



**HAL**  
open science

## Les investissements internationaux : arbitrage et régulation

Leila Lankarani

► **To cite this version:**

Leila Lankarani. Les investissements internationaux : arbitrage et régulation. Les Petites Affiches, 2011, 119, pp.8. hal-03518340

**HAL Id: hal-03518340**

**<https://hal.science/hal-03518340>**

Submitted on 9 Jan 2022

**HAL** is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

## Les investissements internationaux : arbitrage et régulation

Issu de Petites affiches - n°119 - page 8

Date de parution : 16/06/2011

Id : PA201111905

Réf : LPA 16 juin 2011, n° PA201111905, p. 8

Auteur :

Par Leïla Lankarani, Maître de conférences

**L'arbitrage en matière d'investissement international n'est pas qu'un simple moyen de régulation des litiges en la matière mais relève de l'essence même de la régulation de ce secteur. L'existence d'un arbitrage direct investisseur contre État, régulateur substantiel des investissements internationaux explique l'absence de régulation institutionnelle en la matière, telle qu'elle a cours dans le commerce international par l'intervention de l'Organisation mondiale du commerce. La qualité des normes interétatiques dans le secteur des investissements étrangers amplifie la puissance arbitrale dans son rôle de véritable régulateur. Le mode de saisine effectif de l'arbitre, notamment du CIRDI, et les types de recours qu'offre ce dernier rapprochent cette régulation d'une autorégulation dans le secteur par les opérateurs ou les régulés que sont les investisseurs étrangers.**

S'il existe un secteur d'activité économique et une discipline juridique où l'analyse des rapports entre l'arbitrage et la régulation repose essentiellement sur un état des lieux du droit positif c'est bien celui des investissements étrangers ou internationaux dans lequel l'arbitrage constitue le mode usuel de règlement des différends. La mise en perspective de l'arbitrage par rapport à la régulation conduit à s'interroger pour savoir si l'arbitrage détient le rôle d'un simple instrument de régulation des litiges relatifs aux investissements étrangers, ou s'il ne relève pas de l'essence même de la régulation de ce secteur.

Une précision préalable permet de constater qu'au regard du concept-clé de la régulation qu'est la concurrence – notamment internationale – les investissements internationaux constituent un secteur à la fois libéralisé et non libéralisé. En effet, l'accès au marché de l'État d'accueil, c'est-à-dire l'admission de l'investissement étranger, peut être conditionnel, ou bien être libre, *de plano* ou *de facto*. Cette observation se vérifie à travers trois constats.

En premier lieu, s'agissant des modalités d'admission dans l'État hôte et à défaut d'un contrat conclu avec celui-ci – accordant souvent plus d'avantages que le statut de droit commun –, celles-ci sont la plupart du temps – mondialisation des capitaux oblige – soit, une formalité de déclaration par l'investisseur, préalable ou postérieure à l'investissement, soit, en présence de secteurs sensibles, une procédure d'obtention d'autorisation de l'État hôte plus ou moins conditionnée.

Après l'admission, l'investissement étranger profite d'un statut devenu de plus en plus incitatif et favorable à la liberté de gérer, d'investir, de réinvestir ou de désinvestir. Quoi qu'il en soit, l'investissement étranger bénéficie ainsi d'un ensemble de dispositifs d'admission et de traitement et de protection qu'il est possible d'appeler, à ce stade, de régulation. Pour reprendre les termes de M. Bazex, celle-ci est « une forme d'intervention des autorités publiques en amont de l'exercice d'une activité ou de plusieurs activités économiques liées, et qui a pour objet de créer les conditions d'une concurrence souhaitable dans ce secteur »<sup>1</sup>. Ce dispositif de régulation est constitué ici de principes et d'engagements d'origine interne, et aussi d'origine interétatique, tels que, d'une part, les traités bilatéraux ou régionaux à contenu plus ou moins équivalent portant sur l'encouragement, le traitement et la protection des investissements étrangers (TBI), et/ou, d'autre part, les règles classiques coutumières de protection des biens des étrangers en droit international.

En deuxième lieu, en matière de service, l'investissement international suit d'ores et déjà un processus de libéralisation dans la mesure des engagements spécifiques des États à l'égard de l'Organisation mondiale du commerce (OMC) et, au fur et à mesure de la régulation en vertu de l'Accord général sur le commerce des services (AGSC). La liberté de fourniture du service par la libre « présence commerciale d'un fournisseur d'un membre sur le territoire de tout autre membre » de l'OMC<sup>2</sup>, n'est pas autre chose que la régulation de l'accès au marché de l'investissement international dans tel ou tel service.

En dernier lieu, les principes de traitement national et de traitement de la nation la plus favorisée, visant à assurer un climat de concurrence internationale, sont présents aussi bien dans le droit de l'OMC que dans les TBI ; certains réseaux de TBI assurant parfois ces deux traitements dès la phase d'admission des investissements étrangers comme c'est le cas notamment du réseau des TBI des États-Unis<sup>3</sup>.

En conséquence, le secteur des investissements internationaux s'inscrit dans la catégorie de ce qui est appelé par Marie-Anne Frison-Roche « secteur économique régulé » en tant qu'« ouver[t] à la concurrence mais non entièrement abandonn[é] à celle-ci »<sup>4</sup>.

Quel peut être, dès lors, le rôle de l'arbitrage dans la régulation de ce secteur ainsi ouvert à la concurrence internationale ?

L'arbitrage se présente ainsi comme un régulateur même du secteur des investissements internationaux bien au-delà de sa fonction de règlement des litiges, situation qui découle de son rapport à la double question de l'absence de régulation institutionnelle de l'investissement international (I), d'une part, et, de la spécificité de la régulation substantielle des investissements internationaux (II), d'autre part.

### I. L'arbitrage et la question de la régulation institutionnelle de l'investissement international

En tant qu'arbitrage direct entre État et investisseur étranger, l'arbitrage d'investissement n'est pas un mécanisme interchangeable en cas d'avènement d'une régulation institutionnelle des investissements internationaux dès lors qu'il se positionne comme facteur inéluctable de la régulation de ces derniers.

#### A. La régulation multilatérale institutionnelle n'est pas une voie de sortie de l'arbitrage d'investissement

La mise en sommeil en 1998 de l'Accord multilatéral sur l'investissement (AMI), négocié dans le cadre de l'OCDE, et qui a été proposé, à partir de cette enceinte, aux États de la communauté internationale <sup>5</sup>, n'a manifestement pas empêché ni même ralenti l'essor des investissements étrangers dans le monde.

Si, en 1980, leurs flux mondiaux étaient de 40 milliards de \$, au lendemain de l'échec de l'AMI, c'est-à-dire en 2000, ces flux avaient atteint 1 300 milliards de \$ <sup>6</sup>.

Néanmoins, il est difficile de sous-estimer l'utilité d'une régulation institutionnelle multilatérale dans le domaine de l'investissement international au risque de reconnaître une différence substantielle au niveau international entre l'investissement et le commerce : alors que ce dernier a fait l'objet d'une régulation institutionnelle très poussée dans le cadre de l'Organisation mondiale du commerce, le premier devrait rester à l'écart.

D'une part, les interrogations de la doctrine vont dans le sens de l'alignement de la régulation institutionnelle de l'investissement étranger sur celle du commerce international. À cet égard, Philippe Kahn prône de « généraliser et [d']avoir ainsi enfin une réglementation ou une régulation internationale unique pour toutes activités économiques internationales », d'opérer une « unification sous les auspices de l'OMC » dès lors que « les investissements entrent dans la mouvance des règles de l'OMC » <sup>7</sup>.

D'autre part, l'amorce d'une évolution juridique s'est opérée dans le même sens puisqu'il n'est pas exclu que l'OMC puisse aussi constituer, le moment venu, l'enceinte de la régulation institutionnelle multilatérale des investissements étrangers.

Dès le sommet de Singapour, en 1996, un groupe de travail sur « le commerce et l'investissement » s'est créé au sein de l'OMC et au lendemain de l'échec du projet AMI, la question est revenue aussitôt sur la table des négociations au sommet de Seattle de 1999 avec, plus tard, un mandat conféré à ce groupe (Doha 2001) portant sur une réflexion quant à la faisabilité d'un accord pour la régulation multilatérale des investissements internationaux dans l'enceinte de l'OMC.

Parmi les sept points de clarification et d'orientation, fixés à la conférence de Singapour, ce projet de régulation par l'OMC a visé, outre la question de non-discrimination, des « dispositions relatives au développement comme... élément essentiel du cadre des règles et disciplines », la transparence, et « la question de savoir comment traiter les responsabilités des investisseurs » <sup>8</sup>.

Abstraction faite des difficultés du cycle de Doha, quels seraient les chances ou les facteurs du succès de la régulation des investissements au sein de l'OMC ?

On sait que le succès de la régulation du commerce international dans le cadre de l'OMC est dû à son cadre institutionnel qui dispose d'un instrument de contrôle de cette régulation *via* l'Organe de règlement des différends (ORD), et du *Memorandum* d'accord qui régit le mécanisme de règlement des différends (MRD).

Ce mécanisme est interétatique même si souvent le différend n'est que le prolongement d'un litige État *c/* opérateurs privés étrangers, comme c'est le cas des différends *antidumping* et anti-subsidiation <sup>9</sup>. L'opérateur privé se trouve *mutatis mutandis* dans la même situation que celle de la protection diplomatique ; il est privé du prétoire des panels de première instance et de celui de l'organe d'appel (OA). Ces autorités n'exercent un contrôle qu'en vue exclusive du maintien de l'équilibre des droits et obligations des membres de l'OMC découlant de ces accords <sup>10</sup>.

Ce mécanisme interétatique couvre le champ de l'ensemble de la régulation multilatérale faite par l'OMC.

Or la spécificité de la régulation des investissements étrangers est telle qu'en vue de la régulation projetée, et ce, dès le sommet de Seattle de 1999, toute extension totale ou automatique de ce mécanisme au règlement des différends en matière d'investissement étranger se trouvait exclue <sup>11</sup>. Il y était, en effet, souligné que les « règles de l'OMC régissant le règlement des différends devraient s'appliquer, *mais uniquement aux différends entre gouvernements* » <sup>12</sup>.

Que retenir alors d'un rapport de cause à effet possible entre l'absence de la régulation multilatérale institutionnelle de l'investissement, et l'arbitrage d'investissement ? Il est certain que ce n'est pas le défaut provisoire d'une régulation multilatérale par l'OMC qui explique la présence de l'arbitrage d'investissement, puisque même la projection d'une telle régulation institutionnelle dans le futur a dû exclure, d'entrée de cause, de lui substituer une autre autorité, une autorité publique institutionnelle telle que l'organe d'appel et l'ORD.

C'est, en réalité, l'ancrage de l'arbitrage d'investissement qui explique le mieux le défaut de régulation institutionnelle de l'investissement international de nos jours, et non l'inverse <sup>13</sup>.

Pour la régulation de l'investissement étranger, il n'y a donc pas de porte de sortie destinée à l'arbitrage, il n'y a que des portes d'entrée ; celles-ci semblent d'ailleurs vouloir s'ouvrir vers des secteurs où, pour le règlement des litiges, l'arbitrage n'a pas été jusqu'alors présent.

Il semble intéressant de rechercher comment l'arbitrage s'est ancré dans l'investissement international <sup>14</sup>.

## B. Les voies d'entrée de l'arbitrage d'investissement

Qu'elle soit insérée dans un contrat d'investissement liant l'État et l'investisseur, ou qu'elle soit prévue par l'État dans une loi, ou dans un traité au bénéfice de l'investisseur étranger (TBI), ou à travers les trois à la fois, la clause d'arbitrage direct État *c/* investisseur étranger est une constante en matière d'investissements étrangers <sup>15</sup>.

De nos jours, il existe environ 2 900 TBI – sans compter les accords régionaux de libre échange comme le chapitre XI de l'Aléna, de l'Union européenne <sup>16</sup>, ou les accords sectoriels comme la Charte de l'énergie, à laquelle cette dernière est également partie. Ces instruments, alors même qu'ils contiennent une clause de règlement des différends interétatiques relatifs à l'interprétation et à l'application de leur contenu, contiennent, quasiment tous, une clause d'arbitrage direct État *c/* investisseur étranger.

Quant aux diverses modalités de cet arbitrage, l'arbitrage direct peut être à caractère *ad hoc* – à l'exemple des trois arbitrages de 1977 opposant la Libye aux trois compagnies Texaco, BP et Liampo, ou bien l'arbitrage Aminoil *c/* Koweït de 1982 – dans lequel le déroulement, et la procédure reposent entièrement sur la volonté des parties dont l'arbitre tire son autorité et celle de sa sentence.

Il est aussi susceptible de se dérouler – comme pour l'arbitrage Eurodif/Iran – suivant un règlement procédural prédéterminé bien que supplétif à la volonté des parties, comme celui de la Chambre de commerce internationale, de la Chambre d'arbitrage de Stockholm, ou du règlement Cnudci, l'ensemble, visant le règlement des litiges d'ordre commercial en général.

Enfin, l'arbitrage direct peut se réaliser suivant un même règlement procédural prédéterminé mais contenu dans un traité prévu pour un cas (*ad hoc*), une série de cas, ou pour tout le secteur des investissements étrangers. La procédure est internationale au sens du droit international public, et l'arbitrage aussi, puisque l'autorité de la sentence puise dans l'ordre juridique international dès lors que le traité ne se contente pas du déroulement de l'arbitrage, mais vise également l'autorité de la sentence, les moyens de recours, le régime d'exécution, etc.

L'exemple moderne <sup>17</sup> de cette dernière forme d'arbitrage, pour tout le secteur, est celui du Centre international pour le règlement des différends

relatifs aux investissements étrangers, le CIRDI, créé par la Convention de Washington de 1965 sous l'égide de la Banque mondiale 18.

Aux termes de l'article 25 de la Convention, l'arbitrage CIRDI est possible pour connaître de litiges d'ordre juridique en rapport direct avec l'investissement entre un État partie et un ressortissant étranger relevant d'un autre État partie à la convention CIRDI. Sur ce dernier point, il est précisé que peut être considérée comme étrangère, par accord des parties au litige, une société locale de l'État d'accueil contrôlée par des intérêts étrangers 19.

Une fois exprimé par les parties au litige, le consentement écrit à l'arbitrage CIRDI, qui peut être donné à n'importe quel moment, ne peut être retiré unilatéralement. La ratification de la Convention CIRDI ne signifie pas pour l'État partie consentement à l'arbitrage CIRDI.

La sentence rendue est définitive, et ne nécessite pas d'*exequatur* sur le territoire des États parties à la Convention CIRDI 20. Elle est susceptible d'annulation pour excès de pouvoir manifeste, vice de constitution du tribunal, corruption d'arbitre, et défaut de motif, par un comité *ad hoc* qui n'est autre qu'un autre tribunal arbitral CIRDI. La mauvaise application du droit n'est donc pas un cas d'ouverture en annulation 21.

Le droit applicable aux différends par l'arbitre CIRDI, est une combinaison savante de l'application de l'autonomie de la volonté des parties au différend, et en son absence, du droit de l'État partie au litige, y compris ses règles de conflits de lois, « ainsi que les principes du droit international en la matière » 22.

L'arbitrage CIRDI a connu un essor particulier depuis que les TBI et les législations internes expriment le consentement préalable des États par une offre publique d'arbitrage exclusif ou non exclusif du CIRDI au bénéfice des investisseurs étrangers.

La porte d'entrée vers l'arbitrage direct est ainsi systématiquement ouverte à l'investisseur étranger par le simple dépôt d'une plainte contre l'État d'accueil, l'inverse n'étant pas vrai, car il requiert le consentement préalable de l'investisseur étranger.

Aussi, c'est dans le cadre de l'arbitrage le plus usité qu'est l'arbitrage CIRDI que les rapports de l'arbitrage direct avec la régulation substantielle des investissements étrangers peuvent désormais se mesurer.

## II. L'arbitrage et la question de la régulation substantielle

La trame juridique des engagements substantiels en matière d'investissements internationaux, est souvent de la *soft law* – dans son aspect le moins connu – lorsqu'elle n'est pas de nature contractuelle ou quasi contractuelle.

Cette trame constitue un terreau fertile pour la régulation substantielle arbitrale des investissements étrangers, et la compétence de l'arbitre, pour l'effectivité et le champ de cette régulation assez souvent imaginative ; la quiddité de cette régulation, comparée à celle de la régulation au sens indiquée au départ, n'en sort pas indemne.

### A. La *soft law*, la compétence arbitrale, et la régulation des investissements étrangers

Le terme *soft law* est polysémique en droit international.

Il vise, d'une part, et dans son acception la plus connue, le contenant, à savoir une catégorie d'*instrumentum* sans force obligatoire, comme les codes de conduites, ou les lignes directrices, ou autres résolutions/recommandations des OI.

Mais l'expression vise d'autre part, un contenu concernant une catégorie de *negotium* qui, bien qu'insérée dans un traité – dans un *instrumentum* dur –, présente un contenu mou ou abstrait.

Dans cette acception, retenue dans la présente étude, il désigne, « le droit en forme de propositions ou de principes abstraits » (Lord Arnold Mc Nair) 23, et aussi « des droits et obligations qui ne définissent pas ou n'énoncent pas une conduite précise » (*Prosper Weil*) 24. Les TBI régissant les investissements étrangers sont irrigués de ces *soft law* matérielles.

Ils contiennent, en effet, des propositions ou de principes abstraits, c'est-à-dire des standards, comme le traitement juste et équitable de l'investissement étranger, sa protection pleine et entière, l'indemnité juste et équitable de l'expropriation, le traitement national, ou non moins favorable devant être accordé à l'investissement étranger, ou enfin le traitement de la nation la plus favorisée (TNPF).

Ces accords contiennent aussi des obligations insaisissables, comme l'obligation d'encouragement selon laquelle « chacune des parties admet et encourage dans le cadre de sa législation et des dispositions du présent accord les investissements effectués par les nationaux et sociétés de l'autre partie sur son territoire », ou bien, comme l'obligation du climat favorable où « chacune des parties s'engage à maintenir un climat favorable sur son territoire aux investissements des nationaux de l'autre partie ».

Il n'est pas besoin de grande démonstration pour constater que cette *soft law*, trame essentielle des TBI – mais aussi des codes nationaux d'investissements étrangers – ne régule rien du tout 25 en matière d'investissements étrangers.

C'est la langue arbitrale qui dégage les règles concrètes de conduite à la charge des États hôtes de l'investissement, le contenu et, surtout, l'existence de tels ou tels engagements. Le véritable régulateur de ce secteur est donc l'arbitre.

C'est, en effet, la régulation arbitrale qui nous renseigne, tantôt au nom du « traitement juste et équitable » 26, tantôt en partant de la clause du « climat favorable » 27, sur le principe et la mesure des attentes légitimes de l'investisseur contre les risques face aux modifications législatives quotidiennes ou aux mesures prises par l'État hôte pour la protection de l'environnement ou d'autre intérêt général 28.

C'est aussi cette régulation arbitrale qui nous renseigne, au nom du standard de la protection qu'entre autres, l'arbitrage et la protection des investissements étrangers sont consubstantiels 29, pour ne pas dire synonymes ; cette osmose étend à son tour, le standard de TNPF non seulement au traitement substantiel le plus favorable accordé à un autre investissement étranger dans le cadre d'un autre TBI de l'État hôte, mais aussi à sa clause de règlement des différends, si celle-ci accorde un règlement arbitral CIRDI au lieu et place d'un règlement judiciaire préalable dans l'État hôte ou un délai préalable plus court avant la saisine de l'arbitre du CIRDI 30. La vocation à la régulation arbitrale s'amplifie de ce fait.

La régulation arbitrale de ce secteur opère aussi en dehors de la *soft law* matérielle, notamment par la voie de la compétence matérielle de l'arbitre CIRDI – dont il est maître.

C'est, en effet, au nom de la compétence de l'arbitre CIRDI que le terme « investissement », contenu à l'article 25 précité de la Convention CIRDI, a été défini par l'arbitre comme devant comporter « la réunion de quatre éléments » d'apport, de durée de l'opération, de prise et partage de risque, et de participation au développement économique de l'État hôte 31, ou celle des trois premiers éléments 32.

Le sens profond et la conséquence de cette définition arbitrale du terme investissement sur la régulation substantielle se dégagent aisément au regard de notre thématique.

La conséquence est que le contenu de la régulation substantielle des investissements étrangers par l'arbitre, contre les risques politiques et autres, ne s'applique et ne les garantit effectivement que si l'opération en question entre dans cette définition, sa définition, celle de l'arbitre <sup>33</sup>. C'est donc l'effectivité de la régulation substantielle qui en dépend aussi.

Le sens consiste en ce que même en présence du droit dur, de la *hard law* des définitions retenues dans les TBI, ici, les clauses énumératives et non exhaustives des investissements devant être protégés et contenues dans les TBI faisant référence au CIRDI, l'arbitre est décideur du champ matériel de sa régulation <sup>34</sup>.

Le régulateur effectif n'est donc pas l'autorité étatique ou interétatique du TBI, ni la *soft law*, ni, d'ailleurs la *hard law*; c'est l'arbitre <sup>35</sup>.

Enfin, la régulation substantielle par l'arbitre n'a pas besoin de TBI. En dépit de son appui ou de son attachement au flou des standards des TBI, la régulation arbitrale peut s'en départir, voire s'en passer car, la régulation arbitrale est souvent imaginative.

Elle a ainsi pu inventer et prétendre à l'internationalité *ex nihilo* du contrat d'investissement (contrat d'État) en l'absence de TBI, pour aboutir au même résultat de régulation qu'en présence de TBI et de leurs standards <sup>36</sup>.

Le terrain contractuel est incontestablement propice à la régulation substantielle des investissements étrangers par l'arbitre, et ce, d'autant plus que la perception du terrain contractuel s'amplifie aussi.

## B. La régulation des engagements contractualisés et l'arbitrage d'investissement

Le socle juridique de l'investissement étranger peut reposer explicitement ou implicitement sur un lien contractuel ou sur un engagement quasi contractuel tissé, dans les deux hypothèses, entre l'investisseur étranger et l'État hôte. Il en est ainsi, qu'il y ait un contrat d'investissement (contrat d'État) entre eux, ou que l'investissement étranger repose sur une autorisation d'admission de l'État hôte.

Dans ce dernier cas, suivant la conception américaine, l'autorisation est un acte étatique mais « il se discute » car, réceptionné par l'investisseur étranger et créant des attentes légitimes. La transposition de la théorie des actes unilatéraux en droit international aboutit à la même analyse <sup>37</sup>.

Enfin, la plupart des TBI dispose d'une clause de respect des engagements de l'État hôte au profit de l'investisseur étranger, la clause *umbrella* <sup>38</sup>, qui est susceptible, selon les formulations et les sentences, de couvrir aussi les engagements généraux dans les lois incitatives de l'État hôte ; et de les transformer en engagements spécifiques pris par l'État à l'égard de l'investisseur protégé par la clause parapluie ; telle fut la solution de la sentence LG c/ Argentine du 3 octobre 2006 <sup>39</sup>.

Tout étant contractualisable, sinon en théorie, du moins dans la pratique arbitrale de l'investissement étranger, le rôle régulateur de l'arbitre en acquiert d'autant toute sa puissance <sup>40</sup>. En effet, en matière contractuelle, l'arbitrage est régulation. L'arbitrage est régulateur des relations contractuelles. Il ne se confine pas à résoudre un litige, puisque le champ de l'arbitrabilité est très vaste. René David l'a fort bien démontré il y a plus de trente ans, déjà, dans un exposé magistral sur l'arbitrage en tant que « technique de régulation des contrats » <sup>41</sup>, et d'autres auteurs *post* modernes viennent de découvrir ou reconnaître aussi le rôle régulateur de l'arbitrage <sup>42</sup>.

Néanmoins, en matière d'investissement étranger, l'arbitrage dont il est question, n'est pas que régulation, et d'autres réflexions sont susceptibles d'y voir davantage qu'une régulation au sens attribué au départ <sup>43</sup>.

## C. La quiddité de la régulation arbitrale des investissements internationaux

Les arbitres peuvent être choisis par les opérateurs et parties concernés par le différend, mais la saisine du tribunal arbitral CIRDI repose dans la pratique, compte tenu de la prolifération des TBI et de la portée de la clause du TNPf précitées, sur la seule faculté de l'opérateur, du « régulé » <sup>44</sup>. Dans l'arbitrage État c/ investisseur étranger, celui-ci, et seul celui-ci, dispose d'un choix pour son *locus standi* CIRDI. Il en ressort que le régulateur n'est donc pas imposé à l'opérateur pour sa conduite mais qu'il est seulement « à l'écoute » de celui-ci quant à la conduite de son adversaire <sup>45</sup>.

Le régulateur étant activé par l'opérateur, le « régulé », il n'est pas inexact d'y voir une forme d'autorégulation en matière d'investissements internationaux.

Enfin, il va sans dire que pour être considéré comme une régulation lisible, la régulation arbitrale des investissements étrangers devrait être acceptée pour ce qu'elle est, à savoir, une régulation casuistique et il n'est pas nécessaire d'en chercher la cohérence.

Tel nous semble l'état actuel de la régulation arbitrale du secteur des investissements internationaux, en attendant l'avènement d'une régulation multilatérale institutionnelle intégrant un système de contrôle de cette régulation arbitrale bien au-delà du champ opératoire des actuels comités *ad hoc* du CIRDI <sup>46</sup>.

Un tel événement sera-t-il à terme réalisable ? Bien qu'aucun domaine, ou secteur, n'échappe par principe à la normativité conventionnelle et coutumière de droit international public, il n'est pas inutile, en guise d'épilogue, de rappeler que « la réalité de la globalisation est rebelle à toute régulation extérieure aux agents économiques... dont la devise est le droit mou, le droit flou, hors de tout carcan de système » <sup>47</sup>, et *a fortiori* de système international car, « le grand méchant loup [est] la communauté des États » <sup>48</sup>.

<sup>1</sup> - (1) Cf. «Entre concurrence et régulation, la théorie des facilités essentielles» : Contrats, conc. consom. 2001, p. 37-44.

<sup>2</sup> - (2) Cf. AGCS, art. 1<sup>er</sup>, 2.

<sup>3</sup> - (3) Cf. D. Carreau et P. Juillard, Droit international économique, Dalloz, 2005, § 1200 et s.

<sup>4</sup> - (4) Cf. Le droit de la régulation, Dalloz, 2001, p. 610-616 ; aussi in Les risques de régulation, Paris, Dalloz, 2005, p. 223.

<sup>5</sup> - (5) Sur l'AMI et les causes de son échec, cf. SFDI : Un accord multilatéral sur l'investissement : d'un forum de négociation à l'autre ?, Pedone 1999 ; C. Vădcar, «Le projet de l'Accord multilatéral sur l'investissement : problématique des pays du Sud» : JDI 1998, p. 9-32 ; P. Juillard, «À propos du décès de l'AMI» : AFDI 1998, p. 595-612.

<sup>6</sup> - (6) Les flux mondiaux d'IDE (sortants) sont ainsi passés, en dollars courants, de \$ 481 milliards en moyenne annuelle sur la période 1995-1998 à \$ 892 milliards sur la période 1999-2002 (avec deux années record en 1999 et 2000), et à \$ 873 milliards sur la période 2003-2006. En 2008-2009, la chute, d'ordre conjoncturel, a été de 56 par rapport à 2007, tombant à 600 milliards de dollars.

<sup>7</sup> - (7) «Les définitions de l'investissement international», in Le droit international économique à l'aube du XX<sup>e</sup> siècle, Mélanges D. Carreau et P. Juillard, Pedone 2009, p. 14-15.

<sup>8</sup> - (8) Le socle tracé de la future négociation institutionnelle au sein de l'OMC a été d'une teneur bien différente que celle de la libération sans condition projetée par l'AMI, et se propose plus équilibré que les actuelles prévisions des TBI essentiellement tournées vers le sort de l'investisseur et de l'investissement étrangers.

<sup>9</sup> - (9) Même si l'arbitrage est un des mécanismes possibles (MRD, art. 25), ou parfois le passage obligé du règlement des différends dans le cadre de l'OMC (art. 21, § 3 arbitrage de délais, art. 22 arbitrage de niveau de suspension), mais il est interétatique

<sup>10</sup> - (10) Ce contrôle ne peut aboutir à l'allocation de dommages-intérêts par l'ORD, mais à des obligations ou demandes de retrait ou d'adoption de mesure par les parties au différend.

<sup>11</sup> - (11) Seattle, Déclaration de la 3<sup>e</sup> conférence ministérielle «Les règles de l'OMC régissant le règlement des différends devraient s'appliquer, mais

- uniquement aux différends entre gouvernements» ([www.wto.org/french/thewto\\_f/minist\\_f/min99\\_f/french/about\\_f/14inve\\_f.htm](http://www.wto.org/french/thewto_f/minist_f/min99_f/french/about_f/14inve_f.htm)) ; (sans être contredit par la Déclaration de Doha de 2001 (WT/MIN(01)/DEC/1, 20 nov. 2001).
- 12 - (12) C'est nous qui soulignons.
- 13 - (13) Au niveau de l'OMC, un accord multilatéral sur l'investissement, posera des problèmes redoutables dans le fonctionnement et le champ de compétence jusque-là entier et intégral de l'autorité de contrôle qu'est l'ORD sur l'ensemble des accords de l'OMC ; cet organe est l'épine dorsale du contrôle de la régulation OMC ; H. Ruiz Fabr, «Le règlement des différends dans le cadre de l'Organisation mondiale du commerce» : JDI 1997, p. 709-755.
- 14 - (14) Le premier contrat de concession pétrolière de l'histoire conclu en 1901 entre la Perse et l'investisseur britannique, D'Arcy, contenait une clause d'arbitrage.
- 15 - (15) M.-A. Frison-Roche, «Arbitrage et droit de la régulation», in Les risques de régulation, Dalloz, 2005 ; «Régulation et Règlement des différends» : LPA 22 oct. 2004.
- 16 - (16) «Le règlement des différends entre les investisseurs et l'État, qui est une composante essentielle de l'héritage que l'Union reçoit des TBI conclus par les États membres, est important dans la mesure où un investissement suppose d'établir avec l'État hôte une relation de long terme qu'il est difficile de recentrer sur un autre marché s'il survient un problème concernant l'investissement. Ce type de règlement des différends est si bien ancré dans les accords d'investissement que son absence aurait en réalité pour effet de décourager les investisseurs et de réduire l'attrait d'une économie hôte par rapport aux autres. Pour ces motifs, les futurs accords de l'Union européenne comportant la protection des investissements devraient contenir des dispositions relatives au règlement des différends entre les investisseurs et l'État. Ce parcours est semé d'embûches car, d'une part, le règlement des différends entre les investisseurs et l'État revêt un caractère unique en droit économique international et, d'autre part, l'Union n'a pas été un acteur majeur dans ce domaine par le passé» (comm. Comm. UE, 7 juill. 2010 «Vers une politique européenne globale en matière d'investissements internationaux») ; sur la question, restée ouverte dans la Charte de l'énergie, notamment, cf. B. Poulain, «Développements récents du droit communautaire des investissements internationaux» : RGDIP 2009, n° 4, spéc. p. 887 et s.
- 17 - (17) Les exemples anciens étant notamment les commissions générales des réclamations, et les tribunaux arbitraux mixtes prévus par le traité de Versailles, du début du XX<sup>e</sup> siècle qui étaient basés sur des traités bilatéraux ; E. Borchard, «La protection des nationaux à l'étranger» : RDILC 1933, p. 438.
- 18 - (18) Cf. M. Amadio, Le contentieux international de l'investissement privé et la Convention de la Banque mondiale du 18 mars 1965, LGDJ, 1967.
- 19 - (19) Art. 25 (2) b.
- 20 - (20) Art. 53, 54.
- 21 - (21) Art. 50-52.
- 22 - (22) Art. 42.
- 23 - (23) «The Functions and Differing Legal Character of Treaties», Brit. Y.B.Int'l L. 1930, p. 100.
- 24 - (24) «Vers une normativité relative en droit international ?» : RGDIP 1982, p. 5 ; sur le détail de ces caractéristiques, cf. L. Calandri, Recherche sur la notion de régulation en droit administratif français, LGDJ, 2009 ; cf. aussi, R.J. Dupuy, «Droit déclaratoire et droit programmatore de la coutume sauvage à la soft law dans l'élaboration du droit international public, Paris, Pedone 1975, p.139 et s. ; I. Duplessis ; «Le vertige et la soft law : réactions doctrinales en droit international» : RQDI 2007, hors série, ou [http://sqdiorg.com/volumes/pdf/hs07\\_duplessis.pdf](http://sqdiorg.com/volumes/pdf/hs07_duplessis.pdf).
- 25 - (25) Ou pas grand-chose.
- 26 - (26) Sentence Tecmed c/ Mexique, 29 mai 2003.
- 27 - (27) Sentence MTD c/ Chili, ou CMS c/ Argentine, 17 juill. 2003.
- 28 - (28) Sur les attentes légitimes, cf. J. Cazala, «La protection des attentes légitimes de l'investisseur dans l'arbitrage international» : RID éco. 2009, n° 1, p. 5-32.
- 29 - (29) Sentence Gaz naturel c/ Argentine, 17 juin 2005, § 31.
- 30 - (30) Sentence Maffezini c/ Espagne, 25 janv. 2000 ; sur une critique de la dilution du consentement de l'État à l'arbitrage CIRDI à partir de cette affaire, cf. B. Stern, «ICSID Arbitration and the State's Increasingly Remote Consent : À propos the Maffezini Case», in Law in the Service of Human Dignity, Essays in Honour of Florentino Feliciano, George Washington University, Washington DC, 2006, p. 246-260.
- 31 - (31) Sentence Salini c/ Maroc, 23 juill. 2001 - sentence Patrick Mitchell c/ Congo, 1<sup>er</sup> nov. 2006.
- 32 - (32) Sentence LESI-Dipenta c/ Algérie, 10 janv. 2005.
- 33 - (33) L'on parle même de « The Salini Test»
- 34 - (34) Ce champ variera selon que l'arbitre décidera de substituer à ses critères de qualification d'une opération en investissement, les définitions conventionnelles et énumératives des TBI (exemple, sentences MCI c/ Équateur, 31 juill. 2007 - Parkerings c/ Lituanie, 11 sept. 2007).
- 35 - (35) Ceci est d'autant plus vraisemblable qu'en dépit des protestations diplomatiques sporadiques des États, à l'occasion de telle ou telle interprétation arbitrale (exemple, celle de la clause du respect des engagements dans la sentence SGS c/ Pakistan, 6 août 2003, et la protestation suisse qui s'en est suivie), jamais encore la clause de règlement interétatique des TBI en matière d'interprétation de ces TBI, n'a été mise en œuvre. D'autre part, alors même que le mécanisme d'interprétation authentique a pu être déclenché, comme dans le cadre de l'Alena, les arbitres n'y ont pas toujours montré une grande sensibilité, ainsi qu'il ressort de la sentence Mondeve c/ USA, 11 oct 2002, suite à la note interprétative de la commission Alena de 2001 sur l'article 1105 (relatif à la protection et sécurité intégrales conformément au droit international).
- 36 - (36) Ainsi par exemple, de l'arbitrage qui en l'absence même de tout TBI et sans référence au standard de traitement juste et équitable, arrive à imposer l'attente légitime par la voie tronquée de l'estoppel représentation du droit international public (sentence CIRDI SPP c/ Égypte, 1992, cf. L. Lankarani, «Quelques remarques sur la sentence SPP c/ la République arabe d'Égypte» : RBDI 1994/2, spéc. p. 545 et s., et RBDI 1995/2 (erratum de l'éditeur). Un autre exemple, ou illustration, corollaire, est relatif, dans certaines sentences, à la prétention à l'internationalité des contrats d'investissement en l'absence même de tout TBI de couverture (cf. les sentences SPP, et Texaco Calasiatic, préc.).
- 37 - (37) Sur la question de la révision ou du retrait des actes unilatéraux, cf. CIJ affaires des essais nucléaires, 20 déc. 1974 : Rec., p. 253 ; sur l'assimilation de l'autorisation d'investissement à une situation contractuelle synonyme de contrat d'État, cf. notamment, la sentence Antoine Goetz c/ Burundi, 10 févr. 1999, 275.
- 38 - (38) Sauf le traité Alena.
- 39 - (39) Bien qu'une autre sentence ait rejeté cette contractualisation du contenu de la loi générale (Noble c/ Roumanie, 12 oct. 2005).
- 40 - (40) Cette question est distincte de l'obligation de soumission à l'arbitrage avec ou sans «privity», (J. Paulsson, Arbitration Without Privity, 10(2) ICSID Review, Foreign Investment Law Journal 1995, p. 232).
- 41 - (41) In Mélanges Gabriel Marty, 1978, p. 383 et s.
- 42 - (42) M.-A. Frison-Roche, «Arbitrage et droit de la régulation», in «Les risques de régulation», préc.
- 43 - (43) Cf. supra notes 1 et 4.
- 44 - (44) Cf. supra, I B
- 45 - (45) V. d'abord, l'art. 46 de la convention CIRDI, et ensuite, les difficultés pour, et les résistances contre la jonction imposée des procédures par le «super tribunal» de l'Alena (art. 1126). W. Ben Hamida, in Cahiers de l'arbitrage, Pedone, vol. IV, spéc. p. 402.
- 46 - (46) Cf. supra I B
- 47 - (47) L. Lankarani, «Les contrats d'État à l'épreuve du droit international», Thèse Paris I, 1996, Bruylant 2001, p. 534.
- 48 - (48) P. Kahn, «L'autorégulation», cité ibidem.