

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL
BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

**La légalité de l'investissement
devant l'arbitre international: à
la recherche d'un point d'équilibre**
**The legality of Investment
before the International
Arbitrator : Looking for an
Equilibrium**

Hervé Ascensio

Sumário

I. CRÔNICAS DO DIREITO INTERNACIONAL	1
<i>CRÔNICAS DO DIREITO INTERNACIONAL PÚBLICO</i>	3
A RESOLUÇÃO 2272 (2016) DO CONSELHO DE SEGURANÇA DAS NAÇÕES UNIDAS – O POSICIONAMENTO DA ONU FACE ÀS ALEGAÇÕES DE ABUSO E EXPLORAÇÃO SEXUAL POR SUAS TROPAS DE PAZ	3
Sarah Dayanna Lacerda Martins Lima	
<i>CRÔNICAS DE DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO.....</i>	9
Nadia de Araujo, Marcelo De Nardi, Gustavo Ribeiro, Fabrício Polido e Inez Lopes	
I. ATOS E FATOS INTERNACIONAIS.....	9
CRÔNICA 1. NOVIDADES DE 2017 SOBRE CIRCULAÇÃO FACILITADA DE SENTENÇAS ESTRANGEIRAS	9
CRÔNICA 2: O DIREITO TRANSNACIONAL E OS EPISÓDIOS DAS CARNES.....	16
II. DECISÕES	20
CRÔNICA 3: A IRRESISTÍVEL FORÇA DA ORDEM PÚBLICA E A HOMOLOGAÇÃO DE SENTENÇAS ESTRANGEIRAS PELO STJ	20
III. LEGISLAÇÃO DOMÉSTICA OU COMPARADA	26
CRÔNICA 4 - DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E MUDANÇA DE PARADIGMA DA LEI DE MIGRAÇÃO NO BRASIL.....	26
II. DOSSIÊ ESPECIAL: DIREITO INTERNACIONAL DOS INVESTIMENTOS	35
NON-ADJUDICATORY STATE-STATE MECHANISMS IN INVESTMENT DISPUTE PREVENTION AND DISPUTE SETTLEMENT: JOINT INTERPRETATIONS, FILTERS AND FOCAL POINTS	37
Catharine Titi	

MAPPING THE DUTIES OF PRIVATE COMPANIES IN INTERNATIONAL INVESTMENT LAW	50
Nitish Monebhurrn	
LA LÉGITIMITÉ DE L'INVESTISSEMENT DEVANT L'ARBITRE INTERNATIONAL: À LA RECHERCHE D'UN POINT D'ÉQUILIBRE	73
Hervé Ascensio	
HOST STATES AND STATE-STATE INVESTMENT ARBITRATION: STRATEGIES AND CHALLENGES.....	81
Murilo Otávio Lubamdo de Melo	
RIGHT TO REGULATE, MARGIN OF APPRECIATION AND PROPORTIONALITY: CURRENT STATUS IN INVESTMENT ARBITRATION IN LIGHT OF <i>PHILIP MORRIS V. URUGUAY</i>.....	95
Giovanni Zarra	
INVESTMENTS ON DISPUTED TERRITORY: INDISPENSABLE PARTIES AND INDISPENSABLE ISSUES....	122
Peter Tzeng	
THE INFLUENCE OF GENERAL EXCEPTIONS ON THE INTERPRETATION OF NATIONAL TREATMENT IN INTERNATIONAL INVESTMENT LAW	140
Louis-Marie Chauvel	
UMA PROPOSTA DE REFLEXÃO SOBRE OS ACFIS: ATÉ QUE PONTO O TRATAMENTO DE NAÇÃO MAIS FAVORECIDA PODE MINAR A ESTRATÉGIA POLÍTICA QUE OS EMBASA?	160
Michelle Ratton Sanchez Badin, Daniel Tavela Luis e Mario Alfredo de Oliveira	
ECUADOR'S 2017 TERMINATION OF TREATIES: HOW NOT TO EXIT THE INTERNATIONAL INVESTMENT REGIME.....	179
Jose Gustavo Prieto Muñoz	
ONE BELT, ONE ROAD: NOVAS INTERFACES ENTRE O COMÉRCIO E OS INVESTIMENTOS INTERNACIONAIS	193
Flávio Marcelo Rodrigues Bruno e Marilda Rosado de Sá Ribeiro	
III. ARTIGOS SOBRE OUTROS TEMAS.....	214
TOLERÂNCIA E REFUGIO: UM ENSAIO A PARTIR DO ACORDO EU-TURQUIA	216
Flávia Cristina Piovesan e Ana Carolina Lopes Olsen	

O TRATAMENTO DO APÁTRIDA NA NOVA LEI DE MIGRAÇÃO: ENTRE AVANÇOS E RETROCESSOS...	237
Jahyr-Philippe Bichara	
O CARÁTER HUMANISTA DA LEI DE MIGRAÇÕES: AVANÇOS DA LEI N. 13.445/2017 E OS DESAFIOS DA REGULAMENTAÇÃO	254
Marcelo Dias Varella, Clarice G. Oliveira, Mariana S.C. Oliveira e Adriana P. Ligiero	
REFORM OF THE UNITED NATIONS SECURITY COUNCIL: THE EMPEROR HAS NO CLOTHES.	268
Ljubo Runjic	
A IDEIA DE QUE OS LATINO-AMERICANOS PREFEREM O AUTORITARISMO À DEMOCRACIA À LUZ DA REINTERPRETAÇÃO DOS CRITÉRIOS DO PROGRAMA DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O DESENVOLVIMENTO	286
Gina Marcilio Pompeu e Ana Araújo Ximenes Teixeira	
A PROTEÇÃO DA ORIENTAÇÃO SEXUAL E IDENTIDADE DE GÊNERO DIVERSAS NA CORTE PENAL INTERNACIONAL: ENTRE REALPOLITIKS E OS DIREITOS HUMANOS	313
Gustavo Bussmann Ferreira	
A DESNACIONALIZAÇÃO E AS VIOLAÇÕES DE DIREITOS HUMANOS NA REPÚBLICA DOMINICANA.	331
Daniela Menengoti Gonçalves Ribeiro e Rodrigo Ichikawa Claro Silva	
COMPETÊNCIA DO TPI NO CASO DO ATAQUE AO HOSPITAL DE KUNDUZ: UMA ANÁLISE ENVOLVENDO A JURISDIÇÃO DO TPI EM RELAÇÃO A NACIONAIS DE ESTADOS NÃO-PARTE DO ESTATUTO DE ROMA	349
Filipe Augusto Silva e Renata Mantovani de Lima	
A CRIMINALIZAÇÃO DOS IMIGRANTES EM SITUAÇÃO IRREGULAR NA ITÁLIA: BIOPOLÍTICA E DIREITO PENAL DO AUTOR.....	369
Maiquel Angelo Dezordi Wermuth e Jeannine Tonetto de Aguiar	
THE NEW RULES ON TRADE AND ENVIRONMENT LINKAGE IN PREFERENTIAL TRADE AGREEMENTS	389
Alberto do Amaral Júnior e Alebe Linhares Mesquita	
BEYOND THE BORDER BETWEEN THE NORTH AND THE SOUTH: TOWARDS A DECOLONIZATION OF EPISTEMOLOGIES AND FIELDS OF RESEARCH ON MERCOSUR.....	413
Karine de Souza Silva	

A APLICABILIDADE DA CONVENÇÃO DE MONTREAL NO DIREITO BRASILEIRO.....	430
Aziz Tuffi Saliba e Alexandre Rodrigues de Souza	
REGIME DE TRANSPARÊNCIA FISCAL NA TRIBUTAÇÃO DOS LUCROS AUFERIDOS NO EXTERIOR (CFC RULES): LACUNAS E CONFLITOS NO DIREITO BRASILEIRO	450
Paulo Rosenblatt e Rodrigo Torres Pimenta Cabral	
AS REGRAS BRASILEIRAS DE TRIBUTAÇÃO DE CONTROLADAS E COLIGADAS NO EXTERIOR: VERDADEIRAS CONTROLLED FOREIGN COMPANY (CFC) RULES?	465
Melina de Souza Rocha Lukic e Amanda Almeida Muniz	
O RETORNO DE BENS CULTURAIS.....	490
Aziz Saliba e Alice Lopes Fabris	
DIREITOS CULTURAIS E NAÇÕES UNIDAS: UMA ANÁLISE A PARTIR DA DECLARAÇÃO SOBRE A ELIMINAÇÃO DE TODAS AS FORMAS DE INTOLERÂNCIA E DISCRIMINAÇÃO BASEADAS NA RELIGIÃO OU NA CRENÇA	511
Leilane Serratine Grubba e Márcio Ricardo Staffen	
OS REFLEXOS DA PROTEÇÃO INTERNACIONAL DA PROPRIEDADE INTELECTUAL PARA O DESENVOLVIMENTO INTERNO: UMA ANÁLISE SOBRE O SISTEMA PATENTÁRIO BRASILEIRO E A TRANSFERÊNCIA DE TECNOLOGIA.....	525
Michele M. Segala e Isabel Christine S. De Gregori	
O CASO HIPOTÉTICO DA MORTE DO EMBAIXADOR FRANCÊS NA ESPANHA: DUAS ESPÉCIES DE IUS GENTIUM EM FRANCISCO DE VITÓRIA	537
Rafael Zelesco Barretto	
DE VOLTA À BEVILAQUA: ANÁLISE ECONÔMICA DA APLICAÇÃO DO ART. 9º DA LINDB ÀS OBRIGAÇÕES CIVIS CONTRATUAIS	566
Danielle Cristina Lanius e Ivo Teixeira Gico Jr	

La légalité de l'investissement devant l'arbitre international: à la recherche d'un point d'équilibre*

The legality of Investment before the International Arbitrator : Looking for an Equilibrium

Hervé Ascensio**

RÉSUMÉ

L'idée que la protection offerte à l'investisseur étranger par le droit international est conditionnée par le respect de la légalité est apparue dans la pratique de l'arbitrage d'investissement en raison de certaines dispositions conventionnelles et de l'application de principes généraux du droit international. L'effet de cette condition de légalité est cependant complexe, car elle est invoquée tantôt comme une cause d'incompétence, tantôt comme une cause d'irrecevabilité, tantôt au fond. L'article soutient que les décisions arbitrales sont devenues au fil du temps de plus en plus cohérentes à cet égard et que les différentes qualifications juridiques s'expliquent par l'existence de différentes bases juridiques, par les séquences de la procédure arbitrale et par la diversité des figures de la légalité. Une approche équilibrée de la condition de légalité consisterait dès lors à la fonder tant sur le droit international que sur le droit interne et à la concentrer sur le moment de réalisation de l'investissement ; à l'inverse, une approche plus extensive soulève des difficultés conceptuelles et pratiques.

Mots-clés: légalité; investissement ; équilibre; arbitrage

ABSTRACT

The idea that the protection offered to foreign investors under international law is conditioned upon the respect of legality has emerged in the practice of investment arbitration, on the basis of some treaty provisions and on the basis of general principles of international law. The effect of such legality condition is however intricate, because an argument on illegality is raised sometimes as a jurisdictional objection, sometimes as an admissibility issue, and sometimes on the merits. This article argues that arbitral decisions have become more consistent over time, and that different legal characterizations are understandable, taking into account the different legal basis for a legality condition, the timing of proceedings, and the multifaceted aspects of legality. A balanced approach of the legality condition would be to ground it in international as well as national law, and to focus on the moment of the making of the investment; conversely, an expansive approach

* Invited author.

** Professeur à l'Ecole de droit de la Sorbonne, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne.
E-mail: herve.ascensio@univ-paris1.fr.

ch would create conceptual and practical difficulties.

Keywords : legality ; investment ; equilibrium ; arbitration

Bien évidemment, les investisseurs étrangers doivent respecter le droit de l'Etat d'accueil de leur investissement en vertu du droit même de cet Etat. Mais s'ils ne l'ont pas fait – un peu, beaucoup –, à un moment donné du cycle de vie de l'investissement, cela emporte-t-il des conséquences dans l'ordre international ? Plus précisément, un investisseur ne respectant pas le droit de l'Etat d'accueil, voire la légalité internationale, doit-il être privé de la protection conférée par les traités relatifs à l'investissement, y compris l'accès à l'arbitrage international ? Cette question pourra surprendre le lecteur à plusieurs égards ; elle est désormais régulièrement soulevée dans la pratique de l'arbitrage d'investissement.

La surprise est souvent une question de point de vue. Si l'on prend celui de l'investisseur, il pensera peut-être que l'illégalité reprochée n'est pas forcément importante ou, du moins, qu'il incombait à l'Etat d'y remédier dans le cadre de son propre système juridique. Cela concerne-t-il vraiment le droit international de manière générale, et les traités d'investissement en particulier, ceux-ci ayant pour seule fonction de le protéger contre l'aléa de souveraineté ? Quant à l'Etat, il estimera choquant qu'un investissement réalisé illégalement ou qu'un investisseur ayant violé avec constance son ordre juridique puisse obtenir satisfaction en portant le litige devant un tribunal international. Imaginerait-on qu'un étranger installe illégalement une usine de production de cocaïne sur le territoire d'un Etat et se plaint ensuite devant un tribunal arbitral de l'expropriation résultant de la confiscation de son bien par la police ? L'imagerait-on même si le traité ne faisait aucune mention du respect du droit par l'investisseur ou de la légalité de l'investissement ?

Ces points de vue et intérêts divergents sont à la recherche d'un point d'équilibre dans le droit international de l'investissement. Ce point se trouve dans l'apparition de ce qu'il est désormais convenu d'appeler la « condition de légalité » de l'investissement¹. Pour au-

¹ Zachary Douglas recourt à une autre expression, celle de « plea of illegality », in « The Plea of Illegality in Investment Treaty Arbitration », *ICSID Review*, vol. 29, Issue 1, 2014, pp. 155-186. L'expression nous paraît cependant moins claire et comporte un risque de confusion avec des techniques contentieuses sans aucun rapport – on songe à l'exception d'illégalité.

tant, la discussion est complexe et il existe des différences d'approche notables selon les tribunaux arbitraux. La légalité sera abordée parfois comme une question de compétence, parfois comme une condition de recevabilité, parfois encore comme une question de fond ou comme une cause d'atténuation de la responsabilité. Cela ne contribue sans doute pas à rendre l'arbitrage d'investissement compréhensible au non-initié, alors que le questionnement est, lui, aisément compréhensible. Il nous semble malgré tout que ces variations sont explicables et ne portent pas atteinte à l'objectif de cohérence d'une discipline. Elles résultent en effet principalement de différences dans la rédaction des traités et des caractéristiques propres à chaque affaire. Il est dès lors possible de présenter une vision ordonnée du sujet, à la lumière des décisions des tribunaux arbitraux, même si, il faut aussi en convenir, des zones d'ombre subsistent. Ceci vaut tant pour l'existence d'une condition de légalité et de ses effets dans le contentieux (I) que pour l'étendue de l'examen incombant au tribunal arbitral (II).

1. L'EXISTENCE D'UNE CONDITION DE LÉGALITÉ

La condition de légalité apparaît de manière expresse dans un certain nombre de traités, sous une forme qui la limite généralement – mais pas toujours – à la période de réalisation de l'investissement. Par ailleurs, certains tribunaux arbitraux ont admis que la légalité de l'investissement devait être prise en considération même en l'absence de mention expresse dans le traité. La présence de deux fondements juridiques distincts soulève évidemment des interrogations, y compris sous l'angle contentieux. Les deux hypothèses seront examinées successivement.

1.1. La condition de légalité conventionnelle

De nombreux traités d'investissement contiennent une condition de légalité portant sur la réalisation de l'investissement, le plus souvent dans la disposition définissant la notion d'investissement. Il est alors précisé que l'investissement doit avoir été réalisé ou établi « conformément au droit » ou « conformément aux lois et règlements en vigueur », soit dans le chapeau introductif, soit après la liste exemplative. Une illustration du premier genre est le traité conclu entre l'Inde et

le Sénégal le 3 juillet 2008, dont l'article 1 (a) définit l'investissement comme « tout type d'avoir établi ou acquis (...) conformément aux lois nationales (...) » de l'Etat d'accueil. Pour le second, on citera l'article 1er, paragraphe 1, du traité conclu le 10 juillet 2014 entre la Colombie et la France :

« Il est entendu que les avoirs susmentionnés et couverts par le présent Accord doivent avoir été investis par un investisseur d'une Partie Contractante sur le territoire de l'autre Partie Contractante conformément aux lois et règlements de la Partie Contractante sur le territoire de laquelle l'investissement a été réalisé »

La condition peut être renforcée par d'autres mentions du droit interne dans la définition de l'investissement : dans certaines rubriques de la liste exemplative de l'investissement, dans une disposition sur la mutation de l'investissement. Elle peut aussi apparaître dans une définition, distincte, de l'« investissement couvert » ou de l'« investissement visé », comme à l'article 4 (a) de l'Accord global sur l'investissement de l'ASEAN du 26 février 2009, ou à l'article 8.1 de l'Accord économique et commercial global conclu le 26 octobre 2016 entre le Canada d'un côté et l'Union européenne et ses Etats membres de l'autre.

Dans ce cas de figure, l'effet juridique est simple au moins à première lecture. Un investissement n'ayant pas été réalisé conformément à la légalité se situe hors du champ d'application du traité. Dès lors, si le traité ne lui est pas applicable, la clause d'arbitrage ne l'est pas davantage et un tribunal arbitral saisi sur le fondement dudit traité à propos d'un tel investissement sera matériellement incompétent. Plusieurs tribunaux arbitraux ont tenu semblable raisonnement, qui relève désormais d'une jurisprudence constante².

En revanche, d'autres références expresses à la légalité dans les traités d'investissement doivent être analysées avec plus de circonspection. Il est ainsi extrêmement courant que la clause relative à l'admission des investissements étrangers, c'est-à-dire aux flux entrants, ou encore à la phase dite « pré-investissement », comporte l'expression « conformément au droit national ». Il

s'agit là d'un simple renvoi au droit de l'Etat accueillant l'investissement comme droit applicable à la question de l'entrée des investissements étrangers, de manière à préserver entièrement le pouvoir de l'Etat de réglementer comme il l'entend l'accès des investisseurs étrangers au marché national. L'effet est limité à l'admission ; la clause n'étend pas ses effets à l'applicabilité des autres dispositions du traité. Il est donc difficile d'assimiler une telle disposition à une condition de légalité expresse limitant le champ d'application du traité³ ; tout au plus offre-t-elle un argument contextuel renforçant le raisonnement relatif à cette condition lorsqu'elle figure dans la définition de l'investissement⁴.

Il faut également se pencher sur le cas, encore rare, d'une clause générale relative aux obligations des investisseurs. A cet égard, un traité plurilatéral assez ancien, l'Accord sur la promotion, la protection et la garantie des investissements entre les Etats membres de l'Organisation de la Conférence islamique (1981), mérite attention⁵. Aux termes de son article 9 :

« L'investisseur s'engage à respecter les lois et règlements en vigueur dans le Pays Hôte et devra s'abstenir de tout ce qui est de nature à perturber l'ordre public et les mœurs et à porter atteinte à l'intérêt public. Il devra s'abstenir aussi d'entreprendre des activités contraignantes ou de réaliser des gains par des moyens illicites. »

L'affaire *Al Warraq c. Indonésie*, portée devant un tribunal arbitral sur le fondement de ce traité, a révélé les difficultés d'une telle généralisation⁶. Le tribunal, après avoir examiné l'intégralité de l'affaire, a estimé qu'en raison de violations du droit financier indonésien le requérant était « empêché de soutenir son grief » de violation du traitement juste et équitable (« *prevented from pursuing his claim* »), alors même que la violation du traité par l'Etat était avérée. Cette conclusion inattendue, qui évoque l'irrecevabilité⁷, est liée à un rapprochement entre le contenu de la clause et la doctrine des « mains propres » – elle-même peu assurée en droit international. Un tel raisonnement est donc fort différent d'une condition de légalité visant à restreindre le champ d'application maté-

2 *Tokios Tokelos v. Ukraine*, ICSID Case No. ARB /02/18, Decision on Jurisdiction, 29 April 2004, §§ 73 et 83 s. ; *Inceysa Vallisoletana, S.L. v. Republic of El Salvador*, ICSID Case No. ARB/03/26, Award, 2 August 2006, § 183 ; *Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide v. The Republic of the Philippines*, ICSID Case No. ARB/03/25, Award, 16 August 2007, § 334 ; *Mr. Saba Fakes v. Republic of Turkey*, ICSID Case No. ARB/07/20, Award, 14 July 2010, § 115.

3 *SAUR International S.A. c. Argentine*, Affaire CIRDI No. ARB/04/4, décision sur la compétence et sur la responsabilité, 6 juin 2012, § 307.

4 *Inceysa*, *op. cit.* note (2), § 206.

5 Accord du 5 juin 1981, entré en vigueur le 23 septembre 1986, 27 Etats parties.

6 *Hesham Talaat M. Al-Warraq v. The Republic of Indonesia*, Final Award, 15 December 2014.

7 *Ibid.*, § 648.

riel du traité. Il implique un examen approfondi des faits de l'affaire et du comportement de l'investisseur sur une longue durée qui cadre assez mal avec la fonction de la recevabilité dans tout système contentieux. Il peut également surprendre compte tenu de la rédaction de la clause elle-même, qui pose des obligations de fond. A ce titre, elle devrait plutôt servir pour des demandes reconventionnelles – celles formulées en l'espèce par l'Indonésie ont été rejetées au fond – ou pour atténuer la responsabilité de l'Etat.

Un autre genre de clause générale figure dans le modèle indien de traité bilatéral d'investissement de 2015, à l'article 1.4. Celui-ci définit l'investissement comme « *an enterprise constituted, organised and operated in good faith by the investor in accordance with the law of a Party in whose territory the investment is made* ». En raison du « *operated* », la condition de légalité pourrait s'étendre ici à l'ensemble de la vie de l'investissement et affecter, bien plus clairement que dans l'exemple précédent, le champ d'application du traité, puisqu'elle figure dans la définition de l'investissement. Pour autant, sa mise en œuvre pour la partie allant au-delà de la phase de réalisation de l'investissement risque de soulever des difficultés analogues à celles décrites ci-dessus à propos de l'affaire *Al-Warraq*. Est-il vraiment judicieux sous l'angle procédural, conforme à l'objet et au but du traité et équitable au fond d'examiner l'intégralité du comportement de l'investisseur durant toute la vie de l'investissement pour aboutir à un choix binaire entre compétence et incompétence, le tout indépendamment des violations éventuelles du traité commises au détriment de l'investisseur ? Quoi qu'il en soit, pour l'heure, aucun traité n'a encore été conclu selon ce modèle.

1.2. La légalité en l'absence de disposition conventionnelle

D'autres traités d'investissement, en grand nombre également, ne comportent aucune référence au respect du droit par l'investisseur comme condition de son applicabilité. Il n'existe par exemple pas de disposition sur la légalité de l'investissement dans le traité bilatéral d'investissement conclu entre l'Allemagne et la Chine le 1er décembre 2003, pas plus que dans le modèle de 2008 de traité bilatéral de l'Allemagne. Ni le Traité sur la Charte de l'Énergie, fondement d'un nombre très élevé d'arbitrages en cours, ni même la Convention de Washington de 1965 créant le CIRDI n'en comportent.

Malgré cela, quelques tribunaux arbitraux ont estimé qu'une condition équivalente existait de manière implicite⁸. Plusieurs raisonnements ont été conduits à cet égard. Dans l'affaire *Phoenix c. République tchèque*, le tribunal a estimé que la légalité était un élément objectif de définition de tout investissement, recourant à l'expression d'« investissement *bone fide* ». Ceci étant, l'idée était soutenue au titre de l'article 25 de la Convention de Washington instituant le CIRDI⁹, prolongeant une série de décisions arbitrales s'efforçant de définir objectivement l'investissement faute de définition dans la Convention. Sur ce point précis, la sentence *Phoenix* est restée isolée, même si elle a ensuite été citée par d'autres tribunaux arbitraux favorables à l'existence d'une condition de légalité tacite. Ces derniers ont préféré invoquer un autre fondement, celui du droit international général, s'appuyant sur des principes généraux comme la bonne foi, l'interdiction de l'abus de droit, le principe *ex injuria jus non oritur*, le principe *nemo auditur propriam turpitudinem allegans*, l'interdiction de l'enrichissement sans cause, voire la souveraineté. L'idée de contrariété à l'ordre public international a aussi été invoquée, notamment à propos de la corruption et de la fraude.

Si l'on admet que le droit international général contient effectivement une obligation de respecter le droit interne¹⁰, obligation conditionnant la protection accordée par un traité d'investissement, l'effet contentieux est sans doute différent de la condition de légalité conventionnelle – à tout le moins telle qu'habituellement formulée dans la clause définissant l'investissement. En effet, en l'absence de mention expresse de la légalité, le traité est à l'évidence applicable ; par conséquent, le tribunal arbitral est matériellement compétent. L'illégalité ne peut donc être invoquée qu'à un autre titre, soit comme cause d'irrecevabilité des demandes, soit au fond. C'est la raison pour laquelle la plupart des tribunaux arbitraux admettant l'existence d'une condition tacite de légalité en ont fait une cause d'irrecevabilité, et ce de plus en plus clairement au fil du temps. Seul le tribunal arbitral dans l'affaire *Phoenix* en a fait une question de com-

8 *Plama Consortium Limited v. Republic of Bulgaria*, ICSID Case No. ARB/03/24, Award, 27 August 2008, §§ 138-139 ; *Gustan F W Hamster GmbH & Co KG v. Republic of Ghana*, ICSID Case No. ARB/07/24, Award, 18 June 2010, §§ 123-124 ; *SAUR*, *op. cit.* note (3), § 308.

9 *Phoenix Action Ltd. v. The Czech Republic*, ICSID Case No. ARB/06/05, Award, 15 April 2009, § 114.

10 En ce sens, Arnaud de Nanteuil, *Droit international de l'investissement*, Pedone, Paris, 2017, p. 187.

pétence, de manière cohérente avec sa compréhension de la légalité comme élément objectif de la définition de l'investissement dans la Convention de Washington, compréhension dont on a déjà dit qu'elle n'avait pas été reprise ultérieurement. La qualification comme condition de recevabilité est devenue parfaitement claire avec les affaires *Churchill Mining et Planet Mining c. Indonésie*, car le tribunal s'était, dans un premier temps déclaré compétent pour connaître des deux affaires¹¹, puis a déclaré les demandes irrecevables en raison de la fraude ayant présidée à la réalisation de l'investissement¹².

Cette solution semble tout à fait appropriée car on ne saurait admettre aisément que le droit international protège un objet dont l'existence légale est entachée d'une illégalité majeure. Et il s'agit alors bien d'une cause d'irrecevabilité de la demande, car il est fait obstacle à l'exercice du pouvoir juridictionnel en raisons des caractéristiques de l'affaire et du droit applicable¹³.

2. L'ÉTENDUE DE L'EXAMEN DE LA LÉGALITÉ

Si donc l'on tient la condition de légalité pour acquise dans son principe, soit en raison d'une disposition conventionnelle expresse soit en raison du droit international général, il faut cependant en préciser l'étendue. L'effet de l'illégalité est lourd, qu'il s'agisse d'incompétence ou d'irrecevabilité, et il entre potentiellement en conflit avec le but – ou l'un des buts – des traités d'investissement, à savoir la protection de l'investissement. A être trop sourcilieux sur la légalité, on offrirait une échappatoire commode à tout Etat défendeur, tant il serait facile d'invoquer des défauts mineurs lors de la phase de réalisation de l'investissement, d'ouvrir brusquement les yeux sur un comportement illicite qui n'avait dérangé personne jusque là ou corres-

pondait à une pratique courante, voire de reconstruire *ex post* un scénario de comportement illicite. Par ailleurs, il faut rappeler que la condition de légalité vient du droit international – soit du traité, soit du droit international général – même lorsqu'elle a pour objet le respect du droit interne. Ceci introduit un décalage de sens par rapport au droit interne lui-même, ne serait-ce qu'en raison des méthodes d'interprétation qui doivent être celles du droit international. L'on étudiera ici deux aspects de l'examen de la légalité : sa temporalité et son contenu.

2.1. La temporalité de l'examen

La question de la temporalité est réglée par la plupart des traités contenant une disposition sur la légalité de l'investissement d'une manière identique : l'examen porte sur la phase de réalisation de l'investissement. Ceci résulte de la rédaction des clauses relatives à la définition de l'investissement ou à l'« investissement visé ». Par ailleurs, lorsque la question de la légalité n'est pas mentionnée mais résulte du droit international général, les tribunaux ont semblablement limité la période à observer à cette même phase. Sans doute ont-ils été influencés par la pratique des tribunaux qui s'appuyaient sur une disposition conventionnelle le précisant ; mais on peut aussi penser que cette restriction est raisonnable. Aller au-delà reviendrait à s'engager dans une analyse si complète des circonstances de l'affaire qu'elle rendrait assez artificielle l'hypothèse d'une condition de recevabilité de la demande. N'oublions pas que les questions de légalité peuvent parfaitement être examinées par le tribunal arbitral au fond. Au demeurant, même ainsi restreint, l'examen risque déjà d'empiéter en partie sur le fond, car une connaissance approfondie de certains faits peut être nécessaire. Ce risque sera encore plus marqué si l'allégation d'illégalité constitue un aspect de l'objet même du litige entre l'Etat et l'investisseur. Dans ces conditions, on conçoit que certains tribunaux arbitraux aient préféré, en cas de bifurcation de la procédure arbitrale, joindre l'examen de la légalité au fond¹⁴.

Ceci explique aussi que les tribunaux arbitraux aient, dans leur très grande majorité, considéré que les allégations d'illégalité survenues plus tard dans la vie de l'investissement ne relevaient pas de la condition de

11 *Churchill Mining PLC v Republic of Indonesia*, ICSID Case No. ARB/12/14 and 12/40, Decision on Jurisdiction, 24 February 2014 ; *Planet Mining Pty Ltd v Republic of Indonesia*, ICSID Case No. ARB/12/14 and 12/40, Decision on Jurisdiction, 24 February 2014.

12 *Churchill Mining PLC and Planet Mining Pty Ltd v Republic of Indonesia*, ICSID Case No. ARB/12/14 and 12/40, Award, 6 décembre 2016, §§ 508, 528, 557 (point 3).

13 En ce sens Andrew Newcombe, « The Question of Admissibility of Claims in Investment Treaty Arbitration », *Kluwer Arbitration Blog*, 3 février 2010 (<http://kluwerarbitrationblog.com/blog/2010/02/03/the-question-of-admissibility-of-claims-in-investment-treaty-arbitration/>) ; Francisco-Xavier Paredes, « La conformité de l'investissement au droit national, condition de sa protection internationale », *ICSID Review*, vol. 29, n°2, 2014, pp. 487-488.

14 *Plama*, *op. cit.* note (8), §§ 126-130 et 228-230 ; voir aussi *Malicorp Limited v. The Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/08/18, Award, 7 February 2011, § 119.

légalité de l'investissement¹⁵. La seule décision en sens contraire est la sentence *Al-Warraq v. Indonésie*, dont on a vu qu'elle reposait sur une interprétation discutable d'une clause tout à fait originale, l'article 9 de l'Accord sur les investissements de l'Organisation de la Conférence islamique. Hormis ce cas, un éventuel comportement illicite de l'investisseur survenu dans la phase post-investissement ne soulève habituellement pas de question de compétence du tribunal arbitral, ni de recevabilité des demandes. Il est justiciable d'un examen au fond¹⁶. Un acte illicite survenu durant la phase d'exploitation de l'investissement pourra notamment être appréhendé comme contribution de l'investisseur au dommage, limitant d'autant les conséquences de la responsabilité de l'Etat en cas de violation du traité. Ou alors, bien plus simplement, le droit interne y aura remédié et seuls les éventuels abus du pouvoir étatique seront en cause devant un tribunal international – ce qui correspond à la logique habituelle du rapport entre droit interne et droit international, avec la figure de l'Etat comme pivot.

La discussion n'est cependant pas entièrement close lorsqu'on s'en tient à l'illégalité originelle de l'investissement. Que signifie exactement la notion de « constitution » ou « réalisation » de l'investissement et jusqu'à quand remonter ? L'analyse des décisions arbitrales montre que, généralement, cette phase correspond aux opérations ayant permis de nouer le lien entre l'investisseur au sens du traité et l'investissement au sens du traité. Il s'agit alors d'apprécier les actes du requérant au moment d'investir, rien de moins ni rien de plus¹⁷. On citera en ce sens l'affaire *Kardassopoulos c. Georgie*, dans laquelle l'Etat défendeur invoquait la nullité *ab initio* de l'investissement en raison d'illégalités survenues durant le processus de privatisation d'une entreprise d'Etat, antérieurement à l'acquisition des actions de la société par le requérant. Le tribunal arbitral a alors précisé que le

contrôle au titre de la condition de légalité – expresse dans ce cas – devait porter seulement sur la légalité de l'acquisition de l'investissement par le requérant lui-même¹⁸. L'affaire *Vestley Group*, est également instructive, car le Venezuela soutenait, au titre de la condition de légalité, que la validité du titre sur un bien foncier requiert de retracer la chaîne des propriétaires depuis le moment de sa première acquisition par une personne privée – en l'occurrence au milieu du XIX^{ème} siècle ! Le tribunal a rejeté l'objection car elle ne portait pas sur la légalité de l'opération d'investissement elle-même, c'est-à-dire l'achat d'actions d'une société agricole par le requérant, qui s'était déroulée de manière tout à fait légale ; il a renvoyé au fond l'examen de la validité des titres de propriété¹⁹. Cette dernière affaire illustre assez bien les dangers d'une conception expansive de l'examen de la légalité.

2.2. Le contenu de l'examen

Evoquer le contenu de l'examen signifie ici rechercher les normes à l'aune desquelles l'examen de la légalité doit être mené. S'agit-il de la légalité interne ou faut-il ajouter la légalité internationale ? Et, dans les deux cas, s'agit-il de l'ensemble des normes ou d'une partie d'entre elles, ou encore de violations importantes et pas de violations mineures ?

Les références expresse à la légalité dans les traités d'investissement révèlent une vision large de cette légalité : la « loi », ou les « lois » ou les « lois et règlements » ou encore la « législation » en français ; « law » ou « laws » ou « laws and regulations » en anglais. Il ne s'agit à l'évidence pas seulement des actes adoptés par le pouvoir législatif mais de l'ensemble des règles à portée générale. Dès lors, il n'est pas contesté que cela inclue le droit interne de l'Etat d'accueil de l'investissement. Faut-il pour autant en déduire que tout le droit interne est concerné ? La plupart des tribunaux arbitraux admettent certaines limites, en s'appuyant, conformément à l'article 31 § 1 de la Convention de Vienne sur le droit des traités, sur l'objet et le but du traité. L'interprétation téléologique de la condition de légalité est ainsi dominante et met l'accent sur l'objectif de protection des investissements étrangers²⁰.

15 *Hamester, op. cit.* note (8), § 127 ; *Vannessa Ventures Ltd. v. The Bolivarian Republic of Venezuela*, ICSID Case No. ARB(AF)/04/6, Award, 16 January 2013, § 164 ; *Metal-Tech Ltd. v. The Republic of Uzbekistan*, ICSID Case No. ARB/10/3, Award, 4 October 2013, § 193 ; *Vestley Group Limited v. Bolivarian Republic of Venezuela*, ICSID Case No. ARB/06/4, Award, 15 April 2016, § 204 ; *MNSS B.V. and Recuperero Crédito Acçiao N.V. v. Montenegro*, ICSID Case No. ARB(AF)/12/8, Award, 4 May 2016, § 214.

16 *Hamester, op. cit.* note (8), § 127 ; *MNSS, op. cit.* note (15), § 214.

17 *Hamester, op. cit.* note (8), §§ 129-139 ; *Vanessa Venture, op. cit.* note (15), § 167 ; *Plama, op. cit.* note (8), § 116 ; *Inceysa, op. cit.* note (2), §§ 234, 244 ; *Tokios Tokenes, op. cit.* note (2), § 86 ; *Quiborax S.A., Non Metallic Minerals S.A. and Allan Fosc Kaplan v. Plurinational State of Bolivia*, ICSID Case No. ARB/06/02, Decision on Jurisdiction, 27 September 2012, § 268 ; *SAUR, op. cit.* note (3), § 312.

18 *Ioannis Kardassopoulos v. Georgia*, ICSID Case No. ARB/05/18, Decision on Jurisdiction, 6 July 2007, § 182.

19 *Vestley Group, op. cit.* note (15), §§ 206 et 252s.

20 *Tokios Tokenes, op. cit.* note (2), § 86 ; *Desert Line Projects LLC v. The Republic of Yemen*, Affaire CIRDI No. ARB/05/17, Sentence,

C'est ensuite que des variations apparaissent. Certains tribunaux considèrent que l'examen ne doit porter que sur la violation de principes fondamentaux du droit interne²¹. D'autres tribunaux estiment que la légalité n'inclut pas les violations mineures du droit interne, telles que des erreurs dans certains documents présentés lors de l'enregistrement d'une société²², une erreur involontaire dans les bilans financiers d'une société²³, l'absence d'une signature dans le registre des actionnaires²⁴. Un autre tribunal dira que la légalité ne concerne pas les règles du droit interne sans rapport avec le régime de l'investissement²⁵. Un autre encore suggère que le contrôle doit être modulé en fonction de particularités de rédaction de la clause conventionnelle contenant la condition de légalité²⁶. Enfin, un tribunal arbitral a tenté une synthèse, celui saisi de l'affaire *Quiborax c. Bolivie*, évoquant trois catégories de violations : les violations non mineures (« *non-trivial violations* ») de l'ordre juridique de l'Etat d'accueil de l'investissement ; les violations du régime de l'investissement étranger ; la fraude²⁷.

Quant à la légalité internationale, elle n'est jamais mentionnée expressément; mais rien n'interdit de comprendre une expression aussi générale que « conformément au droit » comme incluant le droit international. Surtout, et indépendamment du vocabulaire retenu dans les traités, plusieurs tribunaux arbitraux n'ont pas hésité à invoquer, au titre de la légalité, les principes généraux de droit au sens de l'article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice, de même que l'ordre public (véritablement) international²⁸. La sentence *Inceysa c. El Salvador* en constitue une bonne illustration. Y sont mentionnés le principe de bonne foi, le principe *nemo auditur propriam turpitudinem allegans*, le respect de l'ordre

public international et l'interdiction de l'enrichissement illicite²⁹. Le tribunal arbitral conclut sur ce fondement à son incompétence en raison d'actes frauduleux commis durant la procédure d'appel d'offre à l'origine de l'investissement³⁰.

* * *

En conclusion, il est aujourd'hui possible d'affirmer que le respect de la légalité conditionne la protection par le droit international des investissements étrangers. Lorsque une illégalité non mineure a entaché l'opération d'investissement réalisée par l'investisseur, cette condition se traduit, selon son fondement juridique expresse ou tacite, en cause d'incompétence du tribunal arbitral ou en cause d'irrecevabilité des demandes portées devant lui. Pour le reste, il est plus naturel d'examiner les allégations d'illégalité du comportement de l'investisseur comme un aspect du fond de l'affaire. Cette approche mesurée se reflète dans une série concordante de décisions arbitrales, ce qui permet de parler de jurisprudence constante.

Sans doute quelques incertitudes perdurent-elles à propos de la temporalité et du contenu de l'examen mené au titre de la légalité. D'autres questions auraient également méritées d'être soulevées, telles que la possibilité d'un acquiescement de l'Etat, exprès ou tacite, couvrant l'illégalité initiale de l'investissement, ou encore l'administration de la preuve d'une illégalité. Nonobstant ces difficultés, la légalité de l'investissement est aujourd'hui mieux appréhendée par l'arbitre d'investissement.

6 février 2008, § 107 ; *Saba Fakes*, *op. cit.* note (2), § 119 ; *Quiborax*, *op. cit.* note (17), §§ 263-264.

21 *L.E.S.I S.p.A et ASTALDI S.p.A c. République algérienne*, ICSID Case No. ARB/05/3, décision sur la compétence, 12 juillet 2006, § 83 (iii) ; *Desert Line*, *op. cit.* note (20), § 104 ; *SAUR*, *op. cit.* note (3), § 308.

22 *Tokios Tokeles*, *op. cit.* note (2), § 86.

23 *Quiborax*, *op. cit.* note (17), § 280.

24 *Ibid.*, § 281.

25 *Saba Fakes*, *op. cit.* note (2), § 119.

26 *Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. Kingdom of Morocco*, ICSID Case No. ARB/00/4, Decision on Jurisdiction, 16 July 2001, §§ 47-48. La disposition spécifique du traité était la suivante : « *les éléments cités en (c), (d) et (e) ci-dessus doivent faire l'objet de contrats approuvés par l'autorité compétente* » (art. 1 § 1 (g) du traité).

27 *Quiborax*, *op. cit.* note (17), § 266.

28 *Plama*, *op. cit.* note (8), §§ 135, 144 ; *Phoenix*, *op. cit.* note (9), §§ 100-112 ; *Quiborax*, *op. cit.* note (17), § 226.

29 *Inceysa*, *op. cit.* note (2), §§ 229-257.

30 *Inceysa*, *op. cit.* note (2), § 257. L'investissement est ensuite considéré comme également contraire au droit interne salvadorien (§§ 258-262).

Para publicar na Revista de Direito Internacional, acesse o endereço eletrônico
www.rdi.uniceub.br ou www.brazilianjournal.org.
Observe as normas de publicação, para facilitar e agilizar o trabalho de edição.