout le moins concernant le point du litige pour lequel le consentement d'un tiers pourrait être nécessaire. Il ne s'agit même pas d'une condition du consentement qui pourrait être considérée comme un point de recevabilité. C'est directement de l'existence ou non du consentement de l'État qu'il s'agit. Le fait que ce soit celui d'un tiers et non de la partie directe à l'affaire ne doit pas avoir d'influence sur la classification, la question reste la même.

[1389] Voir *supra* 175.

[1390] Rapport de l'Organe d'appel *CE — Bananes III*, *supra* note 698, para 136-137.

[1391] Rapport du Groupe spécial *Turquie — Restrictions à l'importation de produits textiles et de vêtements*, WT/DS34/R, adopté le 19 novembre 1999, modifié par le rapport de l'Organe d'appel WT/DS34/AB/R, para 9.10.

[1392] BARTELS L., *Procedural Aspects of Shared Responsibility in the WTO Dispute Settlement System* in *Journal of International Dispute Settlement*, Vol. 4/2013, 343-359, 356-358.

Section II Les avis consultatifs

S'agissant des avis consultatifs, la problématique reste essentiellement interétatique. En effet, parmi les juridictions examinées dans ce texte, le CIRDI est celle pour laquelle la question est la moins vivace.[1393]

Les avis consultatifs représentent une question quelque peu connexe au consentement à la compétence. Néanmoins, les lignes d'argumentation régulièrement retenues par les États, couplées aux développements récents à ce sujet en font une étape incontournable de la réflexion. À titre préalable, il est utile de présenter la nature du problème, et en particulier son lien avec le consentement.

Les avis consultatifs ont ceci de particulier qu'ils n'incarnent pas directement une relation contentieuse entre des États. Au contraire, les juridictions concernées sont censées simplement émettre un avis de droit.[1394] Dès lors, le consentement direct des parties n'est pas requis. À titre d'exemple, les avis consultatifs devant la CIJ découlent d'un vote de l'Assemblée générale ou du Conseil de sécurité de l'ONU, durant lequel la voix des États les plus directement concernés par le problème n'a pas de valeur prépondérante.[1395] Dès lors, ces organes de l'ONU (voire des organes subsidiaires en cas de délégation[1396]) peuvent saisir la CIJ en vue d'un avis consultatif en dépit de l'éventuelle opposition explicite de l'une des parties au différend.

Cette particularité de l'avis consultatif est précisément là où le bât blesse. Un argument régulier à travers l'histoire de la CIJ porte sur l'absence de consentement de l'un des États, et l'éventuel abus de droit que la procédure représente. Un État souhaitant porter un contentieux devant la CIJ peut régulièrement trouver porte close en raison de l'absence de consentement de l'autre partie. Dès lors, une option accessoire est de convaincre un groupe suffisamment large en vue d'obtenir une majorité simple[1397] à l'Assemblée générale ou au Conseil de sécurité de l'ONU. De cette manière, la Cour peut néanmoins se prononcer. C'est pourquoi, comme évoqué ci-dessous, il est régulièrement argué dans le cadre des procédures en avis consultatifs que la Cour ne peut se prononcer en raison de l'absence de consentement d'un État

---

[1393] SCHREUER, MALINTOPPI, REINISCH & SINCLAIR, *supra* note 30, 10-11.

[1394] OELLERS-FRAHMS K., *Article 96* in *The Charter of the United Nations : A Commentary* [SIMMA Bruno/KHAN Daniel-Erasmus/NOLTE Georg/PAULUS Andreas/WESSENDORF Nikolai ed.], 3rd ed., Vol. 2, Oxford, Oxford University Press, 2012, 1975-1990, 1976.

[1395] *Ibid.*, 1980-1981.

[1396] Article 96 de la Charte ONU.

[1397] Concernant l'AG, la question se pose de savoir s'il s'agit d'une question importante ou non selon l'article 18 de la Charte ONU. La doctrine semble s'accorder dans le sens inverse, impliquant qu'une majorité simple suffit, DAILLER, FORTEAU & PELLET, *supra* note 1172, 1008 ; AUST, *Advisory Opinions*, *supra* note 31, 149 et références.

concerné. L'argument n'est d'ailleurs pas sans rappeler le raisonnement évoqué dans le cadre du principe du tiers indispensable.[1398]

Ce type de questionnement prédate la CIJ. Dès le premier avis consultatif de la CPJI, il est argué qu'en raison d'un manque de consentement la Cour n'est pas compétente pour se prononcer. Une spécificité rend toutefois ce cas unique. La Russie n'étant pas membre de la SdN, elle n'est pas liée par les dispositions liées aux avis consultatifs.[1399] Or, parmi ces dispositions, l'article 17 §1 du Pacte de la SdN précise :

> *En cas de différend entre deux États, dont un seulement est membre de la Société ou dont aucun n'en fait partie, l'État ou les États étrangers à la Société sont invités à se soumettre aux obligations qui s'imposent à ses membres aux fins de règlement du différend, aux conditions estimées justes par le Conseil. Si cette invitation est acceptée, les dispositions des articles 12 à 16 s'appliquent sous réserve des modifications jugées nécessaires par le Conseil*

En d'autres termes, l'exigence de consentement du défendeur-tiers[1400] est explicitement prévue par le texte dont la Cour tire son pouvoir d'émettre un avis consultatif.

Sous l'empire de la CIJ, l'argumentation est quelque peu différente. Les États concernés par la demande d'avis consultatif sont membres de l'ONU. L'argument retenu dans l'affaire de la *Carélie orientale* n'est donc pas pertinent. Ainsi, l'approche adoptée par les États souhaitant éviter que la Cour ne se prononce doit nécessairement changer. Dans les avis portant sur l'*Interprétation des traités de paix*, la Bulgarie, la Hongrie et la Roumanie avancent :

> *La Cour […] ne saurait émettre l'avis demandé sans enfreindre le principe bien établi de droit international selon lequel toute procédure, judiciaire ayant trait à une question juridique pendante entre États exige le consentement de ceux-ci*[1401]

Cette ligne de défense est à lire en parallèle avec le refus de ces États de donner leur consentement à l'arbitrage, malgré leur obligation de le faire.[1402] Néanmoins, la Cour ne les suit pas dans cette argumentation, énonçant un principe auquel elle se réfère régulièrement par la suite :

[1398] Voir *supra* 326.

[1399] *Carélie orientale*, *supra* note 479, 27.

[1400] Par ce terme est désigné l'État contre lequel la procédure serait vraisemblablement dirigée s'il avait donné son consentement.

[1401] *Interprétation des traités de paix*, Première phase, *supra* note 15, 71.

[1402] Voir *supra* 31.

> *Cette objection procède d'une confusion entre les principes qui gouvernent la procédure contentieuse et ceux qui s'appliquent aux avis consultatifs. Le consentement des États parties à un différend est le fondement de la juridiction de la Cour en matière contentieuse. Il en est autrement en matière d'avis, alors même que la demande d'avis a trait à une question juridique actuellement pendante entre États. La réponse de la Cour n'a qu'un caractère consultatif : comme telle, elle ne saurait avoir d'effet obligatoire. Il en résulte qu'aucun État, Membre ou non membre des Nations Unies, n'a qualité pour empêcher que soit donné suite à une demande d'avis dont les Nations Unies, pour s'éclairer dans leur action propre, auraient reconnu l'opportunité*[1403]

Cette distinction est cruciale dans la manière dont la Cour envisage son rôle dans une procédure consultative. L'absence de pouvoir obligatoire pour les parties au différend implique que leur consentement direct n'est pas nécessaire.

Les avis consultatifs rendus lors des deux décennies suivantes concernent davantage des problématiques liées au fonctionnement interne de l'ONU, raison pour laquelle l'absence de consentement des parties est rarement opposée.[1404] En 1975, cette argumentation revient au goût du jour dans l'affaire du *Sahara occidental*. La Cour a ici l'occasion de se prononcer plus en détail sur l'impact du consentement des États dans les avis consultatifs. D'emblée, elle met en avant la différence de nature entre le consentement à la compétence contentieuse et le consentement à la compétence consultative :

> *le fait qu'un État intéressé ne consent pas à l'exercice de la compétence consultative de la Cour concerne non pas cette compétence mais l'opportunité de son exercice*[1405]

En séparant le consentement des États de sa compétence, la Cour réaffirme indirectement que celui-ci n'est pas nécessaire. Le consentement n'est ici pas une question de compétence, et ne représente donc pas la porte d'entrée donnant accès à la juridiction dans le cadre des avis consultatifs.

[1403] *Interprétation des traités de paix*, Première phase, *supra* note 15, 71.

[1404] *Effet de jugements du Tribunal administratif des Nations unies*, *supra* note 795 ; *Procédure de vote applicable aux questions touchant les rapports et pétitions relatifs au territoire du sud-ouest africain*, Avis consultatif, CIJ Recueil 1955, 67 ; *Admissibilité de l'audition de pétitionnaires par le Comité du Sud-Ouest africain*, Avis consultatif, CIJ Recueil 1956, 23 ; *Jugement du tribunal administratif de l'OIT sur requête contre l'UNESCO, la science et la culture*, Avis consultatif, CIJ Recueil 1956, 67 ; *Certaines dépenses*, *supra* note 83 ; *Demande de réformation du jugement No 158 du Tribunal administratif des Nations Unies*, Avis consultatif, CIJ Recueil 1973, 166.

[1405] *Sahara occidental*, *supra* note 1122, para 21.

Dans cette affaire, la Cour commence par reconnaître très volontiers que l'Espagne n'a pas donné son consentement.[1406] Elle est d'ailleurs cohérente dans sa lecture du consentement, lorsqu'elle indique :

> *L'Espagne n'ayant cessé d'élever des objections contre les questions formulées dans la résolution 3292 (XXIX), le fait qu'elle s'est simplement abstenue et n'a pas voté contre la résolution ne saurait s'interpréter comme signifiant implicitement qu'elle consentait à ce que ces questions soient soumises à la Cour. Sa participation aux travaux de la Cour ne saurait pas davantage s'interpréter comme un consentement à ce que la Cour se prononce sur les questions posées dans la résolution 3292 (XXIX), car elle a constamment maintenu ses objections tout au long de la procédure*[1407]

En ceci, l'analyse du consentement dans le cadre d'un avis consultatif est dans la droite ligne de celle dans le contexte contentieux.[1408]

La Cour admet toutefois que le consentement des parties au litige peut, en principe, avoir un impact sur la possibilité d'émettre un avis consultatif, en se basant sur les avis portant sur l'*Interprétation des traités de paix* :

> *La Cour a ainsi reconnu que le défaut de consentement pourrait l'amener à ne pas émettre d'avis si, dans les circonstances d'une espèce donnée, des considérations tenant à son caractère judiciaire imposaient un refus de répondre. Bref, le consentement d'un État intéressé conserve son importance non pas du point de vue de la compétence de la Cour mais pour apprécier s'il est opportun de rendre un avis consultatif*[1409]

Cette vision reste particulièrement restrictive. En d'autres termes, c'est uniquement lorsque sa fonction judiciaire est en jeu que la Cour peut s'abstenir de se prononcer. Elle développe :

> *Ainsi le défaut de consentement d'un État intéressé peut, dans certaines circonstances, rendre le prononcé d'un avis consultatif incompatible avec le caractère judiciaire de la Cour. Tel serait le cas si les faits montraient qu'accepter de répondre aurait pour effet de tourner le principe selon lequel un État n'est pas tenu de soumettre un différend au règlement judiciaire s'il n'est pas consentant. Si une telle situation devait se produire, le pouvoir discrétionnaire que la*

[1406] *Ibid.*, para 29.

[1407] *Ibid.*, para 29.

[1408] *Anglo-Iranian Oil Co.*, Compétence, *supra* note 522, 114.

[1409] *Sahara occidental*, *supra* note 1122, para 32.

> *Cour tient de l'article 65, paragraphe 1, du Statut fournirait des moyens juridiques suffisants pour assurer le respect du principe fondamental du consentement à la compétence*[1410]

Cela étant, la Cour souligne que cette exception doit s'interpréter de manière restrictive. En particulier, elle fait référence à la seule situation dans laquelle elle est amenée à s'abstenir. Dans l'affaire de la *Carélie orientale*, c'est avant tout en raison de la difficulté à établir les faits que la Cour refuse de se prononcer.[1411] L'absence de faits clairs sur lesquels se prononcer aboutirait à dévoyer la juridiction de son rôle.

Néanmoins, la Cour pose un garde-fou dans son action, en se référant aux avis portant sur l'*Interprétation des traités de paix* :

> *Le règlement de ce problème sera sans effet sur les droits que l'Espagne possède actuellement en tant que Puissance administrante mais il aidera l'Assemblée générale à se prononcer sur la politique à suivre pour accélérer le processus de décolonisation du territoire. Il en résulte que la position juridique de l'État qui a refusé son consentement à la présente instance « ne saurait à aucun degré être compromise par les réponses que la Cour pourrait faire aux questions qui lui sont posées »*[1412]

La Cour propose ici une approche pour le moins acrobatique, en cherchant à éviter de se rapprocher de certaines zones du différend. Consciente que les États sont particulièrement sensibles sur certains points, notamment la souveraineté territoriale, elle cherche à aborder le problème sous un autre angle. Au lieu de l'envisager de front, elle passe par l'AG pour justifier son action.[1413]

Cette ouverture ménagée par la CIJ dans sa jurisprudence implique que les contestations basées sur l'absence de consentement à un avis consultatif perdurent. Les États souhaitant éviter que la Cour ne rende un tel avis continuent à avancer leur manque de consentement, espérant entrer dans l'exception offerte. C'est notamment le cas de la Roumanie en 1989[1414], et d'Israël en 2004, sans succès.[1415] Les États intégrant la jurisprudence de la Cour selon laquelle le consentement est une question d'opportunité et non de compétence,

---

[1410] *Ibid.*, para 33.

[1411] *Ibid.*, para 45.

[1412] *Ibid.*, para 42.

[1413] *Ibid.*, para 43.

[1414] *Applicabilité de la section 22 de l'article VI de la convention sur les privilèges et immunités des Nations Unies*, Avis consultatif, CIJ Recueil 1989, 177, para 30-39.

[1415] *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, Avis consultatif, CIJ Recueil 2004, 136, para 47-65.

ils tentent d'inviter la Cour à refuser de se prononcer sur cette base. Néanmoins, comme la CIJ l'écrit elle-même :

> *La Cour actuelle n'a jamais, dans l'exercice de ce pouvoir discrétionnaire, refusé de répondre à une demande d'avis consultatif. […] La devancière de la Cour, la Cour permanente de Justice internationale, estima une seule fois ne pas devoir répondre à la question qui lui avait été posée (*Statut de la Carélie orientale, avis consultatif ; 1923, C.P.J.I. série B no 5*), mais cela en raison des « circonstances toutes particulières de l'espèce, à savoir, notamment, [du fait] que cette question concernait directement un différend déjà né auquel était partie un État qui n'avait pas adhéré au Statut de la Cour permanente, n'était pas membre de la Société des Nations, s'opposait à la procédure et refusait d'y prendre part de quelque manière que ce [fût] »*[1416]

Pour l'heure, l'exception ménagée par la Cour reste, dans une large mesure, lettre morte. Elle est davantage une exception théorique qu'un cas ayant réellement trouvé application.

Cette approche est inlassablement justifiée à la fois par le rôle de la Cour, et le rôle de l'avis consultatif lui-même. Concernant le premier, le raisonnement tenu dans l'affaire du *Sahara occidental* est réitéré par la suite. La Cour doit s'acquitter de sa fonction judiciaire en donnant suite à la demande d'avis consultatif. C'est uniquement dans une situation exceptionnelle qu'elle peut s'en écarter.[1417] Cet élément participe d'ailleurs à la définition de la fonction judiciaire de la Cour. Cette fonction n'est pas limitée à la capacité de rendre des jugements liant les parties, mais également des décisions dépourvues de force obligatoire.

À noter enfin, le récent avis consultatif concernant l'*Archipel des Chagos* enterre encore davantage le principe identifié dans l'affaire de la *Carélie orientale*. À cette occasion, la question centrale portant sur le processus d'indépendance de l'Archipel des Chagos, des questions importantes liées à la souveraineté d'autres États entrent en jeu. Dès la phase visant à soumettre la question à la Cour, le Royaume-Uni et le Canada font part de leur vif désaccord, en

---

[1416] *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, Avis consultatif, CIJ Recueil 2004, 136, para 44.

[1417] Voir notamment *Demande de réformation du jugement No 273 du Tribunal administratif des Nations Unies*, Avis consultatif, CIJ Recueil 1982, 325, para 22-26 ; *Licéité de l'utilisation des armes nucléaires par un État dans un conflit armé*, Avis consultatif, CIJ Recueil 1996, 66, para 14-16 ; *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, *supra* note 502, para 15 ; *Différend relatif à l'immunité de juridiction d'un rapporteur spécial de la Commission des droits de l'homme*, Avis consultatif, CIJ Recueil 1999, 62, para 28-30 ; *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, Avis consultatif, CIJ Recueil 2004, 136, para 44 ; *Conformité au droit international de la déclaration unilatérale d'indépendance relative au Kosovo*, Avis consultatif, CIJ Recueil 2010, 403, para 29-48.

soulignant l'absence de consentement à la compétence des deux parties concernées (Royaume-Uni et Maurice).[1418] Néanmoins, dans son avis, la Cour ne retient à nouveau pas cette contestation de sa compétence.[1419] Dès lors, on voit mal dans quelles circonstances la CIJ pourrait refuser de se prononcer sur une demande d'avis consultatif.

Un autre point important, lié à ceci et concernant le consentement, touche au destinataire de l'avis consultatif. Il est peu contestable que ces verdicts emportent une force persuasive certaine.[1420] Il est également difficilement imaginable que la Cour (ou toute autre juridiction, d'ailleurs) aille à l'encontre de la jurisprudence d'un avis consultatif, en ce qu'il est censé représenter l'état du droit. Cela étant, du point de vue du principe, les avis consultatifs ont avant tout pour rôle d'informer l'ONU. C'est l'une des lignes d'argumentation de la Cour lorsque l'absence de consentement lui est opposée. La volonté des États n'acceptant pas de se soumettre à la compétence de la CIJ est respectée, car la Cour ne fait qu'informer les organes de l'ONU (et en particulier l'AG), de l'état du droit sur d'une question. La Cour l'écrit dès 1951 :

> *L'objet de la présente demande d'avis est d'éclairer les Nations Unies dans leur action propre. Il est incontestable en effet que l'Assemblée générale, qui a élaboré et voté la Convention sur le génocide, et le Secrétaire général, dépositaire des instruments de ratification et d'adhésion, ont intérêt à connaître les effets juridiques des réserves apportées à cette Convention et plus particulièrement ceux des objections auxdites réserves*[1421]

Cette approche est constante dans la jurisprudence de la Cour.[1422] Il est utile de mettre ceci en parallèle avec le fait que la CIJ ne souhaite pas se substituer à l'AG en devinant l'intention de celle-ci ou le but de la demande d'avis.[1423]

Dans ce cadre, il est légitime de s'interroger sur la réalité de l'approche adoptée par la Cour. Est-ce une préoccupation légitime ou un faux-fuyant ? En

---

[1418] ORGANISATION DES NATIONS UNIES, Doc ONU A/71/PV.88, 22 juin 2017, 18, 21.

[1419] *Chagos*, *supra* note 998, para 90.

[1420] FROWEIN J. A. & OELLERS-FRAHM K., *Article 65* in *The Statute of the International Court of Justice: A Commentary* [ZIMMERMANN Andreas/TOMUSCHAT Christian/OELLERS-FRAHMS Karin/TAMS Chrisitan J. ed.], 2nd ed., Oxford, Oxford University Press, 2012, 1606-1637, 1623-1627.

[1421] *Réserves à la Convention Génocide*, *supra* note 1041, 19.

[1422] *Sahara occidental*, Avis consultatif, CIJ Recueil 1975, 12, para 23, 42 ; *Jugement No 273*, *supra* note 1417, para 79 ; *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, *supra* note 502, para 15 ; *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, Avis consultatif, CIJ Recueil 2004, 136, para 49-50, 64 ; *Kosovo*, *supra* note 1417, para 33.

[1423] *Jugement No 273*, *supra* note 1417, para 26 ; *Licéité de l'utilisation des armes nucléaires*, *supra* note 1417, para 17 ; *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, *supra* note 502, para 13, 16 ; *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, Avis consultatif, CIJ Recueil 2004, 136, para 62 ; *Kosovo*, *supra* note 1417, para 44.

fonction du point de vue, il serait facile de considérer que la Cour fait preuve de formalisme excessif dans l'interprétation de la Charte et de son Statut. Elle se prononce quasi systématiquement sur les demandes d'avis consultatifs qui lui sont soumises.[1424] L'opposition des États les plus concernés par la situation n'a pas réellement d'emprise, la Cour se réfugiant derrière les particularités de l'avis consultatif. En affirmant qu'elle n'émet l'avis qu'à destination de l'AG et de manière non obligatoire, elle met néanmoins dans l'espace public une décision chargée de son autorité. On ne peut comparer ceci à un simple document d'information quelconque fourni à l'ONU. Ainsi, la Cour peut être accusée de mauvaise foi par ses détracteurs. Cela étant, il s'agit là essentiellement d'une argumentation politique.

La CIJ et sa prédécesseure n'ont pas le monopole des avis consultatifs en droit international. En particulier, la CNUDM prévoit la possibilité d'en demander un à la Chambre pour le règlement des différends relatifs aux fonds marins du Tribunal international du droit de la mer.[1425] Si cet article reste, pour l'heure, lettre morte, ce n'est pas le cas de l'article 21 du Statut du TIDM et de l'article 138 de son Règlement. En 2015, le Tribunal rend un avis consultatif controversé[1426] concernant la *Commission sous-régionale des pêches*.[1427]

Le point d'achoppement de cet avis consultatif touche à la source de compétence du Tribunal. Les instruments constitutifs du TIDM, soit la CNUDM et son propre Statut ne mentionnent nulle part explicitement sa compétence en matière consultative. Le seul endroit où elle peut être trouvée est à l'article 138 de son Règlement, qui indique notamment à son premier paragraphe :

> *Le Tribunal peut donner un avis consultatif sur une question juridique dans la mesure où un accord international se rapportant aux buts de la Convention prévoit expressément qu'une demande d'un tel avis est soumise au Tribunal.*

[1424] Les deux seules demandes pour lesquelles la Cour refuse de se prononcer sont celles de la *Carélie orientale* et celle de la *Licéité de l'utilisation des armes nucléaires par un État dans un conflit armé* soumise par l'Organisation mondiale de la Santé. Dans le premier cas, il s'agit de la CPJI, et elle le fait en raison de « circonstances toutes particulières », *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, *supra* note 502, para 14. Dans le second, il ne s'agit pas d'un refus basé sur l'(in)opportunité judiciaire, mais sur un manque pur et simple de compétence, *Licéité de l'utilisation des armes nucléaires par un État dans un conflit armé*, Avis consultatif, CIJ Recueil 1996, 14.

[1425] Article 191 de la CNUDM.

[1426] Voir notamment GAO J., *The ITLOS Advisory Opinion for the SRFC* in *Chinese Journal of International Law*, Vol. 14/2015, 735-755 ; LANDO M., *The Advisory Jurisdiction of the International Tribunal for the Law of the Sea: Comments on the Request for an Advisory Opinion Submitted by the Sub-Regional Fisheries Commission* in *Leiden Journal of International Law*, Vol. 29/2016, 441-461.

[1427] *Demande d'avis consultatif soumise par la Commission sous-régionale des pêches*, Avis consultatif, TIDM Recueil 2015, 4.

Le bât blesse toutefois du point de vue de la source de ce texte. À teneur de l'article 16 du Statut du Tribunal (lui-même annexé à la CNUDM) : « [l]e Tribunal détermine par un règlement le mode suivant lequel il exerce ses fonctions. Il règle notamment sa procédure ». En d'autres termes, la source explicite de compétence en matière consultative provient du Tribunal lui-même, et non des États parties à la CNUDM. La situation est donc différente de la CIJ. Il peut être argué qu'il n'existe pas de consentement des États à la compétence en matière consultative, et que le Tribunal se l'arroge en passant outre la CNUDM.

Cette contestation est abordée de front par le Tribunal :

> *The main arguments against the advisory jurisdiction of the Tribunal are that the Convention makes no reference, express or implied, to advisory opinions by the full Tribunal and that if the Tribunal were to exercise advisory jurisdiction, it would be acting ultra vires under the Convention*[1428]

Pour se prémunir contre cette accusation, le TIDM cherche à s'éloigner de l'article 138 de son Règlement pour établir sa compétence. Comme il l'indique :

> *The argument that it is article 138 of the Rules which establishes the advisory jurisdiction of the Tribunal and that, being a procedural provision, article 138 cannot form a basis for the advisory jurisdiction of the Tribunal is misconceived. Article 138 does not establish the advisory jurisdiction of the Tribunal. It only furnishes the prerequisites that need to be satisfied before the Tribunal can exercise its advisory jurisdiction*[1429]

Plutôt que d'opter pour cette ligne d'argumentation, le Tribunal base sa compétence sur l'article 21 de son Statut. Si celui-ci ne mentionne pas une quelconque compétence consultative, il est particulièrement ouvert :

> *The words all 'matters' ('toutes les fois que cela' in French) should not be interpreted as covering only 'disputes', for, if that were to be the case, article 21 of the Statute would simply have used the word 'disputes'. Consequently, it must mean something more than only 'disputes'. That something more must include advisory opinions, if specifically provided for in 'any other agreement which confers jurisdiction on the Tribunal.'*[1430]

[1428] *Ibid.*, para 40.

[1429] *Ibid.*, para 59.

[1430] *Ibid.*, para 56.

Cette approche ne fera toutefois pas taire les critiques. Le Tribunal se base sur une lecture particulièrement audacieuse de son Statut, faisant naître un type de compétence d'une autre nature que celle y apparaissant explicitement.

Cet avis consultatif est également instructif sur deux autres points. Le premier touche à l'influence du consentement dans le cadre des avis consultatifs. Le Tribunal, citant la CIJ, écrit :

> *The Tribunal wishes to clarify in this regard that in advisory proceedings the consent of States not members of the SRFC is not relevant […]. The advisory opinion as such has no binding force and is given only to the SRFC, which considers it to be desirable 'in order to obtain enlightenment as to the course of action it should take' […]. The object of the request by the SRFC is to seek guidance in respect of its own actions*[1431]

L'approche est ici similaire à celle de la CIJ. Le Tribunal utilise l'argument selon lequel l'avis consultatif a pour seul but de renseigner l'organe l'ayant demandé. Il ne s'agit pas de résoudre le litige entre deux États.

Cela étant, l'approche peut sembler contradictoire. Le Tribunal affirme ne pas s'intéresser au consentement, après avoir passé de nombreux paragraphes à expliquer que la source de sa compétence provient de l'article 21 du Statut. En d'autres termes, il va effectivement chercher dans son instrument constitutif une source de consentement des États. Il considère donc que le consentement à l'avis consultatif est de nature différente de celui au contentieux. En cela, la CIJ et le Tribunal apportent une nuance à la distinction faite au début de ce texte.[1432] Du point de vue de ces juridictions, le consentement à l'avis consultatif est à rapprocher du consentement général à un traité, plutôt que du consentement à la compétence. La réalité de cette approche est discutable politiquement, notamment en raison de l'impact réel des avis consultatifs mentionné plus haut, mais c'est celle adoptée par ces deux juridictions. Ceci est cohérent avec la définition adoptée au début de ce travail, car faute de jugement obligatoire, le consentement à la compétence n'est pas le critère pertinent pour qu'une juridiction puisse se prononcer.

Le second élément à retenir de l'avis sur la *Commission sous-régionale des pêches* touche à l'éventuelle nature implicite de la compétence consultative. L'absence de texte clair et de la moindre référence à ce pouvoir dans les instruments adoptés par les États milite en ce sens. Il pourrait être argué que la simple nature judiciaire du tribunal, couplé à la lettre vague d'un instrument constitutif suffit.

[1431] *Ibid.*, para 76.

[1432] Voir *supra* 31.

Cette conception est toutefois vigoureusement combattue par certains Membres de l'OMC. La problématique se manifeste en 2018 dans l'affaire *UE – PET (Pakistan)*.[1433] Lors de la séance de l'ORD durant laquelle le rapport du groupe spécial, corrigé par l'OA, est adopté, les États-Unis font part de leur fort mécontentement du rapport. En particulier, leur représentant s'élève contre ce qu'il voit comme un pouvoir consultatif que s'arroge le groupe spécial :

> *As Pakistan requested findings with respect to the interpretation and application of the SCM Agreement, but no recommendation on the challenged EU measure, the panel should have found Pakistan's request to be outside its terms of reference and refrained from making the requested, purely advisory, findings on that basis.*
>
> *We therefore agreed with the EU's appeal that Pakistan's alleged 'dispute' was a purely advisory exercise. The United States further agrees with the EU that the DSU does not grant WTO adjudicators the authority to issue advisory opinions regarding the interpretation of provisions of the covered agreements in the abstract, and outside the context of resolving a dispute. […]*
>
> *This dispute could and should have been resolved upon Pakistan's statement that it sought no recommendation on the EU's withdrawn measure. In that circumstance, there were no 'findings as w[ould] assist the DSB in making the recommendations' in the DSU. The reports in this dispute were not necessary to resolve a dispute, but rather – as the EU rightly pointed out – an exercise in making unnecessary interpretations*[1434]

Le représentant fait également référence à une autre situation dans laquelle l'OA ferait preuve de la même propension.[1435] Il lie la prétendue pratique des *obiter dicta* avec celle des avis consultatifs. Quelle que soit la réalité des reproches formulés ici, ils mettent en évidence la résistance existant à la compétence consultative à l'OMC. Cette opposition est toutefois à mettre en relation avec la dynamique prévalant au sein de l'ORD au même moment.[1436] Néanmoins, la situation de l'OMC souligne combien la situation n'est pas aussi évidente que le TIDM peut l'affirmer.

[1433] Rapport de l'Organe d'appel *UE — PET (Pakistan)*, *supra* note 1001.

[1434] ÉTATS-UNIS, *Statements by the United States at the Meeting of the WTO Dispute Settlement Body, Geneva, May 28, 2018*, 18-19 (geneva.usmission.gov/wp-content/uploads/sites/290/May28.DSB_.Stmt_.as-deliv.fin_.public.Rev_.pdf) (1.4.2019).

[1435] Il s'agit de l'affaire *Argentine — Services financiers*, ÉTATS-UNIS, *Statements by the United States at the Meeting of the WTO Dispute Settlement Body, Geneva, May 28, 2018*, 19 (geneva.usmission.gov/wp-content/uploads/sites/290/May28.DSB_.Stmt_.as-deliv.fin_.public.Rev_.pdf) (1.4.2019).

[1436] MARQUET, *The Appellate Body*, *supra* note 60.

En guise de conclusion, deux points peuvent être abordés. Le premier concerne à l'apparent manque de cohérence qui peut être trouvé dans les références à l'affaire de la *Carélie orientale*. D'un côté, la Cour se tourne volontiers vers cette jurisprudence pour souligner l'existence d'une exception en lien avec la compétence. Cette exception est basée sur le manque de consentement de l'État tiers, celui-ci n'étant pas membre de la SdN. D'un autre côté, la Cour met en avant combien le consentement n'est pas nécessaire. Le rôle de l'avis consultatif est de renseigner l'ONU, et il ne lie pas les États. Ces deux approches sont contradictoires. Si la Cour est réellement de l'avis qu'elle renseigne l'AG, on voit mal pourquoi le consentement de l'État non membre de l'ONU serait nécessaire. Aucun principe de droit international n'interdit à une organisation internationale de se réfléchir à une situation impliquant des États extérieurs.

Le second point de conclusion porte sur cette exception ménagée par la Cour. Sur le principe, il est possible qu'en raison du manque du consentement d'un État, et pour des raisons d'opportunité judiciaire, la Cour refuse de se prononcer. Cette situation reste pour l'heure théorique. Il est légitime de s'interroger sur la réelle applicabilité pratique de l'exception. En particulier, s'il peut exister des situations dans lesquelles l'établissement des faits pose problème, cette question ne relève pas réellement du consentement. La difficulté peut en être un corollaire, mais elle est de nature différente, uniquement probatoire. Dès lors, dans quels cas le consentement lui-même peut-il justifier le refus de la Cour de se prononcer ? Devrait-il s'agir d'une situation dans laquelle les enjeux autour du refus de la Cour sont si grands qu'un avis consultatif en deviendrait dangereux ? Ou encore d'une volonté commune de tous les États concernés par l'avis de ne pas voir la Cour se prononcer, au risque de relancer un conflit en voie de disparition ? Enfin, reste la simple possibilité qu'il ne s'agisse que d'une exception *ex abundanti cautela*. La Cour se serait ménagé une porte qu'elle souhaite ne jamais avoir à ouvrir, car elle considère qu'en réalité, le consentement des États n'est absolument pas nécessaire dans le cadre des avis consultatifs. L'avis consultatif concernant l'*Archipel des Chagos* tourne la clef dans la serrure pour verrouiller cette porte.

Section III La clause de la nation la plus favorisée et le consentement

Après deux points essentiellement interétatiques, c'est maintenant les problématiques liées à la nature asymétrique des litiges qu'il s'agit d'aborder. Dans le cadre de l'arbitrage d'investissement, le consentement pose diverses questions qui, par nature, n'existent pas dans les relations interétatiques. Dans la première examinée ici, l'investisseur n'est pas au bénéfice d'un TBI lui permettant de saisir la juridiction auprès de laquelle il souhaite déposer sa

demande. Ce cas peut se présenter parce que le traité ne contient tout simplement pas de clause de règlement des différends, parce qu'il en contient une, mais ne permettant pas la saisine d'une juridiction spécifique (comme le CIRDI), ou encore parce que des conditions qu'il ne remplit pas lui sont applicables. Pour résoudre ce problème, une tendance se développe, visant à utiliser la clause NPF pour permettre le recours au consentement donné dans un autre TBI ne couvrant pas directement la situation de l'investisseur.

À titre d'exemple, soit un État A, ayant conclu deux TBIs distincts avec les États B et C, respectivement. Le TBI entre A et B inclut le consentement à la compétence du CIRDI, tandis que celui entre A et C ne le contient pas. Un investisseur ressortissant de C ayant investi dans l'État A pourrait néanmoins souhaiter voir le litige avec cet État réglé devant le CIRDI. À ce titre, l'argumentation développée est qu'à travers la clause de la NPF trouvée dans le TBI entre A et C, le consentement au CIRDI contenu dans le TBI entre A et B peut être utilisé, car les ressortissants de B bénéficient de cette possibilité avantageuse.

La clause NPF ne naît pas avec les TBIs. Bien au contraire, dès 1226, des accords proto-internationaux attestent de la pratique.[1437] Néanmoins, c'est la signature du GATT qui rend le principe ubiquitaire.[1438] L'accord prévoit à son article I §1 :

> *Tous avantages, faveurs, privilèges ou immunités accordés par une partie contractante à un produit originaire ou à destination de tout autre pays seront, immédiatement et sans condition, étendus à tout produit similaire originaire ou à destination du territoire de toutes les autres parties contractantes.*

De manière générale, une clause NPF vise à multilatéraliser les effets bénéfiques du traitement accordé à l'une des parties à toutes les autres. Il s'agit de la dimension externe du principe de non-discrimination.[1439] Cette règle fait l'objet de deux études distinctes de la CDI, l'une terminée en 1978[1440] et l'autre en 2015[1441]. Dans la première, la notion est avant tout abordée du point de vue du traitement matériel offert aux États.[1442] À l'inverse, la seconde prend en

[1437] CAPLIN A. & KRISHNA K., *Tariffs and the Most-Favored-Nation Clause: A Game Theoretic Approach* in *Seoul Journal of Economics*, Vol. 3/1988, 267-289, 267.

[1438] CEBI P. & LUDEMA R. P., *The Rise and Fall of the Most-Favored-Nation Clause* in *Office of Economics Working Paper*, No 2002-06-B, 1-28, 1.

[1439] La dimension interne étant incarnée par le principe du traitement national, soit l'absence de discrimination entre les nationaux et les étrangers.

[1440] ORGANISATION DES NATIONS UNIES, Doc ONU A/33/10, 1979.

[1441] ORGANISATION DES NATIONS UNIES, Doc ONU A/70/10, 14 août 2015.

[1442] ORGANISATION DES NATIONS UNIES, Doc ONU A/33/10, 1979, 1-3.

compte la réalité changeante poussée par la jurisprudence de l'arbitrage d'investissement.[1443]

La question prend particulièrement de l'importance dans les vingt dernières années. L'affaire *Maffezini v. Spain* aidant, les tribunaux arbitraux sont de plus en plus régulièrement confrontés à la question du consentement à travers la clause NPF.[1444]

Cette problématique est déjà discutée par nombre d'auteurs, dans des articles de qualité.[1445] Cela étant, au vu des développements de ce travail, une approche particulière de la question est possible. Pour ce faire, le principe même d'utiliser la clause NPF pour établir le consentement est d'abord abordé, avant de discuter des éventuelles approches résiduelles.

§ I. L'« importation » du consentement : réflexion de principe

En tant que telle, la discussion concernant l'utilisation d'une clause NPF pour contourner une absence de consentement direct prédate le CIRDI. En particulier, la question se pose dans l'affaire *Ambatielos*. À cette occasion, la CIJ est appelée à se prononcer sur une question de compétence particulièrement complexe, avant qu'une commission arbitrale ne soit amenée à juger l'affaire. S'agissant du fond de l'affaire, une lecture simpliste pourrait lui faire uniquement dire que la Grèce invoque une clause NPF dans un traité entre elle et le Royaume-Uni pour créer la compétence d'un tribunal arbitral.[1446]

Cette affaire n'est pas anodine, car une large partie de la jurisprudence du CIRDI justifie l'application de la clause NPF au consentement à la compétence sur la base de cette jurisprudence.[1447] Il est donc intéressant de se pencher sur le détail de l'affaire. Un point crucial, largement ignoré ou mal interprété par les

---

[1443] ORGANISATION DES NATIONS UNIES, Doc ONU A/70/10, 14 août 2015, para 79-140.

[1444] *Emilio Augustín Maffezini v. The Kingdom of Spain*, ICSID Case No ARB/97/7, Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction, January 25th 2000.

[1445] Voir notamment RADI Y., *The Application of the Most-Favoured-Nation Clause to the Dispute Settlement Provisions of Bilateral Investment Treaties: Domesticating the 'Trojan Horse'* in *European Journal of International Law*, Vol. 18/2007, 757-774 ; BANIFATEMI Y., *The Emerging Jurisprudence on the Most-Favoured-Nation Treatment in Investment Arbitration* in *Investment Treaty Law: Current Issues III* [BJORKLAND Andrea/LAIRD Ian/RIPINSKY Sergey ed.], King's Lynn, British Institute of International and Comparative Law, 2009, 241-273 ; DOUGLAS, *supra* note 31 ; SCHILL, *supra* note 31 ; MAUPIN J. A., *MFN-based Jurisdiction in Investor – State Arbitration: Is There Any Hope for a Consistent Approach?* in *Journal of International Economic Law*, Vol. 14/2011, 157-190 ; PAPARINSKIS, *MFN*, *supra* note 31 ; ORREGO VICUÑA F., *'Reports of [Maffezini's] demise have been greatly exaggerated'* in *Journal of International Dispute Settlement*, Vol. 3/2012, 299-327 ; COLE T., *The Boundaries of Most Favored Nation Treatment in International Investment Law* in *Michigan Journal of International Law*, Vol. 33/2012, 537-586 ; GATTINI, *supra* note 562.

[1446] *Ambatielos*, Fond, *supra* note 10, 22.

[1447] *Maffezini v. Spain*, Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction, *supra* note 1444, para 43-53 ; *Siemens v. Argentina*, Decision on Jurisdiction, *supra* note 595, para 100-103 ; *Telefónica v. Argentina*, Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction, *supra* note 563, para 100 ; *Wintershall v. Argentina*, *supra* note 558, para 172.

arbitres dans les affaires CIRDI dans lesquelles le recours à la clause NPF est accepté, concerne la nature du droit invoqué. Comme justement relevé par DOUGLAS[1448], le recours à la clause NPF dans l'affaire *Ambatielos* ne vise pas à importer la compétence d'un autre traité. Au contraire, la clause est l'objet du litige. En d'autres termes, la Grèce invoque un traité contenant une clause NPF, et c'est précisément la violation de cette clause NPF qui tombe dans la compétence *ratione materiae* de la juridiction saisie.[1449] De cette clause NPF découle un droit à la justice général, qui peut être réalisé en donnant accès à l'investisseur aux tribunaux locaux du Royaume-Uni. Il ne s'agit pas de créer une autre juridiction, mais bien d'assurer un droit de base, l'accès à la justice. C'est une chose que de déterminer qu'un ressortissant subit un déni de justice ou non en lien avec la clause NPF[1450], c'en est une autre que de construire la compétence d'une juridiction *ad hoc* sur cette base, alors même que la compétence des tribunaux locaux est donnée. Au surplus, sans même se poser la question de savoir si, en fin de compte, le résultat est le même, les spécificités de la compétence et de la notion de « porte » font toute la différence. La question est examinée plus précisément ci-dessous.[1451]

L'affaire de l'*Anglo-Iranian Oil Co.* est un autre cas de la CIJ régulièrement cité par la jurisprudence du CIRDI.[1452] Cela étant, la comparaison avec cette décision souffre d'un problème similaire à celui exposé concernant les négociations préalables.[1453] Dans cette affaire, la clause NPF est avant tout au bénéfice des ressortissants du Royaume-Uni et de l'Iran.[1454] Le Royaume-Uni n'est donc pas le titulaire direct des droits qu'il invoque devant la CIJ, et ne peut se reposer sur la clause NPF pour modifier l'étendue du consentement de l'Iran.[1455] Au vu de cette différence majeure entre l'affaire occupant la CIJ et les situations se présentant devant les tribunaux du CIRDI, cette jurisprudence est sans pertinence.

Dans le cadre du CIRDI, la première utilisation d'une clause NPF pour étendre la compétence d'un tribunal remonte à l'affaire *Maffezini v. Spain* en 2000.[1456] L'admission y est prudente, et entourée de nombre de *caveats*.[1457] Par la suite, l'approche des tribunaux se polarise. En ceci, ils se positionnent souvent

[1448] DOUGLAS, *supra* note 31, 102.

[1449] *The Ambatielos Claim*, *supra* note 51, 119-120; voir également *supra* 208.

[1450] *The Ambatielos Claim*, *supra* note 51, 117.

[1451] Voir *infra* 360.

[1452] *Maffezini v. Spain*, Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction, *supra* note 1444, 43-44; *Siemens v. Argentina*, Decision on Jurisdiction, *supra* note 595, para 95-96 ; *Plama v. Bulgaria*, Decision on Jurisdiction, *supra* note 916, para 214-217 ; *Wintershall v. Argentina*, *supra* note 558, para 97 ; *Daimler v. Argentina*, *supra* note 290, para 202-203.

[1453] Voir *supra* 138.

[1454] *Anglo-Iranian Oil Co.*, Compétence, *supra* note 522, 108.

[1455] *Ibid.*, 110.

[1456] *Maffezini v. Spain*, Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction, *supra* note 1444.

[1457] *Ibid.*, para 56, 62-63.

par rapport à *Maffezini v. Spain*, soit en utilisant les principes généraux du cas pour passer outre ses réserves, soit, au contraire, en utilisant les *caveats* pour refuser l'application de la clause NPF.

De manière générale, comme identifié plus haut[1458], la CVDT et ses principes sont les outils de choix pour résoudre les questions naissant dans l'interprétation des TBIs. Dès lors, la problématique exige de répondre à une question préliminaire. Est-il réellement possible de raisonner sur le plan des *principes* ? Les TBIs pouvant contenir des formulations radicalement différentes dans leur clause NPF[1459], est-il légitime de formuler des règles générales ? Ne faudrait-il pas davantage s'intéresser au texte, comme préconisé par l'article 31 §1 de la CVDT ? La question est régulièrement abordée dans la doctrine.[1460] La formulation exacte du texte n'a qu'une influence limitée. Il est certes possible d'envisager un cas dans lequel la clause NPF fait référence de manière particulièrement explicite au règlement des différends. Dans cette situation, il est difficile d'arguer que l'article en question n'inclut pas un élément de consentement.[1461]

Cela étant, il faut s'abstenir d'uniciser outre mesure le texte des TBIs.[1462] Les références des tribunaux arbitraux à des jurisprudences antérieures basées sur d'autres accords sont une réalité.[1463] Ils s'inspirent des lectures d'autres tribunaux avant eux, même lorsque l'interprétation ne porte pas sur le même texte. Dans une certaine mesure, cette tendance a pour effet d'uniformiser les TBIs, malgré leurs textes distincts. Comme l'écrit SCHILL, pourtant partisan d'une attention particulière portée au texte de chaque TBI :

> *A 'BIT by BIT'-approach therefore cannot result in isolating each BIT from every other BIT and international law more generally. Instead, the wording of each BIT matters in order to determine whether the*

[1458] Voir *supra* 291.

[1459] ORGANISATION DE COOPERATION ET DE DEVELOPPEMENT ECONOMIQUES, *International Investment Law : A Changing Landscape*, Paris, OECD Publishing, 2005, 130-138.

[1460] DOUGLAS, *supra* note 31, 98-101 ; GATTINI, *supra* note 562, 146.

[1461] En lien avec l'importance du texte de chaque TBI, voir *Wintershall v. Argentina*, *supra* note 558, para 172 ; *Sr. Tza Yap Shum v. República del Perú*, ICSID Case No ARB/07/6, Decision on Jurisdiction and Competence, June 19th 2009, para 196-198 ; *Kılıç v. Turkmenistan*, *supra* note 548, para 7.6.6-7.6.17.

[1462] *Telefónica v. Argentina*, Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction, *supra* note 563, para 97.

[1463] Voir par exemple *Plama v. Bulgaria*, Decision on Jurisdiction, *supra* note 916, para 211, 216-227 ; *Telenor Mobile Communications A.S. v. The Republic of Hungary*, ICSID Case No ARB/04/15, Award, June 22nd 2006, para 98-99 ; *Wintershall v. Argentina*, *supra* note 558, para 179-184 ; *Garanti Koza v. Turkmenistan*, Decision on the Objection to Jurisdiction for Lack of Consent, *supra* note 1304, para 43-46.

> *BIT at issue follows the general investment regime, or whether it opts out of that regime*[1464]

Il est peu d'auteurs pour défendre qu'un TBI doit se lire en isolation clinique de l'interprétation adoptée pour d'autres TBIs. DOUGLAS, quant à lui, se réfère au système juridique entourant le TBI et la clause NPF pour justifier une approche cohérente entre les différents textes.[1465] Une position intermédiaire est toutefois celle permettant de respecter au mieux l'expression de la volonté des parties. Celles-ci sont conscientes du bagage s'attachant aux règles dessinées dans leurs TBIs.[1466] C'est pour cette raison d'ailleurs que divers TBIs sont été modifiés pour parer à toute éventualité après l'affaire *Maffezini v. Spain*.[1467] Néanmoins, il n'est pas possible de nier les règles usuelles d'interprétation des traités, dans lesquelles le texte tient une place centrale. L'adjudicateur doit, au cas par cas, déterminer s'il existe une raison particulière de s'écarter des principes clairement identifiés par le passé. S'agissant de questions sur lesquelles la jurisprudence est particulièrement polarisée, il est difficile d'en tirer une présomption dans un sens comme dans un autre.

Cette clarification faite, il est possible de se tourner vers la question de principe. Un problème fondamental découle de la distinction entre compétence et recevabilité proposée plus haut.[1468] En partant d'une approche dans laquelle la compétence est vue comme la porte d'entrée de la juridiction, l'application d'une clause NPF est problématique. Dans cette analyse, deux types d'utilisations de la clause NPF peuvent être mis en avant. La première touche au recours à un autre for que celui prévu dans le TBI original. La seconde concerne la modification des conditions de saisine de la juridiction.

Dans la première situation, l'investisseur cherche à modifier le for devant lequel le différend peut être résolu, ou même à faire naître le consentement à l'arbitrage. Ce cas de figure se présente dans quelques affaires.[1469] Il ne s'agit pas uniquement d'une modification des paramètres du consentement, mais d'une modification encore en amont, soit du tribunal devant lequel l'affaire est présentée, voire du mode de résolution du litige. Ce cas de figure est relativement minoritaire parmi les invocations d'une clause NPF dans le domaine juridictionnel.

[1464] SCHILL, *supra* note 31, 358.

[1465] DOUGLAS, *supra* note 31, 99-100.

[1466] En ce sens, voir *Impregilo S.p.A. v. Argentine Republic*, ICSID Case No ARB/07/17, Award, June 21st 2011, para 103-107.

[1467] Voir par exemple l'impact sur le CAFTA, ATAMAN FIGANMEŞE İ., *The Impact of The Maffezini Decision on the Interpretation of MFN Clauses in Investment Treaties* in *Ankara Law Review*, Vol. 8/2011, 221-237, 229-230.

[1468] Voir *supra* 129.

[1469] Voir notamment *Salini v. Jordan*, Decision on Jurisdiction, *supra* note 1002 ; *Plama v. Bulgaria*, Decision on Jurisdiction, *supra* note 916 ; *Garanti Koza v. Turkmenistan*, Decision on the Objection to Jurisdiction for Lack of Consent, *supra* note 1304.

Le premier cas de ce type se présente dans l'affaire *Salini v. Jordan*. À cette occasion, l'investisseur cherche à éviter la limite présente dans son contrat avec la Jordanie. À teneur de celui-ci, c'est seulement en cas de don ultérieur du consentement à l'arbitrage qu'un tribunal est compétent.[1470] En d'autres termes, un consentement de principe, à quelque tribunal arbitral que ce soit, n'existe pas dans le contrat.[1471] Au contraire, sauf convention contraire, l'investisseur doit se tourner vers les juridictions internes pour toute contestation relative au contrat.[1472] S'appuyant notamment sur les voix indignées s'élevant après *Maffezini v. Spain*[1473], le tribunal refuse l'application de la clause NPF au consentement.[1474] Parmi les raisons mises en avant, il évoque :

> *The Tribunal also observes that bilateral investment treaties carry varying provisions that address this issue. Some of those treaties provide expressly that the most-favoured-nation treatment extends to the provisions relating to settlement of disputes*[1475]

Le tribunal n'exclut pas l'idée même de l'utilisation de la clause NPF en lien avec le consentement à la compétence. Cependant, cette clause doit être suffisamment précise pour atteindre un seuil minimal permettant d'établir positivement le consentement à la compétence.

L'année suivante, la question se pose à nouveau dans l'affaire *Plama v. Bulgaria*. Cette fois encore, l'investisseur cherche à utiliser le consentement à l'arbitrage CIRDI trouvé dans un autre TBI.[1476] Dans son raisonnement, le tribunal fait référence au principe *ejusdem generis* en lien avec les clauses NPF, avant d'indiquer qu'il est de toute façon superflu en l'espèce.[1477] Le raisonnement final est centré sur l'absence d'un consentement clair :

> *Thus, a reference may in and of itself not be sufficient; the reference is required to be such as to make the arbitration clause part of the contract (i.e., in this case, the Bulgaria-Cyprus BIT). This is another way of saying that the reference must be such that the parties' intention to import the arbitration provision of the other agreement is clear and unambiguous*[1478]

[1470] *Salini v. Jordan*, Decision on Jurisdiction, *supra* note 1002, para 71.

[1471] Le contrat est incorporé au TBI à travers l'article 9 §2 de celui-ci, *ibid.*, para 66.

[1472] *Ibid.*, para 71.

[1473] *Ibid.*, para 114-116.

[1474] *Ibid.*, para 119.

[1475] *Ibid.*, para 116.

[1476] *Plama v. Bulgaria*, Decision on Jurisdiction, *supra* note 916, para 183.

[1477] *Ibid.*, para 189.

[1478] *Ibid.*, para 200.

Sur la base des principes d'interprétation de la CVDT, appliqués au TBI bulgaro-chypriote, le tribunal ne considère pas qu'un consentement au CIRDI est donné.[1479] Il ajoute également quelques réflexions plus générales sur l'idée même :

> *It is one thing to add to the treatment provided in one treaty more favorable treatment provided elsewhere. It is quite another thing to replace a procedure specifically negotiated by parties with an entirely different mechanism*[1480]

> *If that were true, a host state which has not specifically agreed thereto can be confronted with a large number of permutations of dispute settlement provisions from the various BITs which it has concluded. Such a chaotic situation – actually counterproductive to harmonization – cannot be the presumed intent of Contracting Parties*[1481]

Si le tribunal refuse l'approche de l'investisseur pour des raisons juridiques, il souligne au passage combien des questions de politique peuvent être impliquées dans l'interprétation de ces clauses. Néanmoins, c'est bel et bien sur la base de l'approche du consentement exposée plus haut qu'il se déclare incompétent.

L'affaire *Garanti Koza v. Turkmenistan*, plus récente, tourne également autour du même problème, quoique plus modéré. Là où l'investisseur dans *Salini v. Jordan* cherche à éviter les juridictions internes et celui de *Plama v. Bulgaria* souhaite faire naître un consentement à l'arbitrage, le demandeur dans la troisième affaire est déjà au bénéfice d'un consentement à l'arbitrage dans le contexte de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI).[1482] Néanmoins, il préfère avoir accès au CIRDI, raison pour laquelle il a recours à l'argumentation axée sur la clause NPF.

Cette fois, le tribunal est plus ouvert aux arguments de l'investisseur. Il indique notamment :

> *Some arbitration tribunals have followed* Plama v. Bulgaria *in grafting onto the requirement that the State must consent to arbitration the corollary that the State's consent must be 'clear and unambiguous.' This Tribunal finds no basis in the Vienna Convention for imposing such a standard onto the interpretation of*

[1479] *Ibid.*, para 184, 188.

[1480] *Ibid.*, para 209.

[1481] *Ibid.*, para 219.

[1482] *Garanti Koza v. Turkmenistan*, Decision on the Objection to Jurisdiction for Lack of Consent, *supra* note 1304, para 33.

> *the terms of a treaty. Rather, this Tribunal agrees with the tribunal in* Suez and Interagua v. Argentina *'that dispute resolution provisions are subject to interpretation like any other provisions of a treaty, neither more restrictive nor more liberal.'*[1483]

En ceci, la majorité du tribunal va directement à l'encontre des fondements ascendants du consentement à la compétence identifiés plus haut.[1484] Le tribunal adopte également une approche particulièrement holistique dans sa lecture du TBI britannico-turkmène. Non content de lire le traité dans son entier en analysant sa compétence, il intègre d'autres TBIs à sa lecture.[1485]

Cette décision est vigoureusement opposée par BOISSON DE CHAZOURNES dans son opinion dissidente. En particulier, elle insiste sur le principe *ejusdem generis*, applicable aux clauses NPF.[1486] Si tant est que l'exigence de clarté et d'absence d'ambiguïté ne soit pas retenue, ce principe doit mettre en échec l'utilisation d'une clause NPF dans ces circonstances. Le principe *ejusdem generis* réserve l'application de la clause NPF aux dispositions d'un même genre. En d'autres termes, le traitement plus favorable octroyé en matière de fond doit être étendu aux droits de fonds, et celui octroyé aux éléments de procédures, aux droits de procédure.[1487] Cette approche implique que la clause NPF doit être du même *genre* que la disposition par laquelle l'État a donné son consentement dans l'autre TBI. Or, à moins d'un historique des négociations particulièrement explicite en ce sens, ou que le texte du TBI l'indique clairement, on ne peut raisonnablement présumer que la clause NPF fait référence à la résolution des litiges. Vu la relative nouveauté du raisonnement[1488], il semble que certains tribunaux arbitraux fassent dire à un traité ce qu'il ne dit pas. On ne peut présumer que les États envisagent de donner leur consentement de cette manière, lorsque la pratique des clauses NPF depuis des siècles n'invite pas à cette interprétation. Par ailleurs, la jurisprudence actuelle n'étant pas unanime, on ne peut en tirer une présomption non plus. Les États ne doivent pas s'attendre à ce qu'une clause NPF soit interprétée comme incluant le consentement à la compétence, à moins qu'ils ne l'aient voulu ainsi. Cette idée

---

[1483] *Garanti Koza v. Turkmenistan*, Decision on the Objection to Jurisdiction for Lack of Consent, *supra* note 1304, para 22.

[1484] Voir *supra* 84.

[1485] *Garanti Koza v. Turkmenistan*, Decision on the Objection to Jurisdiction for Lack of Consent, *supra* note 1304, para 39.

[1486] *Garanti Koza v. Turkmenistan*, Decision on the Objection to Jurisdiction for Lack of Consent (Boisson de Chazournes Dissenting), *supra* note 550, para 65-67 ; *The Ambatielos Claim*, *supra* note 51, 107. Voir également ORGANISATION DES NATIONS UNIES, Doc ONU A/70/10, 14 août 2015, para 35.

[1487] ORGANISATION DES NATIONS UNIES, Doc ONU A/66/10, 2011, para 356.

[1488] Le premier cas admis est *Maffezini v. Spain* en 2000, tandis que la clause NPF appliquée au traitement de fond des investisseurs date du XIII^e^ siècle, avec une utilisation plus intense dès le XIX^e^ siècle, *Maffezini v. Spain*, Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction, *supra* note 1444 ; CAPLIN & KRISHNA, *supra* note 1437, 267; MURASE S., *The Most-Favored-Nation Treatment in Japan's Treaty Practice 1854-1905* in *American Journal of International Law*, Vol. 70/1976, 273-297, 273-274. Voir également DOUGLAS, *supra* note 31, 99.

revient au principe identifié plus haut, selon lequel le consentement doit être établi de manière positive. La notion d'*ejusdem generis* est donc l'autre face d'une même pièce.

Cette argumentation rend redondante celle parfois suivie, et préconisant que ce n'est qu'une fois entré dans l'application du traité que la clause NPF peut s'appliquer. Le raisonnement tourne autour du fait que le « traitement » ne peut être établi qu'à partir du moment où les parties sont déjà dans une relation juridictionnelle.[1489] Le principe *ejusdem generis* contourne cette difficulté. La seule question est de savoir si la clause NPF est de même genre que celle prévoyant le règlement juridictionnel des différends. Il n'existe pas de raison impérieuse dictant qu'une clause NPF ne peut, par nature, être également une clause comprenant un consentement à la compétence. Il faut simplement se demander si cette clause NPF est explicitement rédigée dans ce but, car il n'existe pas de présomption en ce sens.

Toujours dans ce cadre, un argument est parfois avancé, selon lequel il est possible de scinder le consentement, entre le consentement de principe à l'arbitrage, d'une part, et le choix de la juridiction devant laquelle ce consentement s'applique. De cette dichotomie naîtrait la possibilité de ne garder que le premier élément pour modifier le second par le truchement de la clause NPF.[1490] Cette lecture méconnaît fondamentalement le fonctionnement du consentement à la compétence. Il est peu de choix plus importants que celui du for auquel un État consent. Aucun auteur ne défendrait qu'un consentement à la CIJ suffit à établir la compétence du TIDM. C'est précisément parce que le choix de la juridiction est à la fois une décision quant à la matière traitée et quant au fonctionnement de l'institution. C'est une chose de lire un consentement ouvert à d'autres juridictions dans une clause NPF, c'en est une autre que de considérer le réel consentement comme uniquement l'acceptation du principe de l'arbitrage. Appliquée aux relations interétatiques, cette conception aurait pour conséquence absurde que le consentement à une seule juridiction équivaut à un système de compétence obligatoire devant les autres. De manière peut-être plus grave, le consentement tel que défini plus haut ne pourrait pas exister dans cette approche.[1491] S'agissant du transfert effectif de pouvoir de juger à une juridiction, aucune cession de ce type ne pourrait avoir lieu sans stipulation expresse de la juridiction à laquelle le consentement est transféré. Un consentement de principe sans préciser la juridiction à laquelle il est donné n'est qu'une coquille vide.

[1489] Voir notamment DOUGLAS, *supra* note 31, 106-107 ; *Garanti Koza v. Turkmenistan*, Decision on the Objection to Jurisdiction for Lack of Consent (Boisson de Chazournes Dissenting), *supra* note 550, para 40.

[1490] *Garanti Koza v. Turkmenistan*, Decision on the Objection to Jurisdiction for Lack of Consent, *supra* note 1304, para 75.

[1491] Voir *supra* 31.

Le raisonnement est quelque peu différent dans le second type de situation, lorsque l'investisseur cherche avant tout à éviter de se conformer à certaines conditions préalables à la saisine de la juridiction. Il ne s'agit pas de faire naître un nouveau consentement ou un nouveau for, mais plutôt de moduler le consentement. L'écrasante majorité de cas de ce type concerne le délai de carence avant la soumission à une juridiction donnée.[1492] Dans ces affaires, l'investisseur cherche à substituer un délai de carence, le plus souvent de dix-huit mois, pour un délai plus court, voire pas de délai du tout.

Le raisonnement menant au refus de la compétence basée sur la clause NPF découle de la conception adoptée plus haut. Les délais de carence sont des questions de compétence, et non de recevabilité.[1493] Dans cette approche, le consentement est modulé par la condition préalable. Dès lors, l'approche suivie ci-dessus reste d'actualité. Du fait qu'il s'agit d'un problème de compétence, on ne peut présumer à la légère que l'État défendeur a modulé son consentement à la compétence à travers la clause NPF. La porte d'entrée qu'est la compétence inclut le délai de carence. Dès lors, c'est uniquement une fois celui-ci respecté que l'investisseur peut demander à la juridiction l'application du reste du TBI, incluant la clause NPF. Présenter une demande n'ayant pas respecté le délai de carence, en arguant que la clause NPF le permet comporte un problème chronologique fondamental. Cela reviendrait à tenter de faire rentrer un objet carré par une porte ronde, alors que la scie se trouve à l'intérieur et qu'il n'est pas possible de la sortir. Pour que cela fonctionne, il faut soit avoir un objet rond dès le départ, ou alors avoir la scie à l'extérieur. Faute de cela, aucune solution n'est possible. Pour ces raisons, à moins d'une expression claire en ce sens dans le TBI, on ne peut accepter le recours à une clause NPF pour modifier les conditions d'exercices de la compétence.

De manière connexe à la présente réflexion, il est intéressant de souligner l'approche relativement novatrice adoptée par le tribunal dans l'affaire *Menzies v. Sénégal*. À cette occasion, l'investisseur cherche à utiliser la clause NPF incluse dans l'AGCS pour bénéficier du consentement donné par le Sénégal aux ressortissants d'un autre État. Le tribunal raisonne en deux temps. Il affirme d'abord qu'il existe une possibilité de violer l'article II de l'AGCS.

[1492] Voir notamment *Maffezini v. Spain*, Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction, *supra* note 1444 ; *Siemens v. Argentina*, Decision on Jurisdiction, *supra* note 595 ; *Gas Natural v. Argentina*, Decision of the Tribunal on Preliminary Questions on Jurisdiction, *supra* note 558 ; *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A., and InterAguas Servicios Integrales del Agua S.A. v. The Argentine Republic*, ICSID Case No ARB/03/17, Decision on Jurisdiction, May 15th 2006 ; *Telefónica v. Argentina*, Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction, *supra* note 563 ; *Telenor v. Hungary*, *supra* note 1463 ; *Wintershall v. Argentina*, *supra* note 558 ; *Impregilo v. Argentina*, Award, *supra* note 1466 ; *Hochtief v. Argentina*, Decision on Jurisdiction, *supra* note 565 ; *Daimler v. Argentina*, *supra* note 290 ; *Philip Morris v. Uruguay*, Decision on Jurisdiction, *supra* note 495, July 2nd 2013.

[1493] Voir *supra* 143.

> *S'il est vrai que ce texte crée une obligation, il est aussi vrai que les États signataires de l'AGCS gardent toujours la possibilité de ne pas respecter leurs obligations. Le Tribunal arbitral accepte certes qu'il est préférable que les États respectent leurs obligations internationales d'une manière continue. Toutefois, les États gardent toujours la faculté de refuser de respecter une obligation, qui reste une prérogative inéluctable de leur souveraineté. Et c'est précisément cette faculté qui a justifié la création des divers mécanismes de l'AGCS, visant à contraindre les États à respecter leurs obligations*[1494]

Ce raisonnement peut sembler étrange, car il pourrait être vu comme niant l'existence même du droit international. En effet, l'existence d'une obligation serait liée à son respect par l'État. Cela étant, il est dans la droite ligne de l'approche adoptée concernant spécifiquement le consentement à la compétence.[1495] C'est là une spécificité de ce type de consentement, et l'application plus large de cette interprétation de l'article II de l'AGCS à d'autres cas n'est pas défendue ici. Néanmoins, le raisonnement suivi par la suite est cohérent :

> *le Tribunal arbitral estime que, même dans l'hypothèse où l'article II de l'AGCS s'appliquerait à l'arbitrage d'investissement (ce qui n'a pas été démontré), il serait seulement de nature à créer une obligation pour les États signataires d'offrir l'arbitrage dans le futur et ne représente pas un consentement à l'arbitrage ou à l'extension d'une offre d'arbitrage*[1496]

En d'autres termes, pour ce tribunal, la clause NPF n'est pas un consentement en tant que tel, mais tout au mieux une obligation de consentir. Cette conception peut être dans une large mesure rapprochée de l'idée d'*ejusdem generis* développée plus haut. Le tribunal affirme que par sa nature vague, et ne faisant aucune référence au consentement, les clauses NPF ne peuvent pas être utilisées pour étendre le consentement donné. Ce raisonnement est donc l'autre face de la pièce déjà étudiée.

§ II. Au-delà du principe : les possibilités

Ayant identifié la position de principe, il est toutefois nécessaire de s'intéresser aux arguments subsidiaires développés dans la jurisprudence. Dans l'hypothèse dans laquelle le raisonnement adopté ci-dessus ne convainc pas, il est important de se positionner sur les autres approches existantes.

[1494] *Menzies c. Sénégal*, Sentence, *supra* note 57, para 137.

[1495] Voir *supra* 136.

[1496] *Menzies c. Sénégal*, Sentence, *supra* note 57, para 140.

Une autre argumentation peut être adoptée si, comme c'est le cas dans certaines affaires[1497], le délai de carence est approché comme une question de recevabilité. En l'espèce, l'idée de porte ne suffirait plus à exclure l'application de la clause NPF. L'investisseur franchirait la porte et, une fois à l'intérieur, chercherait à utiliser la clause NPF pour modifier les conditions de saisine de la juridiction.

La première objection pouvant être soulevée contre l'application d'une clause NPF aux éléments procéduraux de règlement des différends touche encore au principe *ejusdem generis*. La catégorisation comme élément de recevabilité plutôt que de compétence ne change pas fondamentalement la donne. Le délai de carence reste encore et toujours une question liée aux points procéduraux en lien avec la juridiction arbitrale. C'est une chose que d'étendre le traitement de fond — imposition, procédures administratives internes, subventions, etc. —, c'en est une autre de l'étendre à la procédure arbitrale. À moins d'un texte clair en ce sens, il n'y a pas de raison de considérer que, par défaut, une clause NPF s'applique aux règles procédurales de l'arbitrage.

Toujours dans cette optique, une deuxième considération peut entrer en jeu, soit celle de la manière de déterminer si un traitement est plus favorable. La question s'éloignant des considérations liées au consentement, elle ne fait pas ici l'objet de développements particuliers. Cela étant, il est utile de relever qu'une catégorisation comme recevabilité ne suffit pas à elle seule à justifier l'utilisation de la clause NPF pour modifier les conditions de recours au règlement juridictionnel des différends.[1498] La problématique est résumée dans l'affaire *Daimler v. Argentina* :

> *Simply accepting a claimant's assertions, therefore, could lead to a situation wherein the terms 'more' and 'less' favorable have no objective meaning at all, but rather depend upon the whim of the individual claimant in each particular case. It is difficult to believe that the Contracting State Parties to the BIT intended to commit themselves to international legal obligations which derive not from an objective appreciation of the text of the Treaty but from the subjective perceptions of individual claimants*[1499]

La question est débattue dans la jurisprudence du CIRDI, mais mérite d'être mentionnée ici.

[1497] Voir *supra* 144.

[1498] Sur la question, voir notamment *Plama v. Bulgaria*, Decision on Jurisdiction, *supra* note 916, para 208-209 ; *Telefónica v. Argentina*, Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction, *supra* note 563, para 103 ; *Hochtief v. Argentina*, Decision on Jurisdiction, *supra* note 565, para 100 ; *Daimler v. Argentina*, *supra* note 290, para 245-246.

[1499] *Daimler v. Argentina*, *supra* note 290, para 246.

Une troisième considération est, elle, davantage liée à la question du consentement. Il s'agit cette fois d'une évaluation de la systématique du recours au règlement de différends prévu par chaque TBI. Elle est expliquée par STERN dans une opinion dissidente :

> *the concrete result is not to grant Impregilo the most favourable existing dispute settlement mechanism, which is the purported objective of MFN clauses, but it is to grant it a* sui generis *mechanism that was constructed by the reasoning of the arbitrators forming the majority and was envisaged neither in the basic treaty nor in the third-party treaty. In fact, as was indeed also the case for example in Siemens, Impregilo was at the end of the day in a better position than would have been either an investor under the Argentina/Italy BIT or an investor under the Argentina US/BIT […].* Stricto sensu*, Impregilo was not granted by the Award the most favoured treatment, it was granted an inexistent favourable treatment. The foreign investor had the best of both treaties, but this did not correspond to any real situation under any treaty*[1500]

Ce raisonnement, également suivi par la majorité du tribunal dans l'affaire *Hochtief v. Argentina* quelques mois plus tard[1501], présuppose d'envisager l'accès à la justice arbitrale comme un seul paquet, incluant tous les détails procéduraux. Plus récemment, elle est retenue dans l'affaire *Kılıç v. Turkmenistan*.[1502] Dans ce type de situation, l'application de la clause NPF pour modifier des conditions de la saisine amène à créer un hybride. Cet hybride ne correspond toutefois pas à l'idée de traitement favorable envisagé par la clause NPF. Plutôt que de proposer le choix de l'un ou l'autre des systèmes, les arbitres les panachent. Ils créent ainsi un traitement auquel aucun investisseur n'a en réalité accès, dans une perversion claire de la notion même de consentement à la compétence.

Comme il ressort des quelques paragraphes ci-dessus, l'extension de la compétence à travers une clause NPF n'est pas, par principe, impossible. Cependant, celle-ci ne peut avoir lieu que dans des circonstances particulières, traduisant la volonté réelle de *toutes* les parties au TBI. Les tribunaux ont facilement tendance à évoquer la pratique subséquente de l'État défendeur pour justifier sa supposée volonté en ce sens.[1503] Les arbitres oublient là un élément essentiel de l'interprétation des traités, soit le fait qu'il s'agit d'un instrument à

[1500] *Impregilo v. Argentina*, Award (Stern Concurring and Dissenting), *supra* note 56, para 12.

[1501] *Hochtief v. Argentina*, Decision on Jurisdiction, *supra* note 565, para 98.

[1502] *Kılıç v. Turkmenistan*, *supra* note 548, para 6.3.4.

[1503] C'est déjà le cas dans *Maffezini v. Spain*, Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction, *supra* note 1444, para 58.

tout le moins bilatéral. C'est bel et bien par cet instrument que les États consentent.[1504] Dès lors, les obligations s'imposent de la même manière aux deux parties, et l'interprétation selon les articles 31 et 32 ne peut se faire en n'observant la pratique que d'un seul État. C'est uniquement dans la volonté commune des États parties au TBI que l'éventuelle extension du consentement à travers une clause NPF peut être trouvée.[1505]

Cette approche est résumée par le tribunal dans l'affaire *Daimler v. Argentina* en une question :

> *The legal question before the Tribunal is: did the Contracting State Parties intend for the MFN clauses of the Basic Treaty to alter the scope of their consent to submit to the jurisdiction of an international arbitral tribunal, at the option of the investor, by reference to the international dispute settlement provisions of all existing and future comparator treaties?*[1506]

En d'autres termes, la magnitude des implications concrètes d'une telle décision montre en elle-même qu'il est peu probable qu'un État souhaite ceci sans le mentionner ou le discuter explicitement en amont.

De manière générale, la discussion sur la question est relativement polarisée. Les opinions dissidentes sont volontiers virulentes, montrant un schisme profond dans le raisonnement des tribunaux, et même lorsque le vote est unanime, il existe une division entre les différents tribunaux. Il est possible que cette polarisation découle avant tout du caractère binaire du consentement, évoqué plus haut.[1507] En raison de l'impossibilité de donner une gradation dans le consentement, les tribunaux sont volontiers catégorisés comme « oui » ou « non » dans leur acceptation du consentement à travers la clause NPF.[1508] En conséquence, quel que soit le raisonnement de ceux-ci, le monde est dépeint en noir et blanc, faisant abstraction du raisonnement sous-jacent.

[1504] Voir *supra* 291.

[1505] Le degré d'importance de l'intention peut être discuté, mais il n'est jamais remis en question qu'il s'agit de l'intention *des* parties au traité, plutôt que de l'une d'entre elles, voir *supra* 315. Voir également Rapport de l'Organe d'appel *Communautés européennes — Classement tarifaire de certains matériels informatiques*, WT/DS62/AB/R / WT/DS67/AB/R / WT/DS68/AB/R, adopté le 22 juin 1998, para 84.

[1506] *Daimler v. Argentina*, *supra* note 290, para 270.

[1507] Voir *supra* 157.

[1508] NIKIÈMA S. H., *The Most-Favoured-Nation Clause in Investment Treaties* in *IISD Best Practices Series*, 2017, 1-25, 13-17.

Section IV Les clauses parapluie (*umbrella clauses*) et le consentement : pour les jours pluvieux

Après une discussion sur clauses NPF, il convient de se tourner vers une autre manière originale par laquelle des tribunaux d'investissement établissent le consentement de certains États. Une particularité des TBIs peut être trouvée dans les clauses parapluie (*umbrella clauses*). Il s'agit de dispositions pouvant faire changer de nature la protection offerte aux investisseurs. Il est notamment argué que lorsque ceux-ci sont au bénéfice d'un contrat d'investissement avec l'État, les obligations en découlant deviendraient justiciables devant la juridiction prévue par le TBI. Cette construction est particulièrement intéressante concernant du consentement à la compétence, en ce qu'elle se situe aux limites de celui-ci.

Le consentement pose des questions uniques au regard de cette construction juridique, et en particulier les couvertures respectives des modes de règlement des différends prévus dans le contrat et dans le TBI. La clause parapluie peut, par exemple, fonctionner comme une sorte d'intégration par référence du contrat dans le traité. La question devient donc de savoir dans quelle mesure un litige découlant exclusivement d'une violation du contrat peut être poursuivi devant la juridiction prévue par le traité — lorsqu'elle ne correspond pas à celle dans le contrat. La clause parapluie étend-elle la compétence du tribunal ?

La jurisprudence sur la question commence par l'affaire *SGS v. Pakistan*. À cette occasion, l'investisseur cherche à faire reconnaître la compétence du CIRDI sur la base d'une clause parapluie. En réponse, le tribunal met en avant le caractère vague de la clause.[1509] Il en conclut :

> *The Tribunal is not saying that States may not agree with each other in a BIT that henceforth, all breaches of each State's contracts with investors of the other State are forthwith converted into and to be treated as breaches of the BIT. What the Tribunal is stressing is that in this case, there is no clear and persuasive evidence that such was in fact the intention of both Switzerland and Pakistan in adopting Article 11 of the BIT. Pakistan for its part in effect denies that, in concluding the BIT, it had any such intention. SGS, of course, does not speak for Switzerland. But it has not submitted evidence of the necessary level of specificity and explicitness of text. We believe and so hold that, in the circumstances of this case, SGS's claim about Article 11 of the BIT must be rejected*[1510]

[1509] *SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Islamic Republic of Pakistan*, ICSID Case No ARB/01/13, Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction, August 6th 2003, para 166.

[1510] *Ibid.*, para 173.

Le tribunal refuse la possibilité en raison des spécificités du TBI. Cela étant, il émet également des doutes de principe, craignant les implications systémiques en cas d'ouverture sur ce point.[1511]

Dans l'affaire *SGS v. Philippines*, le tribunal adopte une approche radicalement opposée :

> *Article X(2) makes it a breach of the BIT for the host State to fail to observe binding commitments, including contractual commitments, which it has assumed with regard to specific investments. But it does not convert the issue of the extent or content of such obligations into an issue of international law. That issue (in the present case, the issue of how much is payable for services provided under the CISS Agreement) is still governed by the investment agreement*[1512]

Ce tribunal crée un lien direct entre la clause parapluie et les obligations découlant du contrat. Il ne va pas jusqu'à considérer que les obligations contractuelles deviennent des obligations en droit international, mais qu'elles s'intègrent à l'une de celles-ci, la clause parapluie. Sur cette base, le tribunal affirme être compétent quant à l'examen indirect de violations contractuelles.[1513] Il refuse toutefois de se prononcer pour des questions de recevabilité.[1514]

Un point particulier de cette décision doit être mentionné. Selon le tribunal :

> *The BIT is a treaty for the promotion and reciprocal protection of investments. According to the preamble it is intended 'to create and maintain favourable conditions for investments by investors of one Contracting Party in the territory of the other'. It is legitimate to resolve uncertainties in its interpretation so as to favour the protection of covered investments*[1515]

Il est important de souligner ici que cette approche ne doit en aucun cas être retenue. Il s'agit d'un sophisme également utilisé lors de l'interprétation de certaines clauses NPF. Il est fondé sur le préjugé largement biaisé que les États concluent des TBIs dans le seul but de fournir un traitement favorable aux investisseurs. L'approche des arbitres de l'affaire *Daimler v. Argentina* est préférable, lorsqu'ils écrivent :

> *The investment treaty at the heart of this case is a bilateral investment treaty. In considering its interpretation, it is essential to recall that*

[1511] *Ibid.*, para 167.

[1512] *SGS v. Philippines*, Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction, *supra* note 1013, para 128.

[1513] *Ibid.*, para 135, 169.

[1514] *Ibid.*, para 154, 169.

[1515] *Ibid.*, para 116.

> *BITs are reciprocal bilateral treaties negotiated between two sovereign State parties. The general purpose of BITs is of course primarily to protect and promote foreign investment; but it is to do so within the framework acceptable to both of the State parties. These two aspects must always be held in tension. They are the yin and yang of bilateral investment treaties and cannot be separated without doing violence to the will of the states that conclude such treaties. It is in this context that the exact wording of dispute resolution clauses plays a key role, as such clauses are one of the privileged places where the imbalances between the interests of both parties are often precisely defined as a result of the treaty's negotiation process*[1516]

Une approche considérant que les TBIs doivent systématiquement être interprétés en faveur de l'investisseur — car ce serait l'intention des États — déforme outre mesure le traité.

Quoi qu'il en soit, ces deux cas *SGS*, impliquant la même entreprise, sont fondateurs dans l'approche de la compétence en lien avec les clauses parapluie. Ils posent les deux extrémités entre lesquelles la jurisprudence ultérieure se place.[1517] Néanmoins, comme démontré par ANTONY, les développements ultérieurs tendent vers la solution retenue par *SGS v. Philippines*. En particulier, il souligne qu'à l'heure actuelle, les tribunaux retiennent avant tout la nature juridictionnelle de la clause parapluie.[1518] En d'autres termes, il est volontiers considéré que celle-ci a précisément pour objet d'étendre le consentement de l'État à des éléments découlant de la violation du contrat. En fonction de la formulation de la clause parapluie, il peut être reconnu que l'État accepte une obligation internationale de respecter le contrat. C'est l'objet de la clause parapluie, la protection du traité s'étend au respect du contrat.[1519] Une interprétation donnant *effet utile* à la clause parapluie amène souvent à cette conclusion.[1520]

Cela étant, l'utilisation du mécanisme de règlement des différends du TBI est soumise à un certain nombre de règles. Plus précisément, c'est les règles d'interprétation identifiées plus haut qui guident les arbitres dans leur réflexion.[1521] Malheureusement, ces règles sont particulièrement inconstantes s'agissant du CIRDI. Dès lors, une lecture cohérente de ces clauses est proposée,

---

[1516] *Daimler v. Argentina*, *supra* note 290, para 161.

[1517] ANTONY J., *Umbrella Clauses Since* SGS v. Pakistan *and* SGS v. Philippines – *A Developing Consensus* in *Arbitration International*, Vol. 29/2013, 607-640, 608.

[1518] *Ibid.*, 618-619.

[1519] SCHREUER C. H., *Consent to Arbitration* in *The Oxford Handbook of International Investment Law* [MUCHLINSKI Peter/ORTINO Federico/SCHREUER Christoph H. ed.], Oxford, Oxford University Press, 2008, 830-867, 843.

[1520] *Noble Ventures, Inc. v. Romania*, ICSID Case No ARB/01/11, Award, October 12th 2005, para 54.

[1521] Voir *supra* 291.

et ce malgré la jurisprudence particulièrement partagée existant depuis les affaires *SGS*. Comme l'indique le tribunal dans l'affaire *BIVAC v. Paraguay* :

> *We recognise in particular that there is no* jurisprudence constante *on the effect of umbrella clauses, that the subject is one on which legal opinion is divided, that the relationship between commercial and sovereign acts of government is not free from difficulty, and that each particular clause falls to be interpreted and applied according to its precise wording and the context in which it is included in a BIT*[1522]

Du point de vue du principe, on voit mal une approche excluant catégoriquement toute compétence concernant des demandes de niveau contractuel. Cela étant, quelques principes et règles d'interprétation doivent être gardés à l'esprit.

Le premier point est que, tout comme dans le contexte des clauses NPF, l'intention joue un rôle. Il peut être limité, passer au second plan, ou au contraire être mis en avant par le tribunal, mais dans tous les cas, l'intention fait partie de l'équation. Dans ce cadre, les arbitres prenant en compte l'intention commune des parties doivent s'interroger. Souhaitaient-elles réellement ouvrir la porte du consentement à l'arbitrage international à toutes les revendications découlant d'un contrat d'investissement ? La spécificité des TBIs développée ci-dessus invite à porter une intention particulière à l'intention des États signataires sur les points qui n'ont pas fait l'objet de négociations avec les investisseurs.[1523] Dès lors, si les États n'ont pas envisagé la possibilité que les investisseurs aient, par le biais de la clause parapluie, recours à l'arbitrage prévu par le TBI, cela constituerait un indice fort contre la compétence du tribunal.

Par ailleurs, il faut garder à l'esprit qu'il n'existe pas de présomption de compétence. Celle-ci doit être établie positivement. De ceci découle la nécessité pour le tribunal de démontrer que la clause de règlement des différends englobe la responsabilité découlant de la violation contractuelle, plutôt que de se contenter de dire que rien ne l'exclut. Or, au vu de l'ambiguïté possible des clauses parapluies[1524], l'obligation d'établir le consentement ne peut être évacuée en passant. En particulier, il incombe au tribunal de démontrer que le consentement s'étend aux demandes basées sur des obligations avant tout contractuelles, qui seraient, de manière quelque peu marginale, des obligations tirées du TBI.

[1522] *Bureau Veritas, Inspection, Valuation, Assessment and Control, BIVAC B.V. v. The Republic of Paraguay*, ICSID Case No ARB/07/9, Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction, May 29th 2009, para 141.

[1523] Voir *supra* 319.

[1524] Voir *A11Y LTD. v. Czech Republic*, ICSID Case No UNCT/15/1, Decision on Jurisdiction, February 9th 2017, para 81.

Deux autres principes d'interprétation pouvant jouer un rôle important ici sont ceux de *lex specialis* ou *lex posterior*. En particulier, lorsque le contrat d'investissement indique expressément un choix de for exclusif, le rattachement au for du TBI peut être discutable. C'est d'ailleurs l'approche du tribunal dans l'affaire *SGS v. Philippines*[1525], qui est indirectement reprise dans *Toto Costruzioni Generali v. Lebanon*.[1526]

Enfin, une question plus fondamentale est elle-même encore débattue, sans consensus sur le sujet. Est-ce que la clause parapluie permet réellement de soumettre une demande contractuelle dans le cadre d'une obligation découlant du traité ? De cette interrogation de base découle une approche simple. Dans la négative, la responsabilité découlant du contrat ne serait purement et simplement pas justiciable à travers le TBI. Nombre de tribunaux arbitraux se sont prononcés dans un sens[1527] comme dans l'autre[1528], même si une majorité l'acceptant se dégage progressivement.

Il peut être argué que l'approche devrait être calquée sur celle prévalant concernant les clauses de traitement juste et équitable (*fair and equitable treatment*). Celles-ci permettant de faire entrer des actions constituant des violations contractuelles dans le cadre de l'arbitrage du traité[1529], une analogie

---

[1525] *SGS v. Philippines*, Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction, *supra* note 1013, para 140-143.

[1526] *Toto Costruzioni Generali S.p.A. v. The Republic of Lebanon*, ICSID Case No ARB/07/12, Decision on Jurisdiction, September 11th 2009, para 202.

[1527] Acceptant le recours à la clause parapluie concernant les demandes contractuelles : *Sempra Energy International v. The Argentine Republic*, ICSID Case No ARB/02/16, Decision on Objections to Jurisdiction, May 11th 2005, para 101, 312-313 ; *Noble Ventures, Inc. v. Romania*, ICSID Case No ARB/01/11, Award, 12 October 2005, para 61, 85-86 ; *LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp. and LG&E International Inc. v. Argentine Republic*, ICSID Case No ARB/02/1, Decision on Liability, October 3rd 2006, para 174 ; *Siemens A.G. v. The Argentine Republic*, ICSID Case No ARB/02/8, Award, February 6th 2007, para 204 ; *BIVAC v. Paraguay*, Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction, *supra* note 1522, para 141-142 ; *Joseph C. Lemire v. Ukraine*, ICSID Case No ARB/06/18, Decision on Jurisdiction and Liability, January 21st 2010, para 498 ; *SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. The Republic of Paraguay*, ICSID Case No ARB/07/29, Decision on Jurisdiction, February 12th 2010, para 167-171 ; *Bosh International, Inc. and B&P, LTD Foreign Investments Enterprise v. Ukraine*, ICSID Case No ARB/08/11, Award, October 25th 2012, para 246-247 ; *Micula v. Romania*, *supra* note 1007, para 417-418 ; *Philip Morris Brands SÀRL, Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. v. Oriental Republic of Uruguay*, ICSID Case No ARB/10/7, Award, July 8th 2016, para 471-472.

[1528] Refusant ou limitant le recours à la clause parapluie concernant les demandes contractuelles : *SGS v. Philippines*, Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction, *supra* note 1013, para 115; *Joy Mining Machinery Limited v. The Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No ARB/03/11, Award on Jurisdiction, July 30th 2004, para 8 ; *Pan American Energy LLC and BP Argentina Exploration Company v. The Argentine Republic* & *BP America Production Company, Pan American Sur SRL, Pan American Fueguina, SRL and Pan American Continental SRL v. The Argentine Republic*, ICSID Case No ARB/03/13 & ARB/04/8, Decision on Preliminary Objections, July 27th 2006, para 100-113; *El Paso Energy International Company v. The Argentine Republic*, ICSID Case No ARB/03/15, Decision on Jurisdiction, April 27th 2006, para 71-74; *Supervisión y Control S.A. v. Republic of Costa Rica*, ICSID Case No ARB/12/4, Award, January 18th 2017, para 282 ; *A11Y LTD. v. Czech Republic*, Decision on Jurisdiction, *supra* note 1524, para 81

[1529] ALEXANDROV S. A. & MENDENHALL J., *Breach of Treaty Claims and Breach of Contract Claims: Simplification of International Jurisprudence* in *Contemporary Issues in International Arbitration and Mediation: The Fordham Papers 2014* [ROVINE Arthur W. ed.], Leiden, Brill Nijhoff, 2015, 24-44, 26-27.

peut être faite. Cela étant, la situation est ici tout à fait distincte. Dans le cadre d'une obligation de traitement juste et équitable, la clause contient par elle-même l'obligation de fond. Il s'agit d'une obligation autonome et distincte du contrat. Dès lors, la justiciabilité de certains faits entraînant également une violation du contrat n'est qu'une coïncidence, et ce n'est pas l'obligation contractuelle qui fait l'objet de l'arbitrage. À l'inverse, s'agissant des clauses parapluies, il existe un lien nécessaire entre la disposition du TBI et la violation du contrat. La clause parapluie n'est qu'une coquille vide, dans laquelle les investisseurs tentent de faire entrer leurs demandes contractuelles. Il n'est pas possible de trouver une violation de la clause parapluie de manière autonome. Dès lors, il est légitime de se demander si le consentement à la compétence porte sur les obligations hybrides de ce type, ou uniquement sur les obligations découlant purement du traité.

Deux points supplémentaires peuvent être mentionnés, faisant le lien entre les clauses NPF et parapluie. La première considération est plus ou moins explicite dans un certain nombre de cas de ces deux catégories et touche à la notion de *forum shopping*.[1530] L'idée est qu'il ne faut pas admettre l'interprétation ouverte de ces clauses, car elle donne à l'investisseur le choix de se présenter devant la juridiction qu'il préfère, vraisemblablement celle qui lui est la plus favorable. Cela étant, l'argument est basé sur la préconception politique que le *forum shopping* est nécessairement négatif. Or, il est difficile de l'admettre de manière absolue. Il est tout à fait possible qu'un État souhaite offrir un choix à l'investisseur, et que ce choix fasse partie de l'attrait de l'investissement. De la même manière dont on ne reprocherait pas à l'article 287 de la CNUDM de favoriser un *forum shopping* destructeur, il est peu approprié de le faire lorsque c'est la volonté des États signataires du TBI. Ce serait également renier les nombreux TBIs donnant à l'investisseur un choix de fors d'arbitrage. Il s'agit tout simplement d'un argument politique orienté.

Le second point concerne la possibilité d'interaction directe entre les deux clauses parapluie et NPF, pouvant déboucher sur la construction d'un consentement paraissant extrêmement artificiel. Dans l'affaire *Abaclat v. Argentina*, des plaignants avancent une théorie de ce type. Ils arguent que, certes, le TBI entre l'Italie et l'Argentine ne contient pas de clause parapluie. Néanmoins, à travers la clause NPF qui s'y trouve, ils souhaitent importer la clause parapluie d'un autre TBI, pour que le tribunal soit compétent concernant les demandes contractuelles.[1531] Les arbitres sont invités à adopter la lecture la

[1530] MARSHALL F., *Risks for Host States of the Entwining of Investment Treaty and Contract Claims: Dispute Resolution Clauses, Umbrella Clauses, and Forks-in-the-Road* in *IISD Best Practice Series*, No 4/2009, 1-24, 2; SALLES L. E., *Forum Shopping in International Adjudication: The Role of Preliminary Objections*, Cambridge, Cambridge University Press, 2014, 155-158; *Ibid.*, para 114-115.

[1531] *Abaclat v. Argentina*, Decision on Jurisdiction and Admissibility, *supra* note 278, para 317.

plus extensive possible non seulement d'une clause parapluie, mais également d'une clause NPF. En l'espèce, ils n'ont pas besoin de répondre à la question, estimant que de toute façon, la demande ressortit également du traité.[1532] Néanmoins, dans ces circonstances, on voit mal comment considérer que le consentement de l'État pourrait effectivement porter sur ce type d'extension. Les contrats deviendraient intégrés aux TBIs, pour que les droits en découlant soient ensuite multilatéralisés. Cela reviendrait, par la simple présence d'une clause NPF dans un TBI, à créer un droit international de l'investissement totalement uniforme.

Section V Les litiges de masse et le consentement

Une dernière tendance méritant une brève attention se manifeste depuis 2011 : les litiges de masse. Déjà évoqué dans la partie historique[1533], ce type d'approche vise à ce que les investisseurs puissent procéder à une action collective à l'encontre d'un État par le biais de l'arbitrage. Il n'est pas question de s'aventurer ici à présenter les tenants et aboutissants de la question, mais plutôt d'observer le point de jonction entre le consentement à la compétence et l'idée de litige de masse. En particulier, il s'agit de présenter la manière dont le consentement peut ou doit être interprété pour inclure ce type de litige.

Les questionnements liés à la multiplicité des plaignants ne sont pas récents. Au contraire, l'histoire des procédures devant le CIRDI tend à montrer qu'une proportion non négligeable inclut au moins deux investisseurs à l'encontre de l'État.[1534] Néanmoins, l'affaire *Abaclat v. Argentina* franchit un cap en 2011, le tribunal se considérant comme compétent au regard de l'ensemble des 180'285 demandeurs.[1535] Si cette affaire est exceptionnelle, d'autres cas subséquents soulèvent des questionnements similaires.

Le tribunal dans l'affaire *Abaclat v. Argentina* est conscient du caractère nouveau des demandes devant lui.[1536] Dès lors, il consacre quelques paragraphes à la question du consentement de l'Argentine, spécifiquement en lien avec la multiplicité des plaignants.[1537] La question est rapidement évacuée, notamment à travers cette prise de position :

[1532] *Ibid.*, para 326.

[1533] Voir *supra* 77.

[1534] STOYANOV M. & RAIMANOVA L., *Multiparty Proceedings and Mass Claims* in *The Investment Treaty Arbitration Review*, 3rd ed. [LEGUM Barton ed.], London, The Law Reviews, 2018, 113-134, 113-114.

[1535] *Abaclat v. Argentina*, Decision on Jurisdiction and Admissibility, *supra* note 278, para 1, 713.

[1536] *Ibid.*, para 295.

[1537] *Ibid.*, para 489-492.

> *Assuming that the Tribunal has jurisdiction over the claims of several individual Claimants, it is difficult to conceive why and how the Tribunal could loose [sic] such jurisdiction where the number of Claimants outgrows a certain threshold*[1538]

Le tribunal en vient à reformuler la question comme suit :

> *Thus, with regard to the 'mass' aspect of the present proceedings, the Tribunal considers that the relevant question is not 'has Argentina consented to the mass proceedings?', but rather 'can an ICSID arbitration be conducted in the form of "mass proceedings" considering that this would require an adaptation and/or modification by the Tribunal of certain procedural rules provided for under the current ICSID framework?' If the answer is in the affirmative, then Argentina's consent to ICSID arbitration includes such mass aspect. If the answer is in the negative, then ICSID arbitration is not possible, not because Argentina did not consent thereto but because mass claims as the ones at stake are not possible under the current ICSID framework*[1539]

Cette approche découle d'une compréhension biaisée du fonctionnement des juridictions internationales. Comme expliqué à de nombreuses reprises ci-dessus, le consentement à la compétence doit être établi de manière positive. En l'espèce, le tribunal se contente d'indiquer que sa compétence serait établie de manière individuelle, raison pour laquelle il est également compétent pour le litige de masse. Cette approche nie le caractère ascendant du consentement à la compétence, en considérant que des aspects tels que la multiplicité des plaignants ne peuvent être modulés par le consentement. Dans l'alternative, s'il ne le nie pas, il considère que ce consentement est, à tout le moins implicitement, donné.

Cette objection est, en substance, celle soulevée par ABI-SAAB, qui écrit :

> *The fact that class actions or representative proceedings were almost unknown in national jurisdictions, and more so on the international level, at the time of the conclusion of the ICSID Convention in the mid-sixties of the last century, proves that these representative proceedings were way beyond the 'horizon of foreseeability' of the drafters of the ICSID Convention*[1540]

[1538] *Ibid.*, para 490.

[1539] *Ibid.*, para 491.

[1540] *Abaclat v. Argentina*, Decision on Jurisdiction and Admissibility (Abi-Saab Dissenting), *supra* note 281, para 165.

On ne saurait présumer du silence du TBI et de la Convention CIRDI sur la question que l'Argentine a consenti à un tout autre type de litige, inenvisageable à l'époque de la signature des deux instruments. À la suite de son opinion dissidente particulièrement virulente, ABI-SAAB démissionne du tribunal.[1541]

Dans une mesure bien moindre, la question est à nouveau soulevée dans les affaires *Ambiente v. Argentina*[1542] et *Alemanni v. Argentina*[1543]. Les plaignants se comptent cette fois en dizaines, mais ils sont néanmoins suffisamment peu liés les uns aux autres pour qu'une comparaison avec les litiges de masse puisse être tirée, qu'elle soit appropriée ou non.[1544] Dans l'affaire *Ambiente*, malgré une recatégorisation de la question comme un litige « multipartite »[1545], le tribunal suit l'approche adoptée dans *Abaclat v. Argentina*, indiquant :

> *the Tribunal sees no benefit in engaging in a policy or efficiency reasoning of any kind, but concludes that the ICSID Convention, the Argentina-Italy BIT and other applicable rules in the present dispute are not opposed to a plurality of claimants jointly submitting a claim to the Centre*[1546]

À nouveau, les arbitres se basent sur le silence des traités pour inférer le consentement à un type de litige qui peut être considéré comme fondamentalement différent.[1547]

L'année suivante, les arbitres de l'affaire *Alemanni v. Argentina* se montrent plus critiques de l'approche adoptée dans les deux cas précédents. En particulier, ils expriment leur désaccord quant au peu d'importance accordée à la nécessité de consentir aux litiges *de masse*.[1548] À la suite de cela, le tribunal a des développements louables quant à la notion même de consentement en droit international :

> *It is a commonplace, for example, in the law of treaties – which is equally based on the bedrock principle of consent – that the giving of consent is not limited to some unique formal process at the time of adhering to a treaty, but that valid mutual agreement can be*

[1541] *Abaclat and Others v. The Argentine Republic*, ICSID Case No ARB/07/5, Recommendation Pursuant to the Request by ICSID on the Respondent's Proposal for the Disqualification of Arbitrator, December 19th 2011, para 14.

[1542] *Ambiente Ufficio v. Argentina*, Decision on Jurisdiction and Admissibility, *supra* note 279.

[1543] *Alemanni v. Argentina*, Decision on Jurisdiction and Admissibility,*supra* note 279.

[1544] *Ambiente Ufficio v. Argentina*, Decision on Jurisdiction and Admissibility, *supra* note 279, para 120 ; *Alemanni v. Argentina*, Decision on Jurisdiction and Admissibility,*supra* note 279, para 267.

[1545] *Ambiente Ufficio v. Argentina*, Decision on Jurisdiction and Admissibility, *supra* note 279, para 121.

[1546] *Ibid.*, para 146.

[1547] *Abaclat v. Argentina*, Decision on Jurisdiction and Admissibility (Abi-Saab Dissenting), *supra* note 281, para 171-174.

[1548] *Ambiente Ufficio v. Argentina*, Decision on Jurisdiction and Admissibility, *supra* note 279, para 285.

> *construed from other sources, including acquiescence and events occurring after the conclusion of the treaty; the Vienna Convention on the Law of Treaties is replete with situations in which the necessary consent or mutual agreement is 'otherwise established'. That includes also cases in which the 'agreement' does not come about simultaneously, but is constructed in attenuated form out of disaggregated acts of consent by the different parties*[1549]

Néanmoins, le tribunal s'éloigne de considérations liées au consentement explicite aux litiges de masse, pour se concentrer sur la nature du litige. Selon lui, c'est le cœur de la distinction entre l'affaire devant eux et un litige de masse :

> *The Tribunal has already indicated that it is perfectly possible, in its opinion, for 'a dispute' to have more than one party on the claimant's side. But the interest represented on each side of the dispute has to be in all essential respects identical for all of those involved on that side of the dispute*[1550]

Aussi proche de démarches du droit interne[1551] qu'elle soit, cette approche contourne toutefois la réelle problématique. Cette construction juridique a un sens certain en droit national en raison de la compétence obligatoire des juridictions. Pour des questions d'efficacité de la justice, une juge peut décider de regrouper des affaires en une seule, voire d'attraire dans la procédure des parties qui ne sont pas forcément impliquées ou qui ne le souhaitent pas.[1552] En droit international, en revanche, il est légitime de s'interroger sur la pertinence de la comparaison. En raison de la nécessité de trouver une source de juridiction attribuée, tout changement de nature du litige peut avoir de lourdes conséquences. En particulier, si le litige est amené à changer en raison de la multiplicité des plaignants, il faudrait que le tribunal s'assure avoir compétence sur ce point précis. Il ne peut pas extrapoler son autorité comme ce peut être le cas en droit interne.

La nature particulière des litiges de masse peut être abordée à travers un autre prisme, celui de la comparaison avec les tribunaux spécifiquement créés à cet effet. À l'instar du tribunal irano-américain des réclamations, il est envisageable de traiter plusieurs centaines d'affaires portant sur un complexe de faits similaire.[1553] Néanmoins, ce tribunal est créé à cet effet, et plutôt que de

---

[1549] *Ibid.*, para 285.

[1550] *Ibid.*, para 292.

[1551] Il s'agit à la fois du principe de connexité et de celui de consorité, DUCROT M., *La procédure d'expulsion du locataire ou du fermier non agricole : quelques législations cantonales au regard du droit fédéral*, Genève, Schulthess, 2005, 211.

[1552] Voir notamment la notion d'*appel en cause*, d'*intervention forcée* ou de *Streitverkündung* en droit civil, et d'*impleader* en droit commun.

[1553] Voir *supra* 77.

transformer les différents cas en une seule affaire, il le fait de manière approfondie dans certains cas, avant qu'un accord global soit trouvé.[1554]

À la suite du tribunal irano-américain des réclamations, diverses commissions similaires sont mises en place.[1555] Néanmoins, il s'agit chaque fois d'institutions conçues spécifiquement et explicitement pour traiter de ce type de litige. Les États à l'origine de cette démarche sont donc conscients que le travail et le mode de résolution des litiges sont fondamentalement différents de celui d'un simple arbitrage. Ces points rejoignent l'idée selon laquelle un consentement spécifique aux litiges de masse est nécessaire, et ne peut être inféré d'un consentement standard à l'arbitrage CIRDI.

[1554] GIROUD & MOSS, *supra* note 275, 486-487.

[1555] *Ibid.*, 487-492.

Conclusion de la troisième partie

Dans cette partie, le premier chapitre joue le rôle de grand égalisateur. Il sert de point de départ partagé, sur des points relativement peu contentieux. Une présentation globale des catégories de don du consentement est proposée, ainsi que leurs caractéristiques saillantes respectives. Exercice scolaire s'il en est, cette typologie reste néanmoins cruciale pour le second chapitre. Ce n'est pas à dire que tous les points sont absolument évidents. À titre d'exemple, les catégorisations du *forum prorogatum* et du consentement par TBI au CIRDI peuvent être débattues. Cela étant, de manière générale, les catégories sont bien établies.

Dans le second chapitre, les conséquences de la catégorisation faite précédemment sont présentées. Ici, les dissensions commencent à apparaître de manière plus claire. L'approche interprétative est variée, avec quelques tendances générales.

À travers les quelques sections suivantes, les cadres explosent. La variété de problèmes actuels touchant de près ou de loin à la question du consentement est mise en évidence. D'autres apparaîtront dans le futur, dans la lutte éternelle entre le demandeur, toujours plus créatif pour établir le consentement du défendeur, et ce dernier, prêt aux interprétations les plus restrictives pour le nier. Il est difficile de prédire sur quels points les nouveaux champs de bataille s'ouvriront, mais il y a fort à parier que ce sera dans le cadre de l'arbitrage d'investissement, qu'il s'agisse du CIRDI ou d'autres institutions, voire dans une éventuelle future Cour d'arbitrage d'investissement ou mécanisme d'appel.[1556] Les situations analysées ci-dessus appellent toutefois quelques commentaires plus généraux.

En premier lieu, dans les problématiques liées aux litiges de masse comme dans celles liées à la clause NPF, une problématique d'interprétation est omniprésente, lisible entre les lignes, mais rarement nommée. En fin de compte, la question centrale tourne autour de l'interprétation évolutive.[1557] Malgré le fait que certains tribunaux cachent la question derrière une prétendue volonté *ex ante* des États de consentir à l'arbitrage international, la réalité est autre. Dans la majeure partie des cas, de manière réaliste, il est impossible d'affirmer que tous les signataires du TBI souhaitaient étendre la compétence à travers la clause NPF ou aux litiges de masse. Seules des raisons impérieuses justifient une modification de la lecture du traité, raisons qui peuvent être trouvées dans les

[1556] AMBROSE H. & NAISH V., *An Investment Court system or an Appeals mechanism? The EU's 2017 consultation on multilateral reform of ISDS* in *Practical Law Arbitration Blog*, 15 February 2017 (arbitrationblog.practicallaw.com/an-investment-court-system-or-an-appeals-mechanism-the-eus-2017-consultation-on-multilateral-reform-of-isds/) (1.4.2019).

[1557] Seul le tribunal dans l'affaire *Daimler v. Argentina* y fait référence dans ce contexte, *Daimler v. Argentina*, *supra* note 290, para 267-270.

différentes modes d'interprétation évolutive.[1558] Dans tous les cas, l'honnêteté intellectuelle et une bonne administration de la justice exigent d'approcher de front la question, plutôt que de tenter de faire dire à un traité ce qu'il ne dit pas. Une approche de front permet également de démasquer les erreurs de raisonnement se cachant dans ces interprétations. À titre d'exemple, la pratique subséquente de l'une des parties au TBI est régulièrement invoquée.[1559] Il s'agit de tout sauf d'une règle d'interprétation consacrée, et dans ces conditions, un regard critique est nécessaire. Le *caveat* mentionné plus haut s'impose toutefois.[1560] L'affaire des *Usines de pâte à papier* met un frein sérieux aux possibilités d'utilisation de l'interprétation évolutive lors de l'examen du consentement.

Pour le surplus, comme il ressort des développements ci-dessus, la possibilité d'invoquer le consentement à travers une clause parapluie est plus raisonnable qu'à travers une clause NPF. La justification tient, dans une large mesure, à la raison d'être respective de ces dispositions. Comme évoqué, la clause parapluie peut difficilement être conçue comme autre chose qu'une volonté d'élargir le champ de protection du TBI, en particulier sur des questions juridictionnelles. À l'inverse, s'agissant de la clause NPF, il est possible de lui trouver une utilité importante sans violer le principe d'*ejusdem generis*. Un traitement plus favorable peut exister sans pour autant s'étendre aux règles d'accès à la juridiction internationale.

Par ailleurs, le consentement à travers une clause NPF peut aisément mener à créer un hybride que les signataires du TBI n'ont pas souhaité. Une approche fragmentaire implique de renier leur volonté. À l'inverse, concernant les clauses parapluie, c'est normalement[1561] à des dispositions négociées entre les deux parties — le contrat d'investissement — auxquelles il est référé. Il ne s'agit pas ici de créer ce monstre de Frankenstein à travers une disposition générale du traité. Ainsi, toutes les interprétations imaginatives ne sont pas égales.

Enfin, il est intéressant de constater que les problèmes liés aux juridictions interétatiques sont davantage des serpents de mer que de grandes nouveautés. Vraisemblablement en raison de la relative immutabilité des textes constitutifs de ces juridictions, les problèmes sont déjà défrichés. Cependant, une même difficulté peut se poser sous un angle nouveau, ou plus intense, et faire renaître ainsi un intérêt disparaissant. Cela étant, les deux situations mentionnées plus haut touchent aux limites du consentement. Concernant les avis consultatifs, c'est la bonne foi des acteurs du système qui est interrogée. Comment défendre

[1558] À ce sujet, voir MARCEAU, *supra* note 1319. Voir également *supra* 321.

[1559] *Maffezini v. Spain*, Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction, *supra* note 1444, para 58 ; *Plama v. Bulgaria*, Decision on Jurisdiction, *supra* note 916, para 195

[1560] Voir *supra* 322.

[1561] Un questionnement subsiste quant à la question des accords signés avec des tiers, ANTONY, *supra* note 1517, 628-634.

droitement que le consentement n'est pas pertinent dans ces situations, alors que la limite entre une compétence consultative et contentieuse tend à se brouiller ? Pour la question de la participation des tiers à la procédure, le consentement sert plutôt à déterminer les limites d'une procédure donnée. Comment ne pas empiéter sur les droits d'un tiers, tout en donnant effet au consentement donné par deux parties ? En ceci, la problématique évoque la célèbre maxime de MILL : « *[t]he liberty of the individual must be thus far limited ; he must not make himself a nuisance to the other people* »[1562].

Cette partie peut être résumée en une construction déconstruite. Après avoir posé précautionneusement les pierres dans la typologie du consentement et appliqué le mortier avec les règles interprétation, les tendances actuelles viennent balayer l'édifice. C'est l'occasion, en particulier dans le cadre du CIRDI, de constater que les plus belles théories ne résistent pas aux juges et leur constructionnisme. Aussi solide ou carré qu'il soit, le raisonnement abstrait est soumis, en fin de compte, à une poignée de femmes et d'hommes qui *feront* le droit.

[1562] MILL J.-S., *On Liberty*, 2nd ed., London, John W. Parker & Son, 1859, 101.

Conclusion générale

Un bon et fin dîner doit se terminer de préférence par d'excellents fruits qui, en parfumant la bouche, font oublier le goût des viandes.[1563]

Au sortir de ce travail, le premier constat à faire est quelque peu morne. Cette recherche répond moins à des questions qu'elle n'en pose de nouvelles. C'est peut-être là l'exercice d'une thèse, qui pousse une notion dans ses retranchements, et, à cette occasion met au jour un nouveau champ de recherche derrière chacun d'entre eux. Néanmoins, avant de revenir sur les questions que ce travail soulève, il convient de se tourner vers les possibles ajouts de ce travail à la connaissance du consentement étatique à la compétence. Pour ce faire, la liste suivante des constatations peut être établie :

1) Le consentement à la compétence se définit par la soumission à une nouvelle obligation, d'être lié par la décision de la cour ou du tribunal ;
2) En conséquence, aucun formalisme particulier ne s'y attache, il est plutôt le résultat d'un ensemble de conditions nécessaires réunies ;
3) L'obligation de consentir doit être distinguée du consentement réel ;
4) Le consentement à la compétence est le résultat d'une longue évolution historique, remontant à la Grèce antique. Les principaux types de dons du consentement peuvent déjà être trouvés à cette époque, ils ne sont pas une mode récente ;
5) Le degré auquel le consentement est purement ascendant ou non varie selon le philosophe politique étudié, rien ne dicte que l'approche adoptée actuellement soit la seule valable ;
6) L'histoire et la philosophie du consentement démontrent que sa conception actuelle est le résultat d'un choix politique ;
7) Un changement de dogme ou d'idéologie autour de la question peut amener à une diminution de l'importance, voire une disparition de l'exigence de consentement à la compétence ;
8) À moins d'une obligation spécifique quant au formalisme du consentement, c'est la substance de celui-ci qui prime une quelconque forme ;

[1563] ESCOFFIER A., *Ma Cuisine*, Paris, Ernest Flammarion, 1934, 6.

9) Le consentement à la compétence implicite est possible ;

10) Le consentement à la compétence est la porte d'accès au reste de l'action de la juridiction ;

11) La majeure partie des conditions préalables à l'accès à la juridiction sont des conditions de compétence ;

12) Les conditions préalables liées à une partie elle-même et celles liées à la personne dont l'État représente les intérêts ne peuvent être traitées de la même manière ;

13) La futilité du respect d'un délai de carence avant la saisine d'une juridiction n'amène pas tant à passer outre une condition de compétence qu'à appliquer les éléments la constituant ;

14) Lorsqu'un consentement de principe est donné, un certain nombre de pouvoirs ne peuvent être ôtés que par un *opt-out* explicite ;

15) Une variation importante existe quant à la manière dont ces pouvoirs sont abordés par différentes juridictions ;

16) Les pouvoirs inhérents correspondent à ceux des pouvoirs intimement liés à la fonction judiciaire elle-même ;

17) À ce titre, les pouvoirs inhérents ne peuvent être retirés à une juridiction sans la dénaturer ;

18) La compétence de la compétence est un réel pouvoir inhérent des juridictions ;

19) La compétence de la compétence est une fiction se résolvant d'elle-même dans le processus d'établissement de la compétence par une juridiction ;

20) Les États ne disposent pas d'une marge de manœuvre absolue dans la détermination de l'étendue du consentement qu'ils souhaitent donner à la compétence d'une juridiction ;

21) Des aspects descendants s'imposent aux États dans le retrait de leur consentement à la compétence, comme la notion de *perpetuatio fori* ;

22) Les clauses subjectives sont une ingérence de l'État dans la fonction judiciaire ;

23) L'effet exact des réserves invalides est peu clair à ce stade, mais une approche invalidant uniquement la réserve et non l'entier du consentement est à préconiser. Dans ce contexte, la juridiction commence par établir qu'un État *opt-in* sa compétence, avant de déterminer que l'*opt-out* n'est pas valable ;

24) Le *forum prorogatum* est un don du consentement unilatéral ;

25) L'interprétation du consentement n'est pas la même selon qu'il s'agit d'un consentement unilatéral ou multilatéral ;

26) L'intention est plus importante dans l'interprétation d'un consentement unilatéral que multilatéral ;

27) L'offre ouverte dans un TBI est à interpréter comme un consentement multilatéral. Il est toutefois possible que l'intention des États le concluant soit davantage prise en compte ;

28) L'interprétation évolutive du consentement à la compétence est à approcher avec circonspection ;

29) Il existe une gradation dans le degré de consentement requis pour la participation des tiers à une procédure ;

30) Les avis consultatifs ne requièrent pas de consentement à la compétence de la part des États ;

31) L'utilisation d'une clause NPF pour importer le consentement d'un autre TBI ne peut être acceptée que lorsqu'il est clair que la clause NPF couvre la résolution juridictionnelle des différends ;

32) Les litiges de masses doivent faire l'objet d'un consentement spécifique sur le sujet ;

33) Les tendances concernant le consentement à la compétence poussent la notion dans ses retranchements, voire la dénaturent.

Ces quelques points éclaircis, il est nécessaire de revenir sur trois éléments importants apparus dans ce travail. Le premier touche aux spécificités de l'arbitrage d'investissement, le deuxième aux différentes cultures juridictionnelles et le troisième au dogme du consentement.

Concernant l'arbitrage d'investissement, la lectrice avisée se sera rendu compte qu'un œil critique est posé sur une grande partie de la jurisprudence du CIRDI. Cette approche ne découle pas d'un *a priori* particulier sur le domaine de l'investissement, bien au contraire. Il n'est pas honteux de dévoiler, par exemple, que la perception de l'importation de la compétence à travers une clause NPF a changé au cours de ce travail. Partant d'une ouverture de principe à la question il y a quelques années, la recherche a mené à un changement de perspective. Ce revirement s'explique par les raisonnements juridiques trouvés dans la majeure partie des arrêts acceptant l'idée. Lorsqu'une approche n'est pas convaincante, incohérente, voire tout simplement erronée au regard du droit international en vigueur, il n'est pas utile de s'accrocher à ses préconceptions.

Dès lors, il est important de souligner que si une opposition fréquente avec une partie de la jurisprudence du CIRDI est manifestée dans ce travail, deux raisons principales peuvent l'expliquer. La première est qu'il est possible d'y trouver tout et son contraire. C'est là toute la magie de l'arbitrage. La non-identité des juges entre les différentes affaires, ainsi que l'absence de réel mécanisme d'appel entraîne une variabilité dans la jurisprudence qui fait tout

sauf contribuer à la sécurité juridique du système. La seconde raison touche à l'impression générale qui peut ressortir de certains arrêts. À diverses occasions et à dessein ou non, des tribunaux arbitraux se prononcent en faveur de l'investisseur en appliquant un raisonnement paraissant erroné. Il est toutefois désagréable d'en retirer l'impression que ces erreurs dans le raisonnement vont, de manière assez systématique, en faveur de l'investisseur, et rarement de l'État. En découle un sentiment général que le consentement *étatique* à la compétence est conçu de manière bien plus large en droit de l'investissement que dans le reste du droit international, sans pour autant qu'une justification raisonnable ne puisse être proposée.[1564]

La seule justification possible se trouve dans le deuxième élément méritant quelques mots. Il s'agit des différences de culture juridictionnelles. Comme annoncé en introduction, la prise en compte de différentes juridictions a pour but une analyse comparative de l'approche relative au consentement à la compétence des juridictions. À l'exception de l'essence même du consentement, force est de constater que ce qui peut être une évidence dans un système juridictionnel ne l'est pas dans un autre. L'OMC joue d'ailleurs les trouble-fête dans cette analyse, en particulier concernant les pouvoirs implicites des juridictions. Nombre de pouvoirs évidents pour le fonctionnement normal de la CIJ ou du TIDM ne sont même pas évoqués dans le cadre de l'OMC. Ainsi, il faut constater les limites d'une tentative d'approche unifiée du consentement. À noter que ces différences de cultures juridictionnelles ne sont pas forcément uniquement le fait des juges eux-mêmes. Au contraire, dans la perspective du consentement à la compétence, c'est l'attribution des différents pouvoirs par les États qui peut être examinée. Ce serait d'ailleurs un projet de recherche interdisciplinaire particulièrement intéressant. Quels sont les pouvoirs découlant du consentement des États dans différentes juridictions, et à quel point les variations peuvent-elles être expliquées par les attentes des États et le type de traité dont il s'agit ? Dans quelles mesures les communautés épistémiques propres à chaque système juridique international influencent-elles les pouvoirs des juridictions ?

Enfin, le troisième élément sur lequel il est utile revenir touche à ce qui est, somme toute, le plus grand enseignement personnel de ce travail. La question du dogme traverse l'ensemble de cette recherche, en mettant en avant combien l'approche politique est déterminante dans la manière dont le consentement à la compétence est conçu. L'idée même selon laquelle un consentement à la compétence est nécessaire est un filtre transparent. Il s'agit, ni plus ni moins, d'un présupposé, découlant d'une histoire et de choix politiques axés sur la souveraineté. Si le fondement du système d'arbitrage par le pape au Moyen Âge

[1564] En ce sens, STERN B., *ICSID Arbitration and the State's Increasingly Remote Consent: Apropos the* Maffezini *Case* in *Law in the Service of Human Dignity: Essays in Honour of Florentino Feliciano* [CHARNOVITZ Steve/STEGER Debra P./VAN DEN BOSSCHE Peter ed.], Cambridge, Cambridge University Press, 2005, 246-260.

doit être remis en cause — une volonté d'hégémonie religieuse est rarement une approche saine —, il est instructif et peut être source d'espoir pour le futur. Une volonté commune de l'humanité et des chefs d'État visant à faire de la Justice un principe cardinal de leur philosophie politique pourrait amener, à terme, à la disparition du critère de consentement à la compétence tel qu'actuellement conçu. Les mots de HART résonnent ici étrangement :

> *Perhaps international law is at present in a stage of transition towards acceptance of this and other forms which would bring it nearer in structure to a municipal system. If, and when, this transition is completed the formal analogies, which at present seem thin and even delusive, would acquire substance, and the sceptic's last doubts about the legal 'quality' of international law may then be laid to rest.* [1565]

[1565] HART, *supra* note 37, 236-237.

Bibliographie

Livres

ABDELMALKI L. & SANDRETTO R., *Le commerce international : Analyses, institutions et politiques des États*, Louvain-la-Neuve, De Boeck Supérieur, 2017

ACADÉMIE FRANÇAISE, *Dictionnaire de l'Académie française*, 9ème édition, Vol. 2, Paris, Imprimerie nationale/Fayard, 2000

ADAMS D., *Dirk Gently's Holistic Detective Agency*, Croydon, Pan Books, 2012

AGER S., *Interstate Arbitrations In The Greek World – 337-90 B.C.*, Berkeley, University of California Press, 1997

AMERASINGHE C. F., *Jurisdiction of International Tribunals*, The Hague, Kluwer Law International, 2003

AMERASINGHE C. F., *Jurisdiction of Specific International Tribunals*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2009

AMERASINGHE C. F., *Local Remedies in International Law*, 2nd ed., Cambridge, Cambridge University Press, 2004

AMERASINGHE C. F., *International Arbitral Jurisdiction*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2011

AMERICAN LAW INSTITUTE & UNIDROIT, *Principles of Transnational Civil Procedure*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006

ANTONOPOULOS C., *Counterclaims before the International Court of Justice*, The Hague, Springer, 2011

AUST A., *Modern Treaty Law and Practice*, 3rd ed., Cambridge, Cambridge University Press, 2013

AUSTIN J., *The Province of Jurisprudence Determined*, Cambridge, Cambridge University Press, 1995

BATES E., *The Evolution of the European Convention on Human Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2010

BJORGE E., *The Evolutionary Interpretation of Treaties*, Oxford, Oxford University Press, 2014

BLANQUI A., *Critique sociale*, Vol. 1, Paris, Felix Alcan, 1885

BLIN A., *1648, la paix de Westphalie ou la naissance de l'Europe politique moderne*, Bruxelles, Éditions Complexe, 2006, 131-164

BODIN J., *Les six livres de la république*, Lyon, Jean de Tournes, 1579

CALVO C., *Le droit international théorique et pratique*, 6ème ed., Vol. 3, Paris, Guillaumin et Cie, 1888

CASTEL DE SAINT-PIERRE C. I., *Mémoires pour rendre la paix perpétuelle en Europe*, Vol. 1, Cologne, Jaques le Pacifique, 1712

CENTRE INTERNATIONAL POUR LE RÈGLEMENT DES DIFFÉRENDS RELATIFS AUX INVESTISSEMENTS, *History of the ICSID Convention : Documents Concerning the Origin and the Formulation of the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States*, Vol. II, Part 1, Washington, International Centre for Settlement of Investment Disputes, 1968

CHARRON P., *De la sagesse*, *Tome premier*, Paris, Amaury Duval, 1827

CHENG B., *The Law of International Air Transport*, London, Stevens, 1962

COMTE A., *Discours sur l'ensemble du positivisme*, Paris, Société positiviste internationale, 1907

CONSEIL DE L'EUROPE & BRITISH INSTITUTE OF INTERNATIONAL AND COMPARATIVE LAW, *Treaty Making: Expression of Consent by States to be bound by a Treaty*, The Hague, Kluwer Law International, 2001

CORTEN O. & KLEIN P., *The Vienna Conventions on the Law of Treaties: A Commentary*, Oxford, Oxford University Press, 2011

COVELL C., *The Law of Nations in Political Thought*, Chipenham and Eastbourne, Palgrave Macmillan, 2009

DAILLER P., FORTEAU M. & PELLET A., *Droit international public*, 8ème ed., Paris, L.G.D.J., 2009

DE VATTEL E., *Le Droit des gens : Principes de la loi naturelle, appliqués à la conduite et aux affaires des Nations et des Souverains, Tome 1, Londres, 1758*

DE VISSCHER C., *Théories et réalités en droit international public*, 4ème ed., Paris, A. Pedone, 1970

DELISLE G., *Chroniques de Jerusalem*, Ligugé, Delcourt, 2011

DERRIDA J., *Voyous*, Paris, Éditions Galilée, 2003

DJEFFAL C., *Static and Evolutive Treaty Interpretation,* Cambridge, Cambridge University Press, 2016

DOLZER R. & SCHREUER C., *Principles of International Investment Law*, 2nd ed., Oxford, Oxford University Press, 2012

DÖRR O. & SCHMALENBACH K. ed., *Vienna Convention on the Law of Treaties: A Commentary*, Berlin, Springer, 2012

DU MONT J., *Corps universel du droit des gens*, Vol. III, Partie I, La Haye, P. Husson et Charles Levier, 1726

DUCROT M., *La procédure d'expulsion du locataire ou du fermier non agricole : quelques législations cantonales au regard du droit fédéral*, Genève, Schulthess, 2005

DWORKIN R., *Law's Empire*, Cambridge, Belknap Press, 1986

ECKART C., *Promises of States under International Law*, Oxford, Hart Publishing, 2012

ELIAS O. & LIM C. L., *The Paradox of Consensualism in International Law*, The Hague, Kluwer Law International, 1998

ESCOFFIER A., *Ma Cuisine*, Paris, Ernest Flammarion, 1934

FITZMAURICE M., ELIAS O. & MERKOURIS P. ed., *Treaty Interpretation and the Vienna Convention on the Law of Treaties: 30 Years On*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2010

FOUCAULT M., *Il faut défendre la société — Cours au Collège de France 1976*, Paris, Seuil — Gallimard, 1997

GARDINER R., *Treaty Interpretation*, Oxford, Oxford University Press, 2008

GAURIER D., *Histoire du droit international : De l'Antiquité à la création de l'ONU*, Rennes, Presses Universitaires de Rennes, 2014

GOSSELIN J. E. A., *Pouvoir du pape au Moyen Âge*, Paris, Librairie classique de Perisse Frères, 1845

GOURGOURINIS A., *Equity and Equitable Principles in the World Trade Organization: Addressing conflicts and overlaps between the WTO and other regimes*, Abingdon, Routledge, 2016

HADDON M., *The Curious Incident of the Dog in the Night-Time*, Croydon, Vintage, 2004

HART H. L. A., *The Concept of Law*, 2nd ed., Oxford, Clarendon Press, 1995

HEPBURN J., *Domestic Law in International Investment Arbitration*, Oxford, Oxford University Press, 2017

HERNÁNDEZ G. I., *The International Court of Justice and the Judicial Function*, Oxford, Oxford University Press, 2014

HOBBES T., *Leviathan*, Ware, Wordsworth Editions, 2014

HUDSON M. O., *The Permanent Court Of International Justice: A Treatise*, New York, The Macmillan Company, 1934

JENNINGS R. & WATTS A., *Oppenheim's International Law – Peace*, Vol. 1, 9th edition, Harlow, Longman, 1992

JOHNSTON D., *A Brief History of Justice*, Singapore, Wiley-Blackwell, 2011

JOYNER C. C., *International Law in the 21st Century: Rules for Global Governance*, Lanham, Rowman & Littlefields Publishers, 2005

KELSEN H., *Principles of International Law*, 2nd ed., New York, Holt Rinehart and Winston Inc., 1966

KOLB R., *Good Faith in International Law*, Oxford, Hart Publishing, 2017

KOLB R., *Interprétation et création du droit international. Esquisse d'une herméneutique juridique moderne pour le droit international public*, Bruxelles, Bruylant, 2006

KOLB R., *The International Court of Justice*, Oxford, Hart Publishing, 2013

KOSKENNIEMI M., *From Apology to Utopia: The Structure of International Legal Argument*, 2nd ed., Cambridge, Cambridge University Press, 2006,

LAMM V., *Compulsory Jurisdiction in International Law*, Cheltenham, Edward Elgar, 2014

LAUTERPACHT H., *Oppenheim's International Law – Peace*, Vol. 1, 8th edition, Harlow, Longman, 1955

LAUTERPACHT H., *The Function of Law in the International Community*, Oxford, Oxford University Press, 2011

LINDERFALK U., *On the Interpretation of Treaties: The Modern International Law as Expressed in the 1969 Vienna Convention on the Law of* Treaties, Dordrecht, Springer, 2007

LOCKE J., *Two Treatises of Government*, London, Whitmore and Fenn, 1821

LOYSEAU C., *Traité des seigneuries*, Paris, Abel l'Angelier, 1608

MEIER P. & DE LUZE E., *Droits des personnes*, Zürich, Schulthess, 2014

MÉRIGNHAC A., *Traité théorique et pratique de l'arbitrage international*, Paris, L. Larose Éditeur, 1895

MILDE M., *International Air Law and ICAO*, The Hague, Eleven International Publishing, 2016

MILL J.-S., *On Liberty*, 2nd ed., London, John W. Parker & Son, 1859

MONTESQUIEU, *De l'esprit des loix, Tome premier*, Genève, Barillot et Fils, 1749

MONTESQUIEU, *De l'esprit des loix, Tome troisième*, Genève, Barillot et Fils, 1750

MOORE J. B., *History and Digest of the International Arbitrations to which the United States has been a Party*, Vol. 1, Washington, Government Printing Offices, 1898

MOORE J. B., *History and Digest of the International Arbitrations to which the United States has been a Party*, Vol. 3, Washington, Government Printing Offices, 1898

MOORE J. B., *International Adjudications Ancient and Modern: History and Documents – Modern Series*, Vol. 4, New York, Oxford University Press, 1931

NATIONS UNIES, *Répertoire de la pratique des organes des Nations Unies (1945–1954)*, Vol. 5

NATIONS UNIES, *Répertoire de la pratique des organes des Nations Unies, Supplément No 2 (1955–1959)*, Vol. 3

NEFF S. C., *Justice among Nations : A History of International Law*, Cambridge, Harvard University Press, 2014

NOVACOVITCH M., *Les compromis et les arbitrages internationaux du XIIe au XVe siècle*, Paris, A. Pedone, 1905

NUSSBAUM A., *A Concise History of the Law of Nations*, New York, The Macmillan Company, 1947

ONGUENE ONANA D. E., *La compétence en arbitrage international relatif aux investissements*, Bruxelles, Bruylant, 2012

OPELLO W. C. & ROSOW S. J., *The Nation-State and Global Order: A Historical Introduction to Contemporary Politics*, Londres, Lynne Rienner Publishers, 1999

ORAKHELASHVILI A., *The Interpretation of Acts and Rules in Public International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2008

ORGANISATION DE COOPERATION ET DE DEVELOPPEMENT ECONOMIQUES, *International Investment Law : A Changing Landscape*, Paris, OECD Publishing, 2005

ORWELL G., *The Collected Essays, Journalism and Letters of George Orwell: In front of your nose, 1945-1950*, Vol. 4, London, Secker & Warburg, 1968

PAINE L. P., *Warships of the World to 1900*, Boston, Mariner Books, 2000

PARRA A. R., *The History of ICSID*, 2nd ed., Oxford, Oxford University Press, 2017

PATEMAN C., *The Problem of Political Obligation: A Critique of Liberal Theory*, Berkeley, University of California Press, 1985

PELLET A., *La seconde mort d'Euripide. Notes sur le projet de la CDI sur la protection diplomatique* in *Droit du pouvoir, pouvoir du droit : Mélanges offerts à Jean Salmon*, Bruxelles, Bruylant, 2007, 1359-1382

PERELMAN C., *Justice et Raison*, 2e ed., Bruxelles, Éditions de l'Université de Bruxelles, 1972

PERGANTIS V., *The Paradigm of Consent in the Law of Treaties*, Cheltenham, Edward Elgar, 2017

PETERSMANN E.-U., *The GATT/WTO Dispute Settlement System: International Law, International Organizations and Dispute Settlement*, The Hague, Kluwer Law International, 1997

PICCIRILLI L., *Gli arbitrati interstatali greci*, Vol. I, Cuneo, Edizioni Marlin Pisa, 1973

PRATCHETT T., *The Light Fantastic*, Croydon, Corgi Books, 2012

RÆDER A., *L'arbitrage international chez les Hellènes*, Paris, Felix Alcan, 1912

RAJESH BABU R., *Remedies Under the WTO Legal System*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2012

RALSTON J. H., *International Arbitration from Athens to Locarno*, Stanford, Stanford University Press, 1929

RAWLS J., *A Theory of Justice: Revised Edition*, Cambridge, Belknap Press, 1999

RILEY P., *Will and Political Legitimacy: A Critical Exposition of Social Contract Theory in Hobbes, Locke, Rousseau, Kant and Hegel*, Cambridge, Harvard University Press, 1982

ROSENNE S., *Interpretation, Revision, and Other Recourse from International Judgments and Awards*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2007

ROSENNE S., *The Law and Practice of the International Court : 1920-2005 : Procedure*, Vol. 3, 4th ed., Leiden, Martinus Nijhoff, 2006

ROSENNE S., *The Law and Practice of the International Court : 1920-2005 : The Court and the United Nations*, Vol. 1, 4th ed., Leiden, Martinus Nijhoff, 2006

ROSENNE S., *The Law and Practice of the International Court : 1920-2005: Jurisdiction*, Vol. 2, 4th ed., Leiden, Martinus Nijhoff, 2006

ROUSSEAU J. J., *Du Contrat Social ou Principes du droit politique – Livre II*, Genève, Marc Michel Bousquet, 1766

SALLES L. E., *Forum Shopping in International Adjudication: The Role of Preliminary Objections*, Cambridge, Cambridge University Press, 2014

SCHORER S., *Das Konsensprinzip in der internationalen Gerichtsbarkeit*, Frankfurt am Main, Peter Lang, 2002

SCHREUER C. H., MALINTOPPI L., REINISCH A. & SINCLAIR A., *The ICSID Convention : A Commentary*, 2nd ed., Cambridge, Cambridge University Press, 2009

SHANY Y., *Questions of Jurisdiction and Admissibility Before International Courts*, Cambridge, Cambridge University Press, 2016

SHIHATA I. F. I., *The Power of the International Court to determine its own Jurisdiction: Compétence de la Compétence*, Martinus Nijhoff, La Haye, 1965

SORNARAJAH M., *The International Law on Foreign Investment*, 3rd ed., Cambridge, Cambridge University Press, 2010

STEINGRUBER A. M., *Consent in International Arbitration*, Oxford, Oxford University Press, 2012

STUYT A. M., *Survey of International Arbitrations 1794-1938*, Springer, 2013

SUY E., *Les actes juridiques unilatéraux en droit international public*, Louvain, Sintal, 1962

TOD M. N., *International Arbitration Amongst the Greeks*, Oxford, Oxford University Press

VAN DAMME I., *Treaty Interpretation by the WTO Appellate Body*, Oxford, Oxford University Press, 2009

VAN DEN BOSSCHE P. & ZDOUC W., *The Law and Policy of the World Trade Organization*, 4th ed., Cambridge, Cambridge University Press, 2017

VEILLETTE J., *Récit national et imaginaires identitaires au double prisme du « bilinguisme » et de la « migration »*, Berne, Peter Lang, 2015

VILLIGER M., *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2009

WALLERSTEIN I., *The Politics of World-Economy*, Cambridge, Cambridge University Press, 1984

WATTERSON B., *Calvin and Hobbes: The Days Are Just Packed*, Kansas City, Andrews & McMeel, 1993

WEERAMANTRY J. R., *Treaty Interpretation in Investment* Arbitration, Oxford, Oxford University Press, 2012

WELLENS K., *Negotiations in the Case Law of the International Court of Justice*, Dorchester, Ashgate, 2014

WESTPHAL K. R., *Hegel's Epistemological Realism*, Dordrecht, Kluwer Academic Publishers, 1989

WORLD TRADE ORGANIZATION, *A Handbook on the WTO Dispute Settlement System*, 2nd edition, Cambridge, Cambridge University Press, 2017

YAMBRUSIC E. S., *Treaty Interpretation: Theory and Reality*, Lanham, University Press of America, 1987

ZOLA E., *Au bonheur des dames*, Paris, G. Charpentier & E. Fasquelle, 1895

Chapitres de livres

ABI-SAAB G., *Introduction : A Meta-Question* in *Evolutionary Interpretation and International Law* [ABI-SAAB Georges/KEITH Kenneth/MARCEAU Gabrielle/MARQUET Clément ed.], Oxford, Hart Publishing, à paraître 2019, 7-12

ALEXANDROV S. A. & MENDENHALL J., *Breach of Treaty Claims and Breach of Contract Claims: Simplification of International Jurisprudence* in *Contemporary Issues in International Arbitration and Mediation: The Fordham Papers 2014* [ROVINE Arthur W. ed.], Leiden, Brill Nijhoff, 2015, 24-44

ANTONACCIO C. M., *Colonization: Greece on the Move, 900-480* in *The Cambridge Companion to Archaic Greece* [SHAPIRO Harvey Alan ed.], Cambridge, Cambridge University Press, 2007, 201-224

BANIFATEMI Y., *The Emerging Jurisprudence on the Most-Favoured-Nation Treatment in Investment Arbitration* in *Investment Treaty Law: Current Issues III* [BJORKLAND Andrea/LAIRD Ian/RIPINSKY Sergey ed.], King's Lynn, British Institute of International and Comparative Law, 2009, 241-273

BEAULAC S., *The Power of the Westphalian Myth in International Law* in *Paz de Westphalia/Peace of Westphalia (1648-2008)* [GAMA R.V.P.S./MENEZES W. ed.], Sao Paulo, University Press, 2013

BESSON S., *Theorizing the Sources of International Law* in *The Philosophy of International Law* [BESSON Samantha/TASIOULAS John ed.], Oxford, Oxford University Press, 2010, 163-186

BIANCHI A., *Textual interpretation and (international) law reading: the myth of (in)determinacy and the genealogy of meaning* in *Making Transnational Law work in the Global Economy – Essays in Honour of Detlev Vagts* [DOLZER Rudolf/WAIBEL Michael ed.], Cambridge, Cambridge University Press, 2010, 34-56

BJORGE E., *Time Present and Time Past: The Intention of the Parties and the Evolutionary Interpretation of Treaties* in *Evolutionary Interpretation and International Law* [ABI-SAAB Georges/KEITH Kenneth/MARCEAU Gabrielle/MARQUET Clément ed.], Oxford, Hart Publishing, à paraître 2019, 35-46

BOISSON DE CHAZOURNES L., *The Principle of Compétence de la Compétence in International Adjudication and its Role in an Era of Multiplication of Courts and Tribunals* in *Looking to the Future: Essays in Honor of W. Michael Reisman* [ARSANJANI Mahnoush H./SLOANE Robert/COGAN Jacob/WIESSNER Siegfried ed.], Leiden, Martinus Nijhoff, 2010, 1027-1064

BORN G. & ŠĆEKIĆ M., *Pre-Arbitration Procedural Requirements: 'A Dismal Swamp'* in *Practising Virtue: Inside International Arbitration* [CARON David D./SCHILL Stephan W./SMUTNY Abby Cohen/TRIANTAFILOU Epaminontas E. ed.], Oxford, Oxford University Press, 2015, 227-263

BROCHES A., *The Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other States* in *Recueil des cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, Tome 136, Leiden, Brill, 1972, 331-410

BROWN C., *Inherent Powers in International Adjudication* in *The Oxford Handbook on International Adjudication* [ROMANO Cesare P. R./ALTER Karen J/AVGEROU Chrisanthi ed.], Oxford, Oxford University Press, 2013, 829-847

BUSCH M. L., REINHARDT E., *The Evolution of GATT/WTO Dispute Settlement* in *Trade Policy Research 2003* [CURTIS John M./CIURIAK Dan ed.], Department of Foreign Affairs and International Trade, Ottawa, 2003, 143-183

CAPPS P., *International Legal Positivism and Modern Natural Law* in *International Legal Positivism in a Post-Modern World* [KAMMERHOFER Jörg/ D'ASPREMONT Jean ed.], Cambridge, Cambridge University Press, 2014, 213-240

CARON D. D. & CROOK J. R., *Getting Started* in *The Iran-United States Claims Tribunal and the Process of International Claims Resolution* [CARON David D./CROOK John R. ed.], Transnational Publishers, New York, 2000, 11-18

CASSESE A., *States: Rise and Decline of the Primary Subjects of the International Community* in *The Oxford Handbook of the History of International Law* [FASSBENDER Bardo/PETERS Anne ed.], Oxford, Oxford University Press, 2012, 49-70

CHRISTOFFERSEN J. & MADSEN M. R., *Introduction: The European Court of Human Rights between Law and Politics* in *The European Court of Human Rights between Law and Politics* [CHRISTOFFERSEN Jonas/MADSEN Mikael Rask ed.], Oxford, Oxford University Press, 2011, 1-16

DE TAUBE M., *Les origines de l'arbitrage international : Antiquité et Moyen Âge* in *Recueil des cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, Tome 42, Leiden, Brill, 1932, 1-116

DOMINICÉ C., *La compétence* prima facie *de la Cour internationale de Justice aux fins d'indication de mesures conservatoires* in *Liber Amicorum Judge Shigeru Oda* [NISUKE Ando/MCWHINNEY Edward/WOLFRUM Rüdiger/BAKER RÖBEN Betsy ed.], Vol. 1, The Hague, Kluwer Law International, 383-395

DÖRR O., *Article 31: General Rule of Interpretation* in *Vienna Convention on the Law of Treaties: A Commentary* [DÖRR Oliver/SCHMALENBACH Kirsten ed.], Berlin, Springer, 2012, 521-570

DÖRR O., *Article 32: Supplementary means of interpretation* in *Vienna Convention on the Law of Treaties: A Commentary* [DÖRR Oliver/SCHMALENBACH Kirsten ed.], Berlin, Springer, 2012, 571-586

FISCH J., *Peoples and Nations*, in *The Oxford Handbook of the History of International Law* [FASSBENDER Bardo/PETERS Anne ed.], Oxford, Oxford University Press, 2012, 27-48

FOYLE A., *Extension and Resumption of the Arbitral Tribunal Function after the Final Award* in *Post Award Issues* [TERCIER Pierre ed.], Juris/ASA, New York, 2011, 113-126

FROWEIN J. A. & OELLERS-FRAHM K., *Article 65* in *The Statute of the International Court of Justice: A Commentary* [ZIMMERMANN Andreas/TOMUSCHAT Christian/OELLERS-FRAHMS Karin/TAMS Chrisitan J. ed.], 2nd ed., Oxford, Oxford University Press, 2012, 1606-1637

GARIBIAN S., *Droit pénal international* in *Introduction aux droits de l'homme* [HERTIG RANDALL Maya/HOTTELIER Michel ed.], Genève, Schulthess, 2014, 155-169

GAUTIER P., *Article 2* in *Les Conventions de Vienne sur le droit des traités, Commentaire article par article* [CORTEN Olivier/KLEIN Pierre ed.], Tome I, Bruxelles, Bruylant, 2006, 45-95

GIROUD S. & MOSS S., *Mass Claims Processes under Public International Law* in *Collective Redress in Europe: Why and How?* [LEIN Eva/FAIRGRIEVE Duncan/OTERO CRESPO Marta/SMITH Vincent ed.], London, British Institute of International and Comparative Law, 2015, 481-503

GOLDIE M., *The Reception of Hobbes* in *The Cambridge History of Political Thought 1450-1700* [BURNS Jean H./GOLDIE Mark ed.], Cambridge, Cambridge University Press, 2006, 589-615

GOYARD-FABRE S., *Les rapports du droit et de la morale aujourd'hui* in *Éthique et droit* [DERMANGE François/FLACHON Laurence ed.], Genève, Labor et Fides, 2002, 19-44

JENNINGS R. Y., *The Judicial Function and the Rule of Law* in *Le Droit international à l'heure de sa codification : Études en l'honneur de Roberto Ago*, Vol. III, Milano, Giuffrè, 1987, 139-151

KAUFMANN A., *Règles générales du droit de la paix* in *Recueil des cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, Tome 54, Leiden, Brill, 1935, 309-639

KELSEN H., *Théorie du droit international public* in *Recueil des cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, Tome 84, Leiden, Brill, 1953, 1-203

KINTZINGER M., *From the Late Middle Ages to the Peace of Westphalia*, in *The Oxford Handbook of the History of International Law* [FASSBENDER Bardo/PETERS Anne ed.], Oxford, Oxford University Press, 2012, 607-627

KOHEN M. G., *Interaction between Diplomatic and Judicial Means at the initiation of Proceedings* in *Diplomatic and Judicial Means of Dispute Settlement* [BOISSON DE CHAZOURNES Laurence/KOHEN Marcelo G./VIÑUALES Jorge E. ed.], Leiden, Martinus Nijhoff, 2013, 13-24

KOLB R., *General Principles of Procedural Law* in *The Statute of the International Court of Justice: A Commentary* [ZIMMERMANN Andreas/TOMUSCHAT Christian/OELLERS-FRAHMS Karin/TAMS Chrisitan J. ed.], 2nd ed., Oxford, Oxford University Press, 2012, 871-908

LAIRD I. A., *A Difference without a Distinction? An Examination of the Concepts of Admissibility and Jurisdiction in* Salini v. Jordan *and* Methanex v. USA in

International Investment Law and Arbitration: Leading Cases from the ICSID, NAFTA, Bilateral Treaties and Customary International Law [WEILER Tod ed.], Londres, Cameron May, 2005, 201-222

LEBEN C., *Droit international des investissements: Un survol historique* in *Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational* [LEBEN Charles ed.], Paris, A. Pedone, 2015, 1-79

MARQUET C., *Prospective Linguistics and Trade : The Art of the Deal* in *Evolutionary Interpretation and International Law* [ABI-SAAB Georges/KEITH Kenneth/MARCEAU Gabrielle/MARQUET Clément ed.], Oxford, Hart Publishing, à paraître 2019, 195-204

MARTENS E., *Article 102* in *The Charter of The United Nations: A Commentary* [SIMMA Bruno/KHAN Daniel-Erasmus/NOLTE Georg/PAULUS Andreas/WESSENDORF Nikolai ed.], 3rd ed., Vol. 2, Oxford, Oxford University Press, 2012, 2089-2109

OELLERS-FRAHMS K., *Article 96* in *The Charter of the United Nations: A Commentary* [SIMMA Bruno/KHAN Daniel-Erasmus/NOLTE Georg/PAULUS Andreas/WESSENDORF Nikolai ed.], 3rd ed., Vol. 2, Oxford, Oxford University Press, 2012, 1975-1990

ORAKHELASHVILI A., *The Relevance of Theory and History – The Essence and Origins of International Law* in *Research Handbook on the Theory and History of International Law* [ORAKHELASHVILI Alexander ed.], Cheltenham, Edward Elgar, 2011, 3-22

PAPARINSKIS M., *Inherent Powers of ICSID Tribunals: Broad and Rightly so* in *Investment Treaty Arbitration and International Law* [LAIRD Ian/WEILER Todd ed.], New York, JurisNet, 2012, 11-42

PAULSSON J., *Jurisdiction and Admissibility* in *Global Reflections on International Law, Commerce and Dispute Resolution: Liber Amicorum in honour of Robert Briner* [AKSEN Gerald ed.], Paris, ICC Publishing, 2005, 601-617

PAUWELYN J. & ELSIG M., *The Politics of Treaty Interpretation: Variations and Explanations across International Tribunals* in *Interdisciplinary Perspectives on International Law and International Relations: The State of the Art* [DUNOFF Jeffrey L./POLLACK Mark A. ed.], Cambridge, Cambridge University Press, 2012, 445-474

PAUWELYN J., *Rational Design or Accidental Evolution? The Emergence of International Investment Law* in *The Foundations of International Investment Law: Bringing Theory into Practice* [DOUGLAS Zachary/PAUWELYN Joost/VIÑUALES Jorge E. ed.], Oxford, Oxford University Press, 2014, 11-44

REINISCH A., *Elements of Conciliation in Dispute Settlement Procedures Relating to International Economic Law* in *Conciliation in International Law – The OSCE Court of Conciliation and Arbitration* [TOMUSCHAT Christian/PISILLO MAZZESCHI Riccardo/THÜRER Daniel ed.], Leiden, Brill Nijhoff, 2016, 116-132

ROELOFSEN C. G., *International Arbitration and Courts* in *The Oxford Handbook of the History of International Law* [FASSBENDER Bardo/PETERS Anne ed.], Oxford, Oxford University Press, 2012, 145-169

ROSENNE S., *Provisional Measures and Prima Facie Jurisdiction Revisited* in *Liber Amicorum Judge Shigeru Oda* [NISUKE Ando/MCWHINNEY Edward/WOLFRUM Rüdiger/BAKER RÖBEN Betsy ed.], Vol. 1, The Hague, Kluwer Law International, 515-544

SCHREUER C., *Denunciation of the ICSID Convention and Consent to Arbitration* in *The Backlash against Investment Arbitration: Perceptions and Reality* [WAIBEL Michael/KAUSHAL Asha/CHUNG Kyo-Hwa Liz/BALCHIN Claire ed.], Austin, Wolters Kluwer, 2010, 353-368

SCHWEBEL S. M., *Foreword* in *International Mass Claims Processes* [HOLTZMANN Howard M./KRISTJÁNSDÓTTIR Edda ed.], Oxford, Oxford University Press, 2007

SHAPIRO H. A., *Introduction* in *The Cambridge Companion to Archaic Greece* [SHAPIRO Harvey Alan ed.], Cambridge, Cambridge University Press, 2007, 1-9

STERN B., *ICSID Arbitration and the State's Increasingly Remote Consent: Apropos the* Maffezini *Case* in *Law in the Service of Human Dignity: Essays in Honour of Florentino Feliciano* [CHARNOVITZ Steve/STEGER Debra P./VAN DEN BOSSCHE Peter ed.], Cambridge, Cambridge University Press, 2005, 246-260

STOYANOV M. & RAIMANOVA L., *Multiparty Proceedings and Mass Claims* in *The Investment Treaty Arbitration Review*, 3rd ed. [LEGUM Barton ed.], London, The Law Reviews, 2018, 113-134

SZUREK S., *Article 11* in *Les Conventions de Vienne sur le droit des traités, Commentaire article par article* [CORTEN Olivier/KLEIN Pierre ed.], Tome I, Bruxelles, Bruylant, 2006, 321-325

TAVERNIER P., *L'identification des règles fondamentales – un problème résolu ?* in *The Fundamental Rules of the International Legal Order:* Jus Cogens *and* Obligations Erga Omnes [TOMUSCHAT Christian/THOUVENIN Jean-Marc ed.], Leiden, Martinus Nijhoff, 2006, 1-20

TOMUSCHAT C., *Article 36* in *The Statute of the International Court of Justice: A Commentary* [ZIMMERMANN Andreas/TOMUSCHAT Christian/OELLERS-FRAHMS Karin/TAMS Chrisitan J. ed.], 2nd ed., Oxford, Oxford University Press, 2012, 633-711

TOURME-JOUANNET E., *Des origines coloniales du droit international: à propos du droit des gens moderne au 18ème siècle* in *The Roots of International Law/Les fondements du droit international : Liber Amicorum Peter Haggenmacher* [DUPUY Pierre-Marie/CHETAIL Vincent ed.], Leiden, Martinus Nijhoff, 2014, 649-671

TOURME-JOUANNET E., *The critique of Classical Thought during the Interwar Period: Vattel and Van Vollenhoven* in *The Oxford Handbook of the Theory of International Law* [ORFORD Anne/HOFFMANN Florian/CLARK Martin ed.], Oxford, Oxford University Press, 2016, 101-122

UNGERN-STERNBERG A., *Religion and Religious Intervention* in *The Oxford Handbook of the History of International Law* [FASSBENDER Bardo/PETERS Anne ed.], Oxford, Oxford University Press, 2012, 294-316

VON MANGOLDT H. & ZIMMERMANN A., *Article 53* in *The Statute of the International Court of Justice: A Commentary* [ZIMMERMANN Andreas/TOMUSCHAT Christian/OELLERS-FRAHMS Karin/TAMS Chrisitan J. ed.], 2nd ed., Oxford, Oxford University Press, 2012, 1324-1354

WÄLDE T. W., *'Equality of Arms' in Investment Arbitration: Procedural Challenges* in *Arbitration Under International Investment Agreements: A Guide to the Key Issues* [YANNACA-SMALL Katia ed.], Oxford, Oxford University Press, 2010, 161-188

WEHLAND H., *Jurisdiction and Admissibility in Proceedings under the ICSID Convention and the ICSID Additional Facility Rules* in *ICSID Convention after 50 Years: Unsettled Issues* [BALTAG Crina ed.], Biggleswade, Wolters Kluwer, 2017, 227-247

WEISS F., *Inherent Powers of National and International Courts* in *The WTO Dispute Settlement System, 1995-2003* [ORTINO Federico/PETERSMANN Ernst-Ulrich ed.], The Hague, Kluwer Law International, 177-190

Articles

ADLER M. H., *The Exhaustion of the Local Remedies Rule after the International Court of Justice's Decision in ELSI* in *The International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 39/1990, 641-653

AMBROSE H. & NAISH V., *An Investment Court system or an Appeals mechanism? The EU's 2017 consultation on multilateral reform of ISDS* in *Practical Law Arbitration Blog*, 15 February 2017 (arbitrationblog.practicallaw.com/an-investment-court-system-or-an-appeals-mechanism-the-eus-2017-consultation-on-multilateral-reform-of-isds) (1.4.2019)

ANTONY J., *Umbrella Clauses Since* SGS v. Pakistan *and* SGS v. Philippines – *A Developing Consensus* in *Arbitration International*, Vol. 29/2013, 607-640

ATAMAN FIGANMEŞE İ., *The Impact of The Maffezini Decision on the Interpretation of MFN Clauses in Investment Treaties* in *Ankara Law Review*, Vol. 8/2011, 221-237

AUST A., *Advisory Opinions* in *Journal of International Dispute Settlement*, Vol. 1/2010, 123-151

BARTELS L., *Procedural Aspects of Shared Responsibility in the WTO Dispute Settlement System* in *Journal of International Dispute Settlement*, Vol. 4/2013, 343-359

BARTELS L., *The Separation of Powers in the WTO: How to Avoid Judicial Activism* in *International & Comparative Law Quarterly*, Vol. 53/2004, 861-895

BENITAH M., *The Absence of Suspensive Measures in the WTO and Why the Faroe Islands Takes its Case also to UNCLOS* in *International Economic Law and Policy Blog*, 11 novembre 2013 (worldtradelaw.typepad.com/ielpblog/2013/11/the-

absence-of-suspensive-measures-in-the-wto-and-why-the-faroe-islands-takes-its-case-also-to-unclo.html) (1.4.2019)

BISMUTH R., *Anatomy of the Law and Practice of Interim Protective Measures in International Investment Arbitration* in *Journal of International Arbitration*, Vol. 26/2009, 773-821

BORCHARD E. M., *Basic Elements of Diplomatic Protection of Citizens Abroad* in *The American Journal of International Law*, Vol. 7/1913, 497-520

BRAUCH M. D., *Exhaustion of Local Remedies in International Investment Law* in *IISD Best Practices Series*, 2017, 1-29

BROWNLIE I., *The Peaceful Settlement of International Disputes* in *Chinese Journal of International Law*, Vol. 8/2009, 267-283

CAPLIN A. & KRISHNA K., *Tariffs and the Most-Favored-Nation Clause: A Game Theoretic Approach* in *Seoul Journal of Economics*, Vol. 3/1988, 267-289

CARTONNET A., *Structuralisme et néoréalisme dans le champ des relations internationales. Le cas de Kenneth Waltz* in *Astérion* 9/2011, 5 (journals.openedition.org/asterion/2162) (1.4.2019)

CEBI P. & LUDEMA R. P., *The Rise and Fall of the Most-Favored-Nation Clause* in *Office of Economics Working Paper*, No 2002-06-B, 1-28

CHARNEY J. I., *The Persistent Objector Rule and the Development of Customary International Law* in *British Yearbook of International Law*, Vol. 56/1986, 1-24

COLE T., *The Boundaries of Most Favored Nation Treatment in International Investment Law* in *Michigan Journal of International Law*, Vol. 33/2012, 537-586

COT J. P., *L'arrêt de la Cour internationale de Justice dans l'affaire du temple Preah Vihear (Cambodge c/Thaïlande). Exceptions préliminaires* in *Annuaire Français de Droit International*, Vol. 7/1961, 229-251

D'AMATO A., *Consent, Estoppel, and Reasonableness: Three Challenges to Universal International Law* in *Northwestern University School of Law Working Papers*, No 102/2010, 1-31

D'AMATO A., *Modifying U.S. Acceptance of the Compulsory Jurisdiction of the World Court* in *American Journal of International Law*, Vol. 79/1985, 385-405

D'ASPREMONT J., *Hart et le positivisme postmoderne en droit international* in *Revue générale de droit international public*, Vol. 113/2009, 635-654

DISTEFANO G., *Fait continu, fait composé et fait complexe dans le droit de la responsabilité* in *Annuaire français de droit international*, Vol. 52/2006, 1-54

DOBBS D. B., *The Decline of Jurisdiction by Consent*, in *North Carolina Law Review*, Vol. 40/1961, 49-80

DOUGLAS Z., *The MFN Clause in Investment Arbitration: Treaty Interpretation Off the Rails* in *Journal of International Dispute Settlement*, Vol. 2/2011, 97-113

DUNNING D. & KRUGER J., *Unskilled and Unaware of It: How Difficulties in Recognizing One's Own Incompetence Lead to Inflated Self-Assessments* in *Journal of Personality and Social Psychology*, Vol. 77/1999, 1121-1134

DWORKIN R., *Law as Interpretation* in *Texas Law Review*, Vol. 60/1983, 527-550

ERLENBUSCH V., *The Concept of Sovereignty* in *Philosophy Compass*, Vol. 7-6/2012, 365-375

FINLAY R., *International Arbitration* in *The North American Review*, Vol. 179/1904, 659-670

FISCHHENDLER I., *When Ambiguity in Treaty Design Becomes Destructive: A Study of Transboundary Water* in *Global Environmental Politics*, Vol. 8/2008, 111-136

FRASER H. S., *Sketch of the History of International Arbitration* in *Cornell Law Review*, Vol. 11/1926, 179-208

GAO J., *The ITLOS Advisory Opinion for the SRFC* in *Chinese Journal of International Law*, Vol. 14/2015, 735-755

GATTINI A., *Jurisdiction* ratione temporis *in International Investment Arbitration* in *The Law & Practice of International Courts and Tribunals*, Vol. 16/2017, 139-158

GAZZINI T. & KOLB R., *Provisional Measures in ICSID Arbitration from 'Wonderland's Jurisprudence' to Informal Modification of Treaties* in *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, Vol. 16/2017, 159-184

GUILLAUME G., *The Use of Precedent by International Judges and Arbitrators* in *Journal of International Dispute Settlement*, Vol. 2/2011, 5-23

HEISKANEN V., *Ménage à trois ? Jurisdiction, Admissibility and Competence in Investment Treaty Arbitration* in *ICSID Review*, Vol. 29/2014, 231-246

HUTCHINSON D. N., *The Significance of the Registration or Non-Registration of an International Agreement in Determining whether or not it is a Treaty* in *Current Legal Problems*, Vol. 46/1993, 257-290

HUTH W. E., *Iraq Claims Tribunal: A New Approach to Settlement of International Commercial Disputes* in *International Business Lawyer*, Vol. 9/1995, 430-436

JACKSON J. H., *Governmental Disputes in International Trade Relations: A Proposal in the Context of the GATT* in *Journal of World Trade*, Vol. 13/1979, 1-21

JONAS D. S. & SAUNDERS T. N., *The Object and Purpose of a Treaty: Three Interpretive Methods* in *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, Vol. 43/2010, 565-609

JOSEPH C. L., *The Venezuela-Guyana Boundary Arbitration of 1899: An Appraisal: Part I* in *Caribbean Studies*, Vol. 10/1970, 56-89

KAMTO M., *La nature juridique du compromis en tant qu'acte de saisine d'une instance juridictionnelle internationale* in *Revue générale de droit international public*, Vol. 120/2016, 241-262

KEBBON N., *The World Court's Compulsory Jurisdiction under the Optional Clause – Past, Present and Future* in *Nordic Journal of International Law*, Vol. 58/1989, 257-286

KELSEN H., *Compulsory Adjudication of International Disputes* in *The American Journal of International Law*, Vol. 37/1943, 397-406

KENNEDY D., *Critical Theory, Structuralism and Contemporary Legal Scholarship* in *New England Law Review*, Vol. 21/1986, 209-289

LACARTE-MURÓ J. & GAPPAH P., *Developing countries and the WTO legal and dispute settlement system: a view from the bench* in *Journal of International Economic Law*, Vol. 3/2000, 395-401

LAMM V., *Reciprocity and the Compulsory Jurisdiction of the International Court of Justice* in *Acta Juridica Hungarica*, Vol. 44/2003, 45-66

LANDO M., *The Advisory Jurisdiction of the International Tribunal for the Law of the Sea: Comments on the Request for an Advisory Opinion Submitted by the Sub-Regional Fisheries Commission* in *Leiden Journal of International Law*, Vol. 29/2016, 441-461

LAUTERPACHT H., *Restrictive Interpretation and the Principle of Effectiveness in the Interpretation of Treaties* in *British Yearbook of International Law*, Vol. 26/1949, 48-85

LAWSON R. C., *The Problem of the Compulsory Jurisdiction of the World Court* in *American Journal of International Law*, Vol. 46/1952, 219-238

MARCEAU G., *L'interprétation évolutive par le juge OMC: Sophisme ou nécessité* in *Revue générale de droit international public*, Vol. 122/2018, 23-53

MARQUET C., *A Forbidden Fruit? The European Court of Justice's Case Law before the World Trade Organization* in *Geneva Jean Monnet Working Papers*, No 9/2016, 1-22

MARQUET C., *The Appellate Body in Dire Straits: Taking a Step Back on Consent to Jurisdiction* in *Society of International Economic Law (SIEL) – Sixth Biennial Global Conference – Working Papers Series*, 2018

MARSHALL F., *Risks for Host States of the Entwining of Investment Treaty and Contract Claims: Dispute Resolution Clauses, Umbrella Clauses, and Forks-in-the-Road* in *IISD Best Practice Series*, No 4/2009, 1-24

MAUPIN J. A., *MFN-based Jurisdiction in Investor – State Arbitration: Is There Any Hope for a Consistent Approach?* in *Journal of International Economic Law, Vol. 14/2011, 157-190*

MENSAH T. A., *Provisional Measures in the International Tribunal for the Law of the Sea (ITLOS)* in *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, Vol. 62/2002, 43-54

MERRILLS J. G., *The Optional Clause Today* in *British Yearbook of International Law, Vol. 50/1980, 87-116*

MITCHELL A. D. & HEATON D., *The Inherent Jurisdiction of WTO Tribunals: The Select Application of Public International Law Required by the Judicial Function* in *Michigan Journal of International Law*, Vol. 31/2010, 559-619

MURASE S., *The Most-Favored-Nation Treatment in Japan's Treaty Practice 1854-1905* in *American Journal of International Law*, Vol. 70/1976, 273-297

NAVAJAS J., NIELLA T., GARBULSKY G., BAHRAMI B. & SIGMAN M., *Aggregated knowledge from a small number of debates outperforms the wisdom of large crowds* in *Nature Human Behavior*, Vol. 2/2018, 126-132

NIKIÈMA S. H., *The Most-Favoured-Nation Clause in Investment Treaties* in *IISD Best Practices Series*, 2017, 1-25

NIU G., *Liberalism and Confucianism: Rights and Virtues* in *Core Ethics*, Vol. 7/2011, 235-248

NUSSBAUM A., *Arbitration Between the Lena Goldfields Ltd. And the Soviet Government* in *Cornell Law Review*, Vol. 36/1950, 31-53

ÖBERG M. D., *The Legal Effects of Resolutions of the UN Security Council and General Assembly in the Jurisprudence of the ICJ* in *The European Journal of International Law*, Vol. 16/2006, 879–906

OELLERS-FRAHM K., *Multiplication of International Courts and Tribunals and Conflicting Jurisdiction – Problems and Possible Solutions* in *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, Vol. 5/2001, 67-104

OELLERS-FRAHM K., *Revision of Judgments of International Courts and Tribunals* in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, July 2013, para 10-15 (opil.ouplaw.com/view/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e52) (1.4.2019)

ORREGO VICUÑA F., *'Reports of [Maffezini's] demise have been greatly exaggerated'* in *Journal of International Dispute Settlement*, Vol. 3/2012, 299-327

OXMAN B. H., *The Third United Nations Conference on the Law of the Sea: The 1977 New York Session* in *The American Journal of International Law*, Vol. 72/1978, 57-83

OXMAN B. H., *The Third United Nations Conference on the Law of the Sea: The Eighth Session (1979*) in *The American Journal of International Law*, Vol. 74/1980, 1-47

OXMAN B. H., *The Third United Nations Conference on the Law of the Sea: The Ninth Session (1980)* in *The American Journal of International Law*, Vol. 75/1981, 211-256

PALOMBINO F. M., *Judicial Economy and Limitation of the Scope of the Decision in International Adjudication* in *Leiden Journal of International Law*, Vol. 23/2010, 909-932

PAPARINSKIS M., *MFN Clauses and International Dispute Settlement: Moving beyond* Maffezini *and* Plama*?* in *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*, Vol. 26/2011, 14-58

PAULSSON J., *Arbitration Without Privity* in *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*, Vol. 10/1995, 232-257

PLANK R., *An Unofficial Description of How a GATT Panel Works and Does Not* in *Swiss Review of International Competition Law*, Vol. 29/1987, 81-124

PLENDER R., *The Role of Consent in the Termination of Treaties* in *British Yearbook of International Law*, Vol. 57/1987, 133–167

POLASEK M., *The Threshold for Registration of a Request for Arbitration under the ICSID Convention* in *Dispute Resolution International*, Vol. 5/2011, 177-188

POTESTÀ M., *The Interpretation of Consent to ICSID Arbitration Contained in Domestic Investment Laws* in *Arbitration International*, Vol. 27/2011, 149-170

RADI Y., *The Application of the Most-Favoured-Nation Clause to the Dispute Settlement Provisions of Bilateral Investment Treaties: Domesticating the 'Trojan Horse'* in *European Journal of International Law*, Vol. 18/2007, 757-774

RIGAUX F., *Kelsen et le droit international* in *Revue belge de droit international*, Vol. 2/1996, 381-408

RIVKIN D. W., *The Impact of International Arbitration on the Rule of Law* in *Arbitration International*, Vol. 29/2013, 327-360

ROMANO C. P. R., *The Proliferation of International Judicial Bodies: The Pieces of the Puzzle* in *New York University Journal of International Law and Politics*, Vol. 31/1999, 709-751

SALERNO F., *La demande reconventionnelle dans la procédure de la Cour internationale de Justice* in *Revue générale de droit international public*, Vol. 103/1999, 329-378

SAROOSHI D., *Provisional Measures and Investment Treaty Arbitration* in *Arbitration International*, Vol. 29/2013, 361–380

SCHILL S. W., *Allocating Adjudicatory Authority: Most-Favoured-Nation Clauses as a Basis of Jurisdiction – A Reply to Zachary Douglas* in *Journal of International Dispute Settlement*, Vol. 2/2011, 353-371

SCOTT G. L. & CARR C. L., *The ICJ and Compulsory Jurisdiction: The Case for Closing the Clause* in *American Journal of International Law*, Vol. 81/1987, 57-76

SCOTT J. B., *Editorial Comment: A Permanent Court of International Justice* in *The American Journal of International Law*, Vol. 14/1920, 581-590

SHAFFER G., *What's new in EU trade dispute settlement? Judicialization, public – private networks and the WTO legal order* in *Journal of European Public Policy*, Vol. 13/2006, 832-850

SHELTON D., *Form, Function, and the Powers of International Courts* in *Chicago Journal of International Law*, Vol. 9/2009, 537-572

SIMMONS A. J., *Tacit Consent and Political Obligation* in *Philosophy and Public Affairs*, Vol. 5/1976, 274-291

SINCLAIR A. C. & REPOUSIS O. G., *An Overview of Provisional Measures in ICSID Proceedings* in *ICSID Review*, Vol. 32/2017, 431-446

STEVENSON J. R., OXMAN B. H., *The Preparations for the Law of the Sea Conference* in *The American Journal of International Law*, Vol. 68/1974, 1-32

STEVENSON J. R., OXMAN B. H., *The Third United Nations Conference on the Law of the Sea: The 1974 Caracas Session* in *The American Journal of International Law*, Vol. 69/1975

STÜCKI B. & PAHUD J., *Le régime des décisions superprovisionnelles et provisionnelles du code de procédure civile* in *Semaine judiciaire*, Vol. 137/2015, 1-38

SUMMERS L. M., *The Calvo Clause* in *Virginia Law Review*, Vol. 19/1933, 459-484

TESON F. R., *International Obligation and the Theory of Hypothetical Consent* in *Yale Journal of International Law*, Vol. 15/1990, 84-120

TREVES T., *Conflicts Between the International Tribunal for the Law of the Sea and the International Court of Justice* in *New York University Journal of International Law and Politics*, Vol. 31/1999, 809-821

TROPER M., *Sovereignty and Natural Law in the Legal Discourse of the Ancien Régime* in *Theoretical Inquiries in Law*, Vol. 16/2015, 315-336

TRUEBLOOD B. F., *International Arbitration at the Opening of the Twentieth Century* in *The Advocate of Peace*, Vol. 67/1905, 80-85

ULLMAN R. H., *World Court Evasion* in *The New York Times*, 11 April 1984

VEENSTRA-KJOS H.-E., *Counterclaims by Host States in Investment Treaty Arbitration* in *Transnational Dispute Management*, Vol. 4/2007, 1-48

VERZIJL J. H. W., *Problems of Jurisdiction: Reflections on some Puzzling Aspects of the Ambatielos Case* in *Netherlands International Law Review*, Vol. 1/1953, 58-77

VIDIGAL G., *Re-Assessing WTO Remedies: The Prospective and the Retrospective* in *Journal of International Economic Law*, Vol. 16/2013, 505–534

VOON T. & MITCHELL A. D., *Denunciation, Termination and Survival: The Interplay of Treaty Law and International Investment Law* in *ICSID Review* Vol. 31/2016, 413-433

WAIBEL M. & RYLATT J. W., *Counterclaims in International Law* in *Legal Studies Research Paper Series*, No 66/2014, 1-15

WAIBEL M., *Investment Arbitration: Jurisdiction and Admissibility* in *Legal Studies Research Paper Series*, No 9/2014, 1-80

WALDOCK C. H. M., *Decline of the Optional Clause* in *British Yearbook of International Law*, Vol. 32/1955, 244-287

WESTBERG J. A. & MARCHAIS B. P., *General Principles Governing Foreign Investment as Articulated in Recent International Tribunal Awards and Writings of Publicists* in *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*, Vol. 7/1992, 453-496

WESTERMANN W. L, *Interstate Arbitration in Antiquity* in *The Classical Journal*, Vol. 2/1907, 197-211

WOLFRUM R., *The Settlement of Disputes Before the International Tribunal for the Law of the Sea: A Progressive Development of International Law or Relying on Traditional Mechanisms?* in *Japanese Yearbook of International Law*, Vol. 58/2008, 140-163

YANNACA-SMALL K., *Interpretation of the Umbrella Clause in Investment Agreements* in *OECD Working Papers on International Investment*, No 3/2006, 1-29

YEE S., *The South China Sea Arbitration (The Philippines v. China): Potential Jurisdictional Obstacles or Objections* in *Chinese Journal of International Law*, Vol. 13/2014, 663–739

Sites web

CENTRE INTERNATIONAL POUR LE RÈGLEMENT DES DIFFÉRENDS RELATIFS AUX INVESTISSEMENTS, *The ICSID Caseload Statistics (Issue 2019 – 1)* (icsid.worldbank.org/en/Documents/resources/ICSID%20Web%20Stats%202019-1(English).pdf) (1.4.2019)

CONFÉRENCE DES NATIONS UNIES SUR LE COMMERCE ET LE DÉVELOPPEMENT, IIA Mapping Project

(investmentpolicyhub.unctad.org/IIA/mappedContent#sectionContainer_137) (1.4.2019)
COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE, *Déclarations d'acceptation de la juridiction obligatoire* (www.icj-cij.org/fr/declarations) (1.4.2019)
COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE, *Fondements de la compétence de la Cour* (www.icj-cij.org/fr/fondements-de-la-competence) (1.4.2019)
COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE, *Traités* (www.icj-cij.org/fr/traites) (1.4.2019)
ÉTATS-UNIS, *Statements by the United States at the Meeting of the WTO Dispute Settlement Body, Geneva, May 28, 2018* (geneva.usmission.gov/wp-content/uploads/sites/290/May28.DSB_.Stmt_.as-deliv.fin_.public.Rev_.pdf) (1.4.2019)
GENEVA TOURISM, *Hôtel-de-Ville – Salle Alabama* (www.geneve.com/fr/efficy-object-detail-fr/hotel-de-ville-salle-alabama-641.product/) (1.4.2019)
MUNROE R., *Misinterpretation* in *XKCD*, 23 avril 2018 (xkcd.com/1984/) (1.4.2019)
ORGANISATION MONDIALE DU COMMERCE, *The process – Stages in a typical WTO dispute settlement case – Adoption of panel reports* (www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/disp_settlement_cbt_e/c6s4p1_e.htm) (1.4.2019)

Traités

Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce, Marrakech, 15 avril 1994, Nations Unies, *Recueil des Traités*, Vol. 1867, No 31874, 3
Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce, Genève, 30 octobre 1947 *Recueil des Traités*, Vol. 55, No 814, 187
Convention des Nations Unies sur le droit de la mer, Montego Bay, 10 décembre 1982, Nations Unies, *Recueil des Traités*, Vol. 1839, No 31363, 3
Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, Paris, 9 décembre 1948, Nations Unies, *Recueil des Traités*, Vol. 78, No 1021, 277
Convention pour le règlement pacifique des conflits internationaux, La Haye, 29 juillet 1899
Convention relative à l'aviation civile internationale, Chicago, 7 décembre 1944, Nations Unies, *Recueil des Traités*, Vol. 15, No 102, 295
Egypt – Israel: Agreement to Arbitrate the Boundary Dispute Concerning the Taba Beachfront in *International Legal Materials*, Vol. 26/1987, 1-15
Mémorandum d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends in *Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce*, Marrakech, 15 avril 1994, Nations Unies, *Recueil des Traités*, Vol. 1869, No 31874, 426
Pacte fédéral des trois cantons (www.admin.ch/dam/gov/de/Bundesrat/Staatskunde/Franz%C3%B6sische%20%C3%9Cbersetzung.pdf.download.pdf/Franz%C3%B6sische%20%C3%9Cbersetzung.pdf) (1.4.2019)

Traité américain de règlement pacifique (Pacte de Bogotá), Bogotá, 30 avril 1948, Nations Unies, *Recueil des Traités*, Vol. 30, No 449, 55

Documents officiels

BONIFACE VIII, *Unam Sanctam*, 18 Novembre 1302

CENTRE INTERNATIONAL POUR LE RÈGLEMENT DES DIFFÉRENDS RELATIFS AUX INVESTISSEMENTS, *Report of the Executive Directors on the Convention*, 1965

Décision du 5 avril 1966 sur la procédure d'application de l'article XXIII, Doc GATT BISD 14S/18, 5 avril 1966

INTERNATIONAL LAW COMMISSION, *Guiding Principles applicable to unilateral declarations of States capable of creating legal obligations, with commentaries thereto (A/61/10)* in *Yearbook of the International Law Commission*, Vol. 2, Part 2, 2006

ORGANISATION DES NATIONS UNIES, Doc ONU A/33/10, 1979

ORGANISATION DES NATIONS UNIES, Doc ONU A/66/10, 2011

ORGANISATION DES NATIONS UNIES, Doc ONU A/70/10, 14 août 2015

ORGANISATION DES NATIONS UNIES, Doc ONU A/71/PV.88, 22 juin 2017

ORGANISATION DES NATIONS UNIES, Doc ONU A/CN.4/624, 31 mars 2010

ORGANISATION DES NATIONS UNIES, Doc ONU A/RES/48/31, 24 janvier 1994

ORGANISATION DES NATIONS UNIES, Doc ONU S/RES/22, 6 avril 1947

ORGANISATION DES NATIONS UNIES, Doc ONU S/RES/687, 8 avril 1991

ORGANISATION DES NATIONS UNIES, Doc ONU S/RES/692, 20 mai 1991

ORGANISATION DES NATIONS UNIES, Doc ONU S/RES/827, 25 mai 1993

ORGANISATION DES NATIONS UNIES, Doc ONU S/RES/827, 25 mai 1994

ORGANISATION DES NATIONS UNIES, Doc ONU S/RES/955, 8 novembre 1994

ORGANISATION MONDIALE DU COMMERCE, Doc OMC TN/DS/W/23, 4 novembre 2002

ORGANISATION MONDIALE DU COMMERCE, Doc OMC WT/DS469/3, 25 août 2014

UNITED NATIONS COMPENSATION COMMISSION GOVERNING COUNCIL, Decision taken by the Governing Council of the United Nations Compensation Commission at the 27th Meeting, Sixth Session held on 26 June 1992, Doc ONU S/AC.26/1992/10, 26 juin 1992

Thèses

ABI-SAAB G., *Les exceptions préliminaires dans la procédure de la Cour internationale*, thèse, Université de Genève, 1967

BOUCARON M., *Le principe compétence-compétence en droit de l'arbitrage*, thèse, Nice — Sophia Antipolis, 2011

SCHRAMM B., *La fiction juridique et le juge : Contribution à une autre herméneutique de la Cour internationale de Justice*, thèse, Institut de hautes études internationales et du développement, 2015

WYATT J., *An Original or Modern-Day Meaning for Treaty Terms? The Problem of Intertemporal Linguistics in the Case Law of International Courts and Tribunals*, thèse, Université de Genève, 2017

Films

MONTY PYTHON, *Time Bandits*, 1981

Index des cas

CIJ

Actions armées frontalières et transfrontalières (Nicaragua c. Honduras), Compétence et recevabilité, Arrêt, CIJ Recueil 1988, 69

Activités armées sur le territoire du Congo (Nouvelle requête : 2002) (République Démocratique du Congo c. Rwanda), Mesures conservatoires, Ordonnance du 10 juillet 2002, CIJ Recueil 2002, 219

Activités armées sur le territoire du Congo (Nouvelle requête : 2002) (République Démocratique du Congo c. Rwanda), Compétence et recevabilité, Arrêt, CIJ Recueil 2006, 6

Activités armées sur le territoire du Congo (République démocratique du Congo c. Belgique), Demandes reconventionnelles, Ordonnance du 29 novembre 2001, CIJ Recueil 2001, 660

Activités armées sur le territoire du Congo (République démocratique du Congo c. Ouganda), Arrêt, CIJ Recueil 2005, 168

Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique), Mesures conservatoires, Ordonnance du 10 mai 1984, CIJ Recueil 1984, 169

Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique), Compétence et recevabilité, Arrêt, CIJ Recueil 1984, 392

Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique), Fond, Arrêt, CIJ Recueil 1986, 14

Admissibilité de l'audition de pétitionnaires par le Comité du Sud-Ouest africain, Avis consultatif, CIJ Recueil 1956, 23

Ahmadou Sadio Diallo (République de Guinée c. République démocratique du Congo), Exceptions préliminaires, Arrêt, CIJ Recueil 2007, 582

Ambatielos (Grèce c. Royaume-Uni), Exception préliminaire, Arrêt, CIJ Recueil 1952, 28

Ambatielos (Grèce c. Royaume-Uni), Fond : obligation d'arbitrage, Arrêt, CIJ Recueil 1953, 10

Anglo-Iranian Oil Co. (Royaume-Uni c. Iran), Compétence, Arrêt, CIJ Recueil 1952, 93

Anglo-Iranian Oil Co. (Royaume-Uni c. Iran), Mesures conservatoires, Ordonnance du 5 juillet 1951, CIJ Recueil 1951, 89

Appel concernant la compétence du Conseil de l'OACI (Inde c. Pakistan), Arrêt, CIJ Recueil 1972, 46

Applicabilité de la section 22 de l'article VI de la convention sur les privilèges et immunités des Nations Unies, Avis consultatif, CIJ Recueil 1989, 177

Application de la Convention de 1902 pour régler la tutelle des mineurs (Pays-Bas c. Suède), Arrêt, CIJ Recueil 1958, 55

Application de la convention internationale pour la répression du financement du terrorisme et de la convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (Ukraine c. Fédération de Russie), Mesures conservatoires, Ordonnance du 19 avril 2017, CIJ Recueil 2017, 104

Application de la convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (Géorgie c. Fédération de Russie), Exceptions préliminaires, Arrêt, CIJ Recueil 2011, 70

Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Yougoslavie), Exceptions préliminaires, Arrêt, CIJ Recueil 1996, 595

Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Yougoslavie), Demandes reconventionnelles, Ordonnance du 17 décembre 1997, CIJ Recueil 1997, 243

Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro), Arrêt, CIJ Recueil 2007, 43

Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Croatie c. Serbie), Exceptions préliminaires, Arrêt, CIJ Recueil 2008, 412

Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Croatie c. Serbie), Exceptions préliminaires, Arrêt, Opinion individuelle de M. le Juge Abraham, CIJ Recueil 2008, 524

Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Croatie c. Serbie), Arrêt, CIJ Recueil 2015, 3

Avena et autres ressortissants mexicains (Mexique c. États-Unis d'Amérique), Arrêt, CIJ Recueil 2004, 12

Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Nouvelle requête : 1962) (Belgique c. Espagne), Exceptions préliminaires, Arrêt, CIJ Recueil 1964, 6

Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Nouvelle requête : 1962) (Belgique c. Espagne), Deuxième phase, Arrêt, CIJ Recueil 1970, 3

Cameroun Septentrional (Cameroun c. Royaume-Uni), Exceptions préliminaires, Arrêt, CIJ Recueil 1963, 15

Cameroun Septentrional (Cameroun c. Royaume-Uni), Exceptions préliminaires, Arrêt, Opinion individuelle de Sir Gerald Fitzmaurice, CIJ Recueil 1963, 97

Certaines activités menées par le Nicaragua dans la région frontalière (Costa Rica c. Nicaragua) et Construction d'une route le long du fleuve San Juan (Nicaragua c. Costa Rica), Demandes reconventionnelles, Ordonnance du 18 avril 2013, CIJ Recueil 2013, 200

Certaines dépenses des Nations Unies (article 17, paragraphe 2, de la charte), Avis consultatif, CIJ Recueil 1962, 151

Certaines procédures pénales engagées en France (République du Congo c. France), Mesures conservatoires, Ordonnance du 17 juin 2003, CIJ Recueil 2003, 102

Certaines procédures pénales engagées en France (République du Congo c. France), Désistement, Ordonnance du 16 novembre 2010, CIJ Recueil 2010, 635

Certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale (Djibouti c. France), Arrêt, CIJ Recueil 2008, 177

Certaines terres à phosphates à Nauru (Nauru c. Australie), Exceptions préliminaires, Arrêt, CIJ Recueil 1992, 240

Certains actifs iraniens (République islamique d'Iran c. Etats-Unis d'Amérique), Exceptions préliminaires, Arrêt, CIJ Recueil 2019, à paraître

Certains biens (Liechtenstein c. Allemagne), Exceptions préliminaires, Arrêt, CIJ Recueil 2005, 6

Certains emprunts norvégiens (France c. Norvège), Arrêt, CIJ Recueil 1957, 9

Chasse à la baleine dans l'Antarctique (Australie c. Japon ; Nouvelle-Zélande (intervenant)), Arrêt, CIJ Recueil 2014, 226

Compétence en matière de pêcheries (Espagne c. Canada), Compétence de la Cour, Arrêt, CIJ Recueil 1998, 432

Compétence en matière de pêcheries (République fédérale d'Allemagne c. Islande), Compétence de la Cour, Arrêt, CIJ Recueil 1973, 49

Compétence en matière de pêcheries (Royaume-Uni c. Islande), Compétence de la Cour, Arrêt, CIJ Recueil 1973, 3

Conformité au droit international de la déclaration unilatérale d'indépendance relative au Kosovo, Avis consultatif, CIJ Recueil 2010, 403

Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé, Avis consultatif, CIJ Recueil 2004, 136

Délimitation de la frontière maritime dans la région du golfe du Maine (Canada c. États-Unis d'Amérique), Arrêt, CIJ Recueil 1984, 246

Délimitation maritime dans la région située entre le Groenland et Jan Mayen (Danemark c. Norvège), Arrêt, CIJ Recueil 1993, 38

Délimitation maritime dans l'océan indien (Somalie c. Kenya), Exceptions préliminaires, Arrêt, CIJ Recueil 2017, 3

Délimitation maritime et questions territoriales entre Qatar et Bahreïn (Qatar c. Bahreïn), Compétence et recevabilité, Arrêt, CIJ Recueil 1994, 112

Délimitation maritime et questions territoriales entre Qatar et Bahreïn (Qatar c. Bahreïn), Compétence et recevabilité, Arrêt, CIJ Recueil 1995, 6

Demande de réformation du jugement No 158 du Tribunal administratif des Nations Unies, Avis consultatif, CIJ Recueil 1973, 166

Demande de réformation du jugement No 273 du Tribunal administratif des Nations Unies, Avis consultatif, CIJ Recueil 1982, 325

Demande d'interprétation de l'arrêt du 20 novembre 1950 en l'affaire du droit d'asile (Colombie c. Pérou), Arrêt, CIJ Recueil 1950, 395

Demande en interprétation de l'arrêt du 11 juin 1998 en l'affaire de la frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria (Cameroun c. Nigéria), Exceptions préliminaires (Nigéria c. Cameroun), Arrêt, CIJ Recueil 1999, 31

Demande en interprétation de l'arrêt du 15 juin 1962 en l'affaire du Temple de Préah Vihéar (Cambodge c. Thaïlande) (Cambodge c. Thaïlande), Arrêt, CIJ Recueil 2013, 281

Demande en interprétation de l'arrêt du 31 mars 2004 en l'affaire Avena et autres ressortissants mexicains (Mexique c. États-Unis d'Amérique) (Mexique c. États-Unis d'Amérique), Arrêt, CIJ Recueil 2009, 3

Demande en révision de l'arrêt du 11 juillet 1996 en l'affaire relative à l'Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Yougoslavie), Exceptions préliminaires, Arrêt, CIJ Recueil 2003, 7

Demande en révision de l'arrêt du 11 septembre 1992 en l'affaire du Différend frontalier terrestre, insulaire et maritime (El Salvador/Honduras ; Nicaragua (intervenant)) (El Salvador c. Honduras), Arrêt, CIJ Recueil 2003, 392

Demande en révision et en interprétation de l'arrêt du 24 février 1982 en l'affaire du Plateau continental (Tunisie/Jamahiriya arabe libyenne) (Tunisie c. Jamahiriya arabe libyenne), Arrêt, CIJ Recueil 1985, 192

Détroit de Corfou (Royaume-Uni c. Albanie), Arrêt, CIJ Recueil 1949, 4

Détroit de Corfou (Royaume-Uni c. Albanie), Exception préliminaire, Arrêt, CIJ Recueil 1948, 15

Détroit de Corfou (Royaume-Uni c. Albanie), Exception préliminaire, Opinion individuelle de MM. Basdevant, Alvarez, Winiarski, Zoricic, De Visscher, Badawi Pacha, Krylov, CIJ Recueil 1948, 31

Détroit de Corfou (Royaume-Uni c. Albanie), Fixation du montant des réparations dues par la République populaire d'Albanie au Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, Arrêt, CIJ Recueil 1949, 244

Différend frontalier (Bénin/Niger), Arrêt, CIJ Recueil 2005, 90

Différend frontalier (Burkina Faso/Niger), Arrêt, CIJ Recueil 2013, 44

Différend frontalier (Burkina Faso c. République du Mali), Arrêt, CIJ Recueil 1986, 554

Différend frontalier terrestre, insulaire et maritime (El Salvador/Honduras), Requête à fin d'intervention, Arrêt, CIJ Recueil 1990, 92

Différend frontalier terrestre, insulaire et maritime (El Salvador/Honduras), Arrêt, CIJ Recueil 1992, 350

Différend relatif à l'immunité de juridiction d'un rapporteur spécial de la Commission des droits de l'homme, Avis consultatif, CIJ Recueil 1999, 62

Différend territorial (Jamahiriya arabe libyenne/Tchad), Arrêt, CIJ Recueil 1994, 6

Différend territorial et maritime (Nicaragua c. Colombie), Requête à fin d'intervention, Arrêt, CIJ Recueil 2011, 348

Différend territorial et maritime entre le Nicaragua et le Honduras dans la mer des Caraïbes (Nicaragua c. Honduras), Arrêt, CIJ Recueil 2007, 659

Droit d'asile (Colombie c. Pérou), Arrêt, CIJ Recueil 1950, 266

Droit de passage sur territoire indien (Portugal c. Inde), Arrêt, CIJ Recueil 1960, 6

Droit de passage sur territoire indien (Portugal c. Inde), Exceptions préliminaires, Arrêt, CIJ Recueil 1957, 125

Droits des ressortissants des États-Unis d'Amérique au Maroc (France c. États-Unis d'Amérique), Arrêt, CIJ Recueil 1952, 176

Effet de jugements du Tribunal administratif des Nations Unies accordant indemnité, Avis consultatif, CIJ Recueil 1954, 47

Effets juridiques de la séparation de l'archipel des Chagos de Maurice en 1965, Avis consultatif, CIJ Recueil 2019, à paraître

Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI) (États-Unis d'Amérique c. Italie), Arrêt, CIJ Recueil 1989, 15

Essais nucléaires (Nouvelle-Zélande c. France), Arrêt, CIJ Recueil 1974, 457

Essais nucléaires (Nouvelle-Zélande c. France), Mesures conservatoires, Ordonnance du 22 juin 1973, Opinion individuelle de Nagendra Singh, CIJ Recueil 1973, 145

Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria (Cameroun c. Nigéria), Exceptions préliminaires, Arrêt, CIJ Recueil 1998, 275

Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria (Cameroun c. Nigéria), Demandes reconventionnelles, Ordonnance du 30 juin 1999, CIJ Recueil 1999, 983

Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria (Cameroun c. Nigéria ; Guinée équatoriale (intervenant)), Arrêt, CIJ Recueil 2002, 303

Haya de la Torre (Colombie c. Pérou), Arrêt, CIJ Recueil 1951, 71

Île de Kasikili/Sedudu (Botswana/Namibie), Arrêt, CIJ Recueil 1999, 1045

Immunités et procédures pénales (Guinée équatoriale c. France), Mesures conservatoires, Ordonnance du 7 décembre 2016, CIJ Recueil 2016, 1148

Immunités juridictionnelles de l'État (Allemagne c. Italie ; Grèce (intervenant)), Arrêt, CIJ Recueil 2012, 99

Immunités juridictionnelles de l'État (Allemagne c. Italie), Demandes reconventionnelles, Ordonnance du 6 juillet 2010, CIJ Recueil 2010, 310

Incident aérien du 10 août 1999 (Pakistan c. Inde), Compétence de la Cour, Arrêt, CIJ Recueil 2000, 12

Interhandel (Suisse c. États-Unis d'Amérique), Exceptions préliminaires, Arrêt, CIJ Recueil 1959, 6

Interprétation des traités de paix conclus avec la Bulgarie, la Hongrie et la Roumanie, Avis consultatif, Première phase, CIJ Recueil 1950, 65

Interprétation des traités de paix conclus avec la Bulgarie, la Hongrie et la Roumanie, Avis consultatif, Deuxième phase, CIJ Recueil 1950, 221

Jadhav (Inde c. Pakistan), Mesures conservatoires, Ordonnance du 18 mai 2017, CIJ Recueil 2017, 236

Jugement du tribunal administratif de l'OIT sur requête contre l'UNESCO, la science et la culture, Avis consultatif, CIJ Recueil 1956, 67

Jugement no 2867 du Tribunal administratif de l'Organisation internationale du Travail sur requête contre le Fonds international de développement agricole, Avis consultatif, CIJ Recueil 2012, 10

LaGrand (Allemagne c. États-Unis d'Amérique), Arrêt, CIJ Recueil 2001, 466

Licéité de l'emploi de la force (Serbie-et-Monténégro c. Belgique), Exceptions préliminaires, Arrêt, CIJ Recueil 2004, 279

Licéité de l'emploi de la force (Yougoslavie c. Espagne), Mesures conservatoires, Ordonnance du 2 juin 1999, CIJ Recueil 1999, 761

Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires, Avis consultatif, CIJ Recueil 1996, 226

Licéité de l'utilisation des armes nucléaires par un État dans un conflit armé, Avis consultatif, CIJ Recueil 1996, 66

Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c. Belgique), Arrêt, CIJ Recueil 2002, 3

Minquiers et Ecréhous (France/Royaume-Uni), Arrêt, CIJ Recueil 1953, 47

Nottebohm (Liechtenstein c. Guatemala), Exception préliminaire, Arrêt, CIJ Recueil 1953, 111

Obligation de négocier un accès à l'océan Pacifique (Bolivie c. Chili), Arrêt, CIJ Recueil 2018, à paraître

Obligations relatives à des négociations concernant la cessation de la course aux armes nucléaires et le désarmement nucléaire (Îles Marshall c. Inde), Compétence et recevabilité, Arrêt, CIJ Recueil 2016, 255

Or monétaire pris à Rome en 1943 (Italie c. France, Royaume-Uni de Grande-Bretagne et Irlande du Nord et États-Unis d'Amérique), Question préliminaire, Arrêt, CIJ Recueil 1954, 19

Personnel diplomatique et consulaire des États-Unis à Téhéran (États-Unis d'Amérique c. Iran), Mesures conservatoires, Ordonnance du 15 décembre 1979, CIJ Recueil 1979, 7

Plateau continental (Jamahiriya arabe libyenne/Malte), Arrêt, CIJ Recueil 1985, 13

Plateau continental (Jamahiriya arabe libyenne/Malte), Requête de l'Italie à fin d'intervention, Arrêt, CIJ Recueil 1984, 3

Plateau continental (Tunisie/Jamahiriya arabe libyenne), Arrêt, CIJ Recueil 1982, 18

Plateau continental (Tunisie/Jamahiriya arabe libyenne), Requête de Malte à fin d'intervention, Arrêt, CIJ Recueil 1981, 3

Plateau continental de la mer du Nord (République fédérale d'Allemagne/Danemark, République fédérale d'Allemagne/Pays-Bas), Arrêt, CIJ Recueil 1969, 3

Plateau continental de la mer Égée (Grèce c. Turquie), Compétence de la Cour, Arrêt, CIJ Recueil 1978, 3

Plates-formes pétrolières (République islamique d'Iran c. États-Unis d'Amérique), Exceptions préliminaires, Opinion individuelle de Rosalyn Higgins, CIJ Recueil 1996, 847

Plates-formes pétrolières (République islamique d'Iran c. États-Unis d'Amérique), Demandes reconventionnelles, Ordonnance du 10 mars 1998, CIJ Recueil 1998, 190

Plates-formes pétrolières (République islamique d'Iran c. États-Unis d'Amérique), Arrêt, CIJ Recueil 2003, 161

Procédure de vote applicable aux questions touchant les rapports et pétitions relatifs au territoire du sud-ouest africain, Avis consultatif, CIJ Recueil 1955, 67

Projet Gabčíkovo–Nagymaros (Hongrie/Slovaquie), Arrêt, CIJ Recueil 1997, 7

Question de la délimitation du plateau continental entre le Nicaragua et la Colombie au-delà de 200 milles marins de la côte Nicaraguayenne (Nicaragua c. Colombie), Exceptions préliminaires, Arrêt, CIJ Recueil 2016, 100

Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader (Belgique c. Sénégal), Arrêt, CIJ Recueil 2012, 422

Questions d'interprétation et d'application de la convention de Montréal de 1971 résultant de l'incident aérien de Lockerbie (Jamahiriya arabe libyenne c. Royaume-Uni), Exceptions préliminaires, Arrêt, CIJ Recueil 1998, 9

Questions d'interprétation et d'application de la convention de Montréal de 1971 résultant de l'incident aérien de Lockerbie (Jamahiriya arabe libyenne c. États-Unis d'Amérique), Exceptions préliminaires, Arrêt, CIJ Recueil 1998, 115

Réserves à la Convention pour la Prévention et la Répression du Crime de Génocide, Avis consultatif, CIJ Recueil 1951, 15

Sahara occidental, Avis consultatif, CIJ Recueil 1975, 12

Sentence arbitrale du 31 juillet 1989 (Guinée-Bissau c. Sénégal), Arrêt, Opinion individuelle de M. Shahabuddeen, CIJ Recueil 1991, 106

Souveraineté sur Pulau Ligitan et Pulau Sipadan (Indonésie/Malaisie), Requête à fin d'intervention, Arrêt, CIJ Recueil 2001, 575

Sud-Ouest africain (Éthiopie et Liberia c. Afrique du Sud), Deuxième phase, Arrêt, CIJ Recueil 1966, 6

Sud-Ouest africain (Éthiopie et Liberia c. Afrique du Sud), Exceptions préliminaires, Arrêt, CIJ Recueil 1962, 319

Temple de Préah Vihéar (Cambodge c. Thaïlande), Exceptions préliminaires, Arrêt, CIJ Recueil 1961, 17

Timor oriental (Portugal c. Australie), Arrêt, CIJ Recueil 1995, 90

Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay (Argentine c. Uruguay), Mesures conservatoires, Ordonnance du 23 janvier 2007, CIJ Recueil 2007, 3
Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay (Argentine c. Uruguay), Arrêt, CIJ Recueil 2010, 14
Violations alléguées de droits souverains et d'espaces maritimes dans la mer des Caraïbes (Nicaragua c. Colombie), Demandes reconventionnelles, Ordonnance du 15 novembre 2017, CIJ Recueil 2017, 289
Violations alléguées du traité d'amitié, de commerce et de droits consulaires de 1955 (République islamique d'Iran c. Etats-Unis d'Amérique), Mesures conservatoires, Ordonnance du 3 octobre 2018, CIJ Recueil 2018, à paraître

CPJI

Affaire Borchgrave, Exceptions préliminaires, Arrêt, CPJI, Série A/B, No 72, 1937
Affaire concernant le paiement de divers emprunts serbes émis en France/Affaire relative au paiement, en or, des emprunts fédéraux brésiliens émis en France, Arrêt, CPJI, Série A, No 20/21, 1929
Affaire de Jaworzina (Frontière polono-tchécoslovaque), Avis consultatif, CPJI, Série B, No 8, 1923
Affaire de l'interprétation du paragraphe 4 de l'annexe suivant l'article 179 du Traité de Neuilly, Interprétation, Arrêt, CPJI, Série A, No 3, 1924
Affaire des concessions Mavrommatis en Palestine, Arrêt, CPJI, Série A, No 5, 1925
Affaire des concessions Mavrommatis en Palestine, Exception d'incompétence, Arrêt, CPJI, Série A, No 2, 1924
Affaire des phares en Crète et à Samos, Arrêt, CPJI, Série A/B, No 71, 1937
Affaire des prises d'eau à la Meuse, Arrêt, CPJI, Série A/B, No 70, 1937
Affaire des zones franches de la Haute-Savoie et du Pays de Gex, Ordonnance du 19 août 1929, CPJI, Série A, No 22, 1929
Affaire des zones franches de la Haute-Savoie et du Pays de Gex, Arrêt, CPJI, Série A/B, No 46, 1932
Affaire du « Lotus », Arrêt, CPJI, Série A,
Affaire du chemin de fer Panevezys-Saldutiskis, Arrêt, CPJI, Série A/B, No 76, 1939
Affaire du vapeur « Wimbledon », Question de l'intervention de la Pologne, Arrêt, CPJI, Série A, No 3, 1923
Affaire du vapeur « Wimbledon », Question de l'intervention de la Pologne, Arrêt, CPJI, Série A, No 1, 1923
Affaire franco-hellénique des phares, Arrêt, CPJI, Série A/B, No 62, 1934
Affaire Pajzs, Csáky, Esterházy, Arrêt, CPJI, Série A/B, No 68, 1936
Affaire Pajzs, Csáky, Esterházy, Exception préliminaire, Ordonnance du 23 mai 1936, CPJI, Série A/B, No 66, 1936
Affaire relative à certains intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise, Exceptions préliminaires, Arrêt, CPJI, Série A, No 6, 1925

Affaire relative à l'usine de Chorzów (Demande en indemnité), Compétence, Arrêt, CPJI, Série A, No 9, 1926
Affaire relative à l'usine de Chorzów (Demande en indemnité), Fond, Arrêt, CPJI, Série A, No 17, 1928
Appel contre une sentence du tribunal arbitral mixte hungaro-tchécoslovaque (Université Peter Pázmány c. État Tchécoslovaque), Arrêt, CPJI, Série A/B, No 61, 1933
Compagnie d'électricité de Sofia et de Bulgarie, Demande en indication de mesures conservatoires, Ordonnance du 5 décembre 1939, CPJI, Série A/B, No 79, 1939
Compagnie d'électricité de Sofia et de Bulgarie, Exception préliminaire, Arrêt, CPJI, Série A/B, No 77, 1939
Droits de minorités en Haute-Silésie (Écoles minoritaires), Arrêt, CPJI, Série A, No 15, 1928
Interprétation de l'Accord gréco-turc du 1er décembre 1926 (Protocole final, article IV), Avis consultatif, CPJI, Série B, No 16, 1928
Interprétation de l'arrêt No 3, Interprétation, Arrêt, CPJI, Série A, No 4, 1925
Interprétation du statut du territoire du Memel, Exception préliminaire, Arrêt, CPJI, Série A/B, No 47, 1932
Phosphates du Maroc, Exceptions préliminaires, Arrêt, CPJI, Série A/B, No 74, 1938
Société commerciale de Belgique, Arrêt, CPJI, Série A/B, No 78, 1939
Statut de la Carélie orientale, Avis consultatif, CPJI, Série B, No 5, 1923
Statut juridique du Groënland oriental, Arrêt, CPJI, Série A/B, No 53, 1933

CPA

Achmea B.V. v. Slovak Republic, Award on Jurisdiction and Admissibility, Affaire CPA No 2013-12, 2014
Chevron Corporation and Texaco Petroleum Corporation v. The Republic of Ecuador, Third Interim Award on Jurisdiction and Admissibility, UNCITRAL, Affaire CPA No 2009-23, 2012
Guyana and Suriname (Guyane c. Suriname), Award, Affaire CPA No 2004-04, 2007
The Arctic Sunrise Arbitration (Russie c. Chine), Award on the Merits, Affaire CPA No 2014-02, 2015
The Chagos Marine Protected Area Arbitration (Maurice c. Royaume-Uni), Award, Affaire CPA No 2011-03, 2015
The Duzgit Integrity Arbitration (Malte c. São Tomé et Príncipe), Award, Affaire CPA No 2014-17, 2016
The South China Sea Arbitration (Philippines c. Chine), Award on Jurisdiction and Admissibility, Affaire CPA No 2013-19, 2015

TIDM

« ARA Libertad » (Argentine c. Ghana), Mesures conservatoires, Ordonnance du 15 décembre 2012, TIDM Recueil 2012, 332
« Arctic Sunrise » (Royaume des Pays-Bas c. Fédération de Russie), Mesures conservatoires, Ordonnance du 22 novembre 2013, TIDM Recueil 2013, 230
« Camouco » (Panama c. France), Prompte mainlevée, Arrêt, TIDM Recueil 2000, 10
« Grand Prince » (Belize c. France), Prompte mainlevée, Arrêt, TIDM Recueil 2001, 17
Affaires du thon à nageoire bleue (Nouvelle-Zélande c. Japon ; Australie c. Japon), Mesures conservatoires, Ordonnance du 27 août 1999, TIDM Recueil 1999, 280
Délimitation de la frontière maritime dans l'océan Atlantique (Ghana c. Côte d'Ivoire), Mesures conservatoires, Ordonnance du 25 avril 2015, TIDM Recueil 2015, 146
Délimitation de la frontière maritime dans l'océan Atlantique (Ghana c. Côte d'Ivoire), Arrêt, TIDM Recueil 2017, 4
Délimitation de la frontière maritime dans le golfe du Bengale (Bangladesh c. Myanmar), Arrêt, TIDM Recueil 2012, 4
Demande d'avis consultatif soumise par la Commission sous-régionale des pêches, Avis consultatif, TIDM Recueil 2015, 4
Incident de l'« Enrica Lexie » (Italie c. Inde), Mesures conservatoires, Ordonnance du 24 août 2015, TIDM Recueil 2015, 182
Navire « Louisa » (Saint-Vincent-et-les Grenadines c. Royaume d'Espagne), Arrêt, TIDM Recueil 2013, 4
Navire « Norstar » (Panama c. Italie), Exceptions préliminaires, Arrêt, TIDM Recueil 2016, 44
Navire « SAIGA » (No. 2) (Saint-Vincent-et-les Grenadines c. Guinée), Arrêt, TIDM Recueil 1999, 7
Navire « SAIGA » (Saint-Vincent-et-les Grenadines c. Guinée), Prompte mainlevée, Arrêt, TIDM Recueil 1997, 16
Navire « Virginia G » (Panama c. Guinée-Bissau), Arrêt, TIDM Recueil 2014, 4
Navire « Virginia G » (Panama c. Guinée-Bissau), Ordonnance du 2 novembre 2012, TIDM Recueil 2012, 309
Travaux de poldérisation à l'intérieur et à proximité du détroit de Johor (Malaisie c. Singapour), Mesures conservatoires, Ordonnance du 8 octobre 2003, TIDM Recueil 2003, 10
Usine MOX (Irlande c. Royaume-Uni), Mesures conservatoires, Ordonnance du 3 décembre 2001, TIDM Recueil 2001, 95

OMC

Rapport de l'Organe d'appel *Communautés européennes – Certaines questions douanières*, WT/DS315/AB/R, adopté le 11 décembre 2006

Rapport de l'Organe d'appel *Communautés européennes – Classement tarifaire de certains matériels informatiques*, WT/DS62/AB/R / WT/DS67/AB/R / WT/DS68/AB/R, adopté le 22 juin 1998

Rapport de l'Organe d'appel *Communautés européennes – Désignation commerciale des sardines*, WT/DS231/AB/R, adopté le 23 octobre 2002

Rapport de l'Organe d'appel *Communautés européennes – Régime applicable à l'importation, à la vente et à la distribution des bananes*, WT/DS27/AB/R, adopté le 25 septembre 1997

Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Imposition de droits compensateurs sur certains produits en acier au carbone, plomb et bismuth laminés à chaud originaires du Royaume-Uni*, WT/DS138/AB/R, adopté le 7 juin 2000

Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Loi antidumping de 1916*, WT/DS136/AB/R / WT/DS162/AB/R, adopté le 26 septembre 2000

Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Loi de 2000 sur la compensation pour continuation du dumping et maintien de la subvention*, WT/DS217/AB/R / WT/DS234/AB/R, adopté le 27 janvier 2003

Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Lois, réglementations et méthode de calcul des marges de dumping (« réduction à zéro ») – Recours des Communautés européennes à l'article 21:5 du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends*, WT/DS294/AB/RW et Corr.1, adopté le 11 juin 2009

Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Maintien en existence et en application de la méthode de réduction à zéro*, WT/DS350/AB/R, adopté le 19 février 2009

Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Mesure affectant les importations de chemises, chemisiers et blouses, de laine, tissés en provenance d'Inde*, WT/DS33/AB/R, adopté le 23 mai 1997, et Corr.1

Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Prohibition à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes*, WT/DS58/AB/R, adopté le 6 novembre 1998

Rapport de l'Organe d'appel *Japon – Taxes sur les boissons alcooliques*, WT/DS8/AB/R / WT/DS10/AB/R / WT/DS11/AB/R, adopté le 1er novembre 1996

Rapport de l'Organe d'appel *Mexique – Enquête antidumping concernant le sirop de maïs à haute teneur en fructose (SHTF) en provenance des États-Unis – Recours des États-Unis à l'article 21:5 du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends*, WT/DS132/AB/RW, adopté le 21 novembre 2001

Rapport de l'Organe d'appel *Pérou – Droit additionnel visant les importations de certains produits agricoles,* WT/DS457/AB/R et Add.1, adopté le 31 juillet 2015

Rapport de l'Organe d'appel *Union européenne – Mesures antidumping visant les importations de certains alcools gras en provenance d'Indonésie*, WT/DS442/AB/R et Add.1, adopté le 29 septembre 2017

Rapport de l'Organe d'appel *Union européenne – Mesures compensatoires visant certains types de polyéthylène téréphtalate en provenance du Pakistan*, WT/DS486/AB/R et Add.1, adopté le 28 mai 2018

Rapport du Groupe spécial *Communautés européennes – Régime applicable à l'importation, à la vente et à la distribution des bananes – Recours des Communautés européennes à l'article 21:5 du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends*, WT/DS27/RW/EEC, 12 avril 1999, et Corr.1, non adopté
Rapport du Groupe spécial *Turquie – Restrictions à l'importation de produits textiles et de vêtements*, WT/DS34/R, adopté le 19 novembre 1999, modifié par le rapport de l'Organe d'appel WT/DS34/AB/R

CIRDI

A11Y LTD. v. Czech Republic, ICSID Case No UNCT/15/1, Decision on Jurisdiction, February 9th 2017

Abaclat and Others v. The Argentine Republic, ICSID Case No ARB/07/5, Decision on Jurisdiction and Admissibility, August 4th 2011

Abaclat and Others v. The Argentine Republic, ICSID Case No ARB/07/5, Decision on Jurisdiction and Admissibility (Abi-Saab Dissenting), August 4th 2011

Abaclat and Others v. The Argentine Republic, ICSID Case No ARB/07/5, Recommendation Pursuant to the Request by ICSID on the Respondent's Proposal for the Disqualification of Arbitrator, December 19th 2011

Adel A Hamadi Al Tamimi v. Sultanate of Oman, ICSID Case No ARB/11/33, Award, November 3rd 2015

AES Corporation and Tau Power B.V. v. Republic of Kazakhstan, ICSID Case No ARB/10/16, Award, November 1st 2013

AES Corporation v. The Argentine Republic, ICSID Case No ARB/02/17, Decision on Jurisdiction, April 26th 2005

Ambiente Ufficio S.P.A. and others (formerly Giordano Alpi and others) v. Argentine Republic, ICSID Case No ARB/08/9, Decision on Jurisdiction and Admissibility, February 8th 2013

Amco Asia Corporation and others v. Republic of Indonesia, ICSID Case No ARB/81/1, Decision on Jurisdiction, September 25th 1983

Asian Agricultural Products Ltd. v. Republic of Sri Lanka, ICSID Case No ARB/87/3, Final award, June 27th 1990

ATA Construction, Industrial and Trading Company v. Hashemite Kingdom of Jordan, ICSID Case No ARB/08/2, Award, May 18th 2010

ATA Construction, Industrial and Trading Company v. Hashemite Kingdom of Jordan, ICSID Case No ARB/08/02, Decision on Interpretation and on the Request for Provisional Measures, March 7th 2011

Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. v. United Republic of Tanzania, ICSID Case No ARB/05/22, Award, July 24th 2008

Bosh International, Inc. and B&P, LTD Foreign Investments Enterprise v. Ukraine, ICSID Case No ARB/08/11, Award, October 25th 2012

Bureau Veritas, Inspection, Valuation, Assessment and Control, BIVAC B.V. v. The Republic of Paraguay, ICSID Case No ARB/07/9, Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction, May 29th 2009

Burlington Resources Inc. v. Republic of Ecuador, ICSID Case No ARB/08/5, Procedural Order No 1, June 29th 2009

Cemex Caracas Investment B.V. v. Bolivarian Republic of Venezuela, ICSID Case No ARB/08/15, Decision on Jurisdiction, December 30th 2010

Ceskoslovenska Obchodni Banka, A.S. v. The Slovak Republic, ICSID Case No ARB/97/4, Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction, May 24th 1999

Churchill Mining Plc v. Republic of Indonesia, ICSID Case No ARB/12/14 & ARB/12/40, Decision on Jurisdiction, February 24th 2014

Compañia de Agua del Aconquija S.A. and Vivendi Universal S.A. v. Argentine Republic, ICSID Case No ARB/97/3, Decision on Jurisdiction, November 14th 2005

ConocoPhillips Petrozuata B.V., ConocoPhillips Hamaca B.V. and ConocoPhillips Gulf of Paria B.V. v. Bolivarian Republic of Venezuela, ICSID Case No ARB/07/30, Decision on Respondent's Request for Reconsideration, March 10th 2014

ConocoPhillips Petrozuata B.V., ConocoPhillips Hamaca B.V. and ConocoPhillips Gulf of Paria B.V. v. Bolivarian Republic of Venezuela, ICSID Case No ARB/07/30, Decision on Respondent's Request for Reconsideration (Abi-Saab Dissenting), March 10th 2014

Daimler Financial Services AG v. Argentine Republic, ICSID Case No ARB/05/1, Award, August 22nd 2012

David Minnotte and Robert Lewis v. Republic of Poland, ICSID Case No ARB(AF)/10/1, Decision on Request for Interpretation of the Award, October 22nd 2014

EDF (Services) Limited v. Romania, ICSID Case No ARB/05/13, Procedural Order No 2, May 30th 2008

El Paso Energy International Company v. The Argentine Republic, ICSID Case No ARB/03/15, Decision on Jurisdiction, April 27th 2006

Emilio Augustín Maffezini v. The Kingdom of Spain, ICSID Case No ARB/97/7, Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction, January 25th 2000

Enron Corporation and Ponderosa Assets, L.P. v. Argentine Republic, ICSID Case No ARB/01/3, Decision on Jurisdiction, January 14th 2004

Garanti Koza LLP v. Turkmenistan, ICSID Case No ARB/11/20, Award, December 19th 2016

Garanti Koza LLP v. Turkmenistan, ICSID Case No ARB/11/20, Decision on the Objection to Jurisdiction for Lack of Consent, July 3rd 2013

Garanti Koza LLP v. Turkmenistan, ICSID Case No ARB/11/20, Decision on the Objection to Jurisdiction for Lack of Consent (Boisson de Chazournes Dissenting), July 3rd 2013

Gas Natural SDG, S.A. v. The Argentine Republic, ICSID Case No ARB/03/10, Decision of the Tribunal on Preliminary Questions on Jurisdiction, June 17th 2005

Giovanni Alemanni and Others v. The Argentine Republic, ICSID Case No ARB/07/8, Decision on Jurisdiction and Admissibility, November 14th 2014

Hochtief AG v. The Argentine Republic, ICSID Case No ARB/07/31, Decision on Jurisdiction, October 24th 2011

Hrvatska Elektroprivreda d.d. v. Republic of Slovenia, ICSID Case No ARB/05/24, Tribunal's Ruling regarding the participation of David Mildon QC in further stages of the proceedings, May 6th 2008

Hydro S.r.l. and others v. Republic of Albania, ICSID Case No ARB/15/28, Order on Provisional Measures, March 3rd 2016

İçkale İnşaat Limited Şirketi v. Turkmenistan, ICSID Case No ARB/10/24, Award, March 8th 2016

Impregilo S.p.A. v. Argentine Republic, ICSID Case No ARB/07/17, Award, June 21st 2011

Impregilo S.p.A. v. Argentine Republic, ICSID Case No ARB/07/17, Award (Stern Concurring and Dissenting), June 21st 2011

Impregilo S.p.A. v. Islamic Republic of Pakistan, ICSID Case No ARB/03/3, Decision on Jurisdiction, April 22nd 2005

Inceysa Vallisoletana S.L. v. Republic of El Salvador, ICSID Case No ARB/03/26, Award, August 2nd 2006

Ioan Micula, Viorel Micula, S.C. European Food S.A, S.C. Starmill S.R.L. and S.C. Multipack S.R.L. v. Romania, ICSID Case No ARB/05/20, Award, December 11th 2013

Italba Corporation v. Oriental Republic of Uruguay, ICSID Case No ARB/16/9, Decision on Claimant Application for Provisional Measures and Temporary Relief, February 15th 2017

Jan de Nul N.V., Dredging International N.V. v. Arab Republic of Egypt, ICSID Case No ARB/04/13, Decision on Jurisdiction, June 16th 2006

Joseph C. Lemire v. Ukraine, ICSID Case No ARB/06/18, Decision on Jurisdiction and Liability, January 21st 2010

Joy Mining Machinery Limited v. The Arab Republic of Egypt, ICSID Case No ARB/03/11, Award on Jurisdiction, July 30th 2004

Kılıç İnşaat İthalat İhracat Sanayi ve Ticaret Anonim Şirketi v. Turkmenistan, ICSID Case No ARB/10/1, Award, July 2nd 2013

Klöckner Industrie-Anlagen Gmbh and Others v. United Republic Of Cameroon and Société Camerounaise des Engrais, ICSID Case No ARB/81/2, Excerpts of Award, October 21st 1983

LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp. and LG&E International Inc. v. Argentine Republic, ICSID Case No ARB/02/1, Decision on Liability, October 3rd 2006

M.C.I. Power Group L.C. and New Turbine Inc. v. Republic of Ecuador, ICSID Case No ARB/03/6, Decision on Annulment, October 19th 2009

M.C.I. Power Group L.C. and New Turbine, Inc. v. Republic of Ecuador, ICSID Case No ARB/03/6, Award, July 31st 2007

Menzies Middle East and Africa S.A. and Aviation Handling Services International Ltd. c. République du Sénégal, Affaire CIRDI No ARB/15/21, Ordonnance de procédure No 2, 2 Décembre 2015

Menzies Middle East and Africa S.A. and Aviation Handling Services International Ltd. c. République du Sénégal, Affaire CIRDI No ARB/15/21, Sentence, 1er Août 2016

Millicom International Operations B.V. and Sentel GSM S.A. v. Republic of Senegal, ICSID Case No ARB/08/20, Decision on the Application of Provisional Measures, December 9th 2009

Millicom International Operations B.V. and Sentel GSM SA v. The Republic of Senegal, ICSID Case No ARB/08/20, Decision on Jurisdiction of the Arbitral Tribunal, October 16th 2010

Mobil Corporation, Venezuela Holdings, B.V., Mobil Cerro Negro Holding, Ltd., Mobil Venezolana de Petróleos Holdings, Inc., Mobil Cerro Negro, Ltd., and Mobil Venezolana de Petróleos, Inc. v. Bolivarian Republic of Venezuela, ICSID Case No ARB/07/27, Decision on Jurisdiction, June 10th 2010

Mondev International Ltd. v. United States of America, ICSID Case No ARB(AF)/99/2, Award, October 11th 2002

Murphy Exploration and Production Company International v. Republic of Ecuador, ICSID Case No ARB/08/4, Award on Jurisdiction, December 15th 2010

Niko Resources (Bangladesh) Ltd. v. Bangladesh Petroleum Exploration & Production Company Limited ('Bapex') and Bangladesh Oil Gas and Mineral Corporation ('Petrobangla'), ICSID Case No ARB/10/18, Decision on Jurisdiction, August 19th 2013

Noble Ventures, Inc. v. Romania, ICSID Case No ARB/01/11, Award, October 12th 2005

Occidental Petroleum Corporation Occidental Exploration and Production Company v. The Republic of Ecuador, ICSID Case No ARB/06/11, Decision on Jurisdiction, September 9th 2008

Ömer Dede And Serdar Elhüseyni v. Romania, ICSID Case No ARB/10/22, Award, September 5th 2013

OPIC Karimum Corporation v. The Bolivarian Republic of Venezuela, ICSID Case No ARB/10/14, Award, May 28th 2013

Pan American Energy LLC and BP Argentina Exploration Company v. The Argentine Republic & BP America Production Company, Pan American Sur SRL, Pan American Fueguina, SRL and Pan American Continental SRL v. The Argentine Republic, ICSID Case No ARB/03/13 & ARB/04/8, Decision on Preliminary Objections, July 27th 2006

Perenco Ecuador Ltd v. The Republic of Ecuador and Empresa Estatal Petróleos del Ecuador (Petroecuador), ICSID Case No ARB/08/6, Decision on Provisional Measures, May 8th 2009

Philip Morris Brands SÀRL, Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. v. Oriental Republic of Uruguay, ICSID Case No ARB/10/7, Decision on Jurisdiction, July 2nd 2013

Philip Morris Brands SÀRL, Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. v. Oriental Republic of Uruguay, ICSID Case No ARB/10/7, Award, July 8th 2016

Phoenix Action, Ltd. v. Czech Republic, ICSID Case No ARB/06/5, Decision on Provisional Measures, April 6th 2007

Ping An Life Insurance Company of China, Limited and Ping An Insurance (Group) Company of China, Limited v. Kingdom of Belgium, ICSID Case No ARB/12/29, Award, April 30th 2015

Plama Consortium Limited v. Republic of Bulgaria, ICSID Case No ARB/03/24, Decision on Jurisdiction, February 8th 2005

PNG Sustainable Development Program Ltd. v. Independent State of Papua New Guinea, ICSID Case No ARB/13/33, Award, May 5th 2015

Quiborax S.A., Non Metallic Minerals S.A. and Allan Fosk Kaplún v. Plurinational State of Bolivia, ICSID Case No ARB/06/2, Decision on Provisional Measures, February 26th 2010

RREEF Infrastructure (G.P.) Limited and RREEF Pan-European Infrastructure Two Lux S.à r.l. v. Kingdom of Spain, ICSID Case No ARB/13/30, Decision on Jurisdiction, June 6th 2016

Rumeli Telekom A.S. and Telsim Mobil Telelomunikasyon Hizmetleri A.S. v. Republic of Kazakhstan, ICSID Case No ARB/05/16, Award, July 29th 2008

Saipem S.p.A. v. The People's Republic of Bangladesh, ICSID Case No ARB/05/07, Decision on Jurisdiction and Recommendation of Provisional Measures, March 21st 2007

Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. The Hashemite Kingdom of Jordan, ICSID Case No ARB/02/13, Decision on Jurisdiction, November 9th 2004

Sempra Energy International v. The Argentine Republic, ICSID Case No ARB/02/16, Decision on Objections to Jurisdiction, May 11th 2005

SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Islamic Republic of Pakistan, ICSID Case No ARB/01/13, Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction, August 6th 2003

SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Republic of the Philippines, ICSID Case No ARB/02/6, Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction, January 29th 2004

Siemens A.G. v. The Argentine Republic, ICSID Case No ARB/02/8, Decision on Jurisdiction, August 3rd 2004

Southern Pacific Properties (Middle East) Limited v. Arab Republic of Egypt, ICSID Case No ARB/84/3, Decision on Jurisdiction, April 14th 1988

Sr. Tza Yap Shum v. República del Perú, ICSID Case No ARB/07/6, Decision on Jurisdiction and Competence, June 19th 2009

Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A., and Vivendi Universal S.A. v. The Argentine Republic, ICSID Case No ARB/03/19, Decision on Jurisdiction, May 16th 2006

Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A., and Vivendi Universal S.A. v. The Argentine Republic, ICSID Case No ARB/03/19, Award, April 9th 2015

Supervisión y Control, S.A. v. The Republic of Costa Rica, ICSID Case No ARB/12/4, Award, January 18th 2018

Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. v. The United Mexican States, ICSID Case No ARB(AF)/00/2, Award, May 29th 2003

Teinver S.A., Transportes de Cercanías S.A. and Autobuses Urbanos del Sur S.A. v. The Argentine Republic, ICSID Case No ARB/09/1, Decision on Jurisdiction, December 21st 2012

Telefónica S.A. v. The Argentine Republic, ICSID Case No ARB/03/20, Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction, May 25th 2006

Telenor Mobile Communications A.S. v. The Republic of Hungary, ICSID Case No ARB/04/15, Award, June 22nd 2006

Tethyan Copper Company Pty Limited v. Islamic Republic of Pakistan, ICSID Case No ARB/12/1, Award, July 12th 2019

Tidewater Inc., Tidewater Investment SRL, Tidewater Caribe, C.A., et al. v. The Bolivarian Republic of Venezuela, ICSID Case No ARB/10/5, Decision on Jurisdiction, February 8th 2013

Tokios Tokelés v. Ukraine, ICSID Case No ARB/02/18, Procedural Order No 1, July 1st 2003

Toto Costruzioni Generali S.p.A. v. The Republic of Lebanon, ICSID Case No ARB/07/12, Decision on Jurisdiction, September 11th 2009

Tradex Hellas S.A. (Greece) v. Republic of Albania, ICSID Case No ARB/94/2, Decision on Jurisdiction, December 24th 1996 in *ICSID Review*, Vol. 14/1999, 161-196

Tulip Real Estate and Development Netherlands B.V. v. Republic of Turkey, ICSID Case No ARB/11/28, Decision on Bifurcated Jurisdictional Issue, March 5th 2013

Urbaser S.A. and Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa v. The Argentine Republic, ICSID Case No ARB/07/26, Decision on Jurisdiction, December 19th 2012

Urbaser S.A. and Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa v. The Argentine Republic, ICSID Case No ARB/07/26, Award, December 8th 2016

Valle Verde Sociedad Financiera S.L. v. Bolivarian Republic of Venezuela, ICSID Case No ARB/12/18, Decision on Provisional Measures, January 25th 2016

Venoklim Holding B.V. c. República Bolivariana de Venezuela, Caso CIADI No ARB/12/22, Laudo, 3 de abril de 2015

Víctor Pey Casado et Fondation Président Allende c. la République du Chili, Cas CIRDI No ARB/98/2, Décision sur les Mesures Conservatoires sollicitées par les Parties, 25 Septembre 2001

Waguih Elie George Siag and Clorinda Vecchi v. The Arab Republic of Egypt, ICSID Case No ARB/05/15, Award, June 1st 2009

Wena Hotels Ltd. v. Arab Republic of Egypt, ICSID Case No ARB/98/4, Decision on the Application by Wena Hotels Ltd. for Interpretation of the Arbitral Award dated December 8 2000, October 31st 2005

Wintershall Aktiengesellschaft v. Argentine Republic, ICSID Case No ARB/04/14, Award, December 8th 2008

Zhinvali Development Ltd. v. Republic of Georgia, ICSID Case No ARB/00/1, Award, January 24th 2003

AD HOC

Affaire de la délimitation du plateau continental entre Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord et République française (Royaume-Uni, France), 1977, UNRIAA XVIII, 130-270

Affaire de la délimitation du plateau continental entre Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord et République française (Royaume-Uni, France), 1978, UNRIAA XVIII, 339-413

Affaire du Carthage (France, Italie), 1913, UNRIAA XI, 449-461

Affaire du Manouba (France, Italie), 1913, UNRIAA XI, 463-479

Case concerning the location of boundary markers in Taba between Egypt and Israel (Egypt, Israël), 1988, UNRIAA XX, 1-118

Case concerning the location of boundary markers in Taba between Egypt and Israel (Egypt, Israël) (Lapidoth Dissenting), 1988, UNRIAA XX, 1-118

The Ambatielos Claim (Greece, United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland), 1956, UNRIAA XII, 83-153

CEDH

Belilos c. Suisse, Série A No 132 [1988] ECHR 4

Loizidou c. Turquie (GC), Série A No 310 [1995] ECHR 10

Storck c. Allemagne, App No 61603/00, CEDH, Decision as to the Admissibility, 26 octobre 2004

Weber c. Suisse, Série A No 177 [1990] ECHR 13

TPIY

Le Procureur c. Duško Tadić, alias « Dule », Arrêt relatif à l'appel de la défense concernant l'exception préjudicielle d'incompétence, 2 octobre 1995

SCC

Mohammad Ammar Al-Bahloul v. Republic of Tajikistan, SCC Case No V(064/2008), Partial Award on Jurisdiction and Liability