

PRÉFACE

Un bon et utile sujet ; une belle thèse, limpide et discutable, sans aucun « gras » superflu, brillamment soutenue en cotutelle en novembre 2013 à l'Université Paris ouest, Nanterre-La Défense¹ ; un auteur qui confirme ses remarquables talents d'internationaliste, que le (trop) long temps qu'il a pris pour boucler son étude lui a laissé tout loisir pour manifester, tant en pratique – il a plaidé avec brio devant plusieurs juridictions internationales dont la C.I.J. et le Tribunal international du Droit de la mer – que sur le plan académique – il est l'auteur d'une œuvre déjà considérable. Autant d'ingrédients qui facilitent la tâche du préfacier : l'exercice appelle des louanges ; il est aisé de les adresser à Daniel Müller.

Il me faut donc dire ma fierté d'avoir co-dirigé ce travail qui forme avec l'excellente thèse d'Arnaud Tournier² un diptyque exceptionnel faisant le tour des questions liées à la protection internationale des personnes morales et de leurs actionnaires, actuelles et pratiques s'il en est, en même temps qu'elles ouvrent de vastes perspectives à la discussion doctrinale. L'ouvrage que l'on va lire rendra en effet de très grands services aux praticiens du droit international et du droit des investissements et donnera à penser aux auteurs et aux étudiants (avancés – le sujet est technique et la lecture exigeante) qu'intéressent nombre de questions théoriques d'importance liées au sujet qu'il s'agisse, par exemples, du droit de la responsabilité, et, plus spécialement, de l'institution, si fascinante, de la protection diplomatique, ou des rapports entre les ordres juridiques.

J'ai dit en peu de mots tout le bien que je pense de ce livre qui allie – foin des clichés ! – la rigueur germanique (l'auteur est allemand de nationalité, par ses racines et sa formation universitaire initiale) – et la finesse du raisonnement cartésien à la française dont il a acquis l'habile maniement lors de ses brillantes études à l'Université de Nanterre, où il fut allocataire de recherche puis ATER, et au sein du Centre de Droit international de Nanterre (CEDIN) qui l'accueille dorénavant comme chercheur associé.

J'ai dit aussi que, pour être remarquable de clarté et de science, la thèse de Daniel Müller – une véritable thèse, qu'il « tient » de bout en bout – n'en est pas moins contestable à mes yeux. Ni sa lecture, ni les nombreuses discussions que nous avons eues lors de sa préparation n'ont réussi à me convaincre complètement de son bien-fondé – ceci n'est d'ailleurs pas une critique au sens

¹ Les co-directeurs de la recherche étaient Christian Tomuschat, professeur émérite de l'Humboldt Universität zu Berlin et le signataire de ces lignes. Les autres membres du jury étaient les Juges Giorgio Gaja et Bruno Simma et le professeur Patrick Daillier. Le jury a décerné au candidat le titre de docteur en droit avec la mention très honorable et ses félicitations unanimes.

² *La protection diplomatique des personnes morales*, L.G.D.J., Paris, 2013, XVI-645 p.

négalif du mot : il est bon que le doctorant ne se laisse pas imposer les vues de son directeur de thèse de même que celui-ci peut conserver les siennes sans faire injure à son « thésard ». Ce sont ces échanges, parfois vifs, qui font tout le prix de la direction de travaux académiques dès lors que chacun est disposé à écouter sérieusement les arguments de l'autre, à les prendre de bonne foi en considération et à infléchir sa position le cas échéant. Il n'est pas échu en l'occurrence et mes arguments n'ont pas eu raison de la prudence doctrinale, à mon avis exagérée, dont fait preuve Daniel Müller, pas davantage que je n'ai réussi à le convaincre de tempérer une thèse que je persiste à considérer comme excessivement conservatrice.

Quelle est la thèse ? Tout en concédant – mais à peine – que « le droit international a évolué significativement depuis l'arrêt de la C.I.J. rendu dans l'affaire de la Barcelona Traction » « sur le terrain de la protection directe de l'actionnaire – à travers ses droits propres » (par. 884), l'auteur s'accroche à la jurisprudence de 1970 qui fournirait « toujours le fondement juridique propre à cette évolution » (*ibid.*). Hors de la *B.T.*, point de salut ! Et tout ce qui s'en éloigne est au mieux pure *lex specialis* par rapport au droit international général resté immuable depuis le vénérable arrêt de la Cour. En ceci, D. Müller est fidèle au conservatisme un brin condescendant du juge du Palais de la Paix qui affirme dans l'affaire *Diallo*, la plus récente dont il ait eu à connaître en la matière, que :

« Le fait [...] que différents accords internationaux tels les accords sur la promotion et la protection des investissements étrangers et la convention de Washington aient institué des régimes juridiques spécifiques en matière de protection des investissements, ou encore qu'il soit courant d'inclure des dispositions à cet effet dans les contrats conclus directement entre États et investisseurs étrangers, ne suffit pas à démontrer que les règles coutumières de protection diplomatique auraient changé; il pourrait tout aussi bien se comprendre dans le sens contraire. Les arbitrages qui ont été invoqués par la Guinée relèvent eux aussi de régimes particuliers... »³.

On se demande avec une certaine perplexité combien de précédents, conventionnels ou jurisprudentiels, seront nécessaires pour convaincre la Cour (et D. Müller) que les temps ont changé et qu'avec quelques milliers de conventions bilatérales d'investissements et plusieurs centaines de sentences arbitrales la masse critique est atteinte. À tout le moins doit-on souscrire à l'observation du Tribunal CIRDI dans l'affaire *Mondev*, selon laquelle « *such a body of concordant practice will necessarily have influenced the content of rules governing the treatment of foreign investment in current international law* »⁴. Quoiqu'en pense la Cour de La Haye, il me semble que, comme l'a remarqué le Tribunal *CMS* dans sa décision sur la compétence du 17 juillet 2003, « *the fact is that lex specialis in this respect is so prevalent that it can now be considered the*

³ *Ahmadou Sadio Diallo (Guinée c. République démocratique du Congo), exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 2007, p. 615, par. 90.*

⁴ *Mondev International Ltd. c. États-Unis d'Amérique* (CIRDI aff. n° ARB(AF)/99/2), sentence, 11 oct. 2002, par. 117.

PRÉFACE

general rule, certainly in respect of foreign investments and increasingly in respect of other matters »⁵ – peut-on d’ailleurs encore, dans ces conditions, parler de *lex specialis* ?

À accepter trop pleinement « l’héritage de la *Barcelona Traction* » – le sous-titre qu’il a donné à sa thèse en vue de sa publication est à lui seul un manifeste – l’auteur est conduit à minimiser la portée des évolutions jurisprudentielles intervenues depuis lors – qu’il décrit cependant avec une science très sûre. Reprenant à son compte la distinction – d’ailleurs convaincante et logique, entre la société et l’actionnaire, il met l’accent sur « l’hégémonie » de la personne morale et sacrifie les intérêts de l’actionnaire sur l’autel du monopole des droits de la société. Il admet cependant – toujours à la suite de la C.I.J. – qu’il existe « des circonstances spéciales qui justifient la levée du voile [social] dans l’intérêt des actionnaires »⁶, mais il les interprète d’une manière fort restrictive et, comme la Cour dans l’affaire *Diallo*, il limite au maximum la « protection par substitution » des actionnaires lorsque la société a la nationalité de l’État dont la responsabilité est engagée – ce qui semble pourtant être une solution de bon sens et équitable : dans une telle hypothèse, le voile social, constitue un obstacle injustifié à la protection d’intérêts légitimes et je vois toujours mal pourquoi un État serait délié de ses obligations à l’égard d’actionnaires au prétexte qu’ils auraient choisi d’investir dans une société ayant sa nationalité⁷.

Daniel Müller est plus allant lorsqu’il traite des droits propres de l’actionnaire, peut-être parce qu’il est moins contraint par son attachement indéfectible à la B.T. : l’arrêt de 1970 les évoque bien, mais, comme il le remarque à juste titre, ne s’y arrête guère ; en particulier, « la question de l’identité et du contenu même de ces droits reste entière » (par. 494). Prenant du recul par rapport aux positions de la Cour⁸, l’auteur a de ces droits une conception raisonnablement extensive et en présente une systématisation particulièrement éclairante tout en limitant considérablement la capacité de leur titulaire à les faire valoir en justice car, comme il le relève, « [c]’est une chose de constater que l’actionnaire peut ester en justice devant des tribunaux internationaux ; c’en est une autre de démontrer que l’actionnaire dispose de droits subjectifs dont la violation entraîne des droits nouveaux pour son propre compte et qu’il peut, éventuellement, faire valoir directement » (par. 685). Mais Daniel Müller démontre admirablement que, faute de voies d’action satisfaisantes dans le droit international général, le droit de l’investissement offre aux actionnaires une protection conséquente, tout en ne remettant pas en cause la distinction entre les droits de ceux-ci et ceux de la

⁵ *CMS Gas Transmission Company c. République argentine* (CIRDI aff. n° ARB/01/8), compétence, décision, 17 juil. 2003, par. 48.

⁶ *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Nouvelle requête : 1962) (Belgique c. Espagne)*, arrêt, C.I.J. Recueil 1970, p. 39, par. 58 – v. notamment les pars. 14 et 254 du présent ouvrage.

⁷ V. à cet égard l’article 11 (b) du projet de la C.D.I. sur la protection diplomatique annexé à la résolution 61/35 de l’Assemblée générale en date du 4 décembre 2006, qui tente un peu maladroitement de réaliser un équilibre entre les considérations diverses invoquées par les membres de la Commission – v. dans le présent ouvrage le par. 486, et la note 196.

⁸ V. not. les pars. 673, 676 ou 872.

personne morale. L'actionnaire se trouve ainsi protégé non pas au titre du droit de propriété mais en tant qu'investisseur, les conventions bilatérales leur conférant expressément des droits qu'ils n'ont (ou n'auraient toujours) pas en droit international général. J'adhère à la première de ces propositions mais, contrairement à l'auteur, il me semble que ces droits primaires sont, aujourd'hui, consacrés par le droit international général malgré ce qu'a affirmé la C.I.J. dans l'affaire *Diallo*. Et ce n'est certainement pas parce que, dans le détail de la réglementation de ces droits, ces conventions bilatérales peuvent varier que celles-ci sont inaptes à être à l'origine d'un *principe général* coutumier – dont les effets concrets dans une circonstance donnée doivent être appréciés au cas par cas ; c'est le fait de tout principe général.

Le lecteur aura compris que les discussions entre l'auteur du présent ouvrage et celui de ces lignes ont parfois été vives. Comme quoi l'audace doctrinale n'est pas l'apanage de la jeunesse, ni le conservatisme celui du grand âge !

Mais, je le redis, ces divergences de vue, fort stimulantes, n'ôtent rigoureusement rien à la sincérité des louanges que mérite pleinement l'étude de Daniel Müller. Si ses conclusions sont (peut-être excessivement) circonspectes, ses analyses sont fondées sur un matériau jurisprudentiel (et conventionnel) impressionnant et totalement assimilé, et il manifeste une aisance admirable dans le maniement des concepts et du raisonnement juridique. L'étendue de ses connaissances dans des domaines variés, et tout spécialement sa maîtrise du droit de la responsabilité internationale et de celui de l'investissement, sont exemplaires. Ce n'est pas à dire que l'ouvrage se lit « comme un roman » : certes l'auteur « écrit simple », mais il ne simplifie pas les problèmes qu'il aborde dans toute leur technicité et résout de manière souvent nuancée et ... prudente.

Et nous avons eu des points d'accord tout de même. Un en particulier : l'un des thèmes qui court tout au long de l'ouvrage concerne les rapports de systèmes et l'auteur montre admirablement que, tout en ayant besoin les uns de l'autre, les ordres juridiques nationaux et international, ne s'agrègent pas. Le droit interne définit ce qu'il entend par « société » ou par « actionnaire ». Le droit international tient compte de ces faits juridiques mais les apprécie au regard de ses propres critères. Et il en va de même des droits et des obligations respectifs des uns et des autres.

Au surplus, dans le même ordre d'idées, Daniel Müller ouvre des pistes de réflexion particulièrement fécondes en ce qui concerne la nature du droit des investissements et les rapports qu'il entretient avec le droit international général, tout en se gardant de tirer des conclusions catégoriques des nombreux éléments doctrinaux et jurisprudentiels qu'il expose. Plusieurs solutions s'ouvrent à l'analyste : il peut voir dans le droit international de l'investissement *un* ordre juridique – « de droit international » – comme l'est celui de l'Union européenne, idée à laquelle le signataire de ces lignes est de plus en plus tenté d'adhérer sans toutefois avoir d'opinion définitive sur cette question extrêmement délicate – doctrinale certes, mais dont les enjeux concrets sont considérables. S'il n'existe pas un tel ordre juridique de l'investissement, force est d'admettre ou bien que chaque convention bilatérale (ou multilatérale) d'investissement en établit un,

PRÉFACE

particulier – comme c’est le cas, par exemple, des actes constitutifs d’organisations internationales – ou bien que le droit international de l’investissement est réduit à une branche particulière du droit international, hypothèse difficile à soutenir à mon avis, même si l’insistance de D. Müller sur la particularité de chaque convention bilatérale d’investissement semble montrer qu’il penche probablement dans cette direction. Encore une occasion probable de débats animés et amicaux !

Ces quelques remarques – critiques, mais dans le sens large de ce qui veut donner à apprécier – sont loin d’épuiser la richesse d’un ouvrage qui aborde certains des problèmes doctrinaux et pratiques les plus importants auxquels est affronté le droit international de cette deuxième décennie du XXI^{ème}. Il le fait avec érudition mais sans pédanterie ; de manière rigoureuse mais sans complication inutile ; avec clarté mais sans simplisme ; avec autorité et modestie. Daniel Müller apporte ainsi la preuve qu’une thèse peut répondre parfaitement aux canons de l’excellence académique tout en étant *utile* – ce n’est pas son moindre mérite.

Alain PELLET

Professeur à l’Université Paris-Ouest,
Nanterre-La Défense,
Membre de l’Institut de Droit international