



La succession d'États en matière de traités d'investissement

Mémoire

Souleymane Yacin Ouédraogo

Maîtrise en droit - avec mémoire
Maître en droit (LL. M.)

Québec, Canada

La succession d'États en matière de traités d'investissement

Mémoire

Souleymane Yacin Ouédraogo

Sous la direction de :

Charles-Emmanuel Côté

Résumé

Ce mémoire jette un regard critique sur une question aussi intéressante qu'actuelle à savoir, quelles sont les règles juridiques applicables aux traités d'investissement en cas de succession d'États. La gestion du contentieux relatif aux investissements internationaux révèle une Convention de 1978 inadaptée, des décisions jurisprudentielles qui pataugent et une doctrine qui s'interroge. Le présent mémoire qui aborde l'interface entre le droit international général et le droit international de l'investissement a permis de savoir que c'est un ensemble de règles, mettant en bonne place la Convention de 1969 comme adjuvant à celle de 1978, qui régit la problématique fondamentale qui est en fait le sort du consentement à l'arbitrage exprimé dans les traités de l'État prédécesseur. L'intention explicite ou implicite des parties, la qualification des traités d'investissement à l'aune de la distinction entre traités réels et traités personnels sont autant de pistes explorées pour répondre à la question fondamentale et accessoirement à celle de la responsabilité internationale de l'État sur le fondement des traités d'investissement lorsqu'on aborde la question de la clause de survie.

Abstract

This study examines critically an interesting and timely issue, namely, the identification of the legal rules applicable to investment treaties in the event of State succession. The application of the Convention of 1978 has proven to be unsuitable, the jurisprudence uncertain and the doctrine hesitating. This paper draws resources from both general international law and international law of investment to argue that only a connection between the Convention of 1969 and the Convention of 1978 can govern satisfactorily the fate of the consent for arbitration from the predecessor State.

The study highlights the explicit or implicit intention of the parties and the distinction between real and personal treaties in order to substantiate the solution provided to the main question. Incidentally it makes considerations on the international responsibility of the State when addressing the issue of the survival clause of investment treaties.

Table des matières

Résumé	ii
Abstract.....	iii
Table des matières	iv
Liste des abréviations, sigles, acronymes	vi
Remerciements.....	viii
Introduction	1
Partie I : La succession d'États en matière de traités d'investissement dans le régime conventionnel	15
Chapitre 1 : Le droit conventionnel et la pratique des États.....	16
Section I Le régime de la Convention de 1978.....	16
1. La succession d'une partie du territoire.....	17
2. Les cas d'unification d'États	19
3. De la séparation d'États	22
Section II Les leçons de la pratique ultérieure à la Convention de 1978.....	25
1. Les cas d'absorption et d'unification d'États.....	26
2. La séparation d'États.....	30
3. Quelques observations sur le régime de la Convention de 1978	40
Conclusion partielle	42
Chapitre 2 : L'insertion des traités d'investissement dans le régime conventionnel	43
Section I De la distinction entre traités personnels et traités réels	44
1. Fondement de la distinction.....	44
2. Intérêt de la distinction	48
Section II L'intérêt de la qualification des traités d'investissements	53
1. De l'intérêt d'une qualification des traités d'investissement dans le contexte de succession d'États	54
2. Justification de la qualification des traités d'investissement.....	59
Conclusion partielle	64
Partie II : Applicabilité des traités d'investissement et analyse critique de la pratique arbitrale relative à la succession d'États	66
Chapitre 3 : L'applicabilité des traités d'investissement dans la succession d'États.....	67
Section I L'applicabilité des traités d'investissement, un préalable nécessaire en matière de succession d'États	67
Section II La problématique du consentement à l'arbitrage d'investissement	69

1. Le consentement de l'État au contentieux de l'investissement	70
2. L'arbitrage d'investissement sous tension	77
Section III L'interface succession d'États en matière de traités d'investissement et succession d'États en matière de responsabilité internationale sur le fondement de traités d'investissement	86
1. Le fait internationalement illicite antérieur à la succession d'États	87
2. Le fait internationalement illicite postérieur à la succession d'États	89
Conclusion partielle	92
Chapitre 4 : Règles applicables aux clauses d'arbitrage et de survie et analyse critique de la pratique arbitrale relative à la succession d'États en matière de traités d'investissement	93
Section I Règles applicables aux clauses d'arbitrage et de survie	93
1. Les règles applicables aux clauses d'arbitrage	93
2. Les règles applicables à la clause de survie	96
Section II analyse critique de la pratique arbitrale relative à la succession d'États en matière de traités d'investissement	98
1. Les différentes approches arbitrales	99
2. Analyse des différentes approches arbitrales	102
1. De l'intransmissibilité de principe à la transmissibilité de fait des traités d'investissement	103
2. La problématique du moment de la continuité des traités d'investissement en cas de succession d'États	104
1. Le consentement antérieur et la succession d'États en matière de traités d'investissement	106
2. Le consentement postérieur à l'instance arbitrale dans la succession d'États en matière de traités d'investissement	108
Conclusion partielle	112
Conclusion	113
Bibliographie	115

Liste des abréviations, sigles, acronymes

- AFDI : Annuaire français de droit international
- ALENA : Accord de libre-échange nord-américain
- AMI : Accord multilatéral sur l'investissement
- CDI : Commission du droit international
- CEI : Communauté des États indépendants
- CIJ : Cour internationale de justice
- CIRDI : Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements
- CNUDCI : Commission des Nations Unies pour le droit commercial international
- CPJI : Cour permanente de justice internationale
- ILM : International Legal Materials
- OCDE : Organisation pour la coopération et le développement économiques
- Organisation des Nations Unies : ONU
- RCADI : Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye
- RDA : République Démocratique d'Allemagne
- RFA : République Fédérale d'Allemagne
- RFSY : République fédérative socialiste de Yougoslavie
- RGDIP : Revue Générale du Droit international Public
- RSA : Recueil des sentences arbitrales
- RT Can : Recueil de traités du Canada
- RTNU : Recueil de traités des Nations Unies
- TBI : Traité bilatéral d'investissement
- URSS : Union des républiques socialistes soviétiques

< Dédicace à mon Père Céleste pour Sa grâce toute suffisante par Jésus-Christ, à feu mon père Ouédraogo Mahamady, à mes mamans Ouédraogo Assiata et Adjara Touré, à mes frères Ousseni, Saïdou, Louckmane, Alassane, Nacer, Khaled, Aziz et ma sœur Agaïcha, les mérites de cette œuvre, aussi infimes qu'ils soient, puissent-ils symboliser vos espérances >

Remerciements

- Au Professeur Charles-Emmanuel Côté, mon directeur de mémoire qui a accepté d'assumer ce rôle académique malgré son évidente lourde charge de travail. J'ai bénéficié d'orientations et de commentaires éclairés de sa part. Qu'il trouve ici l'expression constante de ma profonde gratitude.
- Aux Professeurs Richard Ouellet et Patrick Dumberry qui ont accepté malgré leurs charges évidentes d'être dans le jury d'évaluation et qui l'ont indéniablement bonifié.
- Aux Professeurs Makane Moïse Mbengue, Abdoulaye Soma et Mamadou Hébié, pour leur disponibilité permanente et pour l'accompagnement reçu.
- A Mademoiselle Ragnimwendé Eldaa Koama, pour la source d'inspiration permanente qu'elle constitue et l'espérance qu'elle symbolise pour moi.
- A ma grande famille, toute la communauté Burkinabè de Québec et tous mes amis, à l'apôtre Gilbert Kaboré, ses collaborateurs et les membres de l'église Béthel Shan- Shean, veuillez trouver en ces mots nos sincères remerciements.
- A l'abbé Justin Ilboudo, l'évangéliste Bago Maurice, le pasteur Joël Ganamé, Aude Koutaba, Jean-Louis Bago, Assène Ouédraogo, Windyam Ouédraogo, Isabelle Ouédraogo, Constan Ouédraogo, Emile Ouédraogo, Désiré Ouédraogo, Raphael Ouédraogo, Noufou Ouédraogo, François d'Assises Bationo, Raymond Savadogo, Eli Sawadogo, Valéa Aristide, Saïbou Sangli, Jasmine Sawadogo, Shaida Koala, Adama Vincent Koussoubé, Lougué Kouamé, Serge Christian Ekani, Epiphanie Houssou, Benaja Théophile Bilgo, Alima Diabaté, Séré Bibata, Kiekieta Alex Romaric, Jules Kaboré, Raoul Yaro, Jockebed Sanou, Serge Sanou, Abdou Kader Ouandé, Sibiri Coulibaly, Abdoul Aziz Tapsoba et Isaac Yelkouni.
- A tout le corps enseignant de la Faculté de Droit de l'Université Laval et tout le personnel, particulièrement à Madame Véronique Bédard pour avoir été un pont entre la vision et la réalisation de ce travail.

Introduction

Le différend entre World Wide Minerals et le Kazakhstan¹ relatif à la suspension par ce dernier des opérations et la confiscation de l'usine de traitement d'uranium qu'exploitait cette société canadienne dans cette ancienne République socialiste soviétique a soulevé une question aussi inattendue qu'intéressante dans le fondement juridique de la requête introductrice d'instance : le consentement de l'Union des républiques socialistes soviétiques (URSS) à l'arbitrage en 1989 peut-il lier le Kazakhstan en 2013²? En effet, l'investisseur canadien fonde sa réclamation sur l'accord entre les gouvernements du Canada et de l'URSS sur l'encouragement et la protection réciproque des investissements conclu en 1989³, en alléguant que le Kazakhstan a succédé à l'URSS pour ce traité bilatéral d'investissement (TBI) lors de la dislocation de cette dernière en 1991⁴. Cette interrogation soulève des questions complexes de droit international public général relatives à la succession d'États en matière de traités et de droit international des investissements relatives aux traités d'investissement. Une approche holistique de la problématique abordée par le présent mémoire ne saurait se faire sans quelques précisions notionnelles.

Les TBI sont définis comme étant des accords, au sens de l'article 2 al 1.a de la *Convention de Vienne sur le droit des traités de 1969*⁵, conclus entre deux États, sur la base de la réciprocité, visant à encourager et à protéger les investissements étrangers par la mise en place d'un cadre normatif à travers lequel des dispositions imposent aux États signataires le devoir de garantir certaines protections aux bénéficiaires de ces traités⁶. Les instruments multilatéraux reprennent pour

¹ *World Wide Minerals c République du Kazakhstan*, Reclamation, CNUDCI (TBI Canada-URSS, 16 décembre 2013) [*World Wide Minerals*].

² Charles-Emmanuel Côté, « Investissement » (2013) 51 ACDI 397 à la p 401 [Côté].

³ *Accord entre le gouvernement du Canada et le gouvernement de l'Union des Républiques socialistes soviétiques sur l'encouragement et la protection réciproque des investissements*, 20 novembre 1989, 1852 RTNU 215/ RT Can 1991 n°31 (entrée en vigueur : 27 juin 1991) [TBI Canada-URSS].

⁴ Côté, *supra* note 2 à la p 401.

⁵ *Convention de Vienne sur le droit des traités*, 23 mai 1969, 1155 RTNU 331 (entrée en vigueur : 27 janvier 1980) [Convention de 1969].

⁶ Dominique Carreau, Patrick Juillard et al, *Droit international économique*, 6^e éd, Paris, Dalloz, 2017 à la p 529 [Carreau et Juillard] ; Stéphane Bonomo, *Les traités bilatéraux relatifs aux*

l'essentiel les règles de protection des investissements étrangers prévus dans les accords bilatéraux. Ils sont généralement limités dans l'espace avec un chapitre consacré à la protection des investissements à l'instar de l'*Accord de libre-échange nord-américain*⁷ (ALENA), ou dans leur objet comme le *Traité sur la Charte de l'énergie*⁸.

Dans leur contenu, les traités d'investissement offrent la possibilité à l'investisseur d'accéder à un tribunal arbitral⁹, composé suivant les règles du Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI) créé par la *Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États*¹⁰, ou non, « dans l'hypothèse où l'État aurait méconnu le traitement qu'il s'était conventionnellement engagé à lui assurer »¹¹. Ce mécanisme qui permet à une personne privée d'attirer un État devant un tribunal arbitral est matérialisé par la pratique des clauses compromissaires et est devenu la caractéristique essentielle des traités d'investissement¹².

La succession d'États est au terme de l'article 2 (1) al 1 de la *Convention de Vienne sur la succession d'États en matière de traités*¹³, « la substitution d'un État à un autre dans la responsabilité des relations internationales ». En tant que substitution d'un État à un autre sur un territoire donné, la succession d'États peut

investissements. Entre protection des investissements étrangers et sauvegarde de la souveraineté des États, Marseille, PUAM, 2012, à la p 30 [Bonomo].

⁷ *Accord de libre-échange nord-américain entre le gouvernement du Canada, le gouvernement des États-Unis et le gouvernement du Mexique*, 17 décembre 1992, RT Can 1994 n° 2 (entrée en vigueur : 1^{er} janvier 1994) [ALENA].

⁸ *Traité sur la Charte de l'énergie*, 17 décembre 1994, 2080 RTNU 100 (entrée en vigueur : 16 avril 1994) [Traité sur la Charte de l'énergie].

⁹ Charles Leben, dir, *Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational*, Paris, Pedone, 2015 à la p 64 [Leben] ; Arnaud de Nanteuil, *Droit international de l'investissement*, 2^e éd, Paris, Pedone, 2017 à la p 47 [De Nanteuil].

¹⁰ *Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États*, 19 mars 1965, 575 RTNU 169 (entrée en vigueur : 14 octobre 1966) [Convention CIRDI].

¹¹ De Nanteuil, *supra* note 9 à la p 47.

¹² Leben, *supra* note 9 aux pp 64-65.

¹³ *Convention de Vienne sur la succession d'États en matière de traités*, 23 août 1978, 1946 RTNU 3 (entrée en vigueur : 6 novembre 1996) [Convention de 1978].

revêtir différentes formes. On en distingue trois à savoir le transfert de territoire, la constitution d'un État et l'accession à l'indépendance¹⁴.

Le transfert de territoire intervient lorsqu'un État perd une partie de son territoire au profit d'un autre qui existe déjà. Cette hypothèse appelle à faire une différenciation entre cession et annexion¹⁵. En effet, la cession de territoire se fonde sur un accord entre les deux États gardant simultanément et de façon parallèle leur personnalité juridique.

L'annexion est « un acte unilatéral par lequel un État après des opérations militaires incorpore le territoire d'un autre à son propre territoire »¹⁶. Il convient cependant de faire la part des choses ici entre annexion et occupation militaire. En effet, celle-ci est souvent temporaire et n'affecte « pas la personnalité de l'État vaincu mais les modalités d'exercice de la compétence territoriale »¹⁷. La succession allemande bien que désignée comme une fusion se révèle plus dans la pratique être une annexion volontaire comme on le verra.

La constitution d'un État s'opère soit par fusion soit par scission¹⁸. La fusion ou regroupement d'États « s'analyse comme la disparition complète de plusieurs États et l'accession simultanée à la vie internationale d'un seul État »¹⁹. La sécession ou dislocation d'un État intervient lorsqu'un État assiste à la séparation de certaines de ses parties pour former chacune une entité indépendante. C'est l'effet contraire au transfert de territoire qui se pose ici. Ce procédé a connu un regain d'intérêt avec les mutations de l'Europe centrale et orientale à la suite de la chute du mur de Berlin.

L'accession à l'indépendance est historiquement le mode le plus prolifique et se veut la matérialisation même du principe du droit des peuples à disposer d'eux-

¹⁴ Patrick Daillier, Mathias Forteau et Alain Pellet, *Droit international public*, 8^e éd, Paris, LGDJ, 2009 à la p 575 [Daillier, Forteau et Pellet].

¹⁵ Raymond Ranjeva, *Droit international public*, Paris, EDICEF, 1992 à la p 96 [Ranjeva].

¹⁶ *Ibid.*

¹⁷ *Ibid.*

¹⁸ Daillier, Forteau et Pellet parlent de création concertée d'État (Daillier, Forteau et Pellet, *supra* note 14 à la p 589) alors que Dupuy et Kerbrat évoquent une fusion d'États (Pierre-Marie Dupuy et Yann Kerbrat, *Droit international public*, 13^e éd, Paris, Dalloz, 2016 à la p 33 [Dupuy et Kerbrat]). Il s'agit seulement d'une différence de terminologie qui n'entache en rien le fait que c'est la même idée car Daillier, Forteau et Pellet finissent par utiliser l'expression fusion d'États (p 602).

¹⁹ Ranjeva, *supra* note 15 à la p 96.

mêmes dans le cadre de la décolonisation²⁰. « Ce type particulier de succession peut s'analyser comme une forme de sécession par application d'une norme spécifique : le droit à la décolonisation énoncé aux articles 1, paragraphe 5 et 55 de la Charte des Nations Unies »²¹.

Par ailleurs, la succession d'États se distingue de la succession de gouvernement qui n'affecte aucunement la condition internationale de l'État²². En effet, l'État est l'entité politique qui détient le pouvoir de légiférer tandis que le gouvernement est l'institution par laquelle se manifeste la volonté de l'État²³. Les changements de gouvernements ni ceux liés à la population n'entraînent aucun déplacement de frontière ni transfert de souveraineté²⁴.

Du régime général de la succession d'États en matière de traités, il sied d'emblée de noter qu'il y a un doute sur l'existence même de règles coutumières en la matière telle la pratique a été non uniforme²⁵. Verhoeven relève ainsi le fait qu'il ne soit pas possible de trouver dans la pratique internationale, des solutions qui puissent être sérieusement tenues pour coutumières²⁶. Dans *l'affaire de la concession des phares*²⁷, le tribunal arbitral dénonçait le flottement de la pratique internationale et le chaos qui régnait dans la doctrine. Néanmoins, il y a une consécration de l'intransférabilité des traités personnels appelés encore traités politiques²⁸ tels que les traités d'alliance militaire, les conventions relatives à un statut de neutralité, ou encore celles prévoyant une assistance mutuelle entre deux États. Les traités qui établissent un « régime territorial » ou traités réels c'est-à-dire ceux ayant trait à la fixation d'une frontière ou au régime des voies de

²⁰ Daillier, Forteau et Pellet, *supra* note 14 à la p 577.

²¹ Ranjeva, *supra* note 15 à la p 97.

²² M W Willoughby, *Fundamental Concepts of Public Law*, chapitre V, p 49 cité par Manfred Lachs « Rapport de la Sous-commission sur la succession d'États et de gouvernements » (Doc A/CN.4/160) dans *Annuaire de la Commission du droit international* 1963, vol 2, New York, NU, 1963 à la p 296 [Lachs].

²³ *Ibid.*

²⁴ Herbert Arnold Wilkinson, *The American Doctrine of State Succession*, Baltimore, Johns Hopkins Press, 1932 à la p 17.

²⁵ Daillier, Forteau, Pellet, *supra* note 14 à la p 602. Voir aussi Jean Combacau et Serge Sur, *Droit international public*, 9^e éd, Paris, Montchrestien, 2010 à la p 438 [Combacau et Sur]. Dupuy, Kerbrat, *supra* note 18 à la p 72.

²⁶ Joe Verhoeven, *Droit international public*, Bruxelles, Larcier, 2000 à la p 167 [Verhoeven].

²⁷ *Affaire relative à la concession des phares de l'Empire ottoman (Grèce c France)* (1956), 12 RSA 155 à la p 198.

²⁸ Daillier, Forteau et Pellet, *supra* note 14 à la p 615; Combacau et Sur, *supra* note 25 à la p 438.

communication ne sont pas affectés par la succession d'États, ce qui signifie que l'État successeur est objectivement lié par ces traités²⁹.

Le régime de la succession d'États en matière de traités dans la Convention de 1978 est fonction des différents types de successions d'États. L'article 15 retient le principe de la variabilité des limites territoriales de l'application des traités concernant la succession d'une partie du territoire. Le principe de l'intransmissibilité est retenu pour les États nouvellement indépendants à la lecture des articles 16 à 30. Cependant, un droit d'option leur est reconnu concernant les traités multilatéraux et cela leur permet par une notification de succession d'assurer une certaine continuité en établissant leur qualité de partie. Concernant le cas d'unification d'États, les articles 31 à 33 disposent que les traités conclus par les prédécesseurs quelle qu'en soit leur forme restent en vigueur à l'égard du successeur, mais ils ne s'appliquent en principe qu'à la partie du territoire de l'État successeur à l'égard de laquelle ces traités étaient en vigueur à la date de la succession d'États³⁰. Enfin, dans les cas de séparation d'États (articles 34-37) les traités conclus à l'égard de l'ensemble du territoire restent en vigueur à l'égard de chacun des États successeurs ainsi formés et aussi à l'égard de l'État prédécesseur s'il continue d'exister. En outre, les traités relatifs à une partie du territoire de l'État originaire (traités localisés) ne restent en vigueur qu'à l'égard de celle-ci.

On note toutefois une faible légitimité de la Convention de 1978³¹. Cela s'explique d'abord par une faible adhésion des États soit seulement 19 signataires pour 22 États parties. Ensuite, conséquence de la première raison, cette Convention ne semble pas contenir des règles qui conviennent à l'intérêt de la plupart des membres de la communauté internationale. Deux justificatifs possibles ; le premier tient au fait qu'elle est intervenue tardivement c'est-à-dire après la grande vague de succession d'États due à la décolonisation. Le deuxième tient au caractère éminemment politique de la problématique de la succession d'États. Ainsi, ratifier

²⁹ *Ibid*; Daillier, Forteau, Pellet, *supra* note 14 à la p 615

³⁰ Photini Pazartzis, *La succession d'États aux traités multilatéraux*, Paris, Pedone, 2002, aux pp 26-28 [Pazartzis].

³¹ Combacau et Sur, *supra* note 25 à la p 437; Verhoeven, *supra* note 26 aux pp 167-168; Daillier, Forteau et Pellet, *supra* note 14 à la p 603.

cette Convention pourrait être perçue comme une caution aux aspirations sécessionnistes. Néanmoins, il faut reconnaître que même si les règles codifiées ne reflètent pas fidèlement le droit positif, elles dégagent au moins des directives générales³².

C'est à l'aune de ce régime conventionnel que seront successivement analysés les décisions arbitrales et l'apport doctrinal dans le traitement de la succession d'États en matière de traités d'investissement. Toutefois, il convient de préciser que l'hypothèse de la décolonisation ne sera pas abordée dans le cadre de ce mémoire. En effet, elle ne présente qu'un intérêt historique dans la mesure où elle est antérieure à la Convention de 1978 et surtout du fait que le principe de la table rase concernant les traités antérieurs enlève tout intérêt scientifique de s'interroger sur ce point. En revanche les cas de sécessions interpellent par les cas multiples et postérieurs à la Convention et par le principe de continuité des traités régissant ce type de succession d'États qui ne prend pas suffisamment en compte quelques considérations relatives à la vie et à la nature des traités. Il s'agit d'abord de la question préalable de savoir si la succession d'États soulève des questions de validité ou d'extinction d'un traité. Sur le point de la validité c'est-à-dire de la « qualité des éléments d'un ordre juridique qui remplissent toutes les conditions de forme ou de fond requises par cet ordre juridique pour produire des effets juridiques »³³, on n'a pas d'éléments spécifiques à la succession d'États. Par conséquent, on se rabat sur les vices de consentement qui pourraient entacher la validité d'un traité tels que prévus aux articles 46 à 52 de la Convention de 1969³⁴ sans oublier la contrariété à une norme de *jus cogens* (article 53). La Convention de 1978 a en fait adopté une attitude prudente en retenant en son article 14 que « rien dans la présente Convention n'est considéré comme préjugant en quoi que ce soit toute question relative à la validité d'un traité ». On pourrait déduire que

³² *Ibid*; Voir aussi Dupuy et Kerbrat, *supra* note 18 à la p 72.

³³ Jean Salmon, dir, *Dictionnaire de droit international public*, Bruylant, Bruxelles, 2001 *sub verbo* « validité ».

³⁴ Il s'agit de la violation du droit interne concernant la compétence de conclure des traités (article 46), la restriction particulière du pouvoir de l'État d'exprimer son consentement (article 47), l'erreur (article 48), le dol (article 49), la corruption d'un représentant d'un État (article 50), la contrainte exercée sur le représentant d'un État (article 51), la menace ou l'emploi de la force (article 52) et la contrariété avec une norme de *jus cogens* (article 53).

cette question de validité importe apparemment peu dans la mesure où elle est supposée avoir été réglée par les Parties originaires au traité. D'autre part, on s'interroge sur l'influence de la succession d'États sur l'effet obligatoire des traités c'est-à-dire de l'aptitude du traité à régir une situation donnée³⁵. Visiblement c'est cet aspect qui est mis en avant par la Convention de 1978 lorsqu'on analyse les solutions qu'elle a retenues en fonction des différents types de successions d'États comme vu plus haut notamment la variabilité des limites territoriales de l'application des traités et le principe de continuité³⁶.

Ensuite, la deuxième observation est intimement liée au principe de continuité des traités qui paraît assez général. Cette généralité pourrait justifier la faible légitimité de la Convention de 1978. Une alternative crédible serait de poser un regard particulier sur la distinction doctrinale opérée entre traités réels et traités personnels qui permettra à la fois de suppléer cette lacune de la Convention et de répondre au cas spécifique des traités d'investissement. En effet, les garanties offertes aux investisseurs dans les traités d'investissement ne sont valables que si ces traités sont en vigueur. Or cet aspect est mis à mal lorsqu'il y a succession d'États : un traité d'investissement conclu préalablement avec l'État prédécesseur demeure-t-il en vigueur avec le successeur ? En toile de fond c'est la possibilité offerte à l'investisseur de saisir un tribunal arbitral qui est discutée dans la mesure où elle est devenue la principale caractéristique des traités d'investissement³⁷. La récurrence de cette question devant les instances arbitrales commande que l'on se penche sur les solutions à apporter afin de contribuer à lever le voile sur la question des règles applicables à la succession d'États en matière de traités d'investissement et ce, à la lumière du droit international et des sentences arbitrales.

Ce mémoire a également pour objectif de servir de référentiel car la doctrine y relative est rare alors que la problématique est loin de s'estomper. Les récents évènements avec les Kurdes irakiens revendiquant leur indépendance, la violente revendication de la sécession du Cameroun anglophone ou le référendum

³⁵ Salmon, *supra* note 32 *sub verbo* « applicabilité ».

³⁶ Voir *supra* à la p 6.

³⁷ Voir *supra* note 12.

d'autodétermination du peuple Catalan en Espagne sans oublier les récents développements dans les relations entre l'Ecosse et le Royaume-Uni à la suite du Brexit, sont autant de signes qui témoignent de l'actualité du sujet. Les trois États à savoir l'Irak, le Cameroun et l'Espagne totalisent à ce jour cent-trois TBI³⁸.

En outre, une autre raison qui justifie le présent mémoire tient à l'approche divergente des instances arbitrales, ce qui n'a d'ailleurs pas manqué d'interpeller la doctrine. Ainsi on retient trois types d'approches jurisprudentielles³⁹. D'abord, il y a les tribunaux arbitraux ayant passé totalement sous silence la question de la succession d'États parmi lesquels on peut citer les affaires *Ronald S. Lauder c République tchèque*⁴⁰ et *Frontier Petroleum Services Ltd c République tchèque*⁴¹. Dans la première, la défenderesse a dès le début reconnu que le traité⁴² visé s'appliquait *prima facie*⁴³ tandis que dans la seconde, le tribunal a profité du silence de la partie défenderesse quant à la question de savoir si le TBI est toujours en vigueur ou pas⁴⁴ visé pour éluder la question des conditions de sa succession par la République tchèque⁴⁵.

Ensuite, les arbitres dans l'affaire *Eastern Sugar B.V. c République tchèque*⁴⁶, ont estimé que le TBI conclu préalablement entre la Tchécoslovaquie et le Royaume de Pays-Bas⁴⁷ ne devenait pas caduc du fait de l'accession postérieure de la

³⁸ Voir <http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA>, consulté le 25/09/2018.

³⁹ Il faut préciser ici que les cas visés concernent tous la République Tchèque.

⁴⁰ *Lauder c République tchèque*, sentence finale, UNCITRAL (TBI États-Unis d'Amérique-République fédérale tchèque et slovaque, 3 septembre 2001) [*Lauder*].

⁴¹ *Frontier Petroleum Services Ltd. C République tchèque*, sentence finale, UNCITRAL (TBI Canada-République Tchèque, 12 novembre 2010) [*Frontier Petroleum Services Ltd*].

⁴² *Treaty between the Czech and Slovak federal republic and the United States of America concerning the reciprocal encouragement and protection of investment*, 22 octobre 1991 (entrée en vigueur: 19 décembre 1992) [TBI États-Unis –Tchécoslovaquie] (<https://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/994>).

⁴³ *Lauder*, *supra* note 40 aux pp 31-32.

⁴⁴ *Accord entre le gouvernement du Canada et le gouvernement de la République Fédérale Tchèque et Slovaque sur l'encouragement et la protection des investissements*, 15 novembre 1990, 2469 RTNU 113/ RT Can 1992 n°10 (entré en vigueur: 9 mars 1992) [TBI Canada-Tchécoslovaquie].

⁴⁵ *Frontier Petroleum Services Ltd*, *supra* note 41 à la p 62.

⁴⁶ *Eastern Sugar B.V. (Royaume des Pays-Bas) c République tchèque*, sentence partielle, UNCITRAL SCC Case N°088/2004/ (TBI Royaume des Pays-Bas- République fédérale tchèque et slovaque, 27 mars 2007) [*Eastern Sugar B.V.*].

⁴⁷ *Accord relatif à l'encouragement et à la protection réciproque des investissements entre le Royaume des Pays-Bas et la République fédérale tchèque et slovaque*, 29 avril 1991, 2242 RTNU 205 (entrée en vigueur: 1er octobre 1992) [TBI Pays-Bas, Tchécoslovaquie].

République tchèque à l'Union Européenne⁴⁸. Or cette adhésion est consécutive à l'apparition de cette dernière en tant qu'État à la suite de la dislocation de la Tchécoslovaquie en 1992 dont elle a été continuatrice avec la Slovaquie. En admettant sa compétence, le tribunal reconnaît donc implicitement qu'il y a eu succession de la République tchèque au TBI Pays-Bas Tchécoslovaquie sans pour autant justifier des conditions de cette succession⁴⁹.

Enfin, concernant l'affaire *Saluka Investments B.V. c République tchèque*⁵⁰, bien que la République tchèque n'ait pas contesté l'applicabilité du traité invoqué⁵¹ par la demanderesse, le tribunal a soulevé deux points importants. D'abord, il note que la République tchèque a succédé à la Tchécoslovaquie en 1992⁵². Ensuite, il fait savoir que par une lettre en date du 8 décembre 1994, le ministre tchèque des Affaires étrangères confirmait à son homologue du Royaume des Pays-Bas que la République tchèque succédait au TBI⁵³. Partant du constat qu'il n'y ait pas eu d'opposition du gouvernement des Pays-Bas, le tribunal s'est autorassuré de la validité du traité en examinant la position des différents gouvernements concernant ce traité⁵⁴.

Dumberry souligne le fait que cette question soit pratiquement passée sous silence par les tribunaux et justifie cet état par la non-contestation par les États de la compétence de ces tribunaux⁵⁵. Ce qui lui semble regrettable. Tams quant à lui appréhende la problématique de la succession d'États en matière de traités d'investissement en partant de la cartographie des traités de la CNUCED⁵⁶. Abondant dans le même sens que Dumberry, il critique la distinction catégorielle à l'article 34 de la Convention de 1978 entre table rase et continuité en fonction du

⁴⁸ *Eastern Sugar B.V.*, *supra* note 46 à la p 38.

⁴⁹ *Ibid* à la p 39.

⁵⁰ *Saluka Investments B.V. c République tchèque*, sentence partielle, UNCITRAL (TBI Royaume des Pays-Bas- République fédérale tchèque et slovaque, 27 mars 2006) [*Saluka Investments B.V.*].

⁵¹ TBI Pays-Bas, Tchécoslovaquie, *supra* note 47.

⁵² *Saluka Investments B.V.*, *supra* note 50 à la p 10.

⁵³ *Ibid.*

⁵⁴ *Ibid.*

⁵⁵ Patrick Dumberry, « An Uncharted Question of State Succession: Are New States Automatically Bound by the BITs Concluded by Predecessor States Before Independence? » (2015) 6 JIDS 74 à la p 75 [Dumberry].

⁵⁶ Christian J Tams, « State Succession to Investment Treaties: Mapping the Issues », (2016) 31: 2 ICSID Review 314 à la p 318 [Tams].

type de succession⁵⁷. Tout comme Meriboute, ces deux auteurs notent que la tendance de continuité dans les traités bilatéraux au début des indépendances n'a pas reçu de confirmation dans la pratique ultérieure et par conséquent ne reflète pas le droit international coutumier⁵⁸.

Concernant la succession d'États aux TBI, Tams fait d'une part la distinction avec les accords explicites des parties déterminant le sort des traités antérieurs⁵⁹ (exemples de la République tchèque et de la Slovaquie qui ont opté pour une continuité presque absolue). D'autre part, en l'absence d'accords explicites des parties il distingue quatre cas de figure. En premier lieu, il y a les déclarations unilatérales de l'État successeur qui peuvent servir de base à un argument fondé sur le consentement tacite de l'autre partie (les cas tchèque et slovaque peuvent être cités en exemple ici aussi). En second lieu, les déclarations unilatérales des partenaires conventionnels peuvent servir à apprécier l'approche de l'État successeur vis-à-vis des traités antérieurs. En troisième lieu, il y a les déclarations contenues dans les conventions de dévolution qui peuvent aussi informer sur le sort des traités antérieurs. La convention de dévolution est une « convention conclue entre l'État prédécesseur et l'État successeur qui précise notamment quels seront les engagements internationaux, portant sur le territoire et la population concernés, qui resteront applicables après une succession d'États »⁶⁰. Enfin, la conduite pendant les procédures est indicative de l'applicabilité du TBI⁶¹. La question de la succession d'États est si complexe que même la doctrine a formulé à son sujet des principes divergents et parfois contradictoires. En plus, la méfiance des États vis-à-vis de la question l'entoure encore d'incertitudes que les conventions y relatives peinent à dissiper. Appliquées au droit international des investissements, ces incertitudes liées à la succession d'États soulèvent plus de questionnements. En effet, il est admis que le droit de saisine directe d'un tribunal arbitral pour appliquer le droit international est offert à l'investisseur étranger soit

⁵⁷ *Ibid.* Dumberry, *supra* note 55 aux pp 76-77.

⁵⁸ *Ibid.* Zidane Meriboute, *La codification de la succession d'États aux traités. Décolonisation, sécession, unification*. Paris, PUF, 1984 à la p 73 [Meriboute] ; Dumberry, *supra* note 55 aux pp 76-77; Tams, *supra* note 56.

⁵⁹ Tams, *supra* note 56 à la p 318.

⁶⁰ Salmon, *supra* note 33 *sub verbo* « Accord de dévolution »

⁶¹ *Ibid* aux pp 318-319.

sur le fondement d'une loi nationale, soit sur le fondement d'un TBI⁶². Admettre que le consentement à l'arbitrage d'un État prédécesseur ne puisse lier son successeur, ou du moins, que celui-ci ne le reconnaisse pas et qu'il n'a pas non plus reconnu le droit de saisine directe d'un tribunal arbitral dans sa loi nationale, pourrait constituer un recul du droit international des investissements. Soit que, l'investisseur étranger se tourne vers les juridictions nationales -avec tout l'arbitraire supposé ou réel que cela peut comporter⁶³-, soit qu'il se tourne vers son État de nationalité pour espérer qu'il actionne le mécanisme de protection diplomatique. Au cas où ces hypothèses se confirment, on reviendrait à la case départ du droit international des investissements dans son évolution pour offrir plus de sécurité juridique à l'investisseur étranger, et ce, bien avant même la théorie des contrats d'État.

Au cas incertain de la validité de la clause d'arbitrage se greffe une autre interrogation non moins importante, celle de la « clause de survie » fréquente dans les TBI. On peut la définir comme la disposition d'un TBI garantissant pendant une certaine période le bénéfice dudit traité aux investissements effectués avant la date de prise d'effet de l'avis de dénonciation du traité⁶⁴. En effet, la validité de la clause d'arbitrage est liée à l'applicabilité même du traité tandis que la clause de survie permet à l'investisseur de se prévaloir d'une garantie après l'extinction du traité pour un temps donné. On peut donc se poser légitimement la question sur les règles applicables à cette clause dans les hypothèses de succession d'États.

Toutefois, il convient de souligner que la méfiance de l'État successeur vis-à-vis des TBI conclus par l'État prédécesseur pourrait s'expliquer aussi par sa crainte de se voir possiblement assaillir de réclamations devant les instances arbitrales. Nul n'est pas sans ignorer les coûts que celles-ci impliquent d'autant qu'elles

⁶² De Nanteuil, *supra* note 9 aux pp 49-50.

⁶³ Comme le note Waelde, il est clair que « du point de vue d'un investisseur, ces arbitrages sont, de beaucoup préférables à la compétence des tribunaux nationaux [...]. Les arbitres internationaux vont refléter les valeurs de la communauté mondiale, particulièrement dans les pays en transition et en voie de développement ne seraient pas toujours dignes de confiance quand il s'agit d'être impartial et compétent en matière de transactions commerciales internationales ». Thomas Waelde, *Nouveaux horizons pour le droit international des investissements dans le contexte de la mondialisation de l'économie : études de questions spécifiques*, Paris, Pédone, 2004 à la p 60.

⁶⁴ Voir par exemple l'article XIV § 3 du TBI Canada-URSS, *supra* note 3.

interviennent dans une espèce d'insécurité juridique où la validité des instruments invoqués est incertaine.

Les possibilités élargies de saisine d'un tribunal arbitral⁶⁵ expliquent dans une large mesure le développement du droit international des investissements⁶⁶ depuis, avec aujourd'hui près de trois mille TBI à travers le monde. Certes, on peut convenir avec Arnaud De Nanteuil que la réalité du droit de l'investissement ne se situe pas de manière exclusive dans les TBI ni devant les tribunaux CIRDI, le droit interne de certains États étant jugé suffisamment protecteur pour que l'investisseur puisse ne pas faire recours à un TBI pour aller en arbitrage en cas de contentieux⁶⁷. Mais combien sont-ils ces États ? Sont-ils les plus concernés par les questions de successions d'États ?

Au vu de ce qui précède, on retient qu'au-delà de la question des règles applicables à la succession d'États en matière de traités d'investissement, la question fondamentale concerne le consentement à l'arbitrage inclus dans ces traités : est-il transféré ou pas ?

La question principale de recherche serait alors la suivante : Quelles sont les règles applicables à la succession d'États en matière de traités d'investissement ?

La réponse à cette problématique sur les TBI nécessite qu'on réfléchisse sur les questions spécifiques suivantes : un État successeur est-il tenu par le consentement à l'arbitrage contenu dans un TBI conclu par son prédécesseur ? Qu'en est-il de la succession d'États en matière de clause de survie ? La qualification des TBI à l'aune de la distinction traité réel et traité personnel ne pourrait-elle pas répondre à cette problématique ? Existe-t-il à la lumière de la pratique des États un régime spécial aux TBI en cas de succession d'États ?

Les hypothèses de recherche de ce mémoire sont les suivantes. D'abord, la pratique des États est loin d'être cohérente et la Convention de 1978 règlemente le

⁶⁵ *Southern Pacific Properties (SPP) c Égypte*, sentence finale, aff CIRDI n°ARB/84/3 (1988), JDI, 1994: le tribunal arbitral a reconnu dans cette sentence que la loi est un support d'expression du consentement de l'État à la compétence d'un tribunal arbitral [*SPP c Égypte*]. *Asian agricultural products Ltd. (AAPL) c. République du Sri Lanka*, sentence finale, aff CIRDI n°ARB/87/3 (1990), ILM, 1990 : c'est la sentence qui a reconnu l'arbitrage à une personne privée sur le fondement d'un TBI [*AAPL c Sri Lanka*].

⁶⁶ De Nanteuil, *supra* note 9 à la p 50.

⁶⁷ *Ibid* aux pp 51-52.

sort des traités en se référant à chaque type de succession. Les facteurs de réglementation tiennent notamment aux modes de survenances de la succession soit par suite de décolonisation, de sécession ou de dissolution. Ensuite, on peut a priori soutenir sur la base de l'article 34 de la Convention de 1978 qu'un État successeur est tenu par les obligations conventionnelles d'un traité bilatéral conclu par son prédécesseur. Ce principe de continuité automatique s'applique aux cas de sécession et de dissolution au contraire de celui de la table rase qui est retenu pour les cas d'États issus de la décolonisation. La pratique des États quant à elle ne permet pas d'avoir une position tranchée. Enfin, sur l'existence ou pas d'un régime spécial à la succession d'États en matière de traités d'investissement, il n'y a apparemment pas d'intérêt manifeste à aller à un régime spécial ; l'enjeu se situe plutôt dans la qualification juridique qui sera faite de ceux-ci entre traités réels et traités personnels.

Cette recherche revêt une importance certaine car elle intervient dans un contexte de velléités sécessionnistes notamment en Irak, en Espagne, au Cameroun, etc. Au-delà de cette actualité juridique, elle traite d'une problématique qui se pose concrètement devant les instances arbitrales comme en témoignent les affaires *World Wide Minerals*⁶⁸ et *Gold Pool c Kazakhstan*⁶⁹.

Pour mieux appréhender l'objet du présent mémoire, il s'avère nécessaire de se focaliser sur les travaux de la Commission du droit international (CDI), la pratique internationale, la Convention de 1978, la jurisprudence et la doctrine. En outre, l'examen de différents documents gouvernementaux paraît être un complément utile.

Cette étude s'inscrit dans une démarche méthodologique juridique classique. Ainsi, on y analysera le régime général de la succession d'États en matière de traités. Une critique de ce régime par une analyse de la pratique des États et un arrêt sur l'intérêt d'une distinction entre traités réels et traités personnels meubleront cette première partie qu'une qualification des TBI à l'aune de la précédente distinction complètera (partie I). Les bases dégagées permettront de répondre à

⁶⁸ *World Wide Minerals*, supra note 1.

⁶⁹ *Gold Pool c Kazakhstan*, Réclamation, UNCITRAL, PCA Case n° 2016-23, (TBI Canada-URSS, 22 mars 2016) [*Gold Pool*].

l'interrogation sur le sort des clauses d'arbitrage et de survie. Cette seconde partie fera la part belle à la problématique du consentement de l'État à l'arbitrage et sera centrée sur l'étude de quelques décisions arbitrales avec notamment une projection sur les affaires *World Wide Minerals* et *Gold Pool* (partie II).

Partie I : La succession d'États en matière de traités d'investissement dans le régime conventionnel

L'objet de cette première partie consiste en une présentation du régime conventionnel de la succession d'États en matière de traités. Concrètement, il sera question des règles applicables aux différents types de successions d'États selon la Convention de 1978 exception faite des États décolonisés. La pratique ultérieure des États bouclera cette présentation avant qu'on en vienne spécifiquement à l'insertion des traités d'investissement dans ce régime général. La distinction entre traités réels et traités personnels sera la clé d'insertion des traités d'investissement dans un régime acceptable. Pour ce faire, le droit conventionnel et la pratique des États (chapitre I) permettront de saisir les linéaments du droit de la succession d'États en matière de traités afin de mieux procéder à l'insertion des traités d'investissement dans ce régime (chapitre II).

Chapitre 1 : Le droit conventionnel et la pratique des États

Les transformations de l'État ont engendré de nombreux problèmes quant au sort des traités. Ces problèmes ont été jusqu'à présent résolus de manière empirique et cela rend difficile tout effort de dégager des divers modes de solutionnement une théorie juridique homogène. De ce qui précède, les solutions apportées aux problèmes sont fonction des différents types de successions d'États, les matières en jeu et les circonstances politiques⁷⁰. A titre illustratif, les États ont d'abord cherché à régler conventionnellement les questions liées à leur succession pour éviter toute inconvenance juste après la Première Guerre. Ensuite, le principe de la table rase a pris le dessus pendant la période clé de décolonisation. Enfin, la solution conventionnelle inspirée des règles de la Convention de 1978 et encouragée par la communauté internationale a eu le vent en poupe après la Guerre froide⁷¹. Comme évoqué dans les propos introductifs, ce mémoire se basera sur la Convention de 1978 pour questionner la pratique ultérieure des États afin de déceler les règles communément acceptées. Le présent chapitre analysera respectivement le régime conventionnel (section I) et la pratique des États (section II).

Section I Le régime de la Convention de 1978

Très largement inspirée des questions soulevées par la décolonisation, la Convention de 1978 peine à s'affirmer comme l'expression de règles générales étant donné que ses dispositions ne peuvent en elles-mêmes prétendre s'appuyer sur des pratiques générales et constantes. En fait, les principes communs qu'elle énonce sont précisés avec souvent quelques modifications, par des règles dont l'objet est de déterminer la situation de l'État successeur relativement aux traités conclus par le prédécesseur, selon les modalités de la succession⁷².

⁷⁰ Paul Reuter, *Introduction au droit des traités*, 3^e éd, Paris, PUF, 1995 à la p 102 [Reuter].

⁷¹ Verhoeven, *supra* note 26 à la p 169.

⁷² Combacau et Sur, *supra* note 25 à la p 439.

Le régime des États nouvellement indépendants ne sera pas abordé, il faut le rappeler, dans la mesure où elle paraît être une hypothèse désuète. Pour les autres cas de succession, divers aménagements commandés par la particularité de ces successions ont été retenus. Toutefois, le statut des règles émanant de la Convention est, au regard du droit international, hautement incertain et c'est la principale raison expliquant le faible succès du texte⁷³.

1. La succession d'une partie du territoire

L'article 15 de la Convention retient l'extension pure et simple des traités conclus par l'État successeur sur toute l'étendue du territoire transféré là où les traités du prédécesseur cessent de s'appliquer. En d'autres termes, cette disposition consacre le principe de la variabilité des limites territoriales de l'application des traités qui concerne autant les deux parties. On assiste à la soustraction du territoire transféré à l'application des traités de l'État prédécesseur, pour être soumis à celle des traités de l'État successeur⁷⁴.

La disposition de l'article 15 qui fait cesser l'application des traités de l'État prédécesseur vis-à-vis du territoire concerné pour la soumettre à celui de l'État successeur à compter de la date de succession, doit être lue en parallèle⁷⁵ avec la règle établie par l'article 29 de la Convention de 1969. Cet article dispose qu'« à moins qu'une intention différente ne ressorte du traité ou ne soit par ailleurs établie, un traité lie chacune des Parties à l'égard de l'ensemble de son territoire ». Toutefois, l'application de ce principe est écartée s'il s'avère qu'elle serait incompatible avec l'objet et le but du traité ou entraînerait un changement radical des conditions d'exécution du traité.

⁷³ *Ibid.*

⁷⁴ Académie de droit international de La Haye : Centre d'étude et de recherche de droit international et de relations internationales, *La succession d'États : la codification à l'épreuve des faits*, Leyde, Martinus Nijhoff Publishers, 1996 à la p 27 [Eisemann]. Voir aussi Pazartzis, *supra* note 30 aux pp 26-28.

⁷⁵ Eisemann, *supra* note 72. Voir également Mustafa Kamil Yasseen, « La Convention de Vienne sur la succession d'États en matière de traités » (1978) 24 AFDI 59 à la p 92 [Yasseen].

Cette solution découle du principe général de l'application territoriale des traités sauf si les traités comportent des clauses spéciales qui limitent leur application à telle ou telle partie des territoires respectifs des États parties⁷⁶.

Cette disposition ne souffre pas de contestation à l'image de celles relatives aux régimes territoriaux telle la pratique antérieure des États était également uniforme⁷⁷. Généralement reconnue du droit international, l'observation de la variabilité des limites territoriales dans la pratique des États fait de lui partie intégrante du droit international coutumier⁷⁸.

En outre, ce qu'il faut comprendre de cette disposition c'est que l'application du principe de la variabilité des limites territoriales ne fait pas disparaître l'obligation conventionnelle ; cette obligation demeure vis-à-vis de l'État prédécesseur. Seulement, c'est la partie du territoire qui est concernée par la succession d'États qui est soustraite à l'application des traités de l'État prédécesseur pour se voir appliquer ceux de l'État successeur. Ceci étant, une interrogation se pose sur le sort d'éventuels traités qui auraient pour assiette principale le territoire ayant fait l'objet de la succession d'États. En effet, la continuité de ce traité par l'État prédécesseur peut s'avérer difficile et cela pourrait l'amener à le remettre en cause aux motifs qu'il soit impossible de l'exécuter ou qu'il y a changement fondamental de circonstances⁷⁹. Une telle éventualité est réglée par les règles générales énoncées par la Convention de 1969 notamment en ces articles 61 et 62 relatifs à l'impossibilité d'exécuter un traité et aux changements de circonstances. Cette dernière solution permet d'entrevoir le jeu entre les deux conventions dans la résolution des règles applicables à la succession d'États en matière de traités. Ainsi, on constate qu'il est souvent fait recours à l'application des règles de la Convention de 1969 pour combler les limites de celles de la Convention de 1978. A moins qu'il y ait un accord entre les États, il est admis qu'un traité de l'État prédécesseur ne puisse continuer à s'appliquer à un territoire jadis sous sa

⁷⁶ Daillier, Forteau et Pellet, *supra* note 14 à la p 613.

⁷⁷ Andreas Zimmermann, « La convention de Vienne sur la succession d'États : codification réussie ou échouée ? » dans Giovanni Distefano, Gloria Gaggioli et Aymeric Héche (dir), *La Convention de Vienne de 1978 sur la succession d'États en matière de traités. Commentaire article par article et études thématiques*, Bruxelles, Bruylant, 2016, vol 2, pp 1548-1578 à la p 1556 [Zimmermann].

⁷⁸ Yasseen, *supra* note 75 à la p 92.

⁷⁹ *Ibid*, à la p 93.

souveraineté qui passe sous celle d'un autre. L'article 15 de la Convention de 1978 n'interdit pas en effet qu'il puisse avoir un arrangement particulier entre les différentes parties sur la portée du principe de la variabilité des limites territoriales⁸⁰.

2. Les cas d'unification d'États

Concernant le cas d'unification d'États, les articles 31 à 33 disposent que les traités conclus par les prédécesseurs quelle qu'en soit leur forme restent en vigueur à l'égard du successeur, mais ils ne s'appliquent en principe qu'à la partie du territoire de l'État successeur à l'égard de laquelle ces traités étaient en vigueur à la date de la succession d'États. Un intérêt particulier devra être porté sur l'article 31 qui traite des effets d'une unification d'États à l'égard des traités en vigueur à la date de la succession d'États.

Le paragraphe 1 de cet article pose le principe de la continuité des traités en vigueur. En effet, il dispose que « lorsque deux ou plusieurs États s'unissent et forment ainsi un État successeur, tout traité qui, à la date de la succession d'États, est en vigueur à l'égard de l'un quelconque de ces États reste en vigueur à l'égard de l'État successeur... ». C'est le même principe qui a été retenu concernant les cas de séparation d'États à l'article 34⁸¹.

⁸⁰ *Ibid.*

⁸¹ On note ici le contraste saisissant avec le principe de la table rase vis-à-vis des traités antérieurs retenu à l'article 16 à l'attention des États nouvellement indépendants. Quelle explication à ce traitement différencié ? En fait, on ne saurait considérer que l'ancienne colonie devenue État puisse être irrémédiablement liée par des traités conclus à un moment où elle n'était pas souveraine et donc dépourvue de l'autonomie de la volonté nécessaire à une libre expression de son consentement. En revanche, un État qui jouissait déjà de la pleine souveraineté et qui l'a manifestée par la signature de traités avant de s'unir avec un ou plusieurs autres États, ne pourrait du seul fait de l'unification se considérer libre de cet engagement auquel il a consenti en toute liberté. Cela reviendrait à méconnaître sa souveraineté antérieure et les intérêts des autres États parties foulant au passage le principe *pacta sunt servanda*. Le traitement des États nouvellement indépendants se justifie par la primauté du principe du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes sur les impératifs de continuité et de stabilité juridiques. Anne-Laurence Graf-Brugère, « Commentaire article 31 de la Convention de 1978 », dans Giovanni Distefano, Gloria Gaggioli et Aymeric Hêche (dir), *La Convention de Vienne de 1978 sur la succession d'États en matière de traités. Commentaire article par article et études thématiques*, vol 2, Bruxelles, Bruylant, 2016, 1069 à la p 1083 [Graf-Brugère].

Les exceptions au principe de continuité des traités sont au nombre de deux. Il s'agit de l'intention contraire des parties et de l'incompatibilité avec l'objet et le but du traité ainsi que du changement radical des conditions d'exécution⁸².

Les règles relatives au cas d'unification de deux États posées à l'article 31 de la Convention de 1978 font prévaloir la continuité des traités en vigueur au jour de la succession pour l'État successeur. Cette option pour la continuité est selon Yasseen, la prise de conscience par la CDI de la nécessité de préserver la stabilité des rapports conventionnels⁸³. Une telle nécessité s'inspire de l'opinion de beaucoup d'auteurs et se fonde sur la pratique des États poursuit-il.

Le type de succession dont il s'agit ici fait dire que la solution retenue est en phase avec le principe *pacta sunt servanda*⁸⁴. Ainsi, l'État ne peut se prévaloir ici du droit à l'autodétermination pour se soustraire de toute obligation conventionnelle. L'État qui décide de s'unir à d'autres le fait en toute souveraineté par conséquent c'est librement qu'il s'engage et cette liberté de consentement dont il jouit est le signe patent qu'il ne puisse être considéré comme étranger aux traités en question.

Sur la portée de cette règle de l'article 31 de la Convention de 1978, il convient de préciser que la continuité dont il s'agit ne concerne pas tout le territoire du nouvel État. C'est l'assiette territoriale de chacun des États prédécesseurs qui est concernée et cela peu importe la forme du nouvel État, fédérale ou même unitaire⁸⁵.

Toutefois, cette règle est atténuée par les dispositions du paragraphe 2 de l'article 31. Ainsi, un traité pourrait voir son application s'étendre à tout le territoire. Particulièrement, les traités bilatéraux pourront voir leur application aller au-delà des limites initiales si l'État successeur et les autres parties en conviennent ainsi⁸⁶. Cependant, cette option ne s'appuyait pas à cette époque sur une pratique constante des États ; elle émane en fait de ce qu'avait fait la République arabe unie et la Tanzanie⁸⁷. Cela pousse à la conclusion que ces règles participent à un

⁸² *Ibid* à la p 1088.

⁸³ Yasseen, *supra* note 75 à la p 95.

⁸⁴ *Ibid*.

⁸⁵ *Ibid*.

⁸⁶ *Ibid* à la p 97.

⁸⁷ Zimmermann, *supra* note 77 à la p 1557.

développement progressif plutôt qu'à une codification du droit international coutumier en vigueur⁸⁸. Or l'absence de règles coutumières dessert l'exploration des pistes de réflexion concernant la problématique abordée par le présent sujet de mémoire. En effet, elle fait des solutions dégagées de simples propositions qui méritent confirmation par les États. L'incertitude quant à un « droit minimal garanti » ne favorise pas la résolution du sort des traités en général et celui des traités d'investissement en particulier comme cela sera abordé un peu plus tard dans le développement.

Selon Graf-Brugère le principe de la continuité des traités l'a emporté sur celui du consentement à leur maintien en vigueur en raison de la nécessité de préserver la stabilité des relations conventionnelles conjuguée à la rareté et au défaut d'uniformité de la pratique des États⁸⁹. Les représentants des États ont abondé dans le même sens en reconnaissant que l'article 31 comportait des « règles de développement progressif » du droit tout en admettant que la règle de la continuité était nécessaire pour la préservation de la stabilité des relations conventionnelles des États d'où son acceptation par la grande majorité des États.

Les exemples suivis dans les cas d'unification d'États postérieurs à la Convention de 1978 ont confirmé dans de grands traits l'option de la continuité des traités sur celle de la table rase. Au vu de ce qui précède, Graf-Brugère note que « si la valeur coutumière de l'article 31 est contestée en doctrine, le principe de la continuité des traités en cas d'unification en constitue sans aucun doute le « substrat coutumier »⁹⁰. Elle relève néanmoins l'absence d'existence affirmée de certaines dispositions particulières de l'article 31, notamment celles relatives à la portée territoriale du principe de la continuité⁹¹. Et comme appréhendé au paragraphe précédent sur les cas de succession d'une partie du territoire, ce sont les principes généraux dégagés par la Convention de 1969 qui trouvent à s'appliquer. Ainsi en est-il de la clause *rebus sic stantibus*⁹².

⁸⁸ *Ibid* à la p 1558.

⁸⁹ Anne-Laurence Graf-Brugère, *supra* note 81 à la p 1100.

⁹⁰ *Ibid*.

⁹¹ *Ibid*.

⁹² *Ibid*.

3. De la séparation d'États

Enfin, dans les cas de séparation d'États (articles 34-37 de la Convention de 1978) les traités conclus à l'égard de l'ensemble du territoire restent en vigueur à vis-à-vis de chacun des États successeurs ainsi formés et aussi de l'État prédécesseur s'il continue d'exister. En outre, les traités relatifs à une partie du territoire de l'État originaire (traités localisés) ne restent en vigueur qu'à l'égard de celle-ci⁹³.

L'article 34 régit la situation d'un nouvel État, issu d'une désintégration partielle ou totale d'un État préexistant, par rapport aux traités bilatéraux ou multilatéraux auxquels l'État prédécesseur était partie à la date de la succession d'États. Les nouveaux États visés dans ce cas précis sont ceux s'établissant sur une ou plusieurs parties du territoire de l'État prédécesseur et ne concerne donc pas les nouveaux États issus d'un processus de décolonisation, auxquels s'appliquent les dispositions de la partie II de la Convention. Ainsi, la notion de « séparation de parties du territoire d'un État » englobe toutes sortes de situations que l'on désigne dans la littérature, selon les circonstances, comme sécession, dissolution, division ou démembrement d'État⁹⁴.

Le fondement de la disposition de l'article 34 est le principe de continuité de plein droit des traités, c'est-à-dire de leur maintien en vigueur dans les relations entre l'État successeur et le ou les autres États parties à ces traités. La substitution de l'État successeur à l'État prédécesseur dans la relation conventionnelle n'a donc lieu qu'à l'égard du territoire de l'État successeur et dans les limites de l'application territoriale de chacun de ces traités. Cependant, le principe de continuité des traités fait l'objet d'exceptions, dont l'énumération exhaustive figure au paragraphe 2⁹⁵.

Il s'agit premièrement de l'alinéa a qui traite des situations où les États intéressés, c'est-à-dire l'État successeur et le ou les autres États parties au traité, conviennent autrement que ce qui est prévu dans les dispositions du paragraphe 1^{er} de cet

⁹³ Pazartzis, *supra* note 30 aux pp 26-28.

⁹⁴ Vaclav Mikulka, « Commentaire article 34 de la Convention de 1978 », dans Giovanni Distefano, Gloria Gaggioli et Aymeric Héche (dir), *La Convention de Vienne de 1978 sur la succession d'États en matière de traités. Commentaire article par article et études thématiques*, vol 2, Bruxelles, Bruylant, 2016, 1153 à la p 1155 [Mikulka].

⁹⁵ *Ibid.*

article et décident d'exclure le maintien en vigueur du traité dans les relations entre eux. Cette exception se lit comme une ouverture à la liberté contractuelle des États concernés qui peuvent, par accord, déroger à la règle de base⁹⁶.

Deuxièmement, l'alinéa b traite d'une exception répandue en droit des traités. Il s'agit de la soustraction de la continuité automatique des traités aux situations où l'application du traité à l'égard de l'État successeur serait incompatible avec l'objet et le but du traité ou changerait radicalement les conditions d'exécution du traité. Il exclut le maintien en vigueur des traités qui, dans la nouvelle situation créée par l'évènement successoral, ont perdu leur raison d'être ou se trouveraient dans les conditions radicalement différentes concernant leur application⁹⁷.

Globalement, l'article 34 est favorable à la stabilité des relations conventionnelles entre les États face aux perturbations résultant des désintégrations d'États⁹⁸.

Son champ d'application couvre aussi bien les traités multilatéraux que bilatéraux, sans égard à leurs objets ou à la nature du traité (politique, réel, dispositif, traité-contrat, etc.). Il concerne les traités qui, à la date de la succession d'États, étaient en vigueur pour l'État prédécesseur, indépendamment du fait que ces traités s'étendaient sur l'ensemble de son territoire ou sur une partie dudit territoire seulement. Aussi, il s'étend aux traités qui, à la date de la succession d'États, étaient pleinement appliqués ainsi que ceux dont l'application entre l'État prédécesseur et le ou les États parties était éventuellement suspendue à cette date⁹⁹.

Quant à la nature coutumière de cette règle, elle est encore discutée. Le caractère coutumier du principe de la succession universelle en cas de démembrement ou de séparation est à nuancer selon le type de succession d'États. En effet, la tendance manifeste à l'époque des États à une application continue des traités de l'État prédécesseur pouvait laisser croire à une pratique coutumière en matière de démembrement. Cependant, le caractère plutôt sporadique de la pratique étatique ne permettait pas de conclure avec certitude que la structure des règles codifiées

⁹⁶ *Ibid* aux pp 1179-1180.

⁹⁷ *Ibid* à la p 1180.

⁹⁸ *Ibid* à la p 1154.

⁹⁹ *Ibid* à la p 1179.

reflète le droit international coutumier préexistant même si elle s'en approche¹⁰⁰. La pratique étatique oscillait entre application de la table rase et la continuité *ipso jure*¹⁰¹ qui semblait prendre le pas à l'époque.

En tout état de cause, la CDI a conclu que « bien que l'on puisse relever quelques divergences dans la pratique des États, cette pratique était assez uniforme pour justifier la formulation d'une règle qui disposerait, avec les réserves nécessaires, que les traités en vigueur à la date de la dissolution devraient rester en vigueur *ipso jure* à l'égard de chacun des États issus de la dissolution »¹⁰².

A contrario, l'article 34 de la Convention de 1978 relevait clairement d'une tentative de développement du droit international de la succession d'États en matière de traités car il symbolisait une rupture claire et nette d'avec le droit international coutumier préexistant en ce qui concerne la séparation¹⁰³. Cet article confirmait une règle bien ancrée pour les cas de démembrement contrairement à ce qui prévalait dans les cas de séparation¹⁰⁴.

L'article 35 retient le principe de continuité des traités en cas de séparation d'une partie du territoire d'un État. Cette disposition codifie une règle de droit international coutumier en vigueur¹⁰⁵.

La continuité *ipso jure* ici a pour effet de stabiliser les relations conventionnelles et se justifie par le principe *pacta sunt servanda*. La division ne saurait donc justifier une quelconque volonté des États de se libérer des traités¹⁰⁶.

En outre,

il apparaît [...] dans l'ensemble, que la pratique étatique s'oriente vers l'application du modèle de la succession automatique lorsqu'il y a séparation, application qui semble particulièrement solide et cohérente en cas de dissolution complète d'un État. Compte tenu, cependant, de la pratique analysée, il semble encore trop ambitieux de prétendre que

¹⁰⁰ Zimmermann, *supra* note 77 à la p 1558.

¹⁰¹ Yasseen, *supra* note 75 à la p 101.

¹⁰² CDI, « Rapport de la Commission à l'Assemblée Générale », Doc A/9610/Rev.1, *Annuaire de la commission du droit international* 1974, vol 2, partie 1, New York, NU, 1974 à la p 276. Voir aussi, Yasseen *supra* note 75 à la p 101.

¹⁰³ Zimmermann, *supra* note 77 à la p 1559.

¹⁰⁴ *Ibid.*

¹⁰⁵ *Affaire relative à Application de la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (Géorgie c Fédération de Russie)*, Ordonnance du 15 octobre 2008, [2008] CIJ Rec 2008, aux §§ 87 et ss.

¹⁰⁶ Yasseen, *supra* note 75 aux pp 101-102.

cette manière de procéder ait d'ores et déjà évolué en une règle stable de droit international coutumier¹⁰⁷.

Après ce tour d'horizon du régime promu par le droit conventionnel sur la succession d'États en matière de traités, il s'avère nécessaire d'avoir une vision critique de ce droit à la lumière de la pratique étatique.

Section II Les leçons de la pratique ultérieure à la Convention de 1978

La Convention de 1978 met l'accent sur la table rase concernant les États nouvellement indépendants. Il faut néanmoins souligner que cela implique qu'ils puissent opérer dans les meilleurs délais un tri des traités en jeu afin de reconstruire sur une base volontaire tout son dispositif normatif, ce qui n'est pas forcément la plus urgente de leurs priorités¹⁰⁸.

Les mutations territoriales intervenues récemment en Europe orientale ont rendu un peu plus complexe la pratique de la succession d'États déjà minée par plusieurs principes contradictoires¹⁰⁹, en mettant au-devant de la scène la question des relations entre État prédécesseur et États successeurs¹¹⁰. Cela dit, ces expériences d'Europe de l'Est renseignent sur quelques éléments d'importance première. *Primo*, il y a l'importance de l'assentiment des États tiers dans la continuation d'État (URSS, Yougoslavie). *Secundo* la Convention de 1978 est loin d'être déclaratoire de coutumes internationales. Mais d'entrée de jeu, il faut noter de l'expérience de l'Europe orientale une nette confirmation de la tendance des États successeurs en faveur de la succession aux traités en matière de droits de l'homme¹¹¹.

¹⁰⁷ J Klabbers, M Koskenniemi, O.M. Ribbelink et A Zimmermann (dir), *Pratique des États concernant la succession d'États et les questions de reconnaissance : le Projet Pilote du Conseil de l'Europe*, The Hague, Kluwer Law International, 1999, à la p 117.

¹⁰⁸ Emmanuel Decaux et Olivier de Frouville, *Droit international public*, 8è éd, Paris, Dalloz, 2016 à la p 182 [Decaux et de Frouville].

¹⁰⁹ Il s'agit entre autres du principe de la sécurité juridique qui commande qu'on opte pour une stabilité des engagements conventionnels d'une part et de celui de l'autonomie de la volonté qui voudrait que le nouvel État soit entièrement responsable de son destin. Voir Decaux et de Frouville, *ibid.*

¹¹⁰ *Ibid.*

¹¹¹ Dupuy et Kerbrat, *supra* note 18 à la p 81.

Ce chapitre sera l'occasion de parcourir au cas par cas les situations vécues principalement en Europe de l'Est, mais aussi dans d'autres parties du monde après l'adoption de la Convention de 1978. Cette section a pour objectif de passer au peigne fin les situations pratiques qui se sont posées après l'adoption de la Convention de 1978. Elle permettra de voir si le régime correspondant à chaque hypothèse de succession d'États est effectif ou s'il y a plutôt décalage comme laisse entrevoir les développements précédents de ce mémoire. L'étude concernera les cas d'absorption et d'unification d'États (1), de séparation d'États (2), puis s'ensuivra quelques observations sur la Convention (3).

1. Les cas d'absorption et d'unification d'États

Il s'agit dans ce présent paragraphe de se pencher sur l'absorption de la République Démocratique d'Allemagne (RDA) et l'unification du Yémen.

A. L'absorption de la RDA

La doctrine dans sa large majorité a appliqué au cas allemand le principe de la variabilité des limites territoriales des traités, qui il faut le rappeler, stipule qu'en cas de transfert d'une partie du territoire d'un État à un autre État, les traités de l'État prédécesseur s'éteignent et les traités de l'État successeur sont en vigueur à l'égard du territoire faisant l'objet du transfert, sous réserve d'incompatibilité avec l'objet et le but du traité et du changement radical des conditions d'exécution de celui-ci¹¹².

Plusieurs auteurs ont donc considéré que le cas de l'unification de l'Allemagne témoignait, en l'absence de réaction de la part des autres États, de l'existence (ou de l'émergence) d'une règle coutumière selon laquelle le principe de la variabilité des limites territoriales des traités est applicable à l'incorporation d'un État dans un autre État qui maintient son identité. Ainsi, le principe de la variabilité des frontières territoriales serait plus adéquat au cas présent qui est en fait une succession caractérisée par l'incorporation totale d'un État par un autre. La règle de la variabilité des limites territoriales des traités stipulée à l'article 15 de la Convention

¹¹² Graf-Brugère, *supra* note 81 à la p 1097.

de 1978 conduit Brigitte Stern à exprimer l'avis selon lequel la réunification de l'Allemagne n'aurait pas été en totale contradiction avec le droit de Vienne¹¹³. En fait, elle affirme que rien n'empêche que l'application de cette disposition, par analogie, lorsque ce n'est pas seulement une partie mais la totalité du territoire d'un autre État qui est transférée, comme c'est en fait la réalité avec ce qui s'est passé avec l'incorporation de la RDA dans la République Fédérale d'Allemagne (RFA)¹¹⁴. La position défendue par Stern est prise de contre-pied par Eisemann qui soutient que la réunification de l'Allemagne n'a pas du tout respecté les règles de base posées par la Convention de 1978¹¹⁵. En effet, il part de la position que le Gouvernement de la RFA soutenait c'est-à-dire qu'il avait vocation à couvrir l'ensemble du territoire allemand. Seulement des « contraintes extérieures malheureuses » ne permettaient pas la réalisation factuelle de cette unité. La réunification a ramené indirectement au-devant de la scène la question de la légitimité de la RDA. Le gouvernement fédéral s'est alors évertué « à faire disparaître autant que se pouvait les traces de la « parenthèse historique » quitte à adopter un régime successoral original sans rapport avec le droit de Vienne »¹¹⁶. Ce sont ces considérations qui ont justifié qu'il n'y ait pas eu d'application des règles posées par la Convention de 1978 notamment en son article 31 § 2 concernant les traités bilatéraux. Cela a d'ailleurs suscité une opposition des Pays-Bas qui estimaient l'élargissement des traités bilatéraux conclus avec la RFA ne pouvait se faire vis-à-vis des nouvelles régions qu'avec son consentement¹¹⁷. Selon certains auteurs, enfin, l'Allemagne aurait fait application de la clause *rebus sic stantibus*, par ailleurs prévue par l'article 31, § 1^{er} b de la Convention de 1978¹¹⁸. Pour eux la non-continuité des traités issus de République démocratique allemande serait due à une possible incompatibilité avec l'objet et le but de ces

¹¹³ Brigitte Stern, *La succession d'États*, cours de l'Académie de droit international de La Haye, (2000) 262 RCADI à la p 240 [Stern].

¹¹⁴ *Ibid.*

¹¹⁵ Eisemann, *supra* note 74 à la p 55.

¹¹⁶ *Ibid.*

¹¹⁷ O M Ribbelink, « The uniting of States in respect of treaties » (1995) 26 NYIL 161 à la p 161 [Ribbelink].

¹¹⁸ Graf-Brugère, *supra* note 81 à la p 1098.

traités ou à un changement radical des conditions d'exécution de ceux-ci si l'on se fie à la philosophie de la clause *rebus sic standibus*.

Dailer, Forteau et Pellet notent que cette solution confirmant les principes précités est celle qui a été retenue lors de la réunification de l'Allemagne. En fait, avancent-ils,

l'article 11 du Traité de l'Union du 31 août 1990 part du principe « que les traités et accords internationaux auxquels la RFA est partie, y compris les traités qui établissent l'appartenance en tant que membre à des organisations ou institutions internationales resteront en vigueur » et s'appliqueront au territoire de l'ancienne RDA. Il est par ailleurs entendu que « dans la mesure où des adaptations seraient nécessaires dans des cas particuliers, le gouvernement de l'Allemagne unie se mettra en rapport avec les autres parties à de tels traités » ; et l'article 10 pose le même principe en ce qui concerne le droit communautaire. Font exception les clauses territoriales des principaux accords conclus par la RFA en matière militaire ¹¹⁹.

On retient que l'unification de l'Allemagne fut finalement traitée comme une absorption de la RDA par la RFA. Elle a été réglée par application des règles de la variabilité territoriale là où le cas yéménite a été traité comme un véritable cas d'unification d'États.

B. La réunification du Yémen

L'idée d'une unification entre les deux Yémen a germé dès 1968 avec la création des commissions économiques, douanières et financières bien que cet accord ne fut pas appliqué. Les contacts entre les deux gouvernements le 26 novembre 1970 visant à établir une fédération n'aboutissent pas non plus avec l'éclatement de trois conflits majeurs entre les deux parties dont le premier en 1972. Les Accords d'Aden du 2 décembre 1981 mettent fin au troisième conflit de 1980 et guideront le processus d'unification tant bien que mal jusqu'à son terme. Entre temps le Yémen du Sud est le théâtre de plusieurs conflits très meurtriers. La situation finit par se calmer et le 30 novembre 1989 un nouvel accord signé à Aden proposa l'unification après un an. Le 22 avril 1990, un accord conclu à Sanaa a défini les modalités de l'unification et de la période transitoire qui suivrait la déclaration

¹¹⁹ Dailer, Forteau et Pellet, *supra* note 14 à la p 613.

d'unification. Cet accord sera ratifié par les deux parlements le 21 mai de la même année et la proclamation de l'union le lendemain¹²⁰.

Comme on peut le constater, cette réunification a pris une forme différente de celle de l'Allemagne dans la mesure où il ne s'agissait pas d'une incorporation ni même d'une absorption, d'un État par un autre, mais plutôt de la fusion de deux États dans un nouvel État. La résolution du sort des traités a été orientée par une notification faite au secrétaire général des Nations Unies. Celle-ci invitait à considérer les traités des États prédécesseurs comme étant applicables sur le territoire du Yémen uni dans son ensemble. Telle était la substance de la lettre commune signée par les ministres des affaires étrangères des deux États le 19 mai 1990¹²¹. Cette déclaration était ainsi intitulée

[t]ous les traités et accords conclus entre la République arabe du Yémen ou la République démocratique populaire du Yémen et d'autres États ou des organisations internationales conformément aux principes du droit international et qui sont en vigueur le 22 mai 1990 resteront en vigueur [...].

En ce qui concerne les traités conclus antérieurement à leur union par la République arabe du Yémen ou la République démocratique populaire du Yémen, la République du Yémen unifiée doit donc être considérée comme partie à ces traités à la date à laquelle l'un de ces États est le premier devenu partie aux traités¹²².

L'extension générale et automatique du champ d'application territorial des traités à l'ensemble du territoire de l'État successeur n'a pas empêché le cas de la réunification du Yémen d'être considéré par les auteurs comme ayant généralement suivi les dispositions de l'article 31 de la Convention¹²³.

Il faut noter cependant que M Ribbelink insiste sur le fait que le cas de l'unification du Yémen comporte des « déviations » au droit de Vienne. En fait, il serait pour lui impensable qu'un État partie à la Convention puisse faire une déclaration concernant tous les traités maintenus en vigueur au territoire de l'union¹²⁴. Ceci

¹²⁰ Raymond Goy, « La réunification du Yémen » (1990) 36 AFDI 249 aux pp 249-265.

¹²¹ Graf-Brugère, *supra* note 81 aux pp 1098-1099.

¹²² *Traités multilatéraux déposés auprès du secrétaire général*, 31 décembre 2003, vol 1 aux pp XXXII-XXXIII.

¹²³ Graf-Brugère, *supra* note 81 à la p 1099.

¹²⁴ Ribbelink, *supra* note 117 à la p 165.

remet au goût du jour les incertitudes sur la nature coutumière de certaines dispositions de la Convention de 1978.

Ces cas d'unifications ne constituent qu'une hypothèse de succession d'États qui n'a pas été abondante comparativement à celle relative à la séparation d'États.

2. La séparation d'États

L'hypothèse de la séparation d'États est régie par les dispositions des articles 34 à 37 de la Convention de 1978. En principe s'applique la continuité. Dans les lignes qui suivent, divers cas seront étudiés avec en toile de fond la question de l'application du régime en droit international tel qu'abordé dans la première section du présent chapitre.

A. La sécession de l'Érythrée

Le processus d'indépendance de l'Érythrée a été long et violent. Objet de divergences entre les grandes puissances (Royaume-Uni, URSS, France et États-Unis), l'Érythrée fut d'abord incorporé dans la fédération éthiopienne en tant qu'unité fédérée autonome et ce sous l'égide de l'ONU en 1952. Les Érythréens vont se dresser contre ce rattachement opéré par l'ONU et cette opposition sera violemment réprimée par l'Éthiopie qui brusque l'annexion de l'Érythrée. En effet, cette intégration unilatérale va commencer avec l'administration en 1960 puis par le territoire lui-même le 26 juin 1962. La guerre d'indépendance qui éclate entre-temps le 1er septembre 1961 va durer trente ans. D'abord musulmane, la résistance érythréenne fera ensuite l'unanimité avec toutefois quelques divisions à l'intérieur. La crise érythréenne a embarrassé les États africains qui préféraient finalement y voir une crise interne éthiopienne et non une guerre de libération. Dans les faits, ils craignaient une contagion vis-à-vis de leurs minorités optant ainsi de camper sur le principe de l'intangibilité des frontières. Les violents affrontements aboutissent finalement à un repli de l'Éthiopie en 1990 avant que l'Accord de Londres du 27 mai 1991 ne consacre l'indépendance de fait. Le 27 avril 1993 va s'opérer l'autodétermination à la suite d'un vote où le oui l'emporte à

99,8%. L'indépendance est solennellement proclamée le 24 mai de même année¹²⁵.

Il s'agit du premier cas de séparation qui a lieu au cours des années ayant suivi l'adoption de la Convention de 1978. Concernant le sort des traités, l'Érythrée a accédé aux divers traités multilatéraux conclus au sein des Nations Unies. Cette posture semble ne pas se baser sur la présomption du maintien en vigueur de ces traités. En même temps, elle n'a fait aucune déclaration qui permettrait de conclure qu'elle a délibérément appliqué la doctrine de la « table rase »¹²⁶.

B. L'éclatement de l'URSS

L'éclatement de l'URSS en décembre 1991, précédé par les déclarations d'indépendance de la part des trois États baltes, a donné lieu à la naissance de onze nouveaux États à savoir l'Azerbaïdjan, l'Arménie, le Biélorussie, la Géorgie, le Kazakhstan, le Kirghizstan, l'Ouzbékistan, la République de Moldova, le Tadjikistan, le Turkménistan et l'Ukraine. La Fédération de Russie a été reconnue comme État continuateur de l'URSS¹²⁷. Aussi, par une note circulaire en date du 13 janvier 1992, la Fédération de Russie a informé les représentations diplomatiques accréditées à Moscou de son intention de maintenir en vigueur les traités conclus par l'URSS¹²⁸. Le maintien en vigueur des traités bilatéraux n'était pas automatique même s'il y avait unanimité sur son identité avec l'ancienne Union dans les organisations internationales. Cela dit, des négociations engagées avec ses partenaires ont déterminé le sort de ces traités¹²⁹.

Les États issus de la dissolution de l'URSS ont pris l'engagement lors de la création de la Communauté des États indépendants (CEI)¹³⁰, de s'acquitter des obligations internationales qui leur incombaient en vertu des traités et accords

¹²⁵ Raymond Goy, « L'indépendance de l'Érythrée » (1993) 39 AFDI 337 aux pp 337-356.

¹²⁶ Mikulka, *supra* note 94 à la p 1201.

¹²⁷ *Ibid.*

¹²⁸ Hanna Bokor-Szego, « Continuation et succession en matière de traités internationaux » dans Geneviève Burdeau et Brigitte Stern, dir, *Dissolution, continuation et succession en Europe de l'est*, Paris, Montchrestien, 1994 à la p 50 [Bokor-Szego].

¹²⁹ *Ibid* aux pp 50-51.

¹³⁰ *Accord portant création de la Communauté des États indépendants*, 8 décembre 1991, 31 ILM 138.

conclus par l'URSS¹³¹. En outre, la Déclaration d'Alma-Ata¹³² adoptée par les États membres de la CEI le 21 décembre 1991 a réaffirmé le principe général de la succession de ces États aux engagements internationaux souscrits par l'ex Union¹³³. L'article 12 de l'accord établissant la CEI posait déjà ce principe. « La pratique ultérieure a confirmé cette attitude, aussi bien de la part de la Fédération de Russie que des autres États concernés »¹³⁴. Néanmoins, il convient de souligner que la pratique suivie par les États successeurs révèle des divergences d'approche parmi les nouveaux États. Ainsi, malgré l'affirmation du principe général de continuité qui a été formulé dans la Déclaration d'Alma Ata, la pratique de ces États n'a pas été uniforme¹³⁵. Pour assurer leur participation aux diverses conventions auxquelles l'URSS était partie, certains États successeurs ont préféré adhérer à plusieurs de ces instruments au lieu de compter sur leur dévolution en vertu de règles sur la succession d'États. La Déclaration d'Alma Ata pourrait être utilisée comme la manifestation pratique de la considération du Kazakhstan que le TBI Canada- URSS de 1989 continuait à s'appliquer à lui.

Exception faite des États baltes, de l'Ukraine et de la Biélorussie, tous les autres États issus de la dissolution de l'URSS ont été considérés comme ses successeurs y compris la Géorgie qui n'était pas partie à la CEI¹³⁶. En effet, la Biélorussie et l'Ukraine sont des cas particuliers car ils avaient la compétence, pendant l'existence de l'URSS, de conclure certains traités internationaux en leur propre nom, en particulier les multiples conventions internationales adoptées sous les auspices de l'ONU. La continuation de l'application de ces traités ne soulevait donc pas de vrais problèmes de succession les concernant¹³⁷. La particularité de

¹³¹ Bokor-Szego, *supra* note 128 aux pp 50-51.

¹³² La Déclaration d'Alma Ata a été adoptée le 21 décembre 1991 au Kazakhstan par la république d'Azerbaïdjan, la république d'Arménie, la république de Biélorus, la république du Kazakhstan, la république du Kirghyzstan, la république de Moldova, la Fédération de Russie (RSFSR), la république du Tadjikistan, le Turkménistan, la république d'Ouzbékistan et l'Ukraine soient les États membres de la Communauté des États indépendants créée le 8 décembre de la même année. Cette Déclaration scellait la fin de l'URSS et posait le principe général de continuité des traités de l'ex-URSS. Voir lettre A/47/60, S/23329 du 27 décembre 1991 adressée au Secrétaire général par le Représentant permanent du Bélarus auprès de l'ONU aux pp 5-6 [Alma-Ata].

¹³³ Bokor-Szego, *supra* note 128 à la p 82.

¹³⁴ *Ibid.*

¹³⁵ Mikulka, *supra* note 94 aux pp 1201-1202. Voir aussi Pazartzis, *supra* note 30 à la p 78.

¹³⁶ Bokor-Szego, *supra* note 128 à la p 52.

¹³⁷ Mikulka, *supra* note 94 à la p 1202.

l'Ukraine et de la Biélorussie tient en plus au fait qu'ils possédaient déjà au sein de l'Union soviétique une personnalité juridique internationale restreinte qui s'est élargie après la dissolution du bloc soviétique. Ceci étant, le sort des traités bilatéraux conclus personnellement par ces États n'est pas problématique quant à leur validité, ce qui l'est c'est celui des traités conclus dans le cadre de l'Union. A l'exemple de la Hongrie à qui, l'Ukraine a notifié son intention de continuer les traités qui ne contredisent pas sa constitution et les intérêts de la république, ces États ont entamé des discussions pour régler au cas par cas la question des traités bilatéraux¹³⁸.

Du cas spécifique des États baltes, deux positions de principe émergent. La première émane de l'affirmation de ces États qui disent ne pas être liés aux traités conclus par l'URSS après 1940. La seconde est la résultante du recouvrement de leur statut d'États indépendants d'avant l'annexion de 1940 par l'URSS et se manifeste par la revitalisation de leurs traités en vigueur de l'époque¹³⁹. Cependant, ces positions de principe ont été atténuées par le pragmatisme¹⁴⁰. Ainsi, la revitalisation des anciens liens conventionnels n'a pas été automatique en même temps que ceux tissés dans le cadre de l'Union soviétique ont servi dans bien de cas à clarifier des liens contractuels¹⁴¹.

En partant du principe que les traités bilatéraux restaient automatiquement en vigueur entre eux et les États successeurs de l'URSS, plusieurs États européens, se sont mutuellement assurés de ce fait avec les États successeurs concernés. Bien qu'il semble y avoir eu une tendance à continuer d'appliquer les traités existants dans les relations avec les États successeurs, Mikulka note tout de même que cette pratique n'a pas été non plus homogène. Par conséquent, il

¹³⁸ Bokor-Szego, *supra* note 128 à la p 51.

¹³⁹ *Ibid.*

¹⁴⁰ Les experts juridiques du Conseil de l'Europe ont tenu ces propos à cet égard, « les États baltes doivent être traités de façon pragmatique pour éviter un traitement différent par les États qui n'ont pas reconnu l'incorporation des États baltes dans l'Union soviétique et qui par conséquent ne considèrent pas les États baltes comme des États assumant la succession de l'Union soviétique. De ce fait, pour des raisons politiques, il vaudrait mieux que les traités appropriés conclus par l'Union soviétique restent applicables aux États baltes, si ces traités sont encore adaptés aux nouvelles circonstances ». Comité des experts juridiques du Conseil de l'Europe cité par Bokor-Szego, *supra* note 128 à la p 52.

¹⁴¹ *Ibid.*

conclut que « l'absence d'analyse systématique de cette pratique ne permet pas de formuler une conclusion plus ferme »¹⁴².

En somme, nous retenons que dans le cas de l'URSS, la Russie s'est présentée comme le continuateur naturel en prenant automatiquement la suite de l'Union par une simple notification aussi valable concernant la Charte des Nations Unies¹⁴³. A l'exception de l'Ukraine et de la Biélorussie qui étaient exceptionnellement parties à l'ONU, tous les autres États ont dû faire des déclarations de succession pour pouvoir être liés aux anciens traités auxquels était partie l'URSS¹⁴⁴.

C. Le cas de l'ex Yougoslavie

Les proclamations d'indépendance par la Slovénie en juin 1991 et par la Croatie en octobre de la même année ont été le point de départ du processus de désintégration de la République fédérative socialiste de Yougoslavie. Tour à tour, ont suivi, l'ex-République yougoslave de Macédoine en novembre 1991, et la Bosnie-Herzégovine, en mars 1992. En 2000, la République fédérale de Yougoslavie, qui consistait en l'État de Serbie-et-Monténégro, qui faisait face à une opposition soutenue de la communauté internationale d'accéder à sa revendication d'assumer la continuité de la personnalité juridique internationale de la République fédérative socialiste de Yougoslavie (RFSY), a fini par admettre qu'elle n'en était que successeur¹⁴⁵. La commission d'arbitrage de la conférence pour la paix en Yougoslavie a conclu à une dissolution en reconnaissant que tous les États étaient tous « successeurs de l'ancienne RFSY »¹⁴⁶.

Dans ce cas tragique de dissolution de la Yougoslavie, on retient globalement que la Slovénie et la Croatie ont exprimé à plusieurs reprises leur volonté de succéder aux traités conclus sous l'égide de l'ONU. Relativement aux traités bilatéraux, ces États ont notifié à leurs partenaires leur intention de succéder aux traités conclus par l'ex-Yougoslavie, laquelle succession ne serait pas automatique car devant

¹⁴² Mikulka, *supra* note 94 à la p 1202.

¹⁴³ *Ibid.* Voir aussi Vladimir-Djuro Degan, « La succession d'États en matière de traités et les nouveaux États (issus de l'ex-Yougoslavie) » (1996) 42 AFDI 206 à la p 211 [Djuro-Degan].

¹⁴⁴ *Ibid.*

¹⁴⁵ Mikulka, *supra* note 94 aux pp 1202-1203.

¹⁴⁶ *Ibid.*

être validée par des négociations aboutissant à un tableau précis des traités gardant leur validité¹⁴⁷.

Dans cette succession, tous les États successeurs ont confirmé être liés par les traités multilatéraux déposés auprès du secrétaire général de l'ONU auxquels la République fédérative socialiste de Yougoslavie était partie¹⁴⁸.

Rappelant les principes et normes du droit international applicables en la matière, ils partaient de l'idée qu'à la date de leur indépendance, les traités de l'ancienne République fédérative socialiste de Yougoslavie demeuraient en vigueur sur leurs territoires respectifs en vertu de la succession même. Cet argument a été également avancé par la Bosnie-Herzégovine et par la Croatie dans les affaires relatives à l'application de la Convention et la répression du crime de génocide¹⁴⁹.

Cependant, il y a eu un examen concernant certains traités pour tenir compte de la nouvelle réalité¹⁵⁰. Ainsi, la Slovénie considéra que certains de ces traités étaient probablement devenus caducs ou périmés, et qu'« il semble essentiel que chaque traité fasse l'objet d'un examen juridique distinct ». Alors l'examen des traités multilatéraux l'a été de manière unilatérale par l'État successeur, tandis qu'il le fut de manière concertée dans le cas des traités bilatéraux.

Au demeurant, on a constaté que plusieurs traités bilatéraux de l'ancienne République fédérative socialiste de Yougoslavie ont été abrogés *ex nunc* par un accord entre l'État successeur et l'autre partie au traité en question. Cela est la traduction on ne peut plus claire que les traités de la République fédérative socialiste de Yougoslavie étaient bien restés en vigueur à la date de la succession

¹⁴⁷ Bokor-Szego, *supra* note 128 aux pp 53-54.

¹⁴⁸ *Ibid* à la p 54.

¹⁴⁹ La CIJ a confirmé dans ces affaires la validité des déclarations unilatérales de successions faites par les États successeurs. *Affaire relative à l'application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c Yougoslavie (Serbie et Monténégro))*, Ordonnance du 8 avril 1993, [1993] CIJ Rec 1993, §§16 à 21. La Cour a constaté la validité des déclarations unilatérales respectives de la Bosnie et de la nouvelle Yougoslavie (Serbie/Monténégro) par lesquelles chacun des deux États affirmait sa volonté de succéder aux engagements internationaux souscrits par la République fédérative de Yougoslavie alors que celle-ci était partie à la convention sur le génocide. Cette solution a reçu confirmation dans l'arrêt sur les exceptions préliminaires du 11 juillet 1996 : *Affaire relative à l'application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c Yougoslavie)*, [1996] CIJ Rec 196 au §17. Voir aussi l'arrêt du 18 novembre 2008, *Affaire relative à l'application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Croatie c Serbie)*, [2008] CIJ Rec 2008 aux §§ 23 et suivants; Mikulka, *supra* note 94 à la p 1203.

¹⁵⁰ *Ibid*.

d'États. Les traités restés en vigueur, et qui ont reçu confirmation, traduisent le fait que les États concernés aient parfois souligné qu'il s'agissait d'une application « temporaire » ou « transitoire » de ces traités jusqu'à ce qu'ils soient renégociés¹⁵¹.

D. La situation de l'ex Tchécoslovaquie

La dissolution de la Tchécoslovaquie a fait apparaître à partir du 1^{er} janvier 1993, deux nouveaux États, la République tchèque et la Slovaquie. Ce fut un procédé qualifié de tranquille¹⁵².

Les deux États ont accepté l'idée d'une succession automatique aux traités auxquels la Tchécoslovaquie était partie car ils déclaraient dans une Loi constitutionnelle de l'Assemblée fédérale du 25 novembre 1992 soit à moins de deux mois avant la dissolution de la Fédération, qu'ils en étaient les États successeurs¹⁵³. Ainsi, les Républiques tchèque et slovaque sont devenues successeurs de la Tchécoslovaquie. Ces deux États ont adopté le principe du maintien en vigueur des traités de l'État prédécesseur en se réservant néanmoins le droit d'entamer des négociations avec les partenaires intéressés¹⁵⁴.

A cet effet, leurs parlements respectifs déclaraient « qu'en vertu des règles du droit international, il se produisait une dévolution automatique des traités de l'État prédécesseur aux États successeur, sauf dans le cas des exceptions prévues par ces mêmes règles »¹⁵⁵. Il s'en est suivie l'adresse de notifications de ces deux États aux différents dépositaires de traités multilatéraux ainsi qu'à l'égard des États parties aux traités bilatéraux conclus avec la Tchécoslovaquie.

C'est fort logiquement qu'ils ont notifié au secrétaire général de l'ONU leur volonté de succéder aux traités liant précédemment la Tchécoslovaquie et dont il dispose. Concernant les traités bilatéraux de l'ancienne Tchécoslovaquie il faut reconnaître qu'à cause des déclarations explicites de succession, on a assisté au maintien de la quasi-totalité des traités dans les relations entre les États successeurs d'une

¹⁵¹ *Ibid* à la p 1204.

¹⁵² J Malenovsky, « Problèmes juridiques liés à la partition de la Tchécoslovaquie » (1993) 39 AFDI 305 à la p 336.

¹⁵³ Mikulka, *supra* note 94 aux pp 1204-1205. Voir aussi Pazartzis, *supra* note 30 aux pp 60-61.

¹⁵⁴ Bokor-Szego, *supra* note 128 à la p 53.

¹⁵⁵ Mikulka, *supra* note 94 à la p 1205.

part, et les autres États parties d'autre part. Le comportement de ces États ainsi que leurs activités diplomatiques témoignent clairement de l'option qu'ils ont fait après la date de la dissolution et que le principe du maintien en vigueur des traités a été accepté comme étant le point de départ¹⁵⁶.

En ce concerne la situation des traités bilatéraux entre la Tchécoslovaquie et la Yougoslavie, on retient qu'ils ont subi le remplacement des deux parties originaires par leurs successeurs. A titre illustratif, on peut citer les traités qui sont restés en vigueur entre la Bosnie- Herzégovine et la République tchèque. Au niveau de la cessation des traités, on a assisté à une cessation *ex nunc*, par accord avec l'autre partie et pour des motifs non liés à la succession d'États. Les consultations entre les États concernés ont également permis d'identifier les traités d'application territoriale limitée ou les traités localisés qui, après la succession d'États, ne liaient plus que l'État successeur directement concerné¹⁵⁷.

E. Le cas kosovar

L'apparition du Kosovo sur la scène internationale a été un processus contesté et c'est Ioannis Panoussis qui donne un bon aperçu de ce cas dans son commentaire sur la succession d'États en matière de traités à l'épreuve du cas kosovar¹⁵⁸. En effet, il y soulève le caractère contesté de cette succession tout en appelant à une approche plus prudente¹⁵⁹. C'est alors qu'il fait remarquer qu'une succession automatique n'est pas forcément envisageable, ni souhaitable, car cela impliquerait une reconnaissance implicite du nouvel État et entraînerait possiblement le déni de la compétence territoriale de l'État ancien. Ceci étant, il constate qu'à ce jour, le Kosovo n'a pas encore pu succéder ou adhérer à un traité multilatéral, exception faite de ceux qui relèvent du système de la Banque mondiale¹⁶⁰. Ces difficultés tiennent très probablement au manque de reconnaissance unanime du Kosovo en tant qu'État. Il n'est pas encore reconnu

¹⁵⁶ *Ibid* aux pp 1205-1206.

¹⁵⁷ *Ibid* à la p 1206.

¹⁵⁸ Ioannis Panoussis, « La succession d'États à l'épreuve du cas kosovar » dans Giovanni Distefano, Gloria Gaggioli et Aymeric Hêche (dir), *La Convention de Vienne de 1978 sur la succession d'États en matière de traités. Commentaire article par article et études thématiques*, vol 2, Bruxelles, Bruylant, 2016, 1853 [Panoussis].

¹⁵⁹ *Ibid* à la p 1888.

¹⁶⁰ *Ibid*.

par deux membres permanents du Conseil de sécurité à savoir la Russie et la Chine.

Relativement à la succession aux traités, et face à la complexité de la situation des conventions multilatérales, c'est sur le terrain de la coopération bilatérale que se concentre l'essentiel des interactions car celle-ci semble relativement plus simple à gérer¹⁶¹. Principe de l'effet relatif des traités oblige, les questions relatives à la licéité de la sécession ou au statut d'État ouvrant l'accès à une organisation ou en permettant d'en devenir membre ou partie à un traité ont été sans importance dans les relations bilatérales kosovares. « C'est ce qui explique que dans les faits la succession aux traités bilatéraux est traitée en dehors d'une négociation en forme solennelle en privilégiant la pratique de l'échange de notes »¹⁶². C'est pourquoi le Kosovo a adressé dès le lendemain de sa déclaration d'indépendance une note à tous les États qui l'ont reconnu afin de leur demander d'identifier la liste des traités qui devraient faire l'objet de la succession.

Le gouvernement britannique a, comme d'autres, fait le choix d'une reconduction de tous les traités. D'autres, par contre, comme la France, ont opté pour adresser une liste de traités bilatéraux qu'ils entendent continuer. « Cette situation montre bien qu'il y a une forme de « contractualisation » de la succession aux traités concernant les traités bilatéraux et que la règle reste celle du consentement réciproque à être lié par les traités conclus par les entités prédécesseurs »¹⁶³.

En conclusion, Panoussis retient le pragmatisme qui a présidé quant au sort des traités du Kosovo. Ce pragmatisme se justifie par la complexité du cas et révèle que la Convention de 1978, bien qu'intéressante à plus d'égards n'en demeure pas moins limitée pour prétendre régir toutes les questions juridiques qui découlent de cette sécession¹⁶⁴.

F. L'indépendance du Monténégro

La déclaration d'indépendance du Monténégro est intervenue à la suite d'un référendum en juin 2006, laquelle déclaration consacrait la séparation de l'État de

¹⁶¹ *Ibid.*

¹⁶² *Ibid.*

¹⁶³ *Ibid* aux pp 1888-1889.

¹⁶⁴ *Ibid* à la p 1889.

Serbie et Monténégro. Information a alors été faite au Secrétaire général de l'ONU de sa volonté de succéder « à partir de la date de son indépendance, aux traités dont celui-ci dépositaire et auxquels la Serbie et le Monténégro était partie, y compris les réserves, déclarations et objections formulées en rapport avec ces traités par la Serbie et le Monténégro »¹⁶⁵.

G. La sécession du Sud Soudan

Le Soudan du Sud est né en 2011 suite à sa sécession d'avec le Soudan. Cette sécession est intervenue comme celle du Monténégro à la suite d'un référendum. Mikulka fait remarquer que jusqu'à présent, il n'a fait aucune déclaration qui permettrait de déterminer sa politique concernant les traités multilatéraux auxquels le Soudan était partie et sa pratique en l'état actuelle des choses concernant les traités bilatéraux n'est pas encore connue¹⁶⁶.

Dans son écrit sur l'« indépendance du Soudan du Sud et la Convention de Vienne sur la succession d'États en matière de traités »¹⁶⁷, Jasmine Moussa révèle qu'il n'est pas encore possible de dégager une ligne officielle du Soudan du Sud concernant la succession en matière de traités internationaux. Il n'y a pas d'accord de dévolution bilatérale avec le Soudan. Cependant, au regard de certaines pratiques, on est tenté de dire qu'il existe une présomption de continuité des traités internationaux, notamment pour les traités conclus pendant la période d'autonomie¹⁶⁸.

Le Soudan et le Soudan du Sud sont actuellement engagés dans les négociations post-référendaires, ce qui laisse imaginer que le destin des traités internationaux demeure un sujet de controverse. En fait, la préoccupation liée à la succession est présentement en phase de résolution par le biais de négociations bilatérales sous les auspices du Groupe de mise en œuvre de haut niveau de l'Union africaine¹⁶⁹.

¹⁶⁵ Mikulka, *supra* note 94 à la p 1206.

¹⁶⁶ *Ibid* aux pp 1206-1207.

¹⁶⁷ Jasmine Moussa « L'indépendance du Soudan du Sud et la Convention de Vienne sur la succession d'États en matière de traités » dans Giovanni Distefano, Gloria Gaggioli et Aymeric Hêche (dir), *La Convention de Vienne de 1978 sur la succession d'États en matière de traités. Commentaire article par article et études thématiques*, vol 2, Bruxelles, Bruylant, 2016, 1891 [Moussa].

¹⁶⁸ *Ibid* à la p 1933.

¹⁶⁹ *Ibid*.

Récemment, les deux parties ont conclu neuf accords sur les questions post-référendaires, en excluant le sujet des traités et des relations juridiques¹⁷⁰.

Jusqu'à présent, la pratique du Soudan du Sud consiste à traiter les problèmes de succession sur la base d'une approche au cas par cas. On note cependant une tendance à l'adhésion plutôt qu'à la succession aux traités multilatéraux, y compris ceux de caractère humanitaire. Moussa semble apprécier positivement cette approche pragmatique qui pourrait aider selon lui, le Soudan du Sud à maintenir sa liberté d'action tout en évitant de faire une déclaration générale concernant la succession en matière de traités, ce qui pourrait potentiellement contrarier des États tiers. En conclusion, l'approche sud soudanaise n'est certes pas conforme à l'article 34 de la Convention de Vienne ou à la pratique relative aux cas de sécession, mais elle ne peut pas non plus « être considérée comme incompatible avec le droit international dans la mesure où les États concernés consentent à cette manière de procéder »¹⁷¹.

En résumé, la Convention a été variablement suivie dans les divers exemples qui ont été épluchés. Ce constat appelle à un certain nombre d'observations.

3. Quelques observations sur le régime de la Convention de 1978

Il est d'une évidence patente que la Convention de 1978 met l'accent sur le principe de la transmission des obligations conventionnelles à l'État successeur même si on constate que la règle est exposée de telle façon qu'elle se contredit elle-même, perdant ainsi toute efficacité opérationnelle¹⁷². En fait, cette contradiction tient à la large propension qu'ont les dispositions conventionnelles à mêler affirmation de principe et exceptions faisant quasiment perdre sa saveur au principe de transmission. Deux observations confortent cette dynamique. D'abord, le caractère supplétif de ces règles conventionnelles offre toujours la possibilité à l'État successeur et aux autres États parties ou contractants aux traités concernés de conclure un accord contraire¹⁷³. Ensuite, la subordination systématique de la

¹⁷⁰ *Ibid* à la p 1935.

¹⁷¹ *Ibid*.

¹⁷² Eisemann, *supra* note 74 à la p 30.

¹⁷³ *Ibid*.

règle à deux conditions alternatives affaibli considérablement ladite règle¹⁷⁴. La première condition est celle de l'incompatibilité avec l'objet et le but du traité qui est connue en droit international dans le domaine de l'admissibilité des réserves¹⁷⁵. Ce critère a notamment été invoqué dans la jurisprudence internationale¹⁷⁶ et est codifié à l'article 19 de la Convention de 1969¹⁷⁷. Il se justifie par le fait qu'appliquer le traité à l'égard de certains territoires ou en étendre l'application au-delà de ses limites initiales pourrait être incompatible dans les circonstances de la succession d'États avec l'objet et le but du traité en question. Il s'en suivrait donc une application ou une extension du traité qui serait inacceptable à laquelle s'opposer ne serait que justice¹⁷⁸.

La deuxième condition émane de la règle posée à l'article 62 de la Convention de 1969 qui est relative au changement fondamental de circonstances sous certaines conditions comme motif d'extinction d'un traité. Ainsi, comme pour l'incompatibilité avec son objet et son but, appliquer le traité à l'égard de certains territoires ou en étendre l'application au-delà de ses limites initiales devrait être proscrit si cela entraînait un changement radical des conditions d'exécution du traité¹⁷⁹. « Ce changement radical est de nature à rompre le minimum d'équilibre qu'un rapport contractuel suppose nécessairement. Il peut rendre l'exécution impossible, intolérable ou complètement inutile »¹⁸⁰.

Plus particulièrement en Europe orientale, on note en général une tendance à la continuité dans la pratique. Cette tendance est conforme au principe de la continuité posé à l'article 34 (1) de la Convention de 1978. La continuité observée n'est pas automatique car s'opérant d'un commun accord les parties concernées. Cela n'est pas en soi une entorse à la disposition de l'article 34 (1). En effet, la règle de cette disposition n'est pas absolue car son paragraphe 2 écarte le principe de continuité dès lors que les États intéressés en conviennent autrement ou s'il y a, dans l'application du traité à l'égard de l'État successeur, incompatibilité avec

¹⁷⁴ *Ibid.*

¹⁷⁵ Yasseen, *supra* note 75 à la p 81.

¹⁷⁶ *Réserves à la Convention sur le génocide*, Avis consultatif, [1951] CIJ Rec 1951, aux pp 23-24.

¹⁷⁷ Yasseen, *supra* note 175.

¹⁷⁸ *Ibid.*

¹⁷⁹ *Ibid* à la p 82.

¹⁸⁰ *Ibid.*

l'objet et le but du traité ou changement radical des conditions d'exécution du traité¹⁸¹. Le maintien en vigueur des traités bilatéraux concernés a été réglé par le consentement mutuel des partenaires¹⁸².

Conclusion partielle

Au terme de ce premier chapitre, le constat général est que la Convention de 1978 prône la stabilité des relations conventionnelles en optant pour le principe de la succession automatique des traités multilatéraux (sauf ceux de caractère restreint) à l'égard des nouveaux États exception faite des États nouvellement indépendants¹⁸³, la succession aux traités bilatéraux étant pragmatique. Cette prépondérance de la volonté étatique dans le règlement de la question des traités en cas de succession d'États nécessite une attention particulière d'autant plus qu'elle atteste de la désuétude du régime conventionnel. Cela conduit à orienter la réflexion sur un point qui traverse pratiquement toutes les productions doctrinales et qui semble faire l'unanimité mais que la Convention de 1978 ni même celle de 1969 n'ont pas suffisamment pris en compte : il s'agit de la distinction entre traités réels et traités personnels qui s'avère être une clé intéressante dans l'appréciation des règles applicables à la succession d'États en matière de traités d'investissement. Le chapitre suivant relatif à l'insertion des traités d'investissement dans le régime conventionnel s'attèlera à une analyse de cet aspect.

¹⁸¹Bokor-Szego, *supra* note 128 à la p 54.

¹⁸² *Ibid* à la p 55.

¹⁸³ Djuro-Degan, *supra* note 143 à la p 221.

Chapitre 2 : L'insertion des traités d'investissement dans le régime conventionnel

On peut bien appliquer les règles de la Convention de 1978 à la succession d'États en matière de traités d'investissement sans qu'on puisse crier gare ; les arbitres ne feraient ainsi qu'appliquer le droit conventionnel. Seulement, les réserves quasi unanimes émises par la doctrine sur les solutions arrêtées par ladite Convention et la particularité des traités d'investissement commandent qu'on aille au-delà d'une application *stricto sensu* des dispositions conventionnelles. Dans cette perspective, le défi sera de trouver un aspect qui puisse servir de manière crédible de base d'appréciation. Pour ce faire, partir de la nature des traités afin d'établir les règles qui conviennent à la succession d'États en matière de traités d'investissement semble à même de bien jouer ce rôle. Cette option se justifie par la certitude que procéder à la qualification des traités d'investissement permettra de mieux appréhender la problématique du consentement de l'État à l'arbitrage. En effet, la protection et la promotion des investissements étrangers pourront toujours faire l'objet d'un accord ultérieur entre l'État successeur et d'autres États. Mais le règlement des différends liés aux investissements réalisés sur la base d'un traité conclu par l'État prédécesseur poserait forcément la question de l'applicabilité du consentement de l'État successeur aux mécanismes de règlement désignés si le régime de ce précédent traité n'est pas clairement établi. Dans cette perspective la qualification des traités d'investissement (section II) pourrait venir au secours de la Convention de 1978 qui semble lacunaire sur ce point. Cette qualification passe d'abord par une clarification de la distinction entre traités réels et traités personnels (section I).

Section I De la distinction entre traités personnels et traités réels

La Convention de 1969 a été prudente en ne consacrant aucune classification systématique¹⁸⁴ des traités, se contentant de quelques distinctions valables pour des questions limitées. Cela est compréhensible dans la mesure où un traité revêt des aspects très différents suivant qu'il s'agisse de son élaboration, de son interprétation, de sa modification, de ses effets, de sa violation, etc. Chacun de ces aspects doit faire l'objet d'une analyse spécifique. C'est alors qu'en lieu et place d'une classification générale, la Convention de 1969 a plutôt opté pour un faisceau de distinctions¹⁸⁵. Bien qu'il soit difficile d'aboutir à des distinctions claires et communément reçues, les caractères intrinsèques du traité devraient avoir une place fondamentale dans la classification des traités¹⁸⁶. Cette section s'intéressera tour à tour aux fondements (1) et à l'intérêt (2) d'une telle distinction dans le traitement de la succession d'États en matière de traités.

1. Fondement de la distinction

Dans la doctrine classique, Calvo analysait les traités personnels comme ceux se rapportant à la personne même des souverains qui les contractaient¹⁸⁷. Ceux-ci expiraient à leur mort ou à la fin de leur règne. Les traités réels quant à eux, embrassaient la matière qui en faisait l'objet sans égard aux personnes appelées à concourir à leur négociation. Ils liaient l'État tout entier en conservant leur force obligatoire malgré les changements susceptibles d'affecter la forme de gouvernement. Ainsi, ces traités restaient en vigueur aussi longtemps que le fait qui leur a donné naissance continuait d'exister à moins que leur durée n'ait été expressément limitée¹⁸⁸.

Ces définitions mettent en exergue l'importance de la personne même du souverain et celle de l'État dans les traités. Elles ne permettent pas cependant d'arrêter une règle absolue en la matière étant donné qu'il y a des actes personnels du souverain qui puissent lier durablement l'État. Alors, Calvo renvoie

¹⁸⁴ Daillier, Forteau et Pellet, *supra* note 14 à la p 136; Combacau et Sur, *supra* note 25 à la p 82.

¹⁸⁵ Reuter, *supra* note 71 à la p 31.

¹⁸⁶ *Ibid* à la p 32.

¹⁸⁷ Carlos Calvo, *Le droit international, théorie et pratique*, tome 1^{er}, Paris, 1887 aux pp 354-355.

¹⁸⁸ *Ibid*.

aux termes du traité ou à la matière sur laquelle porte l'accord des parties pour une meilleure qualification des traités¹⁸⁹.

La doctrine contemporaine appréhende la distinction sous l'angle de la philosophie qui gouverne chaque type de traités¹⁹⁰. Sur ce, elle perçoit les traités réels comme ceux qui portent sur un territoire donné ou en fixent le régime tandis que les traités personnels sont ceux conclus *intuitu personae*. Entrent ainsi dans la première catégorie les traités de frontière et les traités territoriaux. Pour la seconde, on peut citer les traités « politiques » comme les traités d'alliance, les traités d'établissement etc.

Dans la Convention de 1978, la notion de traités réels transparait à l'article 12 selon Verhoeven qui en fait l'analogie avec les droits « réels » connus dans plusieurs droits nationaux¹⁹¹. L'idée de ces droits est que « les engagements contractés à propos d'un territoire s'incorporent en quelque sorte à celui-ci, ce qui explique qu'ils acquièrent une existence indépendante de ceux qui les ont souscrits »¹⁹². Ainsi, la Convention de 1978 « évoque indirectement l'existence de traités « réels »¹⁹³. La caractéristique des traités réels est que les droits et obligations qui en résultent sont attachés à un territoire. Ces traités ont donc pour vocation de créer un régime permanent. Ce qui fait dire à Fitzmaurice que le statut de ces traités cesse de dépendre entièrement d'un contrat¹⁹⁴. Les règles relatives au régime des frontières et autres régimes territoriaux édictées respectivement dans les articles 11 et 12 de la Convention de 1978 sont les normes codifiées dont la nature coutumière n'était quasiment pas contestée. La pratique étatique fréquente et uniforme sur laquelle elles reposaient justifie la large adhésion des États dans leur pratique aux débuts années 1990. Le caractère coutumier de ces règles a été confirmé à plusieurs reprises par la jurisprudence de la Cour

¹⁸⁹ *Ibid* à la p 355.

¹⁹⁰ Verhoeven, *supra* note 26 à la p 174; G Fitzmaurice « The juridical clauses of the peace treaties » (1948) 73 : 2 RCADI à la p 295 [Fitzmaurice]; E Castren « Aspects récents de la succession d'États » (1951) 78 RCADI à la p 436 [Castren]; Stern, *supra* note 114 à la p 265.

¹⁹¹ Verhoeven, *supra* note 26 à la p 174.

¹⁹² *Ibid*.

¹⁹³ *Ibid* à la p 175.

¹⁹⁴ Fitzmaurice, *supra* note 190.

internationale de justice (CIJ) et celle des tribunaux arbitraux¹⁹⁵. Il s'agit de toute évidence d'une mise en œuvre du principe de l'intangibilité des frontières plus connu sous le nom de principe de *l'uti possidetis*. Ce principe a été reconnu comme une norme coutumière par la CIJ dans *l'affaire du différend frontalier*¹⁹⁶. La Cour insiste sur l'applicabilité générale de ce principe à toutes les hypothèses de succession d'États¹⁹⁷.

En somme, Verhoeven note que l'article 12 a également reçu confirmation de son caractère coutumier dans l'affaire *Gabcikovo- Nagymaros*¹⁹⁸ relative à la construction d'un barrage sur le Danube¹⁹⁹.

A contrario, ladite Convention ne fait aucunement référence aux traités personnels qui ne pourraient jamais engager que les États qui les ont conclus²⁰⁰. En fait, une doctrine ancienne enseignait que les traités dits d'asservissement ou de régime n'étaient jamais transmissibles en cas de succession d'États ; ils devraient « être tenus pour indissociables des personnes qui les avaient négociés »²⁰¹. Les traités personnels sont conclus en « considération de la personnalité des États parties ou de conditions déterminées existant chez eux, comme par exemple une certaine situation économique, une organisation administrative déterminée, certaines institutions juridiques »²⁰².

Selon Udina, plusieurs « conditions peuvent concourir à former les qualités personnelles considérées en premier lieu ou exclusivement par les contractants »²⁰³.

L'attention portée aux conditions des contractants déteint certainement sur les droits et obligations qui découlent de ces traités et cela ne peut rester indifférent au

¹⁹⁵ *Affaire du différend frontalier (Burkina Faso c République du Mali)*, [1986] CIJ Rec 1986 aux §§ 20-26. Voir aussi *Affaire de la délimitation de la frontière maritime (Guinée c Guinée Bissau)*, sentence du 14 février 1985, (1990) 9 RSA 149 à la p 23, § 40.

¹⁹⁶ *Ibid.*

¹⁹⁷ Stern, *supra* note 113 à la p 165.

¹⁹⁸ *Projet Gabcikovo-Nagymaros (Hongrie c Slovaquie)*, [1997] CIJ Rec 1997 à la p 7.

¹⁹⁹ Verhoeven, *supra* note 26 à la p 175

²⁰⁰ *Ibid.*

²⁰¹ *Ibid.*

²⁰² Udina M « La succession des États quant aux obligations internationales autres que les dettes publiques » (1933) 33 RCADI 665 à la p 762.

²⁰³ *Ibid.*

sort desdits traités en cas de succession d'États. Il s'agit pour l'essentiel des traités politiques même s'il n'est pas facile de les distinguer d'autres traités²⁰⁴.

Pour Castren, ce sont des traités centrés sur l'État lui-même, ses rapports avec les autres, son développement et la réalisation de ses buts dans la vie internationale²⁰⁵.

En outre, Hamant fait remarquer que « les traités politiques constituent une sous-catégorie des traités personnels, mais la distinction n'est pas toujours claire » et « [q]uoi qu'il en soit, c'est en tant qu'ils sont des traités personnels que les traités politiques ne sont pas transmissibles »²⁰⁶.

Bien que n'ayant pas une consécration formelle, la notion de traités « personnels » permet toutefois de mettre en lumière le caractère *intuitu personae* de certains traités « qu'il est inconcevable de prétendre obliger des gouvernants qui ne les ont pas formellement acceptés à en respecter les dispositions, sans le consentement de tous les États qui y étaient originellement parties »²⁰⁷.

L'intérêt de la notion de traité personnel se trouve dans les règles générales du droit des traités en particulier sur les questions relatives à leur suspension et leur extinction et non point sur celui de la succession d'États. En outre, c'est dans la particularité relative à ces questions que doit être trouvée la sanction de leur caractère éminemment « personnel »²⁰⁸. La règle coutumière de l'extinction des traités personnels qui n'est pas textuellement exprimée dans la Convention de 1978 transparait entre les lignes et c'est une règle coutumière classique. « Les traités politiques constituent une catégorie spécifique de traités conclus *intuitu personae*, en fonction des caractéristiques d'un État précis, tels que des traités d'alliance, ou certains traités commerciaux conclus entre États à économie planifiée »²⁰⁹.

La règle généralement admise aussi bien dans la doctrine que dans la pratique de la non-transmission des traités personnels ne figure pas expressément dans la

²⁰⁴ *Ibid.*

²⁰⁵ Castren, *supra* note 190 à la p 436.

²⁰⁶ Hélène Hamant, *Démembrement de l'URSS et problèmes de succession d'États*, Bruxelles, Bruylant, 2007 à la p 196 [Hamant].

²⁰⁷ Verhoeven, *supra* note 26 à la p 175.

²⁰⁸ *Ibid* aux pp 175-176.

²⁰⁹ Stern, *supra* note 113 aux pp 169-170.

Convention de 1978. Il faut noter que même si ladite Convention ne fait pas une référence expresse aux traités politiques ou personnels, il est toutefois évident que ceux-ci sont concernés par les exceptions aux règles de continuité résultant de l'incompatibilité de leur maintien avec l'objet et le but du traité ou du changement radical dans les conditions d'exécution du traité qui résulterait d'une continuité. En effet, comme le perçoit si bien Stern, « c'est dans la détermination des traités dont l'objet et le but sont incompatibles avec une succession automatique que réside, de toute évidence, un des enjeux majeurs de la succession d'États »²¹⁰.

Il n'y a pas unanimité sur le principe posé à l'article 34. Ainsi, la CIJ a évité de se prononcer sur la nature coutumière du principe de succession automatique dans deux affaires²¹¹. Quoiqu'il en soit les éclairages fournis par les fondements de cette distinction permettent de saisir tout l'intérêt d'une telle démarche.

2. Intérêt de la distinction

L'intérêt d'opérer une distinction entre les traités réels et traités personnels réside dans le comportement de la pratique internationale. En effet, comme le note Verhoeven, toute spéculation mise à part, il n'est apparemment pas aisé de concevoir la transmissibilité des conventions particulières²¹². Le fait est qu'elles ne créent d'obligations que pour les parties au nombre desquelles l'État successeur, par hypothèse, ne figure pas²¹³. En outre, on en déduit qu'elles ne peuvent survivre à ceux qui les ont conclues. Elles disparaissent alors avec leurs génitrices à cause de leur caractère d'engagements personnels. Par conséquent, poursuit Verhoeven il serait aventureux dans ce système où les règles générales demeurent rares de conclure sans réserve à la transmissibilité des traités au risque de ne plus avoir de règles dont la force obligatoire ne prête guère à contestation. C'est alors que la « pratique internationale n'a cessé d'osciller entre ces deux exigences contradictoires »²¹⁴.

²¹⁰ *Ibid* à la p 265.

²¹¹ Voir *supra* note 149.

²¹² Verhoeven, *supra* note 26 à la p 173.

²¹³ *Ibid.*

²¹⁴ *Ibid.*

On peut alors déduire que l'opération de la distinction traités réels, traités personnels est une juste solution pour l'équilibre du droit des traités. En effet, par la consécration d'un type de traités que l'on désigne traités réels qui caractérisent les traités qui ne sont pas susceptibles d'intransmissibilité, le droit international consacre une sorte de « zone de consensus » du droit des traités en matière de succession d'États. Ce consensus s'analyse en ce que les traités qui tombent dans ce champ ne sont pas discutés en cas de succession d'États.

Les conflits d'intérêts sont insaisissables qu'il est très difficile d'opérer une démarcation claire entre les traités transmis et les traités non transmis. C'est pourquoi on constate que certains auteurs sans autres formes de considération assimilent aux traités personnels tous les traités bilatéraux, tandis que d'autres préfèrent retenir tous les traités multilatéraux et bilatéraux qui exigent des contributions financières ; ou encore les conventions d'établissement et d'extradition²¹⁵.

Au vu de ce qui précède, l'organisation économique d'un État successeur qui est radicalement différente de celle de l'État prédécesseur pourrait constituer un motif valable pour justifier d'un changement radical des conditions d'exécution de traités économiques. Leur maintien en vigueur serait donc problématique car il y a un risque sérieux que leurs objet et but soient menacés dans leur exécution. A titre d'exemple, un traité économique conclu entre États à économie centralisée ne peut être comparé à un traité économique dont l'un ou les deux partenaires ont des économies de marché²¹⁶.

L'application de ces principes a conduit dans la pratique à la fin de plusieurs traités économiques notamment en RDA. En effet, plusieurs traités du genre qui avaient été conclus par elle avec d'autres États socialistes, compte tenu de son organisation politique et économique, qui s'est évidemment profondément transformée, ont pris fin. C'est ainsi que la totalité des traités commerciaux conclus dans le cadre du Comecon n'ont pas été maintenus en vigueur²¹⁷.

²¹⁵ Stern, *supra* note 113 à la p 265.

²¹⁶ *Ibid.*

²¹⁷ *Ibid* aux pp 265-266.

Dans le même ordre d'idées, lorsque l'État successeur et l'État prédécesseur sont des puissances militaires radicalement différentes, il va de soi que les traités antérieurs ne peuvent être maintenus tels quels. L'illustration parfaite en est donnée par le *Traité sur la non-prolifération des armes nucléaires* de 1968²¹⁸. Ce traité repose sur une distinction fondamentale entre États dotés de l'arme nucléaire et ceux qui n'en avaient pas ; les droits et des obligations inhérents au traité étant fonction de la catégorie à laquelle appartient l'État. Les États dotés de l'arme nucléaire s'engagent à ne pas transférer directement ou indirectement des armes nucléaires ou autres dispositifs nucléaires explosifs à des États non dotés de l'arme nucléaire. Les États non dotés d'armes nucléaires quant à eux, ils s'engagent à ne pas en acquérir, avec le devoir de se limiter aux utilisations pacifiques de l'énergie atomique. L'URSS était partie à ce traité en tant que puissance nucléaire. C'est évident qu'il aurait été absolument contraire à l'objet et au but du traité, qui est la non-dissémination nucléaire, que tous les États successeurs de l'URSS succèdent à son statut de puissance nucléaire. Aux aspirations allant dans le sens de succession des uns et des autres, la déclaration d'Alma-Ata, a retenu une solution générale en décidant qu'« [...]un commandement unique des forces militaires stratégiques sera maintenu et les armes nucléaires seront placées sous un contrôle commun ; chacune des parties respectera les efforts déployés par les autres en vue d'acquérir le statut d'État exempt d'armes nucléaires ou d'État neutre »²¹⁹.

La Convention de 1978 ne posant pas de règles spécifiques à la forme du traité comme on l'a vu, émergent alors deux approches dichotomiques pour ce qui est des traités bilatéraux, selon le rôle accordé au caractère personnel inhérent ou non à cette catégorie de traités²²⁰. Il faut par ailleurs souligner ici le fait que ce soit finalement la Convention de 1969 qui gouverne le sort des traités personnels.

Dans la première approche, les États soutiennent que le caractère personnel du traité bilatéral et son corollaire qui est le changement automatique du partenaire

²¹⁸ *Traité sur la non-prolifération des armes nucléaires*, 1^{er} juillet 1968, 480 RTNU (entrée en vigueur : 5 mars 1970).

²¹⁹ Alma-Ata, *supra* note 132.

²²⁰ Stern, *supra* note 113 à la p 314.

bilatéral changent radicalement les conditions d'exécution du traité. Par conséquent, la règle de continuité doit être écartée en principe, sauf accord contraire.

Dans la seconde approche, c'est le principe de la continuité qui s'applique à tout type de traités, conformément à l'article 34 de la Convention de 1978 qui est mis en avant, sauf s'il est démontré dans le cas particulier que le maintien en vigueur du traité bilatéral à l'égard de l'État successeur va changer radicalement les conditions d'exécution du traité²²¹.

En résumé, la présomption de discontinuité prime dans la première approche, laquelle pourrait être écartée si les parties le veulent. Dans la seconde approche, a contrario prime une présomption de continuité, qui pourrait également être écartée par l'accord des parties, sur le fondement cette fois du caractère personnel du traité²²².

L'admission d'une certaine catégorie de traités dénommés traités personnels trouve pour ainsi dire son sens dans le caractère volontariste du droit international et le principe de l'effet relatif des traités. Ceci étant, il va falloir comprendre qu'au-delà de la conclusion des traités, c'est plutôt la considération qui a présidé à leur conclusion qu'il faut mettre en exergue surtout lorsqu'on fait face à une succession d'États. En effet, la question est de savoir si cette considération personnelle qu'il y a eu entre un État A et un État B survit aux relations nouvelles entre A et les États issus de la succession de B pour créer automatiquement une succession de traités entre B et ses successeurs. On a vu que la réponse du droit international oscille entre principe de la table rase pour les États issus d'un processus de décolonisation à la transmissibilité pour ceux issus des mutations territoriales sans oublier l'application du principe de la variabilité territoriale. Cette diversité de solutions ne semble guère idéale pour les traités bilatéraux. D'abord, on constate par exemple qu'aux principes d'intransférabilité et de variabilité spatiale de l'ordre juridique se combine celui de l'acceptation sélective par l'État successeur de l'ordre juridique conventionnel établi par le prédécesseur²²³. Ensuite, c'est

²²¹ *Ibid.*

²²² *Ibid.*

²²³ Combacau et Sur, *supra* note 25 à la p 438.

méconnaître la nature personnelle de ces traités sur laquelle la doctrine semble unanime en retenant qu'ils sont intransférables.

Au vu de ce qui précède, on peut déduire que les traités bilatéraux ne devraient pas survivre à tout type de succession d'États sauf s'il s'agit de traités réels ou que les parties en décident autrement. A titre illustratif, Daillier, Forteau et Pellet citent l'accord du 26 mars 2003²²⁴ entre la France et la Serbie-et-Monténégro relatif à la succession en matière de traités bilatéraux conclus entre la France et la République socialiste fédérale de Yougoslavie pour démontrer qu'un traité bilatéral ne reste en vigueur que si l'État nouvellement indépendant et l'autre partie en conviennent expressément ou implicitement²²⁵.

Le traité bilatéral est spécifique. En fait, les parties par cet instrument plus que par d'autres, établissent un équilibre précis et minutieux de leurs droits et obligations réciproques²²⁶.

L'apparition d'un ou de plusieurs États pose alors le problème de l'élargissement du rapport contractuel à ces nouveaux États. La continuité, le réaménagement ou tout simplement la fin de ces traités dépend largement de la volonté de chaque partie avec la particularité même que la volonté unilatérale de chaque État est suffisante pour la non application du traité²²⁷. Il faut par ailleurs faire un rapprochement entre les traités bilatéraux et les traités multilatéraux à caractère restreint. En effet, le fait qu'un groupe donné d'États établit un cadre pour un objet et un but précis commande que la succession à un tel traité se fasse avec l'accord unanime de tous les États eu égard à la confiance mutuelle qui a prévalu à l'établissement de ce cadre. A titre d'exemple, on peut citer l'ALENA et son chapitre XI sur l'investissement sur lequel on reviendra plus dans la deuxième partie.

Le cas de ces traités est problématique à cause des considérations politiques qui concourent à leur conclusion. Qu'on soit donc en présence de traités bilatéraux, de

²²⁴ Décret du 16 mai 2003 portant publication de l'accord entre le Gouvernement de la République française et le Conseil des ministres de Serbie-et-Monténégro relatif à la succession en matière de traités bilatéraux conclus entre la France et la République socialiste fédérative de Yougoslavie (ensemble une annexe) signé à Paris le 26 mars 2003, JO, 16 mai 2003, n°119 à la 8825.

²²⁵ Daillier, Forteau et Pellet, *supra* note 14 à la p 615.

²²⁶ Djuro-Degan, *supra* note 143 à la p 216.

²²⁷ *Ibid.*

traités fermés ou plurilatéraux, l'accord des deux parties est requis pour qu'ils soient maintenus en vigueur²²⁸.

Ces développements pratiques confirment les considérations jadis courantes dans le droit des traités. Ils semblent reprendre pour Stern la philosophie de l'ancienne distinction entre les traités personnels (fermés, plurilatéraux, bilatéraux) qui ne sont pas automatiquement transmis et les autres traités qui sont automatiquement transmis notamment les traités réels. La particularité dans le cas d'espèce réside en l'existence dans la Convention de 1978 d'une clause spécifique laissant le choix de la transmission automatique à l'une des parties, en l'occurrence l'État nouvellement indépendant²²⁹.

En réalité, la liberté de l'État nouvellement indépendant lui permet d'imposer sa solution en cas de traités multilatéraux tandis que la liberté des autres est plus restreinte puisqu'elle n'est que négative. En effet, cette liberté des autres parties leur permet seulement de refuser le maintien en vigueur de traités plurilatéraux et bilatéraux, auxquels l'État nouvellement indépendant voudrait succéder²³⁰.

En outre, les éclaircissements apportés quant aux types de traités qui restent applicables et ceux qui ne le sont pas en cas de succession d'États permettent d'aborder l'intérêt d'une qualification des traités d'investissement.

Section II L'intérêt de la qualification des traités d'investissements

En droit international public, la qualification est appréhendée comme le raisonnement qui consiste « à faire entrer un élément (fait établi, institution, règle de droit) dans une catégorie juridique qui conditionne l'application du régime juridique correspondant à cette catégorie »²³¹. En d'autres termes, qualifier un élément, en l'occurrence le traité d'investissement, c'est le rattacher à une catégorie juridique afin de lui appliquer les règles convenables. L'objet de la présente section consiste à opérer une qualification des traités d'investissement sous l'angle de la distinction entre traités réels et traités personnels. En effet, cette

²²⁸ Stern, *supra* note 113 à la p 136.

²²⁹ *Ibid.*

²³⁰ *Ibid.*

²³¹ Salmon, *supra* note 33 *sub verbo* « qualification ».

catégorisation semble être la plus à même de faire l'unanimité si l'on se fie au régime incertain de la succession d'États en matière de traités en général et elle se veut surtout une alternative crédible en cas d'absence d'accords explicites de succession aux traités entre États successeurs et partenaires conventionnels. En plus, l'interface entre le droit international public général et le droit des investissements se révèle ici au grand jour.

Dans la suite de cette analyse, il sera question de mieux expliciter le choix de procéder à une qualification (1) des traités d'investissement d'une part et d'autre part, à la qualification (2) proprement dite.

1. De l'intérêt d'une qualification des traités d'investissement dans le contexte de succession d'États

Qualifier un acte peut-il servir à corriger ou réorienter le droit positif ? En d'autres termes, opérer une qualification des traités d'investissement peut-il permettre de les rattacher à une catégorie juridique où ils seront moins problématiques en cas de mutation territoriale ? Ce questionnement se justifie par les limites de l'état actuel du droit international à y répondre convenablement lorsqu'il n'y a pas d'accords explicites de continuité entre les différentes parties.

Partant du principe qu'une qualification juridique vise à rattacher un élément à une catégorie juridique donnée, il sera d'abord procédé à une précision des contours (A) de l'élément dont il s'agit ici de savoir le traité d'investissement, et ensuite une interprétation des résultats obtenus (B) s'en suivra.

A. Délimitation des contours des traités d'investissement

Délimiter c'est circonscrire un cadre donné afin d'éviter de naviguer à vue. Délimiter les contours des traités d'investissement consistera dans le présent paragraphe à les rattacher soit à la catégorie des traités réels soit à celle des traités personnels.

Il ressort globalement de la section précédente que les traités réels sont ceux qui ont trait à un régime objectif comme la fixation d'un régime de frontière ou le régime des voies de communication. Ce type de traités n'est pas affecté par une quelconque succession d'États. En d'autres termes, il lui est appliqué quel qu'en soit le type de mutation territoriale le principe de la transmissibilité des obligations

conventionnelles. Le caractère coutumier du régime de ces traités est certain en cas de succession d'États. En outre, la nature même de ces traités exclut de leur champ les traités d'investissement.

Les traités personnels que d'aucuns appellent également traités politiques sont plus nombreux. Ils sont centrés sur l'État lui-même c'est-à-dire dans ses rapports qu'il entretient avec les autres d'où leur caractère personnel. Ce caractère d'*intuitu personae*, donc de la relativité ou de subjectivité, les différencie des traités réels qui régissent des situations que l'on peut qualifier d'objectives et par conséquent d'impersonnelles. On range dans cette catégorie les traités d'alliance, d'établissement etc. Ainsi, même s'il n'est pas toujours aisé de définir les traités personnels, la doctrine semble unanime sur l'appartenance de certains types de traités à cette catégorie comme on l'a vu. C'est cette fenêtre qui permet de faire un arrêt sur un traité particulier. Il s'agit du traité d'établissement. En effet, ce traité se définit comme celui qui régit « les conditions d'entrée, de séjour et d'exercice d'une activité et du droit de propriété des ressortissants d'un État sur le territoire de l'autre ou des autres parties »²³². Il est quasi certain que l'« exercice d'une activité » dont il s'agit ici renvoie aux activités économiques de même que l'évocation du droit de propriété d'un non national renvoie aux conditions dans lesquelles celui-ci peut agir de manière conventionnelle dans un esprit de lucre.

Le doute se dissipe même lorsqu'on se réfère à la définition que le droit international fait de l'établissement. En fait, il y est strictement défini comme l'exercice par une personne étrangère d'activités économiques sur le territoire d'un État²³³.

En outre, on peut ajouter la « convention d'établissement » qui est définie comme le traité conclu « entre États relatif au traitement par chacune des parties sur son propre territoire des ressortissants de l'autre partie, en vue de l'exercice d'activités économiques »²³⁴.

Au vu de ce qui précède, il est indéniable que les traités d'investissement présentent des similitudes avec ces conventions d'établissement dont la pratique

²³² *Ibid sub verbo* « traité d'établissement ».

²³³ *Ibid sub verbo* « établissement ».

²³⁴ *Ibid sub verbo* « convention d'établissement ».

est très ancienne et remonte en réalité à la première moitié du 19^e siècle. Leur objectif commun consiste à accorder sur la base de réciprocité aux ressortissants de chaque partie contractante un certain nombre de droits, notamment dans la sphère économique²³⁵. Dans cette perspective, on pourrait qualifier les nationaux de chaque partie contractante présents sur le territoire de l'autre comme étant des « étrangers privilégiés »²³⁶ d'après les termes de Carreau et Juillard. En effet, justifient-ils, ces nationaux jouissent de droits internationalement protégés et non pas de droits simplement accordés par la volonté discrétionnaire de l'État d'accueil auquel cas ils seraient dans une situation de droit commun en l'absence de convention²³⁷ ; cela est une juste traduction de la norme minimale de traitement des étrangers qui est une norme de nature coutumière.

Cette définition insiste sur un élément capital sur lequel on reviendra à savoir le consentement des États parties. Ce consentement traverse les traités d'investissement depuis la phase de négociation jusqu'au règlement des différends éventuels.

Dans ce processus de délimitation des contours qui vont permettre de mieux catégoriser les traités d'investissement, on constate que le droit international offre de sérieuses pistes pour opérer une bonne qualification des traités d'investissement. Pour cela une bonne dose d'interprétation s'impose. En effet, la qualification a plusieurs sens. De manière synthétique, on peut l'apercevoir comme l'acte par lequel l'assimilation d'un fait à une norme s'opère aux fins d'une subsomption. Cette assimilation est à la fois un processus déductif et inductif. C'est à cet égard que la qualification est vue comme une modalité particulière de l'interprétation²³⁸.

B. La qualification des traités d'investissement

Du cadre théorique qui vient d'être défini, le constat est clair que les traités d'investissement sont d'office exclus de la catégorie des traités réels. Ces traités

²³⁵ Carreau et Juillard, *supra* note 6 à la p 529.

²³⁶ *Ibid.*

²³⁷ *Ibid* aux pp 529-530.

²³⁸ Robert Kolb, *Interprétation et création du droit international : esquisses d'une herméneutique juridique moderne pour le droit international public*, Bruxelles, Bruylant, 2006 à la p 26.

sont par contre envisageables dans la catégorie des traités personnels. Cette possibilité tient au fait qu'un type de traité en l'occurrence les conventions d'établissement présentent beaucoup de similitudes avec les traités d'investissement.

Aussi, les premières manifestations du phénomène consistant à faire régir les rapports entre les pays d'accueil et les investisseurs étrangers ont été observées dans plusieurs stipulations insérées dans le *Traité d'amitié, de commerce et de navigation conclu entre les États-Unis d'Amérique et la France en 1788*. En effet, ce traité « établissait certains principes pour l'échange de marchandises et contenait des dispositions relatives au traitement réservé à l'investissement étranger »²³⁹.

La nature des relations promues par les traités d'investissement constitue également un faisceau important permettant de déceler des éléments propres à un traité personnel. On pense à cet effet à la relation entre personne privée et État. Le contentieux des investissements est à ce propos assez révélateur de l'internationalisation de la relation entre la personne privée et l'État²⁴⁰, laquelle relation peut s'analyser comme étant la résultante d'une marque de confiance mutuelle entre les différentes parties afin d'atteindre chacune ses objectifs, l'une le développement économique et l'autre la réalisation de bénéfices économiques.

Au surplus, la notion de réciprocité est un signe tangible de la confiance mutuelle qui préside à la conclusion d'un tel type de traité, laquelle confiance est le propre des traités personnels d'où la conclusion que les traités d'investissement sont des traités personnels.

Il n'est point superflu de soutenir que l'absence d'instruments à caractère multilatéral dans le domaine des investissements est due à la forte bilatéralisation des règles en la matière. Cette bilatéralisation rappelle inévitablement les intérêts particuliers en jeu et par ricochet le caractère personnel de ces traités. Plus les

²³⁹ Bonomo, *supra* note 6 à la p 17. Cet aspect a été développé par V R Doak Bishop, J Crawford et W R Reisman, *Foreign Investment Disputes : Cases, Materials and Commentary*, The Hague, Kluwer Law International, 2005, à la p 21.

²⁴⁰ De Nanteuil, *supra* note 9 à la p 45.

parties sont nombreuses, plus elles auront du mal à concilier leurs intérêts particuliers.

Par ailleurs, la pratique dans les traités pluri ou multilatéraux d'investissement consiste en la reprise des règles essentielles de protection des investissements étrangers contenues dans les TBI comme vu en introduction. La limitation de ces accords à un espace ou un objet donné²⁴¹ peut être analysée comme la traduction du difficile élargissement de ces types de règles à un ensemble hétéroclite ; chaque État et chaque région ayant le plus souvent des particularités ou des considérations propres. Ces particularités tiennent à plusieurs facteurs comme le modèle économique, les liens historiques etc. Au vu de ce qui précède, on peut avancer que ces considérations ont été à la base de l'échec de l'accord multilatéral sur l'investissement (AMI) dont les négociations avaient été lancées en mai 1995 dans le cadre de l'Organisation pour la coopération et le développement économique (OCDE). En effet, cet échec tient au fait qu'il ait été impulsé par l'OCDE, la question des intérêts étatiques et quelques divergences de vues. D'abord, pour ce qui a trait à l'OCDE, il faut dire qu'on pourrait lui reprocher de ne pas être assez représentative des intérêts communs mais plutôt de ceux des pays riches²⁴². Même si cela n'est pas contesté, c'était quand même risqué et il valait peut-être mieux de tenir les négociations dans une enceinte neutre²⁴³.

Ensuite, la question des intérêts des États justifie en partie cet échec. Plus facile à réaliser dans un TBI et très envisageable dans un cadre régional, elle est plus complexe à réaliser à un niveau mondial. En fait, les dispositions de l'accord étaient telles que « la perspective unique d'une protection des investisseurs sans aucun compte tenu des intérêts publics défendus par les États »²⁴⁴ n'étaient pas une pure vue de l'esprit.

²⁴¹ *Ibid* à la p 47.

²⁴² Carreau et Juillard, *supra* note 6 à la p 561. Seul un petit nombre d'États en l'occurrence des pays riches étaient admis à la négociation.

²⁴³ De Nanteuil, *supra* note 9 à la p 97.

²⁴⁴ *Ibid* aux pp 97-98.

Enfin, les divergences de vues étaient dues aux différentes approches européenne et nord-américaine du droit des investissements²⁴⁵. Cette dernière considération justifie en somme le multilatéralisme régional des règles en matière d'investissement. Ces cadres régionaux sont plus aptes à établir des règles communes dues aux intérêts quasiment identiques et à une approche convergente du droit des investissements. Ces traités peuvent être la résultante d'une alliance entre États liés par des liens séculaires pour la protection et la promotion des investissements mais aussi être une réponse à une dynamique similaire afin de ne pas être à la traîne dans la captation des investissements²⁴⁶. Et même dans ces traités régionaux, ce n'est pas souvent tous les États de la région qui sont concernés. Par exemple, le traité du *Mercosur*²⁴⁷ qui a été complété par un ensemble de règles de protection des investisseurs étrangers ne réunit que l'Argentine, le Brésil, l'Uruguay et le Paraguay.

On peut donc voir toute la subjectivité qui traverse ces types de conventions et se faire une idée de leur caractère de traités personnels et tout ceci contribue à justifier l'option préalable de qualifier les traités d'investissement.

2. Justification de la qualification des traités d'investissement

Le droit international de l'investissement est destiné à la protection des droits individuels c'est-à-dire des investisseurs étrangers. Cette protection connaît une tournure particulière avec l'internationalisation des rapports entre investisseur étranger et État d'accueil avec surtout l'admission par la quasi-totalité de ces traités de l'arbitrage international ouvert aux investisseurs²⁴⁸ comme mode privilégié de règlement des différends éventuels.

²⁴⁵ *Ibid* à la p 98. La clause de traitement national a été l'une des causes de la fracture entre les membres de l'OCDE c'est-à-dire entre pays développés à économie de marché. Carreau et Juillard, *supra* note 242.

²⁴⁶ Ainsi, l'ALENA serait la réponse américaine au traité de Maastricht. Voir De Nanteuil, *supra* note 9 à la p 99.

²⁴⁷ *Traité d'Asunción pour la constitution d'un Marché commun entre la République Argentine, la République fédérative du Brésil, la République du Paraguay et la République orientale de l'Uruguay*, 26 mars 1991, 2140 RTNU 339 (entrée en vigueur : 15 décembre 1995).

²⁴⁸ De Nanteuil, *supra* note 9 à la p 49 ; Bonomo, *supra* note 6 à la p 19.

La nouvelle dimension prise par les traités d'investissement soulève quelques inquiétudes du côté de l'État d'accueil. La principale tient au droit applicable. Étant donné que c'est le traité qui gouverne les relations entre l'investisseur étranger et l'État d'accueil dorénavant, ce sera le traité qui s'appliquera maintenant, donc le droit international, mettant au passage un terme aux controverses nées de la théorie du contrat d'État. La délocalisation dans l'ordre juridique international des relations entre ces protagonistes donne lieu à de véritables différends internationaux dont le règlement échappe à l'emprise des États.

Le fait saillant de cette nouvelle donne est sans doute l'accès immédiat à l'arbitrage reconnu à l'investisseur étranger. Cet accès a pour conséquence d'écarter le mécanisme de protection diplomatique comme moyen de solutionnement d'un différend lié à l'investissement et d'offrir ainsi une véritable liberté à l'investisseur. On assiste à cet égard à une dépolitisation du système de règlement des différends dans le droit international contemporain des investissements qui suffirait à elle seule à considérer ce type de traité comme un traité « extraordinaire ». Cet aspect extraordinaire tiendrait à un ensemble de paramètres allant de la sensibilité des domaines potentiels qui peuvent intéresser les investissements promus à la projection sur les incertitudes liées à un probable différend.

En outre, le fait que l'État puisse se voir attirer par un particulier devant un tribunal arbitral international et surtout la restriction de sa souveraineté quant au traitement des investissements d'une part, et de la possibilité de voir son économie contrôlée en grande partie par des étrangers d'autre part, sont autant d'éléments qui militent que les traités d'investissement ne puissent être soumis à un régime dans lequel les partenaires conventionnels n'ont pas clairement consenti.

C'est au vu de ce qui précède que ce mémoire souscrit à l'idée avancée par Daillier, Forteau et Pellet lorsqu'ils relèvent que pour des « considérations propres à la succession d'États »²⁴⁹, les règles dégagées par le droit international s'efforcent « de faciliter l'insertion du nouvel État dans la vie internationale tout en

²⁴⁹ Daillier, Forteau et Pellet, *supra* note 14 à la p 614.

préservant les droits des autres États »²⁵⁰. Ces efforts consistent en une atténuation du principe de la transmissibilité manifestée par « la combinaison de deux distinctions » dont la première est celle qui s'opère entre traités « réels » et traités « personnels » et la seconde entre traités bilatéraux et traités multilatéraux²⁵¹.

De cette judicieuse approche il sied d'aller plus loin pour souligner le critère fondamental qui est mis en exergue dans ces deux distinctions. En effet, partant du principe que le traité bilatéral est conclu sur des bases subjectives que seules les différentes parties ont les réels tenants et aboutissants, on peut extraire de ces considérations particulières le caractère personnel de ce type de traité comme on l'a vu.

De prime abord on pourrait avancer que la solution est moins convenable pour les traités multilatéraux. En effet, la Convention de 1978 offre plus de liberté à l'État successeur quant à la position à tenir vis-à-vis des traités multilatéraux. Seulement, une exception qui ne passe pas inaperçue devrait être prise en compte. Il s'agit de l'extraction de cette possibilité de succession faite aux traités restreints même pour les États indépendants. Or, à y voir de près, on peut faire un rapprochement entre ces traités restreints et les traités d'investissement. En fait, le traité multilatéral restreint se particularise par le fait qu'il regroupe plus de deux parties tout en se fondant sur des critères d'appartenance ne permettant pas à n'importe quel État d'être membre. Ces critères peuvent tenir par exemple à un regroupement d'États à économie de marchés dans un espace géographique donné.

L'ensemble de ces considérations révèle un peu plus que les traités d'investissement soient à la fois prisés et évités. Leur attirance réside dans leur énoncé en ce qu'ils visent à promouvoir et protéger les investissements privés étrangers. Cela n'est évidemment pas possible sans concession et fait penser à la réciprocité. Ce trait justement a conduit à des larges pouvoirs accordés aux investisseurs dans la garantie de leurs investissements sur le territoire de l'État d'accueil. Le symbole de cette protection c'est l'accès direct aux tribunaux

²⁵⁰ *Ibid* à la p 615.

²⁵¹ *Ibid*.

arbitraux. C'est précisément cet aspect par les implications qu'il peut avoir sur la souveraineté de l'État mais aussi et surtout par les coûts suscités en cas de différend qui rendent les États méfiants vis-à-vis de ces traités. Cette méfiance est encore plus intéressante en cas de succession d'États car il n'y a pas de clarté sur les règles applicables en la matière relativement aux traités d'investissement. Bien évidemment on ne s'interrogerait pas si les États parvenaient comme beaucoup l'ont fait à opter pour la continuité et la stabilité des liens conventionnels²⁵², les interrogations viendraient plutôt des situations où l'État successeur et le partenaire conventionnel ont des approches apparemment opposées. On pense dans ce cas à l'affaire *World Wide Minerals c Kazakhstan* où le plaignant se fonde sur les déclarations antérieures du Kazakhstan pour prouver la validité du TBI Canada-URSS entre le Canada et le Kazakhstan tandis que le Canada laisse clairement voir que c'est la Russie qui a succédé à ce traité²⁵³ avant de faire volte-face et plaider que le Kazakhstan était également successeur. Un tel cas serait valablement résolu si l'on applique le principe selon lequel les traités d'investissement sont des traités personnels.

En outre, le choix de procéder par une qualification des traités d'investissement afin de parvenir aux règles qui conviennent au mieux à la succession d'États en matière de traités d'investissement procède de deux observations majeures. La première est qu'elle s'avère efficace pour répondre aux préoccupations posées par le fait qu'elle permet de classer ces traités dans la catégorie des traités personnels. La lecture de la Convention de 1978 si elle permet d'avoir une position tranchée sur le sort des traités réels n'en fait pas autant pour les traités personnels et cela semble compréhensible vu que la Convention de 1969 n'a pas consacré de classification systématique des traités²⁵⁴. Ce rattachement à la catégorie des traités personnels offre un régime clair et applicable à tout type de succession d'États et tranche avec les applications disparates constatées actuellement. Cette opération de qualification en permettant de changer de paradigme ouvre la voie à la proposition d'un autre que celui qui a milité à la Convention de 1978 en ce sens

²⁵² Tams, *supra* note 56 à la p 332.

²⁵³ Côté, *supra* note 2 à la p 401.

²⁵⁴ Voir *supra* aux pp 42-45.

que ce dernier ne permet pas de répondre intégralement et donc de manière satisfaisante au sort de tous les types de traités en cas de succession d'États. Ce nouveau paradigme tient à une distinction claire entre traités réels et personnels avec chacun un régime bien défini et généralement admis²⁵⁵.

La deuxième observation tient au fait que cette opération de qualification des traités d'investissement montre clairement que si la quête d'un régime acceptable est l'objet de cette étude, elle n'en n'est moins que la partie visible de l'iceberg. En effet, dans le domaine particulier des traités d'investissement, la préoccupation première de l'investisseur c'est la garantie de sécurité qui lui est offert quant à ses investissements. Or la garantie usuelle qui lui est offerte c'est le droit de saisine directe d'un tribunal arbitral que le traité d'investissement admet. Seulement, cette manifestation unilatérale et permanente de la volonté de l'État d'accueil à se soumettre à l'arbitrage international devient problématique dans le temps et dans l'espace lorsque survient une succession d'États. Elle est problématique dans le temps en ce sens que même en cas de continuité se pose la question du moment de cette continuité qui sera nécessaire pour apprécier l'applicabilité du traité par rapport au différend soulevé. Dans l'espace ensuite parce qu'on sera maintenant en présence d'une assiette territoriale élargie ou morcelée qui rend complexe l'applicabilité du traité dans la nouvelle ou les nouvelles entités étatiques. Les considérations qui précèdent témoignent s'il le faut encore de l'importance du recours à la Convention de 1969 et la brèche de la qualification des traités pour régler convenablement la problématique.

En somme, le rôle clé que joue l'arbitrage dans le contentieux des investissements et dans le droit des investissements en général apparaît au grand jour et se révèle être plus que jamais la question à résoudre dans la succession d'États en matière de traités d'investissement.

²⁵⁵*Ibid.*

Conclusion partielle

En conclusion, la distinction entre traités réels et personnels est à même de fournir une véritable lisibilité dans la succession d'États en matière de traités. Elle regroupe ce que la doctrine et le droit international consacrent c'est-à-dire la succession aux traités de frontière et le principe de la fin des traités d'alliances politiques ou militaires, bref des traités personnels. Cette lisibilité offerte est une vraie aubaine pour éclairer le régime des traités dans une matière caractérisée par le flottement des règles applicables. Or l'incertitude ne saurait s'accommoder de la spécificité des traités d'investissement qui ont pour objet de promouvoir et de protéger les investissements par l'instauration d'un cadre sécurisé. En effet, la croissance exponentielle de ces types de traités coïncide avec la consécration des clauses d'arbitrage qu'ils comportent. La détermination du sort de ces clauses est donc problématique en cas de succession d'États. C'est pour mieux appréhender ce sort qu'il a été jugé nécessaire de remonter le régime de la succession d'États en matière de traités afin de saisir les tenants et les aboutissants ou du moins pour en saisir les grands traits. Ainsi, la prise en considération de l'intérêt entre traités réels et traités personnels offre une réelle opportunité qui permet de définir les contours généraux des règles applicables à la succession d'États en matière de traités d'investissement. On y apprend par ailleurs que tout traité bilatéral semble être un traité personnel sauf s'il crée une situation objective auquel cas il prend la nature de traité réel et s'impose aux parties indépendamment de leur consentement²⁵⁶. De plus la prise en compte de la distinction entre traités réels et traités personnels dans le processus d'insertion des traités d'investissement dans le droit conventionnel confirme une certaine tendance : c'est la Convention de 1969 qui gouverne en réalité le sort des traités personnels, et donc des traités d'investissement. En fait, c'est l'application des principes tantôt explicites, tantôt implicites dégagés par cette convention qui a permis d'opérer la qualification

²⁵⁶ Combacau et Sur, *supra* note 25 à la p 81. Verhoeven écrit que « les traités constituent des engagements personnels ». Verhoeven, *supra* note 26 à la p 173. On pourra déduire que cet engagement personnel est plus plausible dans un bilatéral comme le TBI où ce sont les intérêts immédiats des États qui sont en jeu contrairement à un traité multilatéral. Dans ce dernier, certes c'est l'engagement personnel de l'État qui est encore manifesté mais on peut s'interroger si cela ne s'inscrit pas souvent dans une certaine dynamique au plus multilatéral qu'à une réelle volonté de dépasser le cadre de ses intérêts personnels.

nécessaire à l'insertion des traités d'investissement dans le régime de la Convention de 1978 et d'en déceler les insuffisances. Les bases étant alors posées, il convient maintenant de se projeter sur la problématique de l'applicabilité même du consentement à l'arbitrage dans les traités d'investissement concernés par succession d'États.

Partie II : Applicabilité des traités d'investissement et analyse critique de la pratique arbitrale relative à la succession d'États

La première partie du mémoire a permis de déterminer les bases des règles applicables à la succession d'États en matière de traités d'investissement. Ces bases puisent à la fois dans le droit conventionnel, la pratique de États, la jurisprudence que dans les écrits doctrinaux. De l'insuffisance de règles coutumières combinée et la faible adhésion des États à la Convention de 1978, le droit international s'est avéré en déphasage avec la pratique sur le terrain. Cependant, le recours à la distinction classique entre traités réels et traités personnels combiné aux principes dégagés par la Convention de 1969 ont entre autres permis d'avoir un régime acceptable pour régler la problématique des traités en cas de succession d'États. Ainsi donc, la qualification des traités d'investissement ouvre la voie d'une part à l'appréciation de la question de l'applicabilité des traités d'investissement (chapitre III), et d'autre part elle permet d'opérer une analyse critique de la pratique arbitrale (chapitre IV).

Chapitre 3 : L'applicabilité des traités d'investissement dans la succession d'États

L'intérêt pour les règles applicables à la succession d'États en matière de traités d'investissement a été suscité par les requêtes portées devant les tribunaux arbitraux sur la base de violations présumées de traités d'investissement auxquels était parti l'État prédécesseur dont le démembrement ou la sécession a donné naissance à l'État successeur qui est visé. La question se pose sur le sort de ces traités car il existe une incertitude les concernant en matière de succession d'États. La vigueur de ces traités est capitale à plus d'un titre et soulève plusieurs autres interrogations. S'interroger sur le sort de ces traités c'est répondre d'abord à l'équation de leur applicabilité (section 1). La réponse à cette question permettra ensuite d'opérer une analyse de la problématique du consentement de l'État successeur dans le contentieux des investissements d'une part (section 2) et d'autre part de situer la problématique de la succession d'États en matière de traités d'investissement par rapport à la succession d'États en matière de responsabilité internationale sur le fondement d'un traité d'investissement (section 3).

Section I L'applicabilité des traités d'investissement, un préalable nécessaire en matière de succession d'États

Le consentement des parties à l'arbitrage en matière d'investissement soulève des questions spécifiques qui concernent en réalité le consentement de l'État. Il s'agit entre autres des questions suivantes : a-t-il été réellement exprimé ? L'a-t-il été valablement ? etc.²⁵⁷. Ces interrogations posent l'équation de l'existence et de la validité du consentement exprimé dans un traité d'investissement.

Sur l'existence du consentement, celui-ci ne se présume pas. Les arbitres dans l'affaire *ConocoPhillips Petrozuata Bv* se sont référés au droit international et à la

²⁵⁷ Pierre Mayer et Ana Carolina Simoes E Silva, « Le consentement à l'arbitrage », in Charles Leben (dir), *Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational*, Paris, Pedone, 2015 à la p 681 [Mayer et Silva].

jurisprudence de la CIJ pour établir que le consentement d'un État souverain à l'arbitrage ne pouvait pas être présumé²⁵⁸.

L'existence du consentement à l'arbitrage dans un traité d'investissement est relative à la manifestation de sa volonté de soumettre certains différends à l'arbitrage. Mais pour que cette clause puisse être invoquée par l'investisseur étranger, il faudrait qu'elle soit valide et cette « validité de l'offre d'arbitrage ne se distingue pas de celle des autres clauses du traité, et plus généralement de celle du traité lui-même »²⁵⁹. Compris dans ce sens, il convient de faire une précision très importante si l'on ramène la question du consentement à l'arbitrage à la succession d'États. En effet, ce dont il s'agit dans une situation normale comme on vient de le voir, c'est la validité de la clause d'arbitrage et donc du traité. La validité du traité ici renvoie aux conditions de validité requises par la Convention de 1969 pour qu'un traité puisse être valable sous peine de nullité. Il s'agit de la capacité des parties²⁶⁰, de la régularité du consentement exprimé par l'État²⁶¹ et de la licéité de l'objet du traité²⁶². Elle devrait donc s'analyser par rapport à la conclusion du traité. A contrario, lorsqu'il s'agit d'une succession d'États, la question sera de savoir si le traité s'applique, ce qui suppose qu'on est en présence d'un traité valide et que ce soit plutôt l'aptitude de ce traité à régir la relation entre un État partie au traité et un autre qui serait issu d'une succession d'États concernant un autre État partie au traité concerné.

L'applicabilité du traité peut être déduite de plusieurs principes dont entre autres le principe *pacta sunt servanda* prévu à l'article 26 de la Convention de 1969, « [t]out traité en vigueur lie les parties et doit être exécuté par elles de bonne foi ». On remarque ici que la Convention conditionne le déploiement des effets du traité à sa « vigueur » et non pas à sa validité.

Ensuite, il y a la non-rétroactivité des traités qui est un principe général à tous les actes juridiques internationaux. Il se veut une technique parmi d'autres visant à

²⁵⁸ *ConocoPhillips Petrozuata B.V., ConocoPhillips Hamaca B.V et ConocoPhillips Gulf of Paria B.V. c République bolivarienne du Venezuela*, sentence, Aff CIRDI ARB/07/30/ D.C, aux §§ 233-237.

²⁵⁹ Mayer et Silva, *supra* note 257 à la p 703.

²⁶⁰ Convention de 1969, *supra* note 5, article 6.

²⁶¹ *Ibid.* Articles 46 à 52.

²⁶² *Ibid.* Article 53.

résoudre le problème de l'application des règles conventionnelles dans le temps. Ce principe vise à garantir la sécurité juridique des destinataires des normes internationales et à éviter que l'application des règles nouvelles de droit international soit indûment retardée²⁶³. Au vu de ce qui précède, il va sans dire « que toute convention internationale doit être appréciée, à défaut d'indications en sens contraire, à la lumière des règles de droit contemporaines de sa conclusion, et que sa mise en œuvre ne peut porter que sur des faits postérieurs à son entrée en vigueur (règle de l'effet immédiat) »²⁶⁴.

En droit de la responsabilité de l'État, l'article 13 du projet d'articles de la CDI note que pour que la violation d'une obligation internationale d'un État puisse être invoquée, il faut que sa source soit en vigueur à l'égard de l'État concerné au moment du comportement qui ne lui est pas conforme²⁶⁵ et c'est là toute l'interrogation concernant les règles applicables à succession d'États en matière de traités d'investissement qui est étalée au jour.

L'éclairage sur l'aspect général du traité qui est en jeu dans cette étude permet d'aborder avec plus de certitude la question spécifique du consentement à l'arbitrage qui est tributaire dans le cas de la succession d'États de l'applicabilité du traité.

Section II La problématique du consentement à l'arbitrage d'investissement

Les mécanismes du consentement de l'État à l'arbitrage d'investissement ne se particularise pas tellement par rapport à ceux qu'il donne généralement dans les mécanismes de règlement des différends, il s'en inspire grandement au contraire à quelques exceptions près. Seulement, son association à la succession d'États par l'intermédiaire des traités d'investissement appelle à une attention particulière. La réponse à cette question passe d'abord par un arrêt sur le concept du consentement de l'État dans le contentieux des investissements qui est en fait la

²⁶³ Dailler, Forteau et Pellet, *supra* note 14 à la p 241.

²⁶⁴ *Ibid.*

²⁶⁵ *Ibid* à la p 859.

clé de voûte (1) d'un système de règlement des différends où l'arbitrage tient une place fondamentale (2).

1. Le consentement de l'État au contentieux de l'investissement

Le consentement de l'État est un concept au centre du présent mémoire. En effet, il se définit comme la rencontre de deux ou plusieurs volontés libres (sous peine de consentement vicié) en vue de poser un acte juridique. Il doit donc être librement exprimé. L'erreur²⁶⁶, le dol²⁶⁷, la corruption²⁶⁸ et la contrainte²⁶⁹ sont des vices de consentement en droit international. Dans la suite de cette étude, seront analysés respectivement les origines du consentement au règlement pacifique des différends (A) et à l'arbitrage (B), puis s'ensuivra une étude croisée entre consentement à l'arbitrage et succession d'États (C).

A. Le consentement dans le règlement pacifique des différends

Le concept de consentement est largement présent en matière de règlement des différends. De nature à la fois coutumière et conventionnelle, le règlement pacifique des différends internationaux a été défini par les conférences de La Haye de 1899 et 1907²⁷⁰, le Pacte de la Société des Nations, la Charte des Nations unies²⁷¹, la déclaration relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre États de 1970²⁷², et la déclaration de Manille de 1982²⁷³ sur le règlement pacifique des différends internationaux²⁷⁴.

En outre, le constat que l'on fait de ce principe est qu'il s'accommode pour son effectivité et son efficacité d'un élément fondamental : le consentement des États.

²⁶⁶ Article 48 de la Convention de 1969.

²⁶⁷ *Ibid*, article 49.

²⁶⁸ *Ibid*, article 50.

²⁶⁹ *Ibid*, article 51.

²⁷⁰ Stanislas Jeanneson, « Les conférences internationales de La Haye, 1899 et 1907 », *Encyclopédie pour une histoire nouvelle de l'Europe*, [en ligne] <https://ehne.fr/node/1399> consulté le 04/12/2018.

²⁷¹ *Charte des Nations Unies*, 26 juin 1945, Rt Can 1945 n°7.

²⁷² *Déclaration relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les États conformément à la Charte des Nations Unies*, Rés AG 2625 (XXV), Doc off AG NU, 5^e sess, supp n° 18, Doc NU A/8018 (1970) 131.

²⁷³ *Déclaration de Manille sur le règlement pacifique des différends internationaux*, Rés AG 37/10, Doc off AG NU, Doc NU A/37/590 (1982) 323.

²⁷⁴ Leïla Choukroune, « La négociation diplomatique dans le cadre du règlement pacifique des différends. Théorie et pratique du droit international », *Hypothèses* 2001/1 (4) à la p 4, [en ligne] www.cairn.info/revue-hypotheses-2001-1-page-151.htm# consulté le 4 novembre 2018.

A cet effet, la Cour permanente de justice internationale (CPJI) avait souligné avec force qu'il était 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 à n'importe quel procédé de solution pacifique sans son consentement²⁷⁵. Pazartzis résume bien la dynamique dans le règlement des différends en notant qu'il est dominé par un double principe : le règlement pacifique et le consentement²⁷⁶. Il faut distinguer le règlement non juridictionnel qui peut prendre la forme d'une négociation diplomatique, nécessiter l'intervention d'un tiers ou s'opérer dans le cadre d'une organisation internationale, du règlement juridictionnel qui s'exprime soit par l'arbitrage, soit par une juridiction permanente. C'est ce dernier type de règlement et plus particulièrement l'arbitrage qui sera abordé dans la présente étude.

Le constat est que cette prééminence du consentement prend une tournure particulière lorsque c'est un règlement juridictionnel qui est sollicité. En fait, les institutions juridictionnelles jouent un rôle central dans l'effectivité du principe. Par le canal de l'exercice par elles de la compétence de la compétence, elles ont la responsabilité de vérifier en cas de contestation, l'existence ou non de la volonté des parties de leur conférer juridiction²⁷⁷.

De ce qui précède, on peut conclure que le consentement des États occupe une place importante dans la mise en œuvre du règlement des différends. Cependant, ce consentement est souvent difficile à cerner. C'est dans cet ordre d'idées qu'il faut situer les propos de Azar lorsqu'elle relève que, « soucieux de rester maîtres de leurs différends, les États préfèrent ne pas recourir au juge » et que c'est pourquoi « on a pu remarquer la méfiance qu'ils ont longtemps nourris à l'égard du règlement judiciaire considéré comme une limitation de leur souveraineté »²⁷⁸.

²⁷⁵ *Carélie Orientale* (1923), Avis consultatif, CPJI (sér B) n°5 à la p 15.

²⁷⁶ P Pazartzis, *Les engagements internationaux en matière de règlement pacifique des différends*, Paris, LGDJ, 1992, à la p 1.

²⁷⁷ « Il s'agit d'une question de droit qui doit être tranchée à la lumière des faits pertinents... C'est à la Cour elle-même de décider, compte tenu de tous les faits et de tous les arguments avancés par les parties...s'il existe une volonté des parties de lui conférer juridiction », *affaire de la compétence en matière de pêcheries (Espagne c Canada)*, [1998] CIJ Rec 1998 aux §§ 37-38.

²⁷⁸ Aïda Azar, *L'exécution des décisions de la CIJ*, Bruxelles, Bruylant, 2003, à la p 3.

Le consentement est l'un des fondements de la force obligatoire du droit international. C'est pourquoi certains auteurs soutiennent que le droit international ne dérive que de la volonté des États²⁷⁹ ; ce droit est obligatoire parce qu'il est voulu par les États. Un État n'est tenu, c'est-à-dire qu'il n'est lié que dans la mesure où il a consenti. Cette conception volontariste s'oppose à celle objectiviste pour qui, la force obligatoire du droit international ne provient non pas du consentement de l'État mais de la nécessité de vivre en société²⁸⁰, reste à savoir si ces conceptions trouvent à s'appliquer dans le cas spécifique des investissements.

B. Le consentement de l'État à l'arbitrage d'investissement

Appliquée au droit des investissements, la question du consentement devient encore plus sensible. En effet, le contentieux des investissements, à l'heure de l'épopée des TBI, est dominé par l'arbitrage. Or l'arbitrage, a d'une part cette possibilité d'aller au-delà de l'ordre étatique en question pour s'imposer à toutes les parties et c'est le cas de l'arbitrage CIRDI qui est par ailleurs le plus prisé. D'autre part, l'arbitrage dans le contentieux des investissements est très coûteux dans le déroulement de l'instance et surtout en cas de condamnation. On peut alors comprendre les réticences des États à aller devant les instances arbitrales ou les multiples exceptions d'incompétence que ceux-ci soulèvent devant lesdites instances.

En somme, il faudrait qu'on ait à l'esprit que le consentement à l'arbitrage international dans sa forme actuelle a une double origine. La première provient de l'insertion de la clause arbitrale dans la loi nationale d'un État. Cette offre permanente d'arbitrage de l'État permet la mise en place d'une instance arbitrale chargée de trancher un litige relatif aux investissements sur la simple base d'une requête de l'investisseur. Cette possibilité trouve son origine dans la sentence rendue dans le cadre de l'affaire *SPP c Egypte*²⁸¹.

La seconde origine concerne l'instance arbitrale qui trouve son fondement dans un traité d'investissement. D'abord, on la qualifie d'involontaire en ce sens que son admission a apparemment été une surprise pour les différentes parties,

²⁷⁹ Daillier, Forteau et Pellet, *supra* note 14 aux pp 110-111.

²⁸⁰ *Ibid* aux pp 116-117.

²⁸¹ *SPP c Egypte*, *supra* note 65.

investisseurs comme États. Ce type d'accès à un tribunal arbitral a été reconnu dans la sentence *AAPL c Sri Lanka*²⁸². Dans les faits, l'entreprise AAPL immatriculée à Hong Kong exploitait une usine de crevettes au Sri Lanka. Le pays était en proie à des troubles civils importants liés aux velléités indépendantistes d'une partie de la population. Or, l'entreprise AAPL se trouvait dans une zone de fortes contestations et suite à une offensive des forces armées sri lankaises contre un groupe de rebelles, elle a subi d'énormes pertes et l'usine quasiment réduite à néant. Face au besoin légitime d'être indemnisée, l'entreprise s'est trouvée face à un dilemme : sur quelle base juridique pourrait-elle se plaindre face à l'État sri lankais ? La question revêt un intérêt capital car « l'investissement n'était nullement appuyé sur un contrat avec les autorités, mais reposait uniquement sur des liens entre l'investisseur de Hong Kong et des personnes privées sri lankaises »²⁸³. A l'absence d'un contrat d'État s'ajoute très probablement celle d'une loi nationale permettant de le faire. Hong Kong étant à l'époque toujours britannique, AAPL décida de fonder sa saisine du tribunal arbitral sur la clause compromissoire comprise dans le TBI entre le Royaume Uni et le Sri Lanka²⁸⁴. Ce coup de maître- ou de tête- s'est finalement avéré être un tournant du droit des investissements par la nouvelle possibilité de saisine directe d'un tribunal arbitral offerte à l'investisseur étranger contre l'État. Le tribunal a en effet estimé que la clause compromissoire du traité constituait non seulement un engagement des États concernés à se soumettre à l'arbitrage en cas de différend avec un ressortissant de l'autre État mais aussi et surtout une reconnaissance d'un droit de saisine directe d'un tribunal au profit des investisseurs des deux parties. Le tribunal a donc conclu que le consentement des parties s'est exprimé ici « de manière différée et non simultanée »²⁸⁵ d'où la qualification de base involontaire de saisine directe d'un tribunal arbitral.

En outre, l'initiation d'une procédure d'arbitrage suppose que les parties au différend soient d'accord. La manifestation de cette commune volonté peut résulter

²⁸² *AAPL c Sri Lanka*, *supra* note 65.

²⁸³ De Nanteuil, *supra* note 9 à la p 49.

²⁸⁴ *AAPL c Sri Lanka*, *supra* note 65.

²⁸⁵ De Nanteuil, *supra* note 9 à la p 49.

d'une convention d'arbitrage, qui pourrait prendre la forme soit d'une clause compromissoire, soit d'un compromis d'arbitrage. Le consentement des parties s'exprime pour ainsi dire de façon simultanée²⁸⁶. Le contentieux des investissements fondé essentiellement sur l'arbitrage résulte de la rencontre de volontés de l'État et de l'investisseur. Cela nécessite que les tribunaux arbitraux s'assurent que les États adhèrent au principe. Cette assurance passe en pratique par l'accord qu'ils donnent en avance dans ce sens. La conséquence de ce qui précède c'est que le consentement de l'État et celui de l'investisseur sont nécessairement dissociés l'un de l'autre. A cet effet, notent Carreau et Juillard, le consentement de l'État devrait s'exprimer avant la constitution de l'investissement et le consentement de l'investisseur s'exprimerait après la naissance du différend²⁸⁷.

L'effet de ces deux sentences arbitrales et plus particulièrement de la seconde (AAPL) a été la dimension nouvelle conférée aux TBI par le renforcement considérable de la teneur de la protection des investisseurs étrangers assortie d'une dimension procédurale inédite²⁸⁸.

Les tribunaux arbitraux ont déduit du développement vertigineux des réseaux conventionnels que les TBI étaient la manifestation du consentement des parties contractantes²⁸⁹. De ce consentement aux contours qui sortent de l'ordinaire, on s'interroge sur les cas de succession d'États.

²⁸⁶ Carreau et Juillard, *supra* note 6 à la p 692. Le consentement de l'État « peut être valablement exprimé de diverses manières : cas par cas, dans des accords d'investissement ou dans des actes unilatéraux découlant d'une procédure d'agrément ; pour une série d'investissements, dans une législation nationale ou un règlement ; de manière ad hoc, au moment où un différend se fait jour. Ces modalités ne vont pas sans présenter parfois des difficultés pour un investisseur étranger. Il peut arriver qu'un État fasse dépendre son consentement de conditions législatives ou réglementaires qui sont difficiles et longues à remplir ; surtout, il est probable que si le consentement n'est pas intervenu au moment de l'admission de l'investissement, l'État d'accueil soit ensuite des plus réticents à accepter de dessaisir ses tribunaux pour porter un différend devant une instance internationale ». Voir aussi dans ce sens Jean-Pierre Lavié, *Protection et promotion des investissements : étude de droit international économique*, Paris, PUF, 1985 à la p 277 [Lavié].

²⁸⁷ Carreau et Juillard, *supra* note 6 à la p 692.

²⁸⁸ De Nanteuil, *supra* note 9 à la p 50.

²⁸⁹ Carreau et Juillard, *supra* note 6 aux pp 692-693.

C. Consentement de l'État à l'arbitrage et succession d'États

L'exigence du consentement préalable de l'État est fortement remise en cause en cas de succession d'États. En effet, il y a certes matériellement opération de succession mais il ne faudrait pas perdre de vue que la terminologie « succession d'États » est aussi employée pour qualifier un régime juridique. Cette approche est en fait critiquable lorsqu'elle permet de penser que la situation juridique de l'État successeur est celle d'un « héritier »²⁹⁰. Or il n'y a pas fondamentalement de succession au sens du droit privé c'est-à-dire qu'il n'y a pas une primauté de l'idée de continuité des droits et obligations d'un souverain à l'autre. En outre, « la substitution d'un État à un autre dans la responsabilité des relations internationales d'un territoire » implique que ce soit le principe de souveraineté qui doit commander le régime de la succession et donc en d'autres termes c'est l'idée de rupture qui prime. C'est la conséquence de la personnalité juridique internationale propre de chaque État ; l'État successeur n'étant pas le continuateur de l'État prédécesseur²⁹¹.

L'État successeur étant désormais un État indépendant, il exercera la plénitude des compétences sur son territoire ce qui fait qu'il ne sera plus lié dans l'exercice de ses compétences, par des décisions antérieures. Parmi les décisions antérieures dont il s'agit ici on ne peut omettre les actes conventionnels passés avec d'autres États par l'État prédécesseur notamment les traités d'investissement. En partant du principe que les traités réels ne sont nullement concernés par cette idée de « rupture », il va de soi que la nature « personnelle » des traités d'investissement les fait tomber dans ces « décisions antérieures »²⁹².

Les développements opérés à la section précédente qui démontrent que c'est de l'applicabilité des traités d'investissement dont il est question ici laissent entrevoir que ces traités ne devraient pas s'appliquer automatiquement. Par conséquent, le consentement de l'État successeur à l'arbitrage sur le fondement d'un traité d'investissement conclu par l'État prédécesseur sera tributaire de l'applicabilité de ce traité et cette applicabilité n'est pas un acquis dans le cas précis. Suivant cette

²⁹⁰ Daillier, Forteau et Pellet, *supra* note 14 à la p 602.

²⁹¹ *Ibid.*

²⁹² Voir la discussion plus approfondie de cette question aux pp 44-54, ci-dessus.

logique la table rase s'appliquera à tout type de successions d'États et pas seulement à la succession d'États consécutive à la décolonisation.

Ainsi, les traités d'investissement ne seront plus applicables dès lors qu'on s'en tient au principe de la souveraineté de l'État successeur.

En outre, le principe de l'autonomie de la volonté²⁹³ qui est consacré notamment par la Convention CIRDI suscite un intérêt particulier. S'appliquant à la fois à la compétence du CIRDI et aux règles de droit sur la base desquelles un tribunal arbitral doit statuer²⁹⁴, ce principe pourrait être très utile dans la règlementation de la succession d'États en matière de traités d'investissement. En effet, « la place conférée à l'autonomie de la volonté est à la fois un facteur de souplesse et un facteur de sécurité juridique » et cela fait appel à deux observations. La première concerne la souplesse dont il s'agit ici. En fait, elle est l'affirmation implicite que la table rase conviendrait à ces types de traités et confirme par la même occasion que « face à la diversité des situations et des relations d'investissements internationaux, le recours au critère de l'intention des parties s'avère actuellement d'une importance primordiale »²⁹⁵.

La seconde observation est relative à la sécurité juridique et elle dérive de la clarté de solution à savoir la non-transmission de principe vis-à-vis des traités d'investissement. Cette sécurité réside pour ainsi dire dans les certitudes de l'État successeur d'une part et de l'investisseur d'autre part quant au régime des traités d'investissement et les diverses possibilités d'aménagements reconnues à l'État.

En définitive, le rôle qui échoit à l'arbitrage relativement à la promotion et la protection des investissements étrangers est tel que les règles applicables doivent

²⁹³ Par exemple, tout « le système entier de la Convention de 1965 repose sur une base consensuelle », Laviec, *supra* note 286 à la p 271. Laviec fait remarquer que le Rapport des Administrateurs de la Banque mondiale a fait du consentement la clé du système. « Le consentement des parties est la pierre angulaire de la compétence du Centre. Ce consentement doit être donné par écrit ; une fois donné, il ne peut plus être retiré unilatéralement », BIRD, « Rapport des Administrateurs », § 23, aux pp 8 à 9. Ratifier la Convention n'équivaut donc pas à consentement d'un État. Ce consentement devrait intervenir entre l'État et l'investisseur étranger concernés suivant des modalités particulières que ne serons pas abordés ici.

²⁹⁴ Article 41(1) de la Convention CIRDI, « Le consentement des parties à l'arbitrage dans le cadre de la présente Convention est, sauf stipulation contraire, considéré comme impliquant renonciation à l'exercice de tout autre recours. Comme condition à son consentement à l'arbitrage dans le cadre de la présente Convention, un État contractant peut exiger que les recours administratifs ou judiciaires internes soient épuisés ».

²⁹⁵ Laviec, *supra* note 286 à la p 272.

être aussi claires que possible. La nécessité de cette clarté émane de l'importance que ce mécanisme de règlement a dans le développement du droit contemporain de l'investissement et la qualification des traités d'investissement a permis de savoir qu'il est en réalité le problème de fond qu'il faut résoudre en cas de succession d'États. C'est pourquoi on a jugé opportun d'explicitier les raisons pour lesquelles on s'intéresse à la question spécifique de l'arbitrage avant de procéder à une analyse critique de la pratique arbitrale dans le dernier chapitre.

2. L'arbitrage d'investissement sous tension

Le développement accéléré du réseau conventionnel en matière de droit des investissements est l'un des signes patents de l'importance de l'arbitrage. En fait, ce développement coïncide avec la multiplication des possibilités d'aller à l'arbitrage offertes à l'investisseur au début des années 1990. Parallèlement, l'apparition de nouveaux États après la chute du mur de Berlin va poser la question de l'arbitrage d'investissement avec les nouveaux États. Cela dit, on analysera dans cette section le rôle clé de l'arbitrage dans le droit des investissements et les incertitudes liées à la succession d'États.

A. Le rôle clé de l'arbitrage dans le droit des investissements

Depuis quelques années, l'arbitrage d'investissement connaît un développement sans précédent dû au développement des traités d'investissement. L'intégration d'un mécanisme procédural permettant aux opérateurs économiques de faire valoir directement devant un tribunal arbitral les règles conventionnelles qui protègent leurs investissements est l'une des caractéristiques majeures des traités d'investissement²⁹⁶ et n'est pas étranger à ce développement. Il peut s'agir de traités bilatéraux qui garantissent l'investissement, qui conditionnent l'expropriation et prévoient la possibilité pour tout investisseur d'instaurer un arbitrage international contre l'État-hôte.

²⁹⁶ Bonomo, *supra* note 6 à la p 19.

L'investisseur a généralement une large gamme de choix entre différents mécanismes d'arbitrage, à savoir principalement l'arbitrage selon la Convention CIRDI ou le mécanisme supplémentaire CIRDI, l'arbitrage selon le Règlement CNUDCI entre autres. La manifestation de cette pluralité d'options dont disposent les investisseurs se traduit par le choix qu'ils ont quant au mécanisme de résolution des conflits en matière d'investissement. Ils disposent en effet, des clauses compromissoires qui peuvent être incluses dans les traités d'investissement, un contrat d'État ou une disposition d'une loi nationale²⁹⁷.

Certaines de ces clauses compromissoires ont la particularité de combiner les modes de résolution des litiges c'est-à-dire qu'elles prévoient la résolution de tout conflit futur et éventuel par voie d'arbitrage et ce, selon le choix de l'investisseur après une tentative de solution amiable²⁹⁸. L'importance prise par l'arbitrage comme mode de résolution privilégié des différends liés aux investissements a eu pour corollaire la multiplication du nombre de traités d'investissement depuis les années 1990. Il n'est pas sans intérêt de rappeler que cette période coïncide avec la reconnaissance d'un accès direct des investisseurs à un tribunal arbitral²⁹⁹. Cette reconnaissance est le fruit d'un processus dont l'objectif était de rassurer les investisseurs étrangers. En effet, dans les années cinquante, afin de favoriser le développement des pays non industrialisés, il s'est avéré nécessaire de créer des conditions permettant l'affluence des capitaux étrangers³⁰⁰. A cet effet, promouvoir les investissements passait par l'établissement d'un cadre inspirant la confiance aux investisseurs où leurs apports seraient en sécurité³⁰¹. Dans cette perspective, accorder des garanties contractuelles ou financières étaient des possibilités. Mais,

²⁹⁷ Loretta Malintoppi, « Procédure arbitrale devant les tribunaux CIRDI et hors CIRDI » in Charles Leben (dir), *Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational*, Paris, Pedone, 2015 à la p 642 [Malintoppi].

²⁹⁸ *Ibid.*

²⁹⁹ Voir la discussion plus approfondie de cette question aux pp 73-75, ci-dessus.

³⁰⁰ Gabrielle Kaufmann-Kohler, « L'arbitrage d'investissement : entre contrat et traité – entre intérêts privés et intérêt public », à la p 4 [Kaufmann-Kohler]. Texte d'une conférence prononcée le 24 juin 2004 au Centre libanais d'arbitrage à Beyrouth disponible en ligne <http://lk-k.com/wp-content/uploads/L%E2%80%99arbitrage-d%E2%80%99investissement-entre-contrat-et-trait%C3%A9-%E2%80%93-entre-int%C3%A9r%C3%AAts-priv%C3%A9s-et-int%C3%A9r%C3%AAt-public.pdf>.

³⁰¹ *Ibid.*

lorsque ces garanties viendraient à échouer, surgiraient inévitablement un différend qu'il faut résoudre. La résolution satisfaisante de ce différend passerait par la mise sur pied d'un mécanisme fiable de règlement des différends. Le mécanisme envisagé devrait dissiper plusieurs inquiétudes.

Les possibilités d'arbitrage peuvent également s'opérer sur la base des traités multilatéraux qui contiennent des clauses d'arbitrage semblables à celles des conventions bilatérales. A cet égard, on retient que les principaux traités multilatéraux sont l'ALENA, entre les États-Unis, le Canada et le Mexique, qui ouvre la voie de l'arbitrage selon le mécanisme supplémentaire CIRDI ou selon le Règlement CNUDCI³⁰², ainsi que le Traité sur la Charte de l'énergie³⁰³, qui permet notamment d'accéder à l'arbitrage CIRDI³⁰⁴.

Cette procédure se particularise également par le fait que les conventions réservent dans la plupart des cas la maîtrise de l'engagement de l'instance arbitrale à l'investisseur étranger³⁰⁵. Ainsi, l'activation de l'instance arbitrale par l'investisseur étranger reviendrait donc à poser la question aux arbitres de savoir « si la conduite d'un État est conforme aux obligations internationales qui lui incombent, aux termes de la convention bilatérale invoquée par cet investisseur »³⁰⁶. En d'autres termes, ce qui est contesté devant la juridiction arbitrale « n'est rien d'autre que la licéité d'une action de l'État au regard des règles établies dans le traité de protection, c'est-à-dire des règles de droit

³⁰² Voir l'article 1120 (1) du chapitre 11 ALENA qui dispose que « [sa]uf dispositions de l'annexe 1120.1 et à condition que six mois se soient écoulés depuis les événements qui ont donné lieu à la plainte, un investisseur contestant pourra soumettre la plainte à l'arbitrage en vertu : a) de la Convention CIRDI, à condition que la Partie contestante et la Partie de l'investisseur soient parties à la Convention; b) du Règlement du mécanisme supplémentaire du CIRDI, à condition que la Partie contestante ou la Partie de l'investisseur, mais non les deux, soit partie à la Convention CIRDI; ou c) des Règles d'arbitrage de la CNUDCI ». Il faut néanmoins préciser que le Canada a adhéré à la Convention CIRDI en 2013 et que le Mexique l'a signée en 2018.

³⁰³ Traité sur la Charte de l'énergie, *supra* note 8.

³⁰⁴ Voir à cet effet l'article 26 (4) du Traité sur la Charte de l'énergie, qui permet aussi l'arbitrage selon le Règlement CNUDCI ou le Règlement de la Chambre de commerce de Stockholm.

³⁰⁵ Bonomo, *supra* note 6 à la p 19.

³⁰⁶ *Ibid.*

international. Autrement dit, c'est [...] de la responsabilité internationale de l'État d'accueil dont il sera question devant le tribunal arbitral »³⁰⁷.

Il arrive que l'arbitrage investisseur-État ne soit pas nécessaire parce que les tribunaux nationaux existent et sont expérimentés dans le traitement des réclamations de dommages résultant d'un préjudice économique. Ainsi, arrive -t-il souvent que les tribunaux nationaux (civils ou administratifs) soient parfaitement en mesure de se prononcer sur les demandes d'investisseurs étrangers réclamant des dommages résultant du préjudice économique que leur cause le gouvernement et ce, de manière satisfaisante. Toutefois, l'arbitrage présente de multiples avantages par rapport aux juridictions nationales de l'État hôte. Ces avantages tiennent en sa célérité, sa confidentialité et sa plus grande indépendance par rapport à l'État hôte³⁰⁸. En fait,

l'arbitrage a longtemps été considéré comme étant une méthode particulièrement efficace, souple et rapide pour la résolution des différends entre parties commerciales de différentes nationalités. Les règles de procédure des différentes instances arbitrales laissent en général beaucoup de place au principe d'autonomie des parties, ainsi qu'à la faculté dont jouissent les arbitres d'adopter la procédure aux besoins de l'espèce³⁰⁹.

Cependant, quelques reproches peuvent être faits à l'arbitrage comme mode de règlements des différends. Il s'agit entre autres de l'allongement des procédures arbitrales, les tactiques dilatoires utilisés par les parties, le volume de productions documentaires, la multiplication des incidents de procédure et l'augmentation des coûts liés à l'arbitrage, ce qui conduit à une certaine « judiciarisation » de l'arbitrage international³¹⁰. En outre, on note également un déséquilibre fondamental des traités d'investissement qui est susceptible d'avoir un impact

³⁰⁷ Charles Leben, « La responsabilité internationale de l'État sur le fondement des traités de promotion et de protection des investissements », AFDI, 2004 aux pp 690-691 [Leben, responsabilité].

³⁰⁸ René David, *L'arbitrage dans le commerce international*, Paris, Economica, 1982 aux pp 16-32; Philippe Fouchard, Emmanuel Gaillard et Berthold Goldman, *Traité de l'arbitrage commercial international*, Paris, Litec, 1996 aux pp ; Charles-Emmanuel Côté, *La participation des personnes privées au règlement des différends internationaux économiques : l'élargissement du droit de porter plainte à l'OMC*, Bruxelles, Bruylant, 2007 aux pp 227-228 [Côté, OMC].

³⁰⁹ Malintoppi, *supra* note 297 à la p 657.

³¹⁰ Serge Lazareff, « L'arbitre est-il un juge ? », in *Liber Amicorum Claude Reymond. Autour de l'arbitrage*, Paris, Litec, 2004 à la p 172 ; Malintoppi, *supra* note 297 à la p 657.

concernant l'aspect règlement des différends entre pays exportateurs et pays importateurs de capitaux selon Côté. Ce déséquilibre procède du constat que les TBI protègent uniquement les investisseurs étrangers, pas les États hôtes alors que théoriquement les obligations qu'ils contiennent sont synallagmatiques³¹¹.

Il arrive que les parties à un TBI repoussent les limites de l'application temporelle de l'instrument, en insérant une clause dite de « rémanence » ou clause de survie. L'objet de cette clause consiste en ce qu'elle permet selon Juillard, qu'« après qu'une convention ait cessé d'être en vigueur, d'en prolonger, en tout ou en partie, les effets dans le temps, de sorte que les investissements constitués sous l'empire de cet instrument continueront à bénéficier du traitement, de la protection, voire de la garantie de ses dispositions »³¹². La pratique conventionnelle fait constamment usage de cette possibilité en octroyant dans la plupart des cas une protection pendant une durée supplémentaire de dix ans, après que le traité ait expiré³¹³.

L'ensemble des considérations qui précèdent soulèvent des interrogations sur les cas de succession d'États, interrogations nourries par les incertitudes constatées dans la première partie du présent mémoire.

B. Les incertitudes liées à la succession d'États

Ces incertitudes tiennent au statut antérieur de l'État successeur. A quelques exceptions près, où des entités fédérées se voient reconnaître la capacité de conclure un traité, il n'est pas reconnu en principe qu'une entité publique puisse le faire. Or c'est dans cet état d'État non souverain que l'État successeur se trouvait si on s'interroge sur la possibilité qu'il soit lié par un traité d'investissement jadis applicable à l'État prédécesseur. Cette interrogation ne peut se passer d'un examen de l'effet relatif du consentement en droit. Toutefois, il s'avère nécessaire de faire cas des possibilités qui existent même si celles-ci sont limitées.

1. L'effet relatif du consentement à l'arbitrage

Le principe élémentaire est que seule la personne juridique qui est liée par l'instrument juridique qui fonde la compétence du tribunal arbitral peut être appelée

³¹¹ Côté, OMC, *supra* note 308 à la p 244.

³¹² Patrick Juillard, « Les conventions bilatérales d'investissement conclues par la France » (1979) JDI à la p 294; Bonomo, *supra* note 6 à la p 118.

³¹³ Bonomo, *supra* note 6 à la p 118.

devant ce dernier. L'instrument juridique dans le cas précis c'est un traité d'investissement. Or parler de traité c'est parler de la définition qu'en donne la Convention de Vienne de 1969. La question serait de savoir si l'État successeur avait cette qualité qui lui permettrait de conclure un traité parce qu'il est admis qu'en dehors de l'État, certaines entités fédérées puissent -même s'il est rare- conclure des traités³¹⁴. Dans l'affirmative, la question ne poserait pas de problème dans la mesure où il serait plus facile de parler de continuité. Dans la négative, la réponse est tout autre.

La nature d'entité infra-étatique dépourvue de la personnalité juridique internationale de l'État successeur au moment de la conclusion du traité d'investissement ne permet pas qu'il puisse lier la compétence d'un tribunal arbitral. En fait, le fondement de cette perspective sera la relativité du consentement exprimé par des États souverains au moment des faits alors que lui n'était qu'une entité non souveraine donc n'ayant pas exprimé formellement son consentement.

L'article 6 de la Convention de 1969 dispose que « Tout État a la capacité de conclure des traités ». Si on se réfère à cet article, il semble que la notion d'« État » renvoie vraisemblablement à celle d'État souverain. La conséquence juridique sera alors l'inapplicabilité pour l'État successeur des traités qu'il aurait conclu en tant qu'entité infra étatique. Aux termes des articles 4 et 5 du projet d'articles de la CDI sur la responsabilité de l'État, les comportements des collectivités territoriales ou de toute entité habilitée par le droit national d'exercer des prérogatives de puissance publique sont attribuables à l'État³¹⁵. Les collectivités dont il s'agit sont les communes, les provinces, les régions, les cantons et les États membres des États fédéraux, les administrations autonomes

³¹⁴ De Nanteuil, *supra* note 9 aux pp 214-215.

³¹⁵ L'article 4 (1) des Articles de la CDI sur la responsabilité internationale de l'État pour fait international illicite dispose que, «Le comportement de tout organe de l'État est considéré comme un fait de l'État d'après le droit international, que cet organe exerce des fonctions législative, exécutive, judiciaire ou autres, quelle que soit la position qu'il occupe dans l'organisation de l'État, et quelle que soit sa nature en tant qu'organe du gouvernement central ou d'une collectivité territoriale de l'État » [Articles sur la responsabilité internationale] ; Dailler, Forteau et Pellet, *supra* note 14 à la p 868 ; Charles-Emmanuel Côté, « Les difficultés d'application du principe d'unité de l'État fédéral dans le droit de la responsabilité de l'État : retour sur le(s) livre(s) d'André Momméja et Maurice Donot » in *Revue Générale de Droit international Public*, Paris, Pedone, Tome CXVII, 2013 aux pp 770-771.

des territoires dépendants, les établissements publics et même les personnes morales de droit privé investies de prérogatives de puissance publique³¹⁶.

Aussi, le droit international abonde dans son ensemble dans le sens du rapport à l'État des comportements de ses collectivités infra-étatiques de droit public qu'il s'agisse d'États fédérés³¹⁷ ou de provinces³¹⁸ et peu importe que celles-ci disposent d'une large autonomie³¹⁹. Ainsi, le rapport du comportement des collectivités à l'État a une valeur de présomption devant les tribunaux d'investissement³²⁰.

L'attention portée à la relativité du consentement de l'État vaut son pesant d'or car elle a déjà été plaidée devant un tribunal impliquant une question de succession d'États. En effet, dans la sentence *Mytilinos holding*³²¹, l'investisseur de nationalité grecque entendait attirer la Serbie devant un tribunal arbitral en se fondant sur le TBI conclu entre la Grèce et la république fédérale de Yougoslavie. Les parties défenderesses ont contesté la compétence du tribunal arbitral en soutenant que la Serbie n'était pas partie au TBI visé, le consentement exprimé ne valait qu'entre la Grèce et la république fédérale de Yougoslavie³²² et ne pouvait s'appliquer à la Serbie qui n'était qu'une entité administrative. L'argument de la relativité du consentement à l'arbitrage exprimé dans le TBI visé a prospéré car le tribunal arbitral a abondé dans le même sens pour se déclarer incompétent. Il s'est alors exprimé en ces termes :

³¹⁶ Dailler, Forteau et Pellet, *supra* note 14 à la p 868.

³¹⁷ *Grand River Enterprises Six Nations Ltd. c États-Unis* (2011) sentence, UNCITRAL (ALENA) au § 78.

³¹⁸ *Enron Corporation et Ponderosa Assets LP c Argentine*, décision sur la compétence, ICSID Case No. ARB/01/03 (TBI États-Unis – Argentine, 14 janvier 2004) au § 32 ; *SAUR International SA c Argentine*, décision sur la compétence et la responsabilité, ICSID Case No. ARB/04/4 (TBI Argentine- France, 6 juin 2012) au § 384.

³¹⁹ Franck Latty, « Conditions d'engagement de la responsabilité de l'État d'accueil de l'investissement » in Charles Leben (dir), *Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational*, Paris, Pedone, 2015 à la p 422 [Latty].

³²⁰ *EDF (Services) Ltd. c Roumanie*, sentence, ICSID Case No ARB/05/13 (TBI Roumanie-Royaume-Uni, 8 octobre 2009) au § 188 ; Latty *supra* note 319.

³²¹ *Mytilinos holding S A c. Communauté des États de la Serbie et du Monténégro et Serbie*, sentence partielle, CNUDCI (2008) (TBI république Hellénique- gouvernement fédéral de la république fédérale de Yougoslavie (Serbie et Monténégro), 25 juin 1992) [Mytilinos holding].

³²² *Agreement between the government of the Hellenic republic and the federal Government of the federal republic of Yugoslavia on the reciprocal promotion and protection of investments*, 25 juin 1992

[i]n the Tribunal's view the jurisdictional provisions are fairly clear with regard to the issue of who may be a party to arbitration. While Article 8 of the BIT provides for inter-State arbitration in cases of "disputes between the Contracting Parties", Article 9 provides for, as indicated in its title, "Settlement of Disputes between an investor and a Contracting Party." Possible parties to such mixed arbitration are, on the one hand, investors of one Contracting Party and, on the other hand, "the other Contracting Party." The "Contracting Parties" of the BIT are the Hellenic Republic and the Federal Republic of Yugoslavia as is evidenced by the agreement's title and also by the signatures of the two government officials who clearly signed "for the Government of the Hellenic Republic" and "for the Government [sic] of the Federal Republic of Yugoslavia." Since by the treaty's plain wording Serbia, as a constituent part of the Federal Republic of Yugoslavia (Serbia and Montenegro), is not a Contracting Party, it cannot be made the subject of arbitration proceedings under the BIT³²³.

En outre, le principe de la relativité du consentement renvoie au caractère personnel des traités d'investissement qui fait d'eux une catégorie de traités qui ne subsistent pas automatiquement en cas de succession d'États comme on l'a démontré dans le chapitre 2. Toutefois, il existe quelques rares situations où le consentement pourrait survivre à la succession d'États.

2. Des possibilités limitées

L'impossibilité pour un État successeur d'être lié par un traité d'investissement conclut par l'État prédécesseur connaît néanmoins quelques atténuations. La première trouve sa source dans la Convention de 1978 et concerne les traités localisés. En effet, ces types de traités se rapportant à une partie précise d'un territoire ne se voient pas accordés un même traitement qu'un traité général comme évoqué dans le chapitre 1. Ensuite, si la collectivité publique qu'était l'État successeur avait la personnalité juridique nécessaire pour conclure cet engagement, il est possible que le lien conventionnel puisse subsister et constituer valablement l'expression du consentement de l'État à l'arbitrage. On peut illustrer cette possibilité avec l'Ukraine et la Biélorussie qui avaient dans l'ex URSS une personnalité distincte de celle des autres États fédérés qui les permettait de conclure certains traités³²⁴. Enfin, la troisième possibilité pourrait être déduite des

³²³ Mytilinos holding, *supra* note 321 au § 172.

³²⁴ Voir la discussion plus approfondie de cette question aux pp 31-34, ci-dessus.

dispositions de l'article 25 (3) de la Convention CIRDI qui dispose que « le consentement d'une collectivité publique ou d'un organisme dépendant d'un État contractant ne peut être donné qu'après approbation par ledit État, sauf si celui-ci indique au Centre que cette approbation n'est pas nécessaire ». La question à laquelle il faut répondre serait la suivante : une collectivité infra-étatique qui s'était vue reconnaître la possibilité d'être poursuivie devant un tribunal arbitral sur le fondement d'un TBI conclut par l'État auquel elle appartenait perd-elle cette possibilité en cas de succession d'États ? On est tenté de répondre par la négative dans la mesure où les entités régionales notamment les États fédérés ont une personnalité juridique forte à l'intérieur de l'État. Certes, l'approbation que donne l'État fédéral sert à la caution au plan international. Mais cette caution n'est rendue préalablement possible que parce que l'entité fédérée y a d'abord consenti. On pourra donc déduire qu'ici le consentement à l'arbitrage de l'entité régionale est exprimé de manière indirecte mais indéniable. Dans ce cas de figure, l'accession à la souveraineté internationale de ces entités ne saurait être un argument certain pour plaider le principe de l'effet relatif du consentement. A titre illustratif, l'ensemble des États fédérés australiens et plusieurs possessions britanniques comme les îles Caïman, Gibraltar, les îles anglo-normandes peuvent directement être défendeurs sur le fondement des traités d'investissement conclus par l'Australie ou la Grande-Bretagne. Le Canada au contraire a manifesté clairement son opposition vis-à-vis de cette possibilité d'accorder aux entités infra-étatiques la capacité de conclure des traités. Il l'a manifesté en étant un des acteurs de premier plan dans le rejet de la disposition du projet d'articles de la CDI qui abordait la question.³²⁵

En somme, cet article 25(3) demeure une clause optionnelle dans la mesure où il revient à l'État de l'activer, mais dans le cas d'une succession d'États elle pourrait permettre -si elle était jadis activée- d'apprécier autrement la responsabilité

³²⁵ Charles-Emmanuel Côté, « Le Canada et la capacité des entités infra-étatiques de conclure des traités », in Centre for International Governance Innovation, *Canada et droit international : 150 ans d'histoire et perspectives d'avenir document* (2018) 23 à la p 8. Il s'agissait de l'article 5(2) prévoyant ce qui suit : « Les États membres d'une union fédérale peuvent avoir la capacité de conclure des traités si cette capacité est admise par la constitution fédérale et dans les limites indiquées par ladite constitution ». Le gouvernement fédéral s'est par ailleurs opposé systématiquement à la volonté des provinces de conclure de véritables traités. *Ibid* à la p 1.

internationale de l'État successeur sur le fondement d'un traité d'investissement devant un tribunal CIRDI.

En outre, on constate que les règles applicables à la succession d'États en matière de traités d'investissement puisent non seulement dans le droit international général mais aussi dans le droit international des investissements et plus encore, elles font apparaître un autre aspect du droit international à savoir le droit de la responsabilité internationale des États. On s'aperçoit que face à l'absence de règles spéciales, la responsabilité de l'État en matière d'investissement résulte du fait internationalement illicite tel que défini par la CDI. Il s'agira donc d'un comportement consistant en une action ou une omission attribuable à l'État en vertu du droit international qui constitue une violation d'une obligation internationale de l'État conformément à l'article 2 des Articles sur la responsabilité internationale.

Section III L'interface succession d'États en matière de traités d'investissement et succession d'États en matière de responsabilité internationale sur le fondement de traités d'investissement

La problématique du présent mémoire concerne le sort du lien conventionnel et particulièrement du consentement à l'arbitrage préexistant vis-à-vis d'un État successeur. Toutefois, elle pourrait toucher à la question de la succession d'États en matière de responsabilité notamment dans le traitement de la question relative à la clause de survie et ce en fonction du moment de la commission du fait internationalement illicite. Pour la question spécifique à la succession d'États les articles 14 et 15 du projet d'articles de la CDI sur la responsabilité internationale évoquent le fait internationalement illicite dans le temps. La question du moment d'intervention du fait internationalement illicite revêt un intérêt pratique certain. Il l'est surtout « lorsqu'il faut établir la date de survenance d'un différend aux fins de son règlement juridictionnel »³²⁶. Pour mieux appréhender l'intérêt de ce qui précède dans la succession d'États en matière de traités d'investissement, il sera d'abord question d'analyser le fait internationalement illicite qui intervient avant la

³²⁶ Dailler, Forteau et Pellet, *supra* note 14 à la p 857.

succession d'États (§1) et ensuite se pencher sur celui qui intervient après (§2) afin de mieux cerner ses connexions avec la succession d'États en matière de traités d'investissement.

1. Le fait internationalement illicite antérieur à la succession d'États

En fait, ce dont il s'agit ici c'est de savoir si l'on peut tirer du lien entre le territoire d'un État et le transfert de responsabilité, une règle qui puisse rendre l'État successeur automatiquement responsable des obligations découlant des faits internationalement illicites³²⁷ commis par l'État prédécesseur avant la date de la succession sur la seule base que de tels actes ont eu lieu sur ce qui est maintenant son territoire³²⁸. A cette interrogation, Dumberry constate qu'il n'y a pas d'unanimité sur la question. D'abord, il concède que la règle obligeant l'État à réparer existe bien en ce qui concerne les violations des obligations des régimes territoriaux et cela se justifie par l'importance de premier ordre que le concept de territoire a dans le domaine de la responsabilité des États (ainsi que dans d'autres domaines du droit international)³²⁹. Cette solution découle de l'exercice de la souveraineté de l'État sur son territoire qui commande qu'il en assume aussi les actes illicites³³⁰ commis sur son territoire. Cette règle n'est pas sans impact dans le contexte particulier de la succession d'États. Il ne fait aucun doute que l'élément territorial est, d'une manière générale, de la plus grande importance pour déterminer toute question de succession d'États³³¹. Cette importance est reconnue dans la doctrine³³². Ainsi, certains auteurs ont soutenu qu'à la suite d'un acte internationalement illicite, on puisse utiliser l'élément territorial pour trancher les questions de la succession d'État à la responsabilité internationale³³³.

³²⁷ L'illicéité dont il s'agit ici est la violation présumée d'un traité d'investissement.

³²⁸ Patrick Dumberry, *State Succession to International Responsibility*, Leiden • Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2007 à la p 285 [Dumberry, State succession].

³²⁹ *Ibid.*

³³⁰ *Ibid.*

³³¹ *Ibid.*

³³² *Ibid.* Voir aussi Udina, *supra* note 203 à la p 690.

³³³ *Ibid.* à la p 286. Dumberry cite à cet effet l'exemple avec Charles Cheney Hyde, *International Law Chiefly as Interpreted and Applied by the United States*, vol. I, 2nd ed., Boston, Little, Brown & Co., 1945, pp 437–438.

Tout cela paraît bien satisfaisant mais aller dans ce sens c'est méconnaître les fondements du droit international. En effet, le volontarisme³³⁴ de ce droit commande que toute responsabilité étatique repose en grande partie sur son propre fait. Cela justifie que d'autres auteurs aient, au contraire, rejeté que l'accent soit mis sur l'élément territorial³³⁵. Parmi ces derniers, on a Monnier pour qui, la thèse opposée, qui veut rattacher l'acte illicite au territoire, « dépersonnalise » en quelque sorte l'obligation qu'il engendre³³⁶. Ainsi, s'il n'est pas contestable que la souveraineté territoriale forme l'assise des pouvoirs de l'État, cette constatation ne saurait pour autant justifier une construction liant au sol l'obligation délictuelle au même titre que les obligations de nature réelle contenues par exemple dans un traité concernant la fixation d'une frontière ou l'exploitation d'un cours d'eau. Cette théorie, qui ne trouve d'ailleurs aucun appui dans la pratique diplomatique ou arbitrale, est trop artificielle pour être retenue³³⁷.

Le droit international positif n'offre quant à lui aucun principe selon lequel l'État successeur est automatiquement responsable des obligations découlant du fait internationalement illicite des actes commis par l'État prédécesseur avant la date de la succession si l'on fonde uniquement sur le fait que de tels actes ont eu lieu sur ce qui est maintenant son territoire³³⁸. En d'autres termes, la présence d'un fait internationalement illicite qui a eu lieu sur le territoire du nouvel État avant son indépendance ne devrait pas, en soi, constituer un motif pour cet État d'être tenu responsable d'un tel acte exception faite bien sûr d'actes spécifiquement liés à son territoire, telles que les violations des obligations du régime territorial³³⁹. Cela dit, l'État n'est responsable que dans la mesure où il a consenti. Or dans le cas précis, l'État successeur n'a nullement conclu un traité d'investissement parce qu'il n'était

³³⁴ Au volontarisme du droit international, il faudrait adjoindre la nature des traités en jeu. S'il s'agit de traités réels, les États ont une marge de manœuvre très limitée dans la mesure où ces types de traités s'imposent à eux. En revanche, ils ont de larges pouvoirs concernant les traités personnels qu'ils peuvent bien redéfinir avec les partenaires qu'ils devront apprendre à connaître dans leur nouvelle situation d'États souverains.

³³⁵ Udina, *supra* note 202 à la p 690.

³³⁶ Jean Philippe Monnier, "La succession d'États en matière de responsabilité internationale", 8 *AFDI*, aux pp 88-89.

³³⁷ *Ibid.*

³³⁸ Dumberry, State succession, *supra* note 328 à la p 287.

³³⁹ *Ibid.*

pas souverain au moment de la conclusion dudit traité ; ensuite la nature du traité d'investissement-personnel- l'extirpe de la succession automatique.

En somme, tout semble indiquer que le fait internationalement illicite fondé sur un traité d'investissement n'est pas d'un grand intérêt pour les règles applicables à la succession d'États en matière de traités d'investissement contrairement au fait qui lui est postérieur.

2. Le fait internationalement illicite postérieur à la succession d'États

La commission d'un fait internationalement illicite après la date de succession d'États implique la violation par l'État successeur d'une obligation internationale émanant d'un traité d'investissement en vigueur.

L'architecture des traités d'investissement fait intervenir un autre type de protection pour les investisseurs en prévoyant le règlement d'un litige entre les États eux-mêmes, lequel litige pourrait survenir du non-respect par l'un d'eux des engagements qu'il a pris vis-à-vis des investisseurs³⁴⁰. Il s'agirait par exemple du refus d'arbitrage ou d'exécution d'une sentence arbitrale. Ces types de différends sont soumis selon la plupart des traités à un tribunal d'arbitrage et ce à la demande de l'une des parties.

L'article 27 (1)³⁴¹ de la convention CIRDI dispose en principe qu'un État contractant ne peut exercer sa protection diplomatique à l'égard d'un de ses nationaux ou formuler aucune revendication internationale au sujet d'un différend entre celui-ci et un autre État contractant. L'activation des procédures classiques de règlement des différends entre États n'interviendrait que lorsque l'État ne se conforme pas à la sentence rendue à l'occasion du différend avec l'investisseur. Cette hypothèse sera donc un retour au mécanisme traditionnel de la mise en jeu de la responsabilité internationale tel que déclinée dans les articles de la CDI sur la responsabilité de l'État.

³⁴⁰ Leben, responsabilité, *supra* note 307 à la p 688.

³⁴¹ «Aucun État contractant n'accorde la protection diplomatique ou ne formule de revendication internationale au sujet d'un différend que l'un de ses ressortissants et un autre Etat contractant ont consenti à soumettre ou ont soumis à l'arbitrage dans le cadre de la présente Convention, sauf si l'autre Etat contractant ne se conforme pas à la sentence rendue à l'occasion du différend »

L'articulation entre responsabilité sur le fondement d'un traité d'investissement et responsabilité découlant de l'exercice de la protection diplomatique s'opère ainsi qu'il suit. S'agissant de la mise en œuvre de la protection diplomatique, c'est l'État qui prend fait et cause pour son national³⁴². Seulement, cette défense n'est pas pour le national mais son propre droit car la protection diplomatique lui est reconnue afin qu'il puisse assurer le respect des règles internationales s'appliquant au traitement des étrangers que l'État d'accueil aurait violé vis-à-vis d'un de ses nationaux. Il va s'en suivre une mise en jeu de la responsabilité de ce dernier par l'État national de l'investisseur³⁴³.

Quant aux règles applicables à l'action qui sera portée devant le tribunal arbitral, puisque c'est une action de l'État au regard des règles établies dans le traité de protection qui est mise en cause, c'est alors des règles de droit international qui gouverneront la procédure. Autrement dit, c'est bien de la responsabilité internationale de l'État d'accueil dont il sera question devant le tribunal arbitral, responsabilité du fait des traités d'investissement et également responsabilité sur le fondement des règles coutumières de la responsabilité en droit international public³⁴⁴.

Au vu de ce qui précède, on peut affirmer qu'un traité international puisse créer un système spécifique de responsabilité internationale, aussi bien concernant les règles primaires telles que les obligations substantielles souscrites par les parties dont la violation entraîne la responsabilité des États, que concernant les règles secondaires de la mise en jeu de la responsabilité de l'État³⁴⁵. Ceci est valable pour les traités qui ont cette particularité de prévoir des modes de résolution des conflits mais aussi des conséquences spécifiques à tirer de la violation reconnue de leurs obligations par les parties. Cette description correspond parfaitement aux traités d'investissement qui sont particuliers par leur caractère hybride ; hybride en ce sens qu'ils sont conclus entre États avec le droit de saisine d'une juridiction

³⁴² Leben, responsabilité, *supra* note 307 à la p 689.

³⁴³ *Affaires des Concessions Mavrommatis en Palestine (Grèce c Grande-Bretagne)* (1924), CPJI (sér A) n°2 à la p 12 [Concessions Mavrommatis]; Leben, responsabilité, *supra* note 307 à la p 689; Verhoeven, *supra* note 26 à la p 634.

³⁴⁴ Leben, responsabilité, *supra* note 307 à la p 691.

³⁴⁵ *Ibid* à la p 694.

arbitrale qui est reconnu aux individus. Une telle hypothèse est l'objet de l'article 33 § 2 des articles de la CDI sur la responsabilité de l'État qui prévoit que « la présente partie [la deuxième] est sans préjudice de tout droit que la responsabilité internationale de l'État peut faire naître directement au profit d'une personne ou d'une entité autre qu'un État ».

En outre, on parvient tant bien que mal à accorder une place au droit de la responsabilité internationale dans le droit international des investissements. Cette responsabilité se fonde sur les traités d'investissement en tant que source du droit international et pourrait intéresser l'État successeur dans certaines circonstances. En effet, lorsque le fait internationalement illicite intervient après la date de succession, la responsabilité internationale de l'État successeur pourrait être engagée au cas où il y a identité entre États successeur et continuateur c'est-à-dire que l'État successeur est celui en qui a été reconnu comme celui qui continue d'assumer la responsabilité internationale des relations internationales de l'État prédécesseur. L'exemple type ici concerne la Russie qui a été l'État continuateur de l'URSS. Ensuite, s'interroger sur les règles applicables à la clause de survie qu'on verra dans le chapitre suivant, permet de faire une projection sur l'importance que pourrait avoir la responsabilité de l'État dans la présente problématique. En effet, la clause de survie ratisse plus large et englobe en plus de la clause d'arbitrage une protection matérielle dont la violation serait la porte d'entrée du droit de la responsabilité dans la succession d'États en matière de traités d'investissement. L'enjeu sera dans l'applicabilité du traité d'investissement comme on l'a vu au début de ce chapitre. Un angle qui pourrait permettre de conclure à l'applicabilité du traité d'investissement et d'engager la responsabilité internationale de l'État successeur serait de savoir s'il bénéficierait d'une certaine autonomie lui permettant de conclure des traités dans sa situation antérieure comme l'Ukraine et la Biélorussie autrefois au sein de l'URSS. On pourrait rechercher dans l'existence d'accords de dévolution ou le comportement de l'État à travers les actes qu'il a posé ou ses intentions vis-à-vis des traités sa volonté d'assumer les obligations résultantes de la situation.

En outre, contrairement au fait internationalement illicite intervenant avant la succession qui a peu d'intérêt dans la problématique traitée par ce mémoire, le fait qui intervient après est intéressant mais la question capitale serait encore celle de l'applicabilité du traité.

Conclusion partielle

Un rapide coup d'œil sur ce qui précède permet de saisir toute la complexité qui peut entourer le régime des traités d'investissement en cas de succession d'États et cette complexité va des solutions jusqu'à embrasser la question de la responsabilité internationale de l'État notamment dans l'appréciation des règles applicables à la clause de survie. Cette analyse laborieuse permet d'une part de définir les règles applicables aux différentes clauses et d'autre de mieux comprendre les différentes approches devant les tribunaux arbitraux mais aussi et surtout de les analyser sous plusieurs angles.

Chapitre 4 : Règles applicables aux clauses d'arbitrage et de survie et analyse critique de la pratique arbitrale relative à la succession d'États en matière de traités d'investissement

L'intérêt de se pencher sur les règles applicables à la succession d'États en matière de traités d'investissement trouve son écho dans les cas passés ou en cours devant des tribunaux arbitraux. Le constat est que pour une même question, les positions arbitrales ont divergé. A la requête introductrice d'instance de l'investisseur étranger et le silence de l'État visé, l'attitude des arbitres a divergé : silence égalisateur, simple constat et traitement adéquat. Chacune de ces attitudes (section II) suscite une analyse particulière (section III). Mais bien avant, une application des solutions auxquelles on est parvenu relativement aux clauses d'arbitrage et de survie sera opérée (section I).

Section I Règles applicables aux clauses d'arbitrage et de survie

L'analyse de ce régime consistera dans un premier temps à une halte sur les règles applicables aux clauses d'arbitrage (1), ensuite ce sera au tour de la clause de survie ou de rémanence (2).

1. Les règles applicables aux clauses d'arbitrage

L'importance de l'admission de bases élargies de saisine directe d'un tribunal arbitral dans le développement du droit des investissements n'est plus à démontrer au vu de la dynamique enclenchée depuis les années 1990. Ce qui nécessite un éclaircissement c'est bien la situation juridique de ces bases élargies de saisine directe d'un tribunal arbitral instituées par les traités d'investissement lorsqu'il y a succession d'États. Cela dit, on s'intéressera d'abord à la clause d'arbitrage dans les TBI (A) puis dans les traités multilatéraux (B).

A. Les règles applicables à la clause d'arbitrage dans les TBI

A l'analyse des résultats auxquels on est parvenu jusqu'ici, on peut déduire que la clause d'arbitrage contenue dans un TBI ne survit pas dans le principe à une succession d'États pour s'appliquer automatiquement à l'État successeur. Cette solution n'est qu'une application des principes dégagés dans le chapitre 1 concernant le sort des traités selon leur nature³⁴⁶. Pour rappel, il a été entendu que les traités réels étaient transmissibles en cas de succession d'États tandis que les traités personnels étaient intransmissibles. L'option d'aller vers cette distinction a été guidée par l'analyse de la pratique des États qui en lieu et place d'appliquer les règles émanant de la Convention de 1978 ont plutôt préféré faire des aménagements quant au sort des traités antérieurs. Cette posture laisse clairement entrevoir que dans leur esprit ces traités ne continuaient pas automatiquement et cela s'est avéré corroborer leurs pratiques anciennes qui justifiaient la distinction opérée entre traités réels et traités personnels. La présence de ces aménagements ne permet pas pour l'instant d'envisager la succession automatique aux traités pour les États successeurs en cas de séparation ou de dissolution³⁴⁷. Le processus de qualification des traités d'investissement a abouti à les rattacher à la catégorie des traités personnels. C'est ce qui justifie que la clause d'arbitrage ne soit pas applicable sans égards à l'État successeur car la « validité de l'offre d'arbitrage ne se distingue pas de celle des autres clauses du traité, et plus généralement de celle du traité lui-même »³⁴⁸ comme on l'a vu.

Toutefois, la clause d'arbitrage pourrait être applicable à l'État successeur dans certaines circonstances. Il s'agit des situations où le nouvel État a manifesté son intention de poursuivre les relations préexistantes et où l'État partenaire n'a pas manifesté une intention contraire, soit qu'il y ait eu des accords de dévolution ou simplement que l'État successeur soit le continuateur de l'État prédécesseur comme la Russie le fût pour l'URSS avec une acceptation des partenaires conventionnels quant à la continuation des traités. La défense au fond de l'État

³⁴⁶ Voir la discussion plus approfondie de cette question aux pp 44-54, ci-dessus.

³⁴⁷ Klabbers, Koskeniemi, Ribbelink et Zimmermann, *supra* note 108.

³⁴⁸ Mayer et Silva, *supra* note 257 à la p 703.

successeur face à la requête de l'investisseur étranger pourrait également décider du sort à réserver au TBI et à sa clause d'arbitrage. Une autre possibilité -plus expérimentale- résiderait dans la condition qu'avait l'entité infra-étatique qu'il -État successeur- était autrefois comme on l'a abordé dans la deuxième section du chapitre précédent.

Par application du principe de la qualification des traités d'investissement comme traités personnels, le principe de la table rase s'applique sauf accords ou situations particulières en cas de succession d'États. Cet état a pour conséquence de rendre la clause d'arbitrage inopérante. Les mêmes traits devraient être de mise en ce qui concerne les traités multilatéraux.

B. La clause d'arbitrage dans les traités multilatéraux

Concernant les traités multilatéraux restreints³⁴⁹ c'est-à-dire ceux qui sont conclus entre un nombre restreint de partenaires, ils sont, au regard des situations successorales, plus proches des traités bilatéraux. La question du maintien en vigueur de ces types de traités ne peut être résolue que par un accord commun des États intéressés³⁵⁰. On souscrit à une telle option d'autant plus que dans le domaine des investissements, un traité de ce genre s'obtient après d'âpres discussions et souvent accompagnées de quelques concessions. En effet, étant donné que ce genre de traité est conclu par un nombre restreint d'États et que ce nombre restreint peut être un indicateur de l'intention des différentes parties de limiter la participation à ce traité, il va sans dire que la participation d'un nouvel État soit subordonnée au consentement de toutes les parties³⁵¹. Par conséquent, le principe de la succession automatique à cette catégorie de traités multilatéraux s'avère inapplicable³⁵² et l'exception c'est-à-dire l'article 34 (2) b de la Convention

³⁴⁹ Traités multilatéraux restreints dans la mesure où qu'il n'y a pas actuellement de traité multilatéral au sens entendu par l'AMI.

³⁵⁰ Bokor-Szegö, *supra* note 128 à la p 55.

³⁵¹ Mériboute, *supra* note 58 à la p 90.

³⁵² Djuro Degan, *supra* note 143 à la p 226. Pazartzis note l'intérêt de remarquer que la Convention de 1978 fait cas de cette exception de manière claire en ce qui concerne les États nouvellement indépendants (article 17 § 3). Cependant, elle ne fait aucunement mention d'une disposition du genre relativement aux autres types de succession bien que la distinction entre traités généraux et traités restreints a toute son importance en matière de traités multilatéraux. Pazartzis, *supra* note 30 à la p 183.

de 1978 devient la règle. Les États qui voudront devenir parties aux traités de caractère restreint devraient dans cette perspective entamer des négociations avec toutes les parties ou suivre la procédure d'adhésion lorsque celle-ci est prévue par le traité³⁵³.

Pour être plus pratique dans le cas des clauses d'arbitrage incluses dans les traités multilatéraux notamment dans l'ALENA et le Traité sur la Charte de l'énergie, on pourrait avancer qu'il est très difficile pour un nouvel État issu de la succession d'un État partie à ces traités qu'il puisse se mettre en marge des mécanismes de règlement des différends convenus et acceptés par tous. La réalité géographique et historique militerait qu'il y prenne part sans réserve car cela y va de son affirmation en tant qu'État indépendant d'une part et d'autre part en tant que maillon d'un système interdépendant où aucun État ne puisse quel que soit sa puissance s'émanciper seul. Il suffit d'imaginer le Québec indépendant et non pleinement partie à l'ALENA, cela serait un signe qui susciterait une méfiance auprès des autres partenaires de l'accord. On comprend donc que l'État successeur veuille continuer ces traités mais la nature de ces traités remet au jour la caractéristique majeure du droit international à savoir son aspect volontariste. Il faudrait pour ce faire une acceptation des autres partenaires pour que sa participation soit effective même s'il faut souligner que celui-ci reste totalement libre de ne pas y adhérer.

Par ailleurs, on a pu constater dans le régime général de la succession d'États en matière de traités que la tendance générale était à la succession aux traités multilatéraux. L'applicabilité du traité qui en somme conditionne le sort de la clause d'arbitrage réserve sensiblement le même sort à la clause de survie.

2. Les règles applicables à la clause de survie

Dans les développements sur les règles applicables à la clause arbitrale, on a conclu par la nature du traité d'investissement que celle-ci ne survivait pas au même titre que le traité. Dans le cas de la clause de survie, il faut rappeler qu'elle

³⁵³ Pazartzis, *ibid* aux pp 183-184.

est une clause permettant, en cas d'extinction en temps normal d'un traité d'investissement, de faire bénéficier aux investissements réalisés avant sa fin pendant un temps donné des effets dudit traité. Parmi les effets dont pourrait bénéficier l'investisseur étranger, il y a l'offre d'arbitrage car la clause de survie est plus large et englobe la protection matérielle et ceci a pour conséquence d'intégrer la dimension responsabilité de l'État à celle de l'arbitrage. Le régime de la clause de survie est inextricablement lié au sort du traité en question.

Dans une première hypothèse, l'État successeur trouve que le traité d'investissement s'applique. La clause de survie est alors applicable. Mais l'engagement de sa responsabilité sera tributaire du moment de commission du fait internationalement illicite par rapport à la date de la succession d'États.

Dans une seconde hypothèse, celle où le traité d'investissement n'est pas applicable à l'État successeur, ce qui du reste ne serait qu'une juste application du principe d'intransmissibilité des traités personnels, on conviendra que la clause de survie ne saurait être invoquée par un investisseur dans la mesure où le nouvel État ne se voit pas comptable des anciens liens conventionnels. Cette solution est d'autant plus probable dans le sens où comme on l'a vu au chapitre précédent, le fait internationalement illicite qui intervient sur la base des liens conventionnels de l'État prédécesseur ne pourrait engager la responsabilité de l'État successeur. L'investisseur pourrait se tourner vers l'État continueur c'est-à-dire celui qui assume la continuité des relations internationales de l'État prédécesseur si État continueur, il existe.

Une dernière hypothèse est celle qui, en plus de la précédente, intervient dans une situation de succession où il n'y a pas d'État continueur. D'abord, la lueur d'espoir qui aurait permis à l'investisseur de se tourner vers l'État continueur s'éteint. Ensuite, on fait face à une situation un peu exceptionnelle qui fait cohabiter une réalité économique (investissement réalisé) et un certain vide juridique (qui est responsable ?), et le comble est qu'elle soit juridiquement justifiée. Dans une telle situation pas du tout enviable pour un quelconque investisseur, la solution pourrait résulter des accords explicites qui seront conclus.

Dans le cas contraire, la solution pourrait émaner soit des déclarations de l'État successeur ou de celles des partenaires conventionnels, soit de l'attitude qu'il adoptera devant une question donnée ou de la capacité jadis reconnue à la collectivité infra-étatique.

En somme, on constate au travers de ces développements tout l'enjeu qu'il y a autour des règles à appliquer à la succession d'États en matière de traités d'investissement ; lequel enjeu est encore plus complexe pour ce type de traités par les différends qu'ils peuvent soulever en tout temps. Or il est de notoriété que le règlement des différends d'investissement s'opère à travers ces différents types de clauses d'où l'importance de s'interroger sur leur sort dans des situations influant sur l'applicabilité même de l'ordre dans lequel elles prennent autorité.

En outre, cette situation soulève quelques interrogations relatives à la responsabilité internationale des États comme on l'a vu. L'applicabilité de cet ancien régime sera la clé à toute réponse. Cette applicabilité a été analysée en référence à la distinction entre traités réels et traités personnels, ce qui permet de mieux rendre compte du régime des clauses d'arbitrage et de survie. A cet effet, il convient de procéder à une analyse des différentes approches arbitrales tout en faisant une projection sur les règles applicables à la succession d'États en matière de traités d'investissement sur le fondement des éléments d'appréciation qui ont été dégagés tout au long de cette étude.

Section II analyse critique de la pratique arbitrale relative à la succession d'États en matière de traités d'investissement

Cette section va passer en revue la pratique arbitrale dans le but d'y déceler les grands traits d'approche. Les linéaments serviront ensuite à relever au contact des divers modes d'expression du consentement au règlement juridictionnel en droit international de relever ceux qui combinent le mieux avec la succession d'États en matière de traités d'investissement. Les différentes approches arbitrales (1) et leur analyse (2) meubleront pour ce faire cette section.

1. Les différentes approches arbitrales

Les décisions divergentes constatées dans la jurisprudence arbitrale proviennent du silence de l'État visé qui n'a pas contesté la validité du traité d'investissement. Cependant, leur manifestation relève plutôt de l'interprétation faite par les arbitres. Ce cocktail offre deux types d'approches : silencieuse (A) et dynamique (B). Les fondements de ces approches soulèvent des interrogations sur lesquelles on va s'appesantir.

A. L'approche silencieuse

Dans l'affaire *Ronald Lauder c République tchèque* le tribunal arbitral a été saisi sur la base du TBI États-Unis-Tchécoslovaquie de 1991³⁵⁴. Pour l'investisseur étranger, la situation est simple : la Tchécoslovaquie ayant disparu, le TBI auquel elle était partie a survécu à travers ses successeurs dont la République tchèque. Profitant très probablement de l'attitude de la République tchèque qui n'a pas contesté l'applicabilité du TBI et la compétence du tribunal à statuer sur la requête, les arbitres ont traité la situation comme telle en admettant leur compétence. Ils se sont fondés sur le comportement du défendeur pour connaître du litige et non pas s'interroger sur la l'applicabilité du TBI. Or un tel reflexe aurait permis de soulever la question plus générale de la succession d'États et de poser en particulier celle relative aux règles applicables en la matière aux traités d'investissement. En passant totalement sous silence la question de la succession d'États, ce tribunal a probablement induit d'autres tribunaux dans cette dynamique. On pense à cet égard à l'affaire *Frontier Petroleum c République tchèque*³⁵⁵ où les arbitres ont suivi trait pour trait les sillons des premiers arbitres.

En outre, la question qu'on se pose c'est de savoir si l'acquiescement du défendeur dans ces affaires n'est-elle pas suffisante pour justifier le comportement des arbitres ? C'est possible et on y reviendra.

³⁵⁴ Lauder, *supra* note 40.

³⁵⁵ Frontier Petroleum Services Ltd, *supra* note 41.

L'affaire *Eastern Sugar B.V. c République tchèque*³⁵⁶ a également été un cas d'école qui a permis d'observer l'attitude effacée des arbitres par rapport à la question de la succession d'États. Dans cette affaire, l'investisseur étranger a fondé sa requête sur le TBI Pays Bas- Tchécoslovaquie³⁵⁷. Comme dans les affaires examinées dans l'approche silencieuse, le défendeur en l'occurrence la République tchèque n'a pas contesté la validité du TBI visé. Mais contrairement aux arbitres de la première approche on peut extraire des développements de ceux-ci une reconnaissance implicite que la République tchèque a succédé à la Tchécoslovaquie. Cependant, l'espoir d'un traitement adéquat de la question est vite dissipé par la suite du raisonnement du tribunal. En effet, celui-ci a soutenu que le TBI en question ne devenait pas caduc du simple fait de l'adhésion postérieure de la République tchèque à l'Union Européenne. Or comme il a été noté, cette adhésion n'a été possible que parce que la République tchèque existe comme État. Il est pourtant assez évident que cette existence est intervenue à la suite de la disparition de la Tchécoslovaquie à laquelle ont succédé la République tchèque et la Slovaquie. Le gouvernement tchèque s'est contenté de relever qu'en raison de sa récente adhésion à l'Union européenne, le TBI dont la violation était alléguée n'était plus en vigueur et par conséquent le tribunal n'avait pas compétence pour connaître du litige. A cet argument, le tribunal a répondu qu'il n'avait pas constaté l'extinction dudit traité. Aussi, il s'étonne en ces termes « [n]either the Europe Agreement nor the Accession Treaty provide *expressly* that the BIT is terminated. The Arbitral Tribunal would find it odd if a matter as important as investment protection had been overlooked in the negotiations of the

³⁵⁶ *Eastern Sugar B.V.*, *supra* note 46. Pour une attitude similaire, voir aussi *CME Czech Republic BV c Czech Republic*, sentence partielle, UNCITRAL (TBI Pays-Bas, Tchécoslovaquie, 13 septembre 2001). *Achmea BV c Slovak Republic*, UNCITRAL PCA Case No 2008-13 (TBI Pays-Bas, Tchécoslovaquie, 26 octobre 2010). *Alps Finance and Trade AG c Slovak Republic*, sentence, UNCITRAL (TBI Suisse, Tchécoslovaquie, 5 mars 2011). *HICEE BV c Slovak Republic*, sentence partielle, UNCITRAL PCA Case No 2009-11 (TBI Pays-Bas, Tchécoslovaquie, 23 mai 2011). *Jan Oostergetel and Theodora Laurentius c Slovak Republic*, décision sur la compétence, UNCITRAL (TBI Pays-Bas, Tchécoslovaquie 30 avril 2010). *William Nagel c Czech Republic*, sentence, UNCITRAL SCC Case No 049/2002 (TBI Royaume Uni, Tchécoslovaquie, 9 septembre 2003).

³⁵⁷ TBI Pays-Bas, Tchécoslovaquie, *supra* note 47.

old EU [European Union] countries with the Czech Republic and the other new EU countries»³⁵⁸.

On peut déplorer avec Dumberry que le tribunal se soit limité seulement à reconnaître l'applicabilité du TBI en question sans vraiment s'expliquer sur les tenants de ladite applicabilité³⁵⁹ d'autant plus que cela aurait été plus facile³⁶⁰. La question qui reste en suspens ici est celle du moment de la continuité.

Le tribunal dans *Eastern Sugar B.V* a évolué par rapport à celui de *Ronald Lauder* sur le point de la présence d'une situation de succession d'États mais l'application du droit a été la même d'où le qualificatif d'approche silencieuse. Cela dit, on peut se demander si les arbitres n'ont pas fait une application erronée du droit puisqu'ils n'étaient pas dans l'ignorance de la situation de succession d'États. La deuxième approche semble avoir tirée leçon de ces imperfections.

B. L'approche dynamique

La fréquence des cas relatifs aux TBI suite aux mutations territoriales des années 1990 en Europe de l'est et les précédentes interprétations arbitrales de la question de l'applicabilité de ces traités ont dû pousser les acteurs du contentieux des investissements à mieux s'interroger sur la conduite à tenir quant au fondement de leur compétence à connaître des différends. Si tel est le cas, on pourrait dire qu'il y eu une évolution encourageante. La posture adoptée par les arbitres dans quelques affaires en est la preuve patente.

Par exemple, dans l'affaire *Saluka Investment c République tchèque*³⁶¹, bien que le défendeur n'ait soulevé aucune objection sur la compétence du tribunal en invoquant l'applicabilité même du TBI visé comme fondement de cette

³⁵⁸ *Eastern Sugar B.V*, *supra* note 46 au paragraphe 143.

³⁵⁹ « But the Tribunal does not explain how the BIT could still be in force between them; it simply stated that 'the Czech Republic succeeded into [Czechoslovakia's] international obligations, including those arising from the BIT », Dumberry *supra* note 43 aux pp 86-87. Il fait en effet référence au paragraphe 5 de la sentence partielle qui mentionne que « Effective January 1, 1993, the Czech and Slovak Federal Republic separated into its two constituent parts which became sovereign states. The Czech Republic succeeded into the former entity's international obligations, including those arising from the BIT ».

³⁶⁰ Dumberry, *supra* note 43 à la p 87.

³⁶¹ *Saluka Investments B.V*, *supra* note 38.

incompétence, le tribunal s'est posé d'office la question que l'on pourrait résumer comme suit : le TBI Pays bas – Tchécoslovaquie est-il toujours applicable dans les relations Pays bas - République tchèque ? Cette question est somme toute logique car elle reflète la problématique majeure de la succession d'États à savoir le régime des liens conventionnels. En se posant cette question le tribunal lie la validité de la clause arbitrale à celle du traité et cette validité doit se démontrer. C'est ce à quoi le tribunal s'est précisément attelé dans cette affaire. Ainsi, il a procédé à recherche minutieuse qui l'a permis de tomber sur une lettre envoyée par le ministre tchèque des Affaires étrangères à son homologue hollandais dans laquelle celui-ci notifiait à ce dernier la volonté de la République tchèque de succéder³⁶² au TBI Pays-Bas Tchécoslovaquie³⁶³. En se fondant sur l'absence de réaction du gouvernement hollandais à la volonté tchèque, le tribunal a conclu à l'applicabilité du TBI visé³⁶⁴.

Au demeurant, si on peut se satisfaire de ce que cette dernière approche emporte des perspectives encourageantes, une analyse globale de toutes ces approches permettra à n'en pas douter de répondre aux questions de mieux cerner les bases d'appréciation de la succession d'États en matière de traités d'investissement devant les tribunaux arbitraux.

2. Analyse des différentes approches arbitrales

Les éléments d'appréciation précédemment soulevés sont suffisants pour procéder à une telle analyse. Ces éléments tiennent autant à la nature des traités d'investissement qu'à la pratique contentieuse des tribunaux arbitraux qui ont révélé l'équation du moment de la continuité qui n'est pas toujours évident précisément à cause de la succession d'États (A). En outre, les diverses approches permettent de faire un focus sur l'expression du consentement de l'État à l'arbitrage (B).

³⁶² Saluka Investments B.V, *supra* note 50 à la p 10.

³⁶³ TBI Pays-Bas, Tchécoslovaquie, *supra* note 47.

³⁶⁴ Saluka Investments B.V, *supra* note 50 à la p 10.

A. Nature des traités et problématique du moment de la continuité des traités d'investissement en cas de succession d'États

Quelles seraient les solutions arbitrales si elles avaient fait application des conclusions auxquelles on est parvenu ? Cette « fiction » (1) à laquelle s'adjoint la préoccupation liée au moment d'appréciation de la continuité d'un traité d'investissement en cas de succession d'États (2) sont l'objet de ce présent paragraphe.

1. De l'intransmissibilité de principe à la transmissibilité de fait des traités d'investissement

Il s'agira ici de répondre aux questions soulevées par les approches particulières constatées. Le résultat de la qualification des traités d'investissement sera à cet effet le fil de la présente section. Pour ce faire, il faudrait rappeler qu'au terme du second chapitre du présent mémoire, les traités d'investissement sont des traités personnels. L'implication majeure d'une telle qualification est l'intransmissibilité de ces traités. Sur ce, on peut de prime abord soutenir que la compétence des tribunaux arbitraux n'était pas admise dans la mesure où elle est fondée sur des clauses de compétence relevant de traités inapplicables.

Cependant, une donnée amène à nuancer cette hypothèse et invite à faire la part des choses. En fait, toutes les affaires traitées jusque-là devant les tribunaux arbitraux sur la base de clause de règlement de différends de TBI et dont l'État défendeur doit son existence à une succession d'États, ont un trait commun : la non-contestation de l'applicabilité du TBI invoqué par l'investisseur étranger. Cette considération amène à ne pas avoir une appréciation *stricto sensu* de la question mais plutôt à l'avoir en esprit dans l'appréciation de chaque approche.

Si a priori le comportement du défendeur peut permettre d'écarter l'application de la solution fondée sur la nature même du traité d'investissement, d'autres éléments aussi peuvent servir à une telle fin. Il s'agit notamment des accords explicites entre différentes parties afin de régler le régime des liens conventionnels en jeu ou la situation juridique antérieure de l'État successeur. Seulement, il arrive que ces accords n'éclaircissent pas sur un point capital à savoir celui du moment de la

continuité du traité entre les parties. Le traité continue-t-il de s'appliquer sans observer une pause ou un moment de continuité a-t-il été décidé de commun accord entre les parties concernées ? Cette question revêt un intérêt juridique certain car sa réponse permettra de savoir si le litige soulevé par un investisseur est intervenu à un moment où le traité d'investissement était applicable à l'État successeur.

2. La problématique du moment de la continuité des traités d'investissement en cas de succession d'États

La décision des arbitres d'admettre leur compétence pour connaître du différend dans le cas des affaires relevant de l'approche silencieuse peut être écartée par une simple application du principe de non-transmissibilité des traités personnels en cas de succession d'États. Mais le fait qu'ils aient omis totalement la question cruciale de succession d'États pourrait constituer des circonstances atténuantes à l'exception des tribunaux de la deuxième approche. Ces derniers ne seraient a priori pas excusables dans la mesure où ils ont eu à déceler la notion fondamentale de succession d'États mais sans pour quelle raison on ne sait, aller au bout de leur raisonnement.

Cependant, ces derniers sauvent la face grâce aux prédispositions des États défendeurs manifestées par la non-contestation de la compétence des tribunaux arbitraux sur le fondement de l'applicabilité des TBI visés. Ce tollé n'a pu être soulevé concernant toutes les instances en raison du traitement diligent dont ont fait preuve certaines dont on a pu constater la justesse du raisonnement malgré le silence du défendeur sur l'applicabilité des traités invoqués. Si dans cette dernière hypothèse on peut se réjouir de l'activité des arbitres, quelques interrogations subsistent. Ces interrogations concernent notamment le moment de la continuité des traités. Cela concerne aussi bien les successions d'États avec accords explicites sur le régime des traités d'investissement que ceux qui n'en ont pas.

Concernant la succession d'États avec accords explicites entre le nouvel État et les partenaires conventionnels, il ne devrait pas en principe avoir de débats là-

dessus. Seulement, la pratique révèle que certains accords ne précisent pas le moment de la continuité car incomplets, ce qui revient à dire que la présence de ces accords n'est pas nécessairement gage de clarté quant aux règles à appliquées à la succession d'États en matière de traités d'investissement. On a pu constater cela avec le Soudan du sud. En effet, parmi les treize TBI dont était partie le Soudan, un seul a fait l'objet d'un accord explicite. Cependant, cet accord est incomplet et ne fournit pas assez d'informations sur les conditions de la continuité selon Tams³⁶⁵.

Concernant les successions d'États sans accords explicites sur le sort des traités d'investissement, la situation elle-même reflète sans commentaires le fait que le moment de la continuité n'est pas défini.

En somme, ces développements ne font que prouver davantage le difficile équilibre qu'on peut trouver à appliquer aux traités d'investissement en cas de succession d'États ; en même temps qu'ils confortent- au vu du caractère hautement volontaire des traités d'investissement en particulier et du droit des investissements en général- l'option pour une application des solutions communément admises concernant les traités personnels.

En outre, on pense qu'une étude croisée entre la thématique du consentement de l'État à l'arbitrage -lequel est à la base de cette étude- et les différentes approches constatées permettra d'apporter des solutions en plus de celle relative à la nature des traités d'investissement.

B. Les approches arbitrales et l'expression du consentement à l'arbitrage

Il s'agit ici de partir des différentes manières d'expression du consentement à un règlement juridictionnel pour ensuite situer celles qui ont été constatées dans la jurisprudence arbitrale. Cela dit,

[i]l 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

³⁶⁵ Tams, *supra* note 56 à la p 332.

solution pacifique sans son consentement. Ce consentement peut être donné une fois pour toutes, sous la forme d'une obligation librement acceptée ; il peut, par contre, être donné dans un cas déterminé, en dehors de toute obligation préexistante³⁶⁶ .

De ce qui précède il est évident qu'un tribunal arbitral ne peut exercer sa juridiction à l'égard d'un État si ce n'est avec le consentement de ce dernier. Le consentement peut être non équivoque au moment de l'introduction de l'instance comme il peut intervenir après. De ce fait, le consentement peut être antérieur (1) comme il peut être postérieur à l'introduction de l'instance (2).

1. Le consentement antérieur et la succession d'États en matière de traités d'investissement

C'est le consentement qui intervient avant l'introduction de l'instance. Il est basé sur un accord entre les parties au différend et se manifeste de plusieurs manières dont principalement le compromis d'arbitrage et la clause compromissoire.

Le compromis d'arbitrage est un accord qui exprime formellement le consentement des différentes parties au différend à la compétence d'un tribunal. Il intervient alors que le différend est déjà né. Le compromis doit contenir la définition de l'objet du différend, l'expression formelle du consentement, et les demandes posées au tribunal. Sur la base d'un compromis en principe, la juridiction définie peut être saisie de façon conjointe par notification du compromis, ou par le dépôt d'une requête unilatérale prise sur la base du compromis³⁶⁷. L'intérêt d'une telle option c'est que les parties sont presque sûres d'arriver rapidement à une solution juridique, car il repose sur leur accord : aucune exception préliminaire ou presque ne sera soulevée. En plus les parties ne sont pas dans des positions totalement antagonistes (pas de défendeur ni de demandeur) et déposent simultanément les mémoires et contre-mémoires. Elles déterminent la mission qu'elles souhaitent confier à la juridiction, qui sera liée par la convention. Le compromis peut aussi nécessiter une interprétation s'il est trop laconique et c'est notamment ce qu'avait

³⁶⁶ Carélie Orientale, *supra* note 275 à la p 15.

³⁶⁷ *Affaire du Plateau continental de la Mer du Nord (République fédérale d'Allemagne c Pays Bas)*, [1969] CIJ rec 1969 à la p 8.

fait la CIJ en demandant à la Libye et au Tchad de préciser leurs conclusions dans l'affaire du différend territorial qui les opposait³⁶⁸. On peut supposer que ces considérations largement tenues dans le règlement judiciaire des différends internationaux puissent s'appliquer dans l'arbitrage d'investissement. Toutefois, cette possibilité semble être d'un faible intérêt pour la succession d'États en matière de traités d'investissement car jusqu'à ce stade les cas rencontrés ne font aucunement mention d'un compromis.

Ensuite, il y a la clause compromissoire qui est une disposition conventionnelle qui permet de soumettre de manière unilatérale certains différends à la connaissance de certains mécanismes de règlement juridictionnel comme l'arbitrage. Elle doit avoir une formulation claire car toute ambiguïté à ce niveau pourrait servir à contester la compétence d'un tribunal arbitral ou d'invalider la suite de la procédure arbitrale³⁶⁹. Elle est intimement liée au traité en question et sa vigueur va de pair avec elle. L'application du principe de l'intransmissibilité des traités personnels la rend caduque. C'est ici que l'on peut bien apprécier l'interprétation dynamique qui a été faite par les arbitres dans l'affaire *Saluka investments B.V* précitée. En effet, c'est au fait de la situation que ceux-ci, malgré la non-contestation de la République tchèque, ont jugé bon de s'assurer que l'instrument en l'occurrence le TBI Pays Bas – Tchécoslovaquie était toujours en vigueur. Cette prudence du tribunal a très certainement été due à la succession d'États qu'il y a eu entre temps. Ayant constaté dans son examen sur l'applicabilité du TBI en question, le tribunal s'est rendu compte d'une manifestation non équivoque par la République tchèque de continuer ce traité d'une part et d'autre part, il a pu constater que le gouvernement du Royaume de Pays Bas n'avait manifesté en aucun moment quelques signes de désapprobation à la volonté du gouvernement tchèque. C'est alors qu'il a conclu à la vigueur du traité et donc admis sa compétence. Suivant la logique du tribunal, on peut a priori soutenir que s'il n'y avait pas de manifestation ferme de la part du gouvernement tchèque symbolisée par la lettre transmise au gouvernement des Pays-Bas ou qu'il contestait que le TBI visé soit en vigueur, le

³⁶⁸ Daillier, Forteau et Pellet, *supra* note 14 à la p 896.

³⁶⁹ Côté, OMC, *supra* note 308 à la p 246.

tribunal allait décliner sa compétence. Une telle décision reviendrait à dire que la nature du traité ne permettait pas qu'il puisse survivre à une succession d'États. On est plus confiant en cela que si ce n'était pas le cas il n'aurait pas à vérifier la validité du traité car une simple application de la Convention de 1978 en ses articles 31 et suivants le permettait de considérer que le traité est en vigueur puisqu'on est en présence d'une succession d'États par démembrement. Si preuve il en faut encore c'est ici un désaveu de plus vis-à-vis de la Convention de 1978.

La compétence des arbitres pour connaître d'un différend lié aux investissements dépend en somme de la volonté manifeste des États dans les traités d'investissement. Cette volonté ne souffre pas d'exception en cas de succession d'États. Au contraire, elle devient complexe. On comprend mieux l'intérêt à la saisine d'un tribunal arbitral d'une base juridiquement valable et la validité de la convention d'arbitrage dépendra de l'applicabilité du traité d'investissement. Toutefois, il arrive dans la pratique que l'expression du consentement des États se fasse après le dépôt de la requête par l'autre partie. C'est ce qui justifie qu'en plus du consentement antérieur à l'instance arbitrale, il y a celui qui lui est postérieur et ce type de consentement pourrait jouer un rôle déterminant dans le traitement de la problématique abordée par ce mémoire.

2. Le consentement postérieur à l'instance arbitrale dans la succession d'États en matière de traités d'investissement

Ce dont il s'agit ici, c'est la situation où le consentement du défendeur (l'État) intervient après l'introduction de l'instance. C'est une situation originale certes, mais très fréquente dans la pratique jurisprudentielle internationale. A ce propos, Forteau, Daillier et Pellet diront qu'il est de notoriété dans la jurisprudence internationale, que la volonté d'un État de soumettre un différend à la Cour (la CIJ) puisse résulter non seulement d'une déclaration expresse contenue dans un compromis formel préalable comme précédemment évoqué, mais aussi de tout

« acte concluant », en particulier du comportement de l'État défendeur postérieurement à la saisine de la Cour³⁷⁰.

De ce fait, poursuivent-ils, on assiste souvent à une sorte d'extension de la compétence de la Cour, compétence qui, contestable en l'absence de compromis ou d'une clause compromissoire, ne le serait plus en raison de faits postérieurs à l'ouverture du procès : c'est l'hypothèse du *forum prorogatum*. Cette hypothèse désigne la procédure selon laquelle le consentement d'un État à l'obligation juridictionnelle résulte non seulement d'une déclaration expresse contenue dans un instrument valable, mais également de « tout acte concluant », comme en particulier le comportement de l'État défendeur postérieur à la saisine de la Cour. C'est la confirmation a posteriori de la volonté d'accepter l'obligation juridictionnelle en l'absence d'un instrument explicite ou, parfois, en cas de doute, sur l'étendue de l'obligation juridictionnelle de l'État. On est parfaitement dans cette situation lorsqu'un État, estimant la Cour valablement saisie, accepte se présenter devant elle en tant que défendeur et en participant directement à la procédure par le dépôt de conclusions ou aussi en n'exprimant aucune objection à une décision future de la Cour³⁷¹. Ainsi, dans le cas où un État porterait directement un différend devant la Cour, celle-ci s'estimerait valablement saisie si l'autre État acceptait de se présenter à l'instance -hypothèse vérifiée dans l'affaire du Détroit de Corfou- ou s'il participait effectivement à la discussion en déposant ses propres conclusions ou en n'émettant pas d'objection contre une future décision au fond³⁷². De telles attitudes sont considérées par la Cour comme des manifestations d'une acceptation tacite de sa compétence, sur laquelle la partie défenderesse n'est plus en droit de revenir en vertu du principe de bonne foi ou de l'estoppel³⁷³.

Globalement c'est la situation où le consentement peut être donné par l'État défendeur après la saisine unilatérale d'une juridiction par son adversaire et cette

³⁷⁰ *Ibid* à la p 896, §542. Voir aussi. *Affaire des Droits de minorités en Haute-Silésie (Allemagne c Pologne)* (1928), CPJI (sér A) n° 15 à la p 23 [Droits des minorités]; *Affaire du Détroit de Corfou (Royaume Uni de Grande-Bretagne c Albanie)*, [1948] CIJ rec 1948, à la p 28 [Détroit de Corfou].

³⁷¹ Ranjeva, *supra* note 7 à la p 238

³⁷² Concessions Mavrommatis, *supra* note 343 aux pp 27-28 ; *Affaire Haya de la Torre (Colombie c Pérou)*, [1951] CIJ rec 1951 à la p 78.

³⁷³ Daillier, Forteau et Pellet, *supra* note 14 à la p 897.

saisine est qualifiée d'offre unilatérale. Dans une pareille situation, l'acceptation de l'État peut-être explicite ou implicite. C'est l'illustration parfaite du principe du *forum prorogatum*, c'est-à-dire le consentement donné en cours de procédure à la compétence d'une juridiction. En pareil cas, le titre de juridiction naît de deux actes séparés et successifs, l'acte de saisine pour l'État demandeur, l'acceptation de la compétence de la Cour pour l'État défendeur³⁷⁴.

Dans son arrêt sur les *Droits des minorités en Haute Silésie*³⁷⁵, la CPJI explique que « 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 ». Cette position a été également adoptée par la CIJ dans l'affaire du *Détroit de Corfou*³⁷⁶.

Ces développements constatés au niveau de la CIJ trouvent également à s'appliquer dans le contentieux des investissements. En effet, ce contentieux est largement tributaire du niveau de sécurité dont dispose l'investisseur dans la conduite de ses activités. Cette propension a été largement constatée depuis les années 1990 et l'admission des TBI comme un instrument pouvant servir valablement de base pour l'investisseur d'attirer l'État devant un tribunal arbitral. Cela dit, l'importance du consentement clairement manifesté est telle que l'État ne puisse s'y méprendre au risque de devoir déboursier en cas de condamnation d'importantes sommes. Si l'État, bien que conscient de cette possibilité et sachant surtout qu'il est nouveau sur la scène internationale malgré des liens réels anciens, accepte de discuter de l'affaire au fond sans une exception préalable à la compétence fondée sur la l'applicabilité du traité d'investissement, l'offre unilatérale de l'investisseur qui n'aurait pas pu fonder la compétence de l'organe arbitral le serait maintenant à cause de l'acceptation implicite du nouvel État. Il en sera ainsi en dehors de toute continuité du traité ou de tout accord de dévolution.

³⁷⁴ Prosper Weil, *Ecrits de droit international*, Paris, PUF, 2000 à la p 107.

³⁷⁵ *Droits des minorités*, supra note 370.

³⁷⁶ *Détroit de Corfou*, supra note 370.

A titre illustratif, concernant l'introduction de la procédure, l'article 25 (1) de la convention CIRDI dispose que

[I]a 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. Lorsque les parties ont donné leur consentement, aucune d'elles ne peut le retirer unilatéralement.

On note que cette disposition exige un consentement écrit entre les parties et si on fait une transposition à la succession d'États, cette exigence serait difficile à remplir. En effet, la succession d'États pose d'abord la question de l'applicabilité du traité vis-à-vis de l'État successeur. Les incertitudes entourant l'applicabilité du traité, comme on l'a vu dans la première partie sur les développements entre traités réels et traités personnels, n'éclairent pas la question relative à la manifestation du consentement de l'État. La compétence du tribunal arbitral pourrait alors émaner du comportement de l'État successeur qui accepte d'aller au fond de l'affaire.

L'ensemble des affaires qui entrent dans la catégorie de l'approche silencieuse ont été admises à la connaissance des arbitres sur la base de ces considérations. Si on s'en tient au principe de l'intransmissibilité des traités personnels, les demandeurs dans les affaires *World Wide Minerals* et *Gold Pool* auraient dû être déboutés car le TBI URSS- Canada de 1989 continue entre la Russie État continuateur de l'URSS et le Canada et est censé ne pas s'appliquer entre ce dernier et le Kazakhstan. N'ayant pas eu accès à la sentence, il est à parier qu'une éventuelle compétence des tribunaux arbitraux saisis pourrait résulter de l'acceptation du Kazakhstan d'aller au fond de l'affaire et possiblement d'un appui du Canada à ses investisseurs. Ainsi, l'inapplicabilité de la clause de règlement des différends visée qui aurait dû amener ces tribunaux à décliner leur compétence ne sera plus l'élément d'appréciation ; ce sera désormais le comportement approbateur de l'État. Pour l'affaire *World Wide Minerals*, la

possible compétence du tribunal saisi pourrait émaner également d'une déclaration unilatérale du successeur c'est-à-dire du Kazakhstan. Mais là aussi il faudrait prêter attention à la position du Canada vis-à-vis de cette déclaration.

Conclusion partielle

En définitive, les règles applicables aux clauses d'arbitrage et de survie suivant la nature des traités d'investissement conduisent à l'application du principe de la table rase. Cela vaut autant pour la clause d'arbitrage que pour la clause de survie quel que soit le type de succession d'États. Cependant, quelques exceptions existent quant à l'application de ce principe de la table rase. Elles tiennent à la présence de clauses de dévolution entre États prédécesseurs et États successeurs ou à des déclarations implicites ou explicites des différents partenaires conventionnels y compris des États successeurs sans omettre l'étendue de la capacité juridique antérieure de la collectivité infra-étatique qu'était l'État successeur.

En outre, le traitement de la problématique liée à la question de recherche fait appel à quelques aspects liés à la responsabilité internationale de l'État liée aux traités d'investissement notamment lorsqu'il n'y a pas d'État continuateur.

Aussi, l'étude des décisions jurisprudentielles fait ressortir plusieurs approches tantôt silencieuses, tantôt dynamiques. Les leçons tirées de ces différentes approches ont permis par une étude croisée avec les solutions dégagées de revisiter les solutions arbitrales et de faire une projection sur les affaires *World Wide Minerals* et *Gold Pool*.

Enfin, l'articulation entre le moment d'expression du consentement de l'État à l'arbitrage et la succession d'États à la suite des divers modes d'expression de ce consentement a notamment permis de faire un exposé des différentes possibilités de la manifestation de ce consentement, des modes qui pourraient jouer un rôle intéressant dans la succession d'États en matière de traités d'investissement.

Conclusion

Au terme de la réflexion sur les règles applicables à la succession d'États en matière de traités d'investissement, on constate qu'elles sont une conjonction de règles d'origines diverses. Ainsi donc, ces règles dépassent les cadres du droit de la succession d'États en matière de traités et du droit international des investissements pour toucher au droit de la responsabilité internationale de l'État lorsqu'on aborde la question de la clause de survie. Une simple application des dispositions de la Convention de 1978 s'avère incapable de répondre à la problématique parce que ces dispositions se trouvent en déphasage avec la pratique ultérieure des États. Le recours aux dispositions de la Convention de 1969 sur le droit des traités se retrouve finalement en bonne place pour éclairer la situation.

La propension de la Convention de 1978 à favoriser la stabilité des relations conventionnelles n'est pas faite pour faciliter l'étude des règles applicables d'autant plus que la pratique ultérieure des États ne la corrobore pas. Il en résulte un rôle de premier ordre du consentement de l'État qu'il est nécessaire d'intégrer dans la recherche des règles convenables. L'intégration de cette dimension a pu s'opérer grâce au recours à la distinction doctrinale entre traités réels et traités personnels insuffisamment prise en compte par les conventions de 1978 et de 1969. Le fait que cette distinction ménage la souveraineté étatique tout en prônant des règles de nature coutumière indiscutable a permis une qualification des traités d'investissement et favoriser leur rattachement à un régime juridique.

La problématique du consentement à l'arbitrage qui se trouve au centre du présent mémoire a pu être traitée en considération de la distinction entre traités réels et traités personnels. Elle a aussi fait appel à des considérations telles les conventions explicites ou implicites des parties concernant le sort des traités d'une part, et d'autre part à certains principes propres au contentieux international.

En définitive on peut sans coup férir affirmer que la Convention de 1978 semble désuète et que ce soit finalement la Convention de 1969 qui gouverne les règles

applicables à la succession d'États en matière de traités d'investissement. Cela justifierait le désintérêt des États à son égard et nécessiterait qu'on redéfinisse les critères d'appréciation tels qu'elle l'entend et cela à la lumière des solutions dégagées par la présente étude. Les mutations territoriales étant une arlésienne, la problématique des traités d'investissement demeure et ce mémoire pose les bases d'un règlement adéquat tout en ayant à l'esprit la nécessité d'approfondir sa connexion avec le droit de la responsabilité internationale de l'État et son élargissement aux contrats d'États.

Bibliographie

Traités

- *Charte des Nations Unies*, 26 juin 1945, Rt Can 1945 n°7.
- *Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États*, 19 mars 1965, 575 RTNU 169 (entrée en vigueur : 14 octobre 1966).
- *Traité sur la non-prolifération des armes nucléaires*, 1^{er} juillet 1968, 480 RTNU (entrée en vigueur : 5 mars 1970).
- *Convention de Vienne sur le droit des traités*, 23 mai 1969, 1155 RTNU 331 (entrée en vigueur : 27 janvier 1980).
- *Convention de Vienne sur la succession d'États en matière de traités*, 23 août 1978, 1946 RTNU 3 (entrée en vigueur : 6 novembre 1996).
- *Traité d'Asunción pour la constitution d'un Marché commun entre la République Argentine, la République fédérative du Brésil, la République du Paraguay et la République orientale de l'Uruguay*, 26 mars 1991, 2140 RTNU 339 (entrée en vigueur : 15 décembre 1995).
- *Accord portant création de la Communauté des États indépendants*, 8 décembre 1991, 31 ILM 138.
- *Traité sur la Charte de l'énergie*, 17 décembre 1994, 2080 RTNU 100 (entrée en vigueur : 16 avril 1994).
- *Accord de libre-échange nord-américain entre le gouvernement du Canada, le gouvernement des États-Unis et le gouvernement du Mexique*, 17 décembre 1992, RT Can 1994 n° 2 (entrée en vigueur : 1^{er} janvier 1994).
- *Accord entre le gouvernement du Canada et le gouvernement de la République Fédérale Tchèque et Slovaque sur l'encouragement et la*

protection des investissements, 15 novembre 1990, 2469 RTNU 113/ RT Can 1992 n°10 (entré en vigueur : 9 mars 1992).

- *Accord relatif à l'encouragement et à la protection réciproque des investissements entre le Royaume des Pays-Bas et la République fédérale tchèque et slovaque*, 29 avril 1991, 2242 RTNU 205 (entrée en vigueur : 1er octobre 1992).
- *Treaty between the Czech and Slovak federal republic and the United States of America concerning the reciprocal encouragement and protection of investment*, 22 octobre 1991 (entrée en vigueur: 19 décembre 1992).
- *Accord entre le gouvernement du Canada et le gouvernement de l'Union des Républiques socialistes soviétiques sur l'encouragement et la protection réciproque des investissements*, 20 novembre 1989, 1852 RTNU 215/ RT Can 1991 n°31 (entrée en vigueur : 27 juin 1991).
- *Agreement between the government of the Hellenic republic and the federal Government of the federal republic of Yugoslavia on the reciprocal promotion and protection of investments*, 25 juin 1992.

Documents Internationaux

- *Déclaration relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les États conformément à la Charte des Nations Unies*, Rés AG 2625 (XXV), Doc off AG NU, 5é sess, supp n° 18, Doc NU A/8018 (1970) 131.
- *Déclaration de Manille sur le règlement pacifique des différends internationaux*, Rés AG 37/10, Doc off AG NU, Doc NU A/37/590 (1982) 323.

- CDI, « Rapport de la Sous-commission sur la succession d'États et de gouvernements » (Doc A/CN.4/160) dans *Annuaire de la Commission du droit international* 1963, vol 2, New York, NU, 1963.
 - CDI, « Rapport de la Commission à l'Assemblée Générale », (Doc A/9610/Rev.1) dans *Annuaire de la commission du droit international* 1974, vol 2, partie 1, New York, NU, 1974.
- **Document national**
 - *Décret du 16 mai 2003 portant publication de l'accord entre le Gouvernement de la République française et le Conseil des ministres de Serbie-et-Monténégro relatif à la succession en matière de traités bilatéraux conclus entre la France et la République socialiste fédérative de Yougoslavie (ensemble une annexe) signé à Paris le 26 mars 2003*, JO, 16 mai 2003, n°119 à la 8825.

Jurisprudence

- **CPJI**
 - *Carélie Orientale* (1923), Avis consultatif, CPJI (sér B) n°5 à la p 15.
 - *Affaires des Concessions Mavrommatis en Palestine (Grèce c Grande-Bretagne)* (1924), CPJI (sér A) n°2.
 - *Affaire des Droits de minorités en Haute-Silésie (Allemagne c Pologne)* (1928), CPJI (sér A) n° 15.
- **CIJ**

- *Affaire du Déroit de Corfou (Royaume Uni de Grande-Bretagne c Albanie)*, [1948] CIJ rec 1948.
- *Réserves à la Convention sur le génocide*, Avis consultatif, [1951] CIJ Rec 1951.
- *Affaire Haya de la Torre (Colombie c Pérou)*, [1951] CIJ rec 1951.
- *Affaire du Plateau continental de la Mer du Nord (République fédérale d'Allemagne c Pays Bas)*, [1969] CIJ rec 1969.
- *Affaire du différend frontalier (Burkina Faso c République du Mali)*, [1986] CIJ Rec 1986.
- *Affaire relative à l'application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c Yougoslavie (Serbie et Monténégro))*, Ordonnance du 8 avril 1993, [1993] CIJ Rec 1993.
- *Affaire relative à l'application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c Yougoslavie)*, [1996] CIJ Rec 196.
- *Projet Gabcikovo-Nagymaros (Hongrie c Slovaquie)*, [1997] CIJ Rec 1997.
- *Affaire de la compétence en matière de pêcheries (Espagne c Canada)*, [1998] CIJ Rec 1998.
- *Affaire relative à l'application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Croatie c Serbie)*, [2008] CIJ Rec 2008.
- *Affaire relative à Application de la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (Géorgie c Fédération de Russie)*, Ordonnance du 15 octobre 2008, [2008] CIJ Rec 2008.

- **Tribunaux arbitraux**

- ✓ **Général**

- *Affaire relative à la concession des phares de l'Empire ottoman (Grèce c France)* (1956), 12 RSA 155.
- *Affaire de la délimitation de la frontière maritime (Guinée c Guinée Bissau)*, sentence du 14 février 1985, (1990) 9 RSA 149.

- ✓ **CIRDI**

- *Southern Pacific Properties (SPP) c Égypte*, sentence finale, aff CIRDI n°ARB/84/3 (1988), JDI, 1994.
- *Asian agricultural products Ltd. (APPL) c. République du Sri Lanka*, sentence finale, aff CIRDI n°ARB/87/3 (1990), ILM, 1990.
- *Enron Corporation et Ponderosa Assets LP c Argentine*, décision sur la compétence, ICSID Case No. ARB/01/03 (TBI États-Unis – Argentine, 14 janvier 2004).
- *EDF (Services) Ltd. c Roumanie*, sentence, ICSID Case No ARB/05/13 (TBI Roumanie- Royaume-Uni, 8 octobre 2009).
- *SAUR International SA c Argentine*, décision sur la compétence et la responsabilité, ICSID Case No. ARB/04/4 (TBI Argentine- France, 6 juin 2012).
- *ConocoPhillips Petrozuata B.V., ConocoPhillips Hamaca B.V et ConocoPhillips Gulf of Paria B.V. c République bolivarienne du Venezuela*, sentence, Aff CIRDI ARB/07/30/ D.C, 13 septembre 2013.

✓ **CNUDCI**

- *Mytilinos holding S A c. Communauté des États de la Serbie et du Monténégro et Serbie*, sentence partielle, CNUDCI (TBI république Hellénique- gouvernement fédéral de la république fédérale de Yougoslavie (Serbie et Monténégro), 25 juin 1992).
- *Lauder c République tchèque*, sentence finale, UNCITRAL (TBI États-Unis d'Amérique- République fédérale tchèque et slovaque, 3 septembre 2001).
- *CME Czech Republic BV c Czech Republic*, sentence partielle, UNCITRAL (TBI Pays-Bas, Tchécoslovaquie, 13 septembre 2001).
- *William Nagel c Czech Republic*, sentence, UNCITRAL SCC Case No 049/2002 (TBI Royaume Uni, Tchécoslovaquie, 9 septembre 2003).
- *Saluka Investments B.V. c République tchèque*, sentence partielle, UNCITRAL (TBI Royaume des Pays-Bas- République fédérale tchèque et slovaque, 27 mars 2006).
- *Eastern Sugar B.V. (Royaume des Pays-Bas) c République tchèque*, sentence partielle, UNCITRAL SCC Case N°088/2004/ (TBI Royaume des Pays-Bas- République fédérale tchèque et slovaque, 27 mars 2007).
- *Jan Oostergetel and Theodora Laurentius c Slovak Republic*, décision sur la compétence, UNCITRAL (TBI Pays-Bas, Tchécoslovaquie 30 avril 2010).
- *Achmea BV c Slovak Republic*, UNCITRAL PCA Case No 2008-13 (TBI Pays-Bas, Tchécoslovaquie, 26 octobre 2010).
- *Frontier Petroleum Services Ltd. C République tchèque*, sentence finale, UNCITRAL (TBI Canada-République Tchèque, 12 novembre 2010).
- *Grand River Enterprises Six Nations Ltd. c États-Unis*, sentence, UNCITRAL (ALENA, 12 janvier 2011).

- *Alps Finance and Trade AG c Slovak Republic*, sentence, UNCITRAL (TBI Suisse, Tchécoslovaquie, 5 mars 2011).
- *HICEE BV c Slovak Republic*, sentence partielle, UNCITRAL PCA Case No 2009-11 (TBI Pays-Bas, Tchécoslovaquie, 23 mai 2011).
- *World Wide Minerals c République du Kazakhstan*, Reclamation, UNCITRAL (TBI Canada-URSS, 16 décembre 2013).
- *Gold Pool c Kazakhstan*, Réclamation, UNCITRAL, PCA Case n° 2016-23, (TBI Canada-URSS, 22 mars 2016).

Ouvrages

- **Monographies**

- Académie de droit international de La Haye : Centre d'étude et de recherche de droit international et de relations internationales, *La succession d'États : la codification à l'épreuve des faits*, Leyde, Martinus Nijhoff Publishers, 1996.
- Azar A, *L'exécution des décisions de la CIJ*, Bruxelles, Bruylant, 2003.
- Bishop V R D, Crawford J et Reisman W R, *Foreign Investment Disputes: Cases, Materials and Commentary*, The Hague, Kluwer Law International, 2005.
- Bonomo S, *Les traités bilatéraux relatifs aux investissements. Entre protection des investissements étrangers et sauvegarde de la souveraineté des États*, Marseille, PUAM, 2012.
- Calvo C, *Le droit international, théorie et pratique*, tome 1^{er}, Paris, 1887.
- Carreau D, Juillard P et al, *Droit international économique*, 6^e éd, Paris, Dalloz, 2017.

- Combacau J et Sur S, *Droit international public*, 9^e éd, Paris, Montchrestien, 2010.
- Côté C-E, *La participation des personnes privées au règlement des différends internationaux économiques : l'élargissement du droit de porter plainte à l'OMC*, Bruxelles, Bruylant, 2007.
- David R, *L'arbitrage dans le commerce international*, Paris, Economica, 1982.
- Daillier P, Forteau M et Pellet A, *Droit international public*, 8^e éd, Paris, LGDJ, 2009.
- Decaux E et Frouville O de, *Droit international public*, 8^e éd, Paris, Dalloz, 2016.
- Dumberry P, *State Succession to International Responsibility*, Leiden • Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2007.
- Dupuy P-M et Kerbrat Y, *Droit international public*, 13^e éd, Paris, Dalloz, 2016.
- Fouchard P, Gaillard E et Goldman B, *Traité de l'arbitrage commercial international*, Paris, Litec, 1996.
- Hamant H, *Démembrement de l'URSS et problèmes de succession d'États*, Bruxelles, Bruylant, 2007.
- Hyde C C, *International Law Chie y as Interpreted and Applied by the United States*, vol. I, 2nd ed., Boston, Little, Brown & Co., 1945.
- Kolb R, *Interprétation et création du droit international : esquisses d'une herméneutique juridique moderne pour le droit international public*, Bruxelles, Bruylant, 2006.

- Laviee J-P, *Protection et promotion des investissements : étude de droit international économique*, Paris, PUF, 1985.
 - Meriboute Z, *La codification de la succession d'États aux traités. Décolonisation, sécession, unification*, Paris, PUF, 1984.
 - Nanteuil A de, *Droit international de l'investissement*, 2è éd, Paris, Pedone, 2017.
 - Pazartzis P, *Les engagements internationaux en matière de règlement pacifique des différends*, Thèse, Paris, LGDJ, 1992.
 - Pazartzis P, *La succession d'États aux traités multilatéraux*, Paris, Pedone, 2002.
 - Ranjeva R, *Droit international public*, Paris, EDICEF, 1992.
 - Reuter P, *Introduction au droit des traités*, 3è éd, Paris, PUF, 1995.
 - Stern B, *La succession d'États*, cours de l'Académie de droit international de La Haye, (2000) 262 RCADI.
 - Verhoeven J, *Droit international public*, Bruxelles, Larcier, 2000.
 - Waelde T, *Nouveaux horizons pour le droit international des investissements dans le contexte de la mondialisation de l'économie : études de questions spécifiques*, Paris, Pedone, 2004.
 - Weil P, *Ecrits de droit international*, Paris, PUF, 2000.
 - Wilkinson H A, *The American Doctrine of State Succession*, Baltimore, Johns Hopkins Press, 1932.
- **Ouvrages collectifs**
- Klabbbers J, Koskenniemi M, Ribbelink O M et Zimmermann A, dir, *Pratique des États concernant la succession d'États et les questions de*

reconnaissance : le Projet Pilote du Conseil de l'Europe, The Hague, Kluwer Law International, 1999.

- Leben C, dir, *Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational*, Paris, Pedone, 2015.
- Salmon J, dir, *Dictionnaire de droit international public*, Bruylant, Bruxelles, 2001.

Articles

- Bokor-Szego H, « Continuation et succession en matière de traités internationaux » dans Geneviève Burdeau et Brigitte Stern, dir, *Dissolution, continuation et succession en Europe de l'est*, Paris, Montchrestien, 1994.
- Castren E, « Aspects récents de la succession d'États » (1951) 78 RCADI.
- Choukroune L, « La négociation diplomatique dans le cadre du règlement pacifique des différends. Théorie et pratique du droit international », *Hypothèses* 2001/1 (4) à la p 4, [en ligne] www.cairn.info/revue-hypotheses-2001-1-page-151.htm#.
- Côté C-E, « Investissement » (2013) 51 ACIDI 397.
- Côté C-E, « Les difficultés d'application du principe d'unité de l'État fédéral dans le droit de la responsabilité de l'État : retour sur le(s) livre(s) d'André Momméja et Maurice Donot » in RGDIP, Paris, Pedone, Tome CXVII, 2013.
- Côté C-E, « Le Canada et la capacité des entités infra-étatiques de conclure des traités », in Centre for International Governance Innovation, *Canada et droit international : 150 ans d'histoire et perspectives d'avenir document* (2018) 23.

- Djuro-Degan V, « la succession d'États en matière de traités et les nouveaux États (issus de l'ex-Yougoslavie) » (1996) 42 AFDI 206.
- Dumberry D, « An Uncharted Question of State Succession: Are New States Automatically Bound by the BITs Concluded by Predecessor States Before Independence? » (2015) 6 JIDS 74.
- Fitzmaurice G, « The juridical clauses of the peace treaties » (1948) 73 2 RCADI.
- Goy R, « La réunification du Yémen » (1990) 36 AFDI 249.
- Goy R, « L'indépendance de l'Érythrée » (1993) 39 AFDI 337.
- Jeanneson S, « Les conférences internationales de La Haye, 1899 et 1907 », *Encyclopédie pour une histoire nouvelle de l'Europe*, [en ligne] <https://ehne.fr/node/1399>.
- Juillard P, « Les conventions bilatérales d'investissement conclues par la France », JDI, 1979.
- Kaufmann-Kohler G, « L'arbitrage d'investissement : entre contrat et traité – entre intérêts privés et intérêt public ». Texte d'une conférence prononcée le 24 juin 2004 au Centre libanais d'arbitrage à Beyrouth disponible en ligne <http://lk-k.com/wp-content/uploads/L%E2%80%99arbitrage-d%E2%80%99investissement-entre-contrat-et-trait%C3%A9-%E2%80%93-entre-int%C3%A9r%C3%AAts-priv%C3%A9s-et-int%C3%A9r%C3%AAt-public.pdf>.
- Lazareff S, « L'arbitre est-il un juge ? », in *Liber Amicorum Claude Reymond. Autour de l'arbitrage*, Paris, Litec, 2004.
- Leben C, « La responsabilité internationale de l'État sur le fondement des traités de promotion et de protection des investissements », AFDI, 2004.

- Latty F, « Conditions d'engagement de la responsabilité de l'État d'accueil de l'investissement » in Charles Leben (dir), *Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational*, Paris, Pedone, 2015.
- Malenovsky J, « Problèmes juridiques liés à la partition de la Tchécoslovaquie » (1993) 39 AFDI 305.
- Monnier J P, "La succession d'États en matière de responsabilité internationale", 8 AFDI.
- Tams C J, « State Succession to Investment Treaties: Mapping the Issues», (2016) 31: 2 ICSID Review 314.
- Udina M, « La succession des États quant aux obligations internationales autres que les dettes publiques » (1933) 33 RCADI 665.
- Yasseen M K, « La Convention de Vienne sur la succession d'États en matière de traités » (1978) 24 AFDI 59.

Sites web

- <http://investmentpolicyhub.unctad.org>
- <https://treaties.un.org>
- <http://www.italaw.com>